

OXFORD

UNIVERSITY PRESS

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford, el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación, el aprendizaje y la educación mediante publicaciones en todo el mundo. Oxford es una marca registrada de Oxford University Press en el Reino Unido, México y otros países.
D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2019.
Av. Insurgentes Sur 1602, inc. 13-1181 Col. Crédito Constructor, Benito Juárez, Ciudad de México, C.P. 06940.
www.oxfordup.com

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Textos Jurídicos Universitarios

Primera edición: 2019

Sexta reimpresión: Marzo de 2019

ISBN: 978-607-426-152-3

Autor: Víctor Manuel Rojas Armand

Comisioning editor: Ror María Díaz Soto

Dirección editorial, diseño y producción: Mario Andrés Alago Valenciano

Gerente editorial del área de derechos: Raquel Aguilar Varela

Edición: Raúl Obeso Argueta

Gerente de producción: Paula Sosa Jimenez

Supervisión de producción: Guillermo González Estrada

Puntada: Brenda Reyes Coto

Composición y diseño: Erick Salazar Higuera

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida en ningún sistema electrónico o por cualquier medio, sin la autorización previa por escrito de Oxford University Press México, S.A. de C.V. El editor no se responsabiliza de los contenidos de las páginas web enlazadas o referenciadas en esta publicación.

Se permite el préstamo en los talleres de Editorial Progreso, S.A. de C.V., Nezahualcóyotl, Estado de México; y en la librería, Casa del Libro, C.P. 06400, Ciudad de México.

En su composición se usaron tipos ITC Newswater Std Book (10.5 y 22 pts.) e ITC Newswater Std Medium (12 y 14 pts.), sobre papel Bond Koenig, blanco, Alta Opacidad 75 g, impreso en México.

Contenido

Presentación

capítulo 1 La retórica

1.1 Retórica, lógica y dialéctica

1.2 Concepto de retórica

1.3 Historia de la retórica

1.4 Estadios de la producción de un discurso

capítulo 2 Teoría de la argumentación

2.1 La argumentación

2.2 La argumentación en la retórica

2.3 Argumentación científica

2.4 Los estudios contemporáneos

2.5 La relación argumentativa

2.6 El diálogo y el monólogo argumentativos

2.7 Actores de la argumentación

2.8 Construcción de la argumentación

2.9 Tipos de argumentos formales

2.10 Los tres tipos de argumentos de David Hume

2.11 La refutación

2.12 Argumentación común y argumentación especializada

2.13 Argumentación y demostración

2.14 Falacias

2.15 El modelo de argumentación de Stephen Toulmin

capítulo 3 Argumentación jurídica

3.1 Diferencias entre interpretación, lógica, hermenéutica y argumentación jurídicas

3.2 Breve historia de la argumentación jurídica

3.3 Discurso y argumentación jurídica

3.4 Necesidad de la argumentación jurídica

3.5 Diferentes enfoques de la argumentación jurídica

capítulo 4 La teoría del discurso de Robert Alexy

- [4.1 Principios fundamentales de la teoría del discurso de Alexy](#)
- [4.2 El discurso práctico general y sus reglas](#)
- [4.3 Los resultados del discurso](#)
- [4.4 El discurso jurídico](#)
- [4.5 Discurso práctico general y discurso jurídico](#)
- [4.6 Las fronteras y la necesidad de la teoría del discurso racional jurídico](#)

capítulo 5 La justificación interna

- [5.1 El silogismo jurídico](#)
- [5.3 La estructura de las normas jurídicas](#)
- [5.4 La norma jurídica como parte de un sistema](#)
- [5.5 La fundamentación](#)

capítulo 6 La justificación externa

- [6.1 La motivación en el derecho mexicano](#)
- [6.2 La interpretación jurídica](#)
- [6.3. La dogmática jurídica](#)
- [6.4. La jurisprudencia](#)
- [6.5. La argumentación práctica general](#)
- [6.6. La argumentación empírica](#)
- [6.7. Formas especiales de argumentos jurídicos](#)

[6.3 La dogmática jurídica](#)

[6.4 La jurisprudencia](#)

[6.5. La argumentación práctica general](#)

[6.5 La argumentación práctica general](#)

[6.6 La argumentación empírica](#)

[6.7 Formas especiales de argumentos jurídicos](#)

Referencias

Índice analítico

Presentación

Las teorías de la argumentación jurídica han sido uno de los temas que durante los últimos 50 años han ocupado un lugar central en las investigaciones de la filosofía del derecho. Después de que las disputas irreconciliables entre iusnaturalismo, iuspositivismo y realismo sociológico se abandonaron paulatinamente, poco a poco fueron introduciéndose los problemas de la práctica y los usos del lenguaje, que la filosofía trabaja bajo la bandera del *giro lingüístico* en el análisis del razonamiento jurídico. Las técnicas y los modos del razonamiento jurídico, tema central de la argumentación jurídica, se han venido erigiendo en el último tiempo como el método mismo de la filosofía del derecho, antes que como su objeto.

La retórica clásica, disciplina que casi se había abandonado gracias al influjo que ejercieron el método científico y la lógica moderna, fue recuperada por la llamada *nueva retórica*, la que a su vez sirvió de inspiración y dio la base filosófica a la teoría de la argumentación jurídica. Ésta analiza el proceder práctico de los juristas, esto es, las formas de razonamiento con base en las cuales los operadores jurídicos justifican racionalmente sus pretensiones o puntos de vista jurídicos. De este modo, la argumentación jurídica se vincula con temas como las valoraciones y la toma de decisiones en la praxis del derecho. Las teorías de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Habermas, Wróblewski, Aienza, etc., son sólo algunas de las propuestas que se han planteado para analizar este fenómeno.

Las teorías de la argumentación jurídica analizan las herramientas y reglas para argumentar en los discursos que se expresan en el contexto de la toma de decisiones, de las valoraciones y de la propuesta de pretensiones y defensas que hacen valer los diversos operadores jurídicos. El objetivo de tal argumentación jurídica como disciplina teórica será hacernos conscientes de los requisitos que garantizan la racionalidad del razonamiento jurídico práctico en el argumentar jurídico. Los diversos procedimientos administrativos, judiciales o legislativos que dan lugar al nacimiento, transformación o extinción de los derechos y de las obligaciones, ya generales, ya particulares, prevén espacios para argumentar en pro o en contra de cierta propuesta.

Para regular las etapas procesales existe el derecho procedimental; para garantizar la racionalidad jurídica de los argumentos, contamos con la teoría de la argumentación jurídica. Así, en el intercambio de razones y justificaciones que se presentan dentro de los procedimientos jurídicos, las herramientas que nos proporciona la argumentación jurídica tienen como propósito garantizar que aquéllas operen como instancia de legitimación jurídica de las valoraciones y decisiones de la autoridad y de las pretensiones y defensas de los particulares.

Los temas centrales de la argumentación jurídica se exponen conforme a los lineamientos de la colección Textos Jurídicos Universitarios de Oxford University Press, a la que pertenece la presente obra. Por lo mismo, se ha cuidado que el orden y la exposición de los capítulos resulte accesible a los estudiantes de la licenciatura en Derecho que por vez primera tienen contacto con la materia.

No quiero dejar pasar la oportunidad de expresar mi agradecimiento a Flor Díaz y a Rutilo Olvera. A la primera, por la confianza depositada en mí al invitarme a escribir el presente texto. Al segundo, por su invaluable ayuda en el trabajo de edición, que sin duda contribuyó a mejorar sustancialmente la versión original que presenté a la editorial.

El autor

capítulo 1 La retórica

1.1 Retórica, lógica y dialéctica

En la antigua Grecia, la retórica fue, junto con la lógica silogística —también denominada *analítica*— y la dialéctica, uno de los tres tipos de razonamientos. La lógica se caracterizó por estudiar los conceptos seguros y claros, en tanto que la retórica y la dialéctica se ocuparon de los conceptos dudosos. Por esto, Aristóteles sostuvo que la persuasión, objetivo central de estas últimas, se hacía necesaria en el contexto de la deliberación “en asuntos que parecen admitir dos soluciones”.¹ Por otra parte, mientras la retórica consistía en el arte de persuadir a una audiencia pasiva, la dialéctica trataba sobre un discurso en el contexto de una disputa regulada y fue abordada en la tópica.

En su lógica, Aristóteles distinguió entre dos tipos de argumentos: los del silogismo deductivo y los del silogismo inductivo. Ambos se utilizaban en el razonamiento dialéctico; sin embargo, en las premisas de este tipo de razonamiento no se empleaban afirmaciones o negaciones evidentemente ciertas o correctas, aunque sí generalmente aceptadas. En la retórica, las premisas sólo requieren ser plausibles para la audiencia a quien se debe convencer. Los silogismos, sean deductivos o inductivos, son la forma que uno debe utilizar para transferir la plausibilidad de las premisas a la conclusión que se quiere demostrar. La retórica es el medio para provocar la convicción de una audiencia específica. De esta manera, se convierte en la facultad de utilizar las herramientas de la persuasión en un caso real.

Aristóteles distinguió los dispositivos de la persuasión extrínseca de los de la persuasión intrínseca, al señalar que mientras los primeros devienen de un material existente, como leyes o documentos, los segundos proceden de la inventiva del orador y pueden ser de tres tipos: *de carácter moral*, que se basan en la imagen moral que se proyecta; *la disposición de los oyentes*, que pretenden manipular las emociones, y las *demostrativas*, que buscan evidenciar lo verdadero o verosímil.

Para Aristóteles, el discurso retórico auténtico se debe diferenciar del sofístico, ya que mientras el primero se lleva a cabo conforme a la ciencia, el segundo se realiza de acuerdo con la deliberada elección del rétor.² Esto, como diría Platón, es posible debido a que la persuasión puede operar con el uso de los medios de la ciencia y con los de la creencia. Los tres dispositivos de la persuasión retórica son el *logos* —argumentos limitados al tema del discurso—, el *ethos* —actitudes morales y afectivas que utiliza el rétor para despertar la confianza en el auditorio— y el *pathos* —argumentos que tienen por objeto motivar actitudes afectivas en el auditorio.

Para Aristóteles, la dialéctica era tanto la ciencia del discernimiento de la

esencia de una cosa como el juicio de las cualidades de la cosa por medio de la disputa y los argumentos racionales que intervienen en una discusión crítica. Al respecto, diría Schopenhauer que la dialéctica es la “esgrima intelectual para tener razón en las discusiones”.³ Se le dice dialéctica debido, precisamente, a la interacción de las partes en favor y en contra de una tesis particular. El mismo autor señala que en la dialéctica “la verdad objetiva de una tesis y su validez en la aprobación de los contrincantes y de los oyentes son dos cosas distintas”. Por esto, la dialéctica es el “arte de conseguir que algo pase por verdadero, sin preocuparse de si en realidad lo es”. En consecuencia, lo relevante no es alcanzar la verdad objetiva sino sólo “su apariencia y el hecho de tener razón”.⁴ Asimismo, señala: “Hay que dejar a un lado la verdad objetiva, o considerarla como algo accidental; y, simplemente, no ocuparse más que de cómo defender las afirmaciones propias y cómo invalidar las del otro.”⁵

El término *dialéctica* originalmente se refirió al uso de una técnica específica de argumentación en un debate, en donde el proponente plantea una tesis, la que se pretende refutar en un discurso contradictorio de dos modos y con dos vías. Los modos: *a) ad rem* —referencia a la cosa— y *b) ad hominem* —la persona con la que se discute— o *ex concessis* —referencia al marco de concesiones hechas por el adversario—. Las vías de la refutación pueden ser: *a) refutación directa* y *b) refutación indirecta*. La directa ataca la tesis en sus fundamentos; la indirecta, en sus consecuencias.

En cuanto a las refutaciones directas, puede optarse por dos caminos: o mostrar que los fundamentos del enunciado son falsos: *nego majorem, minorem* (negamos tanto la premisa mayor como la menor), o se admiten pero mostrando que no se infiere de ellos la consecuencia: *nego consequentiam* (niego la consecuencia) y se ataca así la consecuencia, es decir, la forma de la conclusión.

Por lo que se refiere a las refutaciones indirectas, se utiliza la *apagoge* o la instancia. En la *apagoge* se acepta la tesis del adversario como si fuese verdadera; después, se demuestra lo que sucedería si se la utiliza como premisa de un silogismo junto con otras tesis verdaderas, para, por último, deducir de dicho silogismo una conclusión claramente falsa. Por su parte, la instancia, *exemplum in contrarium* (contraejemplo), consiste en la refutación de la tesis general por medio de la aportación directa de casos particulares que, si bien están comprendidos en el enunciado de la tesis, no la confirman, por lo que se deduce su falsedad.⁶

En su obra, Aristóteles ofreció un catálogo de formas de ataque y técnicas de defensa. En particular, proporcionó consejos para obtener el reconocimiento de la razón por la otra parte. Esto juega un papel crucial en el sistema dialéctico: el proponente utiliza su ingenio y técnica para conducir al oponente

a sostener lo contrario de lo que sostuvo en un principio.⁷

En realidad, la dialéctica es una disciplina especial subordinada a la retórica, en razón de que ésta trata, por lo general, con argumentos basados en premisas aceptables para cualquier audiencia, en tanto que aquélla se atiene a premisas aceptables a una audiencia particular.⁸ La retórica es igual a la palma de la mano y la dialéctica es como el puño cerrado, pues emplea un estilo más compacto; en cambio, la retórica utiliza uno más expansivo. Otra diferencia entre retórica y dialéctica es el tipo de audiencia a la que se dirigen: mientras la retórica trata de los discursos dirigidos a amplios públicos, la dialéctica se orienta a una esfera más limitada, a audiencias de expertos.

En Roma, la dialéctica y la gramática se estudiaron como disciplinas propedéuticas, mientras que la retórica era una especialización.

En la actualidad, es infértil la distinción entre retórica y dialéctica, ya que entre ellas existe una conexión teórica, por lo que se encuentran integradas de manera indisoluble en el discurso argumentativo actual.⁹ El mismo Aristóteles estableció que “La retórica es correlativa de la dialéctica, pues ambas tratan de cosas que en cierto modo son del conocimiento común a todos y no corresponden a ninguna ciencia determinada”¹⁰ Consideramos que la permanencia de la idea que defiende la distinción entre ambas disciplinas, es decir que son campos de estudio diferentes, podría ser eliminada mediante el tratamiento complementario de aspectos dialécticos y retóricos del análisis de la argumentación, más que estableciendo una jerarquía entre ambos.

1.2 Concepto de retórica

El concepto de retórica se ha utilizado para referirse al arte de hablar de manera correcta en público con el propósito de conseguir la adhesión de un auditorio particular mediante técnicas de persuasión. En ese sentido, el filósofo alemán Jürgen Habermas señala:

La retórica es considerada habitualmente como el arte de producir consenso en cuestiones que no pueden decidirse con argumentos concluyentes. De ahí que la tradición clásica reservase a la retórica el ámbito de lo meramente probable, a diferencia del ámbito en que se pone teóricamente a discusión la verdad de los enunciados¹¹

La retórica es una ciencia de la experiencia que descansa en observaciones controladas y empíricamente comprobables de los actos del habla e intenta asegurar la validez de sus conocimientos mediante una reconstrucción histórica y la formación de hipótesis sobre la sistemática y las reglas del habla correcta. Los presupuestos teóricos de la retórica parten del habla como una capacidad natural del ser humano, que se puede perfeccionar gracias al arte, la ciencia y la praxis. La enseñanza retórica consiste en una combinación de la ciencia o teoría de la retórica —doctrina— y de la adopción de conductas preestablecidas —*imitatio*—, con el fin de emularlas y aplicarlas en la práctica.

El concepto de retórica se usa en la actualidad en contextos diferentes y con significados diversos. Esto se debe a que esta disciplina se ha cultivado en dos dimensiones: la praxis y la teoría. Como la retórica fue siempre un arte teórico y práctico, Aristóteles sintió la necesidad de precisar sobre esta disciplina que “no es su misión persuadir, sino ver los medios para persuadir que hay en cada cosa particular”.¹²

No fue sino hasta el siglo XVII cuando se habló de una diferencia entre retórica *docens* (referida a la teoría del arte del habla) y oratoria (elocuencia o retórica *utens*) orientada a la praxis. Hoy se ha mantenido la distinción entre retórica general, cuyo contenido es teórico, y retórica práctica, donde el contenido se encuentra referido a la praxis.

Dentro de la retórica práctica están comprendidas las disciplinas del habla. El propósito de esa retórica es aplicar el uso de las reglas y técnicas formuladas por la retórica general. Como indicación concreta para comunicaciones verbales y escritas, ella incluye formación y práctica del lenguaje orientado por sus efectos sobre las conductas y las técnicas de redacción. Los conocimientos de la ciencia del lenguaje y de la formación lingüística, así como los del conocimiento psicológico y lingüístico, son parte del uso de la retórica.

La retórica práctica se relaciona sobre todo con la práctica del habla en la ciencia, la política, el derecho, etc. También, algunas técnicas del discurso terapéutico se encuentran incluidas en la retórica. Debido a que este campo del conocimiento humano maneja monólogos y diálogos, se incluye en el estudio de la misma a la dialéctica, a la que se suele denominar *retórica del habla*.

La retórica, como disciplina práctica, se emplea en la educación, debido a que ésta representa una praxis y realización del uso del habla y de las conductas —lenguaje corporal, cualidades oratorias— orientadas a conseguir un propósito determinado. La retórica práctica utiliza el sistema de reglas, indicaciones y costumbres surgidas históricamente, formuladas y desarrolladas por la retórica general. Ella se aprovecha de la educación y de la ciencia del habla, disciplinas que por tradición se han dirigido a la realización oral del habla y de su representación mímica y gesticular.

En la antigüedad, la retórica se limitaba a la exposición oral. Cuando la tradición del lenguaje oral fue sustituida por la del lenguaje escrito, debido al invento de la imprenta, y cuando la democracia desapareció en el mundo occidental como forma de gobierno, la retórica entró en una severa crisis, pues fuera de los países anglosajones se cultivó muy poco.¹³ Esta crisis duró mucho tiempo, ya que no fue sino a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando se presenció un renacimiento de la retórica, que se caracteriza por haberse interesado ya no sólo por el arte del habla, sino también por la técnica de la

producción de textos.

El sistema de la retórica fue desarrollado en todos sus elementos esenciales en la antigüedad clásica, sobre todo por Aristóteles, Cicerón y Quintiliano. Esos elementos han permanecido como fundamento de la retórica general y aplicada de la actualidad.

1.3 Historia de la retórica

Al igual que en muchas otras disciplinas, el estudio de la retórica nos lleva a la antigüedad; sin embargo, a diferencia de otras ramas del conocimiento, en el estudio de la retórica, el conocimiento de los autores de Roma y Grecia resulta fundamental para la plena comprensión de nuestro objeto de estudio. Autores como Platón, Aristóteles, Cicerón y Quintiliano son esenciales para comprender los desarrollos actuales de la teoría del lenguaje, tales como la hermenéutica y la nueva retórica. Como disciplina teórica, la retórica nació en el siglo V a. C., con el final de la tiranía en Atenas y Siracusa, a efecto de hacer posible el tratamiento público de los problemas económicos, políticos y judiciales propios de la naciente democracia.

Una gran aportación a la retórica la realizó la escuela de los sofistas —sobre todo Protágoras y Gorgias—, al haber liberado el lenguaje del pensamiento mitológico. Con esto, se logró convertir al habla en un instrumento racional y universal de la vida social.¹⁴

Platón, quien fuera un gran enemigo de los sofistas, realizó una fuerte crítica a la retórica al decir que era un arte aparente, una habilidad, una técnica de engaño que no era apta para alcanzar la verdad; incluso la subordinó al arte culinario, al arte de la cosmética y a la palabrería del halago.¹⁵

A Aristóteles le correspondió una rehabilitación de la retórica. A este filósofo le toca el crédito de haber escrito la obra más célebre sobre una teoría de la argumentación retórica. La tarea de la retórica, según Aristóteles, “no es persuadir, sino ver los medios de persuadir que hay para cada cosa particular”.¹⁶ Además, a él se le debe el haber tratado a la retórica como una disciplina contrapuesta, pero con la misma pretensión de validez que la dialéctica, debido a que ambas tienen que ver con los conocimientos dudosos y, mediante la capacidad de formar conclusiones a partir de premisas contradictorias, pueden contribuir a encontrar decisiones en cuestiones controvertidas con base en argumentos a favor y en contra.

La retórica griega fue la base de la más elaborada retórica romana, en la que destacaron Cicerón y Quintiliano. En la retórica romana permaneció la distinción entre medios de persuasión extrínsecos e intrínsecos, así como la diferencia entre *logos*, *ethos* y *pathos*. Un nuevo elemento se adicionó al entimema,¹⁷ pues al lado de la premisa menor (*assumptio*) se sumó un punto de vista generalmente aceptado como principio justificatorio de partida, al que

se denominó premisa mayor (*propositio*), y la conclusión (*complexio*). La *approbatio assumptionis*, que soporta el punto de partida aceptado, y la *approbatio propositionis*, que fundamenta asimismo el principio justificatorio, también se agregaron al esquema retórico.

Cabe resaltar que a los rétores y teóricos romanos se debe el haber formado, junto con la filosofía, uno de los sistemas educativos más importantes de la cultura europea.

La *Retórica a Herennius* es el libro de retórica más antiguo escrito en latín, en el que se tratan los estados de producción y los conceptos fundamentales del discurso. Más tarde, Cicerón, célebre político romano y quien dedicara gran parte de sus obras a la retórica —*De oratore, Orator, Brutus*—, creó una teoría integral de la expresión oral, en la que se incluyeron conocimientos, ideas y consejos para aplicar esa expresión en la educación, la política, el derecho, la teoría social y la ética. El ideal de Cicerón de un orador perfecto —*perfectus orator*—, que ejerce el arte de hablar con ayuda de una formación integral y conciencia moral y que, de esta forma, llega a ser un buen ser humano, constituye aún hoy un ideal de personalidad de las culturas occidentales.

Si la obra de Cicerón fue la más significativa de Roma, la de Quintiliano —*Institutio Oratoria*— fue la más completa. Este autor trató de erigir a la retórica como la reina de todas las artes y ciencias, por lo que su obra se convirtió en el modelo máximo de la retórica europea. Además, la importancia de Quintiliano consistió en que resumió la retórica de los antiguos, desarrolló modelos para la valoración moral del rétor y puso énfasis en la significación de la capacidad del juicio humano para el éxito retórico.¹⁸

La Edad Media cristiana recibió la retórica después de ciertas vacilaciones y la utilizó para la interpretación de la Biblia. En este periodo histórico, en las escuelas se enseñaba con base en las siete artes liberales,¹⁹ con lo que la retórica, junto a la gramática y la dialéctica, adquirieron gran importancia.

El Renacimiento y el Humanismo aportaron a la retórica nuevas prioridades. Así, la filosofía la adoptó y la constituyó como un instrumento fundamental en la educación, la literatura, la arquitectura, los tribunales, la vida social, la iglesia, la teología, la historia y la filología. Los grandes desarrollos de la ciencia y las humanidades de esta época se encuentran indisolublemente ligados a la retórica.

La Ilustración (siglo XVIII) trajo consigo la nacionalización de la retórica latina en todos los países europeos. Fue así como surgieron una gran variedad de obras en lenguas europeas modernas. La carta, que en la antigüedad adquirió gran importancia en la obra de Plinio, logró en la Ilustración tanta relevancia que se consideró un género retórico propio. También la poética, que desde la antigüedad, gracias a la obra de Horacio, había pertenecido al

dominio de la retórica, permaneció bajo la influencia de esa disciplina.

En el siglo XVIII, la retórica ganó una nueva dimensión política, pues se le empleó en la preparación de las ideas que condujeron a la Revolución francesa. En la arena política, la retórica funcionó como conformadora de la convicción política o como vehículo de difusión de las ideas burguesas. Sin embargo, al final del siglo XVIII comenzó una grave crisis de la retórica debido al surgimiento de ciencias concurrentes, como la estética, la psicología, la pedagogía y, asimismo, por una concepción de la ciencia basada en el método experimental que conduce a la única verdad posible.²⁰ De esta forma, la especialización fue privando a la retórica de sus contenidos y objetivos tradicionales.

Esta crisis de la retórica se fue acentuando y podemos ver que, a partir de la década de 1830, desapareció como disciplina científica en casi todos los países del mundo occidental. Varios fueron los factores que determinaron este destino de la retórica. Destaca el abandono de la tradición del lenguaje oral que, desde la aparición de la imprenta, fue sustituida, cada vez con mayor fuerza, por el discurso escrito. Ese decaimiento de la tradición oral convirtió el papel en el soporte de la información sería por excelencia, con lo que se relegó a la información oral al rol de una comunicación meramente ocasional e informal.

Asimismo, las raíces de una sociedad autoritaria, ajena a la búsqueda de consensos y en donde se suelen imponer verdades absolutas desde las alturas del poder, hicieron aparecer a la retórica como una mera técnica de seducción y engaño ajena a las necesidades de la verdad. A esto último contribuyó la idea de que en la ciencia existe un camino único y seguro para alcanzar la verdad: el método científico, y que éste no requiere habilidades retóricas.

A partir de la década de 1960 se ha experimentado un renacimiento de la retórica, que se caracteriza por tratar de reconciliar los intereses de la oralidad con los de la escritura; por intentar ofrecer herramientas a una sociedad democrática que requiere la formación de consensos y transparencia en todos los procesos de toma de decisión. La retórica moderna ha desarrollado diversos ámbitos de investigación. Ejemplos de este desarrollo son los siguientes:

1. En la teoría literaria. Investigadores como Curtius y Lausberg han incluido la interpretación retórica en la tópica histórica al estudiar textos literarios.²¹
2. El renacimiento de la teoría de la argumentación retórica en el derecho y la filosofía. Este renacimiento se debió a autores como Viehweg, Perelman, Toulmin, Alexy, MacCormick y Haft (en el derecho), a Perelman y Mayer (en filosofía), así como a Gadamer y Blumenberg en la hermenéutica.
3. La nueva retórica o *New Rethoric*. En Estados Unidos se desarrolló la nueva retórica, que se orienta a los medios masivos de comunicación y a la

propaganda desde el punto de vista psicológico.²²

4. Renacimiento de la retórica tradicional. La retórica tradicional se ha desarrollado concebida tanto como disciplina formativa que como instrumento de comunicación humana que sirve para motivar conductas, en forma de retórica aplicada.
5. La retórica popular. En el mundo de los negocios, la formación gerencial, etc., se emplean mucho y gozan de gran aceptación las herramientas retóricas, debido a que ejercen un gran efecto. Sin embargo, hay que aclarar que el conocimiento de esas herramientas en los medios señalados es muy bajo.

1.4 Estadios de la producción de un discurso

En la retórica el discurso presenta una secuencia, un ensamble y una combinación de diferentes argumentos en busca de una buena razón, es decir, de una razón que sea capaz de aportar dentro del juego argumentativo una justificación de que una pretensión de validez o verdad debe aceptarse.

Para lograr esto, es importante considerar las etapas que componen un discurso. Desde la antigüedad, se estableció que los estadios o fases de producción de un discurso oral son cinco: la invención —*inventio*—, la disposición —*dispositio*—, la elocución —*elocutio*—, la memoria —*memoria*— y la acción —*actio*—. Dichas etapas forman el principio de clasificación sistemático más importante de la retórica. Estas fases de trabajo son de gran importancia para todo tipo de comunicación humana y regulan la formulación de un acto de comunicación, la búsqueda de ideas e incluso de exposiciones mediáticas. A continuación explicaremos cada una de ellas:

1. La invención consiste en el conocimiento del tema, su clasificación, según se trate de alguno de los tres géneros de la retórica —forense, deliberativo, especulativo—, y la búsqueda de todo tipo de argumentos y materiales. Para la investigación, la retórica ha creado un género propio de categorías de búsqueda, denominado *tópica*, que ofrece sitios de búsqueda para argumentos y pruebas.
2. La disposición se refiere a la organización del material, es decir, a la importancia de fijar el índice o temario del material. Un criterio de gran relevancia en esta fase consiste en la adecuación o idoneidad a la materia y al público. Para cumplir este propósito, en esta fase la retórica ha desarrollado una teoría de las cuatro partes del discurso: introducción —*exordium*—, narración —*narratio*—, argumentación —*argumentatio*— y conclusión —*conclusio* o *peroratio*.
3. La elocución trata de la producción lingüístico-estilística del habla, por lo que incluye las figuras y tropos, así como el uso del lenguaje y la

formulación de frases. La corrección del lenguaje, la claridad, la adecuación al contenido y objetivo del habla, el adorno de la expresión y la renuncia a lo superficial son las cualidades estilísticas más importantes.

Con respecto al estilo, la retórica ha desarrollado una teoría muy compleja de él, que se remite a Teofrasto (327-287 a. C.), pues el estilo ayuda a ganar la aceptación de los oyentes. Por ello, en la retórica se propone que el adorno del lenguaje —uso de metáforas y palabras elegantes y rebuscadas— sea moderado y que debe procurarse, en todo caso, establecer, mediante él, una buena relación entre el rétor y el auditorio, esto es, una situación en que el auditorio sea receptivo y esté abierto para aceptar la propuesta del orador. Así, el estilo ayuda a conseguir el fin último del discurso: provocar una determinada conducta y dirigirse a la formación de una convicción que redunde en una decisión de un cambio de la conducta, de hacer algo que antes del discurso no se hubiera realizado.

4. La memoria consiste en que el rétor pueda grabar en su pensamiento cada una de las partes del discurso. Esto se logra por medio de reglas mnemotécnicas.
5. La acción es la realización del discurso mediante la conferencia —*pronuntiatio*—, la mímica, la gesticulación o, incluso, la conducta. En ese sentido, la retórica ha desarrollado una compleja técnica del habla, así como reglas para emplear el lenguaje corporal y una técnica de la presentación en diferentes medios y auditorios. En este nivel se utilizan las técnicas de la actuación y de la manipulación de las masas.

Por último, en cuanto a los estadios del discurso, es importante mencionar lo que Quintiliano estableció como los elementos que auxilian al orador: gran acopio de palabras y figuras, orden en la invención, facilidad de la disposición, firmeza en la memoria y gracia en la pronunciación y el ademán, pero, sobre todas ellas, una grandeza de corazón.²³

Aristóteles, *Retórica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, § 1357a.

Ibidem, § 1355.

Arthur Schopenhauer, *Dialéctica erística o El arte de tener razón, expuesta en 38 estratagemas* (trad. Luis Fernando Moreno Claros), Trotta, Madrid, 2007, p. 55.

Ibidem, p. 47

Ibidem, p. 55

Cfr. *ibidem*, pp. 57 y 58.

Cfr. Trudy Govier, "Socrates children. Thinking and Knowing in the Western Tradition", en: *Rhetorica*, vol. 8, 1990, p. 27.

Cfr. Hanns Hohmann, "Rhetoric and Dialectic. Some Historical and Legal perspectives", en Frans van Eemeren y Peter Houtlosser (eds.), *Dialectic and Rhetoric*, Kluwer Academic Publishers, Países Bajos, 2002, p. 43.

Cfr. *ibidem*, p. 42.

Aristóteles, *Retórica*, § 1354a.

Jürgen Habermas, *La lógica de las ciencias sociales* (trad. Manuel Jiménez Redondo), REI, México, 1993, p. 279.

Aristóteles, *op. cit.*, § 1355b.

- 13 Por esta razón, Nietzsche precisa: "Una de las principales diferencias entre los antiguos y los modernos es el extraordinario desarrollo de la retórica: en nuestra época este arte es objeto de general desprecio."

Friedrich Nietzsche, *Escritos sobre retórica* (trad. Luis Enrique de Santiago Guervós), Trotta, Madrid, 2000, p. 81.

14 Cfr. Gert Ueding y Bernd Steinbrink, *Grundriss der Rhetorik. Geschichte, Technik, Methode*, Metzler, Stuttgart, 1986, p. 45.

15 Cfr. Friedrich Nietzsche, *Escritos sobre retórica*, p. 83.

16 Aristóteles, *Retórica*, § 1335b.

17 Entimema o silogismo truncado se denomina al silogismo en el que se elimina alguna de las premisas o la conclusión, por considerarlas evidentes o que van implícitas en otra premisa.

18 Cfr. Gert Ueding, *Klassische Rhetorik*, Beck'sche Reihe, Munich, 2000, p. 89.

19 "La expresión artes liberales, usada principalmente durante la Edad Media, no significa artes en el sentido en el que entendemos estas palabras hoy en día, sino aquellas ramas del conocimiento que fueron enseñadas en las escuelas de aquel tiempo. Son llamadas liberales (Lat. *liber*, libres) porque sirven al propósito de entrenar al hombre libre, en contraste con las artes iliberales, que tienen fines económicos; su fin es preparar al estudiante no para ganarse la vida, sino la búsqueda de la ciencia en el sentido estricto del término, es decir, la combinación de filosofía y teología conocida como escolástica. En número son siete y pueden organizarse en dos grupos, abarcando el primero la gramática, retórica y dialéctica, en otras palabras, las ciencias del lenguaje, de la oratoria y de la lógica, mejor conocidas como las artes sermocinales, o estudios de la lengua; el segundo grupo comprende la aritmética, geometría, astronomía y música, es decir, las disciplinas matemático-físicas, conocidas como las artes reales, o *physicae*. Se considera que el primer grupo es el grupo elemental, por eso es que estas ramas son también llamadas artes triviales o *trivium*, es decir, un terreno bien apisonado tal como el de la unión de tres caminos, o una encrucijada abierta a todo. En contraste con estos encontramos las disciplinas matemáticas como las artes cuadrivales o *quadrivium*, o camino con cuatro entronques. Así, las siete artes liberales con miembros de un sistema de estudios que abraza a las ramas de la lengua como las más bajas, las ramas matemáticas como intermedias, y la ciencia propiamente dicha como el grado superior y terminal. Aunque este sistema no recibió el desarrollo distintivo connotado por su nombre hasta la Edad Media, aún se extiende en la historia de la pedagogía tanto hacia atrás y hacia delante; pues aunque, por un lado los encontramos entre las naciones clásicas, los griegos y los romanos, y hasta descubrimos formas análogas como precursores en el sistema educacional de los antiguos orientales, su influencia, por otro lado, ha durado mucho más allá de la Edad Media, hasta estos días." William Otto, "Las siete artes libres", en *Enciclopedia católica* (trad. Lucía Lessam), disponible en la siguiente dirección electrónica:

<http://ec.aciprensa.com/a/artesliberales.htm> (consultada el 26 de octubre de 2009).

20 Cfr. Gert Ueding, *Moderne Rhetorik. Von der Aufklärung bis zur Gegenwart*, Beck'sche Reihe Wissen, Munich, 2000, p. 132.

21 Cfr. Heinrich Lausberg, *Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1990, p. 15.

22 Cfr. Theresa Enos, *Encyclopedia of Rhetoric and Composition. Communication from Ancient Times to the Information Age*, Garland, Nueva York, 1996, p. 251.

23 Quintiliano, Marco Fabio, *Institución oratoria*, p. 233 y siguientes.

capítulo 2 Teoría de la argumentación

La teoría de la argumentación se ocupa de la definición y estructura de los argumentos, de su validez y la construcción de argumentaciones, así como de la investigación de los modelos de argumentación.

2.1 La argumentación

A menudo hay diversas concepciones sobre un mismo problema que coinciden sin que existan diferencias fundamentales entre ellas. Sin embargo, lo que uno observa o concibe sobre algún aspecto del mundo se puede convertir en un

³⁷ Cfr. David Hume, *Enquiry concerning the Human Understanding*, Oxford University Press, Oxford, 1975, p. 80.

³⁸ Cfr. *ibidem*, p. 48.

³⁹ Cfr. *ibidem*, p. 57.

⁴⁰ Cfr. *ibidem*, p. 80.

⁴¹ Cfr. *ibidem*, p. 81.

⁴² Cfr. *ibidem*, p. 82.

⁴³ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁴ Cfr. *ibidem*, p. 49.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 82.

⁴⁶ Cfr. *ibidem*.

⁴⁷ Christian Plantin, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁸ Para las citas de este párrafo, *loc. cit.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 46.

⁵¹ Stephen Toulmin, *The uses of argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958.

⁵² Cfr. *ibidem*, pp. 223 y siguientes.

⁵³ Cfr. *ibidem*, pp. 3-7.

⁵⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 107 y ss. y 124.

⁵⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 109 y 110.

⁵⁶ Cfr. *ibidem*, p. 111.

⁵⁷ Cfr. *ibidem*, p. 111.

⁵⁸ Cfr. *ibidem*, p. 97.

⁵⁹ Cfr. *ibidem*, p. 101.

⁶⁰ Cfr. *ibidem*.

⁶¹ Cfr. *ibidem*, pp. 103-107.

⁶² Cfr. *ibidem*.

⁶³ *Ibidem*, p. 95.

capítulo 3 Argumentación jurídica

La argumentación jurídica es una disciplina especial de la filosofía del derecho que tiene como propósito analizar los razonamientos que se utilizan para justificar como jurídicamente correctas las pretensiones que plantean los abogados o las decisiones que toma la autoridad.

Como disciplinas que estudian los razonamientos que se utilizan en la aplicación de las normas jurídicas generales y abstractas para la solución de casos particulares y concretos se cuentan, además de la argumentación jurídica, la teoría de la interpretación jurídica, la lógica jurídica y la hermenéutica jurídica. Debido a que entre ellas existen semejanzas que bien pudieran generar ciertas confusiones sobre sus relativos contenidos, ideologías y fines, preciso resulta establecer, en primer término, la diferencia entre las mismas; después se estudiará someramente la historia de la argumentación jurídica; la relación de ésta con el discurso y la necesidad que la justifica.

3.1 Diferencias entre interpretación, lógica, hermenéutica y argumentación jurídicas

3.1.1 Teoría de la interpretación jurídica

La interpretación jurídica nació y tuvo su auge como disciplina teórica durante el siglo XIX. Esto no fue una casualidad, pues coincidió con el movimiento codificador francés, que pretendió reducir el derecho a la ley escrita y emitida por una autoridad oficial. Las escuelas que desarrollaron esta teoría fueron, entre otras, la de la exégesis, la de la evolución histórica, la del derecho libre —o libre investigación científica— y la de la jurisprudencia de los intereses.

La teoría de la interpretación jurídica identifica al derecho con la ley o, más precisamente, con un conjunto cerrado de disposiciones jurídicas puestas en vigor por la autoridad política y, sobre todo, por el Poder Legislativo. De esta forma, las fuentes del derecho son escritas y oficiales.

Para la teoría de la interpretación, la actividad intelectual requerida para aplicar la norma general y abstracta a casos particulares y concretos consiste en desentrañar el significado de los símbolos y signos en que se han redactado los preceptos jurídicos. El objetivo de la interpretación jurídica será dotar de sentido normativo a los enunciados incorporados en los cuerpos normativos vigentes. Si la ley es la medida del derecho de lo que es jurídicamente relevante, la actividad necesaria para comprender su significado se convierte en la actividad intelectual indispensable para aplicar el derecho.

La teoría de la interpretación supone que toda solución para un caso jurídico concreto se encuentra preestablecida en la ley. En las posiciones más

radicales, como sería el caso de la Escuela de la exégesis, se halla de manera inmediata en la letra de la ley; en cambio, en las posiciones más liberales, como la Escuela del derecho libre o libre investigación científica y la Escuela de la jurisprudencia de los intereses, está en el espíritu, la razón o el propósito de la ley. En todo caso, la teoría de la interpretación parte de la idea de que la actividad del intérprete es reproductiva de un sentido que viene implícito en los textos normativos. Diría Bertrand d'Argentré: *Stulta sapienti quae vult legge sapientior esse* ("Es necia la sabiduría que pretende ser más sabia que la ley").

La teoría de la interpretación jurídica corresponde a una idea de la aplicación del derecho que pretende reproducir con fidelidad los postulados básicos del principio de división de poderes. De esta forma, se respeta que sólo el legislador, ostentador de la representación popular, posea la facultad de creación normativa y que, por su parte, el juez sea un simple aplicador de la ley. Así, el juez debe limitar su trabajo a buscar en la ley creada por el legislador la regla de su actuación.

En los casos sin ley aplicable, la teoría de la interpretación ha creado un gemelo para la actividad interpretativa: la integración del derecho. Ésta sirve como herramienta subsidiaria para buscar en los principios generales del derecho, en la costumbre o en las normas análogas la solución a problemas concretos. Pero en todo caso, dicha solución ya se encuentra predeterminada, por lo que la actividad del aplicador del derecho sigue siendo reproductiva del material normativo.

3.1.2 Lógica jurídica

Un enfoque lógico del derecho no es algo en lo que todos coincidan. Por ejemplo, para Aristóteles, una ciencia moral, como el derecho, no era un objeto de estudio que pudiera abordar la lógica. De igual forma, para el influyente juez de la Suprema Corte de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, el derecho no se podía estudiar atendiendo exclusivamente a los axiomas de una lógica jurídica. Asimismo, el gran romanista Rudolf von Ihering opinó que hablar de una lógica del derecho es un error, pues lo que sucede en el mundo es lo que postula la vida y no lo que la lógica preestablece. Por su parte, Hans Kelsen fue de la idea de que la lógica de las normas era sólo una simple apariencia.

No obstante las opiniones en contra, las escuelas del derecho natural y del derecho racional en los siglos XVII y XVIII trabajaron una lógica jurídica. Pufendorf, Leibniz y Wiegand trataron de descubrir los axiomas o conceptos *a priori* con base en los cuales se pudieran construir las leyes positivas conforme a la naturaleza humana.¹

En la actualidad, la lógica jurídica la han desarrollado especialistas teóricos

sin relación alguna con las ramas del derecho positivo. Así, la lógica jurídica trata sobre la corrección o falsedad de la estructura y fundamentación de los enunciados jurídicos. Para este efecto, las normas se distinguen de los enunciados, pues mientras éstos pueden ser correctos o falsos, aquéllas son válidas e inválidas. La lógica jurídica se ocupa, entonces, de la corrección o falsedad de los juicios de deber ser abstractos y concretos, y con la fundamentación de tales pretensiones. La pregunta concreta versaría sobre el fundamento jurídico en el derecho: ¿cómo, aplicando las reglas de la lógica, un enunciado jurídico puede llegar a ser correcto a partir del contenido de las normas jurídicas?² De esta forma, la tarea central de la lógica jurídica sería determinar las fronteras dentro de las cuales un enunciado jurídico abstracto o concreto puede ser fundamentado de tal forma que su pretensión de corrección resulte jurídicamente correcta.

Por otra parte, los enunciados de deber ser jurídicos pueden ser fundamentados tanto desde un punto de vista formal como desde uno material. Esto es posible según se utilicen reglas de lógica formal o de la lógica material.³ La primera se ocupa de las reglas lógicas aptas para inferir, a partir de enunciados jurídicos correctos, conclusiones jurídicas correctas. Existen dos modalidades de la lógica formal: la matemática y la formal tradicional. Ambas ofrecen herramientas a la lógica jurídica para resolver problemas legales, aunque debe resaltarse que la lógica matemática es menos aplicable en el derecho.⁴

Por su parte, la lógica material sirve para derivar consecuencias jurídicas concretas a partir de normas generales y abstractas específicas, correlacionando sucesos materiales especiales con algunos conceptos normativos, con base en las argumentaciones jurídicas habituales. La lógica material se pregunta sobre si un concepto jurídico concreto resulta aplicable a un caso concreto. En todos los casos, la lógica jurídica estudia la deducción en el razonamiento jurídico.⁵

3.1.3 Hermenéutica jurídica

La hermenéutica es la corriente de la filosofía que trabaja con la interpretación y el entendimiento de expresiones. El entendimiento humano se encuentra inmerso en un complejo entramado de símbolos y signos, que en su conjunto utilizan un lenguaje común. Todas las creaciones humanas llevan implícito un sentido, cuya interpretación y entendimiento constituyen la tarea de la hermenéutica.

La hermenéutica mostró gran auge después de la Segunda Guerra Mundial. El término *hermenéutica* se originó en la antigüedad y significaba “expresión”, “representación”, “interpretación”, “aclaración” o “traducción”. La palabra proviene del dios Hermes, cuya tarea consistía en servir de intermediario o

traductor entre los seres humanos y los dioses, quienes no manejaban un lenguaje común. Platón empleó la hermenéutica como una técnica de interpretación.

En los siglos anteriores al XVIII hubo varias aplicaciones particulares de la hermenéutica: la filológica —interpretación y reconstrucción de textos antiguos poco claros—, la alegórica —corriente que analiza los textos cuyo sentido literal parece inaceptable—, la teológica —métodos para una correcta interpretación de las Sagradas Escrituras— y la jurídica —formas de interpretación de textos jurídicos—. En el estudio de las alegorías de los textos de Homero y Hesíodo encontramos los primeros precedentes de la hermenéutica filológica. Sin embargo, una disciplina hermenéutica propiamente dicha fue la patristica o teoría de los Padres de la Iglesia en la interpretación bíblica. La característica fundamental de esta hermenéutica consistió en la interpretación fiel de las Sagradas Escrituras como una verdad en sí misma que debe ser descubierta. La hermenéutica jurídica se preocupó por el entendimiento e interpretación de los textos legales con base en la consideración de su evolución histórica.

En el siglo XVIII se propuso una definición y conceptualización de la hermenéutica, que correspondió al teólogo y filósofo Friedrich Schleiermacher, para quien esta disciplina es tanto universal —al considerar todas las posibles aplicaciones de la hermenéutica— como particular, al empleársela como un arte del entendimiento. Para Schleiermacher, la interpretación de un texto tiene dos formas: a) objetiva, que considera el texto dentro de la totalidad del lenguaje, y b) subjetiva, que atiende al autor individual, quien se reproduce en el proceso de creación en su obra. El objetivo de la hermenéutica de Schleiermacher es conocer al autor mejor de lo que él se conoce a sí mismo.

En el siglo XIX destacó la obra de Wilhelm Dilthey, para quien el concepto de hermenéutica se relacionaba con el entendimiento de expresiones escritas. Ya en el siglo XX, Martin Heidegger llevó a la hermenéutica a una nueva dirección: el arte del entendimiento no fue para este filósofo sólo un método de conocimiento, sino más bien un aspecto de la existencia misma.

Pero sin duda el autor más relevante de la hermenéutica fue Hans Georg Gadamer, pues trató de hacernos conscientes de los aspectos inconscientes del proceso del entendimiento. De esta forma, Gadamer comprendió que a cada entendimiento corresponde una precomprensión en forma de prejuicios, un horizonte de comprensión y una expectativa de sentido. Por otra parte, pensaba que el método hermenéutico tiene una estructura circular, ya que cuando intentamos entender un objeto, lo hacemos entendiendo dicho objeto como un todo. Por otra parte, nosotros sólo podemos comprender el todo mediante el conocimiento de sus partes. De esta forma, la comprensión del todo y la de las partes se implican mutuamente.

Según Gadamer, cuando se lee un texto se le otorga una esperanza de sentido; previamente, esto es, antes de la lectura de un texto, hay una expectativa de lo que el mismo debe o no significar; el sentido de un texto “viene siempre codeterminado por la situación histórica del intérprete”.⁶ Por otra parte, si leemos literatura, poseemos de antemano un conocimiento previo de este objeto y por eso se dice que lo precomprendemos. Nuestro horizonte de comprensión es el ámbito de nuestras propias ideas y conocimientos, con base en los cuales interpretamos y entendemos los textos que leemos. Por eso G. W. F. Hegel sostuvo:

“La letra mata, mas el espíritu vivifica” (San Pablo, II Cor. 3, 6). Pues bien, el espíritu no es otra cosa que lo que anima a quienes se acercan a la letra con el propósito de interpretarla de un modo espiritual y vivo; es decir, haciendo que sean sus propias ideas y representaciones las que se abran paso a través de la letra... Explicar sin poner en la explicación un espíritu propio, como si se tratara simplemente de descubrir el sentido contenido en la letra es algo sencillamente imposible. Explicar significa aclarar, poner algo en claro ante mí mismo, lo que requiere poner a contribución lo que ya se halla dentro de mí.⁷

En el efecto final, la hermenéutica reconoce que la labor interpretativa es productiva y no sólo reproductiva de sentido.

En el derecho, la hermenéutica se deslinda de la perspectiva de la lógica jurídica, según la cual la tarea de la aplicación del derecho se agota en una operación de lógica jurídica conforme a la cual sólo basta ordenar en una relación silogística dos datos perfectamente objetivos: una norma general y un caso particular, donde el juez sería un autómata de la subsumición, para quedar así garantizado el principio de independencia judicial de acuerdo con el cual el juez sólo depende de la ley.⁸

La hermenéutica jurídica entiende que el sistema jurídico no es completo ni cerrado y que el juez está obligado a llenar las lagunas normativas y aportar algo creativo al derecho. De esta forma, la aplicación de la norma por parte del juez no es estrictamente reproductiva de la ley, sino productiva de derecho.⁹

Para la hermenéutica jurídica... es determinante la tensión entre el texto de que se parte —la ley o el texto sagrado— por un lado, y, por otro, el sentido que su aplicación cobra en el instante concreto de su aplicación.¹⁰

En la concepción de la hermenéutica, quien lleva a cabo el acto de la aplicación del derecho siempre imprime o deja sentir su propia personalidad. Quien busca saber lo que es el derecho, en tal afán no se puede separar de su propio yo; la actividad de aplicación presenta un componente de subjetividad imposible de separar de la objetividad de la norma. El derecho no existe fuera del procedimiento de su aplicación, sino que nace a partir del mismo.¹¹

Quien quiere entender un texto legal trae consigo una determinada esperanza de sentido —prejuicio o preentendimiento—. Cuando se expresa el sentido del texto surge una nueva propuesta de sentido del intérprete, la que

de nuevo se deberá interpretar, con lo que esta propuesta de sentido se modifica a través del texto, y así hasta el infinito. Esto es el círculo hermenéutico, esto es la remisión de significativo al significado.¹²

A efecto de contar con una hipótesis normativa concreta y un hecho calificado como realizador de la misma, el sentido de la norma debe ser determinado antes. Esto sucede en un círculo que va de la ley al caso y del caso a la ley. Si el sentido de la ley corresponde al caso planteado, eso depende del conocimiento previo del caso, como por otra parte el entendimiento de éste no se puede separar del conocimiento previo de la ley. De esta forma, la interpretación de una ley no depende sólo del texto de la misma, sino que también es parte del horizonte del intérprete. Esto es, el juez mismo es parte del proceso de interpretación.¹³

La hermenéutica jurídica no es una posición subjetiva, más bien describe el entendimiento como una relación entre lo subjetivo y lo objetivo. La anticipación del sentido no es una conducta de la subjetividad, sino que se determina por la generalidad que nos une con lo exterior —no subjetividad, sino intersubjetividad—. Objetivas son las normas abstractas y el caso burdo. El derecho concreto sólo se produce en el proceso del entendimiento; fuera de este proceso no se puede hablar de un derecho válido y concreto. El derecho no es una medida objetiva sino el resultado de un proceso del entendimiento humano.¹⁴

3.1.4 Argumentación jurídica

La teoría de la argumentación jurídica es una disciplina de reciente aparición, ligada al surgimiento del movimiento filosófico conocido como *nueva retórica* y a los nombres de Chaim Perelman, Theodor Viehweg, Stephen Toulmin, Neil MacCormick, Jürgen Habermas, Robert Alexy y Manuel Atienza.

Para la argumentación jurídica, el derecho es visto como un conjunto de procedimientos que fijan los momentos y los espacios dentro de los que se pueden hacer valer las argumentaciones jurídicas,¹⁵ las cuales, con base en criterios de validez que se expresan en la antinomia *jurídico-antijurídico*, nos permiten obtener argumentos que sirven de fundamento a las autoridades y a los abogados para justificar sus decisiones, pretensiones o puntos de vista.

La argumentación jurídica parte del enfoque de un conflicto que busca una solución jurídica. En efecto, la argumentación jurídica presupone la actividad jurídica como la praxis de conflictos en donde las contrapartes sostienen perspectivas opuestas sobre un mismo problema. La razón le asiste a quien pueda hacer valer las mejores argumentaciones para demostrar la razonabilidad de su posición. De esta forma, los abogados exponen razones que sirven para justificar la juridicidad o antijuridicidad de ciertas conductas. Por su parte, las autoridades le conceden la razón a quien las pueda convencer con

sus argumentos en el sentido de que su punto de vista es el jurídicamente correcto.

En la naturaleza del fenómeno jurídico radica que la teoría de la argumentación no pueda ofrecer soluciones preestablecidas que simplemente se apliquen y garanticen éxito en el resultado. Desde la posición de la decisión jurídica, para casos concretos sólo se encuentran preestablecidos los hechos, las normas jurídicas y los valores que incorpora el orden jurídico. La teoría de la argumentación sirve para establecer la forma en que esos tres elementos se relacionan entre sí. Esta manera de interrelación de esos tres factores proporciona un marco para la decisión jurídica. Desde el punto de vista de la decisión, dichos elementos alcanzan su significación cuando se relacionan entre ellos y se valoran sus vínculos recíprocos. El objeto de sus intereses son también los tipos de argumentos y las formas de la argumentación cuando se fundamentan las decisiones.

El valor de la teoría de la argumentación radica en que nos hace conscientes de la decisión jurídica tomada en su conjunto. Dicha teoría sirve para analizar y esclarecer los presupuestos de una decisión jurídica válida. Si en un Estado de derecho se exige que se fundamenten las decisiones de la autoridad, se debe a que la misma es una garantía de su calidad, su validez y corrección, pues de esa forma se garantiza la transparencia que posibilita un discurso jurídico racional, en donde todas las partes tengan las mismas posibilidades de defensa de sus derechos y todos los argumentos deban ser analizados.

Una teoría de la argumentación jurídica no puede establecer con seguridad en qué casos un hecho se ha perpetrado y, en consecuencia, una norma se ha violado y qué consecuencia de derecho habrá que derivar para la resolución de un caso. Preguntas de este tipo sólo podrían ser resueltas por el juez mismo. Éste debe encontrar los argumentos necesarios para fundamentar sus decisiones y no inferir las mismas a partir de tipos de argumentos seguros y estables. De esta forma, la teoría de la argumentación jurídica sólo ofrece los procedimientos del razonamiento jurídico, mas no los resultados seguros y estables a los que en todo caso se debiera llegar. La decisión jurídica es resultado de un razonamiento productivo, que exige una respuesta a una pregunta, un acto que exige una aclaración sobre cómo la hipótesis normativa se ha actualizado y que implica una fundamentación de la aplicación de una reacción normativa.

3.2 Breve historia de la argumentación jurídica

Dentro de los antecedentes de la argumentación jurídica se pueden mencionar a autores como Viehweg. En su obra *Tópica y jurisprudencia*,¹⁶ que apareció en 1953, este autor advirtió que, para la decisión jurídica, un problema de mayor importancia es que en el razonamiento jurídico la *inventio* aparece en

primer lugar y la *conclusio* o decisión aparece en segundo lugar. Por lo mismo, sostiene que la tónica tiene que mostrar, en primer lugar, de qué manera se encuentran las premisas en el silogismo jurídico. Esto significa que la decisión sólo es posible cuando los hechos se preparan con base en los conceptos del derecho positivo y el derecho positivo con base en los conceptos.

La tónica es una técnica del razonamiento jurídico. Como tal, ofrece enfoques sobre cómo se debería resolver un problema. Si este punto de apoyo no existiera, no se podría encontrar una solución. Este punto de vista —*topoi*— no sólo incluye puntos generales aplicables o lugares comunes generalmente aceptados, sino también posiciones que han sido aprobadas sólo para una determinada materia.

El objeto de la tónica es agrupar y organizar dichos enfoques en catálogos, sin que exista la pretensión de que estos catálogos sean cerrados pero sí que ayuden a construir conclusiones en forma deductiva. Los tópicos permiten atender la naturaleza de las soluciones jurídicas para resolver problemas. La decisión se deriva del problema mismo. Ella ilumina el problema con argumentos en pro y en contra. Así como los tópicos influyen en la solución del problema, el problema, a su vez, determina la significación del tónico.

También Perelman¹⁷ parte del enfoque consistente en que las decisiones jurídicas se concentran en la elección de las premisas que fundamentan y que requieren ser fundamentadas y aceptables. Él rechaza el positivismo que pretende reproducir la ley, por lo que establece que la decisión jurídica no puede ser representada por una lógica formal cuyo objeto es materia de una comprobación sencilla. La decisión es aceptable cuando ella resulta justa, esto es, cuando puede ser puesta en consonancia con los intereses generales de manera razonable. Los argumentos en los que la decisión se apoya deben ser lo suficientemente sólidos como para convencer al auditorio al que se dirigen. El derecho es, a la vez, un acto de poder, un acto del entendimiento y un acto de la convicción que debe encontrarse conforme con la ideología social de cada tiempo y lugar. Una buena decisión es sólo la que se encuentra en consonancia con el sistema de valores oficiales.

A partir de la década de 1970 se ha trabajado en una teoría de la argumentación jurídica como rama independiente de la filosofía y de la teoría del derecho. Y es desde los años ochenta cuando han aparecido aportes integrales y de gran profundidad a dicha teoría. Las principales aportaciones son: la teoría de la justificación de las decisiones jurídicas de Neil MacCormick, la teoría de la transformación en el derecho de Aleksander Peczenik, la teoría procesal de la argumentación jurídica de Robert Alexy, la teoría de la justificación de las interpretaciones jurídicas de Aulis Aarnio y la teoría pragmatológica de la argumentación jurídica de Eveline Feteris.

Las diversas teorías de la argumentación jurídica se pueden clasificar en tres

diferentes grupos: a) los modelos de justificación, b) los modelos discursivos y c) los modelos analíticos.

En los modelos de justificación se trata con teorías que se ocupan, sobre todo, de la forma como las conclusiones jurídicas pueden ser justificadas de manera racional. Los representantes más importantes de esta corriente son MacCormick y Peczenik.

La teoría de la justificación de decisiones jurídicas de MacCormick,¹⁸ que se construye con base en la razón práctica, parte de la diferencia entre justificación deductiva y justificación de segundo nivel. La primera corresponde al uso de las formas de argumentación deductivas conocidas, por ejemplo la de los *modus ponens*. La justificación de segundo nivel consiste en la justificación de las premisas que uno requiere para llevar a cabo la apariencia lógica. La justificación deductiva sólo aplica en casos sencillos, porque para casos difíciles se requieren otras premisas, como nuevas reglas o nuevas interpretaciones de las reglas.

MacCormick diferencia entre argumentos consecuencialistas y argumentos de coherencia y coexistencia. Con los argumentos consecuencialistas se pretende justificar decisiones jurídicas por cuanto hace a las consecuencias esperadas. Las argumentaciones de coherencia y coexistencia se basan en que los enunciados y decisiones jurídicas no deben estar en contradicción con las reglas de derechos y en que las premisas se deben fundamentar en un principio de derecho reconocido o, por medio de la analogía, en una regla de derecho reconocida.

La teoría de la transformación del derecho de Peczenik se basa en la idea de que la argumentación jurídica no descansa en la deducción lógica, sino en las transformaciones en que el derecho se fundamenta. En el contexto del derecho se utilizan estas transformaciones para producir justificaciones suficientes, con lo que Peczenik distingue entre transformaciones en el derecho y transformaciones dentro del derecho.

Las teorías de Alexy y Aarnio representan teorías del modelo discursivo. La teoría de Aulis Aarnio¹⁹ de la justificación de las interpretaciones jurídicas parte del concepto de declaración interpretativa —*interpretative statement*—, que consiste en la declaración correcta de una interpretación de una regla de derecho. En ese sentido, un juez nunca es libre para decidir entre declaraciones interpretativas alternativas; más bien su decisión debe ser tomada en una forma correcta para que coincida con el derecho válido y con las normas sociales. La justificación de una decisión sólo es sostenible cuando proviene de un discurso racional y el resultado sea aceptable para la comunidad jurídica.

Aarnio establece que el mundo de vida es un presupuesto que posibilita la comunicación mutua. Como parte de dicho sistema, las normas jurídicas son un

medio para alcanzar determinados fines sociales preestablecidos de una forma tecnológica racional (es decir, a partir de normas con una técnica racional para asegurar expectativas). En la sociedad moderna la legitimidad del derecho también se fundamenta en valores que son racionalmente aceptables en el seno de una sociedad. El fundamento de la legitimidad se encuentra detrás de las normas. Esto se debe a que hunde sus raíces en la parte de la sociedad que bien pudiéramos definir como mundo de vida.

Las condiciones generales que posibilitan la legitimidad de la decisión jurídica incluyen cinco criterios fundamentales: a) el presupuesto más general, consistente en que ambas partes poseen un lenguaje común con el mismo sistema de significados; b) el proceso de fundamentación corresponde a los criterios de los discursos racionales; c) el proceso de fundamentación transcurre de acuerdo con las reglas de la interpretación jurídica; d) el intérprete se vale de, por lo menos, una de las fuentes jurídicas obligatorias y la interpretación se encuentra en consonancia con la escala jerárquica de dicha fuerza; y e) se consideran las circunstancias sociales y los valores, pues sólo mediante la interpretación de las fuentes jurídicas sería imposible alcanzar un resultado racional aceptable. Radica en la naturaleza de la decisión jurídica que las reglas del discurso racional jurídico no descarten una valoración que permita ampliar el ámbito de la decisión. La valoración entra en escena en la interpretación cuando se tiene que elegir entre diferentes fuentes del derecho.

La teoría de la argumentación jurídica de Alexy consiste en tratar de representar el discurso jurídico como un caso especial del discurso general racional. Lo característico de dicho discurso es que anhela la corrección y se desarrolla con base en los presupuestos racionales. El discurso jurídico tiene por objeto llevar a cabo la justificación de un juicio normativo. Dos aspectos de la justificación jurídica son de relevancia: a) la interna y b) la externa. En la primera se trata de determinar si un juicio se puede derivar, desde un punto de vista estricto de lógica formal, de las premisas que se hacen valer. El objetivo de la justificación externa es la verdad del contenido de las premisas, que pueden ser: reglas de derecho positivo, afirmaciones empíricas y premisas que no son ni afirmaciones empíricas ni reglas de derecho.

La teoría pragmatialéctica de Eveline Feteris²⁰ puede ser caracterizada como parte del modelo analítico. A ella le incumbe establecer cómo las conclusiones jurídicas pueden ser justificadas de manera racional. Dicha teoría corresponde a la argumentación jurídica como parte de una discusión crítica que persigue el propósito de resolver casos jurídicos. La parte central de esta teoría es un modelo ideal de discusiones críticas y un código de conducta para interlocutores racionales. Feteris se ocupa con gran profundidad de argumentos consecuencialistas. La parte más importante del trabajo es la

pregunta metódica del análisis de los procesos discursivos.

3.3 Discurso y argumentación jurídica

Resulta muy importante entender que no todo lo que se diga o explique es una argumentación. Más bien, la argumentación es sólo una de las partes de las que se compone un discurso donde cada una de ellas sirve para plantear la explicación y demostración de un acontecimiento o fenómeno. Dentro del discurso se ensamblan y combinan diferentes argumentos en busca de una buena razón, es decir, de una razón capaz de aportar una justificación de que una pretensión de validez o verdad debe aceptarse.

Los presupuestos de un discurso son:

1. *Questio*. Tema conflictivo. Sin conflicto la argumentación carece de objeto.
2. *Posibilidad de consenso*. Reconocimiento de que la contraparte puede tener razón y convencerme.
3. *Diversidad de posiciones*. Posibilidad de hacer valer diferentes puntos de vista sobre un mismo tema.
4. *Ausencia de violencia*. Que se respeten los puntos de vista contrarios y que sólo se les combata mediante la razón.

En el discurso en general y en el jurídico en particular existen dos grandes partes: exposición y demostración. En la primera se trata de describir el problema y en la otra de justificar el punto de vista de lo expuesto. Por eso diría Aristóteles que es imposible decir sin demostrar o demostrar sin haber expuesto previamente, porque el que enuncia algo lo enuncia para demostrarlo.²¹

Las dos grandes partes del discurso se pueden subdividir a su vez en seis: *a)* proemio o exordio, *b)* narración, *c)* partición o división, *d)* confirmación, *e)* confutación, reprensión o refutación y *f)* conclusión o peroración. Aunque para algunos podría parecer exagerada la cantidad de partes que aquí enumeramos, corresponderá a cada uno decidir para cada caso particular cuántas partes del discurso se requieren para exponer debidamente sus argumentaciones.²²

3.3.1 Exordio

El exordio cumple una importante tarea al propósito de provocar la primera persuasión sobre el auditorio. Busca crear la empatía del orador con el auditorio, al exponer el problema que habrá de ser analizado. Asimismo, procura despertar la curiosidad e interés hacia el tema del discurso y, de esta forma, producir una predisposición favorable al presentarlo como digno, honesto, extraordinario, o bien, como pernicioso o vergonzoso.²³

Con el fin de crear la empatía señalada, se requiere conocer las características del auditorio. Por eso resulta relevante saber qué grado de formación, qué composición social, ideológica, económica, etc., posee el

mismo.²⁴

Por otra parte, en el exordio se deberá ponderar la bondad o maldad del punto de vista por defender. Si el punto de vista resulta en una concepción general fácilmente defendible, el exordio se denomina *proemio* (*proemium*) y no requiere mayor manipulación. En cambio, cuando el punto de vista no es fácilmente sostenible, el exordio recibe el nombre de *insinuación* (*insinuatio*). En estas condiciones desfavorables los especialistas aconsejan seguir algunas de las siguientes reglas:

minimizar —sin caer en lo ridículo— los hechos. También se podrá intentar identificar cuáles han sido los argumentos que ha utilizado la contraria para asentar su éxito argumentativo y prometer sin más, la refutación plena de ellos... Finalmente corresponde prometer que será breve la exposición y eventualmente abrir el discurso, con algún tipo de exclamación, interjección, etcétera, que como tal sorprenda al auditorio y lo retire de un presunto estado de sopor.²⁵

En el contexto de un juicio, el exordio incluye también “la tríada de temas que en él se habrán de dar cita: los sujetos de pleito, los jueces en el mismo y la causa sin más”. En cuanto a los sujetos del pleito, resulta pertinente poner de relieve la personalidad del cliente, mostrando sus cualidades. Por cuanto hace al contrario, se debe *degradar* “la personalidad del contrario” o de su abogado. En relación con los jueces, corresponderá al orador enfatizar que son ellos hombres de verdadero valor y sabiduría, en función de lo cual difícilmente podrían cometer una injusticia con ese cliente. Por último, en lo relativo a la causa, “se impone como una regla casi obligatoria el intentar mostrar que ella es total o parcialmente novedosa, y por ello, es que resulta importante un cuidadoso estudio y ponderación”.²⁶

3.3.2 Narración

En la narración o exposición “es donde se debe presentar y resumir en forma lúcida, breve y verosímil el asunto de que se trata”. De esta forma, sirve al objetivo de “presentar favorablemente la totalidad de los hechos de la causa, con el fin de obtener el éxito. Una exposición persuasiva”. La narración contribuye a que el auditorio tenga un adelanto acerca del tema central del discurso.²⁷

Es importante que el orador desarrolle de manera adecuada la narración de su discurso, y que esa narración sea acorde a los hechos y, por lo tanto, imparcial y honesta. Según Cicerón:

La narración será verosímil si en ella aparecen las características habituales de la vida real; si se respeta el rango propio de los personajes, se explican las causas de los acontecimientos, se señala que aparentemente hubo ocasión para cometer los hechos y se muestra que las circunstancias eran favorables, el tiempo suficiente y el lugar oportuno para los hechos que se narran; si los hechos se ajustan a la índole de los participantes, la opinión pública y los sentimientos de los oyentes. Podremos asegurar la verosimilitud siguiendo estos principios.²⁸

Habrá que tener en cuenta que puede haber cierto prejuicio por parte del auditorio en relación con uno mismo o el representado en un juicio. Al respecto, sería oportuno no ignorarlo y refutarlo con claridad desde un principio.²⁹

Concluyendo, podemos mencionar que las cualidades de una buena y exitosa narración son la brevedad, la claridad y la verosimilitud.³⁰ La brevedad implica la capacidad de poner de relieve sólo lo verdaderamente importante para el debate y de hacer a un lado toda la información carente de valor para el propósito del rétor.

En cuanto a la verosimilitud, el rétor deberá evitar que la exposición parezca poco natural o que sea contraria a las buenas costumbres. Dentro de la verosimilitud debe existir “concordancia lógica en el relato, sea en cuanto a las personas, al tiempo o lugar”. La claridad debe ser alcanzada utilizando términos que resulten apropiados y evitando aquellos que no sean de uso corriente, sino extravagantes por desactualizados o por tener significados confusos.³¹

3.3.3 División

La división consiste en definir cuáles son las preguntas o temas centrales del discurso. En un juicio la división será “la formulación adecuada de los puntos controvertidos y litigiosos, y sobre los que, en definitiva, se conformará la *litis contestatio*”.³²

Se denomina *división* porque para determinar adecuadamente los puntos controvertidos se debe dividir el tema genérico en partes, secciones o capítulos. La división deberá ser breve y exacta. También deberá separar con exactitud los géneros de las especies. En síntesis, la división sirve para mostrar lo esencial en el discurso.³³

3.3.4 Argumentación, demostración o confirmación

Sólo al final del discurso aparece la parte argumentativa. Ésta constituye la parte central del discurso, pues su objeto es confirmar o demostrar la tesis. Con esto se busca persuadir o convencer a cierta audiencia.

Si el exordio y la narración tienen como propósito preparar al auditorio para que ponga atención en la expresión del rétor, la argumentación busca demostrar sus afirmaciones.³⁴

3.3.5 Refutación

La refutación consiste en plantear la oposición a los contraargumentos que haya hecho valer el interlocutor. Ésta se produce después de la propia defensa de las tesis hechas valer.

Los clásicos sostenían que resulta conveniente llevar a cabo la refutación en

bloque, cuando los contraargumentos son tan débiles que bastaría un solo razonamiento para contrarrestar los efectos de la totalidad de ellos. Lo que siempre se recomienda es no dejar de refutar ningún contraargumento.³⁵

3.3.6 Peroración, conclusión o epílogo

La peroración o epílogo es la parte conclusiva del discurso y su propósito es disponer al auditorio a favor de la tesis del locutor. La peroración consta de tres partes: *a)* enumeración y recapitulación; *b)* amplificación de la acusación y *c)* queja o conmisericordia. En la primera el locutor necesita ser cuidadoso en afirmar que lo prometido en el exordio fue cumplido porque se logró probar lo que se quería demostrar. “En la segunda de las partes se buscará suscitar el rechazo a las tesis contrarias advirtiéndose que no se trata de hacerlo con nuevos argumentos o refutaciones, esto es, cuestiones descriptivas, sino prioritariamente de exaltar la pasión del auditorio. Por último, el objetivo de la queja es exaltar la piedad del auditorio. “Como se advierte, finalmente, con la peroración se intenta poner en grado de evidencia, una cierta presencia psicológica en el discurso, que logre definitivamente captar al auditorio a las tesis de quien aparece como rétor.”³⁶

3.4 Necesidad de la argumentación jurídica

La necesidad de una argumentación jurídica se deriva de tres razones fundamentales: *a)* de las exigencias de un Estado de derecho moderno; *b)* de la necesidad de adaptar normas jurídicas del pasado para encontrar solución a problemas modernos, y *c)* debido a que las normas jurídicas se redactan en un lenguaje sencillo, pero se deben aplicar en la solución de situaciones complejas.

Al primer aspecto ha hecho alusión el célebre tratadista español Manuel Atienza:³⁷ la argumentación resulta importante porque la “idea de un Estado de derecho se vincula obviamente con la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas”, pues se trata del “sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder”, y precisamente por esto un Estado de derecho ofrece “mayores posibilidades para la argumentación que cualquier otro tipo de organización de poder”.³⁸ Además, en un Estado de derecho se debe resolver, por una parte, la tensión permanente que existe entre el cumplimiento del principio de legalidad y el respeto a la ley, y por la otra, la realización de los valores de justicia propios de los derechos humanos.³⁹

La segunda causa de la necesidad de una argumentación se debe a que las normas jurídicas permanecen estáticas, esto es, sin alteración desde la iniciación de su vigencia, en tanto que la realidad social que deben regular es, en esencia, evolutiva y cambiante. Esto provoca que las normas jurídicas se

deban adaptar de manera permanente a realidades para las que no fueron concebidas, lo que sólo es posible mediante una rica argumentación jurídica. Esto lo expresó hace muchos años Mauro Cappelletti cuando escribió:

No caeremos en las redes del juspositivismo dogmático, según el cual debemos primero buscar en los “textos” (ordinarios o constitucionales) la solución y después esperar la verificación de un fenómeno o suceso que se deba “colocar en el texto”. Nuestra interpretación no parte de los textos sino de los fenómenos de la realidad. La realidad de hoy nos pone frente a formaciones sociales e intereses de grupo quizá desconocidos e ignorados en 1942 o aun en 1947. Sin embargo, partiremos de esos datos reales —y del análisis de sus exigencias concretas y actuales— para entender los textos, porque consideramos que la interpretación del jurista debe esforzarse por ser más bien una realista *adaequatio intellectus ad rem* que una absurda *adaequatio rei ad intellectum*.⁴⁰

La tercera, y última causa, que exige una argumentación jurídica la plantea Niklas Luhmann⁴¹ al establecer que las reglas jurídicas se redactan en una fórmula sencilla: “si... entonces”, pero que, sin embargo, se aplican a situaciones complejas. Esta situación implica una necesaria adaptación de dicha fórmula reglamentaria sencilla a las circunstancias y características de una realidad compleja, lo que no se puede hacer sin una argumentación jurídica. Así, por ejemplo, el *Código Penal Federal* establece:

Artículo 161. Se necesita licencia especial para portación o venta de las pistolas o revólveres.

El concepto *portación* de dicha disposición en un caso real se tendría que definir mediante una argumentación jurídica. Veamos un caso en donde hay que definir si alguien que trae armas en el maletero de su automóvil infringe esta disposición o no lo hace:

Novena Época, Registro: 201327, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: IV, Septiembre de 1996, Materia(s): Penal, Tesis: XVII.2o.13 P, Página: 599.

ARMAS DE FUEGO, PORTACIÓN DE. CONCEPTO. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se aprecia de las tesis publicadas respectivamente, en las páginas 14 y 16, volúmenes 78 y 66, Segunda Parte, Séptima Época, del *Semanario Judicial de la Federación*, cuyos rubros son: “ARMAS DE FUEGO NO REGISTRADAS, PORTACIÓN DE. INTEGRACIÓN DEL DELITO. (LEGISLACIÓN FEDERAL)” y “ARMAS PROHIBIDAS, PORTACIÓN Y POSESIÓN DE”, al referirse al concepto de portación de arma de fuego, ha sostenido reiteradamente el criterio de que se está dentro de esa hipótesis legal, cuando se demuestra que alguien lleva consigo dentro de su esfera material inmediata el arma de fuego; esto es, de tal modo que pueda utilizarla de inmediato; en este contexto, al quedar establecido que en el caso el arma de fuego fue encontrada por los agentes aprehensores en la cajuela del vehículo que tripulaba el quejoso, misma que aparece estaba cerrada con llave, pues incluso los captores tuvieron que forzar su cerradura para abrirla, es claro entonces, a la luz de los anteriores criterios, que para utilizar el quejoso el arma, tendría que bajarse del vehículo, dado que en la mayoría de los automóviles la cajuela está colocada en la parte trasera y además de ello necesitaría abrirla, lo cual elimina el concepto de inmediatez en su utilización, lo que en todo caso actualizaría una figura

delictiva distinta a aquella por la que se condenó al quejoso; por tanto, también por este motivo, resulta contraria a derecho la consideración del Magistrado responsable en el sentido de que el arma se encontraba dentro del ámbito material inmediato para su disponibilidad o utilización por parte del quejoso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo directo 87/96. Jesús José Ríos Macías. 2 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Gregorio Vázquez González. Secretaria: Natalia López López.

Como bien se puede apreciar, en la ley se habla sencillamente de “portación”, en tanto que en el caso práctico hay que definir en una situación concreta muy particular si dicho concepto se presenta, lo que se hace con ayuda de un razonamiento argumentativo que no es reproductivo del texto legal, no obstante que se refiere al mismo. Ésta es exactamente la contribución de la argumentación jurídica a la toma de una decisión jurídica.

3.5 Diferentes enfoques de la argumentación jurídica

Existen tres enfoques fundamentales de la teoría de la argumentación jurídica: a) comprensivo, b) prescriptivo y c) empírico.⁴² Las teorías comprensivas se proponen explicar cuál es el sentido o tarea de la argumentación jurídica. De esta manera las decisiones deben garantizar la rectitud o justicia de una decisión; proporcionar criterios que den información sobre las condiciones bajo las cuales son aceptables los considerandos de una sentencia.⁴³

Las teorías prescriptivas nos proporcionan las reglas para argumentar jurídicamente. Esto significa que el propósito de la argumentación jurídica es enseñarnos a argumentar con base en criterios de racionalidad jurídica.⁴⁴

Por último, las teorías empíricas de la argumentación se dedican a analizar las argumentaciones que en la práctica realizan los tribunales.⁴⁵ El propósito de este tipo de teorías es hacernos conscientes de las tendencias argumentativas en la praxis judicial y observar las tendencias que sigue la argumentación en la evolución de los diferentes tribunales de una jurisdicción.

En esta obra desarrollaremos un enfoque prescriptivo de la argumentación jurídica, siguiendo fundamentalmente la obra de Robert Alexy.

¹ Cfr. Norberto Bobbio, *Derecho y lógica* (trad. Alejandro Rossi), UNAM, México, 1965, pp. 11 y 12.

² Cfr. August Emge, *Rechtsphilosophie*, Steiner Verlag, Múnich, 1961, p. 151.

³ Cfr. Karl Engisch, “Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens”, en Paulus von Bockelmann *et al.* (comps.), *Beiträge zur Rechtstheorie*, Müller, Heidelberg, 1984, p. 71.

⁴ Cfr. *ibidem*, p. 73.

⁵ Cfr. Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 41.

⁶ Jürgen Habermas, *La lógica de las ciencias sociales* (trad. Manuel Jiménez Redondo), REI, México, 1993, p. 240.

⁷ G. W. F. Hegel, *Lecciones sobre historia de la filosofía*, tomo III (trad. Wenceslao Roces), FCE, México, 1985, p. 85.

⁸ Cfr. Arthur Kaufmann, “Gedanke zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. VI, UNAM, 1981, p. 5.

⁹ Cfr. *ibidem*, p. 6.

¹⁰ Jürgen Habermas, *op. cit.*, p. 248.

¹¹ Cfr. Arthur Kaufmann, “Gedanke zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, p. 7

- y 15.
- 12 Cfr. *ibidem*, p. 8.
- 13 Cfr. *ibidem*, p. 9.
- 14 Cfr. *ibidem*, p. 11.
- 15 Cfr. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 289 y 290.
- 16 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, C. F. Müller, München, 1953.
- 17 Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.
- 18 Neil MacCormick, *Legal reasoning and the legal theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978.
- 19 Aulis Aarnio, "Argumentation Theory-and beyond: some remarks on the rationality of legal justification", en *Rechtstheorie* 14, 1983, pp. 185 y ss.; y Aulis Aarnio, *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*, Thompson, Dordrecht, 1987.
- 20 Eveline Feteris, *Fundamentals of legal argumentation: a survey of theories on the justification of judicial decisions*, Thompson, Dordrecht, 1999.
- 21 *Retórica*, § 1414a 30.
- 22 Cfr. Armando Andruet, "El discurso forense: sus partes", en *El fenómeno jurídico*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 41.
- 23 Cfr. *ibidem*, p. 43.
- 24 Cfr. *ibidem*, p. 44.
- 25 *Ibidem*, p. 45.
- 26 *Ibidem*, p. 46.
- 27 *Ibidem*, p. 47.
- 28 "La invención retórica", *Obras completas*, tomo I, Ediciones Anaconda, Buenos Aires, 1946, p. 21.
- 29 Cfr. Armando Andruet, "El discurso forense: sus partes", p. 48.
- 30 Cfr. *ibidem*, p. 49.
- 31 *Ibidem*, p. 50.
- 32 *Loc. cit.*
- 33 *Loc. cit.*
- 34 Cfr. *ibidem*, p. 51.
- 35 Cfr. *ibidem*, p. 55.
- 36 *Ibidem*, pp. 56 y 57.
- 37 Cfr. "Estado de derecho, argumentación e interpretación", en Manuel Atienza, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, pp. 73-100.
- 38 *Ibidem*, p. 94.
- 39 *Ibidem*, p. 96.
- 40 Mauro Cappelletti, "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" (trad. Raúl Brañes), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, Núm. 31-32, enero-agosto de 1978, UNAM, México, p. 3.
- 41 Cfr. Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, pp. 36 y siguientes.
- 42 Cfr. Jochen Schneider y Ulrich Schroth, "Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung", en: Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer (comps.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Müller, Heidelberg, 1994, pp. 481 y siguientes.
- 43 *Ibidem*, pp. 484 y siguientes.
- 44 Cfr. *ibidem*, pp. 481 y siguientes.
- 45 Cfr. *ibidem*, pp. 486 y siguientes.

capítulo 4 La teoría del discurso de Robert Alexy

Como se dijo en el capítulo anterior, Robert Alexy es el autor más importante de la teoría de la argumentación jurídica. Por esa razón lo tomaremos como modelo en el análisis de la argumentación jurídica que llevaremos a cabo en esta obra. Por lo mismo, este capítulo tiene como objetivo examinar más de cerca la teoría de la argumentación de Alexy.

Se comenzará el capítulo analizando los fundamentos filosóficos de la teoría de Alexy. En seguida se examinará el concepto de discurso práctico en general y sus reglas. Inmediatamente después se estudiará la cuestión sobre los resultados del discurso. Al discurso jurídico, tema central de la teoría de Alexy, se dedicará la mayor parte del capítulo. Las relaciones entre el discurso práctico general y el discurso jurídico servirán para justificar los fundamentos filosóficos de la teoría de Alexy. Por último, se llevará a cabo una valoración sobre la necesidad y fronteras de la teoría del discurso jurídico.

4.1 Principios fundamentales de la teoría del discurso de Alexy

La pregunta filosófica de la que parte Alexy y en la que se reconoce su orientación kantiana es la siguiente: ¿cómo son posibles la racionalidad y el conocimiento prácticos? Intenta resolver esta cuestión por medio de la teoría de la racionalidad práctica.¹ Alexy limitará y definirá el concepto *razón práctica*, caracterizado por su amplitud y extensión de contornos, por medio de una teoría procesal, que incluye tanto la argumentación jurídica en especial como la argumentación práctica en general.

Debido a que, según Alexy, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general, ambos pueden ser tratados en el marco de una teoría del discurso jurídico integral. Esta teoría se propone alcanzar la mayor racionalidad posible en argumentaciones prácticas cuyo propósito sea determinar lo que el derecho permite, prohíbe o manda.

La teoría del discurso como formulación y justificación del sistema de reglas jurídicas adquiere una especial relevancia para la teoría del derecho, aunque es necesario destacar que ésta no es de ninguna forma un caso de aplicación de aquélla. Ambas teorías se complementan. En esta interdependencia se combinan los aspectos ideales y no institucionales de la racionalidad práctica con los de tipo institucional y real. Para entender esta interdependencia, señala Alexy, se deben integrar dos modelos de sistemas jurídicos: aquel donde el sistema jurídico funciona como un sistema de procedimientos y el del

sistema jurídico como un sistema de normas. Esta interrelación nos lleva a un concepto completamente desarrollado del sistema jurídico orientado por la razón práctica.

4.1.1 El modelo del sistema jurídico de procedimientos, reglas y principios

Para ubicar el lugar de la argumentación en la praxis jurídica, Alexy desarrolla un concepto de derecho que se compone de dos elementos centrales, ya señalados en el párrafo anterior: por un lado, los procedimientos y, por el otro, las normas jurídicas, las que a su vez se dividen en reglas y en principios.

El derecho como sistema de procedimientos

El derecho como sistema de procedimientos consiste en cuatro tipos de procedimientos: *a)* procedimiento del discurso práctico general; *b)* creación del derecho; *c)* el del discurso jurídico, y *d)* el del procedimiento judicial.

Los niveles del procedimiento situados en el segundo y cuarto lugares son procedimientos institucionalizados, en tanto que los ubicados en el primer y tercer lugares son procedimientos no institucionalizados. Se dice que un procedimiento es institucionalizado cuando se regula por normas jurídicas, de tal forma que se encuentra asegurada la producción de un resultado definitivo que es obligatorio desde el punto de vista jurídico. El sentido del modelo consiste en fundamentar la necesidad de los cuatro niveles de procedimientos, así como en describir sus relaciones mutuas.

El discurso práctico en general se rige por un conjunto de reglas que garantizan su racionalidad. Dicho en sentido negativo, dichas reglas establecen los límites de un discurso racionalmente posible. De esa manera, las reglas del discurso práctico en general resultan válidas para los discursos jurídicos, pero no en exclusiva, ya que otro tipo de discursos también las deberían respetar.²

En el nivel de la discusión legislativa —creación del derecho—, el discurso se realiza en un procedimiento legislativo regulado por normas jurídicas³ en donde, sin embargo, un resultado saludable supone que se observen las reglas no legisladas del discurso práctico en general. Aquí lo decisivo consiste en que, en el proceso legislativo, por lo menos sea posible un discurso racional. Por ello, cuando en el proceso legislativo —a pesar de que lo políticamente correcto sea observar las reglas del discurso racional— prevalezcan los intereses de grupo, las retóricas ideológicas y los prejuicios de los medios, la opinión pública podrá emplear los recursos del discurso racional para, a su vez, criticar el trabajo parlamentario.

La posibilidad de una crítica de este tipo queda garantizada por los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Por otra parte, el contenido de la

discusión en el nivel del proceso legislativo queda limitado por las excepciones que para el legislador establecen los derechos humanos. El trabajo legislativo debe servir para asegurar la protección, el respeto y desarrollo de los derechos humanos. La disposición de las prerrogativas que garantizan dichos derechos no se deja al arbitrio de una simple mayoría parlamentaria.

La necesidad del discurso jurídico, esto es, del procedimiento de la doctrina jurídica —a la que se suele denominar *dogmática*—, es resultado de las debilidades de la previsibilidad derivadas de la labor legislativa. Tanto las experiencias históricas como las reflexiones doctrinales muestran que es imposible un procedimiento legislativo cuyo resultado sea capaz de prescribir normas para todo posible caso que se presente en el futuro.⁴ No se puede contar con procedimiento legislativo alguno que, para solucionar algún problema social, establezca normas de las que —con ayuda de premisas empíricas— se deduzca de forma lógica o se pueda fundamentar con reglas de la metodología jurídica lo que en la perspectiva jurídica resulta necesario.

Por lo contrario, debido a que el lenguaje jurídico siempre acusa cierto grado de vaguedad, las reglas de la metodología jurídica resultan imprecisas; por lo mismo, y ante la imposibilidad de describir todos los casos que se podrían presentar en la realidad, es necesario recurrir a la ciencia jurídica para entender el alcance de las prescripciones normativas, esto es, de lo que está permitido, ordenado o prohibido por la norma jurídica. Sin embargo, no se debe olvidar que el discurso de la ciencia jurídica es un procedimiento no institucionalizado. Por eso dos juristas pueden llegar a diferentes resultados, a pesar de que ambos respeten el principio de obligatoriedad de la ley.

El discurso jurídico se diferencia del discurso racional práctico a partir de las condiciones en que cada uno de ellos se erige. En el discurso jurídico no se pregunta cuál es la solución más racional, sino cuál, con base en un sistema jurídico dado, es la solución más racional. La solución más razonable dentro de un sistema jurídico es la que mejor se pueda fundamentar con base en las normas de derecho vigente, considerando los criterios interpretativos establecidos en la jurisprudencia y los conceptos de la ciencia jurídica. Así, advertimos que en el discurso jurídico intervienen tres factores: ley, precedente y ciencia jurídica. Ellos fijan el derecho sólidamente, aunque no a tal grado como para evitar que haya una serie de cuestiones jurídicas en una situación confusa o que se presenten casos de difícil solución en el futuro.

Si el instrumental jurídico no pone a disposición de los juristas los elementos que les permitan solucionar tales situaciones, sólo queda recurrir al discurso práctico general. Esto significa que el procedimiento del discurso jurídico, cuando debe conducir a soluciones racionales, se encuentra determinado por dos tipos de sistemas de reglas: por un lado, por reglas específicas del discurso jurídico, que responden a la obligación de respetar la ley, el precedente y la

dogmática; por el otro, por reglas del discurso práctico general, que traen en consideración la pretensión de hacer fundamentables los juicios jurídicos en el marco del orden jurídico válido, pero recurriendo a la razón.

En esto último se fundamenta la tesis consistente en que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Debido a la obligatoriedad de la ley, de la jurisprudencia y el respeto a la ciencia jurídica, las inseguridades en el resultado que se presentan en el discurso jurídico son mucho más limitadas si se les compara con las del discurso práctico general. Sin embargo, jamás se podrá alcanzar una seguridad plena sobre la racionalidad de un resultado.

El proceso judicial es, al igual que el legislativo, un procedimiento institucionalizado, pues se encuentra regulado por normas jurídicas.⁵ de tal manera que al final del procedimiento siempre existe sólo una solución jurídicamente obligatoria. En la sentencia no sólo se argumenta, sino que también se decide. Las reglas del proceso judicial, como su aplicación y resultado, son capaces de fungir tanto como justificaciones racionales jurídicas como de crítica racional, siempre que sean producto de la aplicación de las reglas de los otros tres tipos de procesos.

El sistema de procedimientos es completo. Esta característica se muestra mediante la vinculación de discurso e institución, de argumentación y decisión y, con ello, de lo ideal y de la realidad. Lo completo se refiere sólo al lado procesal del sistema jurídico porque el lado material —el contenido del derecho o derecho sustantivo— queda fuera. Para incluir dicho lado se debe considerar al sistema jurídico como un sistema de normas.

El derecho como sistema de normas

Como sistema de normas, la base de la teoría del sistema jurídico es la diferencia entre reglas y principios. Ésta se fundamenta en dos tesis: la primera consiste en que un modelo de sistema jurídico estructurado de manera exclusiva en reglas no resulta completo; la segunda señala que tampoco es aceptable uno que se organice sólo en principios. Así, sólo puede ser adecuado un modelo que vincule el nivel de las reglas con el de los principios. También resulta insuficiente un modelo que nada más incluya reglas y principios. Por ello, sólo un modelo de tres niveles que vincule las reglas con los principios y los procedimientos cumple las exigencias de la racionalidad práctica. Con esto se cierra el círculo.

Las reglas y los principios se diferencian entre sí por el hecho de que mientras éstos son sólo mandamientos de optimización,⁶ aquéllas son mandamientos definitivos. Como mandamientos de optimización, los principios son máximas que prescriben algo que, desde un punto de vista tanto jurídico como factual, tiene una gran posibilidad de realizarse. Esto significa que la

norma se puede cumplir en diferentes grados y la medida ofrecida de su realización no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas, que se determinan por las reglas y los principios. Estos últimos resultan elementos complementarios de las reglas, por lo que, de manera necesaria, requieren una valoración. La valoración es para los principios un presupuesto necesario de su aplicación.

En cambio, las reglas son normas que o se cumplen o no se cumplen. Cuando una regla es jurídicamente válida y resulta aplicable, entonces se exige hacer precisamente lo que la misma prescribe, ni más ni menos. Las reglas contienen en este sentido prescripciones en el marco de lo posible, tanto desde un punto de vista jurídico como factual. No requieren ser sopesadas ni valoradas como presupuesto de su aplicación. La forma característica de la aplicación de la norma es la subsumción.⁷

De esta manera, como presupuesto de la aplicación de la consecuencia de derecho prevista en la regla, se debe constatar que un suceso concreto que se verificó en un momento determinado puede ser concebido como un caso especial del supuesto de derecho previsto en la disposición normativa. Esta corroboración se lleva a cabo en el curso de un proceso judicial. El procedimiento lógico que sigue la aplicación del derecho, de acuerdo con este modelo, se suele representar en forma de un silogismo y recibe el nombre de *teoría de la subsumción*.

En el modelo lógico de la subsumción, la descripción de los elementos normativos a nivel abstracto —lo que en derecho penal serían los elementos del tipo— y de las consecuencias de derecho que se deben actualizar si los mismos se verifican en la realidad material en un caso concreto, sería la *premisa mayor*. En la *premisa menor* se describe lo sucedido en un hecho concreto como un caso especial de la hipótesis normativa descrita en el supuesto jurídico en donde se han realizado todos y cada uno de los elementos previstos en la regla jurídica correspondiente.

Por último, en la *conclusión* se derivan para el caso concreto el nacimiento, la transmisión, modificación o extinción de los derechos y las obligaciones previstas como las consecuencias de derecho a nivel abstracto en la norma. La decisión jurídica es, de esta forma, la consecuencia de que el caso concreto puede ser encuadrado —subsumido— en la hipótesis normativa como un caso especial de la misma.

La cuestión consiste en establecer cómo puede ser determinada la relación de reglas y principios en un sistema jurídico, si dicho sistema se debe realizar con base en la racionalidad práctica. Para el efecto existen tres modelos: *a)* el modelo de reglas puro, *b)* el modelo de reglas y principios y *c)* el modelo de reglas, principios y procedimientos. En el sistema de reglas puro, el derecho consta sólo de reglas. Esto lleva implícito, por una parte, una relación entre

obligación y seguridad y, por la otra, entre precisión y seguridad.

Debido a que las reglas establecen los términos precisos en que deberá resolverse un caso, este modelo puro ofrece una gran precisión en los términos y las condiciones en que debe cumplirse una obligación y, con ello, se garantiza la seguridad jurídica. Sin embargo, si las reglas no prescriben cómo debe resolverse un caso determinado conforme a un sistema puro de reglas, el juez debería decidir sin fundamentación alguna, o no decidir.

Para evitar las incertidumbres que se derivan de la falta de ley aplicable para resolver un caso, sería necesario que el legislador fuera capaz de emitir reglas jurídicas que previeran criterios de decisión para cualquier caso que se pudiera presentar en el futuro, lo que desde luego resulta humanamente imposible. Éste sería el déficit más grave del sistema de reglas puro. La precisión de la obligación y la seguridad jurídica se basan en la alternativa del todo o nada. Así, un sistema jurídico que se organiza de manera exclusiva con base en reglas padecería una laguna de racionalidad, pues no permitiría una decisión para cada caso posible.

En la práctica, para evitar la imposibilidad de decidir —lo que atentaría contra los principios básicos de un Estado de derecho—, en los países de la familia de derecho neorrománica o de derecho escrito, en donde existe la máxima de que la fuente del derecho por excelencia son las normas legislativas, se da el principio de la “integridad del ordenamiento jurídico”. Según éste, no hay caso alguno que no pueda ser regulado por una norma general, abstracta y obligatoria perteneciente al sistema jurídico. Cuando se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisón de cierto comportamiento se encuentran previstas en el sistema, entonces se puede decir que el sistema está incompleto, que el ordenamiento jurídico presenta lagunas.

Cuando el sistema jurídico está incompleto por contener lagunas, debe, para ser congruente con el principio de integridad, establecer los medios con ayuda de los cuales el juez pueda encontrar una norma jurídica general, abstracta y obligatoria, que le permita resolver el caso planteado. A dichos medios se los conoce como *procedimientos de integración*.

Estos procedimientos pueden ser de *heterointegración* o de *autointegración*. Los primeros consisten en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: ya sea recurriendo a leyes distintas o a fuentes del derecho diferentes. Dentro de este primer método caen los principios generales del derecho. En cambio, el método de la autointegración consiste en la integración llevada a cabo con base en las normas del mismo ordenamiento que contiene la laguna. Dentro del segundo método cae la analogía.

Los procedimientos de integración se encuentran prescritos para el juez de manera obligatoria por cada sistema jurídico. La ley de la materia debe señalar

de qué procedimientos de integración debe valerse la autoridad cuando no haya disposición escrita aplicable al caso. De esta forma, el art. 19 del *Código Civil Federal* establece: “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 de derecho.”

Por su parte, el art. 12 del código civil italiano precisa:

Si una controversia no pudiera decidirse mediante una disposición precisa, deben considerarse las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso aún siguiera en duda, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado.⁸

Como caso digno de mención encontramos el código civil de España, el cual establece como método de integración la costumbre, que en otros sistemas jurídicos sólo es una fuente secundaria del derecho, mas no un método de integración. Sólo cuando falte la costumbre procede aplicar los principios generales del derecho para subsanar las lagunas de la ley. De esta forma, en el art. 1, numeral 3, del código civil español se establece: “La costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”

Por su parte, en el art. 1, numeral 4, del mismo código se prescribe: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre.” Esto significa que los principios generales del derecho, el método de integración primario en el derecho mexicano, son en España, al igual que en Italia, un procedimiento de integración secundario. El código civil español también reconoce a la analogía como método de integración. En el art. 4, numeral 1, del mismo, se dispone: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que aparece identidad de razón.”

Para evitar que el juez deje de decidir ante la falta de regla expresa, lo que trastocaría los fundamentos de un Estado de derecho, se establece una obligación a cargo del juzgador de decidir en todo tiempo. Así, por ejemplo, el art. 4 del código civil francés establece: “El juez que se niegue a juzgar, so pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia.” Por su parte, el art. 18 del *Código Civil para el Distrito Federal* determina: “El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.” De esta forma, la obligación del juez de resolver todas las controversias que se le presenten a su conocimiento es el fundamento del “principio de integridad del ordenamiento jurídico”.

Lo anterior no significa que un modelo de reglas puro sea irracional. La obligación de acatar las decisiones de un legislador legítimo y la seguridad jurídica son postulados que bien se pueden fundamentar en el marco del

modelo de los cuatro niveles de procedimientos jurídicos que hemos tratado anteriormente. La seguridad jurídica constituye una razón esencial del paso del discurso práctico no institucionalizado al procedimiento institucionalizado de la labor legislativa. La obligatoriedad del criterio legislativo resulta una consecuencia necesaria de este paso. Sin embargo, el punto decisivo es que las exigencias que la razón práctica impone al sistema jurídico no se agotan en la seguridad jurídica y en la obligatoriedad de la ley.

Se podría decir que las lagunas racionales del sistema de reglas puro pueden ser colmadas mediante la vinculación del nivel material de las reglas con los procedimientos del discurso jurídico. Sin embargo, un modelo de procedimientos y reglas no agota las posibilidades de la racionalidad práctica, como se muestra si echamos una mirada a los principios.

La alternativa radical que se podría oponer a un modelo de reglas puro es el sistema de principios puro, esto es, una concepción según la cual el sistema jurídico consta exclusivamente de principios. Debido a su imprecisión y suavidad, un modelo de principios puro iría en contra tanto de las exigencias de seguridad jurídica como contra el postulado de la obligatoriedad de los criterios de decisión adoptados por los órganos legislativos institucionalizados.

En cambio, en la teoría del modelo jurídico de los principios y las reglas permanece la máxima de la obligación de obedecer la regla. Por otro lado, se puede colmar la laguna de racionalidad del sistema de reglas con ayuda de los principios. Esto se debe a que es imposible que haya algún caso que no pueda ser decidido con base en criterios de derecho fundamentados en principios.

El problema fundamental del modelo de reglas y principios consiste en la cuestión de si la integración de los principios en el sistema de derecho puede contribuir a colmar la laguna de racionalidad del modelo de reglas. Un seguidor de la teoría del sistema de reglas diría que con los principios no se ganará mucho. Esto se debe a que se piensa que los principios implícitos en las reglas bien podrían servir para fundamentar cualquier decisión. Por lo mismo, no habría diferencia alguna si se incorporaran principios externos a las reglas del sistema jurídico que si no se incorporaran. Sin embargo, esto sólo significa que siempre es posible encontrar un argumento jurídico, pero no, en cambio, que el sistema jurídico prevea una solución para cualquier posible conflicto.

Para tratar de refutar la anterior crítica, se debe mostrar que los principios son algo más que máximas o puntos de vista, de los cuales un jurista se pueda valer a placer. En realidad, los mismos nos llevan a formas racionales de la fundamentación y la decisión jurídicas que sin ellos sería imposible alcanzar. Las más importantes de estas formas se parecen mucho al carácter de principios como máximas de optimización. Como tales promueven una realización de los objetivos del derecho de la mejor forma posible y tomando en cuenta las posibilidades jurídicas y factuales.

Las máximas de optimización se relacionan con las posibilidades reales de dos maneras: por una parte, una conducta que no sirve para realizar un principio y que a la vez limita la realización de otro, está prohibida; por otra parte, una conducta para la cual existe otra conducta alternativa, que sirve para realizar un principio que la primera es incapaz, o por lo menos para realizarla de mejor forma que aquélla, e impide la realización de otro principio de manera parcial, debe prohibirse, atendiendo a los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

En el ámbito de los principios, tampoco es posible derivar una respuesta para cualquier probable problema. El grado del daño y de la importancia de la violación del derecho hace que el caso se vuelva mensurable, lo que exige un cálculo subjetivo y un resultado obligatorio del resultado. Sin embargo, si se considera que el sistema de principios implica varias estructuras racionales —la construcción de un sistema de jerarquías entre los principios y la construcción de limitantes de los derechos subjetivos—, queda claro que el nivel de los principios es un postulado de la razón práctica.

Ni los principios ni las reglas regulan ellos mismos su aplicación, porque representan sólo el lado pasivo del sistema jurídico. El lado activo de dicho sistema lo es el sistema de procedimientos. De esta forma surge el modelo de reglas, principios y procedimientos que vincula de manera sistemática el nivel de las normas con el de los procedimientos.⁹

4.2 El discurso práctico general y sus reglas

El método del que se vale Alexy lo denomina *normativo-analítico*.¹⁰ La teoría del derecho es analítica en cuanto examina conceptos fundamentales y explica lógicamente las estructuras de las fundamentaciones. Es normativa porque proporciona los criterios para la fundamentación racional de juicios prácticos.

En el centro de las fundamentaciones prácticas se encuentran los valores, porque en el curso de las argumentaciones jurídicas uno no sólo puede obtener pretendidos juicios autoritativos —como leyes, jurisprudencia o juicios de dogmática jurídica— y juicios empíricos con base en afirmaciones normativas singulares. Por ello, las situaciones concretas admiten a menudo diversas soluciones alternativas, donde las decisiones sobre lo que está prohibido, permitido o mandado, se definen con base en valores.¹¹

En las argumentaciones generales prácticas resultan necesarias las valoraciones morales. Por ello, la tarea central de esas argumentaciones, señala Alexy, es aclarar si, cuándo, con base en qué razones y en qué ámbito, son fundamentables dichas valoraciones. Por ello, Alexy rechaza las teorías morales materiales; en cambio, ofrece los principios de una teoría procesal, que sigue muy de cerca la teoría del discurso de Habermas. La teoría procesal de Alexy pretende establecer las conexiones entre procedimiento y corrección

racional de una norma y de las afirmaciones normativas como sigue: “un juicio normativo N es correcto precisamente cuando él puede ser el resultado de un procedimiento P”,¹² y “Una norma N es correcta precisamente debido a que ella puede ser el resultado de un procedimiento P”.¹³

Debido a que no cualquier discusión fáctica implica la corrección del resultado discursivo, el procedimiento debe cumplir con ciertos requisitos que permitan garantizar la corrección del resultado. Dichas características de un discurso calificado se establecen mediante un sistema de reglas del discurso.¹⁴ Al respecto, se debe diferenciar entre reglas y formas de los discursos prácticos generales, de las de los discursos jurídicos. Las reglas que dirigen el discurso práctico general son de seis tipos: *a)* reglas fundamentales, *b)* reglas de fundamento, *c)* reglas de la carga de la argumentación, *d)* reglas de las formas de los argumentos, *e)* reglas de razón y *f)* reglas de transferencia.¹⁵

Reglas fundamentales

Las *reglas fundamentales* establecen condiciones de posibilidad para cualquier tipo de comunicación por medio del lenguaje cuyo objeto sea alcanzar la verdad o la corrección. Éstas se pueden formular como sigue:

1. A ningún interlocutor le está permitido contradecirse.
2. Cada interlocutor debe afirmar sólo aquello en lo que él mismo crea.
3. Cada interlocutor que utilice un predicado *F* para cierto objeto *A* debe estar dispuesto a utilizarlo de nuevo para otro objeto que sea igual a *A* en todas las cuestiones relevantes.
4. Cada interlocutor sólo debe sostener aquellos juicios de valor y sobre obligaciones que él mismo ha sostenido en todas las situaciones que entre sí resultan iguales en todas las cuestiones relevantes.
5. Diferentes interlocutores no deben utilizar expresiones iguales con diferente significado.¹⁶

Reglas de fundamento

Mientras las reglas fundamentales comprenden condiciones mínimas de racionalidad, el segundo grupo comprende las condiciones máximas de racionalidad. El punto de partida lo conforma una *regla general de fundamento*:

Cada interlocutor debe fundamentar lo que él sostiene cuando otro se lo pida, a menos que pueda dar razones que justifiquen negar una justificación.¹⁷

Quien fundamenta algo se compromete a aceptar que sus interlocutores, por lo menos en cuanto hace a su fundamentación, cuenten con los mismos derechos que él y, por tanto, se abstiene de ejercer violencia en contra de ellos, y tampoco apoya la violencia que otros pudieran ejercer en su contra. Quien

fundamenta pretende, finalmente, que su razón sea sostenible no sólo frente a su interlocutor, sino frente a cualquier posible interlocutor. Esta exigencia —implícita en el fondo de cada discurso de igualdad de derechos, universalidad y renuncia al ejercicio de la violencia— se puede formular en tres reglas que corresponden a la idea de la “situación ideal de diálogo” de Jürgen Habermas¹⁸ y que se pueden plantear de la siguiente manera:

1. Cualquier persona que pueda hablar puede participar en una discusión.
2. Cualquier persona puede problematizar o traer al diálogo nuevas afirmaciones y expresar sus posiciones, deseos y necesidades.
3. Ningún interlocutor debe ser impedido de ejercer sus derechos mencionados en los dos puntos anteriores por medio de la violencia, ya sea que ésta se ejerza dentro del discurso o fuera de él.

Estas reglas definen aspectos característicos del concepto de racionalidad de la teoría del discurso. Por lo mismo, ellas pueden ser denominadas *reglas de razón*, ya que expresan el carácter ideal de la razón práctica; sin embargo, sólo se pueden realizar de manera aproximada.¹⁹

Reglas de la carga de la argumentación

Las *reglas de la carga de la argumentación* son de carácter más técnico. Ellas les conceden el derecho a las personas que hacen valer un argumento para negar otros argumentos que carezcan de una fundamentación racional.²⁰

Reglas de las formas de los argumentos

Dentro del cuarto grupo de reglas, esto es, en *las reglas de las formas de los argumentos*, se pueden distinguir seis reglas principales:

1. La fundamentación de afirmaciones singulares con base en reglas formales.
2. La fundamentación de reglas mediante sus consecuencias.
3. La fundamentación de reglas mediante reglas.
4. La fundamentación de reglas de preferencia absolutas.
5. La fundamentación de reglas condicionadas.
6. La fundamentación de reglas de preferencia entre reglas y principios.

Reglas de razón

Como las reglas anteriores son muy amplias, es necesario un quinto grupo de reglas que se relacionen de manera específica con las formas concretas de la argumentación práctica, a las que se conoce como *reglas de razón*. Un primer subgrupo de este tipo de reglas contiene tres variantes del “principio de generalización”, del “principio de cambio de roles”, del “principio de consenso” y del “principio de publicidad” como sigue:

1. Cada interlocutor debe poder aceptar las consecuencias de las

afirmaciones que ha sostenido sobre las normas para satisfacer los intereses de una persona en particular; también para el caso hipotético en que él resultara obligado frente a la misma y, en consecuencia, perjudicado (principio de intercambio de roles).

2. Las consecuencias de cualquier norma para satisfacer los intereses de cada persona tienen que poder ser aceptadas por todos (principio de consenso).
3. Cualquier regla debe ser formulada de manera clara y general (principio de publicidad).²¹

Un segundo subgrupo de este tipo de reglas son las *reglas de la prueba crítica del surgimiento del convencimiento normativo*, esto es, reglas de la prueba de la génesis histórico-social e individual-psíquica. Sus principios son los siguientes:

1. Las normas morales en que se fundamentan las concepciones morales de un interlocutor deben poder ser sometidas a un examen, en cuanto a su génesis, desde un punto de vista histórico y crítico. Una regla no soporta tal análisis en los siguientes casos:
 - Cuando originalmente haya tenido una justificación racional, pero que con el transcurso del tiempo la haya perdido.
 - Cuando antes no se haya encontrado justificada racionalmente ni existan razones presentes en que se pueda justificar.
2. Las reglas morales en que se fundamentan las concepciones morales del interlocutor deben ser capaces de soportar el análisis de la historia de su surgimiento. Una regla moral no soporta tal análisis cuando resulta incapaz de justificarse con base en condiciones de socialización.

Una última regla de este grupo la forman las *máximas de realización*, las que señalan que siempre se deben considerar las fronteras fácticas de realizabilidad de la regla.

Reglas de transferencia

El sexto grupo de reglas son las *reglas de transferencia*, que se fundamentan en el hecho de que en el discurso práctico con frecuencia surgen problemas que no pueden ser solucionados con los medios de esta forma del discurso. Esto se refiere, en especial, a cuestiones de hecho o a problemas conceptuales del lenguaje. Las reglas de transferencia resuelven estos problemas con el discurso empírico, analítico-lingüístico y teórico discursivo.²²

Ya hemos visto las seis reglas que dirigen un discurso, según Alexy; sin embargo, no se debe perder de vista que, de cualquier forma, no hay ningún procedimiento que permita garantizar un resultado correcto en términos prácticos. Esto plantea tres tipos de problemas para la aplicación de las reglas del discurso: a) las reglas del discurso carecen de principios sobre los cuales

puedan convertirse en las máximas que guiarían las convicciones de los interlocutores; *b*) a las reglas del discurso les faltan los pasos necesarios de la argumentación, y *c*) varias de sus reglas sólo se pueden cumplir de manera aproximada.

Para comprender las consecuencias de los problemas mencionados de la teoría del discurso, Alexy distingue el discurso real del ideal,²³ que se define como la búsqueda de una respuesta práctica dadas las siguientes condiciones: un tiempo ilimitado, una ilimitada participación de interlocutores, una ausencia total de violencia, el empleo de un lenguaje con conceptos totalmente claros, una información empírica absoluta e interlocutores con capacidad y disponibilidad absolutas para cambiar los roles, además de encontrarse libres de todo prejuicio.²⁴

Resultaría interesante poder determinar si en el marco de un discurso ideal resulta posible alcanzar un consenso, así como una respuesta absolutamente correcta para toda cuestión que se plantee. Sin embargo, ello no sería posible debido a que las conductas y reacciones de los seres humanos sólo se pueden predecir de manera relativa y esto lleva, por último, a que, a pesar de la existencia de condiciones ideales del discurso, las actividades valorativas y las que implican las emociones pueden conducir, aun en un discurso ideal, a que resulte imposible llegar a una única respuesta correcta.

En cambio, en un discurso real se busca una respuesta correcta de acuerdo con las siguientes condiciones: de tiempo —¿resulta ideal el momento, desde un punto de vista político, histórico, científico, etc., para llevar a cabo una discusión racional?—, de participantes —¿tienen los interlocutores la calidad intelectual y moral para sostener un diálogo racional?—, de ausencia de violencia —¿está el medio ambiente que rodea a la discusión libre de violencia?—, de claridad de lenguaje —¿es la calidad de expresión de los interlocutores suficiente para no dejar lugar a dudas de lo que se pretende comunicar?—, de disponibilidad de información empírica —¿son los conocimientos empíricos de los interlocutores tan buenos como para poder fundamentar certeramente todas sus afirmaciones o negaciones?—, de posibilidad de intercambiar roles —¿están dispuestos los interlocutores a defender un argumento razonable aun a pesar de que las consecuencias del mismo les pudieran perjudicar en forma personal?— y de carencia de prejuicios —¿son los interlocutores lo suficientemente objetivos como para no dejar influir sus argumentos por sus concepciones culturales, religiosas o morales, que son siempre limitadas e imperfectas?

Sin embargo, la persona que participe como interlocutora en un discurso real, para convencer a su oponente, debe primero convencerse a sí misma de que sus argumentos corresponden a las condiciones de un discurso ideal. Lo anterior no implica desde luego una garantía de corrección absoluta. La

verdad o corrección del resultado de un discurso real no puede ser más que una verdad o corrección relativa. La relatividad existe en relación con los interlocutores, con el periodo en que el discurso tiene lugar y en la medida en que las reglas del discurso se han cumplido.

El resultado al que llega Alexy es doble: por una parte, la teoría del discurso procura la razón implícita de la praxis real de la argumentación; por la otra, muestra el carácter ideal del discurso. El contenido lo forma la relatividad del resultado y el contexto tan amplio de lo posible discursivo.

La calificación del discurso depende de las reglas del discurso y no de las características especiales de los participantes en el discurso, pues supone que los hombres son capaces de aprender y pueden cambiar sus necesidades y convicciones fácticas en el curso de la argumentación.²⁵

4.3 Los resultados del discurso

El discurso que se realiza conforme a las reglas y formas mencionadas puede alcanzar un triple resultado. De este modo, las normas o los juicios normativos pueden ser: *a*) discursivas necesarias, *b*) discursivas imposibles o *c*) discursivas posibles. *Discursivas necesarias* y *discursivas imposibles* son las normas o los juicios normativos que, mediante reglas del discurso, de manera obligatoria se exigen o se descartan.²⁶ Ejemplos de normas discursivamente imposibles son las que asignan al hombre un estatus de esclavo o aquellas que descartan de manera absoluta la formación de la voluntad por medios discursivos.²⁷

En muchos casos, las reglas del discurso sólo establecen con poca claridad el resultado de los discursos. Esto significa que diferentes participantes en el discurso pueden mostrar, al final del proceso argumentativo, diversas convicciones, esto es, que no haya sido posible alcanzar un consenso. Cuando las distintas convicciones se obtengan con base en un proceso en donde se han observado las reglas del discurso, los juicios normativos y las normas que constituyen el contenido de las convicciones discursivamente formadas, bien pueden ser calificadas como correctas. La consecuencia es que las normas y los juicios normativos contradictorios pueden pretender, de igual manera, ser calificados como correctos.²⁸

El predicado “es correcto” no expresa, en forma alguna, una coincidencia entre una norma o una expresión normativa con un deber ser preestablecido; más bien alude a que dicha norma o juicio normativo fue el producto de un proceso argumentativo discursivo. Esto implica que la relación del predicado “es correcto” con procedimientos argumentativos llevados a cabo trae consigo que el resultado del discurso podría cambiar si hubiera sido seguido por otros participantes en otro tiempo. Esto vale también para los resultados que, en relación con un discurso concreto, fueran discursivamente necesarios o

imposibles, pues un consenso fáctico sobre lo que es una norma válida o no válida bien puede ser refutado en el futuro.[29](#)

En razón de circunstancias de contornos más vagos que sólo permitan que las reglas del discurso se cumplan en forma aproximada, Alexy establece que el concepto de corrección se ve relativizado en cuatro formas: *a)* en consideración a las reglas del discurso; *b)* en la medida de la observancia de dichas reglas; *c)* en vista de los participantes en el discurso y *d)* tomando en cuenta el tiempo en que el mismo se lleva a cabo.[30](#) Dicha relativización del concepto de corrección trae como consecuencia que nosotros jamás podamos saber con seguridad si un juicio normativo o una norma resultan correctos en todos los casos.[31](#)

El concepto de corrección relativa lo contrasta Alexy con el de corrección absoluta procesal, el cual tiene el carácter de una idea regulativa.[32](#) El objetivo de dicho concepto es la idea de que existen cuestiones prácticas para las que sólo se puede ofrecer una única respuesta correcta. Sin embargo, Alexy no resuelve si en efecto existen problemas prácticos que puedan ser resueltos con base en un discurso ideal por medio de una solución de consenso. Él sostiene que es imposible resolver esta cuestión, pues se carece de procedimientos capaces de pronosticar las conductas de personas reales en condiciones ideales.[33](#) La diferencia entre la corrección relativa y la absoluta no se debe confundir con la diferencia entre un discurso real y uno ideal.

Queda por resolver todavía en qué medida la observación de las reglas del discurso nos permitiría calificar los resultados obtenidos de manera discursiva como correctos. Si las reglas del discurso fijan los marcos dentro de los que se puede encontrar un resultado correcto en el sentido de la teoría del discurso, esto no significaría que los participantes en los discursos reales puedan moverse de manera libre dentro del ámbito que garantizan las reglas del discurso, con la seguridad de obtener un resultado racionalmente exitoso.[34](#) Aunque las reglas del discurso aseguren que los participantes en el discurso puedan desarrollar todo su potencial argumentativo, esto no garantiza el resultado exitoso de la argumentación. Este reproche lo pretende refutar Alexy al sostener que los participantes en el discurso son seres humanos capaces de diferenciar entre malos argumentos y afirmaciones sustanciales.[35](#)

El cumplimiento de las reglas del discurso por sí mismo sólo permite descartar un número reducido de normas y de juicios normativos como discursivamente imposibles. En la mayoría de los casos resultan posibles, usando las reglas del discurso, muchas normas contradictorias entre sí. En cambio, la realidad social exige una decisión clara. De aquí resulta la necesidad del derecho.[36](#) Las normas jurídicas creadas en los procesos legislativos de producción normativa se deben interpretar mediante discursos jurídicos. De esta forma, el discurso jurídico es un caso especial del discurso

práctico.[37](#)

4.4 El discurso jurídico

El objeto del discurso jurídico consiste en justificar una norma o una afirmación normativa, es decir, un juicio jurídico. Hay dos clases de justificación jurídica: la interna y la externa. En la primera, se trata de determinar si una afirmación normativa se puede derivar, desde un punto de vista estricto de lógica formal, de las premisas que se hacen valer. El objetivo de la justificación externa es la demostración de la verdad del contenido de las premisas.[38](#)

4.4.1 La justificación interna

Los problemas relacionados con la justificación interna han sido discutidos en la teoría del derecho bajo el concepto de *silogismo jurídico*. La justificación interna se puede realizar con ayuda de las siguientes reglas:

1. El principio de justicia formal exige que se observe una regla en la que se establezca una obligación según la cual todas las personas que se ubiquen dentro de una misma categoría deban ser tratadas del mismo modo.[39](#)
2. Para fundamentar un juicio jurídico se debe recurrir por lo menos a una norma universal.[40](#)
3. El juicio jurídico se debe derivar de manera lógica por lo menos de una norma universal junto con otras afirmaciones.[41](#) [42](#)
4. Cuando haya duda sobre si se trata de una hipótesis general o de una que establece excepción a una hipótesis general, debe haber alguna regla que lo decida.
5. Una norma universal debe ser, en vía de la deducción, detallada a tal grado que no deje lugar a dudas de que cierto caso real constituye una realización de la hipótesis prevista en ella.[43](#)

4.4.2 La justificación externa

El propósito de la justificación externa es la fundamentación de las premisas utilizadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos muy diferentes, como los que se mencionan a continuación:

1. Reglas del derecho positivo.
2. Afirmaciones empíricas.
3. Premisas que no son ni afirmaciones empíricas ni reglas de derecho.[44](#)

A estos diversos tipos de premisas corresponden distintos métodos de fundamentación. El fundamento de una regla como regla del derecho positivo se efectúa mediante la comprobación de que en el caso concreto se cumplen los criterios de validez del orden jurídico. En cambio, para fundamentar las

premisas empíricas se puede recurrir a diferentes métodos de conocimiento, como los métodos de las ciencias empíricas en relación con las máximas de las suposiciones razonables o con base en las reglas sobre las pruebas procesales. La fundamentación de las premisas que no son ni reglas ni afirmaciones empíricas contribuye al desarrollo de lo que se conoce como *argumentación jurídica*.

Entre los tres diversos tipos de premisas existen relaciones múltiples. Así, por ejemplo, en una norma fundamentada en el criterio de validez de un orden jurídico puede ser necesario interpretar las normas jurídicas que establecen los criterios de validez jurídica. Esto resulta especialmente importante cuando los criterios de validez se encuentran sujetos a límites constitucionales implícitos, como los establecidos en los derechos humanos previstos en la Constitución.

La argumentación jurídica puede tener un valor decisivo no sólo para la interpretación de una norma jurídica, sino también para la corroboración de la validez de la norma. Esto vale también en la comprobación de situaciones de hecho. De esta forma, de la interpretación de una regla sobre la prueba puede depender lo que como hecho se encuentra en la fundamentación. Precisamente estas múltiples limitaciones obligan a diferenciar los tres métodos de fundamentación de manera clara. Sólo así se podría analizar su interrelación práctica.⁴⁵

En seguida se pondrá especial énfasis en las premisas que ni son reglas de derecho ni afirmaciones empíricas.

4.4.2.1 Los seis grupos de reglas y formas de la justificación externa

En una clasificación por demás elemental, las formas de los argumentos y las reglas de la justificación externa se pueden dividir en seis grupos:

1. Las reglas y formas de la interpretación.
2. La argumentación dogmática.
3. El valor de los precedentes.
4. La argumentación general práctica.
5. La argumentación empírica.
6. Las formas especiales de los argumentos jurídicos.

Si nosotros pudiéramos definir con una sola palabra estos grupos podríamos decir que son: *a) ley, b) dogmática, c) precedentes, d) razón, e) empiria y f) formas de argumentos jurídicos especiales*. La tarea de una teoría de la justificación externa es el análisis lógico de las formas de argumentos tal como se han clasificado por grupos. El resultado más importante para el análisis es la consideración de la necesidad y de las posibilidades de sus interrelaciones. La investigación de la interrelación de los argumentos de las diferentes formas hará más clara la relación, sobre todo, del papel de lo empírico y de la

argumentación general práctica en el discurso jurídico.

4.4.2.2 Las reglas y formas de la interpretación

Hasta hoy no ha sido posible ponerse de acuerdo sobre cuáles son los métodos de interpretación jurídica, su significado y valor; sin embargo, para Alexy carece de sentido tomar posición en la discusión sobre estas cuestiones antes de analizar dichos métodos. Señala que para saber cuáles son los verdaderamente importantes hay que someterlos a una valoración que nos indique para qué y en qué medida sirven.

Una de las tareas más importantes de los métodos consiste en aportar argumentos para fundamentar los diversos tipos de interpretaciones. Sin embargo, su función no se agota en tal objetivo, pues también los mismos pueden contribuir a fundamentar de manera mediata las normas de derecho positivo, así como de una diversidad de principios jurídicos.⁴⁶

Para la teoría del discurso jurídico, el análisis de los métodos de interpretación es importante a fin de clarificar el rol de las formas de los argumentos en el discurso jurídico. Para el efecto, los métodos de interpretación se dividirán en seis grupos: *a) semántico, b) genético, c) histórico, d) comparativo, e) sistemático y f) teleológico*. Según Alexy, cada uno de esos métodos son diferentes formas de argumentación.

a) Los argumentos semánticos pueden ser utilizados para justificar o criticar una interpretación o, por lo menos, para legitimarla desde un punto de vista semántico.⁴⁷ Hay diferentes formas sobre cómo se puede descifrar el sentido semántico de los términos en que se expresa una disposición normativa. Dicho sentido abarca desde consideraciones empíricas hasta la autoridad de los diccionarios, tanto técnicos como comunes.

El argumento semántico pretende hacer prevalecer el texto de la ley justificándose con el argumento de Cicerón, según el cual: “¿Qué testimonio más cierto de su voluntad pudo dejar el escrito de la ley, que lo que el mismo con gran cuidado y diligencia escribió?”⁴⁸ Sin embargo, el argumento semántico por sí mismo resulta insuficiente para fundamentar una decisión. Por una parte, los términos utilizados en las proposiciones normativas suelen ser vagos, además de que la cuestión relativa, consistente en determinar si un hecho puede ser conceptualizado como la realización de una hipótesis normativa, no se resuelve atendiendo al significado del lenguaje en que se expresa, sino mediante una fijación o determinación del mismo. Las otras formas de los argumentos sirven a la justificación de tales pruebas.⁴⁹

b) El argumento genético es aquel en que la interpretación se fundamenta en la voluntad inmediata del legislador. Se pueden diferenciar dos formas básicas del argumento genético: por una parte, aquella en que un resultado puede ser concebido como objeto inmediato de la voluntad del legislador; por

la otra, cuando el resultado puede ser considerado como necesario para el cumplimiento combinado de diversos objetivos que se propuso el legislador de manera inmediata.⁵⁰

El problema con este tipo de argumento consiste en determinar la voluntad del legislador en el momento histórico en que se presentó la misma. ¿Es la voluntad del legislador la de la totalidad de los representantes? Si este último es el caso, ¿qué sucede cuando la mayoría de los legisladores tienen poca idea del tema de la ley? ¿Qué sucede cuando en el transcurso del proceso legislativo se expresan diferentes ideas y opiniones sobre el propósito de una ley? ¿Cómo comprobar cuál es el contenido de la voluntad del legislador: la de quien preparó el proyecto, la del dictamen de comisiones o la de las opiniones de los legisladores? ¿Qué sucede cuando dichas opiniones requieren una interpretación?

Además, para determinar la voluntad histórica del legislador se deben indagar hechos que inciden en el proceso legislativo, de los que en muchos casos no existe registro alguno. Estas cuestiones hacen notar de manera clara las dificultades de la argumentación genética. Se debe mencionar que, para determinar cuál es la voluntad de los participantes en el proceso legislativo, es preciso recurrir tanto a expresiones del lenguaje como a la corroboración de circunstancias prácticas. De esta forma, la argumentación semántica y la genética aparecen como un caso especial de la argumentación empírica.⁵¹

c) De un argumento de tipo histórico se puede hablar cuando los hechos de la historia de un determinado problema jurídico se utilizan como fundamento en favor o en contra de cierta interpretación. En este caso, la interpretación puede recurrir a una solución del problema que ya ha sido puesta en práctica o al recurso de una experiencia histórica para demostrar que determinada solución no es deseable. Este tipo de interpretación supone un conocimiento profundo de las ciencias humanas —economía, historia, sociología— y su objeto es fundamentar una premisa normativa.⁵²

d) El argumento comparativo se fundamenta, para una norma que reconoce el mismo origen histórico que otra vigente en el extranjero, en una situación jurídica que se presentó en una sociedad diferente de aquella a la que pertenece la norma que se interpreta. Al igual que la interpretación histórica, este tipo de argumentación encierra una premisa normativa.

e) El argumento sistemático considera la norma en el contexto de su ubicación dentro de una ley y, en general, dentro de todo el sistema jurídico. También toma en cuenta la relación lógica y teleológica de una norma con otras normas y otros objetivos y principios de la ley. El argumento sistemático es el adecuado para superar las contradicciones normativas que se presentan en una ley.

f) El argumento teleológico presupone un análisis pleno de los conceptos de

objetivo y medios, y con esto, de los conceptos que se relacionan estrechamente con los mismos, como el de intención y el de necesidad práctica. Cuando se utiliza el argumento teleológico, se trata de lo que Karl Larenz ha denominado *critérios teleológico-objetivos*.⁵³ Esto es, los objetivos de la ley que no se refieren a los propósitos que tuvo cualquier persona o grupos de personas tanto en el pasado como en el presente, sino más bien a los objetivos racionales o propios del orden jurídico existente. Los objetivos racionales son aquellos que en el marco del orden jurídico, con base en una argumentación racional, se sostendrían de manera decisiva.

Los argumentos teleológicos remiten a una argumentación empírica. A menudo se establecen varios objetivos no para una norma, sino para un grupo de normas y los mismos no se delimitan o se excluyen entre sí, por lo que resulta necesaria una combinación de objetivos. El problema fundamental de los objetivos legales consiste en que, con frecuencia, cuando los mismos se definen en una norma, sólo ayudan a aclarar u orientar el contenido normativo de una disposición. Asimismo, es oportuno mencionar que la interpretación teleológica es una interpretación basada en principios que no se deducen de manera lógica de las reglas.⁵⁴ Digno de destacar resulta que al argumento teleológico se le suele conceder una mayor jerarquía que a los otros argumentos.⁵⁵

Finalmente, se debe destacar que todas las formas de los argumentos jurídicos y prácticos se refieren a enunciados empíricos que se pueden subsumir en disciplinas científicas. Esto implica una relación entre el derecho y otras disciplinas científicas que se resuelve en el campo de la interdisciplinariedad. Por lo mismo, la importancia de los conocimientos científicos en la argumentación jurídica es de vital importancia, aunque esto no implique que el discurso jurídico se pueda reducir a discurso empírico.

El rol de los métodos de interpretación en el discurso jurídico. En relación con el rol de los métodos de interpretación en el discurso jurídico, se deben analizar los siguientes aspectos:

1. El campo de su aplicación.
2. Su estatus lógico.
3. La necesidad de su agotamiento (comprobaciones empíricas).
4. Las diferentes funciones de sus diferentes formas.
5. El problema de su jerarquía.
6. La solución del problema de la jerarquía.

En cuanto al campo de aplicación, se puede decir que las diferentes formas de argumentación jurídica han sido vistas como formas de argumentos en favor o en contra de una determinada interpretación de una norma presupuesta, con base en una regla sobre el uso del lenguaje. Así, para fundamentar una restricción prevista en una norma se puede recurrir a la observación sobre

cómo se interpreta la regla en otro país, y para el caso de fundamentación de una norma que no se deriva del derecho positivo, puede utilizarse como argumento un objetivo que persigue el derecho.⁵⁶

Por lo que se refiere al estatus lógico de los métodos, éste es dudoso porque, en realidad, las diferentes formas de los argumentos no constituyen reglas ni establecen lo que se debe hacer de manera condicionada o incondicionada. Por otra parte, son algo más que puntos de vista o directrices. Son, más bien, esquemas de argumentos de forma determinada, de los cuales se derivan formas de expresión especiales, o bien, pueden ser fundamentadas con base en una regla presupuesta.

Como forma de los argumentos, los métodos caracterizan la estructura de lo argumentado desde la perspectiva jurídica. De un análisis complejo de todas las formas posibles del discurso jurídico se obtendría algo así como una gramática de la argumentación jurídica. Con eso no se habría dicho nada sobre lo que con los medios del lenguaje que pertenece a esta gramática debe ser dicho. Sin embargo, se mostraría cómo se puede proceder para alcanzar un resultado razonable.

Un argumento de una forma determinada sólo resulta completo cuando contiene todas y cada una de las premisas que corresponden a dicha forma. A esto se le conoce como el *principio de la necesidad del agotamiento*. Como las premisas necesarias para cumplir con dicho principio son de tipos diferentes,⁵⁷ la “necesidad del agotamiento” asegura la racionalidad en el uso de los métodos. Siempre es necesaria la indicación de todas las premisas empíricas o normativas cuya verdad pueda ser objeto de discusiones posteriores.

Un papel especial juegan los argumentos empíricos. Fundamentar algo de manera empírica consiste en comprobar el uso del lenguaje de las afirmaciones que expresan la voluntad del legislador, o bien, de las personas que participaron en el proceso legislativo, recurriendo a situaciones jurídicas del pasado, a situaciones jurídicas en otros países, así como a las hipótesis normativas que se encuentran en la base de las afirmaciones que se refieren a las consecuencias jurídicas.⁵⁸ Junto a las “afirmaciones empíricas”, las formas de los argumentos no contienen premisas normativas que se deriven de la ley. Esto resulta especialmente importante para las formas de interpretación histórica, comparativa y teleológica.

Las “diferentes formas de los argumentos” cumplen distintas funciones. De esta forma, los argumentos semántico y genético se caracterizan por la vinculación de lo decidido en la ley y la voluntad del legislador. Los argumentos histórico y comparativo, por su parte, posibilitan la consideración de la experiencia jurídico-práctica en tiempos pasados o en otras sociedades. El argumento sistemático sirve para mantener al orden jurídico libre de

contradicciones. Finalmente, la argumentación teleológica abre la posibilidad de hacer valer argumentos generales de tipo racional-práctico.⁵⁹

Los argumentos con base en las “distintas formas” pueden conducir a diversas soluciones para el mismo caso. De esto se deriva una doble inseguridad: una forma puede ser agotada de diferente manera que otra y distintas formas se pueden utilizar para fundamentar resultados diversos. Esto hace necesaria una jerarquía de los distintos tipos de argumentos. No obstante que en la doctrina este tema no se ha resuelto de manera definitiva y que la teoría de la argumentación no requiere una solución definitiva del “rango de las fuentes”, sí en cambio se pueden precisar algunas reglas que en casos prácticos sirven para resolver los conflictos que se derivan de los resultados a que se llega haciendo uso de diferentes tipos de argumentos, como sigue:

1. Los argumentos teleológicos prevalecen sobre los demás.
2. Los argumentos basados en el texto de la ley o en la voluntad histórica del legislador prevalecen sobre los que se sostienen en la simple razón.
3. La determinación del peso de cada argumento se resuelve con reglas de valor de los argumentos.
4. Todo tipo de argumento que se pueda esgrimir se debe considerar, independientemente de su jerarquía.

4.4.2.3 La argumentación dogmática

La argumentación jurídica-dogmática, en sentido estricto, es la ciencia jurídica que practican los juristas. Esta disciplina científica cumple tres funciones fundamentales:

1. Describe el derecho válido.
2. Proporciona un sistema conceptual del derecho.
3. Propone soluciones para resolver los casos jurídicos problemáticos.

Con base en cada una de estas tres funciones fundamentales de la ciencia jurídica se pueden diferenciar tres dimensiones de la misma: una “empírica-descriptiva”, una “lógico-analítica” y una “normativa-práctica”.⁶⁰

La función empírica-descriptiva consiste en una descripción y un pronóstico de la práctica jurídica e indagación de la voluntad del legislador. La función lógico-analítica tiene por objeto analizar los conceptos jurídicos y llevar a cabo la investigación de las relaciones lógicas entre las diferentes normas y los principios jurídicos. La función normativa-práctica se refiere a la interpretación de las normas y a la propuesta de creación de nuevas normas e institutos, así como a la crítica de las decisiones judiciales.⁶¹

De esta forma, la dogmática jurídica consiste en una interrelación de frases que se refieren a normas y a la jurisprudencia, pero que van más allá de su simple descripción. Estas frases se interrelacionan unas con otras, de tal manera que no existen contradicciones entre ellas; asimismo, utilizan los

mismos conceptos para expresar los mismos hechos y unas se derivan de las otras. Dicho conjunto de frases forman parte de un sistema libre de contradicción, además de que las mismas pertenecen a subdisciplinas institucionalizadas (derecho penal, civil, constitucional, etc.). Los tribunales suelen recurrir a la dogmática y participar en el desarrollo de la misma.

De manera más concreta, Alexy señala que las funciones de la dogmática jurídica se pueden clasificar como sigue:

a) Función de estabilización.

b) Función de evolución.

c) Función de descarga.

d) Función técnica.

e) Función de control.

f) Función heurística.

a) La *función de estabilización* consiste en que la dogmática contribuye a fijar determinadas soluciones prácticas y a hacerlas reproducibles. Debido a que la doctrina se encuentra institucionalizada, sus propuestas de solución pueden ser fijadas y aceptadas por un largo periodo. Dicha función es requerida por razones prácticas. Por otra parte, para garantizar la estabilidad de los argumentos, quien propone uno nuevo que refuta a otro generalmente aceptado deberá demostrar su mayor razonabilidad. De esta forma, las razones que se hagan valer para proponer una nueva solución deben ser tan buenas que no sólo propongan nuevas soluciones que resulten jurídicamente razonables, sino que también justifiquen el rompimiento con la tradición.[62](#)

b) La *función de evolución* de la dogmática se deriva del hecho de que en la ciencia jurídica se exige una discusión permanente de tal detalle y refinación racional que redunde en una evolución constante del pensamiento jurídico. Sin embargo, dicha evolución no sólo depende de la actividad intelectual de los juristas, sino también del trabajo legislativo y de los cambios de concepciones de valores que se presentan dentro de la sociedad.[63](#)

c) La *función de descarga* de la dogmática se presenta cuando la reflexión y definición de conceptos y conclusiones jurídicas contribuyen a descargar de trabajo a los aplicadores del derecho. Esto se debe a que las conclusiones alcanzadas en el campo de la dogmática permiten que los aplicadores del derecho no deban realizar para cada caso un examen de fondo de dichos conceptos y conclusiones y puedan tomarlos tal como la doctrina los entiende. La dogmática también permite que sea innecesario discutir los juicios de valor en cada caso de manera especial. Sin embargo, el valor de la descarga es siempre limitado. En ocasiones se debe elegir entre diversas opciones y, por otra parte, la dogmática muchas veces contribuye más a crear problemas que a ofrecer soluciones.[64](#)

d) La *función técnica* resulta de gran relevancia, pues lleva a cabo una actividad sistematizadora, que pretende organizar los contenidos legales en conceptos fundamentales e instituciones jurídicas. Esa organización permite, a su vez, una categorización lógico-racional del material jurídico. La función técnica proporciona una perspectiva sencilla, muy amplia y rápida de los contenidos jurídicos. Asimismo, con ella se facilita la función de información y con ésta la de la aplicación del derecho.[65](#)

e) La *función de control* de la dogmática contribuye a generalizar las concepciones jurídicas y a estandarizar los criterios de solución. Se pueden distinguir dos tipos de controles: por una parte, en el examen sistemático en sentido estricto se comprueba la compatibilidad de los conceptos dogmáticos entre sí; por la otra, en el examen sistemático, en amplio sentido, se fundamentan la compatibilidad general práctica de los juicios con ayuda de los diferentes conceptos dogmáticos. Esto ayuda a los juristas a decidir los casos, no de manera aislada, sino a la luz de una multitud de casos del mismo tipo ya decididos y por decidir. Así, se aumenta la efectividad del principio de universalidad, con lo que se contribuye a la justicia.[66](#)

f) La *función heurística* de la dogmática presta ayuda para realizar nuevas críticas y determinar otras interrelaciones, al sugerir nuevas cuestiones que de otra forma no se podrían presentar.[67](#)

4.4.2.4 El valor de los precedentes

En la teoría del discurso de Alexy, el valor de los precedentes judiciales adquiere una importancia especial. El fundamento del valor de los precedentes judiciales, esto es, de las decisiones de otros jueces en el pasado sobre casos similares, es el principio de universalidad. Según éste, cada concepción de justicia encuentra su fundamento en la condición formal de la exigencia de tratar igual a los iguales. Esto trae como consecuencia que se decida de igual forma un caso del presente que otro caso similar ya decidido en el pasado.[68](#) Sin embargo, el uso de los precedentes presenta una complicación seria: no existen dos casos completamente iguales, por lo que, a pesar de las similitudes, siempre es posible encontrar diferencias. Con esta situación, el problema se desplaza a la determinación de la medida en que las diferencias existentes entre dos casos parecidos sean o no jurídicamente relevantes, de tal forma que se justifique la adopción del mismo criterio de decisión para ambos.

Como debe aspirarse a resolver cada caso de manera correcta, y dentro de dicha corrección se encuentra la pretensión de universalidad —un caso debe ser solucionado de igual forma que otros similares que se han resuelto en el pasado—, esto hace necesaria la consideración de las sentencias sobre otros casos pasados. Debe tomarse en cuenta que los conceptos jurídicos o criterios de los precedentes se diferencian de los de la ciencia jurídica en que el

objetivo de los primeros no es proponer soluciones, sino que se utilizan para imponer conductas. Cuando un precedente puede ser usado a favor o en contra de una decisión, entonces la seguridad jurídica recomienda que se emplee. Por el contrario, un precedente sólo debe ser alterado cuando haya razones suficientes para el efecto. Quien cambia está obligado a fundamentar su modificación.⁶⁹ De esta forma, los precedentes contribuyen a estabilizar soluciones y, con ello, favorecen la seguridad jurídica y la confianza en el derecho.

En la medida en que se respete la obligación derivada de la regla de la carga de la argumentación, se abre la posibilidad de apartarse del precedente. Al respecto, se suele distinguir entre la técnica para apartarse del precedente y las razones para el cambio.⁷⁰ Las técnicas del cambio del precedente son parte integrante de las técnicas utilizadas para valorar y aplicar los precedentes.⁷¹

El valorar un precedente significa estimar la norma en la que se fundamenta la decisión que da nacimiento al mismo. Al respecto, se debe destacar que también el derecho de los precedentes es derecho de normas. Aquí la cuestión consiste en determinar lo que debe ser visto como norma prejudicial. En el derecho angloamericano se han acuñado una serie de teorías con el propósito de diferenciar entre *ratio decidendi*⁷² y *obiter dictum*.⁷³ De aquí se deriva la posibilidad tanto del *distinguishing*⁷⁴ como del *overruling*.⁷⁵ La utilización de precedentes se muestra como un procedimiento argumentativo que, como tal, se exige por razones prácticas y generales (principio de universalidad y carga de la prueba de la argumentación). Los criterios que contienen los precedentes se consideran argumentos jurídicamente razonables y su uso presupone que en la nueva decisión se hagan valer otros argumentos diferentes a los que se esgrimen en la decisión precedente, en especial, argumentos de carácter general práctico.⁷⁶

4.4.2.5 El uso de las formas de argumentación jurídica especial

Dentro del concepto de formas de argumentación jurídica especial Alexy encuentra: a) la analogía, b) el *argumentum a contrario*, c) el *argumentum a fortiori* y d) el *argumentum ad absurdum*.

a) La *analogía* es un argumento jurídico que permite transponer las consecuencias jurídicas previstas en una disposición a un tipo especial de casos, que si bien resultan diferentes a aquéllos, acusan tal similitud con los mismos que la aplicación de dichas consecuencias se encuentra justificada con base en los principios de universalidad y de trato igual a los iguales. En el uso del argumento analógico, la comprobación de la similitud entre el caso regulado y el factual hace surgir todo tipo de dificultades por lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad.

Para el efecto, se torna necesario el conocimiento de las estructuras lógicas de las relaciones de similitud. Sin embargo, un análisis de similitudes con base en dichas estructuras lógicas resulta insuficiente para comprobar las similitudes relevantes desde el enfoque jurídico, por lo que parte de la doctrina ha estimado que el argumento analógico presupone una labor valorativa y no estrictamente lógica. Para fundamentar dicha valoración se puede recurrir a todos los argumentos posibles que se utilizan en el discurso jurídico.⁷⁷

b) El objetivo del *argumentum a contrario* es la demostración de que sólo un tipo especial de casos que acusan ciertas características típicas pueden valer como hipótesis normativas de una determinada disposición y que, en consecuencia, sólo ese tipo de casos da lugar al nacimiento de las consecuencias jurídicas previstas en dicha disposición. Los casos contrarios al descrito en la hipótesis normativa no dan lugar al nacimiento de dichas consecuencias. ¿En qué medida un caso real corresponde a la hipótesis normativa? Eso depende de la interpretación que se haga de la norma. Ésta, a su vez, se apoya en la formulación del lenguaje en que se expresa la norma, aunque a menudo es necesario recurrir a argumentaciones que no se derivan en forma directa del texto normativo.⁷⁸

c) El *argumentum a fortiori* consiste en inferir, desde la validez de una norma jurídica amplia que se encuentra prevista expresamente en la ley, la validez de otra norma jurídica menos amplia que no se encuentra prevista expresamente en la ley. Esto, en razón de que “si tiene validez la norma jurídica más fuerte, con mayor razón debe tener validez la norma jurídica más débil”.⁷⁹

d) El *argumentum ad absurdum* conduce una determinada interpretación a sus consecuencias últimas, para demostrar que de adoptarse la misma llevaría a un resultado absurdo. Esto, por lo general, se logra aplicando el método sistemático y demostrando que de aplicarse una disposición de manera textual, otra resultaría nugatoria, lo que de haber sabido el legislador lo hubiera llevado a no incluir dicha norma en la ley.

4.4.3 El rol del argumento general práctico en el discurso jurídico

En el derecho la argumentación general práctica puede llegar a ser necesaria en los siguientes casos:

1. En la fundamentación de las premisas normativas necesarias para el agotamiento de las diferentes formas de los argumentos.
2. En la fundamentación de la elección entre los diferentes resultados a que conducen las diversas formas de los argumentos.
3. En la fundamentación y agotamiento de las frases dogmáticas.
4. En la fundamentación de una distinción —*distinguishing*— o de una norma

puesta fuera de vigor —*overruling*.

5. En la fundamentación de las frases que se utilizan en la justificación interna.

El uso de los argumentos prácticos generales no es en estos casos de ninguna forma el único medio. Siempre sería posible emplear, en lugar de argumentos prácticos, principios jurisprudenciales o dogmáticos.

La posibilidad de hacer valer principios dogmáticos y prejudiciales en las cinco situaciones mencionadas puede sustituir con frecuencia a la argumentación general práctica, sólo parcialmente, a menudo de manera incompleta y siempre en forma pasajera. Se dice que parcialmente debido a que de ninguna forma se encuentran disponibles principios de dogmática o jurisprudenciales para cualquier posible caso que se presente en la realidad. Y se señala que la sustitución es incompleta debido a que a menudo, aunque pueda hacerse valer una frase dogmática o jurisprudencial, dicha frase no es la correcta y de ella no se puede derivar la que sí lo sea. En este caso son necesarias premisas adicionales con contenido jurídico que se puedan fundamentar en las reglas y los principios de la argumentación práctica general.

El punto más importante a este respecto es que la sustitución siempre resulta pasajera. Las frases dogmáticas no siempre pueden ser fundamentadas en otras frases dogmáticas. Para el análisis y fundamentación de la validez de la jurisprudencia son necesarios argumentos del tipo general práctico. Con esto, la argumentación general práctica constituye el fundamento de la argumentación jurídica.[80](#)

4.5 Discurso práctico general y discurso jurídico

Hay diferentes tipos de discurso jurídico; entre ellos están: el de la ciencia jurídica, el judicial, el de los abogados, el de los legisladores, el de la administración pública e, incluso, el de los estudiantes y el de los medios. Las diferencias entre dichos discursos son muy diversas. Por ejemplo, algunos, concretamente el judicial o el legislativo, se encuentran institucionalizados. El propósito de algunos de ellos es obtener un resultado; en cambio, en otros casos el propósito es explicar o conocer el derecho. Sin embargo, las similitudes también son varias. La más importante de ellas es que en todos los casos se argumenta jurídicamente.

La cuestión relativa a determinar lo que es la argumentación jurídica, a diferencia de cualquier otro tipo de argumentación, es una de las cuestiones centrales de la teoría del discurso jurídico. Este tipo de discurso se caracteriza por limitarse de diferentes formas, pero sobre todo en lo que se refiere a su contenido, por lo que se encuentra previsto en el derecho válido. La mayor parte de las limitaciones se encuentran en el proceso judicial, ya que en éste la

participación de las partes no es libre, toda vez que aquí el proceso de argumentación se encuentra limitado por el tiempo y reglamentado por las leyes procesales.

El discurso jurídico es un caso especial del discurso general práctico. Dicha situación se fundamenta en que, por una parte, el discurso jurídico se refiere a situaciones prácticas, en concreto, a lo que se debe hacer, a lo que está prohibido hacer o a lo que se puede hacer conforme a derecho; por la otra, a que dichas cuestiones se discuten con la pretensión de alcanzar la verdad.

En todas las formas en que es posible realizar una discusión jurídica se exponen fundamentos. En el discurso jurídico, al igual que en cualquier tipo de discurso, no resulta legítimo sostener algo y descalificar un fundamento sin ofrecer a su vez un contraargumento. La pretensión de cualquier afirmación jurídica es la de ser correcta. Esta pretensión de corrección, por lo menos en la argumentación judicial, se debe fundamentar en normas de derecho positivo. En los sistemas jurídicos modernos los jueces se encuentran, de una u otra forma, obligados a fundamentar sus decisiones.[81](#)

La teoría del discurso racional, al igual que la teoría de la argumentación jurídica, no presupone como requisito de corrección que todas las disputas de relevancia jurídica se diriman en un discurso en condiciones ideales y libre de prejuicios, sino sólo que en las disputas jurídicas se discuta buscando la verdad jurídica e intentando que se cumplan, en la medida de lo posible, las condiciones ideales del discurso.

El punto central de la tesis del caso especial consiste en que en el discurso jurídico no se trata de determinar si la afirmación normativa es correcta, sino sólo si la misma se puede fundamentar de manera razonable en el orden jurídico existente.[82](#)

Así, señala Alexy, una teoría de la argumentación jurídica debe

satisfacer la exigencia de los juicios jurídicos (i) dentro del marco de las *normas jurídicas* vigentes, (ii) tomando en cuenta los *precedentes judiciales* y (iii) enmarcada en la *dogmática* elaborada por la ciencia del derecho practicada institucionalmente, (iv) *para así ser fundamentalmente correcta o razonable*.[83](#)

De acuerdo con lo anterior, cuatro son los aspectos de las relaciones entre discurso general práctico y discurso jurídico que vale la pena destacar:

1. La necesidad del discurso jurídico con base en el desarrollo del discurso práctico general.
2. La correspondencia parcial en la pretensión de la corrección.
3. La coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso general práctico.
4. La necesidad de la argumentación general práctica en el marco de la argumentación jurídica.

En cuanto a la necesidad del discurso jurídico, la misma resulta de la debilidad

que acusan las reglas y formas del discurso práctico en general. Dicha debilidad consiste en que las mismas definen procedimientos de decisión jurídica, los que en muchas ocasiones no conducen a resultado alguno, y cuando llegan a conducir a uno no permiten alcanzar una certeza definitiva. Esta debilidad se debe sobre todo a tres causas: a) las reglas del discurso no prescriben en cuál premisa normativa se deben apoyar los interlocutores; b) no todas las etapas de la argumentación han sido establecidas desde un principio, y c) algunas reglas del discurso pueden ser cumplidas de manera aproximada, con lo que se abre la posibilidad de que no se alcance el consenso.

Por lo mismo, se deben exigir frases jurídicas como reglas de discurso discursivamente necesarias. Sin embargo, esto no significa que el resultado esté garantizado en cuanto a su contenido, pues permanece un espacio de lo posible discursivo en el que tanto un determinado juicio normativo como su negación pueden fundamentarse de manera válida, esto es, sin violar las reglas del discurso.

Es necesario alcanzar el consenso en la definición de procedimientos en donde las posibilidades de poder llegar en cualquier caso a una solución racional queden garantizadas. Los procedimientos de tomas de decisión parlamentaria, judicial o administrativa son ejemplos de dicha necesidad.

Por otra parte, las normas legislativas no son aptas para resolver cualquier problema. Muchas veces ha quedado claro que las normas jurídicas legisladas no son aptas para predeterminar las soluciones jurídicas para ciertos tipos de problemas, tal como lo supuso la lógica jurídica. La vaguedad del lenguaje, los conflictos normativos, las lagunas normativas y la posibilidad de decidir en contra del texto de la norma son las causas de dicha situación. Las formas y reglas de la argumentación jurídica, su institucionalización como ciencia o dogmática jurídica y la formalización de la jurisprudencia resultan medios razonables para enfrentar esta dificultad.

La argumentación general práctica no se sustituye por la argumentación jurídica. Ésta permanece dependiente de aquella. La presencia de inseguridades en el discurso general práctico jamás podrá ser eliminada. En la aplicación de la argumentación jurídica se debe recurrir a la argumentación práctica, en condiciones que aumentan de manera significativa la capacidad de la calidad de la argumentación jurídica.

En cuanto a la pretensión de la corrección, ésta se relaciona con el hecho de que los juicios jurídicos pueden ser fundamentados razonablemente en el marco del orden jurídico válido. La razonabilidad de la argumentación jurídica se da, por lo mismo, dentro del ámbito en que la misma se determina por la ley, tomando como base la razonabilidad de la legislación. Una razonabilidad ilimitada de la decisión jurídica presupone la razonabilidad absoluta de la legislación. Esto está condicionado a que en la correspondiente sociedad las

cuestiones prácticas puedan ser resueltas de manera razonable.

Para alcanzar una teoría del discurso jurídico que también incluya las condiciones de su razonabilidad, tendría que ampliarse la teoría de la legislación a una teoría normativa de la sociedad, donde la teoría del discurso jurídico sólo sería una parte de ella. Esto iría más allá de los objetivos de una teoría de la argumentación jurídica.⁸⁴

Por lo que respecta a la coincidencia estructural de las reglas y formas jurídicas del discurso jurídico con aquellas del discurso general práctico, existen seis aspectos que resultan de relevancia:

1. Las reglas y formas de la justificación interna son casos especiales del principio de universalidad que corresponden al principio de justicia formal, el cual exige trato igual a los iguales. El mismo principio sirve de fundamento tanto al discurso general práctico como al discurso jurídico.
2. Tanto en el discurso jurídico como en el discurso práctico la argumentación empírica juega un papel significativo y a menudo decisivo.
3. Algunas de las formas de argumentos a los que se conoce como *cánones de la interpretación* ayudan a eliminar los argumentos irracionales de la argumentación jurídica.
4. La ciencia jurídica puede ser conceptualizada como una institucionalización del discurso práctico que se encuentra bajo las condiciones de existencia del orden jurídico.
5. En la base de la valoración de los precedentes judiciales se encuentra el principio de universalidad, así como los principios del discurso general práctico.
6. Esto último también vale para la aplicación de las formas especiales de la argumentación jurídica. Así, el *argumentum a contrario* fue un caso de aplicación especial de una regla lógica; la analogía se muestra como un caso especial del principio de universalidad y el argumento de intransferibilidad como una variante de la forma básica del argumento de la consecuencia.⁸⁵

La necesidad del argumento práctico en el marco de la argumentación jurídica parecería injustificada si se considera que el discurso jurídico es necesario y no puede ser sustituido por el discurso general práctico, además de que, debido a su institucionalización como ciencia jurídica, pueden darse resultados imposibles en el discurso general práctico. De esta forma, cabría preguntarse: ¿cómo pueden ser producidos dichos resultados y por qué causa es necesario el discurso jurídico si éste es dependiente del discurso práctico en general? El hecho de que el discurso jurídico sea dependiente del discurso general práctico no significa que aquél sea idéntico a éste o que se pueda reducir a él.

La argumentación general práctica necesaria en el discurso jurídico se verifica en formas especiales, de acuerdo con reglas especiales y en

condiciones especiales. Así, la argumentación jurídica puede ser vista como una forma especial de la argumentación práctica —pues se basa en los principios de la razón práctica, depende en cuanto a su estructura de principios generales prácticos y está influida por la argumentación general práctica—, que se verifica en formas especiales, según reglas especiales y bajo condiciones especiales, por lo que no se puede reducir a la argumentación general práctica.⁸⁶

4.6 Las fronteras y la necesidad de la teoría del discurso racional jurídico

Que la argumentación jurídica sea una forma especial de la argumentación práctica que resulta necesaria con base en los principios de la razón práctica —pues depende en cuanto a su estructura de principios generales prácticos y está influida por la argumentación general práctica, se verifica en formas especiales, según reglas especiales y bajo condiciones especiales, y no se puede reducir a la argumentación general práctica—, significa que las debilidades del discurso práctico general se pueden disminuir de manera significativa en el discurso jurídico; sin embargo, jamás se pueden eliminar.

Quien busque una teoría de la argumentación racional jurídica como procedimiento que garantice la certeza del resultado no debe recurrir a la teoría de la argumentación jurídica propuesta por Alexy, aunque tampoco las teorías científicas de las ciencias naturales garantizan una certeza definitiva. No es la garantía de la certeza jurídica la que da a una teoría de la argumentación jurídica su carácter racional, sino más bien el agotamiento de un procedimiento en donde se cumplen una serie de condiciones, criterios y reglas. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy intenta exponer el sistema de dichas condiciones, sistemas y reglas.

En la teoría de Alexy, las reglas y formas del discurso jurídico no se limitan a la explicación del concepto de la argumentación jurídica racional, así como a su función como criterio de corrección hipotética, sino que trata, además, de los requisitos que deben cumplir las argumentaciones factuales. Como tales, ellas forman una unidad de medida, en la que pueden ser medidas limitaciones que en el proceso de búsqueda de la decisión jurídica resultan necesarias. La teoría del discurso constituye de esta manera un criterio de situaciones específicas para la razonabilidad del proceso de decisión, así como de las decisiones que en la misma se producen.

Tampoco se debe minimizar la función de la teoría del discurso racional jurídico como definición de un ideal. Como tal, ella se muestra como parte del derecho. Además, gracias a ella los juristas pueden contribuir a la realización de la razón y de la justicia, lo cual supone un orden social justo y racional. Los

finés de la teoría de Alexy son pocos y se logran cuando se puede hacer más claro que el derecho es posible como un caso especial de la razón práctica y la forma en que esto sucede.⁸⁷

¹ Cfr. Robert Alexy, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, p. 94.

² Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, p. 233.

³ Dicho procedimiento se encuentra regulado en los arts. 87 al 91 de la Constitución española y en los arts. 71 y 72 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

⁴ Cfr. Robert Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. Manuel Atienza), en Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1998, p. 7; Robert Alexy, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. Ernesto Garzón Valdés), en Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, p. 69.

⁵ Son precisamente las leyes procesales las que establecen de manera obligatoria las formalidades y etapas del procedimiento judicial.

⁶ Sobre los principios, véase: Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", en *Rechtstheorie*, tomo 1, 1979, pp. 59 y siguientes.

⁷ Cfr. Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Berlín, 1989, p. 43 y siguientes.

⁸ La versión original dice lo siguiente: "Interpretazione della legge. Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato."

⁹ Cfr. Robert Alexy, "Rechtssystem und praktische Vernunft", en *Rechtstheorie* 18, 1987, p. 410.

¹⁰ Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 33.

¹¹ Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 22 y Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, p. 25.

¹² Robert Alexy, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", p. 95.

¹³ Robert Alexy, "Probleme der Diskurstheorie", en *Zeitschrift für philosophische Forschung*, vol. 43, 1989, p. 110.

¹⁴ Alexy refiere la formulación de dichas reglas en su obra *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 361 y siguientes.

¹⁵ Cfr. Robert Alexy, "Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems", en *Rechtstheorie*, 1987, p. 30.

¹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 31.

¹⁷ Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 238 y 239.

¹⁸ Sobre este concepto véase Jürgen Habermas, "Wahrheitstheorien", en H. Fahrenbach (comp.), *Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für Walter Schultz*, Seiz, Pfullingen, 1973, pp. 255 y siguientes.

¹⁹ Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 240.

²⁰ Cfr. *ibidem*, p. 244.

²¹ Cfr. *ibidem*, pp. 251 y 252.

²² Cfr. *ibidem*, pp. 254 y 255.

²³ Cfr. "Probleme der Diskurstheorie", pp. 84 y siguientes.

²⁴ Como señala Juan Carlos Velasco: "el modelo construido por Alexy tiene la particularidad de no partir de las argumentaciones reales tal y como tienen lugar en las diversas instancias jurídicas (especialmente en los órganos judiciales), sino de una teoría general de la argumentación práctica para luego descender al mundo jurídico". En Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 123.

²⁵ Cfr. Robert Alexy, "Probleme der Diskurstheorie", p. 114.

²⁶ Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 256.

²⁷ Cfr. *ibidem*, p. 171.

²⁸ Cfr. Robert Alexy, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", p. 100.

²⁹ Cfr. *ibidem*, p. 99.

³⁰ Cfr. Robert Alexy, "Probleme der Diskurstheorie", p. 124.

³¹ Cfr. *ibidem*, p. 125.

³² Cfr. *ibidem*, p. 126.

- 33 Cfr. *ibidem*, p. 115.
- 34 Cfr. Karl-Heinz Ilting, "Geltung als Konsens", en *Neue Hefte für Philosophie*, vol. 10, 1976, p. 34.
- 35 Cfr. Robert Alexy, "Probleme der Diskurstheorie", p. 120.
- 36 Cfr. Robert Alexy, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", p. 105.
- 37 Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 32.
- 38 Cfr. *ibidem*, p. 273.
- 39 El principio de universalidad le sirve de base al principio de justicia formal.
- 40 Este esquema no resulta suficiente para trabajar con casos complicados. Este sería el caso de normas que establecen hipótesis alternativas; de normas cuya aplicación requiere una precisión por otras normas que las definen, limitan o remiten; de normas que prevén diversas consecuencias de derecho o de normas cuya formulación hace posibles varias interpretaciones. Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 276.
- 41 No se establece cómo debe ser creada la norma universal y no se descarta que la norma universal pueda ser modificada por una norma especial o una cláusula de escape.
- 42 Sin la observancia de dichas reglas sería posible tratar dos conductas que se encuentren en el mismo caso, una vez como conductas que se encuentran bajo el supuesto previsto en la norma y otra como conductas que no caen dentro de dicha hipótesis.
- 43 Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 283.
- 44 Cfr. *ibidem*, p. 276.
- 45 *Loc. cit.*
- 46 Cfr. *ibidem*, p. 288.
- 47 Cfr. *ibidem*, p. 289.
- 48 Cicerón, *De la invención retórica*, UNAM, México, 1997, p. 45.
- 49 Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 290 y 291.
- 50 Este caso bien podría ser concebido como una variante del argumento teleológico. Cfr. *ibidem*, p. 290.
- 51 Cfr. *ibidem*, p. 294.
- 52 *Loc. cit.*
- 53 Según Larenz, la denominación "teleológico-objetivos" se debe a que "en ellos, no se trata de que el legislador ha sido consciente de ellos siempre que se puede comprender condicionada por ellos sólo su regulación en conjunto" en *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994, p. 331.
- 54 Según Larenz, la denominación "teleológico-objetivos" se debe a que "en ellos, no se trata de que el legislador ha sido consciente de ellos siempre que se puede comprender condicionada por ellos sólo su regulación en conjunto" en *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994, p. 331.
- 55 Así, por ejemplo, en Estados Unidos véase la decisión en el caso *U.S. vs. American Trucking Assoc.* (310 U.S. 534, 1940).
- 56 Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 300.
- 57 *Ibidem*, p. 301.
- 58 Cfr. *loc. cit.*
- 59 Cfr. *ibidem*, p. 302.
- 60 Cfr. *ibidem*, p. 308.
- 61 Cfr. *ibidem*, p. 309.
- 62 Cfr. *ibidem*, pp. 325-327.
- 63 Cfr. *ibidem*, p. 328.
- 64 Cfr. *ibidem*, pp. 329 y 330.
- 65 Cfr. *ibidem*, p. 331.
- 66 Cfr. *ibidem*, pp. 331 y 332.
- 67 Cfr. *ibidem*, p. 332.
- 68 El principio de universalidad en que se fundamenta el valor de los precedentes se formula en los países que pertenecen a la familia del *Common Law* en la doctrina del *stare decisis*. Este concepto proviene de la expresión latina *stare decisis et non quæta movere*, que traducida al español significa: "estar a lo decidido y no perturbar lo que esté firme". Los principios de la doctrina del *stare decisis* se remontan a los tiempos del gobierno de Enrique II, quien reinó entre 1154 y 1189; sin embargo, la misma no adquirió madurez plena sino hasta que se estableció un sistema de tribunales bien organizado y estable y hasta en tanto fue posible

contar con publicaciones ordenadas y sistemáticas de decisiones judiciales, lo que no ocurrió sino hasta finales del siglo xviii y principios del xix. Según la teoría del *stare decisis*, dentro de una circunscripción jurisdiccional soberana, todos los tribunales que dentro de la misma existan se encuentran obligados a respetar las decisiones de los tribunales de superior jerarquía. Estas decisiones son obligatorias —"are binding on the courts"—, esto es, los criterios de decisión que en las mismas se contienen deben ser seguidos por los tribunales inferiores, sin importar si a éstos les parecen correctas o incorrectas. Dichas decisiones seguirán siendo obligatorias para el futuro a menos que las mismas sean puestas fuera de vigor. Una sentencia puede ser puesta fuera de vigor —*overruled*— por otra decisión posterior del tribunal que la emitió, entre tanto este tribunal no se encuentre obligado por sus propias decisiones, por la decisión de un tribunal superior o, finalmente, por una ley.

Las decisiones de los tribunales inferiores tienen para los tribunales superiores sólo una autoridad persuasiva —*persuasive authority*—. Como fundamento de la obligación de atenerse a las decisiones precedentes de los tribunales superiores, se sostiene en Inglaterra que los jueces superiores, a quienes incluso se denomina *Her Majesty's Judges*, se encuentran en un contacto inmediato con la fuente primaria de todo el derecho, algo así como si tuviesen un don especial para ver con claridad y trabajar con los principios básicos del derecho. En Estados Unidos, junto a esta idea encontramos los principios de previsibilidad, igualdad y economía. En ambos países se coincide en que un sistema de *Case Law* sólo puede funcionar cuando, de alguna forma, las decisiones anteriores resultan obligatorias para los jueces en el futuro. Véase al respecto Víctor Manuel Rojas Amandi, *Las fuentes del derecho en el sistema jurídico angloamericano*, Porrúa, México, 2005, pp. 29 y 30.

69 Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 336 y 337.

70 Cfr. *ibidem*, p. 339.

71 En el derecho mexicano la posibilidad de cambiar la jurisprudencia se encuentra prevista en el art. 194 de la *Ley de Amparo*.

72 En el derecho angloamericano se entiende por *ratio decidendi* o *holding* los fundamentos de la sentencia, esto es, los argumentos jurídicos sobre los que descansa la decisión. Dichos argumentos son los que resultan obligatorios jurídicamente hablando. En dichos fundamentos jurídicos de un caso decidido se informa sobre cuál es la aportación hecha en el mismo al derecho material en general. Para encontrar la *ratio decidendi* se deben considerar los argumentos que han servido para la solución jurídica de las cuestiones materia de la litis —*issues*—; sólo los argumentos jurídicos generales sobre los que se apoya la decisión constituyen la *ratio decidendi*, esto es, las reglas sin las cuales el caso habría sido decidido de otra manera. La *ratio decidendi* se debe distinguir de los *rules* o los *principles of the case*, pues éstos son los principios jurídicos que se deducen del contenido de la sentencia por una decisión posterior o por la doctrina, esto es, los mismos son producto de la interpretación del *holding*, por lo que no necesariamente deben ser idénticos a éste. Las partes de una sentencia que no constituyen *ratio decidendi* tienen un valor mínimo como precedente. Cfr. Víctor Manuel Rojas Amandi, *op. cit.*, p. 44.

73 En los fundamentos de una sentencia se puede contener también un *obiter dictum*, argumentos que carecen de fuerza como precedente obligatorio, pero que se refieren al problema controvertido y en donde se establecen nuevas reflexiones o puntos de vista sobre la situación legal del caso.

El contenido del *obiter dictum* tiene la función de fungir como argumento subsidiario cuyo objeto es ayudar a obtener una mejor comprensión de una situación jurídica. Una *dicta*, sin embargo, pudiera adquirir fuerza obligatoria debido a que el juez que la emitió goza de gran reputación o debido a que su argumento se encuentra muy bien formulado y un juez en un caso similar en el futuro se ha visto obligado a tomar posición frente a la misma incorporándola en los *issues* de su sentencia como *ratio decidendi*. La frontera entre una *ratio decidendi* y un *dictum* puede ser muy sutil; muchas veces los jueces mismos no saben si se encuentran ante la una o ante la otra. Cfr. *loc. cit.*

74 La doctrina del *stare decisis* no es un principio rígido, sino que le deja abierta al jurista la posibilidad de hacer valer múltiples y muy variados argumentos. El proceso judicial —*judicial process*— mediante el que se busca y se desarrolla el derecho que en cada caso resulte aplicable es muy flexible. Debido a que en el derecho angloamericano existe un principio según el cual en cada caso en que ya se ha decidido, se ha decidido conforme a lo que realmente fue expuesto ante el tribunal, se ha establecido un método llamado *distinguishing*, que permite distinguir entre el caso que le ha sido planteado a conocimiento al tribunal y el caso que pretende utilizar como precedente. Ya que el tribunal, independientemente de cual sea su instancia, puede examinar cada precedente en forma independiente al resultado a que hayan llegado los otros tribunales, cada uno de ellos puede encontrar diferencias entre el caso precedente y el caso planteado. Mediante la diferenciación de casos, se limita el número de resoluciones en que se puede fundamentar la resolución en un caso concreto y, por otra parte, se determinan nuevas reglas, pues se establecen los límites

de la aplicabilidad de cada caso que ha sido diferenciado de otro. La *distinguishing*, que representa el punto de partida para el desarrollo del *Case Law*, se determina con base en la *ratio decidendi*. La *distinguishing* abre la puerta para establecer una serie de argumentos que permitirán crear nuevas reglas jurídicas para nuevos casos.

En términos generales existen dos tipos de distinciones: la distinción de derecho —*distinguishing in law*— y la distinción de hechos —*distinguishing in fact*—. Como cada juez debe interpretar las decisiones de otros jueces en casos anteriores que resulten similares, puede resultar que el juez interpreta el precedente de una forma diferente a la forma en que la hubiera interpretado el tribunal que emitió la decisión. Así, a la decisión precedente se le cambia, si bien es cierto que no esencialmente, su sentido original. El significado primario se va adaptando a las necesidades que se plantean en nuevos casos. Asimismo, puede suceder que una resolución, la que debido a la similitud de circunstancias entre los hechos que fueron objeto de decisión judicial en la misma y los que serán materia de la litis en un caso de que deberá conocer otro tribunal, deba ser tomada como caso precedente para la resolución del nuevo caso. Sin embargo, debido a que el juez que considera la resolución del primer tribunal puede ser de la idea de que para la resolución del caso que él conoce no resultan importantes cuestiones legales o situaciones de hecho que en el primer caso fueron esenciales, bien puede ser que la interpretación de la sentencia por el segundo tribunal resulte diferente a la que el tribunal que la emitió le hubiera dado. Si, en cambio, entre ambos casos no existen diferencias de hecho, el juez debe seguir el caso precedente —*following the precedent*—. Cuando existen diferencias de hecho, pero que no resultan jurídicamente relevantes, también se debe aplicar el precedente —*applying the precedent*—. Cfr. Victor Manuel Rojas Amandi, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

75 El *overruling* es el acto por medio del cual un precedente es puesto fuera de vigor por un criterio que se establece en una nueva decisión.

76 Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 340.

77 Cfr. *ibidem*, pp. 342-344.

78 Cfr. *ibidem*, p. 342.

79 Cfr. *ibidem*, p. 345.

80 *Ibidem*, pp. 346-349.

81 En el derecho mexicano el requisito de fundamentación de las sentencias se deriva del art. 16 de la Constitución general, que establece la obligación a cargo de todos los órganos públicos de fundamentar y motivar sus resoluciones cuando afecten los derechos o intereses jurídicos de los gobernados. Véase al respecto José Ovalle Favela, *Derecho procesal civil*, 8ª ed., Oxford University Press, México, 1999, pp. 205 y 206.

82 Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 272.

83 Robert Alexy, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", p. 56.

84 Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 351 y 352.

85 Cfr. *Ibidem*, pp. 352-354.

86 Cfr. *ibidem*, pp. 354 y 355.

87 Cfr. *ibidem*, pp. 356-359.

capítulo 5 La justificación interna

La denominada *justificación externa* se refiere a los requisitos formales que debe cumplir el razonamiento jurídico para ser válido. Dichos requisitos los analiza la teoría del derecho dentro del concepto de silogismo jurídico;¹ en la praxis, en cambio, la justificación interna se identifica con el concepto de fundamentación.

5.1 El silogismo jurídico

El denominado *silogismo jurídico* es un tipo de argumentación deductiva, es decir, una clase de razonamiento que va de lo universal a lo particular y que da lugar a consecuencias necesarias. En cuanto a su estructura se identifica con el silogismo formal, pues la conclusión se infiere necesariamente de las premisas.² En el argumento deductivo se afirma una proposición a partir de otros enunciados aceptados como punto de partida del razonamiento y fundamento de la verdad de aquél.

En el razonamiento deductivo los conceptos de *enunciado* o *proposición*, por su función, pueden denominarse *premisa* o *conclusión*. Por premisa se entiende toda proposición que sirve de base de un razonamiento y que se utiliza como antecedente en un silogismo. Por conclusión se entiende la razón inferida cuyo fundamento o razón de su aceptación se encuentra en las premisas del razonamiento. El razonamiento deductivo será válido solamente si la interrelación entre premisas y conclusión nos permite afirmar que ésta sólo puede ser verdadera si las premisas también lo son.³ Enseguida ejemplificamos esta forma de silogismo:

Premisa: Todos los hombres son mortales

Premisa: Sócrates es un hombre

Conclusión: Sócrates es mortal

La validez del razonamiento deductivo no garantiza la verdad del contenido de la conclusión, pues bien puede haber razonamientos válidos con premisas falsas. Así, la falsedad del contenido de la conclusión no invalida el argumento.⁴ Esto sucede en el siguiente silogismo:

Premisa: Todos los perros son mamíferos

Premisa: Todos los mamíferos tienen alas

Conclusión: Todos los perros tienen alas

Un razonamiento deductivo debe cumplir dos condiciones a efecto de garantizar la verdad de sus conclusiones: por una parte, la inferencia de la conclusión a partir de las premisas debe ser válida; por la otra, sus premisas deben ser verdaderas.⁵

En la argumentación jurídica, a la justificación interna le corresponde determinar la validez del razonamiento deductivo, en tanto que a la

justificación externa le toca determinar la verdad o falsedad de las premisas utilizadas en el silogismo. A la justificación interna le interesa la validez formal del razonamiento jurídico, aun para razonamientos cuyas premisas puedan resultar falsas, puesto que ésta cae en el campo de análisis de la justificación externa. Por eso es necesario estudiar en forma separada la validez de la verdad de los razonamientos. Ningún caso tendría en el derecho entrar al análisis de la verdad de las premisas si las mismas no son válidas.

5.1.1 Partes del silogismo jurídico

El art. 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* dispone en el segundo párrafo lo siguiente:

Nadie podrá ser privado 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.

Del texto de dicha disposición se desprende que todos los actos de autoridad que lesionen cualquier derecho de los particulares se deben fundamentar en una ley. De esta manera, la ley cumple la función de fijarle el contenido a las obligaciones concretas que prescriben las autoridades administrativas y judiciales.⁶ Ésta es la forma en que los principios de Estado de derecho y de legalidad se expresan en nuestro sistema jurídico. Así, en términos de la Constitución, la ley es la premisa de partida del razonamiento jurídico; se vincula con un hecho que funciona como la otra premisa del silogismo jurídico, de donde se deriva una consecuencia de derecho.

Por silogismo se entiende un tipo de razonamiento que funciona a partir de dos premisas dadas, a las que se conoce como *proposiciones*. De éstas se infiere una tercera proposición, a la que se suele denominar *conclusión*. En el silogismo se relacionan o términos o proposiciones. Enseguida mostramos un silogismo en el que se relacionan términos:

Todo perro es mamífero

Todo mamífero es un vertebrado

Todo perro es vertebrado

En este razonamiento, el término medio es *mamífero*, ya que sirve de tránsito para establecer la relación entre los términos *perro* y *vertebrado* que aparecen en la conclusión.⁷

Por lo que se refiere a la vinculación de proposiciones, el modelo sería el siguiente:

Si anochece, entonces no salgo

Anochece

Luego, no salgo

Aquí lo que acontece es que de una proposición molecular⁸ —en este caso de

forma condicional—, que es la premisa mayor, y de una proposición simple, la premisa subordinada, se concluye la segunda parte de la proposición molecular-condicional —en nuestro caso, “Luego, no salgo”—. Aquí no se relacionan términos para inferir o deducir la conclusión, sino más bien se conectan situaciones condicionales con sucesos. A este tipo de silogismo se le conoce como *modus ponens*.⁹

El silogismo jurídico es un silogismo hipotético-condicional del *modus ponens*, pues la premisa mayor se expresa en la forma: “si... entonces”. La proposición contenida en el “si” condicional se denomina *condición*, en tanto que la premisa incluida en el “entonces” se reconoce como *lo condicionado*. El modelo abstracto de un silogismo *modus ponens* es como sigue:

Si A es B, entonces C es D

A es B

C es D

El objeto del silogismo jurídico es la inferencia o deducción lógica, a partir de un supuesto jurídico general y abstracto, de un imperativo concreto para una o varias personas con nombre y apellido. Visto desde la perspectiva contraria, se puede decir que el imperativo concreto se deja subsumir en el imperativo general y abstracto.

En el silogismo jurídico se relacionan las normas condicionadas con hechos condicionales para inferir de ahí una consecuencia de derecho necesaria. Las normas jurídicas han sido emitidas por la autoridad para su aplicación y para servir como criterio de decisión en la resolución de conflictos concretos. Las normas jurídicas nos indican cómo debemos o no debemos actuar;¹⁰ pueden estar contenidas en diversas clases de cuerpos normativos a los que se denomina *fuentes formales del derecho*. Dentro de éstas encontramos a la Constitución, las leyes, los tratados internacionales, los reglamentos, etcétera.

La determinación del deber ser concreto a cargo de personas específicas se toma por los tribunales o autoridades administrativas con base en lo prescrito por normas jurídicas generales y abstractas. Lo anterior se prescribe por el denominado *principio de legalidad*, que se expresa en el art. 14 de la Constitución transcrito. De esta forma, todos los actos de autoridad que afecten derechos de los particulares deben fundamentarse o justificarse con base en una ley.

Aquí nos ocuparemos de la operación lógica por medio de la cual la ley general y abstracta se concreta en decisiones particulares, con lo cual se establecen deberes o autorizaciones para personas con nombre y apellido. Alexy diría que las reglas de la fundamentación interna “tienden un puente sobre el abismo existente entre la norma y la descripción del hecho”.¹¹ Dicha operación es una necesidad que deriva del principio del Estado de derecho y, sobre todo, del principio de legalidad. Esto se expresa en el principio latino

nullum crimen sine lege, el cual significa que no existe delito sin una ley que previamente lo establezca.

Así, a guisa de ejemplo, en el art. 123 del *Código Penal para el Distrito Federal* se establece:

Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.

Esta disposición sería la premisa mayor del silogismo jurídico que se relaciona con una premisa menor, según la cual:

M ha privado de la vida a J.

Para derivar de dicha relación la conclusión:

M debe ser condenado, según lo dispuesto en el art. 123 del *Código Penal para el Distrito Federal*, a una pena que va de los ocho a los veinte años de prisión.

A esta operación se le conoce, en lógica, como un *silogismo*, que representa un caso de lo que los lógicos llaman *modo Bárbara*. Ese silogismo se transforma en el *modus ponens*, en el cual la premisa mayor adquiere una forma condicional, como sigue:

Si alguien priva de la vida a otro debe ser castigado con una pena de prisión que va de los ocho a los veinte años.

Los lógicos modernos designan tales juicios, que se pueden representar con la forma “Todos los A son B”, así como los juicios hipotéticos de la forma “Si algo es A, entonces es B”, como juicios de implicaciones generales. A partir de este tipo de juicios con un contenido de *deber ser* se infieren o derivan juicios concretos de *deber ser* de manera conclusiva. Esto sucede en cada caso de la aplicación del derecho.¹²

Al esquema de fundamentación antes descrito lo denominaremos *simple*, debido a que se correlaciona un caso con una única norma. A este tipo de casos Alexy los diferencia de los casos complejos, que se presentan:

(1) cuando una norma... contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas, (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.¹³

El jurista, y en especial el juez, fundamenta su decisión de *deber ser* concreta a partir de la ley y, de esa forma, cumple con el principio de legalidad, aunque en ocasiones obtiene su decisión de una manera no deductiva, esto es, intuitiva o instintiva a partir del sentimiento jurídico, de la razón práctica o del sano entendimiento humano. El objetivo es obtener una norma “cada vez más concreta”.¹⁴ La fundamentación de la decisión en la norma general y abstracta sólo racionaliza la decisión cuando ésta ya se ha tomado y sirve para ejercer una función de control sobre las decisiones tomadas.

El “punto decisivo es el de la seguridad de la universalidad”.¹⁵ Así, debe quedar claro que el silogismo es sólo la forma del acto de aplicación del derecho, mas no su contenido. De acuerdo con lo anterior, queda claro que la

fundamentación de la decisión basada en la norma general y abstracta sólo tiene una significación secundaria, puesto que racionaliza posteriormente una decisión que se toma conforme a criterios materiales, tales como la justicia, la idoneidad, la adecuación, etc. Asimismo, la fundamentación formal ejerce ciertas funciones de control.¹⁶

Retomando el tema de la fundamentación conclusiva en la aplicación del derecho, bien se puede decir que el elemento central de esta fundamentación es la premisa menor. No obstante, esto no sucede en forma aislada, pues dicha premisa menor se encuentra, por regla, estrechamente vinculada con la realización del supuesto de derecho previsto en la norma, esto es, con la realización de hechos que se dejan subsumir en el supuesto de hipótesis normativa.

En nuestro ejemplo, el enunciado “*M* ha privado de la vida a *J*” contiene tanto la corroboración de que se ha realizado la hipótesis normativa prevista en el art. 123 del *Código Penal para el Distrito Federal* como el encuadramiento o subsumión de dicha circunstancia o hecho conforme al concepto de privación de la vida previsto en dicha disposición.

La culpabilidad de *M* es la materia del proceso judicial. Si el tribunal confirma esa culpabilidad, se procede a sentenciar al presunto infractor. Para el efecto se deben comprobar una serie de circunstancias que implican la realización del supuesto. Asimismo, el tribunal debe subsumir los hechos particulares con base en los requisitos previstos en el supuesto del homicidio, a lo que se vincula una consecuencia jurídica en abstracto.¹⁷

El objetivo consiste en poner a disposición del juez pruebas de determinados hechos —*judici fit probatio*—. Si esto lo analizamos estrictamente desde el ángulo lógico, la comprobación de los hechos es comprobación histórica de hechos. Como *hechos* en un proceso judicial se consideran los acontecimientos, situaciones y relaciones históricas que pertenecen al mundo de la observación sensorial y que se encuentran bajo las leyes de la naturaleza.¹⁸

Si terminamos con una conclusión lógica, bien podemos decir que se trata siempre de una conclusión válida con diferentes grados de probabilidad, que depende de la pericia y oportunidad de la probanza y de la valoración concreta con que los jueces la hagan viable. Esto resulta relevante, pues en el derecho moderno se maneja la valoración libre de las pruebas.

En ciertos casos, la dificultad de la subsumión se presenta por el uso de las llamadas *cláusulas generales*, como la prevista en el art. 1830 del *Código Civil para el Distrito Federal* bajo el concepto de “buenas costumbres”. Aquí el problema radica en que dicho concepto se debe valorar; la simple definición no alcanza.

¿Qué significa, hablando con propiedad, la subsumión? Esto lo podemos responder de dos maneras. La subsumión consiste, por una parte, en la

subordinación o encuadramiento de un caso dentro del supuesto normativo previsto en una norma. Por otra parte, significa una actividad independiente de identificación de un único caso con un supuesto o una hipótesis normativa general y abstracta.

La subsumión de un caso bajo un supuesto jurídico representa una relación de conceptos: un hecho particular y concreto requiere ser pensado en conceptos jurídicos, pues de otra manera no se podría reconocer el hecho como relevante para el derecho.

No se debe perder de vista que la subsumión de un hecho real bajo un concepto jurídico puede ser entendida en el encuadramiento del caso de acuerdo con la clase de casos prevista en el concepto jurídico y en el supuesto abstracto del enunciado jurídico. Por ejemplo, el robo de los bienes de una persona que se encuentran en su hogar es un elemento de la clase comprendido dentro del concepto de robo con allanamiento de morada. En este caso, la interpretación de este concepto es un presupuesto lógico de la subsumión. La problemática resulta del hecho de que en cada nueva subsumión el caso subsumido se desvía, lo que coloca a los juristas en contra del principio de igualdad y frente a la pregunta de si tal desviación resulta relevante o no lo es.

La interpretación de la ley no sólo suministra el material de comparación para la subsumión, sino también el punto de relación para la comparación. Ella decide sobre los aspectos por considerarse en el material de comparación y del hecho a ser subsumido, los que se deben comparar entre sí. También ella decide con qué recurso o instrumento intelectual se debe llevar a cabo la comparación, ya sea con los medios de la percepción sensorial o con los intelectuales. Si este último es el caso, decide si se realiza con los medios del pensamiento cognitivo o con los emocionales.

El silogismo se caracteriza por corroborar en un proceso judicial hechos que se dejan subsumir bajo un concepto jurídico, y eso de una forma en que, a partir de una premisa menor, en conjunción con una premisa mayor, se puede inferir una consecuencia jurídica. Es así como se comprueban hechos que se dejan subsumir en conceptos legales, de tal manera que los conceptos generales y abstractos previstos en la premisa mayor se pueden inferir en calidad de *deber ser* para un caso concreto.

Si, en cambio, el juicio que recae para la premisa menor no puede ser corroborado en el proceso probatorio, el silogismo se frustra. Para recomponer este caso se requiere introducir otra norma diversa o sustituir las pruebas aportadas para comprobar el hecho utilizado como premisa menor. En todo caso, como sostiene Alexy, en “la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente”.¹⁹

5.2 Las fuentes del derecho

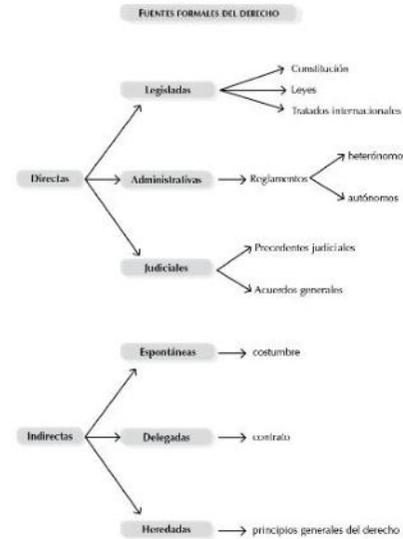
El problema en la premisa mayor del silogismo jurídico se relaciona con dos aspectos fundamentales: por una parte, con el origen de las normas jurídicas válidas, esto es, con lo que regularmente se conoce como las *fuentes formales del derecho*; por la otra, con la estructura de las normas jurídicas. Comenzaremos analizando las denominadas *fuentes del derecho*.

El concepto de fuentes del derecho "hace referencia a realidades distintas".²⁰ Esto obedece a que hay tres acepciones de dicho término: a) fuentes históricas, b) fuentes reales y c) fuentes formales.²¹ Las *históricas* son los instrumentos jurídicos que están fuera de vigor y que guardan algún valor histórico porque de alguna manera han servido de modelo a la legislación vigente, como el derecho romano. Las fuentes *reales* son los "factores y elementos que determinan el contenido"²² de las normas jurídicas vigentes. Finalmente, las fuentes *formales* son los cuerpos normativos por medio de los cuales las normas jurídicas entran en vigor y adquieren carácter coactivo; de esta manera, toda norma jurídica es parte de un instrumento o cuerpo normativo y de éste derivan su vigencia y obligatoriedad. Para efectos de este libro se entenderán las fuentes del derecho en su acepción de fuente formal.

Las fuentes formales del sistema jurídico nacional mexicano se dividen en dos grandes grupos: las directas y las indirectas. Las *directas* son puestas en vigor de manera inmediata por la autoridad en sus diferentes ámbitos de competencia y, por lo mismo, se clasifican en *legisladas*, *administrativas* o *judiciales*. Entre las legisladas están la Constitución, las leyes y los tratados internacionales; en las administrativas se encuentran los reglamentos heterónomos o autónomos; y las fuentes judiciales son los precedentes judiciales o los acuerdos generales.

Las fuentes *indirectas* reciben su determinación concreta gracias a la actividad consciente o inconsciente de los particulares, pudiendo ser delegadas —el contrato—, espontáneas —la costumbre— o heredadas —los principios generales del derecho.

La Constitución como fuente formal del derecho es un cuerpo normativo escrito que cuenta con una obligatoriedad superior a la de las leyes ordinarias y que fija las normas fundamentales de un Estado. Para garantizar la preeminencia de sus normas, las constituciones establecen por lo regular un procedimiento para la reforma de sus disposiciones. Ese procedimiento es más complejo si se le compara con el empleado para reformar una ley ordinaria.



El contenido de las normas constitucionales se refiere sobre todo a dos materias básicas: a) los derechos humanos —parte dogmática— y b) la organización de las entidades más importantes del poder público —parte orgánica.²³

Las leyes son cuerpos normativos emitidos por el órgano legislativo, cuyas disposiciones son generales y abstractas; ante su incumplimiento, se encuentran dotadas de la fuerza coercitiva del derecho. En la actualidad, las leyes son la principal fuente del derecho interno de un país. En México, según lo dispuesto en los arts. 71 y 72 de la Constitución, el proceso para la creación de leyes incluye seis momentos fundamentales: a) iniciativa, b) discusión, c) aprobación, d) promulgación, e) publicación y f) iniciación de vigencia.²⁴

Los tratados internacionales son una de las fuentes más importantes del derecho internacional público y de los derechos nacionales de los Estados miembros de la comunidad mundial. Los tratados son acuerdos de voluntades entre dos o más Estados soberanos u otros sujetos de derecho internacional público de los que derivan obligaciones y derechos de derecho internacional público.²⁵ Las disposiciones de los tratados internacionales regulan relaciones entre los Estados —*tratados contrato*— y relaciones jurídicas de los sujetos de derecho nacional, como las de carácter comercial, civil o laboral —*tratados ley*—. Las etapas del proceso requerido para la conclusión de un tratado son:

las negociaciones, la rúbrica, la conclusión y la ratificación. En el ámbito interno del derecho mexicano, los arts. 89 (fracc. x) y 76 (fracc. i) regulan la competencia para celebrar tratados por parte del presidente de la República y la de ratificarlos por parte del Senado.

En cuanto a las fuentes administrativas, en la fracc. i del art. 89 se prevén los reglamentos heterónomos, que son cuerpos normativos integrados con “disposiciones generales y abstractas al desarrollo, en detalle, de las prevenciones contenidas en la norma legal, a través de la determinación de los medios a emplearse para la aplicación de ésta a los casos concretos”.²⁶

Como dice una tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito:

El reglamento es un acto formalmente administrativo y materialmente legislativo; participe de los atributos de la ley aunque sólo en cuanto ambos ordenamientos son de naturaleza impersonal, general y abstracta. Dos características separan la ley del reglamento en sentido estricto: este último emana del Ejecutivo, a quien incumbe proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de la ley, y es una norma subalterna que tiene su medida y justificación en la ley. Pero aun en lo que aparece común en los dos ordenamientos, que es su carácter general y abstracto, sepáranse por la finalidad que en el área del reglamento se imprime a dicha característica, ya que el reglamento determina de modo general y abstracto los medios que deberán emplearse para aplicar la ley a los casos concretos.²⁷

Los reglamentos heterónomos se publican en el *Diario Oficial de la Federación* y pierden su vigencia cuando la ley que reglamentan pierde su vigor, a menos que la nueva ley que sustituya a aquélla establezca algo en contrario.

Los reglamentos autónomos son los que se regulan en los arts. 21, 115 y 122 de la Constitución; constituyen cuerpos normativos integrados por normas generales y abstractas cuya validez jurídica no depende de manera directa de la existencia de una ley administrativa particular, sino que originariamente encuentran su fundamento en la Constitución misma. Éstos, si bien es cierto que se fundamentan en una ley, no siempre desarrollan y detallan su contenido, tal como ocurre en el Distrito Federal, pues en el caso de los reglamentos municipales, dichas leyes sólo sirven para fundamentar las facultades reglamentarias de ámbitos de competencia que constitucionalmente le corresponden a los municipios.²⁸

Dentro de las fuentes judiciales, las más importantes son los precedentes judiciales. Éstos se integran por el conjunto de decisiones útiles para consolidar los criterios o principios con base en los cuales los jueces deberán tomar sus decisiones en el futuro. De esta forma, si bien es cierto que las decisiones de los tribunales valen como normas jurídicas individualizadas debido a que sólo resultan obligatorias para las partes en un litigio, también lo es que algunas de ellas despliegan efectos hacia el futuro y servirán como guía para los jueces que lleguen a conocer de casos similares. La regulación precisa de la jurisprudencia mexicana la estudiaremos más adelante.

Los acuerdos generales son instrumentos normativos que contienen disposiciones de carácter universal y abstracto que, conforme a lo dispuesto en los arts. 94, párrafo séptimo, y 107, fracc. ix, de la Constitución, puede emitir la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Según la primera de ambas disposiciones:

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquellos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.

Por su parte, el art. 107, fracc. ix, establece:

Artículo 107. Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:

[...]

IX. Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito no admiten recurso alguno, a menos de que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución cuya resolución, a juicio de la Suprema Corte de Justicia y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en esta hipótesis procederá la revisión ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales.

Como bien se puede apreciar, en los términos de ambas disposiciones los acuerdos generales tienen como propósito determinar las competencias de la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito. En el primer caso, de asuntos cuya competencia corresponde originariamente a la Corte y se deben remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito. En el segundo caso, sobre asuntos que requieren ser resueltos en definitiva por los Tribunales Colegiados de Circuito, pero que por tratarse de casos de importancia excepcional admiten una nueva revisión ante la Suprema Corte.

Las fuentes indirectas se conforman en primer lugar por la costumbre. Ella es expresión de una práctica general reconocida como derecho. Es una forma espontánea que implica una observancia consciente y reiterada de una regla de conducta con la convicción de que constituye una obligación jurídica. Dos son los elementos de la costumbre: uno externo, que constituye una pauta persistente de conductas uniformes, y el otro interior, que consiste en una convicción subjetiva de encontrarse obligado jurídicamente a actuar en cierta forma —*opinio iuris sive necessitatis*—. La costumbre como fuente del derecho interno en los países occidentales hoy presenta una relevancia secundaria. El art. 10 del *Código Civil Federal* establece una jerarquía secundaria de la

costumbre frente a la ley, al precisar que en ningún caso una costumbre puede derogar la ley. En dicha legislación sólo se encuentran cinco casos —arts. 2619, 2661, 2751, 2754 y 2760— en que la ley establece a la costumbre como fuente de las obligaciones.

Los contratos son una fuente delegada autorizada por la ley que nace mediante un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho para crear o transferir derechos y obligaciones. Los contratos son la vía para generar obligaciones recíprocas con base en la simple voluntad de las personas. En este caso, la ley sólo autoriza a los contratantes para que contraigan obligaciones de acuerdo con su propia voluntad. Como fuente de obligaciones jurídicas, los contratos se encuentran autorizados por los arts. 1792 y siguientes del *Código Civil Federal*.

Las fuentes del derecho heredadas, esto es, los principios generales del derecho los analizaremos más tarde, por lo que no se hará ninguna consideración de ellos en este capítulo.

5.3 La estructura de las normas jurídicas

El concepto de norma “descansa sobre el de la obligación”.²⁹ El contenido de toda norma se refiere a una obligación a cargo de alguien. La obligación se asegura mediante sanciones exteriores —multas, prisión, condena al pago de daños, etc.—, que se aplican debido a que la norma se considera válida. En los sistemas jurídicos modernos las normas se suelen expresar por medio de un lenguaje explícito³⁰ —disposiciones de cuerpos normativos, reglas jurisprudenciales, principios generales del derecho, etcétera.

Las normas jurídicas cumplen varias funciones. En primer término, pretenden motivar la conducta para dirigirla en cierto sentido; esto se logra mediante la prohibición, la permisón y la autorización de conductas determinadas. Por otra parte, las normas establecen criterios ciertos y precisos para resolver conflictos humanos. Por último, sirven para predecir conductas humanas y hacerlas más estables y seguras.

Si atendemos a la formulación lingüística de una norma, ésta aparece como una proposición que enlaza un supuesto de hecho con una consecuencia de derecho.³¹ Cuando en el mundo real se realiza la hipótesis prevista en el supuesto jurídico deben actualizarse las consecuencias de derecho que la misma prevé. De este modo, por ejemplo, la primera parte del art. 1910 del *Código Civil Federal* establece:

El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo...

En esta disposición, la frase “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro” constituye el supuesto jurídico, en tanto que

“está obligado a repararlo” es la consecuencia de derecho que se debe actualizar cuando en el mundo de los hechos alguien, obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, le cause un daño a otro. De esta forma, la conducta ilícita o contra las buenas costumbres de *X* que le ocasiona un daño a *Y*, es la condición para que el primero quede obligado a reparar el daño ocasionado. La consecuencia jurídica no consiste en que *X* repare efectivamente el daño, sino sólo en que quede obligado a repararlo.

No todas las normas expresan una prohibición que constriñe a las personas a hacer o dejar de hacer algo —normas imperativas—. También existen normas que disponen que alguien, en ciertas condiciones, adquiere o pierde un derecho —normas dispositivas—. Junto a éstas hay un grupo de normas que establecen el estatus jurídico de una persona física o moral —normas de estatus—.³² A estos tres tipos de normas se les conoce como *normas jurídicas completas*, toda vez que establecen un supuesto de derecho enlazado a una consecuencia jurídica.

Al lado de las normas jurídicas completas existen cuatro tipos de normas jurídicas incompletas, que “sirven sólo para determinar más concretamente el supuesto de hecho, un elemento del supuesto de hecho o la consecuencia de una norma jurídica completa”.³³ Podemos clasificarlas en: a) aclaratorias, b) restrictivas, c) remisivas o d) ficciones legales.

a) Las normas jurídicas *aclaratorias* son de dos tipos: *delimitadoras*, pues “delimitan más concretamente un concepto o tipo empleados en otras normas jurídicas”, o *complementadoras*, debido a que “especifican o complementan el contenido de un término utilizado en su significado general con respecto a distintas configuraciones del caso”. En tanto que las normas jurídicas delimitadoras la mayoría de las veces se refieren a elementos del supuesto jurídico, las complementadoras por lo regular aclaran una consecuencia de derecho.

Como ejemplo de las normas jurídicas delimitadoras encontramos el art. 1819 del *Código Civil Federal*, cuya disposición precisa lo establecido en el art. 1818 del mismo ordenamiento. A la letra, dichos artículos señalan lo siguiente:

Artículo 1818. Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes o ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Artículo 1819. Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Como bien se puede apreciar, el supuesto de derecho del art. 1818 es: “el contrato celebrado por violencia”. Por su parte, el art. 1819 determina en qué circunstancias se puede concluir que en la celebración de un contrato incide la

violencia.

Como ejemplo de normas jurídicas complementadoras encontramos los arts. 2108 y siguientes del *Código Civil Federal*, que determinan con mayor precisión la consecuencia jurídica de los daños y perjuicios producidos por violar normas jurídicas que establecen como consecuencia el pago de daños y perjuicios.

b) Las normas jurídicas *restrictivas* delimitan el ámbito de validez material de una norma para casos que, si bien literalmente caen dentro del supuesto normativo, el legislador considere que no deberían incluirse. Por ejemplo, el art. 15 del *Código Penal Federal* establece varias excepciones generales a los tipos delictivos cuando precisa:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

A) Que el bien jurídico sea disponible;

B) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

C) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado,

a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

c) Una norma jurídica *remisiva* es aquella que “en su supuesto de hecho remite a otras normas”.³⁴ Un caso de este tipo lo encontramos en el segundo párrafo del art. 51 del *Código Penal Federal*:

En los casos de los artículos 60, fracción vi, 61, 63, 64, 64-Bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

d) Las *ficciones legales* se tratan de “la equiparación voluntaria de algo que se sabe desigual”.³⁵ Un caso de este tipo de normas incompletas lo encontramos en lo que el art. 752 del *Código Civil Federal* denomina *bienes muebles por determinación de la ley*, como los previstos por el art. 755 de dicho ordenamiento:

Artículo 755. Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles.

5.4 La norma jurídica como parte de un sistema

Las normas jurídicas están relacionadas entre sí de diferente modo, por lo que en su recíproca relación crean un sistema jurídico. Tres son los elementos que integran un sistema jurídico: a) su estructura, b) sus fines y c) la organización a la que sirven.

La *estructura* del sistema jurídico se refiere tanto a los elementos que lo integran como a la organización e interrelaciones que existen entre los mismos. Los *fines*, por su parte, aluden a los objetivos propios que debe realizar el sistema en una sociedad. Finalmente, la *organización a la que sirven* los sistemas jurídicos puede ser diversa, pues los mismos los usan la

comunidad internacional, los Estados nacionales, organizaciones supranacionales

—como la Unión Europea— e, incluso, organizaciones de carácter religioso.

5.4.1 La estructura del sistema jurídico

En la teoría científica, por *sistema* se entiende un orden de conocimientos organizados con base en un concepto fundamental. En sentido estricto, sólo se puede hablar de un sistema cuando los elementos particulares del conjunto se encuentran relacionados de tal forma que los más simples pueden ser deducidos de los más complejos y que los contenidos de todos ellos son lógicamente consistentes entre sí. De esta forma, un sistema se debe poder representar como una estructura que se construye en forma deductiva y que puede valer como un sólido bloque lógico de conocimientos que no requiere elementos externos al conjunto para poder ser comprendidos.

Respecto de su estructura, por *sistema jurídico* se entiende un conjunto de un tipo especial de reglas orgánicamente relacionadas, en donde las más elementales de ellas pueden ser deducidas de las más complejas y sus contenidos son lógicamente consistentes entre sí. Tal definición, como es evidente, coincide con la de sistema que dimos en el párrafo anterior. Así, el conjunto de reglas se complementa con un conjunto de principios y procedimientos jurídicos que dan congruencia y flexibilidad y que permiten la renovación del sistema.

5.4.2 Las reglas del sistema jurídico

El sistema jurídico cuenta con reglas de conducta que, por una parte, prescriben el comportamiento que se espera de los miembros del grupo en determinadas circunstancias y, por la otra, autorizan o facultan a éstos para llevar a cabo ciertas conductas —normas primarias—. En este sentido, las reglas propias del sistema jurídico son iguales a las reglas que integran cualquier otro sistema normativo, tal como sería la moral y las reglas de trato social. Sin embargo, el sistema jurídico resulta diferente de los demás sistemas normativos debido a que dispone de un tipo especial de reglas cuyo objeto de regulación es no ya una conducta humana, sino más bien otras reglas —normas secundarias—. [36](#) Este tipo de reglas establecen:

- a) en qué forma el cumplimiento de las normas de conducta queda asegurado;
 - b) de qué manera las normas primarias entran y salen de vigencia;
 - c) cómo pueden ser reformadas las normas primarias y
 - d) en qué forma se corrobora que las normas primarias han sido transgredidas.
- Para evitar la indeterminabilidad —esto es, la incertidumbre sobre si una regla pertenece o no al sistema normativo— que caracteriza a las reglas que integran otros sistemas normativos diferentes del sistema jurídico, éste

dispone de reglas de reconocimiento. Éstas establecen qué características deben poseer las normas de conducta para poder pertenecer al sistema jurídico. Normas primarias que pueden ser consideradas jurídicamente obligatorias, debido a que han sido producidas con base en un procedimiento previsto por normas secundarias, pueden ser catalogadas como normas jurídicas válidas. Esto se determina mediante un test de procedencia. Un sistema jurídico dispone de distintas reglas de reconocimiento. [37](#)

En contra de lo estático de las reglas de otros sistemas normativos, el sistema jurídico cuenta con pautas que establecen cómo las reglas del sistema pueden ser modificadas o suprimidas y qué nuevas reglas son susceptibles de ser puestas en vigor —reglas de modificación. [38](#)

Y en contra de la falta de efectividad de las reglas de otros sistemas normativos, el sistema jurídico cuenta con normas que precisan cómo se debe comprobar que una norma perteneciente al sistema ha sido quebrantada. Estas reglas, conocidas como *reglas de decisión*, establecen la manera en que es posible llegar a la corroboración de dicho quebrantamiento. [39](#) Estas normas definen una serie de conceptos tales como *juez, tribunal, juicio*, etc. Hans Kelsen expresa lo anterior de la siguiente forma:

Cuando una norma jurídica general enlaza una determinada pena al delito de homicidio, no se describe correctamente la situación objetiva cuando se expone el hecho de que el hombre haya matado como condición de la sanción. No es el hecho en sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico. [40](#)

Las reglas secundarias del sistema jurídico presuponen, por último, la existencia de un órgano de poder que asegura, incluso, llegado el caso, el uso de la fuerza, para el cumplimiento de las normas jurídicas.

Debido a que las reglas establecen los términos precisos sobre la forma como deberá resolverse un caso, ofrecen una gran precisión en los términos y las condiciones en que debe cumplirse una obligación; con ello, garantizan la seguridad jurídica. Sin embargo, si las reglas no prescriben cómo resolver un caso determinado conforme a un sistema puro de reglas, el juez debería decidir sin fundamentación alguna o no decidir. Éste sería un problema que sólo se podría resolver en caso de que el legislador fuera capaz de emitir reglas jurídicas que previeran criterios de decisión para cualquier asunto susceptible de presentarse en el futuro, lo que desde luego resulta humanamente imposible. Éste sería el déficit más grave del sistema jurídico que se basara sólo en reglas. Por eso, ellas deben ser complementadas con principios. [41](#)

Kelsen representa al sistema de las reglas del sistema jurídico como una organización jerárquica en forma de pirámide. En la cúspide de la misma se

encuentra la Constitución, que por lo mismo constituye el fundamento de validez de todo el sistema. Inmediatamente debajo de la Constitución se encuentran las leyes. Éstas realizan una doble función: por una parte, determinan los órganos que deben aplicar el derecho y el procedimiento que deben observar, y por la otra, establecen los actos judiciales y administrativos de estos órganos, por los cuales aplican la ley a casos concretos y crean normas jurídicas individuales. A estas dos funciones corresponden dos formas del derecho: adjetivo y sustantivo.

En un nivel inferior se encuentran las normas creadas sobre la base de estas normas generales: los reglamentos. Por debajo de éstos se ubican los actos de aplicación a casos concretos del derecho, a los que se denomina *actos jurídicos individualizados*, entre los cuales figuran la sentencia, el contrato, las resoluciones administrativas, etc.⁴² Cabe mencionar que los sistemas jurídicos nacionales tienden a ubicar a los tratados internacionales entre la Constitución y la ley, o bien, al lado de ésta.

El sistema de reglas constituye un edificio escalonado, un sistema graduado de normas generales e individuales; de ello resulta que la función que crea el derecho y la que lo aplica tienen el mismo origen. Por tanto, la creación y la aplicación del derecho presentan entre sí diferencias meramente relativas, no absolutas. Excepto la Constitución, que sólo crea el derecho, y salvo los actos jurídicos individualizados, que únicamente aplican el derecho, todos los otros escalones jurídicos crean y aplican el derecho al mismo tiempo. La creación de una norma jurídica se determina de dos maneras: o se establecen el órgano y el procedimiento o se fija el contenido de la norma inferior.

Por ejemplo, una sentencia judicial es la creación de una norma individual y la aplicación de una norma general. De esta forma, el juez siempre es creador del derecho y, al mismo tiempo, lo aplica. El procedimiento por medio del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo va de lo abstracto y general hasta lo concreto e individual. Para mantener el sistema jerárquico de las reglas, en caso de conflicto entre las normas de diferentes escalones, el sistema brinda una garantía de constitucionalidad o de legalidad. Esto significa que las normas constitucionales prevalecen en caso de contradicción sobre cualquier otro tipo de reglas; a su vez, las legales están por encima de las reglamentarias o individualizadas.

5.4.3 Los principios del sistema jurídico

A diferencia de las reglas que prescriben mandamientos definitivos, los principios son sólo mandamientos de optimización.⁴³ Como tales, prescriben algo que se puede cumplir de manera aproximada, a diferencia de lo que sucede con las reglas, que o se cumplen o no se cumplen. Es más, bien se puede decir que el cumplimiento absoluto de un principio es una mera

aspiración que jamás se puede realizar. Dentro de los principios más importantes de los sistemas jurídicos occidentales modernos encontramos seis, los cuales están consagrados en la Constitución: a) dignidad humana, b) libertad,

c) igualdad, d) democracia, e) Estado de derecho y f) igualdad social.⁴⁴

Uno de los principios más importantes de los sistemas jurídicos occidentales es el que recomienda reciprocidad en las relaciones jurídicas y que se formula con la frase: “dar a cada quien lo suyo”. Sin embargo, lo suyo de cada quien es relativo; por ejemplo, en una relación de trabajo, puede significar para el patrón una cosa y para el obrero otra, por lo que en la opinión de cada uno de ellos, en sus relaciones recíprocas, dicho principio sólo se cumple en mayor o menor medida.

Un sistema jurídico que sólo se integrara de principios, debido a su imprecisión y suavidad, iría en contra tanto de las exigencias de seguridad jurídica como del postulado de la obligatoriedad de los criterios de decisión adoptados por los órganos legislativos institucionalizados. Por el contrario, un sistema jurídico que cuenta con principios y reglas mantiene la máxima de la obligación de obedecer la regla y permite colmar las lagunas o la falta de reglas para resolver todo posible caso con ayuda de los principios. De esta forma, es imposible algún caso que no pueda ser decidido con base en reglas o en criterios de derecho fundamentados en principios.⁴⁵

5.4.4 Los procedimientos del sistema jurídico

El sistema jurídico cuenta con dos tipos de procedimientos para la creación y aplicación de las reglas y los principios: el *legislativo* y el *judicial*. Cabe resaltar que dichos procedimientos también son regulados por normas y principios. El objeto del procedimiento legislativo es la creación de las reglas que norman las relaciones sociales más importantes. Ese procedimiento garantiza que las leyes sean el producto de un diálogo racional entre los representantes del pueblo. La opinión pública cuenta con el derecho de criticar el trabajo parlamentario cuando, a pesar de que lo políticamente correcto sea observar las reglas del discurso racional en el proceso legislativo, se hagan prevalecer los intereses de grupo, las retóricas ideológicas y los prejuicios de los medios.

La posibilidad de una crítica de este tipo queda garantizada por los derechos fundamentales previstos en la Constitución.⁴⁶ Por otra parte, el contenido de la discusión en el nivel del proceso legislativo queda limitado por los derechos humanos; esto significa que no es posible aprobar leyes que violen o vayan en contra de los derechos humanos, puesto que el trabajo fundamental de la labor legislativa es asegurar la protección, respeto y desarrollo de esos derechos. De esta forma, la defensa o violación de los mismos no se deja al arbitrio de una

simple mayoría parlamentaria.

El proceso judicial tiene como propósito la aplicación de las reglas y los principios para resolver controversias concretas y se caracteriza por el hecho de que al finalizar nada más existe una solución jurídicamente obligatoria. En la sentencia no sólo se aplica el derecho, sino que también se decide.

5.4.5 Los fines del sistema jurídico

En cuanto a su finalidad, los sistemas jurídicos se instauran para la realización de valores sociales. Los valores fundamentales que tiende a garantizar el sistema jurídico son: *a) la justicia, b) la seguridad jurídica, c) el bien común y d) la paz.*[47](#)

*a) En lo que respecta a la *justicia* como fin esencial del sistema jurídico, se puede decir que la misma exige que las limitaciones al ejercicio de la libertad de los ciudadanos se establezcan recíproca y equitativamente con apego a principios generales. Los contenidos jurídicos deben buscar en todo caso la proporcionalidad y equidad en las relaciones. Pero además, la determinación de un contenido justo supone la participación de todos los ciudadanos por medio de sus representantes en un procedimiento legislativo en donde se respeten los derechos de voto igual y de discusión y negociación en términos democráticos. Por otra parte, la justicia exige que una instancia profesional e imparcial aplique las normas y se concedan a las partes las mismas posibilidades de defensa.*[48](#)

*b) La *seguridad jurídica* exige que haya un conocimiento certero y claro de los obligados por el sistema jurídico sobre las reglas, así como de los principios y procedimientos que deben observar y cumplir —seguridad de orientación—. Asimismo, la seguridad jurídica garantiza a quien le asiste el derecho que dichas normas, principios y procedimientos efectivamente se aplicarán en el futuro —seguridad de realización—. De esta forma, la seguridad jurídica garantiza la confianza en la estabilidad y permanencia del sistema jurídico.*[49](#)

*c) El sistema jurídico también debe brindar protección al *bien común* de la sociedad. Por éste se entiende el conjunto de obras materiales e inmateriales que cabe concebir como creación humana para la realización del bienestar de la humanidad. La ciencia, el arte, la técnica, las ciudades, etc., son bienes que cumplen un fin imprescindible para las sociedades y, por eso, el sistema jurídico debe procurar protegerlos y promoverlos. Éste es uno de sus fines propios.*

d) Un sistema jurídico incapaz de establecer las condiciones para que las relaciones jurídicas entre las personas y las organizaciones se desenvuelvan de manera pacífica y que no sea apto para evitar conflictos violentos, es un sistema que incumple con uno de sus fines: la realización y el mantenimiento

de la paz. Ella es a tal grado importante para una sociedad que en muchas ocasiones se han sacrificado otros fines del sistema jurídico, como la justicia y la seguridad jurídica, para lograrla.

5.4.6 La organización a la que sirven los sistemas jurídicos

Los sistemas jurídicos son sistemas de una organización y, sobre todo, de una organización política. Las organizaciones políticas fundamentales son, o bien los Estados nacionales, o bien la comunidad internacional. Además, en los Estados nacionales de tipo federal hay varios sistemas jurídicos autónomos, pues las organizaciones políticas locales disponen de su propio sistema jurídico. Como organizaciones no políticas que también disponen de un sistema jurídico, encontramos a diversas organizaciones religiosas, como el ordenamiento jurídico de la Iglesia católica, más conocido como derecho canónico, el de la religión hinduista o el de la musulmana.

5.5 La fundamentación

5.5.1 Concepto

El fundamento es un juicio donde se cimienta o se basa la razonabilidad de un enunciado. Por medio de la fundamentación se establecen las bases de razonabilidad de un punto de vista, de una decisión o de una creencia. Fundamentar implica la explicación comprobable y comprensible del punto de vista, la decisión o la creencia. Esto significa llegar a comprender su funcionamiento de tal forma que pueda ser comunicado a quienes se relacionan con las mismas. Cuando el fundamento no es el contenido de un argumento, deja de ser un fundamento y pasa a ser la afirmación de una verdad.[50](#)

La argumentación constituye el comienzo de un proceso de fundamentación y el camino para llegar a los fundamentos. El argumento como razón es el comienzo de toda fundamentación, pues cuando se dispone de una tesis sobre un problema, se requiere probarla, comprenderla en su funcionalidad, para finalmente confirmarla como un conocimiento asegurado.[51](#)

Peter Belohlavek distingue cinco niveles de fundamentación: *a) descriptiva-analógica, b) empírica, c) lógica, d) causal y e) conceptual.*[52](#)

*a) La fundamentación *descriptiva-analógica* funciona a partir de semejanzas entre diversos tipos de problemas, al afirmar que lo que sucede en un caso debería suceder en otro. La fundamentación analógica es la forma más elemental de fundamentación y constituye una solución de emergencia ante la ignorancia o la carencia de recursos racionales, por lo que es alta su probabilidad de ser infundada.*[53](#)

*b) La fundamentación *empírica* resulta de la sistematización de experiencias*

análogas y recurre a modelos matemáticos para validarse. Este tipo de fundamentación es la adecuada para problemas operativos de realidades con resultados medibles.[54](#)

- c) La fundamentación *lógica* recurre a sistemas de reglas formales de inferencia dentro del contexto de una realidad. Presupone la posibilidad de una formalización y estructuración racional de la realidad.[55](#)
- d) La fundamentación *causal* parte de la posibilidad de describir una realidad en su estructura sistemática y con sus interrelaciones funcionales de causa-efecto, ya que opera a partir de relaciones de causa-efecto de las partes que componen un sistema. Esta fundamentación aplica modelos epistemológicos para la validación de fundamentos causales.[56](#)
- e) La fundamentación *conceptual* trabaja sobre sistemas conceptuales que se estructuran a partir de leyes naturales, sociales o éticas. La fundamentación conceptual es funcional para la solución de problemas complejos cuando la realidad es ambigua.[57](#)

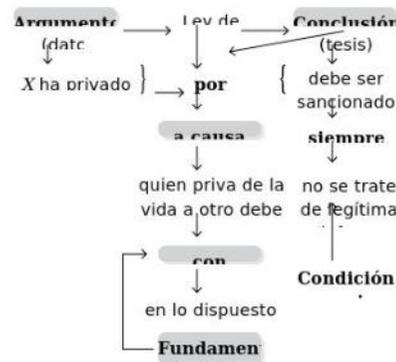
En síntesis, la fundamentación es la base de la autoridad. Una persona adquiere autoridad en un campo de conocimiento en la medida en que cuente con los fundamentos que le permitan alcanzar objetivos. Aceptar fundamentos de otro implica aceptar su autoridad.

5.5.2 La fundamentación en el derecho

En el derecho el concepto de fundamentación se utiliza para referirse exclusivamente al aspecto lógico de acuerdo con la terminología de Belohlavek. De esta forma, el art. 16 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* entiende por fundamentación “la obligación de la autoridad que lo emite, para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada”.[58](#)

La fundamentación en los otros cuatro niveles de la tipología de Belohlavek —descriptiva-analógica, empírica, causal y conceptual—, tal como han quedado precisadas en el punto anterior, lo denomina el art. 16 constitucional como motivación.

En el esquema de argumentación de Toulmin, la fundamentación jurídica sería el contenido de la ley de paso como sigue:



En este ejemplo, que ya habíamos utilizado antes, apreciamos con claridad que la referencia a la regla de donde se infiere la conclusión y que sirve de base a una decisión jurídica es la disposición jurídica prevista en el art. 307 del *Código Penal Federal*.

El concepto de fundamentación, que en el derecho adquiere un carácter lógico-formal, se deriva de uno de los principios rectores del Estado de derecho moderno: el principio de legalidad. Por éste debemos entender “que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada”.[59](#) Este principio se encuentra incorporado en el segundo párrafo del art. 14 de la Constitución cuando establece:

Nadie podrá ser privado 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.

5.5.3 Formalidades de la fundamentación

En sus resoluciones, los tribunales federales han precisado los alcances de la fundamentación. De esta forma, en primer término, podemos reconocer tres cuestiones básicas: a) ¿Qué se debe citar para que valga como fundamentación?; b) ¿Qué no es necesario citar? y c) ¿Qué se puede citar?

Relativo a lo que las autoridades deben citar a efecto de que sus actos valgan como fundamentados, se transcribe la siguiente tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito:

Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 175-180, Sexta Parte, Página: 98, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

FUNDAMENTACIÓN. CARACTERÍSTICAS DEL ACTO DE AUTORIDAD CORRECTAMENTE FUNDADO. FORMALIDAD ESENCIAL DEL ACTO ES EL CARÁCTER CON QUE LA AUTORIDAD RESPECTIVA LO SUSCRIBE Y EL DISPOSITIVO, ACUERDO O DECRETO QUE LE OTORQUE TAL LEGITIMACIÓN. Para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: A) Los cuerpos legales y preceptos que se están aplicando al caso concreto, es decir, los supuestos normativos en que encuadra la conducta del gobernado, que serán señalados con toda exactitud, precisándose los incisos, subincisos y fracciones. B) Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades, para emitir el acto en agravio del gobernado. Ahora bien, siguiendo una secuencia lógica, este tribunal considera que la citación de los artículos que otorgan competencia, debe realizarse también con toda exactitud, señalándose el inciso, subinciso y fracción o fracciones que establezcan las facultades que en el caso concreto, la autoridad está ejercitando al emitir el acto de poder en perjuicio del gobernado. En efecto, la garantía de fundamentación consagrada en el artículo 16 constitucional lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la citación de los cuerpos legales, preceptos, incisos, subincisos y fracciones de los mismos que se están aplicando al particular en el caso concreto, y no es posible abrigar en la garantía individual comentada, ninguna clase de ambigüedad, o imprecisión, puesto que el objetivo de la misma primordialmente se constituye por una exacta individualización del acto autoritario, de acuerdo a la conducta realizada por el particular, la aplicación de las leyes a la misma y desde luego, la exacta citación de los preceptos competenciales, que permiten a las autoridades la emisión del acto de poder.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 16/83. Jorge León Rodal Flores. 12 de julio de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Roberto Terrazas Salgado. Genealogía: Informe 1983. Tercera Parte. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis 10. Página 94.

Se requiere en todo caso que la cita mencione el ordenamiento jurídico al que pertenece la disposición, el anexo o la parte componente del mismo. Así lo precisa la siguiente tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito:

Registro No. 183533. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVIII, Agosto de 2003, Página: 1754, Tesis: XXIII.2o.2 A, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa.

FUNDAMENTACIÓN. CARECE DE ELLA LA RESOLUCIÓN QUE SE BASA EN UNA TABLA DE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS QUE AUNQUE PUBLICADA EN EL ÓRGANO DE DIFUSIÓN OFICIAL DEL ESTADO, NO ESTABLECE EL CUERPO LEGAL DEL QUE FORMA PARTE O CON EL QUE TIENE RELACIÓN, NI LA AUTORIDAD DE LA QUE EMANÓ. La garantía de fundamentación prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lleva implícita la idea de exactitud y precisión en la cita de las normas legales que facultan a la autoridad administrativa para emitir el acto de molestia de que se trate, al atender al valor jurídicamente protegido por la exigencia constitucional, que es la posibilidad de otorgar certeza y seguridad jurídica al particular frente a los actos de las autoridades que afecten o lesionen su interés jurídico y, por tanto, asegurar la prerrogativa de su defensa, ante un acto que no cumpla con los requisitos legales necesarios. Conforme a ello, no puede estimarse que cumpla con la garantía aludida la resolución que se basa en una tabla de especificaciones técnicas, que aunque publicada en el Periódico Oficial del Estado, no refiere de qué cuerpo legal forma parte, ni establece de qué órgano del Estado emanó.

Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito. Amparo en revisión 60/2003. 20 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Refugio Estrada Araujo. Secretario: Juan Pedro González Romo.

Para que la cita de un ordenamiento valga como fundamentación es insuficiente que se mencione mediante sus abreviaturas, a menos que la autoridad demuestre que las mismas son ampliamente conocidas por el gobernado. Así lo señala la siguiente tesis:

Registro IUS: 227000. Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, p. 263, Aislada, Administrativa.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. NO SE SATISFACE CON EL EMPLEO DE ABREVIATURAS DESCONOCIDAS POR EL PARTICULAR. El empleo de abreviaturas por parte de la autoridad administrativa al dictar un acto lesivo de los intereses de los gobernados, cuando no se demuestra que su significado es plenamente conocido por su destinatario, ni tampoco está aclarado en el documento que lo contiene, se aparta de las aspiraciones que en materia de seguridad jurídica deben prevalecer en un régimen de derecho como el nuestro, sin que baste para desvirtuar esta apreciación el argumento de que el particular está obligado a conocer los conceptos legales a los cuales, según la emisora del acto, se refieren dichas abreviaturas, pues aunque no se pueda pretextar el desconocimiento de la ley por el particular, éste se halla en cambio liberado del deber de saber cuáles reglas o abreviaturas elige la autoridad para referirse a aquéllos.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Precedentes: Revisión fiscal 763/89. Limpieza Inmediata, S.A. 11 de julio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.

Toda decisión debe fundamentarse en una disposición legal que esté de acuerdo con la Constitución. De esta forma, no resulta fundamentada una decisión de la autoridad cuando la cita de la disposición legal corresponde a un precepto jurídico declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así lo ha precisado la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Registro No. 186255. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales

Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVI, Agosto de 2002, Página: 1112, Tesis: VIII.3o. J/10, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa.

FUNDAMENTACIÓN. ES INDEBIDA LA RESOLUCIÓN APOYADA EN PRECEPTO LEGAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 76 bis, fracción I, de la Ley de Amparo, los órganos jurisdiccionales están obligados a suplir la queja deficiente cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De consiguiente, si en el requerimiento de pago impugnado en el juicio de nulidad la autoridad exactora aplica el artículo 67, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación, precepto declarado inconstitucional por el Máximo Tribunal de la República, debe estimarse que cualquier resolución que se apoye en ese precepto no se encuentra debidamente fundada y, por ende, resulta procedente que se declare su nulidad, aun cuando esa cuestión no haya formado parte de la litis en el juicio, ni los conceptos de violación enderecen su inconformidad sobre ese punto.

Tercer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Amparo directo 272/2001. Crédito Afianzador, S. A., Compañía Mexicana de Garantías. 5 de julio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham Calderón Díaz. Secretario: Guillermo Erik Silva González.

Amparo directo 767/2001. Fianzas Monterrey, S. A. 14 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Avelar Gutiérrez. Secretaria: Lilian González Martínez.

Amparo directo 789/2001. Crédito Afianzador, S. A., Compañía Mexicana de Garantías. 21 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Aristeo Martínez Cruz. Secretaria: Martha Yadira Machado López.

Amparo directo 43/2002. Fianzas Monterrey, S. A. 28 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham Calderón Díaz. Secretaria: María Mayela Villa Aranzábal.

Amparo directo 810/2001. Fianzas México Bital, S. A., Grupo Financiero

Bital. 7 de marzo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Avelar Gutiérrez. Secretaria: Lilian González Martínez.

Véase: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo III, marzo de 1996, página 1027, tesis I.4o.C.3 K, de rubro: "SUPLENCIA DE LA QUEJA. SU ALCANCE CUANDO EL ACTO RECLAMADO SE FUNDA EN LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES."

Por otra parte, bien se puede fundamentar un acto de autoridad en un criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esto se desprende de la tesis que enseguida se transcribe:

Registro IUS: 212765, Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 76, Abril de 1994, p. 49, Tesis IV.2o. J/38, jurisprudencia, Común. Genealogía: Apéndice 1917-1995, Tomo VI, Segunda Parte, Materia Común, Tesis 798, Página 541.

FUNDAMENTACIÓN DEL ACTO RECLAMADO. SE SATISFACE CUANDO SE APOYA EN UNA EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE. Si el mandamiento que se impugna del Juez de Distrito se apoya en un criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el requisito constitucional de legal fundamentación del acto debe estimarse satisfecho, cuenta habida que la jurisprudencia es la interpretación que se efectúa de la ley y aun cuando se trate de criterios aislados, éstos sirven de apoyo a los tribunales de menor jerarquía.

Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. Precedentes: Queja 7/94. María de la Luz Vargas M. y coags. 2 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Barocio Villalobos. Secretario: Carlos Rafael Domínguez Avilán.

Queja 4/94. Gloria Martha Montalvo. 9 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: José M. Quintanilla Vega.

Queja 6/94. Mario Alberto Puga. 9 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Juan Manuel Rodríguez Gámez.

Queja 9/94. Jesús Rodríguez Martínez y coags. 9 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: José Garza Muñiz.

Hay aspectos legislativos que sería innecesario mencionar para fundamentar un acto de autoridad. En primer lugar, nos podemos referir a la fecha de publicación en que la ley que fundamenta apareció en el *Diario Oficial de la Federación*. Así lo establece la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito:

Registro No. 187532. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XV, Marzo de 2002, Página: 1349, Tesis: XVII.2o.39 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

FUNDAMENTACIÓN. NO DEBE CONSIDERARSE COMO UNA OBLIGACIÓN INCLUIDA EN ESA GARANTÍA, EL CITAR LA FECHA DE PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE LA LEY O NORMA APLICABLE. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige que los actos de autoridad deben estar debidamente fundados y motivados, entendiéndose por lo primero, que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que deben señalarse con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas, por lo que la exigencia de citar la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación o en el medio oficial de difusión respectivo de la ley o norma aplicable, no debe considerarse como una obligación incluida en esa garantía de fundamentación, por más que ello se haga en ciertos casos, con lo que se facilita la defensa del gobernado, sobre todo, en casos en que su localización puede implicar mayor dificultad, por ubicarse en publicaciones de varios días, pero, se insiste, tal cuestión no está comprendida en la garantía antes referida. En todo caso, únicamente en el supuesto de que se adujera falta de publicación de la ley aplicada, por ser un hecho negativo, correspondería a la autoridad acreditar que se realizó, cuestión que tampoco está inmersa en tal garantía.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito. Amparo directo 811/2000. Embutidos del Norte, S. A. de C. V., 13 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Dávila Gaona. Secretaria: Sara Olivia González Corral.

Tampoco es necesario que el órgano de autoridad explique la forma y las circunstancias en que fue creado y le fueron otorgadas sus competencias. Así lo dispone la siguiente tesis aislada:

Registro IUS: 214953. Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XII, Septiembre de 1993, p. 233, aislada, Administrativa.

FUNDAMENTACIÓN. LAS AUTORIDADES NO ESTÁN OBLIGADAS A JUSTIFICAR SU EXISTENCIA LEGAL, EN CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE. El artículo 16 de la Constitución Federal exige que las autoridades que expidan actos de molestia en perjuicio de los gobernados, sean competentes y funden y motiven la causa legal del procedimiento. Al interpretar este precepto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el concepto “fundamentación” obliga a las autoridades a citar los preceptos legales en los que sustenten su competencia, para salvaguardar el derecho de defensa de los particulares; pero esta exigencia no se puede llevar hasta el extremo de que los órganos de autoridad deban justificar su existencia, en cada una de las resoluciones que emitan; es decir, no tienen que explicar cómo y cuándo fueron creados, porque el artículo 16 constitucional no menciona, ni por asomo, ese requisito.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Precedentes: Amparo directo 1182/93. Industrial Eléctrica Filor, S. A., 2 de julio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Angelina Hernández Hernández.

Asimismo, no se requiere transcribir el texto de las disposiciones legales que fundamentan una decisión de la autoridad. Sólo basta identificar la disposición cuyo texto sirve de fundamento al acto de autoridad. De esta forma lo establece el siguiente criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito:

FUNDAMENTACION, GARANTIA DE. PARA SATISFACERLA NO ES NECESARIO TRANSCRIBIR EL PRECEPTO LEGAL APLICABLE AL CASO, UNICAMENTE CITARLO DE MANERA PRECISA. No adolece de falta de fundamentación la sentencia reclamada, si en ella no se transcribió el texto del precepto legal que invocó el tribunal responsable para otorgarle valor probatorio pleno a las pruebas rendidas en el caso, puesto que, para que un acto de autoridad cumpla debidamente con el requisito de la fundamentación, no es necesario transcribir el dispositivo legal en que se apoya para emitirlo, sino que basta con la cita precisa del precepto legal aplicable al caso, para tener por satisfecha esa exigencia del artículo 16 constitucional.

Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Precedentes: Amparo directo 247/93. Fidel Jaimes Wences y Paula Ballón de Jaimes.

11 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Martiniano Bautista Espinoza. Secretario: Javier Cardoso Chávez.

Respecto de lo que se puede citar sin que afecte la fundamentación del acto de autoridad, se puede señalar el caso denominado *de fundamentación excesiva*, que se configura cuando en el mandamiento escrito de autoridad se mencionan como fundamento más disposiciones que aquellas que resultan estrictamente necesarias para fundamentar el acto en cuestión. Enseguida se transcribe un criterio de los Tribunales Colegiados de Circuito que resulta aplicable al respecto:

Registro No. 168128. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIX, Enero de 2009, Página: 2462, Tesis: XV.4o. J/10, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa.

FUNDAMENTACIÓN EXCESIVA DE LOS ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. NO GENERA INDEFENSIÓN NI INCERTIDUMBRE JURÍDICA EN EL PARTICULAR, SIEMPRE QUE ÉSTAS CITEN LAS PORCIONES NORMATIVAS EN QUE SUSTENTEN LAS ATRIBUCIONES EJERCIDAS. Para estimar cumplida la garantía de fundamentación y motivación a que se refiere el artículo 16 de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para todo acto de autoridad, se requiere de la adecuación entre motivos y fundamentos. Ahora bien, si la fundamentación llega a ser excesiva por señalarse preceptos en cuyas hipótesis no encuadra la actuación de la autoridad administrativa, tal exceso no produce indefensión ni incertidumbre jurídica en el particular, siempre que ésta cite las porciones normativas en que sustente las atribuciones ejercidas y que, además, hubiere motivado el porqué se apoyó en ellas, esto es, su adecuación al caso concreto, dado que en dicho supuesto el gobernado tendrá pleno conocimiento de los motivos y fundamentos que rigen el acto de autoridad que invade su esfera legal y, por tanto, estará en plenas condiciones de desplegar una adecuada defensa. Lo anterior se ejemplifica cuando la autoridad funda su actuación en diversas fracciones del artículo 144 de la Ley Aduanera, si dentro de ellas encuentra sustento la función realizada.

Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. Revisión fiscal 197/2007. Subadministrador de lo Contencioso “3” de la Administración Local Jurídica de Tijuana, por ausencia del Administrador Local Jurídico en esa ciudad y de los Subadministradores de Resoluciones “1” y “2” y de lo Contencioso “1” y “2”, por sí y en representación del Secretario de Hacienda y Crédito Público y del Jefe del Servicio de Administración Tributaria.

4 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: José Encarnación Aguilar Moya. Secretario: Miguel Ángel González Padilla.

Revisión fiscal 222/2007. Administrador Local Jurídico de Tijuana, en representación del Secretario de Hacienda y Crédito Público, del Jefe del Servicio de Administración Tributaria y de la autoridad demandada. 8 de noviembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: José Encarnación Aguilar Moya. Secretaria: Ida Vargas Arias.

Revisión fiscal 259/2007. Subadministradora de lo Contencioso “2”, por ausencia del Administrador Local Jurídico de Tijuana, y éste a su vez, actuando en representación del Secretario de Hacienda y Crédito Público y del Jefe del Servicio de Administración Tributaria. 17 de enero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: José Encarnación Aguilar Moya. Secretario: Miguel Ángel González Padilla.

Revisión fiscal 133/2008. Administrador Local Jurídico de Tijuana, en representación del Secretario de Hacienda y Crédito Público, del Jefe del Servicio de Administración Tributaria y de la autoridad demandada. 3 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: José Encarnación Aguilar Moya. Secretario: Abelardo Rodríguez Cárdenas.

Revisión fiscal 236/2008. Subadministrador de lo Contencioso “4” de la Administración Local Jurídica de Tijuana, en suplencia por ausencia del Administrador Local Jurídico en esa ciudad, en representación del Secretario de Hacienda y Crédito Público, del Jefe del Servicio de Administración Tributaria y de la autoridad demandada. 29 de octubre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Faustino Cervantes León. Secretario: Heriberto Santana Escobar.

La fundamentación de los actos de los diversos órganos de gobierno reviste ciertas particularidades que los diferencian entre sí. La fundamentación de los actos administrativos es la más estricta, pues supone la cita expresa de todas y cada una de las disposiciones que fundamentan el acto en cuestión —fundamentación explícita—. En cambio, la fundamentación de los actos judiciales sólo requiere que de los razonamientos vertidos por el juzgador se

pueda inferir que dichos actos se han basado en una norma general y abstracta emitida antes por el legislador —fundamentación implícita—. Se transcribe un criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en donde se precisan las diferencias entre ambos tipos de fundamentos jurídicos.

IUS 191358. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XII, Agosto de 2000, p. 143, tesis P. CXVI/2000, Aislada, Constitucional, Común.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS. La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de la Constitución Federal consiste en la obligación que tiene la autoridad de fundar y motivar todo acto de molestia que se dirija a los particulares, pero su cumplimiento se verifica de manera distinta tratándose de actos administrativos y de resoluciones jurisdiccionales. Lo anterior es así, porque en el acto administrativo que afecta de manera unilateral los intereses del gobernado, se debe cumplir con la formalidad de invocar de manera precisa los fundamentos del mismo, a efecto de que esté en posibilidad de conocer el sustento jurídico del acto que le afecta, mientras que la resolución jurisdiccional presupone el debido proceso legal en que se plantea un conflicto o una litis entre las partes, en el cual el actor establece sus pretensiones apoyándose en un derecho y el demandado lo objeta mediante defensas y excepciones, constituyendo la fundamentación de la resolución el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, el estudio de las acciones y excepciones del debate, sin que se requiera de la formalidad que debe prevalecer en los actos administrativos, toda vez que dentro del citado análisis se dan razonamientos que involucran las disposiciones en que se funda la resolución, aun sin citarlas de forma expresa. En consecuencia, aun cuando por regla general la autoridad emisora de una resolución jurisdiccional está obligada a fundar tal acto citando los preceptos con los que se cumpla esa exigencia, excepcionalmente, si los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada, la falta de formalidad puede dispensarse, de ahí que las resoluciones jurisdiccionales cumplen con la garantía constitucional de referencia sin necesidad de invocar de manera expresa el o los preceptos que las fundan, cuando de la resolución se advierte con claridad el artículo en que se basa*.

Amparo directo en revisión 1936/95. Industrias Peredia, S. A. de C. V. 22 de mayo de 2000. Once votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy once de julio en curso, aprobó, con el número CXVI/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de julio de dos mil.

Por otra parte, en los actos legislativos basta con que la correspondiente autoridad actúe dentro de las competencias que se le atribuyen en la Constitución para que el acto se tenga por justificado, sin que sea necesaria referencia expresa a las relativas disposiciones constitucionales. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Registro IUS: 232351. Localización: Séptima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la*

Federación, Volumen 181-186 Primera Parte, p. 239, Jurisprudencia, Constitucional, Común.

Genealogía: Apéndice 1917-1985, Primera Parte, Pleno, Tesis 36, Página 73.

Apéndice 1917-1988, Primera Parte, Pleno, Tesis 68, Página 131.

Apéndice 1917-1995, Tomo I, Primera Parte, Tesis 146, Página 149.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA. Este Tribunal Pleno ha establecido que por fundamentación y motivación de un acto legislativo, se debe entender la circunstancia de que el Congreso que expide la ley, constitucionalmente esté facultado para ello, ya que estos requisitos, en tratándose de actos legislativos, se satisfacen cuando actúa dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución correspondiente le confiere (fundamentación), y cuando las leyes que emite se refieren a relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (motivación); sin que esto implique que todas y cada una de las disposiciones que integran estos ordenamientos deben ser necesariamente materia de una motivación específica.

Precedentes: Séptima Época, Primera Parte. Volumen 77, página 19. Amparo en revisión 6731/68. Lechera Guadalajara, S. A. 6 de mayo de 1975. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

Volumen 78, página 69. Amparo en revisión 3812/70. Inmobiliaria Cali, S. A. y coagraviados (acumulados). 24 de junio de 1975. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Volúmenes 139-144, página 133. Amparo en revisión 5983/79. Francisco Breña Garduño y coagraviados. 23 de septiembre de 1980. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Volúmenes 157-162, página 150. Amparo en revisión 5220/80. Teatro Peón Contreras, S.A. 15 de junio de 1982. Unanimidad de quince votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Volúmenes 181-186, página 65. Amparo en revisión 8993/82. Lucrecia Banda Luna. 22 de mayo de 1984. Unanimidad de veinte votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

El mismo tratamiento dado a las leyes, en cuanto a la fundamentación, lo merecen los tratados internacionales. Así lo ha dispuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Registro IUS: 232260. Localización: Séptima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 193-198 Primera Parte, p. 163, aislada, Constitucional, Común. Genealogía: Informe 1985, Primera Parte, Pleno, Tesis 77, Página 437.

TRATADOS INTERNACIONALES, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS. Este Tribunal en Pleno ha resuelto que no es necesario que los actos legislativos, como materialmente lo son los tratados internacionales, por contener normas generales y abstractas, estén expresamente fundados y motivados, pues basta con que la autoridad correspondiente esté constitucionalmente facultada para expedirlos. Al respecto debe aplicarse, por analogía, la jurisprudencia sustentada por este Tribunal en Pleno, que aparece publicada en las páginas 312 y 313 de la Primera Parte del Informe de 1984, bajo el rubro: "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA".

Precedentes: Amparo en revisión 8396/84. Pietro Antonio Arisis. 14 de mayo de 1985. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Arturo Iturbe Rivas.

Como una condición constitucional de validez del acto de la autoridad,⁶⁰ para la argumentación jurídica de las controversias en materia de la obligatoriedad de dichos actos de autoridad, resulta importante diferenciar entre la falta de fundamentación y cuando ésta es indebida. Por carencia de fundamentación “se entiende la ausencia total de la cita de la norma en que se apoya una resolución”. En cambio, la indebida fundamentación se refiere a actos de autoridad en donde no obstante citarse preceptos legales, ellos “no son aplicables al caso concreto”⁶¹ “por las características específicas de éste que impiden su adecuación o encuadre en la hipótesis normativa”.⁶²

Los argumentos que se hagan valer para refutar la fundamentación como inexistente deben dirigirse a demostrar que el acto de autoridad carece de la cita de preceptos legales. En cambio, para objetar la fundamentación como indebida se debe “explicar por qué la invocación de preceptos legales se estima errónea”.⁶³

1 Cfr. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, p. 273.

2 Cfr. Tarsicio Jañez Barrio, *Lógica jurídica*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 2003, pp. 129-132.

3 Cfr. Irving Copi, *Lógica simbólica* (trad. Andrés Sestier), CECSA, México, 1985, pp. 16 y 17.

4 Cfr. *ibidem*, p. 19.

5 *Loc. cit.*

6 Cfr. Karl English, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1989, p. 45.

7 Cfr. Tarsicio Jañez Barrio, *op. cit.*, p. 153.

8 Proposición que utiliza conectivos lógicos o términos de enlace para unir proposiciones indicadas de manera afirmativa; en nuestro caso, mediante los conectores “si”, “entonces”, se establece una relación entre “anochece” y “salgo”.

9 *Loc. cit.*

10 Cfr. Karl English, *op. cit.*, p. 43.

11 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 282.

12 Cfr. Karl English, *op. cit.*, p. 49.

13 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 276.

14 *Ibidem*, p. 278.

15 *Ibidem*, p. 280.

16 Cfr. Karl English, *op. cit.*, p. 49.

17 Cfr. *ibidem*, p. 50.

18 Cfr. *ibidem*, p. 51.

19 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 283.

20 Víctor Pérez Valera, *Teoría del derecho*, Oxford University Press, México, 2009, p. 141.

21 Cfr. Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1986, p. 51.

22 *Loc. cit.*

23 Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la constitución* (trad. Francisco Ayala), Alianza, Madrid, 1992, pp. 37 y siguientes.

24 Cfr. Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, pp. 53 y siguientes.

25 Cfr. Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 179.

26 Novena Época; Registro: 197709; Instancia: Segunda Sala; Tesis Aislada; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo: VI, Septiembre de 1997; Materia(s): Constitucional, Administrativa; Tesis: 2a. CV/97; Página: 412.

27 Octava Época; Registro: 209579; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tesis Aislada; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo: XV, Enero de 1995; Materia(s): Administrativa; Tesis: VI.2o. 188 A; Página: 298.

28 Cfr. José Roldán Xopa, *Derecho administrativo*, Oxford University Press, México, 2008, p. 125.

29 Maurice Duverger, *Sociología de la política* (trad. José Acosta y Eliseo Aja), Ariel, Barcelona, 1983, p. 110.

30 Cfr. Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 62.

31 Cfr. Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994.

32 Cfr. *ibidem*, pp. 245 y 246.

33 *Ibidem*, p. 249.

34 *Ibidem*, p. 253.

35 *Ibidem*, p. 255.

36 Cfr. H. L. A. Hart, *The concept of law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 79-99.

37 Cfr. *ibidem*, pp. 94 y 95.

38 Cfr. *ibidem*, p. 95.

39 Cfr. *ibidem*, p. 96.

40 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), UNAM, México, 1982, p. 249.

41 Sobre los principios en el derecho véase Robert Alexy, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en Robert Alexy, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios* (trad. Carlos Bernal Pulido), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 93-137; y Ronald Dworkin, *La filosofía del derecho* (trad. Javier Sainz de los Terreros), Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 127.

42 Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 232.

43 Sobre los principios véase: Robert Alexy, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en *Rechtstheorie*, tomo 1, 1979, pp. 59 y siguientes.

44 Víctor Rojas, “La teoría de la argumentación jurídica, la versión de Robert Alexy”, en: *Dereito, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 11, Núm. 1, 2002, p. 155.

45 Cfr. *ibidem*, p. 153.

46 En la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* la libertad de expresión en que se fundamenta dicha crítica se encuentra prevista en el art. 6.

47 Cfr. Eduardo García Máynez, “Discusión de algunas teorías recientes sobre la noción de orden jurídico”, en: Eduardo García Máynez, *Ensayos filosófico-jurídicos (1934-1979)*, UNAM, México, 1983, p. 338.

48 Cfr. Víctor Rojas Amandi, *Filosofía del Derecho*, Oxford University Press, México, 2000, pp. 330-332.

49 Cfr. Theodor Geiger, *Estudios de Sociología del Derecho* (trad. Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco), FCE, México, 1983, p. 92.

50 Cfr. Peter Belohlavek, “¿Qué es la fundamentación?, el camino de la sinergia”, *E-book*, disponible en: http://unicist.grupo-empresarios.com/es/da/what_is_foundation_es.pdf, p. 21 (consultado el 21 de agosto de 2009).

51 Cfr. *ibidem*, p. 6.

52 Cfr. *ibidem*, p. 19.

53 Cfr. *ibidem*, pp. 20-22.

54 *Loc. cit.*

55 *Loc. cit.*

56 *Loc. cit.*

57 *Loc. cit.*

58 Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIV, Noviembre de 1994, p. 450, tesis I. 4o. P. 56 P. aislada, Penal IUS 209986.

59 Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1939, p. 115.

* Las negritas son del autor.

60 Así lo identifica Ignacio Burgoa en *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1983, p. 597.

61 Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y*

su Gaceta; XXV, Enero de 2007; Página: 2127; Tesis: I.6o.C. J/52; Jurisprudencia; Materia(s): Común. Registro No. 173565.

62 Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; XXVII, Febrero de 2008; Página: 1964; Tesis: I.3o.C. J/47; Jurisprudencia Materia(s): Común.

63 Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; XXVIII, Agosto de 2008; Página: 1104; Tesis: IV.2o.C.50 K; Tesis Aislada; Materia(s): Común. Registro No. 169092.

capítulo 6 La justificación externa

El propósito de la justificación externa es la justificación de la racionalidad jurídica del contenido de cada una de las tres premisas que se utilizan en la justificación interna, premisas relacionadas entre sí por un razonamiento silogístico. Según Robert Alexy, esas premisas pueden ser de tres tipos: *a)* reglas de derecho positivo; *b)* enunciados empíricos y *c)* premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo.

Las reglas de derecho positivo se fundamentan racionalmente en la medida en que se muestre que se ajustan a los criterios de validez del sistema jurídico. Las premisas empíricas se fundamentan en los métodos de las ciencias empíricas y a ciertas reglas procesales sobre la prueba. Por su parte, la fundamentación de premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo se lleva a cabo con los métodos de la argumentación jurídica.¹

En la praxis la justificación externa se identifica con el concepto de motivación. En cambio, en la teoría la justificación externa se identifica con ciertas herramientas que sirven para producir argumentos jurídicos materiales, como la interpretación, la jurisprudencia, la dogmática jurídica, la argumentación de razón práctica, la argumentación empírica y las formas especiales de argumentación jurídica.

Primero abordaremos el caso de la motivación y después los otros aspectos mencionados.

6.1 La motivación en el derecho mexicano

En los mandamientos escritos de la autoridad, la fundamentación empírica, causal, conceptual y analógica, en el sentido de Belohlavek, se denomina *motivación*, como en el art. 16 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Por otra parte, la jurisprudencia mexicana ha precisado que motivación es “el razonamiento, contenido en el texto del acto autoritario conforme al cual quien lo emite llega a la conclusión de que el caso concreto se ajusta a las prevenciones legales que le sirven de fundamento”.² Estos “razonamientos inherentes a las circunstancias de hecho, contenidas en su texto, formuladas por la autoridad para establecer la adecuación del caso a la hipótesis legal”.³ implican, en el esquema de Toulmin, explicar los hechos que sirven de dato o argumento en el razonamiento jurídico —*argumentación en materia de hechos*— e interpretar la norma o normas jurídicas que sirven de fundamento en el mismo —*argumentación normativa*—. Recordamos el modelo del esquema de argumentación de Toulmin:

La motivación de un acto de autoridad debe ser lo suficientemente precisa y

clara para permitirle al afectado defenderse. Así lo han precisado los Tribunales Colegiados de Circuito en conocido criterio que enseguida se transcribe:

Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, Página 372, Tesis VI. 2o. J/63-2, Jurisprudencia, Administrativa, Común. Registro IUS: 224808. Genealogía: Gaceta número 34, Octubre de 1990, Página 100. Apéndice 1917-1995, Tomo III, Segunda Parte, Tesis 701, Página 516.

MOTIVACIÓN. Cuando en una resolución de la autoridad administrativa se expresan con precisión las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se tuvieron en consideración para la emisión del acto, se estima cumplido el requisito que exige el artículo 16 constitucional, siendo para ello suficiente que el razonamiento substancial que al efecto se produzca quede claro. Por ende, sólo la omisión total de motivación o que, la que se exprese, sea tan imprecisa que no dé elementos al afectado para defender sus derechos o para impugnar el razonamiento aducido por la autoridad responsable, puede motivar la concesión del amparo por la falta de dicho requisito; pero no cuando el afectado reconozca la esencia de los argumentos legales y las consideraciones en que se apoyó la responsable, pues en tal hipótesis está en aptitud de alegar y defenderse en contra de lo considerado por la autoridad.

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Precedentes: Amparo directo 443/87. Equipo Marino e Industrial El Faro, S. A de C. V. 1o. marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Amparo directo 78/90. Evelia Muñoz Acevedo. 22 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Al igual que en el caso de la fundamentación, en la autoridad de un acto se puede distinguir entre la falta de motivación o cuando ésta es indebida. Por la primera debemos entender la ausencia de referencia en el documento escrito de la autoridad de “las razones que se hayan considerado para estimar que el caso puede subsumirse en la hipótesis prevista en esa norma jurídica”.⁴ La indebida motivación se presenta cuando “se exponen las razones que la autoridad tuvo para dictar la resolución, pero no corresponden al caso específico, objeto de decisión, o bien, cuando no existe adecuación entre los motivos invocados en el acto de autoridad y las normas aplicables a éste”.⁵

Los argumentos que se deben esgrimir para objetar una falta de motivación deben dirigirse a justificar que el mandamiento escrito que incorpora el acto de autoridad carece de razones tendentes a demostrar en qué forma la conducta del particular constituye la realización de la hipótesis prevista en la norma jurídica en cuestión. En cambio, los argumentos con que se descalifiquen las motivaciones de la autoridad como indebidas deben consistir en razones para tachar como incorrectos o insuficientes los juicios formulados por la autoridad para establecer la adecuación del caso a la hipótesis legal.⁶

6.2 La interpretación jurídica

La interpretación jurídica es una actividad muy compleja que presupone amplísimos conocimientos del lenguaje, de la técnica jurídica y de ciertas reglas de la lógica y de la experiencia. Además, la complejidad de la interpretación jurídica resulta del hecho de que los enunciados jurídicos carecen de significados claros y sencillos, toda vez que se redactan en un lenguaje común o en frases más o menos flexibles, cuyo significado puede cambiar según las circunstancias, el contexto, el lugar y el tiempo. Asimismo, los conceptos jurídicos contenidos por los enunciados pueden presentar problemas debido a los siguientes aspectos: se expresan en un lenguaje emocional, son incompletos, pueden tener varios significados, se deben entender con base en interpretaciones legales o jurisprudenciales, o son términos técnicos que define alguna ciencia.⁷ Por otra parte, las dificultades planteadas por la interpretación jurídica derivan del hecho de que dos o más normas jurídicas pueden establecer para el mismo hecho consecuencias jurídicas diferentes, e incluso excluyentes entre sí.

6.2.1 La interpretación de los textos

Los enunciados del lenguaje constituyen un conjunto de símbolos que deben servir para compartir experiencias de la inteligencia. Los símbolos que evocan y provocan tal experiencia son portadores o receptores de un significado y de un sentido. A la actividad de representación de inteligibilidad de un conjunto de símbolos orales o escritos —textos— se le denomina *interpretación*. En el derecho moderno, la mayor parte de las normas jurídicas se contiene en documentos escritos, por lo que toda interpretación de éstos es una interpretación de textos. De allí que debamos dedicar algunos párrafos al estudio de la interpretación de textos.

Tradicionalmente, se solía mencionar que la interpretación era un simple acto de traducción de un significante —símbolos y signos— a sus significados —cosas y acontecimientos—. Siguiendo al filósofo alemán Edmund Husserl, se puede decir que, en esta concepción, el lado físico de una expresión —símbolos y signos— se debe traducir a experiencias psíquicas, las que ya se encuentran asociadas con la expresión. Esto hace que la palabra sea una expresión unívoca de algo.⁸ Según esta idea, toda palabra porta una significación y es depositaria de un sentido,⁹ lo que hace que el trabajo del intérprete consista en recuperar ambos.

Asimismo, se solía pensar en el ámbito del derecho que desde la formulación de una disposición jurídica su significación posible quedaba preestablecida por su autor, esto es, por el legislador. Así expresaba Gadamer la actividad de la interpretación para esta posición: frente “a la ley vigente uno vive en la idea natural de que su sentido jurídico es unívoco y que la praxis jurídica del presente se limita a seguir simplemente su sentido original”.¹⁰ Esto implicaba

que el autor ejercía un control absoluto sobre el sentido de su texto, de tal forma que la voluntad del legislador y el significado del texto normativo eran, en la práctica, lo mismo. Debido a esto, García Máynez afirmó:

[...] el fin inmediato de la interpretación ha de consistir en desentrañar la significación de la expresión jurídica. Se habla de desentrañar el sentido, porque éste debe hallarse implícito en la expresión que se interpreta.¹¹

La anterior posición interpretativa implica una concepción del lenguaje a la que Francisco Laporta denomina *semántica* y que la diferencia de la concepción pragmática por el hecho de que en este segundo caso se implica que el uso del lenguaje, esto es, las circunstancias, las intenciones y los actos del habla —los contextos extralingüísticos—, es el que determina el significado de símbolos y signos.¹² Los rasgos de esta idea pragmática, la más aceptada en la actualidad, son los que analizaremos enseguida.

Según la idea pragmática del lenguaje, las expresiones escritas no se pueden comprender exclusivamente ateniéndonos al significado fijado por las convenciones, tal y como aparece en un diccionario. El lenguaje no es un espejo de las cosas y de los hechos exteriores a nosotros.¹³ Por ejemplo, Gadamer señala: “Escribir es algo más que la mera fijación de lo dicho”,¹⁴ y “Cada enunciado tiene unos presupuestos que él no enuncia. Sólo quien medita también sobre estos presupuestos, puede sopesar realmente la verdad de un enunciado.”¹⁵ Lo que entendemos de un enunciado es reflejo de lo que vivimos y de las circunstancias que nos rodean. Lo que han de significar en cada caso las expresiones del lenguaje es sólo “la interpretación y quinta-esencia de aquello que existe con nosotros, en las dependencias reales del trabajo y del poder y en todo lo que constituye nuestro mundo”.¹⁶ No se deberían olvidar las palabras de Hegel cuando dijo:

Explicar sin poner en la explicación un espíritu propio, como si se tratara simplemente de descubrir el sentido contenido en la letra, es algo sencillamente imposible. Explicar significa aclarar, poner algo en claro ante mí mismo, lo que requiere poner a contribución lo que ya se haya dentro de mí. Esa explicación tiene que corresponder a mi decisión subjetiva, a las necesidades de mi saber, de mi conocimiento, de mi corazón, etc.; sólo así será una explicación válida para mí. Se encuentra lo que se busca; y precisamente al ponerlo en claro ante mí mismo hago valer en ello mi propia manera de ver, mi pensamiento; de otro modo, se tratará de algo muerto, puramente externo, que no existe en modo alguno para mí.¹⁷

La tarea de la interpretación es alcanzar la correcta comprensión de la información comunicada en un texto. La “comprensión se mide según un patrón que no está contenido ni en la literalidad de la orden ni en la verdadera intención del que la da, sino únicamente en la comprensión de la situación y en la responsabilidad del que obedece”.¹⁸ Se trata de apropiarse de la información transmitida por el texto. “Pero la ‘información’ no es [sólo] lo que el hablante o el escribiente dijo originariamente”,¹⁹ sino también aquello que

el texto dice a través de mi palabra, en mi tiempo y en mis circunstancias. “Un texto no es un objeto dado, sino una fase en la realización de un proceso de entendimiento.”²⁰

Quien busca conocer el contenido de un texto no se puede separar de su propio yo, es más, él debe conservar y hacer sentir ese propio yo. “El lector puede y debe reconocer que las generaciones venideras comprenderán lo que él ha leído en este texto de una manera diferente.”²¹ “Comprender e interpretar significa conocer y reconocer un sentido vigente. El juez intentará responder a la ‘idea jurídica’ de la ley mediándola con el presente.”²² El sentido de cualquier texto es siempre un sentido actual. Entre diversas generaciones, como diría John Locke, las mismas palabras ya no excitan la misma idea.²³ O como diría Paul Ricoeur: “[La] lectura es como la ejecución de una partitura musical; marca la realización, la actualización de las posibilidades semánticas del texto.”²⁴ Un ejemplo de un uso pragmático del lenguaje en el ámbito del derecho lo es la ejecutoria de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 30 de mayo de 2007, en la que resolvió el recurso de revisión 120/2002, en la que se establece:

En otras palabras, en los albores del siglo XXI, la interpretación del texto constitucional debe realizarse buscando una congruencia no sólo interna, es decir, del texto consigo mismo, sino también del texto con las condiciones sociales, económicas y políticas a partir de las cuales se suscita el problema que debe ser resuelto.²⁵

Cada texto nos plantea preguntas que deben dar respuesta a nuestras necesidades prácticas. Para el cabal entendimiento de un texto, la pregunta tiene prioridad frente al mismo texto a ser interpretado. Éste es “esencialmente una respuesta... Por eso la comprensión de un enunciado tiene como única norma suprema la comprensión de la pregunta a la que responde”.²⁶ La pregunta está determinada por ciertos “prejuicios asimilados”. Así, Gadamer indica: “Lo que constituye al investigador como tal es la capacidad de apertura para ver nuevas preguntas y posibilitar nuevas respuestas. Un enunciado encuentra su horizonte de sentido en la situación interrogativa, de la que procede”.²⁷ La pregunta se plantea debido a que la interpretación de los textos se hace necesaria como presupuesto de su aplicación. “La aplicación no quiere decir aplicación ulterior de una generalidad dada, comprendida primero en sí misma, a un caso concreto; ella es más bien la primera verdadera comprensión de la generalidad que cada texto dado viene a ser para nosotros.”²⁸

La aplicación de un texto para dar respuesta a las preguntas que nos formula el mundo circundante exige superar el mero sentido de los términos en que se redacta el mismo. “La interpretación es algo más que la técnica de la exposición científica de los textos.”²⁹ La comprensión de un escrito depende en todo caso de unas condiciones comunicativas, que rebasan el simple

contenido de significación de frases frías y abstractas. “La tarea de la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso, esto es, en su aplicación.”³⁰ Pero esto sólo se logra cuando el intérprete parte de “la compleja conexión que existe entre Derecho como norma objetiva y realidad social total”,³¹ esto es, cuando nos abstenemos de caer en la tentación de “aislar los sistemas constitucionales del medio económico, social, cultural y técnico en el que están inmersos”.³²

En esta situación, el intérprete se ve en la necesidad permanente de complementar y concretar el texto, “sin tomar nada al pie de la letra en su sentido abstracto”. La actividad del intérprete es no sólo reproductiva, sino también productiva de nuevos significados. Sobre cuáles son las herramientas con que cuenta el intérprete para llevar a cabo dicha función de producción, bien se puede decir que lo son la “precomprensión, la expectativa de sentido y circunstancias de todo género ajenas al texto”,³³ como los prejuicios.

La *precomprensión* es un conjunto de conceptos previos que proyectan el sentido que presentarán los contenidos de un texto. Dichos conceptos no son arbitrarios, sino que se adquieren durante el proceso de compenetración a una ciencia, una técnica o un arte. De esa manera, la dogmática jurídica o la ciencia del derecho proporciona a los abogados los conceptos previos, esto es, la *precomprensión* de la manera como debemos entender las disposiciones normativas. La expectativa de sentido es lo que se espera o se requiere que el texto signifique. Las circunstancias ajenas al texto son las ideas o ideologías que se utilizan para comprender el texto.

El prejuicio, como dice Gadamer, es “un juicio que se forma antes de la convalidación definitiva de todos los momentos que son objetivamente determinantes”.³⁴ Este juicio sin fundamento vive en cada sociedad y en cada época. No existe sociedad sin prejuicios y no existen interpretaciones de los textos y del mundo que no se encuentren mediados en cierta medida por prejuicios. Se debe estar consciente de que cada época le impone al intérprete ciertos prejuicios que son su punto de partida.³⁵

6.2.2 Actitudes interpretativas

Las actitudes interpretativas son las intenciones permitidas al intérprete cuando se confronta con el texto por interpretar y pueden ser de tres tipos: a) interpretación, b) sobreinterpretación y c) subinterpretación.

Por *interpretación* se entiende la reconstrucción de la intención del texto a partir de las preguntas adecuadas para tal fin: “Interpretar significa por qué esas palabras pueden hacer diversas cosas mediante el modo en que son interpretadas.”³⁶ La interpretación es una actividad para la que existe una justa medida, la que encuentra sus límites precisamente por la intención del texto.

La *subinterpretación* implica dejar fuera elementos que den cuenta de la genuina intención del texto.³⁷ Subinterpretar significa una interpretación tan pobre que impide alcanzar una sana comprensión del significado de un texto.

Sobreinterpretación es una interpretación excesiva que llega a conclusiones que no se fundamentan en el texto mismo y que conduce a que las palabras adquieran “un deslizamiento interminable de sentido”.³⁸

6.2.3 El objetivo de la interpretación jurídica

El objetivo de la interpretación es reconocer el significado de la ley. Para alcanzar dicho propósito se suelen plantear dos posibilidades: por un lado, se parte de la voluntad o de las palabras del legislador; por el otro, se trata de los objetivos de la ley más que de la voluntad del legislador y del texto donde se plasman las leyes.

Antes de tomar partido por una de las dos posibilidades interpretativas necesitamos saber por qué se debe interpretar la ley. Podemos explicar esto a partir de dos posiciones: la del ciudadano y la de los tribunales.

Así, para el ciudadano la interpretación de la ley es importante, puesto que ella le resulta obligatoria y sus conductas sólo pueden llevarse a cabo válidamente dentro de los parámetros que establece la ley.

Por otro lado, para los tribunales es importante interpretar la ley debido a que, tal como lo establece la fracc. I del art. 104 constitucional, le compete conocer de las controversias “que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes”. Para los ciudadanos y autoridades no judiciales resulta obligatoria y definitiva la interpretación judicial de las leyes.

En definitiva, el objetivo de la interpretación de la ley es el que el legislativo ha expresado en el texto normativo, aunque no corresponda a lo que el legislador quiso expresar en dicho texto. Para poder descubrir el verdadero significado de esta afirmación, es necesario dar respuesta a las siguientes preguntas: 1. ¿Quién es el legislador?, 2. ¿Cómo se reconoce la voluntad del legislador?, 3. ¿Qué prevalece cuando la voluntad del legislador y el texto normativo no coinciden?, 4. ¿De qué legislador se habla, del que emitió la ley o del actual?, y 5. ¿Qué sucede si la ley es muy antigua?

En lo que se refiere al primer punto, sabemos que el legislador puede ser federal o local. El federal, según lo dispuesto por el art. 50 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, lo es el Congreso de la Unión, que se divide en dos cámaras: la de Diputados y la de Senadores. La Cámara de Diputados se integra por 500 diputados (art. 52) y la de Senadores por 128 representantes (art. 156). El legislador local es la legislatura de cada estado de la Federación.

En cuanto a la voluntad del legislador, es la de un gremio y de ninguna forma la de sus miembros. En ocasiones, el legislador no ha expresado en el texto

legal precisamente lo que él hubiera querido regular. En este caso, cuando el juez interpreta esa ley puede darle a ésta el sentido que el legislador quiso que a la misma se le diera. Para la teoría subjetiva esto, más que una posibilidad, debería ser una obligación. Si la voluntad del legislador se puede reconocer como inmejorablemente expresada y es compatible con una variación del significado del texto, entonces dicha significación resulta obligatoria.

Sin embargo, cuando se establece con claridad algo, pero la voluntad del legislador era evidentemente en otro sentido, nos debemos preguntar a qué se encuentra obligado el intérprete. Debido a que el texto constituye un fundamento fiable para cualquier aplicación de la ley, dicho texto adquiere primacía frente a la voluntad del legislador.

Cuando se utiliza la expresión de la voluntad del legislador, según la teoría subjetiva se hace referencia al legislador histórico, esto es, la voluntad del legislador que emitió la legislación. En cambio, las posiciones objetivas sostienen que tal expresión debería entenderse tal y como sería la del legislador actual si hubiera redactado dicho texto.

Cuando los textos legales son muy antiguos, su interpretación se aleja del sentido original para adaptarse a las necesidades de la realidad actual a ser reguladas por los mismos.

6.2.4 Tipos de interpretación jurídica

Se habla de tres tipos de interpretación: *a)* subjetiva, *b)* objetiva y *c)* intermedia. La *teoría subjetiva* establece que el significado que se debe dar a un término es el que el legislador quiso que se le diera al mismo. Aquí se interpreta la voluntad del legislador. La teoría subjetiva más radical —la que por cierto hoy día nadie sigue— afirma que el intérprete permanece vinculado a las ideas o representaciones que tuvo el legislador histórico cuando emitió la ley. Si la ley fue emitida hace ya algún tiempo, la teoría subjetiva sostiene que debe interpretarse la voluntad de un legislador hipotético o del legislador real de la actualidad —teoría subjetiva de validez temporal.

En el seno de la *teoría subjetiva* aún se discute si se trata del legislador actual real o del legislador histórico proyectado en el presente. Lo más correcto parece indagar la voluntad del legislador histórico y orientarla con las valoraciones del legislador actual sobre los valores incorporados en la ley. De esta forma, las leyes que han entrado en vigor en una fecha relativamente reciente podrían ser interpretadas de una manera más sencilla de acuerdo con la interpretación subjetiva, esto es, tal como el legislador mismo las hubiera interpretado. Para el efecto, resulta muy importante contar con los materiales legislativos que nos permitan indagar con cierta certeza cuál fue la voluntad real del legislador que emitió la norma.

Según la *teoría objetiva*, el propósito de la interpretación es analizar el

significado de la ley o el sentido normativo de la ley considerada en sí misma. De esta forma, le atribuye a los términos contenidos en las leyes su significado inmanente, su significación propia e implícita, con total independencia de la voluntad real o presunta de sus autores.³⁹ Así, la significación de la ley no corresponde a la significación que el legislador le quiso imprimir al texto legal, sino más bien, una vez que la ley nace a la vida hay que descubrir su significación propia.

Para la teoría objetiva, si la voluntad del legislador coincide con lo expresado en el texto de la ley, entonces se puede asegurar que la obligatoriedad del texto corresponde a la voluntad de la autoridad legislativa. Sólo si el texto y la voluntad del legislador no coincidieran y una interpretación conforme a la voluntad del legislador no fuera posible, debe prevalecer el texto frente a dicha voluntad subjetiva del legislador.

Comparando ambas teorías, podríamos decir que para la teoría subjetiva la ley “es la expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo”; en cambio, para la teoría objetiva “Una ley tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador ha intentado”.⁴⁰ La diferencia entre ambas teorías ha influido en la evolución del derecho. Esto se debe a que, de aceptarse la teoría subjetiva, la interpretación de una norma corresponderá siempre a las concepciones prevalecientes en el momento en que la voluntad del legislador se dio. Por el contrario, cuando se adopta la teoría objetiva se considera el significado de un término en el momento en que es interpretado, lo que permite adaptar el sentido normativo a las circunstancias de cada época.

Por esto, García Máynez señala que “una cosa es lo que el legislador quiso expresar y otra diversa lo que el texto legal expresa”.⁴¹ De cualquier forma, como señala Larenz, no se debe pasar por alto que el “sentido de la ley que se ha de estimar decisivo jurídicamente, no ha de identificarse con el querer o las concretas ideas normativas del legislador histórico, ni hacerse totalmente independiente de ello”.⁴² No obstante, en la praxis de la interpretación jurídica contemporánea se sigue sobre todo la teoría objetiva.

Un ejemplo de la preponderancia de la teoría objetiva en nuestra época se refleja en el derecho de la Comunidad Europea, más conocido como *derecho comunitario*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido que las disposiciones del tratado deben ser interpretadas leyéndolas hoy⁴³ y de acuerdo con las concepciones y necesidades del momento en que se aplican. De esta forma, en su decisión en el caso *CILIFT v. Italian Ministry of Health*⁴⁴ la Corte sostuvo que: “cada disposición del derecho comunitario debe de ser... interpretada... tomando en cuenta... su estado de evolución a la fecha en que la disposición en cuestión es aplicada”.

Sin embargo, en la interpretación del derecho europeo derivado del TJCE, en

ocasiones se recurre a la interpretación subjetiva. Con dicho recurso se busca que el resultado de la interpretación sea lo más congruente posible con el derecho originario. Esto se encuentra justificado no sólo debido a que los materiales de los tres acuerdos primarios no fueron publicados, sino a que el derecho originario es un derecho diseñado para perdurar en el tiempo y que, por lo mismo, debe ser interpretado de manera más flexible y objetiva.⁴⁵

La *teoría intermedia*, por su parte, intenta superar las posiciones fundamentales de las teorías objetiva y subjetiva. Así, en la interpretación resulta relevante la voluntad del legislador, en la medida en que ella se encuentre expresada de manera plena en el texto legal. De esta forma, en esta teoría intermedia se le asigna al texto de la ley un mayor peso. A la simple voluntad del legislador no se encuentra vinculado el intérprete, sino más bien, a la voluntad que se deja conciliar con los resultados interpretativos obtenidos a partir del texto legal. Sólo interpretando la ley de modo que trate de respetar la voluntad del legislador tal como ha quedado expresada en un texto normativo concreto, se puede lograr el respeto a la autoridad del legislador y la observación de la obligatoriedad de la ley.

Sólo así podemos eludir la alternativa, por una parte, del respeto a la voluntad del legislador aun en contra de sus propias palabras, lo que se presta a sobreinterpretar, debido a la búsqueda de significados ocultos de dicha voluntad; y por la otra, de la observación ciega de los sentidos del texto, con total desprecio a las intenciones y motivos históricos que llevaron al legislador a emitir la ley, lo que nos conduce a construir interpretaciones subjetivas aunque no conforme a la voluntad del legislador, sino, más bien, a la voluntad de cada intérprete.

6.2.5 Teorías de la interpretación jurídica

Distingue Guastini tres teorías de la interpretación: a) teoría cognitiva, b) teoría escéptica y c) teoría intermedia.

La *teoría cognitiva* “sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es verificar (en forma empírica) el significado objetivo de los textos normativos o la intención subjetiva de los autores (de la autoridad legislativa)”.⁴⁶

La *teoría escéptica*, por su parte, establece que la interpretación es una “actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión”. Un significado propio de las palabras simplemente no existe. Las “distintas valoraciones dependen de las distintas posturas valorativas de los intérpretes”.⁴⁷

La *teoría intermedia* sostiene que “la interpretación es a veces una actividad de conocimiento, y, a veces, una actividad de decisión discrecional”.

Dice Guastini:

Es falso que las decisiones de los jueces sean siempre controladas por normas preconstituidas, sin márgenes de discrecionalidad (como quisiera la teoría cognitiva); pero es igualmente falso que los jueces decidan discrecionalmente siempre y de cualquier modo (como quisiera la teoría escéptica).⁴⁸

6.2.6 Conceptos restringido y amplio de interpretación jurídica

Según Guastini, el concepto de interpretación restringida entiende que cuando una norma se formula de manera clara y no deja lugar a dudas, es innecesaria interpretación alguna. Así, para esta teoría hay dos tipos de normas: *a*) normas cuyos supuestos son claros, y *b*) normas cuyos supuestos son dudosos o inciertos. Cuando estemos ante un tipo de normas del primer tipo no se requiere justificar ni explicar su ámbito de aplicación, pues el texto contiene un significado propio y preexistente al intérprete. En este caso no se debe interpretar, sino sólo entender en forma correcta, *in claris non interpretatio*. En cambio, si los textos de las normas son dudosos e inciertos, se requiere atribuir un significado normativo al texto, es decir, dotar al texto desde afuera de un significado que no le es propio. Ésta es precisamente la labor del intérprete. En síntesis, para el concepto restringido de interpretación, la claridad u oscuridad de un texto serían cualidades intrínsecas del mismo que nada tienen que ver con la persona que trata de entenderlo.

Por su parte, el concepto de interpretación amplio sostiene que cualquier texto normativo requiere que se le atribuya un significado, sin importar que parezca claro u oscuro. Para este tipo de interpretación, todo texto normativo debe ser traducido o reformulado, por lo que el trabajo del autor del texto siempre necesita una explicación y justificación. Además, se señala que la atribución de un significado a un texto presupone valoraciones, elecciones y decisiones y no sólo descifrar la inteligibilidad del texto. Un texto es claro sólo si la interpretación de los intérpretes concuerda. Esto no es cualidad del texto sino fruto de la labor interpretativa. Diría Ruggiero que:

la misma claridad es un concepto relativo: una ley que por sí es clara en su texto puede ser ambigua y obscena en cuanto al fin que se propone, y una ley que no dio nunca lugar a dudas puede ser dudosa más tarde por efecto del incesante surgir de nuevas relaciones, las cuales produzcan incertidumbre en cuanto a si son regulables o no por la norma hasta entonces aplicada invariablemente.⁴⁹

En el derecho mexicano se han utilizado los dos conceptos de interpretación. Señalamos lo anterior porque, no obstante que en la discusión formal en los tribunales federales se suele defender la posición restringida,⁵⁰ debido a que el art. 14 de la Constitución general de la República suele distinguir entre sentencias “conforme a la letra” o conforme “a la interpretación jurídica”, si se estudian las sentencias más importantes de los tribunales superiores, advertimos que en la práctica se acepta el concepto amplio de interpretación.⁵¹

6.2.7 Fuentes de la interpretación jurídica

Se suele distinguir la interpretación, según el órgano que interpreta, entre auténtica y judicial.

Interpretación auténtica

La interpretación hecha por el propio legislador es denominada *auténtica*, y “se relaciona, en la historia, con las prohibiciones de interpretar la ley que imponían a los jueces y a los juristas diversos cuerpos históricos, como los textos justinianeos que reservan al emperador tal facultad interpretativa o prohíben los comentarios”.⁵² Fue así como en el art. 12 del Proyecto de Código Civil de España de 1821 se disponía que “La declaración auténtica de las leyes sobre las dudas que pueda ofrecer su inteligencia debe hacerse por las Cortes con el Rey”.

Los excesos en cuanto al real valor de la interpretación auténtica no han de restarle valor. No hay nada de extraño en que el legislador dicte una disposición aclaratoria cuando no desea que se siga dando a una ley anterior un sentido determinado, cuando el texto de la misma suscita dudas o, sencillamente, cuando el propio legislador se adelanta a las dudas que él mismo pueda generar en la tarea de legislar. Un buen ejemplo de esto último lo encontramos en el art. 219 del *Código Civil para el Distrito Federal* cuando establece:

Son donaciones antenuptiales:

- I. Las realizadas antes del matrimonio entre los futuros cónyuges, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado; y
- II. Las que un tercero hace a alguno o a ambos de los futuros cónyuges, en consideración al matrimonio.

En sentido técnico, no es interpretación auténtica la que lleva a cabo una norma interpretativa que muestra un rango inferior a la disposición que se trata de interpretar. Éste es el caso de una ley que establece un concepto que después define un reglamento administrativo. Si la norma interpretadora es de rango reglamentario, tendrá un valor orientador de la ley interpretada, pero no constituye, propiamente hablando, una interpretación auténtica. Así, por ejemplo, la primera parte del art. 31 de la *Ley de Comercio Exterior* establece:

El valor normal de las mercancías exportadas a México es el precio comparable de una mercancía idéntica o similar que se destine al mercado interno del país de origen en el curso de operaciones comerciales normales.

La definición de los conceptos de mercancías idénticas y similares se encuentra en el art. 37 del *Reglamento de la Ley de Comercio Exterior*, como sigue:

Para los efectos de este Reglamento se entenderá por:

- I. Mercancías idénticas, los productos que sean iguales en todos sus aspectos al producto investigado, y
- II. Mercancías similares, los productos que, aun cuando no sean iguales en todos los

aspectos, tengan características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables con los que se compara. Al no haber sido expedido el *Reglamento de la Ley de Comercio Exterior* por la misma autoridad que emitió la *Ley de Comercio Exterior*, esta última disposición no puede ser vista como una interpretación auténtica de aquélla.

Interpretación judicial

La interpretación judicial es la que lleva a cabo el órgano judicial en su tarea de aplicación del derecho. Este tipo de interpretación es la actividad regular de la potestad jurisdiccional. La función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado culmina en la jurisprudencia de los tribunales. Una característica de la interpretación judicial es que cuando se da a conocer por medio de la sentencia, no suele exponer los pros y los contras de la solución dada por buena, el camino mental seguido. La interpretación del abogado es siempre probabilística, pues calcula, y explica en consecuencia a su cliente, si la victoria es muy probable, difícil o prácticamente imposible, pero sin la necesidad de resolver quién tiene razón entre dos pretensiones opuestas.⁵³

Interpretación doctrinal

La interpretación doctrinal es la que efectúan los tratadistas y estudiosos del derecho en su obra escrita cuando analizan textos legales, proponen reformas o critican normas. Su valor se lo confiere el prestigio y el poder de persuasión de quien la emite. La doctrina del derecho y su manera de interpretar las normas carecen en la actualidad de la misma autoridad que en los tiempos de Bartolo de Sassoferrato, Baldo, Accursio, Irnerio, etc. Así, por ejemplo, las Cortes de Barcelona de 1599 le confirieron valor de derecho supletorio a la doctrina de los autores. Por lo anterior, bien se puede decir que en la actualidad

es difícil calcular la labor de la doctrina científica, porque depende esto de las condiciones de cultura jurídica de los abogados y profesores de derecho, pero sí puede asegurarse que la ciencia cultivada principalmente en las universidades y demás centros de cultura, tiene una misión importantísima que cumplir en la aplicación y perfeccionamiento del derecho.⁵⁴

6.2.8 Métodos de interpretación jurídica

6.2.8.1 Introducción

Los métodos de interpretación son sólo herramientas para alcanzar el fin que nos proponemos con dicha actividad intelectual. Esto significa que con ayuda de los métodos puede ser reconocida la significación de los textos normativos.⁵⁵

En la actualidad, tanto en la doctrina como en la práctica judicial prevalece

la idea de que no hay un único método de interpretación que sea suficiente para descubrir o atribuir significado a las normas jurídicas —visión plurimetodológica—. Esto se deriva de la certeza de que la complejidad del derecho requiere la superación de cualquier interpretación con base en un único método.

La pluralidad de métodos de interpretación implica una complementariedad entre todos ellos, de tal forma que para una única actividad interpretativa deberíamos utilizar varios métodos interpretativos. Sin embargo, como advierte Ruggiero, los métodos de interpretación

no constituyen jamás un sistema completo e infalible de normas cuya mecánica aplicación dé lugar casi automáticamente al descubrimiento del verdadero sentido de la ley. Su verdadero carácter y función es el de ser meros auxiliares, criterios generales que deben servir de guía en el proceso lógico de investigación, porque tal investigación no se efectúa con el uso exclusivo de una serie más o menos compleja de reglas de hermenéutica, sino que exige ante todo una clara y fina intuición del fenómeno jurídico, un profundo conocimiento de todo el organismo del Derecho, de la historia de las instituciones y de las condiciones de vida en que las relaciones jurídicas se producen. Es un arte que no se puede enseñar ni es posible encerrarlo en los estrechos límites de un Decálogo... Y es cierto que en la interpretación hay siempre algo de personal y arbitrario, porque todo producto de la inteligencia, no puede confinarse en los estrechos límites de unos preceptos fijos e invariables.⁵⁶

El uso de diversos métodos de interpretación nos permite considerar, más allá de la letra de la ley y de los textos fríos, el funcionamiento real de los tribunales y de los factores sociales, económicos, políticos, etc., que influyen en sus decisiones. Es necesario resaltar que estos factores son tan importantes como la norma misma. No se debe perder de vista que esto no significa que la ley acabe siendo lo que la arbitrariedad de los jueces decide que deba ser, pues siempre habrá un control de la textualidad de los enunciados. De hecho, el primer límite que se exige a la actividad interpretativa es el del respeto a los textos.

La diversidad de métodos de interpretación permite dar satisfacción a dos objetivos aparentemente contradictorios del sistema jurídico: por una parte, el respeto a la voluntad del legislador tal y como ha sido expresada en el texto de la ley —seguridad jurídica— y, por el otro, la realización de los objetivos que han motivado la emisión de la ley —justicia.

6.2.8.2 Regulación de los métodos de interpretación jurídica

En lo que se refiere a la regulación jurídica de los instrumentos de interpretación, se puede mencionar que en el derecho comparado se practican diferentes soluciones. En la legislación de algunos países —Alemania, Francia, Austria— se carece de regulación o disposición específica sobre cuáles deben ser los métodos o cánones que el juez debería utilizar para la interpretación de las leyes. En otros países, como Suiza y México, la situación no resulta muy

diferente, pues a pesar de que sus respectivas legislaciones —art. 1, fracc. 1, del Código Civil de Suiza y art. 14 de la Constitución de México— contienen una disposición sobre la interpretación relativa a las controversias judiciales del orden civil, la que no dice mucho, pues en última instancia nos remite a todos los métodos de interpretación jurídica en general, sin enumerar cuáles son éstos, ni establecer una jerarquía entre los mismos. En cambio, en los códigos civiles de España e Italia se establecen de manera expresa los métodos de que deben valerse los jueces para interpretar la ley. Así, el art. 3, numeral 1, del Código Civil de España determina:

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.⁵⁷ Por su parte, en el Código Civil italiano de 1942 se establece que:

Al interpretar las leyes no debe atribuírseles ningún otro significado que el que claramente tienen a través del significado real de las palabras, según su relación entre ellas y según la intención del legislador.

Este mismo es el caso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según sus arts. 31 y 32:

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

No obstante que las regulaciones en materia de interpretación son distintas,

en la práctica, las diferencias no son muchas. Esto se debe a que los mismos métodos a que se refieren la legislación española y la Convención de Viena —método gramatical (“según el sentido propio de las palabras”), método sistemático (“en relación con el contexto”), método genético (“antecedentes históricos y legislativos”) y método teleológico (“atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad”)— son los que han reconocido como métodos de interpretación idóneos la doctrina y la jurisprudencia de los países que carecen de una disposición expresa.⁵⁸ En el caso mexicano, por ejemplo, los Tribunales Colegiados de Circuito han establecido:

No. Registro: 223,218, Tesis aislada, Materia(s): Común, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, VII, Abril de 1991, Página: 192.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY, INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA LA. La labor de interpretación de una norma no puede realizarse atendiendo únicamente a la letra del precepto (método gramatical) o significado estrictamente técnico calificado de la expresión (como el proporcionado por los peritos al desahogar un cuestionario), pues no es inusual que el legislador emplee términos o palabras con el mismo sentido, alcance o significado por los cuales éstas se emplean en otras disposiciones legales atinentes a la misma materia, o a otras materias pero del mismo ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cuando se plantea un conflicto sobre la significación que deba asignarse a un término o palabra empleada en alguna disposición legal, de la que no exista una interpretación auténtica, es decir, elaborada por el propio legislador, es deber del tribunal servirse de todos los métodos gramatical, lógico, sistemático o histórico reconocidos por nuestro sistema jurídico, en cuanto le puedan servir en su tarea. Así debe procederse incluso tratándose de una norma de carácter fiscal, pues en todo caso para su aplicación es indispensable desentrañar el alcance o significado de las expresiones que componen su texto, con la única limitación de no introducir elementos normativos novedosos (interpretación extensiva), ni aplicar la norma a casos distintos de los previstos en ella (analogía), según lo prohíbe categóricamente el artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación.⁵⁹

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 1473/90. Harinera y Manufacturera de Orizaba, S. A. de C. V. 28 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro.

En términos generales, tanto en el derecho de los tratados internacionales como en los sistemas jurídicos nacionales de Occidente se reconoce que, para cumplir con el objeto de la interpretación, sirven diferentes métodos: la interpretación con base en el texto de la ley (“interpretación gramatical o literal”), la interpretación con base en la conexión de sentido (“interpretación sistemática”) y la interpretación con base en el objetivo de la ley (“interpretación teleológica”). Además, como método subsidiario y complementario se suele utilizar el método genético, esto es, la interpretación con base en los antecedentes o materiales históricos y legislativos. Existen asimismo dos métodos que consideran la experiencia: método de derecho

comparado y el método histórico.

Cada uno de los métodos de interpretación, considerados en particular, no excluye a los otros, sino más bien todos ellos resultan complementarios entre sí. Este catálogo de métodos interpretativos no es exhaustivo ni en la doctrina ni en la praxis, pues se suelen encontrar referencias a los métodos evolutivo, genético, económico, sociológico, comparado, etcétera.

6.2.8.3 Método de interpretación literal

Mediante este tipo de interpretación se pretende, con ayuda de las reglas de la gramática y del uso del lenguaje, indagar el significado de los términos en que se expresa un precepto normativo. Es necesario interpretar los símbolos y signos que usa el lenguaje en que se expresan las disposiciones jurídicas. Éstas admiten una gran flexibilidad, lo que impide un sentido literal claro.⁶⁰ Por esta razón, Alf Ross establece que resulta ilusorio aplicar la ley a la letra, puesto que no existe un significado ordinario de las palabras.⁶¹ En ese mismo sentido, Dworkin afirma que entre los abogados expertos en cada materia siempre encontraremos desacuerdos sobre lo que es el derecho en una situación particular, o en general, sobre lo que es el derecho.⁶² Y finalmente, a esto se puede atribuir que Joseph Raz señale que la “posibilidad de interpretaciones innovadoras, y la posibilidad de que varias interpretaciones mutuamente incompatibles sean todas buenas interpretaciones, son familiares a nuestro conocimiento general”.⁶³

Tal como lo sostuvo la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en sus sentencias en los casos *Air France v. Saks*⁶⁴ y *Medellin v. Texas*,⁶⁵ la “interpretación de un tratado, al igual que la interpretación de una ley, comienza por su texto”.⁶⁶ Asimismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado a este respecto que “la primera de las reglas de la interpretación de la ley crea la exigencia de que aquélla está regida, en primer lugar, por la interpretación gramatical del texto”.⁶⁷

Esto no significa que el resultado interpretativo a que se llegue con este método sea de valor preferente al que se logre recurriendo a otro método de interpretación. Esto se explica porque en muchas ocasiones el resultado interpretativo logrado con base en el uso de alguno de los restantes métodos de interpretación y, sobre todo, el de los métodos sistemático y teleológico, debe prevalecer frente a la interpretación obtenida a partir del elemento gramatical.

Con respecto a que no habría problema de interpretación alguno si todas las palabras empleadas en un texto normativo tuvieran un único significado posible u ordinario, éste sería el caso de los textos normativos que utilizan números para contar términos, fijar la prescripción, determinar la edad con la que se adquiere la capacidad, etc. Sin embargo, si bien es cierto que la

mayoría de las palabras usadas en los textos tienen en su centro un sentido seguro, también lo es que las mismas presentan una zona periférica que admite una diversidad de significados, de tal modo que diferentes personas pueden entenderlas de una manera diversa.⁶⁸ Éste sería el caso del concepto *animal* que utilizara una ley. Así, por su esencia queda claro el sentido, pero, por otra parte, cabría preguntarse si las bacterias son también animales. Una respuesta concluyente a esta pregunta es imposible.

Debido a que el lenguaje común carece de precisión, en ciertas ocasiones el legislador se ve en la necesidad de definir los términos que usa en los textos legales mediante una interpretación auténtica. Así, por ejemplo, el art. 219 del *Código Civil Federal* define el concepto de *donaciones antenupciales* de la siguiente forma: “Se llaman antenupciales las donaciones que antes del matrimonio hace un esposo al otro, cualquiera que sea el nombre que la costumbre les haya dado.”

En el afán de ganar en precisión, algunos legisladores caen en la casuística, con lo que se pierde la generalidad y la abstracción propias de la ley, de lo que resulta que principios básicos de la legislación no se cumplen en estas normas con un gran nivel de precisión. Esto sucedió en las legislaciones de los países de Europa continental en la etapa previa al movimiento codificador, situación que se sigue presentando en los países de la familia del *Common Law*.

La generalidad y abstracción de la ley propia de los países que pertenecen a la familia del derecho neorrománico, a la que pertenece el sistema jurídico mexicano, le dejan a la jurisprudencia y a la doctrina jurídica la definición de la mayoría de los conceptos legales. De esta forma, para comprender el sentido de un texto normativo no podemos quedarnos con el significado que corresponda al sentido común de los conceptos por definir, sino que más bien debemos recurrir a los significados que la jurisprudencia o la doctrina reconozcan como válidos.

Entonces, resulta contradictorio que muchas de las palabras de la ley, que se deben entender en su significación técnico-jurídica, tengan otro significado en el lenguaje común. Así, por ejemplo, el vocablo *objeto*, que se utiliza en el Código Civil, no debe ser entendido en su acepción común —cosa material y determinada—, sino en su acepción técnico-jurídica. La acepción técnica de dicho concepto la establece el art. 1824 del *Código Civil Federal* como sigue:

Son objeto de los contratos:

I. La cosa que el obligado debe dar;

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

De entre las posibles acepciones de un término, sólo una de ellas resulta relevante como interpretación correcta para un intérprete. La interpretación correcta para un intérprete no requiere ser necesariamente correcta para otro.

La tarea del método de interpretación gramatical sería descartar los significados jurídicamente incorrectos.⁶⁹

Los términos técnico-científicos o tecnológicos deberán ser entendidos en su acepción específica dentro del campo de la ciencia o de la tecnología.

El sentido de los términos dentro de un contexto y no el texto de los mismos es lo que resulta el límite de la interpretación gramatical. Más allá de ese límite sólo podemos hacer uso de otros métodos de interpretación por medio de lo que conocemos como *desarrollo del derecho*.

Cuando son varias las posibilidades interpretativas de un texto, se puede seleccionar entre las variantes de interpretación restrictiva e interpretación extensiva. La *interpretación restrictiva* puede significar varias cosas: a) la interpretación que trata de respetar la voluntad del legislador y su texto de la manera más fiel posible; b) la que acota el significado de los términos del texto legal a su menor ámbito material de validez posible; y c) la reducción de la letra de la ley a su significado más seguro y aceptado por todos o muchos, por igual, por lo menos, en el ámbito de los especialistas del derecho.

Algunas disposiciones exigen del juzgador que lleve a cabo una interpretación restrictiva de la ley. Así, por ejemplo, las reglas de excepción siempre se interpretan de manera restrictiva —*Exceptio est strictissimae interpretationis*—, tal como lo dispone el art. 11 del *Código Civil Federal*: “Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.”

Más expresamente, el art. 5 del *Código de Procedimientos Penales para el Estado de México* precisa:

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten o restrinjan de cualquier forma, incluso cautelarmente, la libertad personal, limiten el ejercicio de un derecho conferido a los sujetos del proceso, establezcan sanciones procesales o exclusiones probatorias. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva, la analogía y la mayoría de razón, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen.

La *interpretación extensiva*, por su parte, consiste en expandir al máximo de sus posibilidades el significado de un término o de un texto legal sin extralimitar el sentido técnico de las palabras que utiliza la ley. En la interpretación extensiva el sentido debe seguir siendo el sentido del texto legal. Cuando el sentido del texto no corresponde a la interpretación del mismo, estaríamos ante alguna forma de desarrollo del derecho como la analogía.

Una misma expresión puede aparecer en diversas leyes o en diversos capítulos de una misma ley. En este caso, ¿debe significar siempre lo mismo? Sin que exista una respuesta unánime para todo caso, bien se puede decir que una misma expresión puede presentar diferentes sentidos en diversas leyes. En la misma ley el legislador intenta que la misma expresión tenga el mismo

sentido. Éste sería el caso de la palabra *acción*, pues las leyes procesales la utilizan en un sentido completamente distinto que en las mercantiles. En el sentido procesal acción significa “el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos”.⁷⁰ En cambio, en el derecho mercantil significa “la parte alícuota del capital social representada en un título de crédito”.⁷¹

El significado válido de un concepto legal será siempre el que reconozcan la jurisprudencia y la doctrina. Si existiera duda en la doctrina y en la jurisprudencia sobre el verdadero sentido que debe atribuírsele a una disposición por carecer de unanimidad de opiniones entre autores o tribunales, deberá preferirse el criterio dominante. Sólo en caso de duda sobre cuál sería el criterio dominante se podrá optar por cualquiera de las posiciones en conflicto. Debido a que la historia, el objeto motivo y fin, la sistemática y su aplicación en los contextos nacional y extranjero también resultan útiles para indagar el significado literal de la ley, los métodos de interpretación histórico, genético, sistemático, teleológico y comparado contribuyen a la definición de la significación de la letra de la ley.

Como la doctrina y la jurisprudencia son las actividades que definen el sentido de los conceptos jurídicos, es inadecuado recurrir a un diccionario de la lengua como medio para ayudar a definir el significado de los conceptos utilizados por el legislador para redactar los preceptos jurídicos. Para orientar la interpretación literal, se debería recurrir, además de la jurisprudencia y la doctrina, a un diccionario jurídico.

Puede resultar que el legislador haya tratado de dar un sentido fijo y determinado a los conceptos legales. Éste es el caso cuando define dichos conceptos en el texto legal buscando que el paso del tiempo no altere su sentido. En cambio, puede haber conceptos que quedan sujetos en cuanto a su definición a las concepciones sociales de cada época. Este último es el caso de disposiciones que conscientemente se refieren a valores, como el art. 1830 del *Código Civil*, que establece: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

Dentro de la interpretación literal se suele distinguir entre interpretación semántica e interpretación sintáctica. La primera se ocupa del sentido de las palabras comprendidas en el texto. Si la palabra presenta diferentes acepciones, la misión de la interpretación es optar por el significado habitual y concreto del vocablo, de los diversos que pueda tener, tomando en cuenta también los usos lingüísticos del término, así como de su probable acepción específica en el lenguaje jurídico.⁷²

La interpretación semántica de los conceptos es muy variada y admite diversas clasificaciones. En el lenguaje jurídico existen conceptos que sirven para describir los requisitos del supuesto o hipótesis jurídica sobre el que la

norma despliega su ámbito material de validez (acuerdo de voluntades, obrar ilícitamente, privación de la vida), y conceptos que se refieren a la consecuencia jurídica atribuida al caso (pena privativa de la libertad, restitución, indemnización) o que describen, también de manera unívoca, un determinado instituto de mayor o menor complejidad (matrimonio, familia, bienes).

Asimismo, resulta conocida la clasificación que trata de conceptos jurídicos determinados, con frecuencia tomados de la realidad extrajurídica porque hacen referencia a objetos o fenómenos de la vida real (moneda, riesgo, nacimiento, animal). También se utilizan en las disposiciones legales conceptos jurídicos con cierto grado de indeterminación, entre los que se encuentran la mayor parte de los conceptos propiamente jurídicos (acto jurídico o hecho). Un ejemplo de interpretación semántica lo aporta la siguiente tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito:

Registro: 192,299, Tesis aislada, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XI, Marzo de 2000, Tesis: I.7o.A.88 A, Página: 1006.

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 38. En el precepto del ordenamiento legal anotado en el rubro, se establece que: "Las leyendas que restrinjan o limiten el uso del bien o el servicio, deberán hacerse patentes en forma clara, veraz y sin ambigüedades." Ahora bien, aun cuando literalmente no se preceptúa que tales leyendas deban estar en idioma español, ello va implícito dentro del término "clara", ya que de no ser así, no podrá ser verdaderamente entendible para el común de los consumidores.

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 3287/99. Compagnie Nationale Air France. 9 de diciembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alberto Bravo Melgoza.

La interpretación sintáctica, por su parte, se aboca a encontrar el sentido de un enunciado completo, con arreglo a la relación que guardan entre sí el sujeto y el predicado, el carácter adversativo, concesivo, disyuntivo, copulativo, etc., de las conjunciones, la colocación del pronombre o del adverbio, etc. A guisa de ejemplo se puede mencionar el art. 2195 del *Código Civil Federal*, que establece:

El que paga una deuda compensable, no puede, cuando exija su crédito que podía ser compensado, aprovecharse, en perjuicio de tercero, de los privilegios o hipotecas que tenga a su favor al tiempo de hacer el pago, a no ser que pruebe que ignoraba la existencia del crédito que extinguía la deuda.

En la interpretación de disposiciones íntegras, tal como la transcrita, el sentido se alcanza sólo de una comprensión íntegra de todas y cada una de las partes gramaticales de las oraciones que integran la disposición normativa. Por lo mismo, la puntuación del enunciado transcrito juega un papel de suma importancia.

Precisamente los conceptos que no se pueden definir con base en características concretas, sino que quedan sujetos a una valoración, resultan problemáticos para la interpretación literal, pues su contenido se fija más allá de las reglas de la gramática y de la semántica, con ayuda de la valoración, por lo que su validez queda sujeta a cambios de tiempo y de espacio. Los conceptos de *buena fe* y de *buenas costumbres* son buenos ejemplos de este caso.

Si las palabras son la herramienta utilizada por el legislador para la expresión de las ideas normativas y si el texto de una disposición legal coincide con claridad con la finalidad perseguida por el legislador, deberemos permanecer con el resultado de la interpretación literal. Así lo ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en conocida tesis que procedemos a reproducir:

No. Registro: 279,451, Tesis aislada, Materia(s): Común, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XXVII, Página: 819.

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES. Las palabras de la ley deben entenderse en su significación propia y natural, a no constar que el legislador las entendió de otro modo. Cuando el texto de la ley pueda ser explicado y aclarado atribuyendo a los vocablos su significación propia, esto es, la que se halla generalmente admitida y que todo mundo entiende, no puede el Juez, lícitamente, reformar o transformar la disposición legislativa, a pretexto de indagar la voluntad del legislador.

Amparo penal directo. García José de Jesús A. 3 de octubre de 1929. Mayoría de votos. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Carlos Salcedo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Una interpretación en contra del texto explícito de la ley es posible sólo cuando la letra de la ley contradice la voluntad del legislador o de su autor⁷³ y la interpretación literal conduciría a un resultado absurdo e irracional.⁷⁴

Un problema típico de interpretación gramatical en el derecho internacional público y en el derecho de la Unión Europea se deriva de la naturaleza plurilingüe (esto es, la validez por igual en varios idiomas) de dichas disposiciones. Esto significa que las disposiciones de este tipo de legislaciones en ocasiones son válidas en diversos idiomas, lo que plantea un grave problema a la interpretación gramatical, pues bien pudiera resultar que en diferentes idiomas la misma legislación tuviera un sentido diverso.

Así, por ejemplo, en las normas del derecho comunitario han surgido dificultades cuando los textos de las diferentes versiones resultan contradictorios entre sí. En este caso se ha renunciado a seguir el texto que sea más claro en un solo idioma. Más bien, para determinar el significado normativo de la disposición en cuestión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas compara las diferentes versiones tomando en cuenta el contexto en que se encuentra la misma y la finalidad que persigue.⁷⁵

Al respecto, se puede mencionar el caso *Stauder vs. Ulm*.⁷⁶ De acuerdo con una decisión de la Comisión cuyos destinatarios fueron los Estados miembros,

se requería que quienes recibieran los excedentes de la mantequilla de la Comunidad comprobaran su registro como beneficiarios de ayuda social. Los textos alemán y holandés establecían que para obtener un cupón de beneficios se indicara el nombre del beneficiario, en tanto que los textos italiano y francés⁷⁷ disponían que el cupón se diera sólo atendiendo a las condiciones personales del beneficiario. Stauder argumentó que si quienes compraban mantequilla barata tenían que revelar su nombre, entonces se violarían sus derechos fundamentales. El TJCE siguió los textos más liberales francés e italiano y estableció que Stauder no tendría que escribir su nombre en el cupón.

Asimismo, cuando una medida se dirige a todos los miembros, la necesidad de aplicación e interpretación uniforme hace imposible considerar una sola versión del texto de manera aislada y, más bien, exige que sea interpretada con base en la intención real del autor y con el objetivo que busca lograr, tomando en cuenta las versiones particulares de todas las lenguas oficiales comunitarias. En tales casos, prevalece la interpretación más liberal, siempre y cuando sea suficiente para lograr los objetivos propuestos por la medida en cuestión. De esto no se podría inferir que los autores de la medida se hayan propuesto imponer una obligación más estricta en unos Estados que en otros.⁷⁸

En el derecho internacional público la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados precisa para los tratados internacionales válidos en varias lenguas la siguiente regulación:

Artículo 33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado.

El resultado al que se llega usando el método literal es insuficiente para interpretar en forma íntegra una disposición legal. El resultado de la interpretación literal se debería siempre someter a los restantes métodos de interpretación. Sólo después de esto podríamos estar seguros de que el resultado que alcanzamos originalmente haciendo uso de la interpretación literal es el correcto. El resultado al que lleguemos con base en una interpretación literal es siempre provisional.

6.2.8.4 Método de interpretación lógico-sistemático

La interpretación sistemática intenta obtener información sobre el significado de una disposición considerándola dentro de un sistema o contexto, esto es, con base en la posición que ocupa la disposición en cuestión dentro del sistema jurídico.⁷⁹ El sistema jurídico, al igual que cualquier orden normativo, se encuentra regulado por los principios de “unidad” y de “congruencia interna”, lo que obliga al intérprete a considerar las normas unas en relación con las otras.

El sistema normativo puede ser exterior o interior. El exterior se refiere a la organización de la ley misma —capítulos o títulos de la ley—. El interior corresponde a la compatibilidad del contenido de las diversas disposiciones del sistema jurídico o de una ley entre sí. Para efectos de la interpretación sistemática nos referimos al sistema de la ley en su acepción de sistema interior.

La interpretación literal se complementa y profundiza mediante el análisis del sentido de la disposición analizada en relación con las demás disposiciones del todo del que forma parte —“interpretación sistemática”—. Mientras el método gramatical entiende que el todo —sistema jurídico— es la suma de las partes —disposiciones normativas—, el método sistemático supone que el todo es más que la suma de sus partes. Y siguiendo a Hegel, la concepción del método sistemático supone que “la verdad está en el todo y no en las partes”.

La interpretación sistemática es ineludible debido a la organización de los cuerpos normativos modernos. En efecto, las normas se redactan para ser entendidas unas en relación con las otras. Por este motivo se redactan normas generales y normas de excepción de las mismas. Como ejemplo transcribimos los arts. 1910 y 1913 del *Código Civil Federal*:

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Como se puede apreciar, el art. 1913 constituye una disposición de excepción frente a la norma general expuesta en el art. 1910, de tal manera que para encuadrar un caso concreto de responsabilidad extracontractual deberían considerarse simultáneamente las dos disposiciones transcritas.

También se puede señalar que una interpretación sistemática resulta necesaria debido a que las legislaciones modernas establecen, por un lado, normas jurídicas completas, que disponen de un supuesto y de una

consecuencia jurídica, y, por otro, normas jurídicas incompletas, que sirven para complementar una norma jurídica completa. Como ejemplo, se transcribe el primer párrafo del art. 1915 del *Código Civil Federal*, que complementa al art. 1910 antes reproducido:

Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Como bien se advierte, el art. 1915 define lo que se debe entender por reparación del daño a que el art. 1910 hace referencia como consecuencia normativa.

La consideración de las normas jurídicas dentro de un sistema es importante, ya que es posible que la misma expresión que se ubica en diferentes partes de la ley deba ser interpretada en formas diversas.⁸⁰

El método sistemático es muy útil para evitar las contradicciones entre las diversas normas de un sistema jurídico y para entenderlas como partes de un todo normativo. Como ejemplo de la interpretación sistemática está el caso de quien, cuando es agredido con arma de fuego, en aras de defenderse responde a la agresión con arma blanca y priva de la vida a su agresor. Por una parte, según lo dispuesto por el art. 123 del *Código Penal para el Distrito Federal*, por haber privado de la vida a otro se haría merecedor a una pena privativa de la libertad de entre ocho y 20 años de prisión. Sin embargo, la fracc. IV del art. 29 de dicho código establece que, por haber repelido el autor del homicidio una agresión real, actual y sin derecho, en defensa de su vida, el delito de homicidio se excluye —legítima defensa.

Para determinar cómo se armonizan estas dos normas, se tiene que estar a lo dispuesto por la fracc. I del art. 13 del mencionado ordenamiento cuando precisa que, en caso de concurrencias normativas, las disposiciones particulares prevalecen sobre las generales. Como en este caso la norma especial es la de la legítima defensa, en una interpretación sistemática ésta debe prevalecer frente a la del homicidio. Así, gracias a la interpretación sistemática se excluye una contradicción entre ambas disposiciones analizadas.

Cuando surge una contradicción entre diversas normas jurídicas del sistema de la ley, se aplican tres principios para superar la contradicción:

- a) Norma de superior jerarquía prevalece sobre la de menor jerarquía.
- b) Norma posterior deroga a la anterior.
- c) Norma especial deroga a la general.⁸¹

El criterio de la superioridad de la jerarquía es posible debido a que el orden jurídico se integra con normas ubicadas en diferentes niveles de validez y todas las normas del sistema encuentran su fundamento último de validez en la Constitución. De ahí que cada norma situada en un nivel inferior debe ser derivable de otra norma de nivel superior. Asimismo, ninguna norma de nivel

inferior debe contradecir una norma ubicada en uno superior. Por esto, cuando una norma de inferior jerarquía contradice a otra de superior jerarquía y la contradicción no se puede superar por una mera interpretación armonizadora, la norma de inferior jerarquía resulta inválida.

De igual forma, las normas inferiores deben ser interpretadas de tal manera que correspondan a los valores que postulan normas de superior jerarquía. Esto último es lo que se conoce en el derecho constitucional como “interpretación conforme”. Los poderes públicos, entre los que se encuentran los órganos jurisdiccionales del Estado, están asimismo obligados por las disposiciones de la Constitución, lo que indudablemente les obliga a realizar la interpretación de las normas legales aplicables al caso que sea más conforme con los dictados de la Constitución.

Esta interpretación acorde con la Constitución debe efectuarse por igual, tanto respecto de las normas emitidas con posterioridad a la Constitución como en relación con las emitidas con anterioridad a la misma. Esto se debe a que, dentro de la realidad social del tiempo en que tales normas han de ser aplicadas, se integran las exigencias derivadas de la acomodación del sistema jurídico a los derechos consagrados por la Constitución.⁸² Con base en esto, por ejemplo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha establecido el siguiente criterio:

No. Registro: 171,956, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, Julio de 2007, Tesis: 2a. XCII/2007, Página: 381.

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN. La aplicación del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige del órgano jurisdiccional optar por aquella de la que derive un resultado acorde al texto supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles. Así, el Juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe optar, en la medida de lo posible, por aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.

Amparo en revisión 268/2007. Netzahualcóyotl Hernández Escoto. 27 de junio de 2007. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Estela Jasso Figueroa, Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

Todas las normas del sistema jurídico deben medirse conforme a los parámetros que fija la Constitución. Si una variante de interpretación va en contra del texto constitucional, la misma se debe descartar. Si no es posible interpretar una disposición de una manera compatible con la Constitución, aquella es nula. Hablando de manera más concreta, se puede decir que la obligatoriedad de la Constitución es de manera directa y vale tanto para las relaciones de derecho público como para las relaciones de derecho privado —efecto frente a terceros.

Aparte de la comparación entre normas situadas en diversos niveles jerárquicos, se deben comparar entre sí normas del mismo nivel de validez normativo: si entran en conflicto se debe recurrir a dos principios fundamentales: “ley posterior deroga ley anterior” y “ley especial deroga ley general”.

Siempre, entre dos normas jurídicas en conflicto situadas en el mismo nivel jerárquico, se debe procurar armonizar la aplicación simultánea de ambas para evitar que la una autorice una conducta prohibida por la otra. Por lo mismo, de existir para una norma varias posibilidades interpretativas, se debe elegir aquella que resulte compatible con las normas que pudieran entrar en conflicto. Sirva de ejemplo de esta situación la conocida tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en seguida se transcribe:

No. Registro: 175,912, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P. XII/2006, Página: 25.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA. En virtud de que cada uno de los preceptos contenidos en la Norma Fundamental forma parte de un sistema constitucional, al interpretarlos debe partirse por reconocer, como principio general, que el sentido que se les atribuya debe ser congruente con lo establecido en las diversas disposiciones constitucionales que integran ese sistema, lo que se justifica por el hecho de que todos ellos se erigen en el parámetro de validez al tenor del cual se desarrolla el orden jurídico nacional, por lo que de aceptar interpretaciones constitucionales que pudieran dar lugar a contradecir frontalmente lo establecido en otras normas de la propia Constitución, se estaría atribuyendo a la voluntad soberana la intención de provocar grave incertidumbre entre los gobernados al regirse por una Norma Fundamental que es fuente de contradicciones; sin dejar de reconocer que en ésta pueden establecerse excepciones, las cuales deben preverse expresamente y no derivar de una interpretación que desatienda los fines del Constituyente.

Controversia judicial federal 1/2005. Noé Corzo Corral y otros. 11 de octubre de 2005. Mayoría de siete votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; en su ausencia hizo suyo el asunto el señor Ministro presidente Mariano Azuela Güitrón. Secretarios: José Alberto Tamayo Valenzuela y Rafael Coello Cetina.

El Tribunal Pleno, el cinco de enero en curso, aprobó, con el número XII/2006, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a cinco de enero de dos mil seis.

En el método sistemático, el contexto de una disposición normativa es el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Si las normas del derecho internacional público se integran sin necesidad de transformación en el sistema jurídico nacional, entonces el contexto se extiende también a las normas jurídicas internacionales. Éste es el caso del sistema jurídico mexicano,

tal como ha sido precisado por la siguiente tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Registro No. 192867, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, X, Noviembre de 1999, Página: 46, Tesis: P. LXXVII/99, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “... serán la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.” No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco

Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA".

Por lo mismo, cuando las autoridades internas interpreten tratados internacionales deberán estar a las reglas que establecen los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados. Así lo ha dispuesto la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis que enseguida se transcribe:

Registro No. 185294. Localización: Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVI, Diciembre de 2002, Página: 292, Tesis: 2a. CLXXI/2002, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Común.

TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975). Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudirse a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudirse al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudirse, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias

que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda.

Amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S. A. de C. V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Por lo anterior, los tribunales mexicanos pueden utilizar como criterio orientador la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo establece la tesis que enseguida se transcribe:

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XXVIII, Diciembre de 2008, Tesis: 1.7o.C.51 K, Página: 1052.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trata de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 623/2008. Procuraduría General de la República y otras, 23 de agosto de 2008. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.

El efecto natural de la interpretación sistemática consiste en que un cambio en alguna disposición diferente a la que se pretende interpretar repercute en el sentido de la disposición a ser interpretada.

De esta forma, las funciones más importantes que cumple la interpretación sistemática son:

Armonizar o concordar todos los artículos relativos a la cuestión que se trate de resolver; conocer su naturaleza, sea para decidir entre los diferentes sentidos que la letra de la ley pueda ofrecer, sea para limitar la disposición, o bien, al contrario, para extenderla a los casos que el legislador parece haber olvidado.⁸³

También se busca evitar contradicciones normativas. La comparación más precisa que puede establecerse de la función que cumple el método sistemático es la del rompecabezas, el contorno de una de cuyas piezas se ve por el hueco que dejan las otras.⁸⁴

6.2.8.5. Método de interpretación subjetivo-genético

La interpretación genética consiste en la búsqueda de las razones y los puntos

de vista que llevaron al legislador a emitir la ley con sus características concretas. Esto nos conduce directamente al análisis de los denominados *materiales legislativos*, esto es, a los documentos que sirven de apoyo en el proceso legislativo: iniciativas, exposiciones de motivos, dictámenes, diarios de debates, etc. Sólo en esos documentos ha quedado incorporada la verdadera intención reguladora, pues ellos expresan “la posición de los participantes en el acto de legislación” y representan por lo mismo la voluntad del legislador objetivamente reconocible.⁸⁵

Cuando se usan los materiales legislativos, se debe tomar en cuenta que la historia de la creación de una disposición sólo puede ser relevante para la interpretación cuando la misma sirva para corroborar el resultado al que se ha llegado haciendo uso de un método de interpretación distinto al genético, o bien, cuando la misma sirva para solucionar alguna duda que ha surgido con motivo del uso de dicho método diverso. Esto significa que este método es complementario o subsidiario del método gramatical y del sistemático.⁸⁶ Esto se debe a que las intenciones e ideas de las personas y órganos que han participado en el proceso legislativo no resultan parte del sistema de derecho positivo vigente. Tal como lo expresó el Tribunal Imperial de Alemania —*Reichgericht*—, “los trabajos preparatorios de una ley deben ser valorados para su interpretación con una cierta reserva, en la medida que sólo sirven de apoyo”.⁸⁷

En España, asimismo, se ha precisado que aun cuando las exposiciones de motivos no pueden ser alegadas en juicio debido a que carecen de valor de norma, constituyen siempre un elemento importante para la interpretación de la ley, pues permiten conocer la *mens legislatoris* para poder llegar a la *ratio legis*.⁸⁸ Debido a esta razón, el método genético por sí solo no puede ser utilizado para alcanzar una interpretación obligatoria. Únicamente cuando las intenciones e ideas que manifestó el legislador durante el proceso legislativo han sido plasmadas en el texto normativo, y sólo desde el momento en que esto sucede, las mismas adquieren carácter vinculante.

Lo anterior obedece a que para la interpretación sólo resulta relevante la voluntad del legislador tal y como la misma se encuentra objetivada en la ley. De ahí que como lo estableciera el máximo tribunal en materia civil en Alemania, el *Bundesgerichtshof*: “La voluntad del legislador puede ser tenida en cuenta para la interpretación de la ley sólo en la medida que encuentre una expresión suficientemente determinada en la ley misma.”⁸⁹ Así también lo ha precisado la jurisprudencia de los tribunales federales mexicanos:

No. Registro: 183,060, Tesis aislada, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVIII, Octubre de 2003, Tesis: I.7o.A.55 K, Página: 1008.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y DEBATES DEL LEGISLADOR. NO FORMAN PARTE DE LA LEY. Las

exposiciones de motivos contenidas en una iniciativa de ley, así como los debates del legislador suscitados con motivo de su aprobación, no forman parte del cuerpo legal de un ordenamiento y, por ende, carecen de todo valor normativo. tomando en consideración los siguientes elementos: a) El artículo 14, segundo párrafo, del Pacto Federal, que prevé el principio de seguridad jurídica, dispone que nadie podrá ser afectado en su esfera jurídica, 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; es decir, tal dispositivo constitucional no hace referencia a las observaciones y justificaciones expresadas por el autor de la iniciativa legal, ni a los argumentos que señalen los legisladores para aprobar, modificar, derogar o abrogar una norma de carácter general; b) Por la publicidad de la norma, que se refiere a que los órganos del Estado encargados de difundir las normas en los respectivos ámbitos de su competencia, tales como el Diario Oficial de la Federación, Gacetas o Periódicos Oficiales, generalmente publican solamente el contenido de las leyes o artículos aprobados mediante el proceso legislativo o, en su caso, refieren cuáles normas han sido abrogadas o derogadas, pero no suelen imprimir las iniciativas de ley y debates que dieron origen a las mismas. Por ende, no se puede invocar un derecho u obligación por la simple circunstancia de que el mismo se infiera de la exposición de motivos de la iniciativa de ley o de los debates del legislador, si no se plasmó expresamente en el articulado de la norma correspondiente; sin que sea lógico el argumento de que la interpretación teleológica subjetiva o exegética de la disposición legal permita introducir elementos contemplados durante el proceso legislativo, pero no reflejados en el cuerpo legal, pues tal medio de interpretación requiere que el intérprete de la norma acuda a la exposición de motivos, debates o preámbulo que dieron origen a una ley o tratado internacional para interpretar uno o varios preceptos ambiguos u oscuros, con la plena conciencia de que se están tomando en consideración cuestiones que son ajenas a la norma y, por ende, no forman parte de ella.

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 1987/2003. Chris K. Kowalski y otro. 3 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.

Nota: Por ejecutoria de fecha 10 de octubre de 2007, la Segunda Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 195/2007-SS en que participó el presente criterio.

Esta misma idea se contempla en el art. 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, el cual establece que los materiales son sólo medios de interpretación complementarios que se pueden utilizar solamente cuando el texto sea poco claro, como sigue:

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En el método de interpretación genético existe una diferencia entre los puntos de vista de los defensores de la teoría objetiva frente a los que postulan la teoría subjetiva. La diferencia radica en que mientras los subjetivistas reconocen la voluntad del legislador como vinculante, los objetivistas piensan que en efecto hay una voluntad subjetiva del legislador aunque la misma no resulte obligatoria. De esta forma, la teoría objetiva asume que, por sí mismo, el resultado al que se llegue haciendo uso del método histórico no resulta obligatorio. Esto se debe a que tal como ya se afirmó, los materiales legislativos no son documentos jurídicos válidos ni obligatorios y de ellos no se pueden derivar de manera concreta consecuencias jurídicas vinculantes. La posición que defiende la teoría objetiva es la que en la práctica se asume casi sin excepción.

Sin importar cuál sea la postura que se defienda, siempre se debe considerar dentro de la actividad interpretativa el surgimiento de la ley. En la actualidad, los tribunales en todo el mundo se ayudan, al interpretar la ley, recurriendo al análisis de los materiales legislativos. Dicho análisis sirve tanto para descifrar el significado de los conceptos que utilizó el legislador como para ubicar con más claridad el objeto motivo o fin de la ley. Así, por ejemplo, se calcula que el Tribunal Federal Alemán —Bundesgerichtshof— utilizó alrededor de 24% de materiales legislativos para tomar sus decisiones.⁹⁰ En México sucede algo similar; como ejemplo, transcribimos un criterio de los tribunales federales en donde se recurre a los materiales legislativos:

No. Registro: 184,056, Tesis aislada, Materia(s): Laboral, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVII, Junio de 2003, Tesis: XI.3o.14 L, Página: 1045.

PROCEDIMIENTO PARAPROCESAL. LA OBLIGACIÓN DE PRECISAR LA CAUSA O CAUSAS DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, ES UN REQUISITO QUE DERIVA DE LA PROPIA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS QUE LE DIO ORIGEN. **De la lectura integral del capítulo III del título quince de la Ley Federal del Trabajo y de la exposición de motivos** que le dio origen, relativo al procedimiento paraprocesal, se desprende que si bien se trata de actuaciones de la Junta donde no existe contención o litigio, su función no se limita al carácter de simple fedatario de la voluntad de las partes, sino que debe vigilar la observancia de las disposiciones legales al intervenir como autoridad. Por ello, cuando el patrón acude a dicha Junta a efecto de solicitar se realice la notificación y entrega al trabajador del aviso escrito de la fecha de rescisión de la relación laboral, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 982, 983 y 991, en relación con el 47 de dicha ley, también debe señalar la causa o causas que dieron origen a la culminación del vínculo laboral, a efecto de que el trabajador conozca oportunamente las causas o motivos del despido, para

que esté en posibilidad de recurrir a los tribunales laborales cuando considere que es injustificado y así no se vea sorprendido e indefenso en el momento del juicio.

Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. Amparo en revisión 293/2002. Director del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de Zamora, Michoacán. 23 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Patricia Mújica López. Secretario: Zirahuén Duarte Briz.

La obligatoriedad de la ley permite que recurrir a los materiales aparezca como legítimo, pues el juez, para determinar el sentido de la ley, bien puede hacer uso de los materiales. Resulta muy útil conocer no sólo el texto, sino asimismo la voluntad del legislador histórico y la situación histórica y social que lo motivaron a emitir una ley con esas características concretas.⁹¹

El legislador bien puede describir en su texto legislativo sólo generalidades de hechos mediante conceptos, en mayor o menor medida, indeterminados y en diversos niveles de abstracción. En estos casos, los materiales legislativos contienen información de detalle sobre lo que el legislador quiso o se propuso. Una ley se puede entender mejor cuando asimismo se conocen los objetivos del legislador y las circunstancias que dieron motivo a la actividad legislativa.

Diría Windscheid que la ley no es sólo voluntad del legislador, sino la sabiduría de los siglos que nos han precedido. El análisis de la génesis histórico-legislativa de las instituciones jurídicas no debe pasar inadvertido para quien desea conocer el verdadero alcance de los preceptos concretos de la legislación. Así, por ejemplo, resulta inconcebible la moderna orientación en materia de responsabilidad por daños sin considerar los cambios experimentados en las sociedades occidentales como consecuencia de la industrialización y de la Revolución Industrial en general.

La necesidad del método genético es algo incuestionable si se acepta que las instituciones de nuestro derecho están incorporadas al ser de la cultura occidental, formando parte de la configuración de la escala de valores propia de la misma, y hasta de su lógica interna y de la forma de expresión del pensamiento.

Trabajos preparatorios, debates parlamentarios, anteproyectos, auscultaciones y demás documentos, que sirven de apoyo al trabajo de interpretación, proporcionan información valiosa para la actividad interpretativa. El uso del método de interpretación genético puede ser diverso. Así, en ocasiones se utiliza el elemento genético a guisa de técnica de *elegantia iuris* o como fórmula de mera erudición, es decir, la exposición de los antecedentes históricos adquiere un papel de brillantez argumentativa, sin que su uso añada nada al contenido de la actividad interpretativa.⁹²

A veces se utiliza el elemento genético para contrastar las disposiciones vigentes con aquellas que le sirvieron de precedente y que ya han sido

abrogadas.⁹³ Y en ocasiones, se introduce en una suerte de argumentación de carácter evolutivo, utilizándose también así el elemento genético sin utilidad exegética alguna, a modo de apoyo del desarrollo doctrinal que se mantiene, y a fin de exhibir tal doctrina con la mayor amplitud posible.

En Alemania, en donde diversos textos constitucionales han estado en vigor a lo largo de su historia, se suele entender la Constitución vigente como continuación de las constituciones abrogadas. Así, se ve a la Constitución de Bonn de 1949 como una continuación de la de Weimar de 1919, y ésta, a su vez, como hija de la de Bismarck de 1870. Por tanto, para determinar las competencias previstas en la Constitución, se recurre al desarrollo histórico en las constituciones anteriores. En este sentido, los tribunales constitucionales con frecuencia deberán interpretar la Constitución de manera íntegra, esto es, la vigente junto con todas las constituciones del pasado. De esta forma, se garantiza la homogeneidad y la continuidad del derecho constitucional.

6.2.8.6. Método de interpretación objetivo-teleológico

El método de interpretación teleológico es aquel que, más allá del texto expreso de las proposiciones normativas, considera el objeto, motivo o fin razonable de la ley. El calificativo *teleológico* proviene del griego *telos*, que en español significa fin, objetivo o meta. El objetivo de la ley, esto es, el fin que se propio de la ley, se ha entendido históricamente como la *ratio legis*.⁹⁴ Algunos han hablado, más que del objetivo de la ley, del espíritu de la ley, tal como el apóstol Pablo lo hizo cuando expresó: “la letra mata, más el espíritu vivifica.”⁹⁵ Para la interpretación teleológica, el sentido propio de las palabras es el punto de partida, mientras que el espíritu y la finalidad de la ley constituyen el punto de llegada.⁹⁶

El caso de una ley que ordena expresamente la interpretación teleológica es el art. 18 de la *Ley Federal del Trabajo*, que establece: “En la interpretación de las normas del trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2° y 3°.”

La Escuela de los Intereses de Heck nos enseñó que cada norma jurídica persigue la realización de un objetivo que resulta de los intereses que pretende proteger o fomentar el legislador con la emisión de su ley. Dicho propósito, precisamente como defensor de intereses, adquiere en la interpretación y aplicación de la ley un lugar especial. Así, por ejemplo, en la interpretación teleológica del derecho de la Unión Europea se ha considerado su carácter dinámico, que se encuentra orientado por la realización de ciertos objetivos de política económica.⁹⁷

Sobre todo, en la interpretación teleológica reaparece el conflicto entre los tipos de interpretación subjetiva y objetiva. Para la posición subjetiva el fin de la interpretación es la voluntad o el deseo del legislador al momento de emitir

la ley. Para la posición objetiva existe un propósito de la ley independiente de la voluntad de su autor y es el que se debe considerar en la interpretación teleológica. Dentro de esta última posición, que es la dominante, Karl Larenz ha establecido que los objetivos relevantes son los fines “teleológico objetivos”,⁹⁸ esto es, los objetivos de la ley que no se refieren a los propósitos que tuvo cualquier persona o grupos de personas tanto en el pasado como en el presente, sino más bien a los objetivos racionales o propios del orden jurídico existente. En ocasiones, sobre todo cuando se trata de leyes de reciente emisión, bien puede ser que el interés subjetivo del legislador coincidiera con el fin objetivamente relevante de la ley, pero en la mayoría de las ocasiones los propósitos de la ley no son los mismos que los objetivos del legislador.

Tres aspectos resultan centrales en la interpretación teleológica: *a)* se debe aclarar con precisión cuáles son los intereses que motivaron la ley, pues sólo con base en su conocimiento quedará claro cuál es el objeto motivo o fin de la norma; *b)* debe definirse la realización de los objetivos a los que se encuentra destinada la ley, pues con frecuencia resulta que la norma no debe responder a un único fin; y *c)* se debe seleccionar la interpretación que sea más compatible con la realización de los propósitos de la ley.⁹⁹

En muchas ocasiones la propia ley menciona sus objetivos. Éste sería el caso de las leyes administrativas. Así, por ejemplo, la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* establece en su primer artículo:

Artículo 1. La presente Ley es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se refieren a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección al ambiente, en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción. Sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para:

- I. Garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar;
- II. Definir los principios de la política ambiental y los instrumentos para su aplicación;
- III. La preservación, la restauración y el mejoramiento del ambiente;
- IV. La preservación y protección de la biodiversidad, así como el establecimiento y administración de las áreas naturales protegidas;
- V. El aprovechamiento sustentable, la preservación y, en su caso, la restauración del suelo, el agua y los demás recursos naturales, de manera que sean compatibles la obtención de beneficios económicos y las actividades de la sociedad con la preservación de los ecosistemas;
- VI. La prevención y el control de la contaminación del aire, agua y suelo;

VII. Garantizar la participación corresponsable de las personas, en forma individual o colectiva, en la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente;

VIII. El ejercicio de las atribuciones que en materia ambiental corresponde a la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, bajo el principio de concurrencia previsto en el artículo 73 fracción XXIX-G de la Constitución;

IX. El establecimiento de los mecanismos de coordinación, inducción y concertación entre autoridades, entre éstas y los sectores social y privado, así como con personas y grupos sociales, en materia ambiental, y

X. El establecimiento de medidas de control y de seguridad para garantizar el cumplimiento y la aplicación de esta Ley y de las disposiciones que de ella se deriven, así como para la imposición de las sanciones administrativas y penales que correspondan.

En todo lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las disposiciones contenidas en otras leyes relacionadas con las materias que regula este ordenamiento.

También es usual que algunos tratados establezcan de manera expresa sus objetivos. De esta forma, el art. 102 del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá señala:

Artículo 102. Objetivos

1. Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:

(a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes;

(b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;

(c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;

(d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes;

(e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y

(f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.

2. Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.

Cuando las leyes no designen sus objetivos, éstos se deben inferir a partir de la situación de intereses que dieron lugar a la ley o bien de su regulación legal.

Debemos entender que para el legislador la regulación ha sido el medio que ha considerado idóneo para lograr los objetivos que se propuso. Los propósitos de la ley también se infieren a partir de la realidad social. Enseguida se transcribe una tesis que ilustra la forma en que en México los intérpretes oficiales utilizan el método de interpretación teleológica:

Registro No. 177545. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXII, Agosto de 2005, Página: 1964, Tesis: I.3o.C.71 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

PETRÓLEOS MEXICANOS. PUEDE REALIZAR TODAS LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS, MERCANTILES Y PENALES QUE SEAN NECESARIAS PARA LOGRAR QUE EL PETRÓLEO SEA UNA DE LAS BASES DEL DESARROLLO ECONÓMICO DEL PAÍS, Y CUIDAR ASÍ QUE LA EXPLOTACIÓN SEA RACIONAL, MANTENIENDO UN DESARROLLO INTEGRAL Y SUSTENTABLE, MANTENIENDO EL DOMINIO DIRECTO DE LA NACIÓN SOBRE EL PETRÓLEO, DE MANERA QUE SE LOGRE LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES DE LAS GENERACIONES PRESENTES SIN COMPROMETER LAS DE LAS FUTURAS. INTERPRETACIÓN DIRECTA, HISTÓRICA Y TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. El cúmulo de actos sociales históricos que están vinculados con la exploración y explotación del petróleo, deben considerarse, sin duda alguna, al interpretar lo que el artículo 27 de la Constitución dispone en tratándose del petróleo, básicamente el punto vinculado con el dominio que del mismo tiene la nación, así como lo concerniente a que al ser el pueblo mexicano quien debe beneficiarse con la explotación del petróleo, es factible que los organismos descentralizados creados expresamente para ese fin, puedan llevar a cabo la celebración de todo tipo de actos jurídicos tendentes a cumplir con el propio interés de la comunidad derivado de la potente riqueza que constituye el petróleo; por ello, deben incorporarse, entre otros, los antecedentes históricos que paso a paso fueron formándola, junto al **argumento interpretativo denominado teleológico, que estriba en la justificación de la atribución de un significado apegado a la finalidad del precepto, por entender que la norma es un medio para un fin. La explotación del petróleo en forma exclusiva por el Estado mexicano, regulada por el artículo 27 constitucional, tiene como finalidad sustancial el desarrollo integral de la nación sobre el cual existe un interés público que aterriza en el deseo social de lograr un beneficio común derivado de esa explotación, y ese interés colectivo constituye un conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de la nación y que deben ser inexcusablemente protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado. El argumento teleológico, se sustenta en la idea de que el legislador estuvo provisto de ciertos fines (Estado social de derecho), y el medio**

para alcanzar esos fines fue la norma, por lo que ésta deberá ser interpretada teniendo en cuenta esos fines, esto es la interpretación de la ley debe tener como base que todos los elementos del texto legal están destinados a producir efectos específicos prácticos y coherentes, como resulta ser el precitado bienestar colectivo que debe derivar en un importante y evidente desarrollo económico que genera la explotación del petróleo, de ahí que se insista que en la interpretación del artículo 27 constitucional vigente, se debe considerar el argumento histórico y, por lo tanto, tomar en cuenta que la reivindicación de los derechos de la nación sobre el petróleo fueron el resultado de un movimiento social proyectado a través del tiempo que se inició con la promulgación de la Constitución de mil novecientos diecisiete, y continuó con una serie de medidas legislativas que se suceden en los gobiernos de la Revolución y concluye, en su primera etapa, con el decreto expropiatorio de dieciocho de marzo de mil novecientos treinta y ocho. Así puede concluirse que sobre la institución jurídica del “dominio” utilizada en el artículo 27 constitucional, para establecer que la nación la tiene sobre el petróleo, está tutelada tanto por el órgano legislativo histórico como el contemporáneo, y su existencia no es para atender intereses particulares, sino públicos, pues el dominio eminente del Estado, consiste en la potestad soberana de éste sobre su territorio, y es un poder supremo sobre el territorio correspondiente, constituyendo así el poder de disponer directa e inmediatamente sobre la cosa objeto de aquel derecho; **es por ello, que el Estado, por conducto de sus órganos legalmente competentes, en tratándose de la explotación del petróleo y sus derivados, no está limitado a celebrar actos administrativos, sino también puede celebrar todo tipo de actos jurídicos incluyendo los mercantiles que tengan por finalidad la explotación adecuada de ese recurso natural, para beneficio de la colectividad, siempre y cuando no enajene el dominio que de ellos tiene, ni pierda el control sobre la explotación del recurso;** de modo que si no se demuestra que exista un acto jurídico cuyo contenido contravenga esa disposición constitucional que debe ser un principio rector de la actividad estatal no hay nulidad que la autoridad judicial competente deba declarar.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 733/2004. Distribuidora Central de Diesel de Vallarta, S. A. de C. V. y otros. 10 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Óscar Rolando Ramos Rovelo.

Debido a que casi ninguna ley sirve tan sólo a un interés, sino a varios, en cada caso se deben valorar o ponderar los objetivos concurrentes que persigue la ley, para conceder en su aplicación mayor importancia a la realización de un objetivo sobre los otros.¹⁰⁰ De entre varias interpretaciones posibles, el

método teleológico manda escoger la que realice de mejor forma todos los objetivos de la ley.

Si atendiendo a los fines de la ley fuera imposible obtener una decisión satisfactoria, se requeriría remontarse a los fines del derecho y, en especial, a los principios jurídicos. De esta forma, se puede decir que los fines más importantes del derecho son la paz y la justicia, por lo que a ellos hay que recurrir al interpretar cualquier norma jurídica.¹⁰¹

En la valoración de los fines del derecho o de la ley, en un caso particular, se deben considerar de manera especial los efectos reales. Cuando éstos son positivos en su comparación con los objetivos que motivaron una ley, se puede estimar que la interpretación teleológica resulta adecuada. Si bien es cierto que la valoración de las consecuencias de la aplicación de una ley le corresponde en primer lugar al legislador, una segunda valoración de las mismas le corresponde al juzgador, sin que esto signifique una intromisión del juez en las competencias del legislador.¹⁰²

Las competencias judiciales implican, por lo mismo, una libre valoración de la prueba y un libre uso de los criterios y métodos de interpretación de la ley. Y esto es relevante debido a que los fines que motivaron el nacimiento de una ley no pueden quedar petrificados en el tiempo; más bien, se debe valorar qué función razonable presentan dichos fines en el momento de su aplicación. Esto se debe a que la norma se encuentra de manera permanente en el contexto de las relaciones sociales y de las concepciones sociales y políticas en las que debe surtir sus efectos, de tal forma que su contenido cambia cuando las circunstancias de su aplicación evolucionan. Esto vale sobre todo cuando entre la fecha de iniciación en vigor de una ley y la de su aplicación cambian las relaciones de vida y concepciones jurídicas tan radicalmente como sucedió entre el siglo XX y la primera década del presente.¹⁰³

La valoración de las consecuencias comienza con un pronóstico de ellas. Siempre se debería comenzar en la interpretación teleológica con la pregunta: ¿con qué consecuencias de hecho se puede contar si la ley se aplica en cierta forma? Y asimismo con la cuestión anexa: ¿cómo serían las consecuencias si la decisión se tomara en otro sentido?

En segundo término, se valoran las consecuencias de donde resultan fundamentos a favor o en contra de determinada interpretación. Consecuencias deseadas pueden ser la disminución de los consumos de alcohol o de tabaco, la eliminación de conductas delictivas o contrarias al derecho, el mantenimiento de la capacidad de funcionamiento del Estado y la protección de las clases desprotegidas. Consecuencias no deseadas son la inseguridad jurídica, el mal uso del derecho, etc. Un argumento necesario que se relaciona con las consecuencias no deseables es el llamado *argumentum ad absurdum*.¹⁰⁴ Así, una interpretación teleológica es correcta cuando la misma

es practicable y controlable.

En el derecho europeo y en el derecho internacional público, dentro de la interpretación teleológica resulta adecuado recurrir a los principios de “facultades implícitas” —*implied powers*— y de “efecto útil” —*effet utile*—. Esto es, la interpretación se debe concentrar en la búsqueda de soluciones que permitan producir los efectos que los autores de la norma quisieron que se produjeran. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fundamentado los efectos inmediatos de sus directivas en el principio del “efecto útil”.¹⁰⁵

Por otra parte, cuando una ley persigue consecuencias financieras, deben traerse a consideración los aspectos económicos. Así, deben tomarse en cuenta cuando se trata de evitar ciertas consecuencias, si los costos y cargas económicas necesarias se encuentran en una relación razonable con los daños previsibles. La denominada *teoría del análisis económico del derecho* exige que las normas jurídicas se interpreten según los parámetros de la eficiencia económica.

Las interpretaciones teleológicas no deben justificarse por medio de argumentos de tipo exclusivamente político, como sería el Plan Nacional de Desarrollo o la declaración de principios de un partido político, etc. Tampoco con argumentos de tipo exclusivamente económico. En cambio, esas interpretaciones deben basarse en argumentos donde predomine el criterio de justicia.

La interpretación teleológica trae como consecuencia que el texto pase a segundo término. Esto se debe a que si la norma se promulga para alcanzar un determinado fin, es preciso que la interpretación pueda ser competente para atribuirle a la ley el sentido que resulte más idóneo para la realización de dicho fin. Las necesidades del momento en que se aplica la ley pueden haber provocado que el objetivo de la ley no se deje encuadrar por el texto que se redactó para facilitar su realización, lo que requiere superar las palabras estrictas de la ley para permitir la realización de sus objetivos.

Por ejemplo, en el estado de Nueva York, desde la década de 1980 los tribunales familiares han modificado el concepto legal de relación familiar, la cual sólo se deja acreditar por un documento oficial, que bien puede ser un acta del estado civil o una sentencia, para dar paso a un concepto funcional de familia que, más allá de los documentos que de manera oficial establezcan la relación familiar, reconozca el vínculo familiar que se genera cuando las personas efectivamente funcionan como si estuvieran dentro de una relación familiar tradicional. Esto se logra mediante la aplicación de un test al que se conoce como *test de equivalencia funcional*. De esta manera, se han reconocido vínculos de paternidad entre un hombre y el hijo de su pareja, y vínculos de matrimonio entre parejas no casadas, etcétera.^{106 107}

Cuando los objetivos de un acuerdo se establecen de manera expresa en el mismo, la interpretación teleológica funciona de manera conjunta con la sistemática. De igual forma, en ciertas ocasiones, el método de interpretación teleológica se debe utilizar en forma conjunta con el método de interpretación genética, pues para advertir cuál es el objeto, motivo o fin relevante de la ley, se debe indagar de modo previo cuáles fueron las causas que motivaron la existencia de la ley y los propósitos particulares del legislador al emitirla. Enseguida se transcribe como ejemplo de este último caso una tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

No. Registro: 196,537, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, VII, Abril de 1998, Tesis: P. XXVIII/98, Página: 117.

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. **Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico.**

Amparo en revisión 2639/96. Fernando Arreola Vega. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de marzo en curso, aprobó, con el número XXVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Una característica especial del método de interpretación teleológico es que se le suele atribuir una mayor jerarquía con respecto a los otros métodos de interpretación.¹⁰⁸ De esta forma, en caso de contradicción entre los

resultados interpretativos del método teleológico y aquellos a los que se llegue utilizando otro tipo de métodos interpretativos, prevalecen los de aquél. Así, por ejemplo, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁰⁹ ha decidido:

Dos elementos debe tener en cuenta el juzgador al interpretar la ley: el texto o sentido gramatical de las palabras, y la intención o propósito que llevaron al legislador a dictarla. Claro que cuando el sentido gramatical va enteramente de acuerdo con el fin que se persigue, no habrá duda sobre la aplicación de la ley; **pero si examinados los propósitos del legislador, se encuentra una palpable contradicción entre estos propósitos y el aparente significado de las palabras empleadas, todo hace suponer que esta significación no es real, y debe procurarse preponderantemente descubrir cuál fue la voluntad manifestada en el precepto legal, ya que, de acuerdo con ella, es como debe decidirse la controversia.**

Por su parte, la Suprema Corte de Estados Unidos ha establecido en el caso *U.S. v. American Trucking Associations*:

El lenguaje debe ser tomado en cuenta de tal manera que se dé efecto a la intención del Congreso... En efecto, no existe mayor evidencia persuasiva del efecto de la ley, que las palabras que la legislatura utilizó para dar expresión a sus deseos... A menudo las palabras resultan suficientemente claras... En tales casos nosotros debemos darles su significado ordinario. **Cuando el significado nos conduce a un resultado absurdo o fútil, este tribunal ha visto más allá de las palabras a los propósitos de la ley.**¹¹⁰

6.2.8.7. Método histórico

El método de interpretación histórica es el que analiza un texto normativo en el desarrollo de su aplicación práctica. Para definir el alcance de la interpretación histórica, se debe diferenciar entre *a)* la prehistoria, *b)* el surgimiento histórico y *c)* el desarrollo histórico de la ley.

a) La *prehistoria* de la ley es aquella que se relaciona con hechos anteriores al proceso legislativo, pero que han dado motivo al nacimiento de la ley. Aquí se vincula la interpretación con el análisis de las denominadas *fuentes reales del derecho*, esto es, con los factores o elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas.

b) El *surgimiento histórico* de la ley comprende el análisis de la historia del surgimiento parlamentario de un texto legal. Esta historia legislativa queda registrada en una serie de documentos a los que en su conjunto se les denomina *materiales* y dentro de los que se encuentran la iniciativa, exposición de motivos, diario de debates, dictámenes de comisiones, etc. Objeto del análisis de la interpretación histórica son sólo los puntos de vista que los participantes en el proceso legislativo han hecho valer y tal como han quedado

registrados en los materiales legislativos. El surgimiento histórico de la ley se analiza mediante el método genético.

c) Finalmente, el *desarrollo histórico* significa que para la interpretación también resulta relevante la evolución que ha experimentado la significación de la ley desde su entrada en vigor hasta la actualidad. De dicha evolución queda testimonio tanto en la jurisprudencia como en la literatura. Este fenómeno es el objeto de análisis en la interpretación histórica, propiamente hablando.

Con este método de interpretación se busca evitar consecuencias jurídicas indeseadas, con ayuda de la experiencia que aportan los criterios de interpretación de la misma ley y que se han adoptado durante su vigencia en la misma jurisdicción a la que dicha ley pertenece. De esta forma, el intérprete debe analizar los criterios interpretativos que en el pasado han utilizado los tribunales para aplicar la misma norma que se pretende aplicar en el presente y considerar cuáles han sido los efectos jurídicos no deseados que se han producido por aplicar este o aquel criterio interpretativo, para así evitar volverlo a adoptar en el futuro.

6.2.8.8. Método de derecho comparado

El método de interpretación de derecho comparado permite considerar en la interpretación de una disposición nacional la jurisprudencia de una jurisdicción extranjera. Esto es posible debido a que las regulaciones nacionales con frecuencia han tomado como modelo a cuerpos normativos extranjeros. De esta forma, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* ha tomado como modelo la Constitución de Estados Unidos, y los códigos civiles mexicanos el Código Civil de España. Así, existen disposiciones entre ambas legislaciones que, en la práctica, son iguales, por lo que puede resultar oportuno considerar en la interpretación de las disposiciones nacionales las sentencias de sus correspondientes normas extranjeras.

Esto sirve sólo para aprovechar la experiencia extranjera y evitar adoptar criterios interpretativos que en el extranjero han traído consecuencias jurídicas indeseadas. De ninguna manera esto implica que la jurisprudencia extranjera resulte obligatoria para los tribunales nacionales, pues en todo caso su valor es meramente persuasivo. De esta forma lo han resuelto los tribunales federales mexicanos en conocida tesis, que enseguida se transcribe:

DERECHO COMPARADO. LAS AUTORIDADES NO ESTAN OBLIGADAS A RESOLVER CON APOYO EN EL. Conforme a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, las autoridades encargadas de la administración de justicia están obligadas a resolver conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la legislación sustantiva vigente y, a falta de ésta, en los principios generales del derecho, los que en ninguna forma comprenden el derecho comparado, cuya disciplina

está considerada como fuente del derecho mexicano, que estudia a los diversos sistemas jurídicos existentes, a efecto de determinar las semejanzas y diferencias entre éstos y que, en su caso, permitiría una mayor comprensión del derecho nacional, pero de ninguna manera resulta jurídico exigir a los juzgadores que resuelvan con apoyo en esa ciencia, porque no existe sustento legal que los faculte a ello.

Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo: V, Enero de 1997; Tesis: XXII.16 K; Página: 456.

6.2.8.9. Funciones y jerarquía de los métodos

Los diferentes métodos de interpretación cumplen diversas funciones. De esta forma, los métodos literal y genético se caracterizan por la vinculación de lo decidido a la ley y a la voluntad del legislador. Los métodos histórico y comparativo, por su parte, posibilitan la consideración de la experiencia jurídico-práctica en tiempos pasados o en otras jurisdicciones. El método sistemático sirve para mantener al orden jurídico libre de contradicciones. Por último, el método teleológico abre la posibilidad de hacer valer argumentos generales de tipo racional-prácticos.¹¹¹

El resultado interpretativo al que arribamos mediante el uso de métodos de interpretación diverso nos puede conducir a distintas soluciones para el mismo caso. De esto se deriva una doble inseguridad: por un lado, un método nos lleva a una solución y otro nos conduce a otra; por otro lado, diferentes métodos de interpretación se pueden utilizar para motivar diferentes resultados. Esto obliga a establecer una jerarquía de los diferentes tipos de métodos, que puede quedar como sigue:

1. El método teleológico prevalece sobre los demás.
2. Los métodos que analizan el texto de la ley —literal y sistemático— o la voluntad histórica del legislador —genético— prevalecen sobre aquellos que se basan en la simple razón.
3. Los métodos que consideran la experiencia —histórico y comparado— son los de menor valor.

6.3. La dogmática jurídica

La dogmática jurídica es el conjunto de conocimientos válidos sobre las diversas ramas prácticas y disciplinas teóricas del derecho. La dogmática ha sido creada y es cultivada por especialistas, quienes se han dado a la tarea de ordenar y sistematizar los contenidos normativos, los criterios sobre la aplicación de las normas jurídicas que llevan a cabo los tribunales y los principios e ideas que le sirven de fundamento al derecho.

Para cada especialidad del derecho existen autores denominados *clásicos*,

cuyas ideas han servido como pauta para estudiar y trabajar con las normas y los principios jurídicos. Así, por ejemplo, en el derecho civil las obras de Justiniano o Savigny; en el derecho penal, las obras de Carrara; en el derecho constitucional, las aportaciones de Madison, Hamilton y Jay; en el derecho internacional, las contribuciones de Grocio, Vitoria y Verdross, etc., son las concepciones teóricas que le han dado forma y estructura al conocimiento jurídico.

La dogmática jurídica, a la que también se ha denominado *ciencia del derecho*, proporciona conceptos, definiciones y clasificaciones cuyo propósito inmediato es facilitar el conocimiento jurídico para los futuros especialistas del derecho. Pero la sistematización, concreción y abstracción que caracterizan los conocimientos que proporciona la dogmática jurídica han llegado a ser muy útiles también para los especialistas prácticos. Y esto no nada más para los operadores del derecho que trabajan en la aplicación de las normas jurídicas vigentes, sino también para aquellos operadores que diseñan el contenido de las normas y de los sistemas jurídicos. Es más, bien se puede decir que quienes organizaron al sistema jurídico neorrománico o *Civil Law* fueron profesores universitarios cultivadores de la dogmática jurídica.

Precisamente debido a la gran importancia que en un sistema jurídico neorrománico ha jugado la dogmática, ésta se ha convertido en una fuente invaluable de argumentos regulares con base en los cuales los jueces, abogados, legisladores, etc., justifican sus decisiones y sus pretensiones jurídicas. Esto se puede ejemplificar con la siguiente tesis de los tribunales federales mexicanos:

No. Registro: 189,723, Tesis aislada, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIII, Mayo de 2001, Tesis: 2a. LXIII/2001, Página: 448.

DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS. En el sistema jurídico mexicano por regla general, no se reconoce formalmente que la doctrina pueda servir de sustento de una sentencia, pues el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las reglas respectivas, en su último párrafo, sólo ofrece un criterio orientador, al señalar que “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”; mientras que en su párrafo tercero dispone que “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.” **Sin embargo, es práctica reiterada en la formulación de sentencias, acudir a la doctrina como**

elemento de análisis y apoyo, así como interpretar que la regla relativa a la materia penal de carácter restrictivo sólo debe circunscribirse a ella, permitiendo que en todas las demás, con variaciones propias de cada una, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad como propia de los juicios del orden civil. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior y que la función jurisdiccional, por naturaleza, exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento, considerando que todo sistema jurídico responde a la intención del legislador de que sea expresión de justicia, de acuerdo con la visión que de ese valor se tenga en el sitio y época en que se emitan los preceptos que lo vayan integrando, **debe concluirse que cuando se acude a la doctrina mediante la referencia al pensamiento de un tratadista e, incluso, a través de la transcripción del texto en el que lo expresa, el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, debe analizar, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen.**

Amparo directo en revisión 1124/2000. Abel Hernández Rivera y otros. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Minerva Cifuentes Bazán.

6.4. La jurisprudencia

El término *jurisprudencia* —*sabiduría del derecho*— originalmente fue utilizado en el derecho romano —*iurisprudentia*— para significar “el conocimiento pleno del derecho... utilizado prudentemente para resolver en forma eficaz una cuestión o problema determinado”.[112](#)

En una denominación más moderna, que se restringe al ámbito de la praxis judicial, por jurisprudencia se entiende el conjunto de decisiones precedentes que en una determinada jurisdicción funcionan como criterios para guiar el sentido de las decisiones judiciales futuras. En este sentido, el concepto de jurisprudencia adquiere relevancia para la argumentación jurídica.

En el derecho se discute si la jurisprudencia es fuente del derecho, en virtud de que crea criterios de decisión con valor general y abstracto, o sólo constituye un medio para identificar, aclarar, precisar y flexibilizar la norma jurídica vigente. A pesar de que a este respecto la doctrina se encuentra dividida, en la actualidad se suele pensar que la jurisprudencia es una auténtica y real fuente del derecho.[113](#)

6.4.1. La obligación de respetar los precedentes judiciales

Cualquier sistema jurídico que funcione total o parcialmente con base en precedentes judiciales se fundamenta en una norma básica que prescribe la obligación a cargo de los jueces de acatar las decisiones anteriores cuando conozcan de casos similares, aun cuando a ellos en lo personal no les parezca razonable. En este caso se habla de que los precedentes son vinculantes *de iure*. Si en cambio los precedentes se observan sólo como fuente de razonamiento y de argumentación jurídica sin que exista una obligación jurídica de obedecerlos, se habla de que los precedentes son vinculantes *de facto*.[114](#)

La norma en que se fundamenta la obligatoriedad del precedente puede ser legal o meramente convencional. Así, por ejemplo, en los países que pertenecen a la familia jurídica del *Common Law* dicha obligación, a la que se conoce como la doctrina del *stare decisis*, sólo se fundamenta en convenciones que provienen de la tradición, mas no en disposiciones escritas claras, ni legales, ni constitucionales. Asimismo, los jueces de estos países no se obligan a observar los precedentes cuando protestan el debido cumplimiento del cargo. Pero de que se trata de una obligación lo atestigua la decisión de la Corte Suprema de California en el caso *Moradi-Shalal v. Fireman's Fund Ins. Companies* (46 Cal. 3d 287, 296, 1988), pues en la misma ha decidido:

es una regla básica de la jurisprudencia que los precedentes aplicables deben ser acatados, aun para el caso que si la causa hubiera sido nuevamente resuelta, el juez hubiera decidido de manera diferente.

En cambio, en México la obligación de respetar la jurisprudencia se encuentra establecida en los arts. 105, fracc. I, y 107, fracc. XIII, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; en los arts. 192 a 194, 197 y 197 A de la *Ley de Amparo*, y 42 y 43 de la *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

La obligación de respetar la jurisprudencia, que como hemos visto puede ser de carácter legal o convencional, implica dos deberes concretos del juez: por una parte, reconocer la obligatoriedad que para casos futuros adquieren los criterios de decisión incorporados en una sentencia; por la otra, la limitación de los efectos de la sentencia con base en la jerarquía del tribunal que la emitió.

En cuanto a la obligatoriedad de la sentencia para casos futuros, la misma se suele fundamentar en los principios de certeza, predictibilidad y estabilidad propios de un sistema jurídico. Así lo estableció la Suprema Corte de Estados Unidos en su sentencia en el caso *United States v. Washington*,[115](#) cuando sostuvo que la política de seguir los precedentes se basa en la idea de que la certeza, la predictibilidad y la estabilidad en el derecho son algunos de los

objetivos más importantes de un sistema jurídico. Según la Corte, esto contribuye a que las partes puedan regular sus conductas y entablar relaciones conforme a un sistema jurídico seguro y razonable que rijan la situación correspondiente.

Una decisión anterior llega a valer como un precedente obligatorio cuando el caso decidido debe ser tomado en consideración para las decisiones de futuros casos. Esto supone que el caso decidido encierra una razón de decisión abstracta —*ratio decidendi*—, que en México se conoce como criterio y a la que en Inglaterra se ha denominado *rule o principle*.

Además, como fundamento de la obligación de atenerse a las decisiones precedentes correspondientes, se sostiene en Inglaterra que los jueces superiores, a quienes incluso se denomina “su majestad el juez” —*Her Majesty’s Judges*—, se encuentran en un contacto inmediato con la fuente primaria de todo el derecho. Algo así como si tuviesen un don especial para ver con claridad y trabajar con los principios básicos del derecho. En Estados Unidos, junto a esta idea encontramos también los principios de igualdad y economía como fundamento de la obligación de respetar el precedente.

Sin embargo, la certeza y seguridad jurídica a que responde la obligación de respetar el precedente en ningún sistema jurídico equivale a una inmutabilidad que trascienda de caso a caso y que comprometa a que una decisión antigua se mantenga eternamente como objeto de obediencia por parte de los jueces. Más bien, dicha obligación permite que los criterios de decisión se vayan adecuando a las necesidades de futuros casos. En la sentencia del caso *Martin v. Waddell’s Lessee*,¹¹⁶ la Suprema Corte de Estados Unidos ha precisado esto:

... El verdadero punto a ser precisado es en qué medida la decisión es derecho establecido, si ha sido adoptado y aceptado como parte de su derecho no escrito. Existen dos ámbitos de derecho no escrito en relación con este punto. 1. Aquellas doctrinas antiguas y bien establecidas sobre lo que no se puede controvertir y las que nunca pueden ser modificadas o cambiadas sin interferencia del legislativo, tal como lo es el derecho de los descendientes. 2. Decisiones de casos que se presentan constantemente atendiendo las nuevas combinaciones de circunstancias. Es precisamente por cuanto hace al segundo ámbito que aplica la regla. Sin embargo, éstas cuando no funcionan bien ocasionalmente serán modificadas. Esta flexibilidad está hecha para armonizarse con la estabilidad resultante de la aplicación de tal regla. El poder de reconsiderar y remodelar las decisiones debe ser ejercido con gran cautela y delicadeza. Una vez emitidas deliberadamente las decisiones deben ser consideradas como parte del derecho establecido, a pesar de alguna interferencia ocasional de la regla. Una desviación ocasional no altera el carácter de una norma fija...

En Inglaterra el máximo tribunal, la House of Lords, desde el siglo XIX se ha sentido obligado por sus propias decisiones, lo que no implica que en casos excepcionales no las cambie. En una famosa decisión de 1966,¹¹⁷ dicho tribunal estableció:

Una adhesión rígida al precedente probablemente conduzca a injusticias si se le aplica en un caso particular y restrinja indebidamente el desarrollo del derecho. Por lo mismo, los jueces proponen modificar su actual práctica consistente en que las decisiones de este tribunal formadas en el curso del tiempo son obligatorias para el mismo, para apartarse de sus decisiones anteriores cuando exista razón para ello.

Como ya se mencionó, el segundo deber de los jueces, derivado de la obligación de respetar la jurisprudencia, tiene que ver con la jerarquía de los tribunales. De esta forma, en una circunscripción jurisdiccional soberana todos los tribunales que dentro de la misma existan se encuentran obligados a respetar las decisiones de los tribunales de superior jerarquía, y en ocasiones, también las emitidas por ellos mismos en el pasado. De esta forma, los criterios o reglas de decisión que son parte de las sentencias deben ser seguidos por los tribunales inferiores, sin importar si a éstos les parecen correctas o falsas. También resulta irrelevante si las decisiones precedentes se aplicaron durante el último año o en el siglo pasado o si el tribunal considera que el criterio de decisión establecido en el precedente ya no resulta adecuado, debido a que las circunstancias sociales han cambiado o a cualquier otra razón.

De esta forma, en su decisión en el caso *Agostini v. Felton*, del 23 de junio de 1997, la Suprema Corte de Estados Unidos le reprochó a la Corte de Apelación que, en su decisión en segunda instancia de la misma causa,¹¹⁸ haya desconocido el precedente obligatorio de la Suprema Corte y precisó que las cortes inferiores deben seguir los precedentes, debiendo asimismo respetar la prerrogativa exclusiva de la Suprema Corte de poner fuera de vigor —*overruling*— sus propias decisiones.

Hay dos modalidades de la obligación del respeto a las decisiones de sólo ciertos tribunales: la del contexto vertical y la del contexto horizontal. El primero aplica cuando un tribunal de inferior jerarquía queda obligado a respetar como obligatorias sólo las decisiones de los tribunales superiores. Sin el contexto vertical de esta obligación, en un sistema jurídico el respeto a los criterios incorporados en las decisiones quedaría al arbitrio y capricho de cada juez y el derecho sería impredecible y carente de certeza. Si las cortes inferiores no respetaran las decisiones de las superiores, sería imposible un Estado de derecho.

En consecuencia, en un sistema jurídico donde los precedentes son obligatorios se requiere que las decisiones de los tribunales superiores sean

vinculantes, por lo menos, para los tribunales inferiores. En México y en Estados Unidos generalmente sólo aplica la obligación de respeto al precedente en su contexto vertical. Esto debido a que se estima que una aplicación generalizada del contexto horizontal llevaría a limitar la oportunidad de corregir errores del pasado y considerar los especiales factores sociales implicados en los nuevos casos.

Las decisiones emitidas por tribunales de superior jerarquía seguirán siendo obligatorias para los tribunales de inferior jerarquía hasta en tanto las mismas sean puestas fuera de vigor. Una sentencia o grupo de sentencias puede ser puesta fuera de vigor por otra decisión posterior del tribunal que la emitió. También la fuerza obligatoria de las decisiones puede ser puesta fuera de vigor por una ley. Las decisiones de los tribunales inferiores carecen de valor para los tribunales superiores. De lo aquí dicho queda claro que el funcionamiento de la norma de respeto a los precedentes en un sistema de derecho nacional presupone un conocimiento profundo de la jerarquía de los tribunales.

La modalidad del contexto horizontal de la obligación de respetar el precedente se presenta cuando un mismo tribunal se encuentra obligado por sus propias decisiones anteriores. Este es el caso del derecho de Inglaterra. En el contexto horizontal, para que los criterios pierdan valor como precedente se requieren nuevas decisiones de tribunales superiores o una ley nueva que establezca algo contrario a lo que regula el precedente.

6.4.2. La fuerza jurídica del precedente

Cuando se trabaja con un precedente, hay que buscar el criterio de decisión aplicable mediante un razonamiento inductivo que va de lo particular a lo general.¹¹⁹ Esto trae como consecuencia que los efectos jurídicos de los precedentes en relación con otros casos queden condicionados al reconocimiento expreso que se haga de los mismos para casos futuros.

La obligatoriedad de un precedente provoca efectos hacia el futuro, esto es, posteriores a la emisión de la sentencia que fija el criterio jurídico a seguir. Por esta razón, la Constitución de México establece en la fracc. XIII del art. 107 que la jurisprudencia “no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido contradicción”, esto es, de las sentencias emitidas con anterioridad y que son objeto de una sentencia futura que fija la jurisprudencia.

Para ejemplificar en qué forma funciona la fuerza legal de una sentencia precedente nos referiremos a un caso en Inglaterra. Una persona dispuso en su testamento que de su fortuna se debía pagar una pensión vitalicia libre de impuestos a dos de sus hijos —*annuities*—. Con motivo de una acción hecha valer por uno de los herederos, la Court of Appeal dispuso que el pago de los impuestos que se generaran por dicho ingreso se debiera pagar del propio

patrimonio del mismo —*Re Warring, Westminster Bank v. Awdry*—. ¹²⁰

Con esto concluyó la controversia, pues no existió posibilidad de apelar esta decisión ante la House of Lords, que es el tribunal de última instancia. Cuatro años después la House of Lords decidió en otro caso, en el que se le planteó la misma cuestión, que la decisión de la Court of Appeal no resultaba correcta, por lo que cambió el criterio y privó de fuerza legal a la decisión de este tribunal en el caso *Awdry-Berkeley v. Berkeley*.¹²¹ Posteriormente, el heredero que había hecho valer la acción en el caso *Re Warring, Westminster Bank v. Awdry* le solicitó a la Chancery Division que le permitiera recibir el pago de su pensión conforme a lo resuelto en la sentencia de la House of Lords en el caso *Berkeley*.

Dicho tribunal decidió que para el heredero que había hecho valer su acción en el caso *Re Warring, Westminster Bank v. Awdry* la decisión de la Court of Appeal resultaba obligatoria, sin que importara que en otro caso posterior la House of Lords hubiera decidido en contrario y que hubiera declarado la sentencia de la Court of Appeal fuera de vigor —*overruled*—. Sin embargo, el otro heredero que no había hecho valer aún acción podría intentar obtener ser liberado del pago del impuesto sobre la renta, con base en la decisión de la House of Lords.¹²²

6.4.3. El valor de la sentencia como fuente del derecho

Según la obligación del respeto de los precedentes, la sentencia carece en su total integridad de valor como fuente del derecho; asimismo, sus distintos elementos no tienen el mismo valor. Más bien son sólo las razones básicas de la decisión, esto es, los argumentos jurídicos sobre los que descansa la misma; en otras palabras, los argumentos que resultan obligatorios jurídicamente hablando. Para encontrar el criterio de decisión se deben considerar los argumentos que han servido para la solución jurídica de las cuestiones materia de la litis. Sólo los argumentos jurídicos generales sobre los que se apoya la decisión constituyen la *ratio decidendi*, esto es, las reglas sin las cuales el caso habría sido decidido de otra manera.

De la argumentación jurídica donde se apoya la decisión se derivan los criterios de decisión. Éstos son los principios jurídicos que se deducen del contenido de la sentencia por una decisión posterior, por la doctrina o por medio de una formulación judicial particular, como lo es en México el caso de la tesis, que más adelante analizaremos con todo detalle.

6.4.4. Las decisiones de los tribunales colegiados

Según una antigua tradición, cuando la sentencia se emite por un tribunal con varios jueces, cada juez puede emitir su propia opinión particular. La opinión mayoritaria es aquella con la que se encuentran la mayoría de los

jueces, que ha sido escrita por un juez y a la que se suman la mayor parte de los jueces restantes.

Si uno o varios jueces del tribunal están de acuerdo con el sentido de la decisión, pero en contra de uno o de varios de los fundamentos en que dicha decisión se apoya, él o ellos pueden emitir una opinión concurrente (*concurring opinion*).

Si la opinión particular del juez se encuentra en contra del sentido de la decisión del tribunal, a la misma se le conoce como opinión disidente (*dissenting opinion*). Este tipo de opinión carece de valor como precedente; sin embargo, puede adquirir una autoridad persuasiva (*persuasive authority*) cuando ha sido emitida por un juez con buena reputación y la misma se encuentra formulada de una manera brillante. Este tipo de opiniones pueden servir para preparar el derecho del futuro, debido a que una evolución en la jurisprudencia la mayoría de las veces se origina en una opinión disidente. Es así como se habla de los jueces que han comenzado a introducir mediante sus opiniones los cambios jurídicos del futuro, tal como es el caso de quien fuera el presidente (*Chief Justice*) de la Suprema Corte de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, así como los grandes disidentes (*great dissenters*).

La cuestión de si el poder como precedente de una decisión se ve mermado por una opinión disidente no se puede responder en términos generales. Ésta puede mostrar que es posible encontrar una solución jurídicamente razonable que resulte diferente a la de la decisión precedente, pero también puede demostrar que tal es la fuerza de la decisión como precedente que ameritó la elaboración de una opinión disidente para tratar de refutarla.

Si la conformación del tribunal es tal que resulta posible un empate en la decisión interna, es común que se establezca un juez con un voto de preferencia y que, en caso de empate, su voto decida el sentido de la resolución. En estos casos, el sentido en que se haya emitido cada uno de los votos de los diferentes jueces no tiene efecto alguno en relación con el valor que la decisión tendrá en el futuro como precedente.

6.4.5. La aplicación de la jurisprudencia

La aplicación de la jurisprudencia parte de un razonamiento analógico que permite establecer las diferencias y semejanzas existentes entre el caso que le ha sido planteado al tribunal a conocimiento y el caso que pretende utilizar como precedente.¹²³ Esto resulta necesario, pues un juez sólo puede quedar obligado por las decisiones previas cuando los hechos que le han sido planteados sean, desde un punto de vista jurídico, similares a aquellos que motivaron las decisiones precedentes. Si del análisis de los precedentes resulta que los hechos jurídicamente relevantes entre el caso que se deberá resolver y aquellos que se estudiaron en las sentencias precedentes no son iguales,

entonces el juez no estará obligado a respetar éstas.

Ya que el tribunal, sin importar cuál sea su instancia, puede examinar cada precedente independientemente del resultado a que hayan llegado los otros tribunales, y encontrar diferencias entre el caso precedente y el caso planteado. Mediante la diferenciación de casos se limita el número de resoluciones aplicables a un caso concreto y, por otra parte, se determinan nuevas reglas, pues se determinan los límites de la aplicabilidad de cada caso que ha sido diferenciado de otro. La diferenciación entre sentencias precedentes abre la puerta para establecer una serie de argumentos que permitirán crear nuevos criterios jurídicos para nuevos casos. Los jueces en cada situación examinan si es justificado establecer nuevas diferencias o similitudes entre el caso anterior y los casos futuros.¹²⁴ En términos generales, existen dos tipos de distinciones: la distinción de derecho (*distinguishing in law*) y la distinción de hechos (*distinguishing in fact*).

Como cada juez debe interpretar las decisiones de otros jueces en casos anteriores que resulten similares, puede ocurrir que el juez interprete el precedente de una forma diferente a como la hubiera interpretado el tribunal que emitió la decisión. Así, a la decisión precedente se le cambia su sentido original, si bien es cierto que no de manera esencial, para de esta forma irlo adaptando a las necesidades que establecen nuevos casos.

Bien puede suceder que una decisión del pasado deba ser tomada como caso precedente que fundamente la resolución del nuevo caso. Sin embargo, debido a que el juez que toma la resolución como precedente es de la idea de que para resolver el caso que se le pone a consideración resultan importantes cuestiones legales o situaciones de hecho que no fueron esenciales en el de la sentencia precedente, podría suceder que la interpretación de la sentencia precedente resultara diferente a la que le hubiera dado el tribunal que la emitió. Si, en cambio, entre ambos casos no existen diferencias de hecho, el juez debe seguir el caso precedente. Cuando haya diferencias de hecho, pero que no resultan jurídicamente relevantes, también se debe aplicar el precedente.

Debido a que dos casos nunca son 100% iguales y dentro de los precedentes siempre van apareciendo nuevos grupos de casos, existe la necesidad de que los precedentes se interpreten ya sea de manera restrictiva, ya sea de manera extensiva.

En el derecho jurisprudencial se manifiesta la posibilidad de establecer un supuesto jurídico formulado de manera general y abstracta, tal como los que aparecen en las disposiciones jurídicas de leyes, sólo después de cierto tiempo en que las decisiones sobre casos similares se han mantenido estables. Una regla de este tipo podría ser conceptualizada como una regla de derecho consuetudinario judicial. Un famoso juez de Nueva York, quien más tarde llegó

a ser juez de la Suprema Corte de Estados Unidos, Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938), estableció en su obra *The Nature of the Judicial Process*¹²⁵ de manera clara que:

Los casos no desarrollan sus principios para dar respuesta a las preguntas. Ellos germinan su semilla sólo lenta y dolorosamente. La instancia no nos puede guiar a una generalización para que conozcamos dichos principios tal y como ellos son. Esto no es una tarea fácil. Para decidir al respecto, a menudo requerimos tiempo para madurar en la obscuridad un enunciado jurídico —dicta— que muchas veces se estropea y el que hay que desechar. Dichos enunciados no siempre son etiquetados como tales y no siempre se les puede reconocer su fulgor. Constantemente existe la necesidad, como lo sabe cualquier estudiante de derecho, de separar lo accidental y lo no esencial de lo esencial y de lo inherente.

El desarrollo de los precedentes se puede comparar con el añejamiento del vino: mientras más viejos son mejores. En términos generales, los precedentes ganan durante el transcurso del tiempo en valor y peso.

6.4.6. La jurisprudencia en el derecho mexicano

En el derecho mexicano se conoce como *jurisprudencia* al conjunto de precedentes judiciales a los que la Constitución, la *Ley de Amparo* y la *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, les reconocen el carácter de obligatoriedad para cierto grupo de tribunales.

Conforme a lo dispuesto por el art. 192 de la *Ley de Amparo*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede crear jurisprudencia obligatoria de dos formas: según trabaje en pleno o en salas. Cuando trabaje en pleno el máximo tribunal, sus resoluciones constituyen jurisprudencia “siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros”. En cambio, cuando la Corte trabaja en salas, además de las cinco ejecutorias ininterrumpidas, sólo se requiere el voto de cuatro ministros.

En términos de lo dispuesto por los arts. 192 y 197 de la *Ley de Amparo*, la jurisprudencia de la Suprema Corte también puede crearse por medio de resoluciones que resuelvan contradicción de tesis que sostengan ambas salas del máximo tribunal o de las que emitan los Tribunales Colegiados de Circuito. En este caso, el pleno resuelve sobre la contradicción de tesis que sostengan las salas. Asimismo, son las salas, según su competencia, las que resuelven las contradicciones de tesis entre los Tribunales Colegiados de Circuito.

Otra forma de crear jurisprudencia obligatoria lo es la de los Tribunales Colegiados de Circuito. En este caso, según lo dispuesto por el art. 193 de la *Ley de Amparo*, las sentencias constituirán jurisprudencia “siempre que lo

resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado”.

Asimismo, tal como lo dispone el art. 42 de la *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, constituyen jurisprudencia obligatoria las sentencias que dicte la Suprema Corte en controversias constitucionales aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos, “cuando versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados”; cuando se trate de controversias entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; el Poder Ejecutivo y cualquiera de las Cámaras del Congreso o de la Comisión Permanente; asimismo, cuando la controversia sea entre dos poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; o finalmente, cuando la controversia sea entre dos órganos del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

La obligatoriedad de la jurisprudencia en México sólo surte efectos verticales. Esto se debe a que el tribunal que la forma no queda sujeto por la misma y sólo los tribunales inferiores deben obedecer la que emitan los tribunales de una jerarquía superior a la que ellos ostentan. De esta forma, sin importar cuál sea la modalidad de la jurisprudencia obligatoria, la que emite el pleno de la Suprema Corte no resulta obligatoria para él mismo, sólo para sus salas, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares, los Tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal y los Tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales (art. 192 de la *Ley de Amparo*).

Por su parte, la jurisprudencia que forman las salas no resulta obligatoria ni para el pleno ni para ellas, sólo para los siguientes: los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares, los Tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal; y los Tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales (art. 192 de la *Ley de Amparo*).

Finalmente, la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito no resulta obligatoria ni para el pleno de la Suprema Corte, ni para sus Salas, ni para los mismos Tribunales Colegiados; ésta es obligatoria sólo para los Tribunales Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares, los Tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal y los Tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales (art. 193 de la *Ley de Amparo*).

Para efectos de la argumentación de sus resoluciones por parte de las autoridades, es fundamental el hecho de que la existencia de una

jurisprudencia obligatoria no exime al tribunal de la carga de la argumentación de sus decisiones. Así lo han establecido los Tribunales Colegiados de Circuito en conocida tesis de jurisprudencia, al establecer que la existencia de una jurisprudencia “de ninguna manera autoriza al tribunal *ad quem* a dejar de observar el principio de legalidad que consagra el artículo 16 constitucional, esto es, que todo acto de autoridad que constituya un acto de molestia debe estar debidamente fundado y motivado”.¹²⁶

Asimismo, es importante para la argumentación jurídica el hecho de que la fundamentación y motivación que manda el art. 16 de la Constitución, como condición de validez de los actos de autoridad, se pueden llevar a cabo con base en una jurisprudencia. Así lo ha precisado el pleno de la Suprema Corte:

Registro IUS: 191112. Localización: Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XII, Septiembre de 2000, p. 8, tesis P./J. 88/2000, jurisprudencia, Común.

JURISPRUDENCIA. SU TRANSCRIPCIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN SUS RESOLUCIONES, PUEDE SER APTA PARA FUNDARLAS Y MOTIVARLAS, A CONDICIÓN DE QUE SE DEMUESTRE SU APLICACIÓN AL CASO. Las tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, y las que dictan los Tribunales Colegiados de Circuito, dentro de sus respectivas competencias, son el resultado de la interpretación de las normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los tratados internacionales, leyes federales, locales y disposiciones reglamentarias y, al mismo tiempo constituyen normas de carácter positivo obligatorias para los tribunales judiciales o jurisdiccionales, en términos de lo dispuesto en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, y 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, como el artículo 16 constitucional obliga a toda autoridad a fundar y motivar sus resoluciones, debe estimarse que la sola transcripción de las tesis jurisprudenciales no es suficiente para cumplir con la exigencia constitucional, sino que es necesario que el órgano jurisdiccional asiente las consideraciones lógicas que demuestren, cuando menos, su aplicabilidad al caso concreto independientemente de que, de ser necesario, el juzgador complementa la aplicación de los criterios jurisprudenciales en que se apoye, con razonamientos adicionales que aseguren el cumplimiento de la referida garantía constitucional.

Precedentes: Contradicción de tesis 17/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito y el criterio sostenido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 12 de junio de 2000. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl García Ramos.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy cinco de septiembre en curso, aprobó, con el número 88/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a cinco de septiembre de dos mil.

Por otro lado, la jurisprudencia puede ser de tres tipos: *a)* confirmatoria de la ley, *b)* supletoria y *c)* interpretativa. Son *confirmatorias* la que “ratifican lo preceptuado por la ley”, la *supletoria* “colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa”, en tanto que “la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador”.¹²⁷ De entre estos tres géneros los tribunales federales estiman que la jurisprudencia más importante sería la supletoria, tal como lo establece conocida tesis:

Registro IUS: 223936. Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, Enero de 1991, p. 296, Aislada, Común.

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE. La jurisprudencia tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador, adecuando la norma al caso concreto, toda vez que en muchas ocasiones las circunstancias de hecho están dando opciones distintas a lo establecido en un precepto legal. La Suprema Corte y los tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudia aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito. Precedentes: Amparo directo 399/90. María Lourdes Monroy y otro. 7 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretaria: Ma. del Carmen Prado Carrera.

6.4.6.1. Interrupción y modificación de la jurisprudencia

En términos de lo dispuesto por el art. 194 de la *Ley de Amparo*, la jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.

Cuando se interrumpe, la jurisprudencia pierde todo efecto jurídico, por lo que, a diferencia de las normas legislativas, ya no seguirá rigiendo sobre las situaciones jurídicas que se crearon bajo su vigencia. Esto es, las antiguas jurisprudencias no quedarán protegidas por el principio de la irretroactividad, tal como lo reconoce una antigua tesis de la Suprema Corte Justicia de la Unión:

Registro IUS: 366278. Localización: Quinta Época, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXXX, p. 482, aislada, Administrativa,

Constitucional.

JURISPRUDENCIA, APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA. El artículo 14 constitucional prohíbe únicamente la aplicación retroactiva de las leyes, pero no la aplicación de ejecutorias o jurisprudencia a casos que tuvieron realización bajo la existencia de una jurisprudencia y se resuelven bajo la existencia de distinta jurisprudencia o cuando por nuevas ejecutorias ha variado el criterio que se venía sustentando, porque la última interpretación que la Suprema Corte dé a un precepto legal es la que debe tenerse como correcta, siempre que se trate de aplicarlo en los fallos que se pronuncien y que se refieran a actos regidos por tal precepto en el tiempo en que se realizaron.

Precedentes: Amparo directo 3638/56. Secretario de Educación Pública. 14 de noviembre de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebollo F.

Por otra parte, el art. 194 de la *Ley de Amparo* deja en claro que resulta más fácil interrumpir los efectos de la jurisprudencia que crearla, puesto que con una única decisión por mayoría calificada se puede dar por terminada una jurisprudencia que, con excepción de la jurisprudencia por contradicción de tesis y la jurisprudencia en controversias constitucionales, se formó mediante varias decisiones. Con esto, se garantiza la flexibilidad y adaptabilidad a las nuevas circunstancias que un sistema jurídico moderno requiere.

En cambio, para modificar la jurisprudencia existente se deben aplicar "las mismas reglas establecidas... para su formación". De esta forma, una modificación de jurisprudencia sería de hecho una nueva jurisprudencia. Así, se pretende dotar de estabilidad a la jurisprudencia que en la concepción de los tribunales debería seguir teniendo vigencia.

6.4.6.2. Publicación y organización de la jurisprudencia

Como hemos visto, para su plena realización cualquier sistema de jurisprudencia supone una buena sistematización y una ordenada y periódica publicación. En el derecho mexicano el art. 195 de la *Ley de Amparo* precisa las características de la forma en que se publica la jurisprudencia:

Artículo 195. En los casos previstos por los artículos 192 y 193, el Pleno, la Sala o el Tribunal Colegiado respectivo deberán:

I. Aprobar el texto y rubro de la tesis jurisprudencial y numerarla de manera progresiva, por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales;

II. Remitir la tesis jurisprudencial, dentro del término de quince días hábiles siguientes a la fecha de su integración, al Semanario Judicial de la Federación, para su publicación inmediata;

III. Remitir la tesis jurisprudencial, dentro del mismo término a que se refiere la fracción inmediata anterior, al Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y a los Tribunales Colegiados de Circuito, que no hubiesen intervenido

en su integración; y

IV. Conservar un archivo, para consulta pública, que contenga todas las tesis jurisprudenciales integradas por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales y las que hubiesen recibido de los demás.

El Semanario Judicial de la Federación deberá publicar mensualmente, en una gaceta especial, las tesis jurisprudenciales que reciba del Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito, publicación que será editada y distribuida en forma eficiente para facilitar el conocimiento de su contenido.

Las publicaciones a que este artículo se refiere, se harán sin perjuicio de que se realicen las publicaciones mencionadas en el artículo 197-B.

La publicación de la jurisprudencia, sin embargo, no es requisito indispensable para su validez y vigencia, pues lo esencial es que se emitan las decisiones que se requiere para su formación en las condiciones establecidas por la *Ley de Amparo*. De esta forma lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Registro IUS: 187773. Localización: Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, Febrero de 2002, p. 41, tesis 2a./J. 11/2002, jurisprudencia, Común.

JURISPRUDENCIA. CUANDO SE ESTABLECE POR REITERACIÓN, SE CONSTITUYE POR LO RESUELTO EN CINCO EJECUTORIAS COINCIDENTES NO INTERRUMPIDAS POR OTRA EN CONTRARIO, POR LO QUE LA REDACCIÓN, EL CONTROL Y LA DIFUSIÓN DE LAS TESIS CORRESPONDIENTES SÓLO PRODUCEN EFECTOS PUBLICITARIOS. Los artículos 94, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 192, párrafo segundo y 195 de la Ley de Amparo prevén, respectivamente, que la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación; que las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y sean aprobadas, tratándose de las del Pleno, por lo menos por ocho Ministros, o por cuatro Ministros, en el caso de las emitidas por las Salas; así como las reglas relativas a la aprobación del texto y rubro de las tesis jurisprudenciales y los requisitos para su publicidad y control, por lo tanto, la redacción, el control y la difusión de las tesis correspondientes, sólo tienen efectos publicitarios, mas no constituyen requisitos para la formación de los criterios de observancia obligatoria.

Precedentes: Amparo en revisión 120/2000. Embotelladora Lagunera, S. A. de C. V. 4 de agosto de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 599/2000. Inmobiliaria Operativa, S. A. de C. V. 4 de agosto de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 736/2000. Embotelladora Moderna, S. A. de C. V. 4 de agosto de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Competencia 271/2001. Suscitada entre el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. 18 de enero de 2002. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer.

Competencia 284/2001. Suscitada entre los Tribunales Colegiados Quinto en Materia Administrativa del Primer Circuito, Noveno de la misma materia y circuito y Tercero en Materia Civil del Séptimo Circuito. 18 de enero de 2002. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

Tesis de jurisprudencia 11/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del ocho de febrero de dos mil dos.

6.4.6.3. Invocación de la jurisprudencia

Cuando sea necesario utilizar la jurisprudencia como base de nuestros argumentos con el propósito de justificar pretensiones o decisiones jurídicas, se deberá atender a lo que establece el art. 196 de la *Ley de Amparo*:

Artículo 196. Cuando las partes invoquen en el juicio de amparo la jurisprudencia del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito, lo harán por escrito, expresando el número y órgano jurisdiccional que la integró, y el rubro y tesis de aquélla.

Si cualquiera de las partes invoca ante un Tribunal Colegiado de Circuito la jurisprudencia establecida por otro, el tribunal del conocimiento deberá:

- I. Verificar la existencia de la tesis jurisprudencial invocada;
- II. Cerciorarse de la aplicabilidad de la tesis jurisprudencial invocada, al caso concreto en estudio; y
- III. Adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en la referida tesis jurisprudencial.

En la última hipótesis de la fracción III del presente artículo, el tribunal de conocimiento remitirá los autos a la Suprema Corte de Justicia para que resuelva sobre la contradicción.

6.5. La argumentación práctica general

La argumentación de razón práctica es la argumentación de tipo moral.¹²⁸ Este tipo de argumentación moral “constituye... el fundamento de la argumentación jurídica”.¹²⁹ Esto es consecuencia de una concepción ampliamente difundida en la teoría y la filosofía del derecho, según la cual

“todo el derecho está incluido en la moral”.¹³⁰ Toda norma jurídica tiene su fundamento tanto formal como material y procedimental en una moral última. De esta forma,

los procedimientos regulan discursos jurídicos que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral; si ello es así, digo, cabe tomar en consideración una hipótesis que resulta obvia, a saber, que es posible la legitimidad a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales en el sentido de una racionalidad procedimental práctico-moral y se pongan en práctica de forma racional.¹³¹

La razón última del derecho es la razón práctica. Como señala Habermas: “Ésta exige que distingamos entre normas, principios justificatorios y procedimientos conforme a los cuales podemos examinar si las normas a la luz de los principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos”.¹³² Precisamente a esos principios justificatorios de razón práctica se les conoce en el derecho de los países neorrománicos como *principios generales del derecho*. De esta forma, la argumentación de razón práctica se lleva a cabo empleando los principios generales del derecho, por ser éstos los que incorporan las máximas éticas en que se fundamenta el derecho.

6.5.1. Los principios generales del derecho en la doctrina

Los principios generales del derecho son una fuente del derecho especial reconocida expresamente por la legislación de algunos de los sistemas jurídicos de la familia del derecho neorrománico o *Civil Law*. Fueron las reformas efectuadas en el continente europeo con el fin de laicizar el derecho privado, a las que se conoce como *movimiento codificador*,¹³³ las que obligaron a la existencia de fuentes del derecho subsidiarias de naturaleza no legislativa, dentro de las que los principios generales del derecho desempeñan un papel fundamental.

Las legislaciones propias del movimiento codificador, denominadas *códigos* o simplemente *leyes*, se diferencian de las anteriores compilaciones normativas por su sistema, por la abstracción y generalidad de sus disposiciones y por su idea de absolutez o integridad. Esta última característica supone que no existe caso alguno que no pueda ser regulado por una norma general, abstracta y obligatoria perteneciente al sistema jurídico. Debido a que esto es un ideal que, en razón de que no existe legislador alguno que pudiera establecer un supuesto para cualquier caso posible que en el futuro se pudiera presentar, jamás se podría realizar en las legislaciones históricamente vigentes para ser congruente con el principio de integridad, el sistema jurídico debe establecer los medios para permitirle al juez encontrar una norma de naturaleza supralegal y que a la vez resulte congruente con los fundamentos en que se

inspira el ordenamiento jurídico positivo.¹³⁴

De esta forma, el principio de integridad se puede realizar en los sistemas jurídicos positivos, no obstante la existencia de lagunas del derecho, gracias a que se cuenta con instrumentos que posibilitan construir criterios de decisión jurídica para los casos en que el legislador no los previó. Y dichos instrumentos, para ser consistentes con el sistema legal y resultar congruentes con los principios de soberanía del legislador y de legitimidad democrática de la ley, en algunas legislaciones se encuentran reconocidos por las reglas legisladas del sistema jurídico positivo. En otros casos, en cambio, la compatibilidad de los mismos con la ley se logra por vía de los argumentos que justifican o motivan la sentencia.

En la doctrina y en la legislación se han planteado cuatro preguntas fundamentales sobre los principios generales del derecho: *a)* su denominación; *b)* su naturaleza; *c)* su clasificación y *d)* su función. Enseguida abordaremos cada una de dichas cuestiones.

Denominación de los principios generales del derecho

En la legislación comparada encontramos dos denominaciones para nuestro concepto: principios generales del derecho y principios del derecho natural. La primera denominación se emplea en las siguientes fuentes: art. 15 del Código Albertino de 1837, art. 3 del Código de Italia de 1865, art. 12.2 del Código Civil italiano de 1942, art. 6 del Código Civil español de 1889, art. 1.4° del Código Civil vigente de España, art. VIII del Código Civil de Perú, art. 16 del Código Civil vigente de Uruguay, art. 16 del Código Civil vigente de Argentina y, en México, los arts. 14, cuarto párrafo, de la Constitución, y 19, tanto del *Código Civil Federal* como del Distrito Federal.¹³⁵ En cambio, el art. 7 del Código Civil austriaco de 1812 se refirió a los “principios del Derecho natural”.¹³⁶ La diferencia radica en la orientación que inspiró a los diferentes legisladores: más positivista en el primer caso y más iusnaturalista en el segundo.

Naturaleza de los principios generales del derecho

Sobre cuál es la naturaleza de los principios generales del derecho, no ha sido posible alcanzar un consenso a lo largo de la historia. Al respecto, Vigo diferencia cinco diferentes concepciones de los principios generales del derecho: *a)* positivistas, *b)* historicistas, *c)* científicistas, *d)* metapositivas y *e)* eclécticas.¹³⁷

a) La concepción dominante es la *positivista*. Según ésta, por los “principios generales del Derecho debe entenderse sólo los principios generales del sistema legal positivo (italiano, español, etc.), obtenidos por procesos de generalización creciente de los criterios que informan los distintos preceptos”.

Carnelutti fue de la idea de que dichos principios son elementos implícitos en el derecho positivo y que al igual que el alcohol dentro del vino, los mismos son “el espíritu o la esencia de la ley”. García Máynez y Bobbio piensan que los principios generales del derecho sólo pueden ser tanto expresos o explícitos en las reglas legisladas, como no expresos o implícitos del sistema jurídico. Según ellos, otro tipo de principios externos al sistema jurídico no podrían valer como principios generales del derecho.¹³⁸

Los principios expresos se encuentran previstos en los textos normativos, tal como el del enriquecimiento ilícito o el relativo al cumplimiento de las obligaciones. Los principios implícitos, por su parte, sólo resultan accesibles mediante un procedimiento inductivo que a partir de reglas concretas permite alcanzar el espíritu del sistema.¹³⁹ Asimismo, Bobbio concluye que cuando la ley menciona los principios generales del derecho como método para colmar las lagunas de la ley, se refiere exclusivamente a los principios no expresos, pues cuando hay expresos no se puede hablar de lagunas y, en consecuencia, tampoco de métodos para llenarlas.¹⁴⁰

Por otra parte, la posición positivista concluye que, al igual que las reglas, los principios generales del derecho son auténticas normas jurídicas. Bobbio pensó así aplicando, en primer lugar, el mismo principio que inspira el argumento de la “falacia naturalista” que criticó David Hume:¹⁴¹ si mediante un procedimiento inductivo a partir de reglas jurídicas legisladas podemos inferir los principios generales del derecho, eso se debe a que éstos, al igual que aquéllas, son normas. Por otra parte, recurrió a la naturaleza de la función que ambas cumplen; en este caso, concluye que tanto las reglas como los principios son normas debido a que ambos cumplen la función de regular casos.¹⁴² La diferencia consiste en que en tanto los principios son normas que provienen más bien de la moral, las reglas son normas cuyo origen se encuentra en el trabajo legislativo.

Se estima que el derecho en el mundo occidental tiene una “razón jurídica de carácter universal”, que desde los romanos ha sido patrimonio universal de nuestra conciencia jurídica. Tres son los elementos que fundamentan dicha “razón jurídica universal”: *i)* las necesidades lógicas, *ii)* las exigencias de nuestro ser¹⁴³ y *iii)* la oportunidad o la utilidad para realizar los objetivos que debe cumplir el derecho.¹⁴⁴ A partir de aquí se derivan máximas y principios que, si bien sólo son informadores de las leyes vigentes, ya habían sido expresados por los juristas romanos y han servido de fundamento a casi todos los legisladores de Occidente.¹⁴⁵ No obstante que este planteamiento positivista pueda sugerir una identificación entre los principios generales del derecho y una “razón jurídica natural”, se ha estimado que los elementos que resultan comunes para los diferentes sistemas jurídicos occidentales, para dar lugar a los principios generales del derecho deben haber sido recogidos de

manera directa o indirecta por los sistemas jurídicos positivos de los diferentes Estados.

b) La posición *historicista*, que hoy se encuentra totalmente desterrada, identifica los principios generales del derecho con los “principios del Derecho romano”.¹⁴⁶ Esto se debió a la gran reputación que desde la época de la Recepción adquirió el derecho romano, que llegó incluso a ser calificado como “la razón escrita”.

c) Una posición que siempre ha resultado débil es la *cientificista*. Según ésta, es a la ciencia del derecho a la que corresponde la construcción teórica de los principios generales del derecho.¹⁴⁷

d) La *posición metapositiva* incluye todas las posiciones que buscan el fundamento de los principios generales del derecho fuera del sistema jurídico positivo y sobre todo en el derecho natural. La posición de derecho natural tiene tres variantes: i) la posición neokantiana para la que los principios generales del derecho son máximas formales que adquieren la naturaleza de categorías de razón pura —Recasens Siches—; ii) la corriente de los iusnaturalistas, quienes piensan que los principios generales del derecho son principios con un contenido concreto de un derecho natural inmutable —derecho natural clásico y Del Vecchio—¹⁴⁸ que se pueden captar mediante una intuición inmediata¹⁴⁹, o bien, con un contenido variable —Stammler— o, incluso, con un contenido progresivo —Renard—; y iii) quienes los fundamentan en principios primogénitos del derecho, como la equidad —Cayón Peña— o en valores como la justicia, la libertad, la igualdad, la dignidad humana o “las normas de la carta constitucional que definen los derechos humanos y deberes de los ciudadanos”.¹⁵⁰

Cabe observar que la tesis del derecho natural debe resolver el problema de la consistencia entre las normas positivas y las del derecho natural. De otra forma las concurrencias normativas darían lugar a incertidumbres atentatorias contra el principio de seguridad jurídica. Por lo mismo, Del Vecchio asegura que existe una armonía o congruencia interna que resulta de una exigencia lógica del sistema que lleva a una consistencia lógica entre ambos complejos normativos y que elimina la posibilidad de contradicciones entre sus disposiciones particulares. Sin embargo, como García Máynez observó, a diferencia del derecho positivo, el derecho natural y sus normas carecen de sistema debido a que sus reglas y principios no cuentan con uniformidad y una definición clara.¹⁵¹ Como bien señala dicho autor refiriéndose a los sistemas jurídico-positivos: “frente a este complejo unitario y sistemático no puede hablarse de otro igualmente unitario de normas de derecho natural, como tampoco puede hablarse de criterios inequívocos que permitan decidir, cada vez, qué principios integran ese orden”. De hecho existen concepciones del derecho natural diferentes y hasta contradictorias entre sí.¹⁵² En estas

condiciones sería muy difícil alcanzar una coherencia lógica entre las normas del derecho natural y las de los sistemas jurídicos positivos.

e) La posición *eclectica* trata de conciliar la tesis positivista con la iusnaturalista y clasifica en dos niveles diferentes los principios generales del derecho. De acuerdo con lo anterior, cuando se habla que los principios generales del derecho son los correspondientes a un sistema legal positivo. Sin embargo, debe considerarse que no existe un sistema jurídico positivo que no se inspire en ciertos principios de justicia, de derecho natural o racional, los cuales deben realizarse en sociedades concretas e históricamente determinadas. Por esto, según esta corriente, para efectos prácticos, en la aplicación de los principios generales del derecho, más que una posición monista que niegue radicalmente el recurso a principios del derecho natural, se debe tratar de relacionar ambos complejos normativos y derivar del racional criterios aptos para servir como reglas positivas de decisión para casos prácticos.¹⁵³ Las teorías de Reale, Legaz y Lecambra, Goldschmit y Linares se encuentran en esta dirección.¹⁵⁴

Clasificación de los principios generales del derecho

En lo que se refiere a la clasificación de los principios generales del derecho, García Máynez señala que hay diversos criterios de clasificación. De esos distintos criterios destacaríamos cuatro: a) en sentido amplio, b) por la extensión de su ámbito, c) la función que cumplen y d) su fuente.

Cada uno se subdivide de la siguiente manera: en un sentido amplio se puede hablar de tres tipos de principios: a) de derecho substancial; b) de derecho procesal y c) de organización. En cuanto a la extensión del ámbito, existen cuatro tipos de principios: a) principios de un instituto; b) principios de una materia; c) principios de una rama jurídica y d) principios de todo un orden jurídico. Finalmente, respecto a la función que cumplen, podemos hablar también de cuatro tipos: a) interpretativa o hermenéutica; b) integradora; c) directiva y d) limitativa.¹⁵⁵ En lo que se refiere a su fuente, se podría distinguir entre principios legislados¹⁵⁶ y principios no legislados.

Función de los principios generales del derecho

En relación con las funciones que cumplen los principios generales del derecho, se identifican básicamente tres: a) como fundamento del sistema jurídico; en este caso funcionan como una fuente informadora o fundamentadora del sistema jurídico, como fuente de fuentes o como una superfuente; b) como función orientadora e integradora de la actividad interpretativa de los principios generales del derecho.¹⁵⁷ Es así como García Máynez opina que “cualquier principio general de carácter normativo, congruente con el ‘espíritu del sistema’ puede ser empleado con fines

hermenéuticos o de integración”;[158](#) y c) los principios generales del derecho cumplen la función de una fuente del derecho y casi siempre de fuente supletoria o subsidiaria de la ley.[159](#)

En este caso quedaría por determinar la jerarquía que les corresponde. Si consideramos los principios generales del derecho como una fuente subsidiaria de la ley, los mismos deberán cumplir ciertos requisitos previos a su aplicación. En primer término, se requiere corroborar por vía de interpretación del material legislativo que para el caso del que debe conocer el juez no existe norma legal aplicable. En segundo término, se deben ponderar los principios jurídicos que pudieran resultar aplicables para el efecto y, en caso de posible contradicción, decidir a cuál de ellos se le concede prioridad.

Finalmente, se deben concretar. Para ello, se debe derivar de la idea jurídica que incorpora el principio una hipótesis normativa y una consecuencia de derecho. Por último, se deberá adaptar el principio o los principios correspondientes a las necesidades del caso concreto.[160](#) Sin embargo, de la necesidad de concretar los principios no se debe inferir la posibilidad de conocerlos de manera deductiva, pues “el principio se aclara por sus concretizaciones y éstas por su unión perfecta con los principios”.[161](#)

6.5.2. Los principios generales del derecho en México

El cuarto párrafo del art. 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece 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.

El art. 19, tanto el del *Código Civil Federal* como el del *Código Civil para el Distrito Federal*, contiene una disposición que básicamente establece lo mismo que dicha norma constitucional. Del texto transcrito se desprenden dos características fundamentales para la aplicación de los principios generales del derecho en México. Por una parte, su ámbito material de validez se reduce a la materia civil. Por la otra, los mismos sólo deben aplicarse subsidiariamente en los casos en que de la letra o de la interpretación jurídica de la ley sea imposible inferir un criterio de decisión.

En los precedentes judiciales mexicanos ha quedado testimonio de que los jueces realmente se valen de los principios generales del derecho para encontrar criterios de decisión con base en los cuales puedan resolver jurídicamente los casos que conocen. La Suprema Corte de Justicia ha entendido que los principios generales del derecho son sólo “los principios consignados en alguna de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del código fundamental del país, sino también las anteriores”.[162](#) Con esto, nuestro máximo tribunal sigue la

tendencia dominante en el sentido de considerar como principios generales a los del sistema legal positivo mexicano.[163](#)

Asimismo, los precedentes judiciales han modificado el texto constitucional en dos aspectos básicos: en primer lugar, han ampliado el ámbito material de validez que establece la Constitución; en segundo, han reconocido que los mismos no sólo funcionan como fuente del derecho supletoria, sino también como un recurso en las actividades de interpretación de la ley. En lo que se refiere al primer aspecto, se ha estimado que la “operancia de estos principios en toda su extensión... no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional”.[164](#) De esta forma, los principios generales del derecho se han aplicado en procedimientos disciplinarios regulados por la *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos* y sustanciados ante autoridades administrativas.[165](#)

De igual forma, en sus sentencias los tribunales federales mexicanos han reconocido que la función de los principios generales del derecho

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 están 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 la justicia de una comunidad.[166](#)

Lo que en cambio queda descartado es la posibilidad de aplicar los principios generales del derecho en contra del texto expreso de la ley.[167](#)

Cómo métodos para obtener los principios generales del derecho, la jurisprudencia mexicana identifica dos: la analogía y la inducción. De esta forma, la antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que por principios generales del derecho “se entienden aquellos que pueden desprenderse de otros argumentos legales para casos análogos”.[168](#) Antes, la misma Sala había sostenido que dichos principios “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 filosóficos jurídicos de generalización”.[169](#)

A guisa de ejemplo de principios generales del derecho que los tribunales mexicanos efectivamente han aplicado como criterios de decisión en las controversias de que conocemos encontramos el de economía procesal y el de celeridad del procedimiento[170](#) y la máxima según la cual “el que puede lo más puede lo menos”.[171](#) Como un principio general del derecho más concreto encontramos el que en casos de divorcio, en relación con los alimentos, “debe conservarse subsistente el derecho del que los necesita”, no obstante que no

haya cónyuge culpable, tal como es el caso de la causal de divorcio por la simple separación durante más de cierto tiempo.¹⁷² También se ha mencionado a la analogía como un principio general del derecho,¹⁷³ a la que asimismo se le ha reconocido, como ya hemos visto, el carácter de método para obtener los principios generales del derecho concretos. Sin embargo, también se encuentran tesis que diferencian entre los principios generales del derecho y la analogía como dos fuentes subsidiarias e independientes del derecho.¹⁷⁴

6.5.3. Los principios generales del derecho en el derecho internacional público

Según lo dispuesto por el art. 38, fracc. 1, inc. c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, valen como fuente del derecho internacional público, “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.¹⁷⁵ Dentro del derecho internacional público los principios son verdaderas normas jurídicas que por su propia naturaleza no se diferencian de los otros tipos de normas de dicho sistema jurídico.¹⁷⁶ Con el intenso proceso de codificación de las normas del derecho internacional público realizado después de la Segunda Guerra Mundial, algunos principios generales del derecho han quedado integrados en el derecho de los tratados —sobre todo en materia de responsabilidad internacional—,¹⁷⁷ por lo que la importancia de los mismos como fuente autónoma del derecho internacional ha disminuido.

Respecto de su contenido, se puede mencionar que los principios generales del derecho provienen del derecho civil y del derecho procesal civil.¹⁷⁸ Dentro de dichos principios se cuentan algunas de las normas más importantes del derecho internacional público, como el de conducir las relaciones internacionales de buena fe, el principio de prescripción, el principio de *pacta sunt servanda* —a pesar de que a éste, por razones históricas y lógicas, se le suele reputar como parte del derecho de costumbre internacional—, o bien, algunas reglas de lógica jurídica, como el principio de *lex posteriori derogat priori*.¹⁷⁹

La determinación sobre cuáles son los principios generales del derecho en el derecho internacional público se lleva a cabo mediante la comparación de los principios generales del derecho aceptados en los sistemas jurídicos nacionales más importantes —“civilizados”— de los diferentes miembros de la comunidad internacional y que además resultan idóneos para su aplicación en el ámbito del derecho internacional público.¹⁸⁰ Se cuestiona si dicha limitación a favor de las “naciones civilizadas” no atenta contra el principio de igualdad soberana entre los Estados reconocido por el art. 2, Numeral 1, de la Carta de Naciones Unidas.¹⁸¹

Sin embargo, si bien el calificativo “civilizados” tiene por objeto establecer una distinción entre los diversos miembros de la comunidad internacional, la

doctrina considera casi unánimemente que “nación civilizada” es todo Estado.¹⁸² Por otra parte, la calificación favorable de los sistemas jurídicos de las “naciones civilizadas”, más allá de una función discriminadora de los países económicamente menos desarrollados, cumple el propósito de limitar los sistemas jurídicos a ser comparados. Para el efecto, bastará comparar los ordenamientos de los sistemas jurídicos más representativos de las diferentes familias jurídicas —familia del derecho angloamericano, familia del derecho continental europeo, familia socialista, etcétera—.¹⁸³

Resulta dudoso si se pueden deducir de las resoluciones que emiten las organizaciones internacionales principios generales del derecho propios del derecho internacional público. La posibilidad de inferir directamente de las relaciones internacionales dichos principios no parece contar con un fundamento sólido, debido a que dichas resoluciones no son obligatorias y de ellas no podrían desprenderse principios obligatorios. Al respecto se podrían limitar los efectos de las resoluciones en relación con los principios generales del derecho, señalando que dichas resoluciones producen efectos meramente declaratorios, o bien, que las mismas establecen las bases para el desarrollo futuro de auténticos principios generales del derecho.¹⁸⁴ Sin embargo, se debe señalar que las resoluciones, como por ejemplo las de la Organización de Naciones Unidas, más bien sirven para marcar el inicio de normas de costumbre internacional que para dar lugar a principios generales del derecho.

De esta forma, en la actualidad existe consenso en el derecho internacional público en que los principios generales del derecho son normas jurídicas —más concretamente de axiomas, postulados, máximas o generalizaciones, obtenidas a partir de las reglas del sistema evidentes pertenecientes al derecho nacional que han alcanzado un reconocimiento generalizado en un grupo importante de países y que se aplican en forma supletoria ante la ausencia de normas propias del derecho internacional público—.¹⁸⁵

Es precisamente la supletoriedad de los principios generales del derecho la que les da un carácter de aplicación subsidiaria, de tal forma que sólo se pueda recurrir a los mismos para el caso de que no exista una norma de derecho internacional público perteneciente a otra de sus fuentes que resulte aplicable al caso en cuestión.¹⁸⁶

La aplicación de principios generales del derecho de los sistemas jurídicos nacionales en el ámbito del derecho internacional público sólo es posible cuando la situación de intereses regulados resulta similar. Por lo mismo, en el derecho de los tratados sólo resulta relevante aplicar principios generales del derecho civil nacional, debido a que ambas ramas jurídicas regulan relaciones de coordinación de sus sujetos de derecho.¹⁸⁷

La dependencia de los principios generales del derecho internacional público de aquellos del derecho nacional de los Estados trae como consecuencia que

los mismos muchas veces sean parte del derecho escrito más que máximas no escritas, como lo serían los principios generales del derecho nacional. De esta forma, se puede decir que los principios generales del derecho internacional público son derecho no escrito por el legislador internacional, a pesar de que en ocasiones los han formulado por escrito los legisladores nacionales.

Asimismo, debido a que el ámbito espacial de aplicación del derecho internacional público no es único, sino que más bien existe un ámbito universal y varios regionales, se puede hablar de la existencia de principios generales del derecho que aplican en el ámbito regional. En ese caso, dichos principios se deben inferir de los sistemas jurídicos nacionales de la región en cuestión.¹⁸⁸

Por último, cabe mencionar que la tesis según la cual los principios generales del derecho no constituyen una fuente especial del derecho internacional público, debido a que forman parte del derecho de costumbre internacional, resulta incorrecta. A diferencia del derecho de costumbre internacional, la validez de los principios generales del derecho no presupone una práctica. En efecto, la costumbre sólo puede ser creada y modificada por una práctica, lo cual no ocurre con los principios generales del derecho.¹⁸⁹

6.5.4. Los principios generales del derecho en el derecho comunitario

Los principios generales del derecho son de vital importancia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A diferencia del derecho internacional público, el derecho comunitario regula de una manera importante materias del ámbito interno de los Estados miembros y se aplica por los órganos jurídicos nacionales de manera directa a los ciudadanos europeos. De esta forma, debido a que el derecho comunitario regula relaciones de supra y subordinación, para realizar la comparación necesaria, a efecto de inferir los principios generales del derecho, resulta relevante el derecho público nacional de los países comunitarios.

Los principios generales del derecho se pueden considerar como parte del derecho comunitario debido a cuatro razones básicas: *a)* a que según lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 288 —antes 215— del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la responsabilidad extracontractual a cargo de la Comunidad se establece de conformidad de los principios generales comunes de los sistemas jurídicos de los Estados miembros; *b)* a que, como parte del derecho internacional público, el derecho comunitario reconoce como fuente los principios generales del derecho regional europeo; *c)* debido a que el derecho comunitario regula de manera directa materias propias del derecho nacional, sobre todo de derecho administrativo, en donde los principios generales del derecho resultan de gran importancia como fuente

del derecho; y *d)* porque el art. 220 —antes 164— del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea obliga al Tribunal de Justicia a respetar el derecho en la interpretación y aplicación de las disposiciones de dicho tratado.

Los principios generales del derecho desarrollados en la jurisprudencia europea a partir del derecho comparado han sido muy amplios. Se desarrollaron en primer lugar con base en el ejemplo de normas que regulan la revocación de resoluciones administrativas. El derecho de audiencia en procedimientos administrativos y el principio de prohibición de aplicación retroactiva de la ley también se derivaron de principios generales del derecho.¹⁹⁰ Dentro de los principios generales del derecho comunitario se cuentan asimismo una serie de “principios interpretativos materiales”, que aparecen en el proceso de aplicación de normas escritas y no tanto en su contenido mismo, como los principios de igualdad, cooperación, solidaridad, no discriminación, subsidiariedad, proporcionalidad y confianza legítima.¹⁹¹ También directamente de los principios de justicia, de la naturaleza de la cosa, del principio de Estado de derecho y del contexto de todas las disposiciones del Acuerdo fundacional de la Comunidad se han derivado principios generales del derecho.¹⁹²

En términos generales, los principios generales del derecho en el derecho comunitario no se desarrollan haciendo referencia expresa a las normas nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sí ha exigido que los principios generales del derecho que se apliquen en el derecho comunitario valgan de manera uniforme en todos y cada uno de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.¹⁹³

A diferencia del derecho internacional público y de los sistemas jurídicos nacionales, en donde los principios generales del derecho sólo tienen un valor de fuente del derecho subsidiaria, dentro del derecho comunitario los mismos carecen de un rango especial como fuente del derecho. De esta forma, se pueden cambiar los principios mediante normas de derecho secundario, aunque los principios generales del derecho derivados del principio del Estado de derecho y de la justicia son de superior jerarquía que las normas de derecho secundario.¹⁹⁴

A partir de la entrada en vigor de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, la importancia de los principios generales del derecho en el derecho comunitario disminuyó significativamente. Antes de la entrada en vigor de dicha carta, el tribunal aseguró el respeto de los derechos fundamentales vía los principios generales del derecho.¹⁹⁵ En efecto, ante la falta de un catálogo de derechos fundamentales en el derecho originario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desarrolló una serie de principios de Estado de derecho como reglas generales del derecho comunitario a partir del derecho comparado.

6.5.5. La construcción de la regla con base en los principios generales del derecho

El art. 14 de la Constitución y el art. 19 tanto del *Código Civil Federal* como del *Código Civil para el Distrito Federal* le exigen al juez, a falta de ley, resolver “conforme a los principios generales del derecho”. De esta forma, la tarea del juez queda bien definida, mas no la forma de proceder para lograr el objetivo. La doctrina tradicional piensa que es mediante un procedimiento inductivo como se puede inferir un principio que una vez concretado en forma de una norma general y abstracta pueda ser aplicado como criterio de decisión al caso concreto.

Con la concepción tradicional, que ve a los principios generales del derecho como parte de un derecho objetivo previamente establecido, permanece en la penumbra la interrelación entre el caso concreto y el sistema jurídico objetivo. Los principios generales del derecho no son tan sólo máximas preconcebidas situadas al lado de las normas legales, sino que se derivan en gran medida de una consideración integral del material jurídico existente —normas, jurisprudencia, doctrina, etc.— en su relación con el caso concreto.

En lugar de hablar de la selección de los principios jurídicos aplicables a un caso, preferiríamos hablar de la construcción de los mismos, pues con esto se pone de manifiesto que el juez procede mediante un razonamiento en donde el material jurídico se interpreta a partir de los hechos y no deja de lado dichos hechos para interpretar en abstracto un principio a partir del cual los enjuicie. La aplicación del derecho como una forma de concretar la norma y la selección como construcción de los principios del derecho son, de esta forma, dos actividades cualitativamente iguales que sólo muestran diferencias de grado.

Como punto de partida de un legítimo desarrollo del derecho, cuando se trabaja con los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia señalan la existencia de una laguna de la ley. La teoría de las lagunas de la ley significa en este contexto que el juez que debe decidir con base en una interpretación del material jurídico relevante, no puede subsumir los hechos planteados bajo ninguna regla. Esto no constituye un acto cognitivo, sino por el contrario una decisión de voluntad, un acto volitivo del juez.¹⁹⁶ Esto significa que para un juez bien podría existir una laguna y para otro no.

La doctrina dominante sostiene que los principios generales del derecho son máximas o principios generales y abstractos que inspiran el orden jurídico positivo vigente. Se entiende, por una parte, que si los mismos se aplican a un caso concreto contribuirán al logro de la justicia en un caso concreto. Por otra parte, se pretende negarle al juez competencia para llevar a cabo una función de creador de una tercera fuente del derecho al lado de la legislativa y la de costumbre jurídica. Esta contradicción surge, en parte, debido al

desconocimiento de la subjetividad judicial y, en parte, de la idea de que la justicia particular tiene que ser de manera necesaria arbitraria.

La teoría de la praxis interpretativa de Dworkin parte de un modelo que se puede denominar el *modelo de los principios*. Éstos —“principios” y “directrices”— funcionan, dentro del modelo, como argumentos jurídicos, que hacen oscilar la decisión en una u otra dirección. El peso de los principios en la decisión sólo se puede determinar en el caso concreto. En este sentido, los principios son básicamente fundamentos de decisión. Dworkin atribuye a cada argumento jurídico la cualidad de principio, cuando el mismo viene como fundamento de justificación de la aplicación del material jurídico existente. Las reglas, en cambio, representan en el modelo de Dworkin argumentos jurídicos, que no deben ser ponderados en el caso concreto, sino que por sí mismas prevén una consecuencia jurídica concreta.

Si utilizamos los conceptos de Dworkin para entender el significado de los principios generales del derecho es posible realizar valiosas observaciones. Al juez, cuando no encuentre regla aplicable, le quedará encomendado, con base en los principios rectores del derecho y respetando los criterios de racionalidad jurídica, efectuar una valoración o ponderación definitiva para el caso concreto. Si a esta ponderación de principios le debe corresponder el valor y la fuerza de una norma general y abstracta, ello depende de la forma en que los jueces futuros lo acepten como precedente relevante para los casos que conozcan. Cuando emplee los principios generales del derecho, el juez escribirá un nuevo capítulo en la historia del derecho.¹⁹⁷

El juez deberá procurar una ponderación fundamentada de los principios para alcanzar una decisión que se obtenga con base en una interpretación del material jurídico existente. Al respecto, Dworkin llama la atención sobre la importancia de la experiencia judicial, que resulta fundamental para una adecuada formación de la teoría del derecho. El juez expande o contrae teorías para buscar la mejor interpretación de la práctica legal cuando se confronta con casos nuevos y difíciles. Él intentará decidir de manera consistente casos complejos con lo que le parezca la mejor interpretación del material jurídico existente.

El juez debe ver, en todo caso, el material jurídico considerado en su integridad como un conjunto coherente de principios. El derecho como una unidad más o menos homogénea aparece en la teoría de Dworkin como una hipótesis fundamental de trabajo.¹⁹⁸

El proceso de construcción de principios generales del derecho, tal como se propone en la teoría de Dworkin, se caracteriza por una compleja interrelación entre la libertad judicial y el respeto a la ley. Libertad y obligación de respeto no aparecen más como autorización y límite, que de alguna forma se derivan del derecho positivo, sino más bien son consecuencia del proceso de

construcción de la norma.

Una primera obligación se deriva de la diferencia gradual que existe entre la concreción de una norma y la construcción de la misma. Cuando el juez construye una norma cuyo fundamento son los principios generales del derecho, su obligación para motivar y justificarla será mayor si se le compara con los casos que debe resolver conforme a una regla legislada. Esto se debe a que él abandonará el campo de lo que resulta en mayor o menor medida derecho seguro, con lo que la justificación de su decisión dependerá de la calidad de sus argumentos jurídicos.

Las exigencias cualitativas de la fundamentación de sus decisiones resultan así más elevadas cuando se trabaja con principios generales del derecho que cuando se trata de la concreción de una norma legislada. Esto se debe a que el juez no sólo deberá llevar a cabo la ponderación de principios del derecho previa y perfectamente terminados, sino que también deberá desarrollarlos por medio de una actividad constructiva¹⁹⁹ en la que, dentro del material jurídico de toda una tradición y mediante un razonamiento tanto cognoscitivo —que se desarrolla en procesos lógicos jurídicamente reconocidos— como valorativo, con base en prejuicios ideológicos y éticos propios del derecho, de una época y de una país determinado, obtendrá los criterios de decisión adecuados a fin de resolver las controversias para las que no exista disposición legal establecida de forma previa por el legislador.

Íntimamente relacionada con la primera obligación se encuentra la exigencia de coherencia que constituye parte importante de la teoría de Dworkin. La exigencia de coherencia le otorga al sistema jurídico una dimensión que abarca más que la simple consistencia material interna o la libertad de contradicción entre los contenidos normativos.²⁰⁰ Dicho con mayor precisión: la exigencia de coherencia exige del juez que él, en su actividad decisoria, tome como base los principios políticos y morales que de acuerdo con su criterio jurídico reflejen de mejor manera al sistema jurídico considerado en su conjunto.

Con esto Dworkin coloca lo que en la hermenéutica jurídica se denomina la *precomprensión*, esto es, todos los prejuicios e instituciones que influyen en el proceso de concreción y construcción de normas, en un nivel articulado. El juez es exhortado a ser consciente de su precomprensión personal y para actuar racionalmente en consecuencia con la misma. De aquí se deriva también una mayor obligación argumentativa y motivadora en las decisiones que se fundamenten en los principios generales del derecho.

Libre es el juez de utilizar los métodos que considere adecuados para desarrollar los principios jurídicos. Así, mientras use el material jurídico existente e emplee un razonamiento reconocido por el derecho, el juez puede utilizar sus capacidades creadoras con total libertad. La única condición consiste en que el ejercicio de dichas capacidades se pueda justificar con base

en una argumentación material del sistema jurídico, esto es, con base en una motivación jurídica. La teoría del derecho resulta incapaz de detallar los pasos concretos que un juez debería seguir para construir sus principios jurídicos. Debido a que su fin no es tecnológico sino científico, la doctrina no puede convertirse en un recetario para llevar a cabo con éxito las actividades jurídicas.

El principio de coherencia de Dworkin vive en la complejidad de relaciones que el juez puede producir entre dos elementos fundamentales: los hechos y el material jurídico. Dworkin representa al derecho como una praxis que permanentemente se interpreta a sí misma, que se ocupa en forma crítica y constructiva del pasado para encontrar la mejor decisión para el presente y proyectarla hacia el futuro. Su modelo se construye con base en un trabajo de justificación completo que condiciona reflexiones de tipo moral, políticas y filosóficas. No obstante, el fin más importante es el descubrimiento de los principios válidos. Sin embargo, en el ámbito de los principios, la validez no depende de un acto de reconocimiento formal previo por parte de una autoridad competente, sino más bien de su racionalidad intrínseca y de su poder de convencimiento.

La praxis en el sentido de Dworkin no sólo incluye la ley y la jurisprudencia, sino también la ciencia jurídica. Ésta debería ser considerada entre los recursos para construir los principios generales del derecho aplicables a los casos concretos. Los recursos de la praxis interpretativa vendrían así a desmonopolizar la ley como la fuente del derecho por excelencia. De esta forma se abre el camino no sólo hacia la ciencia del derecho, sino también hacia la interdisciplinariedad. Una teoría del derecho no debería ser desarrollada sin consideración de los aspectos factuales que el derecho pretende regular.

6.6. La argumentación empírica

La argumentación empírica, o argumentación en materia de hechos, es la que se efectúa en relación con enunciados empíricos, esto es, con los enunciados que se refieren a los hechos que presuntamente han realizado los supuestos que las normas jurídicas establecen de manera general y abstracta como condición de las consecuencias de derecho. Si lo viéramos en el modelo del silogismo jurídico, los enunciados de la premisa menor serían los enunciados empíricos cuya justificación se debe llevar a cabo mediante la argumentación empírica. “Así, algunas formas de argumentación presuponen enunciados sobre hechos singulares, sobre acciones concretas, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas” pasados, presentes o futuros. “En otros se requieren enunciados sobre regularidades de las ciencias naturales o de las ciencias sociales.”²⁰¹

La argumentación de tipo empírico regularmente exige una sustitución de la argumentación jurídica por argumentación técnica o científica, como puede ser la de la ingeniería, economía, psicología, medicina, química, etc. Esto se debe a que, en un mundo moderno altamente especializado, los conocimientos de las conductas o de los hechos se han convertido en objeto del análisis tecnológico y científico y escapan a una apreciación de mero sentido común que cualquier abogado o juez práctico pudiera dominar. Aquí se aplica una regla de transferencia, pues la argumentación meramente jurídica resulta incapaz para vérselas con las conductas o los hechos reales y requiere transformarse en argumentación tecnológica o científica. Aquí la cooperación interdisciplinaria se torna indispensable.

La argumentación de tipo empírico es la propia en la materia de las pruebas que las partes ofrecen para demostrar que sus pretensiones jurídicas se encuentran justificadas. Por eso, la misma resulta de vital importancia, pues en “numerosas controversias jurídicas la apreciación de los hechos juega el papel decisivo”. Esto no se debería exagerar pensando que “se puede reducir el discurso jurídico a un discurso empírico”,²⁰² pues la argumentación de los enunciados de la premisa mayor y de la conclusión del silogismo jurídico debe ser, en esencia, normativa.

6.7. Formas especiales de argumentos jurídicos

Las formas especiales de argumentos jurídicos son fórmulas o principios del razonamiento jurídico que han adquirido un reconocimiento en la praxis del derecho como argumentos idóneos, las que en ocasiones se utilizan de manera complementaria a otras formas de argumentación jurídica, tales como la argumentación interpretativa o la jurisprudencial y a veces de manera independiente a éstas.

No se puede decir nada definitivo sobre el número de formas especiales de argumentos jurídicos. Existen algunas reconocidas como válidas en todas o casi todas las ramas del derecho; otras, en cambio, valen sólo para ciertas ramas e incluso subramas del derecho. Aquí analizaremos exclusivamente las formas especiales de argumentos jurídicos más reconocidos para todo el derecho, esto es, la analogía, el argumento a contrario, el argumento al absurdo y el argumento de mayoría o *a fortiori*.

6.7.1. Analogía (argumentum a simile o argumentum a pari)

En el derecho, la analogía, a la que también se denomina *argumentum a simile* o *a pari*, se entiende como la aplicación de ciertas consecuencias de derecho previstas en una norma u orden jurídico para un supuesto determinado, a otros hechos diferentes a los previstos en dicho supuesto, con los que sin embargo existen semejanzas esenciales si se les compara con

aquellos que caen bajo el supuesto regulado (*Ubi aedem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). La analogía en el derecho implica extender las consecuencias jurídicas previstas para una hipótesis normativa a hechos o actos que, si bien no caen en el supuesto previsto en dicha hipótesis, coinciden en todas las características fundamentales con aquellos que prevé dicho supuesto. La antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió con gran detalle y precisión las características del razonamiento analógico como sigue:

No. Registro: 240,634. Tesis aislada, Materia(s): Común, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 151-156, Cuarta Parte, Página: 218.

Genealogía: Informe 1981, Segunda Parte, Tercera Sala, Tesis 65, Página 63.

MÉTODO ANALÓGICO, APLICACIÓN DEL. Dos son las condiciones para la aplicación del método analógico. En primer lugar, la falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto y, en segundo lugar, la igualdad esencial de los hechos, como en el caso en que la ley sí protege la posesión que el padre o la madre tiene de sus hijos legítimos, pero es omisa respecto a la posesión de los hijos naturales, no obstante que se trata de situaciones concretas esencialmente iguales “ubi eadem ratio, eadem dispositio”. La Tercera Sala de la Suprema Corte considera que es jurídica la aplicación analógica de la ley en virtud de que lo establece y permite la propia Constitución de la República, excepto cuando se trata de disposiciones de carácter excepcional, o cuando la ley está redactada en forma numerativa, o de leyes penales; pues como es manifiestamente imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros, el legislador ha señalado las fuentes, a las cuales debe el Juez acudir siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley; tales fuentes son, en primer término, la analogía, y después, cuando tampoco mediante ésta sea posible decidir, los principios generales de derecho. **En efecto, mediante la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de los casos originalmente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquéllos, siempre que la ratio legis valga igualmente para unos y para los otros;** por lo tanto, la analogía como método de interpretación o de autointegración es aceptada por nuestra legislación.

Amparo directo 1071/80. Mario Vidals Zenteno. 13 de julio de 1981. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Rodolfo Ortiz Jiménez.

Nota: En el Informe de 1981, la tesis aparece bajo el rubro “MÉTODO ANALÓGICO, CUANDO ES APLICABLE EL.”

La argumentación por analogía implica un razonamiento inductivo que, partiendo de un supuesto particular, busca el principio general que lo inspira y

que comparte con hechos o situaciones no previstos textualmente en la norma particular, lo que justifica la aplicación de las consecuencias jurídicas de ésta a dichos hechos o situaciones no previstos. Esto permite “la innovación del sistema conservando su estructura”.²⁰³ Como recurso argumentativo, la analogía en el derecho, al igual que en otras disciplinas, “desempeña un papel de primer plano en la producción y la justificación de las afirmaciones”.²⁰⁴

El esquema silogístico del razonamiento analógico es el siguiente:²⁰⁵

Premisa mayor: *M es P*

Premisa menor: *S es semejante a M*

Conclusión: *S es, entonces, P*

El uso de los precedentes judiciales en el razonamiento judicial implica una reflexión analógica basada en las semejanzas y diferencias existentes entre el caso ya decidido en el pasado y el que está siendo objeto de análisis por parte del juzgador. El fundamento filosófico de este tipo de razonamiento en los precedentes judiciales es el principio de justicia formal, que implica que la ley se debe aplicar de igual forma para los casos del mismo género. Esto, en el derecho, se conoce también como *coherencia de las decisiones*.²⁰⁶

Se suele distinguir entre analogía legal y analogía jurídica.²⁰⁷ La primera busca la respuesta jurídica al problema no regulado en una ley, en una única disposición jurídica. En este caso el razonamiento por analogía desarrolla su función fundamental eliminando todos los elementos inesenciales del supuesto previsto en la disposición normativa, para que la misma pueda ser aplicada a casos que no caerían bajo el supuesto original. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia del derecho romano existía una antigua regla según la cual el propietario de un cuadrúpedo respondía mediante una *actio noxalis* de los daños que causara su animal; pues bien, esta regla se hacía extensiva a los daños causados por animales no cuadrúpedos. Otro ejemplo de este tipo de razonamiento analógico nos lo proporciona la jurisprudencia mexicana como sigue:

No. Registro: 912,986. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Apéndice 2000*, Tomo IV, Civil, Jurisprudencia SCJN, Tesis: 44, Página: 34.

Genealogía: GACETA NÚMERO 32, OCTAVA ÉPOCA, TESIS 3a./J. 67 (NÚMERO OFICIAL 17/90), PÁGINA 17.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA, TOMO V, PRIMERA PARTE, PÁGINA 221.

APÉNDICE '95: TOMO IV, PRIMERA PARTE, TESIS 43, PÁGINA 28.

ALIMENTOS. SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CÓNYUGE CULPABLE, COMO OCURRE EN LA CAUSAL RELATIVA A LA SEPARACIÓN POR MÁS DE DOS AÑOS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN XVIII DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. La referida causal, a saber, la

separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, debe dar lugar a la obligación de suministrar alimentos pues si bien no existe disposición expresa en ese sentido ello se sigue **al integrar la ley y al aplicarla analógicamente**. En efecto, el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal adolece de una laguna, que debe integrarse conforme a las normas fijadas por los artículos 19 de dicho ordenamiento y 14 de la Constitución General de la República. **El vacío de la ley** radica en la falta de regulación precisa y pormenorizada de la subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causa de divorcio fijada en el artículo 267, fracción XVIII del código invocado para lo cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, toda vez que la norma en comento sólo prevé directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación y las de divorcio por mutuo consentimiento, sin que la antes especificada quede comprendida en esas categorías. Sin embargo, el principio general adoptado en esa ley respecto de los alimentos entre los cónyuges en caso de divorcio en general, consiste en que debe conservarse subsistente el derecho del que los necesita, si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación en ese evento y a las circunstancias del caso, tales como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada. De ello se infiere, considerando, además, **que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición**, que en la hipótesis de que se trata procede la condena al pago de alimentos en favor del cónyuge que los necesite y en contra del que tenga la posibilidad de darlos, tomando en cuenta las constancias de autos, la capacidad actual de los dos para trabajar y su situación económica, además de los elementos que deben tenerse presentes siempre que se va a decidir una controversia sobre alimentos, valorándolos cuidadosamente y en uso de un prudente arbitrio.

Octava Época: Contradicción de tesis 1/90. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de junio de 1990. Mayoría de tres votos contra uno de Ignacio Magaña Cárdenas. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Apéndice 1917-1995, Tomo IV, Primera Parte, Página 28, Tercera Sala, Tesis 43; véase la ejecutoria en la obra Jurisprudencia por Contradicción de Tesis, Octava Época, Tomo IV, Página 119.

La analogía jurídica se desarrolla a partir de un conjunto de reglas mediante el razonamiento inductivo en busca de los principios generales del derecho en que todas ellas se fundamentan y se aplica a hechos u actos que no se

encuentran previstos por ninguna de las normas jurídicas implicadas.

La analogía es un procedimiento que se debe llevar a cabo con precaución y tacto, pues supone una ponderación del valor jurídico de los elementos de un supuesto jurídico. Cuando por vía del razonamiento analógico resulta necesario aplicar la norma a situaciones no previstas en ella, esto exige una consideración comparativa de la hipótesis prevista en la ley y de los hechos o situaciones no considerados en la misma. La conclusión de dicha consideración comparativa debe consistir en que las diferencias entre el supuesto jurídico regulado y la situación o hecho jurídico no previsto expresamente en el texto de la ley son inesenciales.²⁰⁸ Esto supone el uso de ciertos criterios lógicos y teleológicos que permitan establecer equivalencias válidas entre ambos tipos de casos. Debido a que la analogía supone una alteración del texto del legislador, lo que estaría prohibido por el principio de legalidad, en cada caso se debería justificar suficientemente la aplicación analógica de la ley, con base en una regla de equivalencia.

La analogía se debe distinguir de una interpretación extensiva, toda vez que ésta amplifica hasta el máximo de sus posibilidades el significado que se le puede atribuir a un texto normativo, en tanto que la analogía consiste en un desarrollo del derecho que construye una solución, aunque en el sentido de la ley para un caso no previsto por ella. Así, en ciertos casos podría existir duda sobre si existe una interpretación extensiva o una aplicación por analogía de la ley.

No obstante que ni en el texto del art. 14 de la Constitución ni en el art. 19 del *Código Civil Federal* se prevé la analogía como método de aplicación del derecho, su uso en el derecho privado es algo que nadie discute. Se ha señalado que si bien el texto del art. 14 constitucional no establece de manera expresa que se pueda recurrir a la analogía a fin de construir una solución jurídica para resolver un caso no previsto expresamente por la ley, se debe considerar que el procedimiento por analogía se encuentra autorizado para los casos en que no existe ley aplicable, pues el mismo es uno de los más importantes principios generales del derecho a los que se refiere en forma textual el cuarto párrafo de dicha disposición constitucional.

Tanto en el *Código Civil Federal* como en el del Distrito Federal, la aplicación analógica de la ley se prevé expresamente para casos especiales en los arts. 1858, 2746, 2766 y 2825. Asimismo, se prevé la aplicación analógica de la ley en el art. 112 de la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* y en el art. 1º de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*. En cambio, una formulación general de la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el art. 17 de la *Ley Federal del Trabajo* como sigue:

Artículo 17. A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se

tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad.

En el derecho penal, en cambio, rige el principio de reserva o exclusividad —*nullum crimen, nulla poena sine lege*—, según el cual los tipos penales se encuentran enunciados exhaustivamente.²⁰⁹ Por esta razón, la analogía se encuentra prohibida para la integración de tipos penales. De esta forma, el tercer párrafo del art. 14 de la Constitución determina:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

La prohibición de aplicar el razonamiento por analogía en el derecho penal sólo vale para la integración de tipos penales, mas no para situaciones donde se apliquen normas procesales. Así lo ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en uno de sus criterios, que enseguida se transcribe:

No. Registro: 312,731, Tesis aislada, Materia(s): Penal, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XLII, Tesis Aislada, Página: 500.

APLICACION DE LAS LEYES POR ANALOGIA. Aunque el artículo 14 constitucional prohíbe imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, no prohíbe que se apliquen, por analogía, las leyes del procedimiento, en cuanto no establezcan pena.

Amparo penal directo 11443/32. Cárdenas Froylán L. 11 de septiembre de 1934. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tres son los casos en que las disposiciones legales no se pueden aplicar analógicamente. En primer lugar, cuando se trata de normas de excepción, esto es, de normas que dejan sin efectos otras de carácter general. A esto se debe lo que establece el art. 11 del *Código Civil Federal*:

Artículo 11. Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté especificado en las mismas leyes.

Como ejemplo de una regla de excepción podemos mencionar el art. 1910 del *Código Civil Federal*:

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La conducta que constituye la regla en dicha disposición y que es el presupuesto de la sanción consiste en actuar en forma ilícita o contra las buenas costumbres y como consecuencia de ésta ocasionar un daño. La conducta que regula la regla de excepción y que excluye la sanción, por su parte, consiste en que dicho daño se produzca a raíz de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Así, en la aplicación de esta norma de excepción no se podrían subsumir conductas análogas a la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La segunda excepción a la aplicación analógica de la ley se presenta cuando la disposición jurídica está redactada en forma limitativa. Un ejemplo de este caso es el art. 31 de la Constitución, que establece limitativamente las obligaciones de los mexicanos como sigue:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar;

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior, y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

El tercer caso es el de los tipos penales que ya se ha tratado con anterioridad.

No sólo las normas jurídicas legisladas se deben aplicar por analogía con las limitaciones y condicionantes señalados antes, sino también las normas jurisprudenciales son objeto de aplicación con base en el razonamiento analógico, tal como lo podemos apreciar en la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito:

No. Registro: 193,841, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, IX, Junio de 1999, Tesis: VIII.2o. J/26, Página: 837.

ANALOGÍA, PROCEDE LA APLICACIÓN POR, DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Es infundado que las tesis o jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o sus Salas, no puedan ser aplicadas

por analogía o equiparación, ya que el artículo 14 constitucional, únicamente lo prohíbe en relación a juicios del orden criminal, pero cuando el juzgador para la solución de un conflicto aplica por analogía o equiparación los razonamientos jurídicos que se contienen en una tesis o jurisprudencia, es procedente si el punto jurídico es exactamente igual en el caso a resolver que en la tesis, máxime que las características de la jurisprudencia son su generalidad, abstracción e impersonalidad del criterio jurídico que contiene.

Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Amparo en revisión 236/93. Comisariado Ejidal del Poblado J. Guadalupe Rodríguez, Municipio de Nazas, Durango. 2 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretario: Alberto Caldera Macías.

Amparo en revisión (improcedencia) 521/95. Sara Martha Ramos Aguirre. 7 de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretario: Hugo Arnoldo Aguilar Espinosa.

Amparo en revisión 431/97. Manuel Fernández Fernández. 15 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretario: Rodolfo Castro León.

Amparo directo 466/98. Laura Esther Pruneda Barrera. 18 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretaria: Martha Alejandra González Ramos.

Amparo en revisión 661/98. Ricardo Garduño González. 18 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretario: Rodolfo Castro León.

La argumentación analógica admite dos tipos de refutación: el uso abusivo de la misma, que le quita legitimidad y pertinencia a su uso —refutación sobre el fondo—; el ataque a la persona que hace valer la analogía, para demostrar que quien la usa no resulta consistente en su razonamiento —refutación sobre la persona—. [210](#) En la *refutación sobre el fondo* se debe demostrar la inexistencia de semejanzas esenciales o relevantes entre los hechos o las situaciones que se pretenden equiparar mediante el razonamiento analógico. En la *refutación sobre la persona* se intenta demeritar el uso que un individuo hace del razonamiento analógico, al no aplicar correctamente las reglas de la semejanza e intentar comparar sobre bases falsas dos hechos o situaciones.

En el derecho la refutación del argumento de analogía se lleva a cabo regularmente mediante el argumento a contrario.

6.7.2. Argumento a contrario

El argumento a contrario es el razonamiento según el cual sólo procede la realización de las consecuencias jurídicas previstas en una norma cuando se cumplen todos y cada uno de los requisitos que se prevén en el supuesto como condición de la materialización de dichas consecuencias. Se llama a *contrario*

este tipo de argumento debido a que se suele asegurar que si no se realizan todos y cada uno de los requisitos que se prevén como condición en la hipótesis normativa, entonces no tendrán lugar las consecuencias jurídicas establecidas en la norma —*Qui decit de uno, negat de altero*—.

El esquema lógico del argumento a contrario se puede representar como sigue:

M es P

S no es M

S, entonces, no es P

La argumentación a contrario procede cuando los requisitos que establece la ley como condición del supuesto normativo resultan ser tanto necesarios como suficientes para la realización de las consecuencias de derecho.²¹¹ A esto se refiere la frase latina *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, según la cual “donde la ley no distingue no debemos distinguir”. También sirve para ilustrar la argumentación a contrario la frase romana *inclusio unius, exclusio alterius*, que significa que cuando la norma prevé expresamente un caso determinado, está dejando fuera de su ámbito de validez a los casos restantes.

Como ejemplo de normas que deben ser objeto de la argumentación a contrario podemos mencionar el art. 646 del *Código Civil Federal*, que dispone: “La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.” Pues bien, cumplir los 18 años es en este caso la condición suficiente y necesaria para adquirir la mayoría de edad, de manera que es una condición necesaria haber cumplido tales años y no se requiere más que eso —condición suficiente— para obtener el derecho a ser considerado mayor de edad. Así, esta norma se debería interpretar a contrario sensu, sosteniendo que todos aquellos que no hayan cumplido 18 años no son mayores de edad.

Las normas de excepción y aquellas que utilizan expresiones especialmente estrictas exigen un razonamiento a contrario. Las expresiones “solamente”, “a menos que”, etc., señalan el carácter excepcional de una disposición jurídica. Las descripciones del supuesto normativo muy detalladas o específicas indican el planteamiento estricto del supuesto. Como un ejemplo de normas de excepción que requerirían interpretación a contrario podemos mencionar la segunda parte del art. 1910 del *Código Civil Federal* que transcribimos de nuevo:

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, **a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.**

Como ejemplo de leyes de detalle o específicas podemos mencionar el art. 1929 del mismo *Código Civil Federal*:

Artículo 1929. El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare algunas de estas circunstancias:

I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario;

II. Que el animal fue provocado;

III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido;

IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor.

Asimismo, como ejemplos jurisprudenciales del argumento a contrario se pueden mencionar las dos siguientes tesis de los Tribunales Federales:

Registro IUS: 227081. Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, Página 313, aislada, Civil.

LESIÓN EN LOS CONTRATOS. LAS CAUSAS QUE LA ORIGINAN, NO PUEDEN EXTENDERSE POR ANALOGÍA A OTROS SUPUESTOS. Al artículo 14 del Código Civil de Aguascalientes, determina que procede la rescisión del contrato por lesión, cuando alguno, además de obtener un lucro excesivo, evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, explota de otro: a) la suma ignorancia; b) la notoria inexperiencia; o c) la extrema miseria. El precepto legal restringe su radio de acción a esas tres hipótesis, por lo que tiene el carácter de norma limitativa y en tales condiciones no es factible extender su aplicación por analogía a diversos supuestos, pues debe estimarse que el legislador se propuso darle un ámbito restringido a los casos concretos que regula, lo cual excluye la aplicación del numeral a situaciones análogas; en tal evento, el que **resulta aplicable es el llamado argumento a contrario sensu, el cual opera en el sentido de que cuando la ley se refiere a uno o varios casos dados, se entienden excluidos los demás; conclusión a la que se llega, tomando en cuenta además que en materia de contratos existen reglas o principios generales, tales como el relativo a que la voluntad de la partes es la máxima ley de los contratos y el consistente en que las partes se comprometen según lo pactado, de donde se sigue que el citado numeral contiene una excepción a reglas generales, lo que excluye el uso del método analógico.**

Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Precedentes: Amparo directo 699/89. Jorge Humberto Robles Vela. 11 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: Faustino Azpeitia Arellano.

Registro IUS: 344715. Localización: Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo C, p. 189, aislada, Civil.

USUFRUCTUARIO, DERECHO DEL TANTO DEL (LEGISLACION DE SINALOA). El artículo 703 del Código Civil del Estado de Sinaloa, establece que “El usufructuario goza del derecho del tanto. Es aplicable lo dispuesto por el artículo 971, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto”; y el artículo 971 del mismo código dispone

que: “Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno”. **Ahora bien, como en el primero de dichos artículos se expresa que es aplicable lo dispuesto en el segundo, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto, razonando contrario sensu, se llega forzosamente a la conclusión de que en lo que no se refiere a esto, no es aplicable lo dispuesto en el artículo 971. Si la intención del legislador hubiera sido que este precepto se aplicara en todas sus prevenciones, en relación con el artículo 1003, se hubiera limitado a establecer en éste, que era aplicable lo dispuesto en aquél, lo que no hizo.** Por otra parte, el argumento que se haga en el sentido de que el artículo 971 debe aplicarse en toda su amplitud, porque no se concibe que el legislador, habiendo establecido a favor del usufructuario y del copropietario el derecho del tanto, lo haya querido despojar de la sanción legal que acarrea la violación de tal derecho, no es atendible, ya que en el artículo 2187 del propio Código Civil, se sanciona la omisión en que incurre el dueño de la nuda propiedad, de una cosa, al no dar aviso de la venta de la misma, al usufructuario, sanción que consiste en el pago de daños y perjuicios, pero no en la nulidad de la venta.

Precedentes: Amparo civil directo 959/49. Pardo Serafina. 6 de abril de 1949. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Hilario Medina. Ponente: Carlos I. Meléndez.

Para establecer, en los casos en que no se trate de normas de excepción o de reglas de gran detalle y especificidad, si procede aplicar el razonamiento por analogía o a contrario, se debe considerar si los hechos caen en el círculo de semejanza de los requisitos previstos en el supuesto jurídico, en cuyo caso aplica la analogía, o si por el contrario, dicho círculo de semejanza no permite subsumir los hechos a enjuiciar, en cuyo caso se aplica el razonamiento a contrario.²¹²

Así, por ejemplo, ¿son los transexuales mujeres para los efectos legales? De esta forma, aplica el razonamiento por analogía si los transexuales pertenecen al círculo de semejanza del género femenino; pero si ellos no pertenecen a tal círculo de semejanza, aplica el argumento a contrario y, en consecuencia, debido a que dichas personas no cumplen todas las condiciones físicas de una mujer, no deberían gozar de los derechos que la ley prevé en favor de las mujeres. Es posible que en distintos tipos de juicios resulte que algunos jueces

los consideren mujeres para ciertos efectos legales, en tanto que para otros efectos no se les considere miembros del género femenino.

6.7.3. Argumento al absurdo (reductio ad absurdum)

Se habla del argumento al absurdo cuando se confirma la validez de una interpretación demostrando que otra posibilidad interpretativa resulta insensata debido a las consecuencias indeseadas que provoca. Esta argumentación cumple así una función teleológica al justificarse mediante su finalidad —evitar consecuencias indeseadas por el derecho—.

Este tipo de argumento también se conoce desde la Antigüedad como *reducción al absurdo* —*reductio ad absurdum*— y utiliza un tipo de demostración indirecta mediante la cual se confirma la tesis propia evidenciando que “la proposición contradictoria de dicha tesis se encuentra en contradicción con otra que de antemano ha sido reconocida como verdadera”.²¹³ De esta forma, la argumentación de la reducción al absurdo cumple un fin lógico, al buscar que se observe la regla lógica de la no contradicción.

Enseguida se transcribe una tesis de la antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sirve como ejemplo de este tipo de argumento:

Registro IUS: 241328. Localización: Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 85, Cuarta Parte, Página 35, aislada, Civil.

Genealogía: Informe 1976, Segunda Parte, Tercera Parte, tesis 40, página 41. DIVORCIO, DELITO COMETIDO POR UNO DE LOS CÓNYUGES COMO CAUSAL DE, PREVISTA EN LA FRACCIÓN XIV DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El artículo 323 del Código Civil del Estado de Guanajuato, en su fracción XIV, señala como causal de divorcio lo siguiente: “Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que implique deshonor para el otro cónyuge o para sus hijos, por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años”. Ahora bien, esta Sala considera que, de acuerdo con los términos de la fracción inserta, es la sentencia ejecutoria que condena al cónyuge a una pena de prisión mayor de dos años, por la comisión del hecho ilícito que se le imputa, la que configura la causal de divorcio prevista en la aludida fracción, del artículo 323 del Código Civil, y no la simple realización de los hechos que constituyen la corporeidad del ilícito respectivo, pues la expresión “haber cometido un delito por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años”, lógicamente implica en primer lugar la imposición de dicha pena, y en segundo lugar, que esa pena sea definitiva, es decir, que ya no pueda ser modificada o revocada, **pues de otra manera se podía llegar al absurdo de que por hechos denunciados en contra de uno de los cónyuges que merecieran pena mayor de dos años,**

de los cuales es absuelto en última instancia, o sea, que por hechos que no llegó a cometer o de los cuales no fue responsable, se disolviera su matrimonio y hasta se le condenara a la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, lo que moral y legalmente es inadmisibles.

Precedentes: Amparo directo 5032/74. Consuelo Ugarte Manzur. 9 de enero de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario: Salvador Tejeda Cerda.

Nota: En el Informe de 1976, la tesis aparece bajo el rubro "DIVORCIO. CAUSAL DEL. PREVISTA EN LA FRACCIÓN XIV DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).".

Como bien se puede apreciar en este ejemplo, se trata de demostrar que es incorrecta y absurda la propuesta interpretativa que plantea que, con una simple denuncia en contra de uno de los cónyuges sobre delitos que impliquen deshonor para el otro cónyuge o para sus hijos, y cuya pena privativa de la libertad pudiera exceder de dos años, bastaría para que procediera la causal de divorcio. Resulta insensata porque las consecuencias que se podrían generar con su aceptación, que consisten en autorizar con base en dicha causal el divorcio necesario aun en contra de alguien que no hubiere cometido un delito, serían totalmente inadmisibles por contrariar el texto expreso de la ley.

El respeto al texto de la ley es, en este caso, la tesis que de antemano e implícitamente fue admitida por la Tercera Sala como verdadera. Con esta descalificación de la propuesta interpretativa hecha valer se justifica la viabilidad de la interpretación que ha adoptado la referida Sala del máximo tribunal.

6.7.4. Argumento de mayoría de razón (argumentum a fortiori)

El argumento de mayoría de razón consiste en inferir desde la validez de una norma jurídica amplia prevista expresamente en la ley, la validez de otra norma jurídica menos amplia no prevista de manera expresa en la ley. Esto en razón de que "si tiene validez la norma jurídica más fuerte, con mayor razón debe tener validez la norma jurídica más débil". [214](#)

Hay dos modalidades del argumento por mayoría de razón: el argumento *maiori ad minus* y el *minore ad maius*. El primero señala que la norma que autoriza lo más también autoriza lo menos. Enseguida ejemplificamos ese argumento con la transcripción de una tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte Justicia en donde se utiliza este tipo de razonamiento:

Registro IUS: 184244. Localización: Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVII, Mayo de 2003, p. 246, tesis 1a. XIX/2003, aislada, Común.

Número de tesis: 1a. XIX/2003

VOTO ACLARATORIO DE UN MAGISTRADO DE UN TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO. NO TIENE EFECTOS VINCULATORIOS, PUES NO RIGE EL SENTIDO DEL FALLO. De la interpretación armónica de los artículos 184, fracción II, de la Ley de Amparo y 35 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se desprende que **si un Magistrado de un Tribunal Colegiado de Circuito puede disentir totalmente del criterio mayoritario de los demás Magistrados que integran el tribunal y emitir un voto particular, que se engrosa luego de los resolutivos y de la declaratoria de votación de la sentencia, por mayoría de razón, puede emitir un voto aclaratorio, en el que, sin disentir totalmente del criterio mayoritario, exprese distintas razones para resolver en el mismo sentido.** Sin embargo, en uno y otro caso, dicho voto no tiene efectos vinculatorios, pues no rige el sentido del fallo, ya que como lo dispone el referido artículo 35 el voto particular se insertará al final de la ejecutoria respectiva, pero sólo si es presentado por el disidente dentro del plazo de cinco días siguientes a la fecha del acuerdo, lo que significa que, con el voto o sin él, lo que constituye la ejecutoria de amparo es la decisión mayoritaria que se plasma en la parte considerativa de la sentencia y en el punto resolutivo regido por aquélla.

Precedentes: Amparo directo en revisión 1828/2002. Alejandro Roberto Cuevas Martínez. 12 de marzo de 2003. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

La segunda modalidad del argumento *a fortiori, minore ad maius*, permite extender la norma prohibitiva de determinados actos a aquellos otros que, con mayor razón, hay que prohibir también. Así, por ejemplo, si en una estación de ferrocarril se puede observar un anuncio que establece: "Prohibido abordar el ferrocarril con perros", dicha disposición, aplicada por mayoría de razón, prohíbe también abordar el ferrocarril a un pasajero que viene acompañado de un oso o de un tigre.

El argumento de mayoría supone la existencia de dos normas jurídicas, una de ellas, la de la validez más fuerte, se encuentra formulada expresamente en el texto legal; la otra, la de validez menos intensa, no se encuentra regulada por el texto de la ley y es producto de una construcción argumentativa, con base en la idea de que ésta es sólo una consecuencia lógica o teleológica de aquélla.[215](#) Lo que en este caso sea más o menos fuerte se mide por medio de una ponderación valorativa de la conexión entre supuesto jurídico y consecuencia de derecho.

El tercer párrafo del art. 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* precisa que, en el ámbito del derecho penal, no se pueden aplicar las penas previstas para un tipo delictivo por las normas penales, usando el razonamiento por mayoría de razón, a una conducta a la que la ley no reputa

expresamente como delito.



Peter Raisch, *Juristische Methoden*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 145.

Ibidem, p. 146.

Félix Pérez Algar, *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del artículo 3.1 del Código civil*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 197.

Jorge Albaladejo, *Derecho Civil*, p. 166.

Dieter Schmalz, *Methodenlehre*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 97.

Segunda Corintos 3: 5,6.

Félix Pérez Algar, *La interpretación histórica de las normas jurídicas*, p. 118.

B. Beutler y otros, *Die europäische Gemeinschaft –Rechtsordnung und Politik*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p. 224.

Metodología de la Ciencia del Derecho, p. 331.

Ibidem.

Dieter Schmalz, *op. cit.*, p. 99.

Ibidem, p. 100.

Ibidem.

BVerfG, E, 34, 288 y siguientes.

Op. cit., p. 101.

B. Beutler y otros, *Die europäische Gemeinschaft –Rechtsordnung und Politik*, p. 224; 9/70, Grad, Slg. 1970, pp. 825, 838; 41/74, Van Duyn, Slg. 1974, pp. 1337, 1348; 70/72, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1973, pp. 813, 829.

“Looking for a family resemblance: the limits of the functional approach to the legal definition of family”, en: *Harvard Law Review*, Núm. 104, 1990-1991, pp. 1640-1659. 552 N.Y.S. 2d, p. 324. Sin embargo, no deja de haber tribunales que rechazan tal vínculo familiar funcional, precisando que cualquier cambio en el tipo de relaciones familiares que la ley protege debería venir de la legislatura y no de las cortes.

Hans-Joachim Rudolphi, “Auslegung der Strafgesetze”, en: Gerhard Ulsamer (comp.), *Lexikon des Rechts, Strafrecht Strafverfahrensrecht*, C. H. Beck, Munich, 1983, p. 37.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, tomo XVIII, p. 116.

310, U.S. 534 (1940).

Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 302.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 96.

Una excepción la constituye el derecho internacional público, pues aquí “La posibilidad de que la jurisprudencia cree la norma internacional entraría en colisión con el consensualismo que inspira este ordenamiento jurídico... el juez internacional busca la norma pero no la crea”. Véase al respecto Antonio Remiro Brotons, *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 328 y 329.

Aleksander Peczenik, “Acerca de los precedentes vinculantes de facto”, en: *Derecho y razón* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Fontamara, México, 2000, p. 58.

872 F. 2d 874, 880.

41 U.S. 367, 1842.

1 W.L.R., 1234 (1966).

117 S. Ct. 1997, 138 L. Ed. 2d 391, 1997.

Edward Levi, *An introduction to legal reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago, 1949, p. 27.

(1942) Ch. 426.

(1946) A.C. 555.

Warring, Westminster Bank v. Burton Butler (1948) 1 Ch. 221.

Edward Levi, *An introduction to legal reasoning*, pp. 3 y 4.

Ibidem, p. 104.

Princeton University Press, Princeton, 1928, p. 29.

Rubro: FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, LA JURISPRUDENCIA POR CONTRADICCIÓN DE TESIS 40/97, SUSTENTADA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, NO TIENE LOS ALCANCES DE EXIMIR AL TRIBUNAL DE ALZADA DE CUMPLIR CON LA DEBIDA. Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XII, Diciembre de 2000, p. 1231, tesis III.2o.P. J/11, jurisprudencia, Penal. Registro IUS: 190790.

Véase tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito: rubro: JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES. Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVIII, Octubre de 2003, p. 1039, tesis IX.1o.71 K, aislada, Común.

Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, UNAM, México, 2004, p. 149.

Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 348.

Víctor Pérez Valera, *Teoría del derecho*, Oxford University Press, México, 2009, p. 210.

Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, p. 552.

Ibidem, pp. 551 y 589.

La Constitución de Francia de 1791 previó la creación de una legislación civil unitaria para todo el territorio nacional. No fue sino hasta 1804 que quedó listo un código civil —*Code Civil des français*—. Al Código Civil siguieron el Código de Comercio, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales. En Alemania, el movimiento codificador inició casi un siglo después, con la puesta en vigor el 1° de enero de 1900 del Código Civil. Los códigos civiles de Francia y Alemania han sido el modelo de los códigos de casi todos los países de la familia de derecho neorrománico.

G. del Vecchio y L. Recasens Siches, *Filosofía del Derecho*, tomo I, UTEHA, México, 1946, p. 298.

Llama la atención que en el Código Civil del Estado de México de 2002, no obstante el mandato constitucional, se omita mencionar los Principios Generales del Derecho como método de integración de la ley. En cambio, en el art. 1.15 se establece que cuando no haya ley aplicable “la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales sobre la misma especie, se decidirá observando la mayor equidad”.

Precisa Del Vecchio que si en Italia no se utilizó el concepto de “principios de Derecho natural”, ello no implicó “una aversión substancial al concepto, sino que sólo tendía a obviar el peligro de una interpretación poco más precisa”. G. del Vecchio, *Los principios generales del Derecho* (trad. Juan Osorio Morales), Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, 1998, p. 39.

Rodolfo Vigo, *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 115.

Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1986, p. 318.

Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho* (trad. Eduardo Roza Acuña), Temis, Colombia, 1987, pp. 239 y 240.

Ibidem, pp. 240 y 241.

La falacia naturalista que propuso Hume y que retomó Kelsen postula que es posible inferir un juicio del “deber ser” a partir de un juicio del “ser”. Esto se debe a que las reglas de la lógica no permiten deducir una conclusión que no esté ya contenida en las premisas.

Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho*, pp. 239 y 240.

G. del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, pp. 41 y 110.

C. Sforza, *Filosofía del Derecho* (trad. Marcelo Cheret), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 36.

Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, p. 315.

Entre los principios generales del derecho romano ocupan un lugar especial los denominados en latín *tria iuris praecepta*, que fueron enunciados por Ulpiano en sus *Institutiones* y que posteriormente fueron incorporados en el *Corpus Iuris Civile* (D.I. 1, 10, 1 y en I, 1, 1, 3 —*Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). Véase al respecto R. Jiménez Cano, “*Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español*”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero3/pgd.htm> (09/06/2005).

Rodolfo Vigo, *Interpretación jurídica*, p. 115.

Este autor entendió que los principios generales del derecho son “el conjunto de aquellas máximas de sana moral que son por todos reconocidos”. G. del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, p. 40.

Eduardo García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México, 2002, p. 60.

G. Lumia, *Principios de teoría e ideología del Derecho* (trad. Alfonso Ruiz Miguel),

Debate, Madrid, 1985, p. 85.

Eduardo García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, p. 68.

Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, pp. 317 y 318.

C. Sforza, *Filosofía del Derecho*, p. 35.

Rodolfo Vigo, *op. cit.*, p. 115.

Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, pp. 319 y 320.

Un ejemplo de principios legislados lo encontramos en el art. 89 del *Código de Comercio*, que textualmente establece: "Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa." De esta forma, el art. 1.4 del Código Civil español establece: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico."

Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, p. 316. De igual forma opina Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 470.

R. Jiménez Cano, "*Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español*", p. 9.

Ibidem, p. 466.

Ibidem, p. 467.

Semanario Judicial de la Federación, t. XLIII, p. 858.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.

Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: III, Segunda Parte-2, Página 573. También véase Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XV, Marzo de 2002, Tesis: 1.4o.A.340 A, Página: 1428 Materia: Administrativa, Tesis aislada.

Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: III Segunda Parte-2, Página 573. También véase Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: VII, Junio de 1998, Tesis: XI.3o.13 P, Página: 692.

Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXIX, Página 418.

Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LV, Página 2642.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.

Instancia: Cuarta Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte: XIII, Quinta Parte, Página 245.

Octava Época, Tercera Sala, Apéndice 1917-2000, Tomo IV, Civil, Sección Jurisprudencia SCJN, Tesis 44, Página 34 (Contradicción de tesis 1/90).

Sexta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte XV, Página 37.

Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 151-156, p. 218, Informe 1981, Segunda Parte, tercera Sala, Tesis 65, Página 63.

Al respecto véase E. de Wet, "Judicial reviews as an emerging general principle of law and its implications for the International Court of Justice", en *Netherlands International Law Review*, Vol. 47, 2000, pp. 181 y ss.; J. Ellis, "The precautionary principle: from paradigm to rule of law", en *International Law Forum*, Vol. 2, 2000, pp. 127 y ss.; W. Weiss, "Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts", en *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 39, 2001, pp. 394 y ss., y K. Ambos, "General principles of criminal law in the Rome Statute", en *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, pp. 1 y siguientes.

J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 1994, p. 234.

Se puede mencionar la responsabilidad civil objetiva en el derecho del mar o el principio de enriquecimiento sin causa.

J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, p. 242.

G. Mosler, "General principles of law", en: Reinhardt Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment, 7 (1984), Berlin, pp. 89 y 92.

A. Bleckmann, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, A. Francke Verlag, Tübingen, 1978, pp. 26 y siguientes.

Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia, 1992, p. 60; y O. Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, A. Francke Verlag, Tübingen, 1997, p. 224.

Julio Barberis establece que dicha distinción corresponde a una época ya superada del derecho internacional público en que se diferenciaba entre “los miembros de la comunidad internacional, originariamente formada sólo por las potencias cristianas de Europa, y los demás pueblos”. Sin embargo, el mismo Barberis opina que para buscar los principios generales del derecho aplicables al derecho internacional público, “Se han de tomar en cuenta principalmente aquellos órdenes jurídicos que, en la materia que interesa, aparecen como los más evolucionados”, lo que nos lleva, aunque si bien de manera selectiva, a establecer una distinción entre los diversos sistemas jurídicos nacionales, con lo que prácticamente permanecemos casi como al principio. J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, pp. 244 y 246.

A. Bleckmann, *Europarecht*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1990, p. 139.

J. Sloan, “General Assembly Resolutions Revised (Forty Years Later)”, *The British Yearbook of International Law*, tomo 58, 1987, p. 80.

J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, pp. 221 y siguientes.

Ibidem, p. 250.

Ibidem, p. 140.

Loc. cit.

W. Graf Vitzthum, “Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts”, en W. Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1997, p. 91.

A. Bleckmann, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, pp. 141 y 142.

Enrique Linde Paniagua, “Sistema de Fuentes del Derecho de la Unión Europea”, en Enrique Linde Paniagua y otros, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2000, p. 389.

A. Bleckmann, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, p. 149.

Ibidem, p. 148.

Ibidem, p. 150.

E. Linde Paniagua, “Sistema de Fuentes del Derecho de la Unión Europea”, p. 387.

En la sentencia del caso Internationale Handelsgesellschaft GmbH, 11/70, el Tribunal de Justicia sostuvo: “el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho cuya observancia asegura el tribunal de

Justicia.”

J. Esser, “Rezension der Habilitation von Arthur Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber”, en: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 18, 1953, p. 173.

Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Peral Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1986, capítulo VII, p. 351.

C. Bittner, *Recht als interpretative Praxis*, Walter de Gruyter, Berlín, 1988, p. 38.

F. Zeller, *Auslegung von Gesetz und Vertrag*, Habilitation, Zurich, 1989, p. 485.

K. Günther, “Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation”, en: *Rechtstheorie*, Vol. 20, 1989, p. 163.

Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 286

Ibidem, p. 287.

Manuel Aienza, “Algunas tesis sobre la analogía en el derecho”, en: DOXA, Núm. 2, 1985, p. 224.

Christian Plantin, *La argumentación* (trad. Amparo Tusón Valls), Ariel, Barcelona, 2002, p. 77.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica* (trad. J. C. Gardella), Temis, Bogotá, 1990, p. 154.

Christian Plantin, *La argumentación*, p. 81.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 140.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 141.

Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1982, p. 100.

Christian Plantin, *La argumentación*, p. 79.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 183.

Ibidem, p. 186.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 195.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 188.

Ibidem, p. 193.

¹ Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 283-285.

² Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIII, Febrero de 1994, p. 357, Aislada, Común. IUS 213531.

³ Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XII, Octubre de 1993, p. 449, Aislada, Común. IUS: 214714.

⁴ Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; XXVII, Febrero de 2008; Página: 1964; Tesis: I.3o.C. J/47; Jurisprudencia Materia(s): Común.

⁵ Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; XXV, Enero de 2007; Página: 2127; Tesis: I.6o.C. J/52; Jurisprudencia; Materia(s): Común. Registro No. 173565.

⁶ Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y*

- su *Gaceta*; XXVIII, Agosto de 2008; Página: 1104; Tesis: IV.2o.C.50 K; Tesis Aislada; Materia(s): Común. Registro No. 169092.
- 7 P. Schwacke y R. Uhlig, *Juristische Methodik*, Kohlhammer, Colonia, 1985, pp. 24-28.
- 8 Edmund Husserl, *Logische Untersuchungen* (editora: Ursula Panzer), tomo segundo, primera parte, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1984, p. 38.
- 9 Raúl Mora, *Tras el símbolo literario*, Universidad Iberoamericana, Puebla, 2002, p. 22.
- 10 Hans Georg Gadamer, *Verdad y método* (trad. Ana Agud y Rafael de Aparicio), Ediciones Sígueme, Salamanca, 2001, p. 398.
- 11 Eduardo García Máynez, "Interpretación general e interpretación jurídica", en: *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo IX, Núms. 35-36, julio-diciembre de 1947, p. 7.
- 12 Francisco Laporta, *El imperio de la ley, una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 176.
- 13 Hans Georg Gadamer, "Qué es la verdad", en: *Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a Verdad y método II* (trad. Manuel Olasagati), Ediciones Sígueme, Salamanca, 2002, p. 235.
- 14 Hans Georg Gadamer, "Texto e interpretación", en: *Verdad y método II*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2002, p. 332.
- 15 Hans Georg Gadamer, "Qué es la verdad", en: *Verdad y método II*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2002, p. 57.
- 16 *Ibidem*, p. 57.
- 17 Friedrich Hegel, *Lecciones de la historia de la filosofía*, tomo III (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 85.
- 18 Hans Georg Gadamer, *Verdad y método*, p. 399.
- 19 Hans Georg Gadamer, "Texto e interpretación", en: *Verdad y método II*, p. 333.
- 20 *Ibidem*.
- 21 Hans Georg Gadamer, *Verdad y método*, p. 414.
- 22 *Ibidem*, p. 399.
- 23 John Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano* (trad. Luis Rodríguez Aranda), SARPE, Madrid, 1984, p. 153.
- 24 Paul Ricoeur, *Del texto a la acción, ensayos de hermenéutica II* (trad. Pablo Corona), Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- 25 Amparo en revisión 120/2002.
- 26 Hans Georg Gadamer, "Qué es la verdad", en: *Verdad y método II*, p. 59.
- 27 *Ibidem*, p. 59.
- 28 Hans Georg Gadamer, *Verdad y método*, p. 414.
- 29 Hans Georg Gadamer, "Texto e interpretación", en: *Verdad y método II*, p. 325.
- 30 Hans Georg Gadamer, *Verdad y método*, p. 399.
- 31 Hermann Heller, *Teoría del Estado* (trad. Luis Tobío), Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 280.
- 32 André Hauriou, "Recherches sur une problématique et une méthodologie applicables a l'analyse des institutions politiques", en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Núm. 2, marzo-abril de 1971, p. 11.
- 33 *Ibidem*, p. 330.
- 34 Hans Georg Gadamer, *Verdad y método*, p. 337.
- 35 Jürgen Habermas, *La lógica de las ciencias sociales* (trad. Manuel Jiménez Redondo), REI, México, 1993, p. 249.
- 36 Umberto Eco, "Interpretación e historia", en: Umberto Eco, *Interpretación y sobreinterpretación* (trad. Juan Gabriel López Guix), Cambridge University Press, Cambridge, 1997, p. 34.
- 37 Jonathan Culler, "En defensa de la sobreinterpretación" en: *Ibidem*, p. 130.
- 38 Umberto Eco, "Interpretación e historia", en: *Interpretación y sobreinterpretación*, p. 43.
- 39 Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1980, p. 329.
- 40 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 313.
- 41 Eduardo García Máynez, "Interpretación general e interpretación jurídica", p. 9, y Raúl Valdés, "La interpretación como descubrimiento del sentido objetivo de las expresiones legales (tendencias objetivistas en la interpretación del derecho)", en: *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo IX, Núms. 35-36, julio-diciembre de 1947, pp. 13-22.
- 42 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 315.
- 43 9/61 Netherlands v. HA (1962) ECR 213, pp. 235-236; 6/72 Continental Can v. Commission (1973) ECR 215, p. 245.
- 44 283/81 (1982) ECR 3415, 3430.
- 45 A. Bleckmann, *Europarecht*, Carl Heymanns Verlag, Berlín, 1990, p. 130.
- 46 Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. Marina Gazzón y Miguel Carbonell), Porrúa-UNAM, México, 2002, p. 13.
- 47 *Ibidem*, p. 15.
- 48 *Ibidem*, pp. 16 y 17.
- 49 Roberto Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil* (trad. Ramón Serrano y José Santa Cruz), Volumen Primero, Reus, Madrid, 1929, p. 133.
- 50 "INTERPRETACIÓN DE LA LEY", *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Cuarta Sala, Tomo CXXVI, p. 73. Sin embargo, en tiempos más recientes también se encuentran casos donde se utiliza el concepto restringido de interpretación, al establecerse que se puede resolver una controversia "sin la necesidad de asignar vía interpretación, un cierto significado a la norma": "INTERPRETACIÓN DE LA LEY. CUANDO NO HAY NECESIDAD DE HACERLA", *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo IX, p. 209.
- 51 "LEYES FISCALES. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE SUS NORMAS NO CONTRAVIENE LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN ESTRICTA Y DE LEGALIDAD QUE RIGEN DICHA MATERIA", *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tercera Sala, Tomo I, p. 206; "INTERPRETACIÓN DE LA LEY. REGLAS DE LA", *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, Tomo CXXVI, p. 73.
- 52 José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, volumen I, Ariel, Barcelona, 1998, p. 223.
- 53 *Ibidem*, p. 223.
- 54 Jorge Albaladejo, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I, EDISOFER, Barcelona, 1996, p. 184.
- 55 Rolf Wank, *Die Auslegung von Gestzen*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1997, p. 47.
- 56 Roberto Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 137.
- 57 La exposición de motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por medio de la cual se introdujeron los métodos de interpretación en el Código Civil de España establecía: "En punto a la pertinencia o no de que los Códigos contengan normas predeterminadas de los criterios a utilizar en la interpretación, no hay una actitud dominante sólidamente consolidada. La tesis negativa tiene en cuenta las ventajas de una mayor libertad por parte del intérprete y remite el problema de los criterios utilizables al campo de la doctrina. La tesis afirmativa pondera los criterios de una mayor libertad en el modo de proceder. Por ésta ha sido preciso inclinarse dado el mandato de la Ley de Bases que se ha convertido en norma articulada tal y como en ella aparece, es decir, sin mayores especificaciones, por temor a que los criterios perdieran el carácter esencial y flexible con que vienen enunciados, pues en ningún caso es recomendable una fórmula hermenéutica cerrada y rígida. La ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor con cuyo empleo, ciertamente muy delicado, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllos."
- 58 Así, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana tanto el máximo tribunal constitucional —*Bundesverfassungsgerichtshof*— como el tribunal superior en materia civil han reconocido tales métodos como válidos (BVerGE —*Bundesverfassungsgerichtshof*— 11, p. 26 y 30; BGH —*Bundesgerichtshof*—, 1967, 343 y 346). Asimismo, en Estados Unidos o en Inglaterra se aplican dichos métodos de interpretación. Véase al respecto: Víctor Rojas Amandi, *Las fuentes del derecho en el sistema jurídico angloamericano*, Porrúa, México, 2005, pp. 58-65.
- 59 Las negritas agregadas a las citas textuales de este capítulo son del autor.
- 60 Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 317.
- 61 Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1997, p.
- 62 Ronald Dworkin, "Law, philosophy and interpretation", en: *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 80, 1994, Heft 4, p. 464.153.
- 63 Joseph Raz, "La intención en la interpretación", en: DOXA, Vol. 20, 1997, p. 206.
- 64 Volumen 470 del *United States Reports*. La sentencia comienza en la página 392 y la parte que se comenta está en las páginas 396 y 397. En adelante se abreviará así: 470 U.S., 392, 396-7 (1985).
- 65 552 U.S., 10 (2008).
- 66 Asimismo, el internacionalista Paul Reuter afirmó que "la sumisión al texto" es la regla básica de la interpretación. *Introduction au droit des traités*, Genève/París, Presses Universitaires de France, Publication de l'Institut de Hautes Etudes Internationales, 1985, pp. 103-105.
- 67 No. Registro: 298,124; Tesis aislada; Materia(s): Común; Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; CXI; Página: 2244.
- 68 Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989, p. 76.
- 69 Rolf Wank, *Die Auslegung von Gestzen*, p. 49.

- 70 Fernando Flores García, "Acción", en: *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo I, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 48.
- 71 Fernando Vázquez Armiño y Arcelia Quintana Adriano, "Acción de Sociedades", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo I, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 76.
- 72 Luis Díez-Picazo, *El sentido histórico del derecho civil*, R.G.L.J., Madrid, 1959, p. 724 y siguientes.
- 73 Véase al respecto la interpretación que la Corte Permanente de Justicia realizó del término "Groenlandia". *Cour Permanente de Justice Internationale*, series A/B, núm. 53, 1933, p. 49.
- 74 "INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES", *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Pleno, Tomo XXVII, p. 819; "LEY, INTERPRETACIÓN DE LA", *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, Tomo CXI, p. 2244; "INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO", *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XIX, junio de 2004, p. 234; "INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN MATERIA CIVIL. EN CUMPLIMIENTO A LA GARANTÍA DE LEGALIDAD. ALCANCES QUE AL EFECTO ESTABLECE EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL", *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXII, septiembre de 2005, p. 1482.
- 75 30/77 Boucherau (1977) ECR 1999, p. 2010; 6/74 Mouljin v. Commission (1974) ECR 1287, p. 1239.
- 76 29/69 ECR 419.
- 77 Cuando se emitió dicha sentencia existían cuatro lenguas oficiales en la Comunidad Económica Europea.
- 78 29/69, Stauder, p. 424-5; 19/67, Van der Vecht (1967), ECR, 345, 354; 80/76, Kerry Milk (1977), ECR, 425, pp. 434-435.
- 79 A. Bleckmann, *Europarecht*, p. 127.
- 80 Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, p. 76.
- 81 Manuel Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación*, Porrúa, México, 2007, p. 409.
- 82 Así, por ejemplo, en la jurisprudencia española ha quedado bien claro que las leyes deben ser interpretadas siempre de manera que se eleve al máximo, en lo posible, la eficacia de los derechos fundamentales. Véase las sentencias del Tribunal Constitucional de España: 1985, 66; 1985, 77; 1990, 119; 1988, 253.
- 83 "INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES", *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Cuarta Sala, Tomo: LXXIX, p. 5084.

También se busca evitar contradicciones normativas. La comparación más precisa que puede establecerse de la función que cumple el método sistemático es la del rompecabezas, el contorno de una de cuyas piezas se ve por el hueco que dejan las otras.⁸⁴

6.2.8.5 Método de interpretación subjetivo-genético

La interpretación genética consiste en la búsqueda de las razones y los puntos de vista que llevaron al legislador a emitir la ley con sus características concretas. Esto nos conduce directamente al análisis de los denominados *materiales legislativos*, esto es, a los documentos que sirven de apoyo en el proceso legislativo: iniciativas, exposiciones de motivos, dictámenes, diarios de debates, etc. Sólo en esos documentos ha quedado incorporada la verdadera intención reguladora, pues ellos expresan “la posición de los participantes en el acto de legislación” y representan por lo mismo la voluntad del legislador objetivamente reconocible.⁸⁵

Cuando se usan los materiales legislativos, se debe tomar en cuenta que la historia de la creación de una disposición sólo puede ser relevante para la interpretación cuando la misma sirva para corroborar el resultado al que se ha llegado haciendo uso de un método de interpretación distinto al genético, o bien, cuando la misma sirva para solucionar alguna duda que ha surgido con motivo del uso de dicho método diverso. Esto significa que este método es complementario o subsidiario del método gramatical y del sistemático.⁸⁶ Esto se debe a que las intenciones e ideas de las personas y órganos que han participado en el proceso legislativo no resultan parte del sistema de derecho positivo vigente. Tal como lo expresó el Tribunal Imperial de Alemania —*Reichgericht*—, “los trabajos preparatorios de una ley deben ser valorados para su interpretación con una cierta reserva, en la medida que sólo sirven de apoyo”.⁸⁷

En España, asimismo, se ha precisado que aun cuando las exposiciones de motivos no pueden ser alegadas en juicio debido a que carecen de valor de norma, constituyen siempre un elemento importante para la interpretación de la ley, pues permiten conocer la *mens legislatoris* para poder llegar a la *ratio legis*.⁸⁸ Debido a esta razón, el método genético por sí solo no puede ser utilizado para alcanzar una interpretación obligatoria. Únicamente cuando las intenciones e ideas que manifestó el legislador durante el proceso legislativo han sido plasmadas en el texto normativo, y sólo desde el momento en que esto sucede, las mismas adquieren carácter vinculante.

Lo anterior obedece a que para la interpretación sólo resulta relevante la voluntad del legislador tal y como la misma se encuentra objetivada en la ley. De ahí que como lo estableciera el máximo tribunal en materia civil en Alemania, el *Bundesgerichtshof*: “La voluntad del legislador puede ser tenida

en cuenta para la interpretación de la ley sólo en la medida que encuentre una expresión suficientemente determinada en la ley misma.”⁸⁹ Así también lo ha precisado la jurisprudencia de los tribunales federales mexicanos:

No. Registro: 183,060, Tesis aislada, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVIII, Octubre de 2003, Tesis: I.7o.A.55 K, Página: 1008.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y DEBATES DEL LEGISLADOR. NO FORMAN PARTE DE LA LEY. Las exposiciones de motivos contenidas en una iniciativa de ley, así como los debates del legislador suscitados con motivo de su aprobación, no forman parte del cuerpo legal de un ordenamiento y, por ende, carecen de todo valor normativo, tomando en consideración los siguientes elementos: a) El artículo 14, segundo párrafo, del Pacto Federal, que prevé el principio de seguridad jurídica, dispone que nadie podrá ser afectado en su esfera jurídica, 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; es decir, tal dispositivo constitucional no hace referencia a las observaciones y justificaciones expresadas por el autor de la iniciativa legal, ni a los argumentos que señalen los legisladores para aprobar, modificar, derogar o abrogar una norma de carácter general; b) Por la publicidad de la norma, que se refiere a que los órganos del Estado encargados de difundir las normas en los respectivos ámbitos de su competencia, tales como el Diario Oficial de la Federación, Gacetas o Periódicos Oficiales, generalmente publican solamente el contenido de las leyes o artículos aprobados mediante el proceso legislativo o, en su caso, refieren cuáles normas han sido abrogadas o derogadas, pero no suelen imprimir las iniciativas de ley y debates que dieron origen a las mismas. Por ende, no se puede invocar un derecho u obligación por la simple circunstancia de que el mismo se infiera de la exposición de motivos de la iniciativa de ley o de los debates del legislador, si no se plasmó expresamente en el articulado de la norma correspondiente; sin que sea lógico el argumento de que la interpretación teleológica subjetiva o exegética de la disposición legal permita introducir elementos contemplados durante el proceso legislativo, pero no reflejados en el cuerpo legal, pues tal medio de interpretación requiere que el intérprete de la norma acuda a la exposición de motivos, debates o preámbulo que dieron origen a una ley o tratado internacional para interpretar uno o varios preceptos ambiguos u oscuros, con la plena conciencia de que se están tomando en consideración cuestiones que son ajenas a la norma y, por ende, no forman parte de ella.

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 1987/2003. Chris K. Kowalski y otro. 3 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Alfredo Soto Morales.

Nota: Por ejecutoria de fecha 10 de octubre de 2007, la Segunda Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 195/2007-SS en que participó el presente criterio.

Esta misma idea se contempla en el art. 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, el cual establece que los materiales son sólo medios de interpretación complementarios que se pueden utilizar solamente cuando el texto sea poco claro, como sigue:

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la

aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En el método de interpretación genético existe una diferencia entre los puntos de vista de los defensores de la teoría objetiva frente a los que postulan la teoría subjetiva. La diferencia radica en que mientras los subjetivistas reconocen la voluntad del legislador como vinculante, los objetivistas piensan que en efecto hay una voluntad subjetiva del legislador aunque la misma no resulte obligatoria. De esta forma, la teoría objetiva asume que, por sí mismo, el resultado al que se llegue haciendo uso del método histórico no resulta obligatorio. Esto se debe a que tal como ya se afirmó, los materiales legislativos no son documentos jurídicos válidos ni obligatorios y de ellos no se pueden derivar de manera concreta consecuencias jurídicas vinculantes. La posición que defiende la teoría objetiva es la que en la práctica se asume casi sin excepción.

Sin importar cuál sea la postura que se defienda, siempre se debe considerar dentro de la actividad interpretativa el surgimiento de la ley. En la actualidad, los tribunales en todo el mundo se ayudan, al interpretar la ley, recurriendo al análisis de los materiales legislativos. Dicho análisis sirve tanto para descifrar el significado de los conceptos que utilizó el legislador como para ubicar con más claridad el objeto, motivo o fin de la ley. Así, por ejemplo, se calcula que el Tribunal Federal Alemán —*Bundesgerichtshof*— utilizó alrededor de 24% de materiales legislativos para tomar sus decisiones.⁹⁰ En México sucede algo similar; como ejemplo, transcribimos un criterio de los tribunales federales en donde se recurre a los materiales legislativos:

No. Registro: 184,056, Tesis aislada, Materia(s): Laboral, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XVII, Junio de 2003, Tesis: XI.3o.14 L, Página: 1045.

PROCEDIMIENTO PARAPROCESAL. LA OBLIGACIÓN DE PRECISAR LA CAUSA O CAUSAS DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, ES UN REQUISITO QUE DERIVA DE LA PROPIA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS QUE LE DIO ORIGEN. De la lectura integral del capítulo III del título quince de la Ley Federal del Trabajo y de la exposición de motivos que le dio origen, relativo al procedimiento paraprocesal, se desprende que si bien se trata de actuaciones de la Junta donde no existe contención o litigio, su función no se limita al carácter de simple fedatario de la voluntad de las partes, sino que debe vigilar la observancia de las disposiciones legales al intervenir como autoridad. Por ello, cuando el patrón acude a dicha Junta a efecto de solicitar se realice la notificación y entrega al trabajador del aviso escrito de la fecha de rescisión de la relación laboral, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 982, 983 y 991, en relación con el 47 de dicha ley, también debe señalar la causa o causas que dieron origen a la culminación del vínculo laboral, a efecto de que el trabajador conozca oportunamente las causas o motivos del despido, para que esté en posibilidad de recurrir a los tribunales laborales cuando considere que es injustificado y así no se vea sorprendido e indefenso en el momento del juicio.

Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. Amparo en revisión 293/2002. Director del Sistema de Agua Potable y Alcantarillado de Zamora, Michoacán. 23 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Patricia Mújica López. Secretario: Zirahuén Duarte Briz.

La obligatoriedad de la ley permite que recurrir a los materiales aparezca como legítimo, pues el juez, para determinar el sentido de la ley, bien puede hacer uso de los materiales. Resulta muy útil conocer no sólo el texto, sino asimismo la voluntad del legislador histórico y la situación histórica y social que lo motivaron a emitir una ley con esas características concretas.⁹¹

El legislador bien puede describir en su texto legislativo sólo generalidades de hechos mediante conceptos, en mayor o menor medida, indeterminados y en diversos niveles de abstracción. En estos casos, los materiales legislativos contienen información de detalle sobre lo que el legislador quiso o se propuso. Una ley se puede entender mejor cuando asimismo se conocen los objetivos del legislador y las circunstancias que dieron motivo a la actividad legislativa.

Diría Windscheid que la ley no es sólo voluntad del legislador, sino la sabiduría de los siglos que nos han precedido. El análisis de la génesis histórico-legislativa de las instituciones jurídicas no debe pasar inadvertido para quien desea conocer el verdadero alcance de los preceptos concretos de la legislación. Así, por ejemplo, resulta inconcebible la moderna orientación en materia de responsabilidad por daños sin considerar los cambios experimentados en las sociedades occidentales como consecuencia de la industrialización y de la Revolución Industrial en general.

La necesidad del método genético es algo incuestionable si se acepta que las instituciones de nuestro derecho están incorporadas al ser de la cultura occidental, formando parte de la configuración de la escala de valores propia de la misma, y hasta de su lógica interna y de la forma de expresión del pensamiento.

Trabajos preparatorios, debates parlamentarios, anteproyectos, auscultaciones y demás documentos, que sirven de apoyo al trabajo de interpretación, proporcionan información valiosa para la actividad interpretativa. El uso del método de interpretación genético puede ser diverso. Así, en ocasiones se utiliza el elemento genético a guisa de técnica de *elegantia iuris* o como fórmula de mera erudición, es decir, la exposición de los antecedentes históricos adquiere un papel de brillantez argumentativa, sin que su uso añada nada al contenido de la actividad interpretativa.⁹²

A veces se utiliza el elemento genético para contrastar las disposiciones vigentes con aquellas que le sirvieron de precedente y que ya han sido abrogadas.⁹³ Y en ocasiones, se introduce en una suerte de argumentación de carácter evolutivo, utilizándose también así el elemento genético sin utilidad exegética alguna, a modo de apoyo del desarrollo doctrinal que se mantiene, y

a fin de exhibir tal doctrina con la mayor amplitud posible.

En Alemania, en donde diversos textos constitucionales han estado en vigor a lo largo de su historia, se suele entender la Constitución vigente como continuación de las constituciones abrogadas. Así, se ve a la Constitución de Bonn de 1949 como una continuación de la de Weimar de 1919, y ésta, a su vez, como hija de la de Bismarck de 1870. Por tanto, para determinar las competencias previstas en la Constitución, se recurre al desarrollo histórico en las constituciones anteriores. En este sentido, los tribunales constitucionales con frecuencia deberán interpretar la Constitución de manera íntegra, esto es, la vigente junto con todas las constituciones del pasado. De esta forma, se garantiza la homogeneidad y la continuidad del derecho constitucional.

6.2.8.6 Método de interpretación objetivo-teleológico

El método de interpretación teleológico es aquel que, más allá del texto expreso de las proposiciones normativas, considera el objeto, motivo o fin razonable de la ley. El calificativo *teleológico* proviene del griego *telos*, que en español significa fin, objetivo o meta. El objetivo de la ley, esto es, el fin que es propio de la ley, se ha entendido históricamente como la *ratio legis*.⁹⁴ Algunos han hablado, más que del objetivo de la ley, del espíritu de la ley, tal como el apóstol Pablo lo hizo cuando expresó: “la letra mata, más el espíritu vivifica.”⁹⁵ Para la interpretación teleológica, el sentido propio de las palabras es el punto de partida, mientras que el espíritu y la finalidad de la ley constituyen el punto de llegada.⁹⁶

El caso de una ley que ordena expresamente la interpretación teleológica es el art. 18 de la *Ley Federal del Trabajo*, que establece: “En la interpretación de las normas del trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2° y 3°.”

La Escuela de los Intereses de Heck nos enseñó que cada norma jurídica persigue la realización de un objetivo que resulta de los intereses que pretende proteger o fomentar el legislador con la emisión de su ley. Dicho propósito, precisamente como defensor de intereses, adquiere en la interpretación y aplicación de la ley un lugar especial. Así, por ejemplo, en la interpretación teleológica del derecho de la Unión Europea se ha considerado su carácter dinámico, que se encuentra orientado por la realización de ciertos objetivos de política económica.⁹⁷

Sobre todo, en la interpretación teleológica reaparece el conflicto entre los tipos de interpretación subjetiva y objetiva. Para la posición subjetiva el fin de la interpretación es la voluntad o el deseo del legislador al momento de emitir la ley. Para la posición objetiva existe un propósito de la ley independiente de la voluntad de su autor y es el que se debe considerar en la interpretación teleológica. Dentro de esta última posición, que es la dominante, Karl Larenz

ha establecido que los objetivos relevantes son los fines “teleológico objetivos”,⁹⁸ esto es, los objetivos de la ley que no se refieren a los propósitos que tuvo cualquier persona o grupos de personas tanto en el pasado como en el presente, sino más bien a los objetivos racionales o propios del orden jurídico existente. En ocasiones, sobre todo cuando se trata de leyes de reciente emisión, bien puede ser que el interés subjetivo del legislador coincidiera con el fin objetivamente relevante de la ley, pero en la mayoría de las ocasiones los propósitos de la ley no son los mismos que los objetivos del legislador.

Tres aspectos resultan centrales en la interpretación teleológica: a) se debe aclarar con precisión cuáles son los intereses que motivaron la ley, pues sólo con base en su conocimiento quedará claro cuál es el objeto, motivo o fin de la norma; b) debe definirse la realización de los objetivos a los que se encuentra destinada la ley, pues con frecuencia resulta que la norma no debe responder a un único fin; y c) se debe seleccionar la interpretación que sea más compatible con la realización de los propósitos de la ley.⁹⁹

En muchas ocasiones la propia ley menciona sus objetivos. Éste sería el caso de las leyes administrativas. Así, por ejemplo, la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* establece en su primer artículo:

Artículo 1. La presente Ley es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se refieren a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección al ambiente, en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción. Sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para:

- I. Garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar;
- II. Definir los principios de la política ambiental y los instrumentos para su aplicación;
- III. La preservación, la restauración y el mejoramiento del ambiente;
- IV. La preservación y protección de la biodiversidad, así como el establecimiento y administración de las áreas naturales protegidas;
- V. El aprovechamiento sustentable, la preservación y, en su caso, la restauración del suelo, el agua y los demás recursos naturales, de manera que sean compatibles la obtención de beneficios económicos y las actividades de la sociedad con la preservación de los ecosistemas;
- VI. La prevención y el control de la contaminación del aire, agua y suelo;
- VII. Garantizar la participación corresponsable de las personas, en forma individual o colectiva, en la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente;
- VIII. El ejercicio de las atribuciones que en materia ambiental corresponde a la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, bajo el principio de concurrencia previsto en el artículo 73 fracción XXIX-G de la Constitución;
- IX. El establecimiento de los mecanismos de coordinación, inducción y concertación entre autoridades, entre éstas y los sectores social y privado, así como con personas y grupos

sociales, en materia ambiental, y

X. El establecimiento de medidas de control y de seguridad para garantizar el cumplimiento y la aplicación de esta Ley y de las disposiciones que de ella se deriven, así como para la imposición de las sanciones administrativas y penales que correspondan.

En todo lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las disposiciones contenidas en otras leyes relacionadas con las materias que regula este ordenamiento.

También es usual que algunos tratados establezcan de manera expresa sus objetivos. De esta forma, el art. 102 del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá señala:

Artículo 102. Objetivos

1. Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:
 - (a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes;
 - (b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
 - (c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
 - (d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes;
 - (e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y
 - (f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.
2. Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.

Cuando las leyes no designen sus objetivos, éstos se deben inferir a partir de la situación de intereses que dieron lugar a la ley o bien de su regulación legal. Debemos entender que para el legislador la regulación ha sido el medio que ha considerado idóneo para lograr los objetivos que se propuso. Los propósitos de la ley también se infieren a partir de la realidad social. Enseguida se transcribe una tesis que ilustra la forma en que en México los intérpretes oficiales utilizan el método de interpretación teleológica:

Registro No. 177545. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXII, Agosto de 2005, Página: 1964, Tesis: I.3o.C.71 K, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

PETRÓLEOS MEXICANOS. PUEDE REALIZAR TODAS LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS, MERCANTILES Y PENALES QUE SEAN NECESARIAS PARA LOGRAR QUE EL PETRÓLEO SEA UNA DE LAS BASES DEL DESARROLLO ECONÓMICO DEL PAÍS, Y CUIDAR ASÍ QUE LA EXPLOTACIÓN SEA RACIONAL, MANTENIENDO UN DESARROLLO INTEGRAL Y SUSTENTABLE, MANTENIENDO EL DOMINIO DIRECTO DE LA NACIÓN SOBRE EL PETRÓLEO, DE MANERA QUE SE LOGRE LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES DE LAS GENERACIONES PRESENTES SIN COMPROMETER LAS DE LAS FUTURAS. INTERPRETACIÓN

DIRECTA, HISTÓRICA Y TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. El cúmulo de actos sociales históricos que están vinculados con la exploración y explotación del petróleo, deben considerarse, sin duda alguna, al interpretar lo que el artículo 27 de la Constitución dispone en tratándose del petróleo, básicamente el punto vinculado con el dominio que del mismo tiene la nación, así como lo concerniente a que al ser el pueblo mexicano quien debe beneficiarse con la explotación del petróleo, es factible que los organismos descentralizados creados expresamente para ese fin, puedan llevar a cabo la celebración de todo tipo de actos jurídicos tendentes a cumplir con el propio interés de la comunidad derivado de la potente riqueza que constituye el petróleo; por ello, deben incorporarse, entre otros, los antecedentes históricos que paso a paso fueron formándola, junto al argumento interpretativo denominado teleológico, que estriba en la justificación de la atribución de un significado apegado a la finalidad del precepto, por entender que la norma es un medio para un fin. La explotación del petróleo en forma exclusiva por el Estado mexicano, regulada por el artículo 27 constitucional, tiene como finalidad sustancial el desarrollo integral de la nación sobre el cual existe un interés público que aterriza en el deseo social de lograr un beneficio común derivado de esa explotación, y ese interés colectivo constituye un conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de la nación y que deben ser inexcusablemente protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado. El argumento teleológico, se sustenta en la idea de que el legislador estuvo provisto de ciertos fines (Estado social de derecho), y el medio para alcanzar esos fines fue la norma, por lo que ésta deberá ser interpretada teniendo en cuenta esos fines, esto es la interpretación de la ley debe tener como base que todos los elementos del texto legal están destinados a producir efectos específicos prácticos y coherentes, como resulta ser el precitado bienestar colectivo que debe derivar en un importante y evidente desarrollo económico que genera la explotación del petróleo, de ahí que se insista que en la interpretación del artículo 27 constitucional vigente, se debe considerar el argumento histórico y, por lo tanto, tomar en cuenta que la reivindicación de los derechos de la nación sobre el petróleo fueron el resultado de un movimiento social proyectado a través del tiempo que se inició con la promulgación de la Constitución de mil novecientos diecisiete, y continuó con una serie de medidas legislativas que se suceden en los gobiernos de la Revolución y concluye, en su primera etapa, con el decreto expropiatorio de dieciocho de marzo de mil novecientos treinta y ocho. Así puede concluirse que sobre la institución jurídica del "dominio" utilizada en el artículo 27 constitucional, para establecer que la nación la tiene sobre el petróleo, está tutelada tanto por el órgano legislativo histórico como el contemporáneo, y su existencia no es para atender intereses particulares, sino públicos, pues el dominio eminente del Estado, consiste en la potestad soberana de éste sobre su territorio, y es un poder supremo sobre el territorio correspondiente, constituyendo así el poder de disponer directa e inmediatamente sobre la cosa objeto de aquel derecho; es por ello, que el Estado, por conducto de sus órganos legalmente competentes, en tratándose de la explotación del petróleo y sus derivados, no está limitado a celebrar actos administrativos, sino también puede celebrar todo tipo de actos jurídicos incluyendo los mercantiles que tengan por finalidad la explotación adecuada de ese recurso natural, para beneficio de la colectividad, siempre y cuando no enajene el dominio que de ellos tiene, ni pierda el control sobre la explotación del recurso; de modo que si no se demuestra que exista un acto jurídico cuyo contenido contravenga esa disposición constitucional que debe ser un principio rector de la actividad estatal no hay nulidad que la autoridad judicial competente deba declarar.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 733/2004. Distribuidora Central de Diesel de Vallarta, S. A. de C. V. y otros. 10 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Oscar Rolando Ramos Roveló.

Debido a que casi ninguna ley sirve tan sólo a un interés, sino a varios, en cada caso se deben valorar o ponderar los objetivos concurrentes que persigue la ley, para conceder en su aplicación mayor importancia a la realización de un objetivo sobre los otros.¹⁰⁰ De entre varias interpretaciones posibles, el método teleológico manda escoger la que realice de mejor forma todos los objetivos de la ley.

Si atendiendo a los fines de la ley fuera imposible obtener una decisión satisfactoria, se requeriría remontarse a los fines del derecho y, en especial, a los principios jurídicos. De esta forma, se puede decir que los fines más importantes del derecho son la paz y la justicia, por lo que a ellos hay que recurrir al interpretar cualquier norma jurídica.¹⁰¹

En la valoración de los fines del derecho o de la ley, en un caso particular, se deben considerar de manera especial los efectos reales. Cuando éstos son positivos en su comparación con los objetivos que motivaron una ley, se puede estimar que la interpretación teleológica resulta adecuada. Si bien es cierto que la valoración de las consecuencias de la aplicación de una ley le corresponde en primer lugar al legislador, una segunda valoración de las mismas le corresponde al juzgador, sin que esto signifique una intromisión del juez en las competencias del legislador.¹⁰²

Las competencias judiciales implican, por lo mismo, una libre valoración de la prueba y un libre uso de los criterios y métodos de interpretación de la ley. Y esto es relevante debido a que los fines que motivaron el nacimiento de una ley no pueden quedar petrificados en el tiempo; más bien, se debe valorar qué función razonable presentan dichos fines en el momento de su aplicación. Esto se debe a que la norma se encuentra de manera permanente en el contexto de las relaciones sociales y de las concepciones sociales y políticas en las que debe surtir sus efectos, de tal forma que su contenido cambia cuando las circunstancias de su aplicación evolucionan. Esto vale sobre todo cuando entre la fecha de iniciación en vigor de una ley y la de su aplicación cambian las relaciones de vida y concepciones jurídicas tan radicalmente como sucedió entre el siglo xx y la primera década del presente.¹⁰³

La valoración de las consecuencias comienza con un pronóstico de ellas. Siempre se debería comenzar en la interpretación teleológica con la pregunta: ¿con qué consecuencias de hecho se puede contar si la ley se aplica en cierta forma? Y asimismo con la cuestión anexa: ¿cómo serían las consecuencias si la decisión se tomara en otro sentido?

En segundo término, se valoran las consecuencias de donde resultan fundamentos a favor o en contra de determinada interpretación. Consecuencias deseadas pueden ser la disminución de los consumos de alcohol o de tabaco, la eliminación de conductas delictivas o contrarias al derecho, el mantenimiento de la capacidad de funcionamiento del Estado y la protección de las clases desprotegidas. Consecuencias no deseadas son la inseguridad jurídica, el mal uso del derecho, etc. Un argumento necesario que se relaciona con las consecuencias no deseables es el llamado *argumentum ad absurdum*.¹⁰⁴ Así, una interpretación teleológica es correcta cuando la misma es practicable y controlable.

En el derecho europeo y en el derecho internacional público, dentro de la interpretación teleológica resulta adecuado recurrir a los principios de “facultades implícitas” —*implied powers*— y de “efecto útil” —*effet utile*—. Esto es, la interpretación se debe concentrar en la búsqueda de soluciones que permitan producir los efectos que los autores de la norma quisieron que se produjeran. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fundamentado los efectos inmediatos de sus directivas en el principio del “efecto útil”.¹⁰⁵

Por otra parte, cuando una ley persigue consecuencias financieras, deben traerse a consideración los aspectos económicos. Así, deben tomarse en cuenta cuando se trata de evitar ciertas consecuencias, si los costos y cargas económicas necesarias se encuentran en una relación razonable con los daños previsibles. La denominada *teoría del análisis económico del derecho* exige que las normas jurídicas se interpreten según los parámetros de la eficiencia económica.

Las interpretaciones teleológicas no deben justificarse por medio de argumentos de tipo exclusivamente político, como sería el Plan Nacional de Desarrollo o la declaración de principios de un partido político, etc. Tampoco con argumentos de tipo exclusivamente económico. En cambio, esas interpretaciones deben basarse en argumentos donde predomine el criterio de justicia.

La interpretación teleológica trae como consecuencia que el texto pase a segundo término. Esto se debe a que si la norma se promulga para alcanzar un determinado fin, es preciso que la interpretación pueda ser competente para atribuirle a la ley el sentido que resulte más idóneo para la realización de dicho fin. Las necesidades del momento en que se aplica la ley pueden haber provocado que el objetivo de la ley no se deje encuadrar por el texto que se redactó para facilitar su realización, lo que requiere superar las palabras estrictas de la ley para permitir la realización de sus objetivos.

Por ejemplo, en el estado de Nueva York, desde la década de 1980 los tribunales familiares han modificado el concepto legal de relación familiar, la

cual sólo se deja acreditar por un documento oficial, que bien puede ser un acta del estado civil o una sentencia, para dar paso a un concepto funcional de familia que, más allá de los documentos que de manera oficial establezcan la relación familiar, reconozca el vínculo familiar que se genera cuando las personas efectivamente funcionan como si estuvieran dentro de una relación familiar tradicional. Esto se logra mediante la aplicación de un test al que se conoce como *test de equivalencia funcional*. De esta manera, se han reconocido vínculos de paternidad entre un hombre y el hijo de su pareja, y vínculos de matrimonio entre parejas no casadas, etcétera.^{106 107}

Cuando los objetivos de un acuerdo se establecen de manera expresa en el mismo, la interpretación teleológica funciona de manera conjunta con la sistemática. De igual forma, en ciertas ocasiones, el método de interpretación teleológica se debe utilizar en forma conjunta con el método de interpretación genética, pues para advertir cuál es el objeto, motivo o fin relevante de la ley, se debe indagar de modo previo cuáles fueron las causas que motivaron la existencia de la ley y los propósitos particulares del legislador al emitirla. Enseguida se transcribe como ejemplo de este último caso una tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

No. Registro: 196,537, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, VII, Abril de 1998, Tesis: P. XXVIII/98, Página: 117.

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico.

Amparo en revisión 2639/96. Fernando Arreola Vega. 27 de enero de 1998. Unanimidad de nueve votos en relación con el criterio contenido en esta tesis. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ariel Alberto Rojas Caballero.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de marzo en curso, aprobó, con el número XXVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Una característica especial del método de interpretación teleológica es que se le suele atribuir una mayor jerarquía con respecto a los otros métodos de interpretación.¹⁰⁸ De esta forma, en caso de contradicción entre los resultados interpretativos del método teleológico y aquellos a los que se llegue utilizando otro tipo de métodos interpretativos, prevalecen los de aquél. Así, por ejemplo, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁰⁹ ha decidido:

Dos elementos debe tener en cuenta el juzgador al interpretar la ley: el texto o sentido gramatical de las palabras, y la intención o propósito que llevaron al legislador a dictarla. Claro que cuando el sentido gramatical va enteramente de acuerdo con el fin que se persigue, no habrá duda sobre la aplicación de la ley; pero si examinados los propósitos del legislador, se encuentra una palpable contradicción entre estos propósitos y el aparente significado de las palabras empleadas, todo hace suponer que esta significación no es real, y debe procurarse preponderantemente descubrir cuál fue la voluntad manifestada en el precepto legal, ya que, de acuerdo con ella, es como debe decidirse la controversia.

Por su parte, la Suprema Corte de Estados Unidos ha establecido en el caso *U.S. v. American Trucking Associations*:

El lenguaje debe ser tomado en cuenta de tal manera que se dé efecto a la intención del Congreso... En efecto, no existe mayor evidencia persuasiva del efecto de la ley, que las palabras que la legislatura utilizó para dar expresión a sus deseos... A menudo las palabras resultan suficientemente claras... En tales casos nosotros debemos darles su significado ordinario. Cuando el significado nos conduce a un resultado absurdo o fútil, este tribunal ha visto más allá de las palabras a los propósitos de la ley.¹¹⁰

6.2.8.7 Método histórico

El método de interpretación histórica es el que analiza un texto normativo en el desarrollo de su aplicación práctica. Para definir el alcance de la interpretación histórica, se debe diferenciar entre a) la prehistoria, b) el surgimiento histórico y c) el desarrollo histórico de la ley.

a) La *prehistoria* de la ley es aquella que se relaciona con hechos anteriores al proceso legislativo, pero que han dado motivo al nacimiento de la ley. Aquí se vincula la interpretación con el análisis de las denominadas *fuentes reales del derecho*, esto es, con los factores o elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas.

b) El *surgimiento histórico* de la ley comprende el análisis de la historia del surgimiento parlamentario de un texto legal. Esta historia legislativa queda registrada en una serie de documentos a los que en su conjunto se les denomina *materiales* y dentro de los que se encuentran la iniciativa, exposición de motivos, diario de debates, dictámenes de comisiones, etc. Objeto del análisis de la interpretación histórica son sólo los puntos de vista que los participantes en el proceso legislativo han hecho valer y tal como han quedado registrados en los materiales legislativos. El

surgimiento histórico de la ley se analiza mediante el método genético.

c) Finalmente, el *desarrollo histórico* significa que para la interpretación también resulta relevante la evolución que ha experimentado la significación de la ley desde su entrada en vigor hasta la actualidad. De dicha evolución queda testimonio tanto en la jurisprudencia como en la literatura. Este fenómeno es el objeto de análisis en la interpretación histórica, propiamente hablando.

Con este método de interpretación se busca evitar consecuencias jurídicas indeseadas, con ayuda de la experiencia que aportan los criterios de interpretación de la misma ley y que se han adoptado durante su vigencia en la misma jurisdicción a la que dicha ley pertenece. De esta forma, el intérprete debe analizar los criterios interpretativos que en el pasado han utilizado los tribunales para aplicar la misma norma que se pretende aplicar en el presente y considerar cuáles han sido los efectos jurídicos no deseados que se han producido por aplicar este o aquel criterio interpretativo, para así evitar volverlo a adoptar en el futuro.

6.2.8.8 Método de derecho comparado

El método de interpretación de derecho comparado permite considerar en la interpretación de una disposición nacional la jurisprudencia de una jurisdicción extranjera. Esto es posible debido a que las regulaciones nacionales con frecuencia han tomado como modelo a cuerpos normativos extranjeros. De esta forma, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* ha tomado como modelo la Constitución de Estados Unidos, y los códigos civiles mexicanos el Código Civil de España. Así, existen disposiciones entre ambas legislaciones que, en la práctica, son iguales, por lo que puede resultar oportuno considerar en la interpretación de las disposiciones nacionales las sentencias de sus correspondientes normas extranjeras.

Esto sirve sólo para aprovechar la experiencia extranjera y evitar adoptar criterios interpretativos que en el extranjero han traído consecuencias jurídicas indeseadas. De ninguna manera esto implica que la jurisprudencia extranjera resulte obligatoria para los tribunales nacionales, pues en todo caso su valor es meramente persuasivo. De esta forma lo han resuelto los tribunales federales mexicanos en conocida tesis, que enseguida se transcribe:

DERECHO COMPARADO. LAS AUTORIDADES NO ESTAN OBLIGADAS A RESOLVER CON APOYO EN EL. Conforme a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, las autoridades encargadas de la administración de justicia están obligadas a resolver conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la legislación sustantiva vigente y, a falta de ésta, en los principios generales del derecho, los que en ninguna forma comprenden el derecho comparado, cuya disciplina está considerada como fuente del derecho mexicano, que estudia a los diversos sistemas jurídicos existentes, a efecto de determinar las semejanzas y diferencias entre éstos y que, en su caso, permitiría una mayor comprensión del

derecho nacional, pero de ninguna manera resulta jurídico exigir a los juzgadores que resuelvan con apoyo en esa ciencia, porque no existe sustento legal que los faculte a ello. Novena Época; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo: V, Enero de 1997; Tesis: XXII.16 K; Página: 456.

6.2.8.9 Funciones y jerarquía de los métodos

Los diferentes métodos de interpretación cumplen diversas funciones. De esta forma, los métodos literal y genético se caracterizan por la vinculación de lo decidido a la ley y a la voluntad del legislador. Los métodos histórico y comparativo, por su parte, posibilitan la consideración de la experiencia jurídico-práctica en tiempos pasados o en otras jurisdicciones. El método sistemático sirve para mantener al orden jurídico libre de contradicciones. Por último, el método teleológico abre la posibilidad de hacer valer argumentos generales de tipo racional-prácticos.¹¹¹

El resultado interpretativo al que arribamos mediante el uso de métodos de interpretación diverso nos puede conducir a distintas soluciones para el mismo caso. De esto se deriva una doble inseguridad: por un lado, un método no lleva a una solución y otro nos conduce a otra; por otro lado, diferentes métodos de interpretación se pueden utilizar para motivar diferentes resultados. Esto obliga a establecer una jerarquía de los diferentes tipos de métodos, que puede quedar como sigue:

1. El método teleológico prevalece sobre los demás.
2. Los métodos que analizan el texto de la ley —literal y sistemático— o la voluntad histórica del legislador —genético— prevalecen sobre aquellos que se basan en la simple razón.
3. Los métodos que consideran la experiencia —histórico y comparado— son los de menor valor.

6.3 La dogmática jurídica

La dogmática jurídica es el conjunto de conocimientos válidos sobre las diversas ramas prácticas y disciplinas teóricas del derecho. La dogmática ha sido creada y es cultivada por especialistas, quienes se han dado a la tarea de ordenar y sistematizar los contenidos normativos, los criterios sobre la aplicación de las normas jurídicas que llevan a cabo los tribunales y los principios e ideas que le sirven de fundamento al derecho.

Para cada especialidad del derecho existen autores denominados *clásicos*, cuyas ideas han servido como pauta para estudiar y trabajar con las normas y los principios jurídicos. Así, por ejemplo, en el derecho civil las obras de Justiniano o Savigny; en el derecho penal, las obras de Carrara; en el derecho constitucional, las aportaciones de Madison, Hamilton y Jay; en el derecho internacional, las contribuciones de Grocio, Vitoria y Verdross, etc., son las

concepciones teóricas que le han dado forma y estructura al conocimiento jurídico.

La dogmática jurídica, a la que también se ha denominado *ciencia del derecho*, proporciona conceptos, definiciones y clasificaciones cuyo propósito inmediato es facilitar el conocimiento jurídico para los futuros especialistas del derecho. Pero la sistematización, concreción y abstracción que caracterizan los conocimientos que proporciona la dogmática jurídica han llegado a ser muy útiles también para los especialistas prácticos. Y esto no nada más para los operadores del derecho que trabajan en la aplicación de las normas jurídicas vigentes, sino también para aquellos operadores que diseñan el contenido de las normas y de los sistemas jurídicos. Es más, bien se puede decir que quienes organizaron al sistema jurídico neorrománico o *Civil Law* fueron profesores universitarios cultivadores de la dogmática jurídica.

Precisamente debido a la gran importancia que en un sistema jurídico neorrománico ha jugado la dogmática, ésta se ha convertido en una fuente invaluable de argumentos regulares con base en los cuales los jueces, abogados, legisladores, etc., justifican sus decisiones y sus pretensiones jurídicas. Esto se puede ejemplificar con la siguiente tesis de los tribunales federales mexicanos:

No. Registro: 189,723, Tesis aislada, Materia(s): Común, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIII, Mayo de 2001, Tesis: 2a. LXIII/2001, Página: 448.

DOCTRINA. PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS. En el sistema jurídico mexicano por regla general, no se reconoce formalmente que la doctrina pueda servir de sustento de una sentencia, pues el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las reglas respectivas, en su último párrafo, sólo ofrece un criterio orientador, al señalar que “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”; mientras que en su párrafo tercero dispone que “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.” Sin embargo, es práctica reiterada en la formulación de sentencias, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, así como interpretar que la regla relativa a la materia penal de carácter restrictivo sólo debe circunscribirse a ella, permitiendo que en todas las demás, con variaciones propias de cada una, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona con literalidad como propia de los juicios del orden civil. Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior y que la función jurisdiccional, por naturaleza, exige un trabajo de lógica jurídica, que busca aplicar correctamente las normas, interpretarlas con sustento y, aun, desentrañar de los textos legales los principios generales del derecho para resolver las cuestiones controvertidas en el caso concreto que se somete a su conocimiento, considerando que todo sistema jurídico responde a la intención del legislador de que sea expresión de justicia, de acuerdo con la visión que de ese valor se

tenga en el sitio y época en que se emitan los preceptos que lo vayan integrando, debe concluirse que cuando se acude a la doctrina mediante la referencia al pensamiento de un tratadista e, incluso, a través de la transcripción del texto en el que lo expresa, el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, debe analizar, objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen.

Amparo directo en revisión 1124/2000. Abel Hernández Rivera y otros. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Minerva Cifuentes Bazán.

6.4 La jurisprudencia

El término *jurisprudencia* —*sabiduría del derecho*— originalmente fue utilizado en el derecho romano —*iurisprudentia*— para significar “el conocimiento pleno del derecho... utilizado prudentemente para resolver en forma eficaz una cuestión o problema determinado”.¹¹²

En una denominación más moderna, que se restringe al ámbito de la praxis judicial, por jurisprudencia se entiende el conjunto de decisiones precedentes que en una determinada jurisdicción funcionan como criterios para guiar el sentido de las decisiones judiciales futuras. En este sentido, el concepto de jurisprudencia adquiere relevancia para la argumentación jurídica.

En el derecho se discute si la jurisprudencia es fuente del derecho, en virtud de que crea criterios de decisión con valor general y abstracto, o sólo constituye un medio para identificar, aclarar, precisar y flexibilizar la norma jurídica vigente. A pesar de que a este respecto la doctrina se encuentra dividida, en la actualidad se suele pensar que la jurisprudencia es una auténtica y real fuente del derecho.¹¹³

6.4.1 La obligación de respetar los precedentes judiciales

Cualquier sistema jurídico que funcione total o parcialmente con base en precedentes judiciales se fundamenta en una norma básica que prescribe la obligación a cargo de los jueces de acatar las decisiones anteriores cuando conozcan de casos similares, aun cuando a ellos en lo personal no les parezca razonable. En este caso se habla de que los precedentes son vinculantes *de iure*. Si en cambio los precedentes se observan sólo como fuente de razonamiento y de argumentación jurídica sin que exista una obligación jurídica de obedecerlos, se habla de que los precedentes son vinculantes *de facto*.¹¹⁴

La norma en que se fundamenta la obligatoriedad del precedente puede ser legal o meramente convencional. Así, por ejemplo, en los países que pertenecen a la familia jurídica del *Common Law* dicha obligación, a la que se conoce como la doctrina del *stare decisis*, sólo se fundamenta en convenciones

que provienen de la tradición, mas no en disposiciones escritas claras, ni legales, ni constitucionales. Asimismo, los jueces de estos países no se obligan a observar los precedentes cuando protestan el debido cumplimiento del cargo. Pero de que se trata de una obligación lo atestigua la decisión de la Corte Suprema de California en el caso *Moradi-Shalal v. Fireman's Fund Ins. Companies* (46 Cal. 3d 287, 296, 1988), pues en la misma ha decidido:

es una regla básica de la jurisprudencia que los precedentes aplicables deben ser acatados, aun para el caso que si la causa hubiera sido nuevamente resuelta, el juez hubiera decidido de manera diferente.

En cambio, en México la obligación de respetar la jurisprudencia se encuentra establecida en los arts. 105, fracc. I, y 107, fracc. XIII, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; en los arts. 192 a 194, 197 y 197 A de la *Ley de Amparo*, y 42 y 43 de la *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

La obligación de respetar la jurisprudencia, que como hemos visto puede ser de carácter legal o convencional, implica dos deberes concretos del juez: por una parte, reconocer la obligatoriedad que para casos futuros adquieren los criterios de decisión incorporados en una sentencia; por la otra, la limitación de los efectos de la sentencia con base en la jerarquía del tribunal que la emitió.

En cuanto a la obligatoriedad de la sentencia para casos futuros, la misma se suele fundamentar en los principios de certeza, predictibilidad y estabilidad propios de un sistema jurídico. Así lo estableció la Suprema Corte de Estados Unidos en su sentencia en el caso *United States v. Washington*,¹¹⁵ cuando sostuvo que la política de seguir los precedentes se basa en la idea de que la certeza, la predictibilidad y la estabilidad en el derecho son algunos de los objetivos más importantes de un sistema jurídico. Según la Corte, esto contribuye a que las partes puedan regular sus conductas y entablar relaciones conforme a un sistema jurídico seguro y razonable que rija la situación correspondiente.

Una decisión anterior llega a valer como un precedente obligatorio cuando el caso decidido debe ser tomado en consideración para las decisiones de futuros casos. Esto supone que el caso decidido encierra una razón de decisión abstracta —*ratio decidendi*—, que en México se conoce como criterio y a la que en Inglaterra se ha denominado *rule* o *principle*.

Además, como fundamento de la obligación de atenerse a las decisiones precedentes correspondientes, se sostiene en Inglaterra que los jueces superiores, a quienes incluso se denomina “su majestad el juez” —*Her Majesty's Judges*—, se encuentran en un contacto inmediato con la fuente primaria de todo el derecho. Algo así como si tuviesen un don especial para ver con claridad y trabajar con los principios básicos del derecho. En Estados

Unidos, junto a esta idea encontramos también los principios de igualdad y economía como fundamento de la obligación de respetar el precedente.

Sin embargo, la certeza y seguridad jurídica a que responde la obligación de respetar el precedente en ningún sistema jurídico equivale a una inmutabilidad que trascienda de caso a caso y que comprometa a que una decisión antigua se mantenga eternamente como objeto de obediencia por parte de los jueces. Más bien, dicha obligación permite que los criterios de decisión se vayan adecuando a las necesidades de futuros casos. En la sentencia del caso *Martin v. Waddell's Lessee*,¹¹⁶ la Suprema Corte de Estados Unidos ha precisado esto:

... El verdadero punto a ser precisado es en qué medida la decisión es derecho establecido, si ha sido adoptado y aceptado como parte de su derecho no escrito. Existen dos ámbitos de derecho no escrito en relación con este punto.

1. Aquellas doctrinas antiguas y bien establecidas sobre lo que no se puede controvertir y las que nunca pueden ser modificadas o cambiadas sin interferencia del legislativo, tal como lo es el derecho de los descendientes. 2. Decisiones de casos que se presentan constantemente atendiendo las nuevas combinaciones de circunstancias. Es precisamente por cuanto hace al segundo ámbito que aplica la regla. Sin embargo, éstas cuando no funcionan bien ocasionalmente serán modificadas. Esta flexibilidad está hecha para armonizarse con la estabilidad resultante de la aplicación de tal regla. El poder de reconsiderar y remodelar las decisiones debe ser ejercido con gran cautela y delicadeza. Una vez emitidas deliberadamente las decisiones deben ser consideradas como parte del derecho establecido, a pesar de alguna interferencia ocasional de la regla. Una desviación ocasional no altera el carácter de una norma fija...

En Inglaterra el máximo tribunal, la House of Lords, desde el siglo XIX se ha sentido obligado por sus propias decisiones, lo que no implica que en casos excepcionales no las cambie. En una famosa decisión de 1966,¹¹⁷ dicho tribunal estableció:

Una adhesión rígida al precedente probablemente conduzca a injusticias si se le aplica en un caso particular y restrinja indebidamente el desarrollo del derecho. Por lo mismo, los jueces proponen modificar su actual práctica consistente en que las decisiones de este tribunal formadas en el curso del tiempo son obligatorias para el mismo, para apartarse de sus decisiones anteriores cuando exista razón para ello.

Como ya se mencionó, el segundo deber de los jueces, derivado de la obligación de respetar la jurisprudencia, tiene que ver con la jerarquía de los tribunales. De esta forma, en una circunscripción jurisdiccional soberana todos los tribunales que dentro de la misma existan se encuentran obligados a respetar las decisiones de los tribunales de superior jerarquía, y en ocasiones, también las emitidas por ellos mismos en el pasado. De esta forma, los criterios o reglas de decisión que son parte de las sentencias deben ser seguidos por los tribunales inferiores, sin importar si a éstos les parecen correctas o falsas. También resulta irrelevante si las decisiones precedentes se aplicaron durante el último año o en el siglo pasado o si el tribunal considera

que el criterio de decisión establecido en el precedente ya no resulta adecuado, debido a que las circunstancias sociales han cambiado o a cualquier otra razón.

De esta forma, en su decisión en el caso *Agostini v. Felton*, del 23 de junio de 1997, la Suprema Corte de Estados Unidos le reprochó a la Corte de Apelación que, en su decisión en segunda instancia de la misma causa,¹¹⁸ haya desconocido el precedente obligatorio de la Suprema Corte y precisó que las cortes inferiores deben seguir los precedentes, debiendo asimismo respetar la prerrogativa exclusiva de la Suprema Corte de poner fuera de vigor —*overruling*— sus propias decisiones.

Hay dos modalidades de la obligación del respeto a las decisiones de sólo ciertos tribunales: la del contexto vertical y la del contexto horizontal. El primero aplica cuando un tribunal de inferior jerarquía queda obligado a respetar como obligatorias sólo las decisiones de los tribunales superiores. Sin el contexto vertical de esta obligación, en un sistema jurídico el respeto a los criterios incorporados en las decisiones quedaría al arbitrio y capricho de cada juez y el derecho sería impredecible y carente de certeza. Si las cortes inferiores no respetaran las decisiones de las superiores, sería imposible un Estado de derecho.

En consecuencia, en un sistema jurídico donde los precedentes son obligatorios se requiere que las decisiones de los tribunales superiores sean vinculantes, por lo menos, para los tribunales inferiores. En México y en Estados Unidos generalmente sólo aplica la obligación de respeto al precedente en su contexto vertical. Esto debido a que se estima que una aplicación generalizada del contexto horizontal llevaría a limitar la oportunidad de corregir errores del pasado y considerar los especiales factores sociales implicados en los nuevos casos.

Las decisiones emitidas por tribunales de superior jerarquía seguirán siendo obligatorias para los tribunales de inferior jerarquía hasta en tanto las mismas sean puestas fuera de vigor. Una sentencia o grupo de sentencias puede ser puesta fuera de vigor por otra decisión posterior del tribunal que la emitió. También la fuerza obligatoria de las decisiones puede ser puesta fuera de vigor por una ley. Las decisiones de los tribunales inferiores carecen de valor para los tribunales superiores. De lo aquí dicho queda claro que el funcionamiento de la norma de respeto a los precedentes en un sistema de derecho nacional presupone un conocimiento profundo de la jerarquía de los tribunales.

La modalidad del contexto horizontal de la obligación de respetar el precedente se presenta cuando un mismo tribunal se encuentra obligado por sus propias decisiones anteriores. Este es el caso del derecho de Inglaterra. En el contexto horizontal, para que los criterios pierdan valor como precedente se requieren nuevas decisiones de tribunales superiores o una ley nueva que

establezca algo contrario a lo que regula el precedente.

6.4.2 La fuerza jurídica del precedente

Cuando se trabaja con un precedente, hay que buscar el criterio de decisión aplicable mediante un razonamiento inductivo que va de lo particular a lo general.¹¹⁹ Esto trae como consecuencia que los efectos jurídicos de los precedentes en relación con otros casos queden condicionados al reconocimiento expreso que se haga de los mismos para casos futuros.

La obligatoriedad de un precedente provoca efectos hacia el futuro, esto es, posteriores a la emisión de la sentencia que fija el criterio jurídico a seguir. Por esta razón, la Constitución de México establece en la fracc. XIII del art. 107 que la jurisprudencia “no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido contradicción”, esto es, de las sentencias emitidas con anterioridad y que son objeto de una sentencia futura que fija la jurisprudencia.

Para ejemplificar en qué forma funciona la fuerza legal de una sentencia precedente nos referiremos a un caso en Inglaterra. Una persona dispuso en su testamento que de su fortuna se debía pagar una pensión vitalicia libre de impuestos a dos de sus hijos —*annuities*—. Con motivo de una acción hecha valer por uno de los herederos, la Court of Appeal dispuso que el pago de los impuestos que se generaran por dicho ingreso se debiera pagar del propio patrimonio del mismo —*Re Warring, Westminster Bank v. Awdry*.¹²⁰

Con esto concluyó la controversia, pues no existió posibilidad de apelar esta decisión ante la House of Lords, que es el tribunal de última instancia. Cuatro años después la House of Lords decidió en otro caso, en el que se le planteó la misma cuestión, que la decisión de la Court of Appeal no resultaba correcta, por lo que cambió el criterio y privó de fuerza legal a la decisión de este tribunal en el caso *Awdry-Berkeley v. Berkeley*.¹²¹ Posteriormente, el heredero que había hecho valer la acción en el caso *Re Warring, Westminster Bank v. Awdry* le solicitó a la Chancery Division que le permitiera recibir el pago de su pensión conforme a lo resuelto en la sentencia de la House of Lords en el caso *Berkeley*.

Dicho tribunal decidió que para el heredero que había hecho valer su acción en el caso *Re Warring, Westminster Bank v. Awdry* la decisión de la Court of Appeal resultaba obligatoria, sin que importara que en otro caso posterior la House of Lords hubiera decidido en contrario y que hubiera declarado la sentencia de la Court of Appeal fuera de vigor —*overruled*—. Sin embargo, el otro heredero que no había hecho valer aún la acción podría intentar obtener ser liberado del pago del impuesto sobre la renta, con base en la decisión de la House of Lords.¹²²

6.4.3 El valor de la sentencia como fuente del derecho

Según la obligación del respeto de los precedentes, la sentencia carece en su total integridad de valor como fuente del derecho; asimismo, sus distintos elementos no tienen el mismo valor. Más bien son sólo las razones básicas de la decisión, esto es, los argumentos jurídicos sobre los que descansa la misma; en otras palabras, los argumentos que resultan obligatorios jurídicamente hablando. Para encontrar el criterio de decisión se deben considerar los argumentos que han servido para la solución jurídica de las cuestiones materia de la litis. Sólo los argumentos jurídicos generales sobre los que se apoya la decisión constituyen la *ratio decidendi*, esto es, las reglas sin las cuales el caso habría sido decidido de otra manera.

De la argumentación jurídica donde se apoya la decisión se derivan los criterios de decisión. Éstos son los principios jurídicos que se deducen del contenido de la sentencia por una decisión posterior, por la doctrina o por medio de una formulación judicial particular, como lo es en México el caso de la tesis, que más adelante analizaremos con todo detalle.

6.4.4 Las decisiones de los tribunales colegiados

Según una antigua tradición, cuando la sentencia se emite por un tribunal con varios jueces, cada juez puede emitir su propia opinión particular. La opinión mayoritaria es aquella con la que se encuentran la mayoría de los jueces, que ha sido escrita por un juez y a la que se suman la mayor parte de los jueces restantes.

Si uno o varios jueces del tribunal están de acuerdo con el sentido de la decisión, pero en contra de uno o de varios de los fundamentos en que dicha decisión se apoya, él o ellos pueden emitir una opinión concurrente (*concurring opinion*).

Si la opinión particular del juez se encuentra en contra del sentido de la decisión del tribunal, a la misma se le conoce como opinión disidente (*dissenting opinion*). Este tipo de opinión carece de valor como precedente; sin embargo, puede adquirir una autoridad persuasiva (*persuasive authority*) cuando ha sido emitida por un juez con buena reputación y la misma se encuentra formulada de una manera brillante. Este tipo de opiniones pueden servir para preparar el derecho del futuro, debido a que una evolución en la jurisprudencia la mayoría de las veces se origina en una opinión disidente. Es así como se habla de los jueces que han comenzado a introducir mediante sus opiniones los cambios jurídicos del futuro, tal como es el caso de quien fuera el presidente (*Chief Justice*) de la Suprema Corte de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, así como los grandes disidentes (*great dissenters*).

La cuestión de si el poder como precedente de una decisión se ve mermado por una opinión disidente no se puede responder en términos generales. Ésta

puede mostrar que es posible encontrar una solución jurídicamente razonable que resulte diferente a la de la decisión precedente, pero también puede demostrar que tal es la fuerza de la decisión como precedente que ameritó la elaboración de una opinión disidente para tratar de refutarla.

Si la conformación del tribunal es tal que resulta posible un empate en la decisión interna, es común que se establezca un juez con un voto de preferencia y que, en caso de empate, su voto decida el sentido de la resolución. En estos casos, el sentido en que se haya emitido cada uno de los votos de los diferentes jueces no tiene efecto alguno en relación con el valor que la decisión tendrá en el futuro como precedente.

6.4.5 La aplicación de la jurisprudencia

La aplicación de la jurisprudencia parte de un razonamiento analógico que permite establecer las diferencias y semejanzas existentes entre el caso que le ha sido planteado al tribunal a conocimiento y el caso que pretende utilizar como precedente.¹²³ Esto resulta necesario, pues un juez sólo puede quedar obligado por las decisiones previas cuando los hechos que le han sido planteados sean, desde un punto de vista jurídico, similares a aquellos que motivaron las decisiones precedentes. Si del análisis de los precedentes resulta que los hechos jurídicamente relevantes entre el caso que se deberá resolver y aquellos que se estudiaron en las sentencias precedentes no son iguales, entonces el juez no estará obligado a respetar éstas.

Ya que el tribunal, sin importar cuál sea su instancia, puede examinar cada precedente independientemente del resultado a que hayan llegado los otros tribunales, y encontrar diferencias entre el caso precedente y el caso planteado. Mediante la diferenciación de casos se limita el número de resoluciones aplicables a un caso concreto y, por otra parte, se determinan nuevas reglas, pues se determinan los límites de la aplicabilidad de cada caso que ha sido diferenciado de otro. La diferenciación entre sentencias precedentes abre la puerta para establecer una serie de argumentos que permitirán crear nuevos criterios jurídicos para nuevos casos. Los jueces en cada situación examinan si es justificado establecer nuevas diferencias o similitudes entre el caso anterior y los casos futuros.¹²⁴ En términos generales, existen dos tipos de distinciones: la distinción de derecho (*distinguishing in law*) y la distinción de hechos (*distinguishing in fact*).

Como cada juez debe interpretar las decisiones de otros jueces en casos anteriores que resulten similares, puede ocurrir que el juez interprete el precedente de una forma diferente a como la hubiera interpretado el tribunal que emitió la decisión. Así, a la decisión precedente se le cambia su sentido original, si bien es cierto que no de manera esencial, para de esta forma irlo adaptando a las necesidades que establecen nuevos casos.

Bien puede suceder que una decisión del pasado deba ser tomada como caso precedente que fundamente la resolución del nuevo caso. Sin embargo, debido a que el juez que toma la resolución como precedente es de la idea de que para resolver el caso que se le pone a consideración resultan importantes cuestiones legales o situaciones de hecho que no fueron esenciales en el de la sentencia precedente, podría suceder que la interpretación de la sentencia precedente resultara diferente a la que le hubiera dado el tribunal que la emitió. Si, en cambio, entre ambos casos no existen diferencias de hecho, el juez debe seguir el caso precedente. Cuando haya diferencias de hecho, pero que no resultan jurídicamente relevantes, también se debe aplicar el precedente.

Debido a que dos casos nunca son 100% iguales y dentro de los precedentes siempre van apareciendo nuevos grupos de casos, existe la necesidad de que los precedentes se interpreten ya sea de manera restrictiva, ya sea de manera extensiva.

En el derecho jurisprudencial se manifiesta la posibilidad de establecer un supuesto jurídico formulado de manera general y abstracta, tal como los que aparecen en las disposiciones jurídicas de leyes, sólo después de cierto tiempo en que las decisiones sobre casos similares se han mantenido estables. Una regla de este tipo podría ser conceptualizada como una regla de derecho consuetudinario judicial. Un famoso juez de Nueva York, quien más tarde llegó a ser juez de la Suprema Corte de Estados Unidos, Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938), estableció en su obra *The Nature of the Judicial Process*¹²⁵ de manera clara que:

Los casos no desarrollan sus principios para dar respuesta a las preguntas. Ellos germinan su semilla sólo lenta y dolorosamente. La instancia no nos puede guiar a una generalización para que conozcamos dichos principios tal y como ellos son. Esto no es una tarea fácil. Para decidir al respecto, a menudo requerimos tiempo para madurar en la obscuridad un enunciado jurídico

—dicta— que muchas veces se estropea y el que hay que desechar. Dichos enunciados no siempre son etiquetados como tales y no siempre se les puede reconocer su fulgor. Constantemente existe la necesidad, como lo sabe cualquier estudiante de derecho, de separar lo accidental y lo no esencial de lo esencial y de lo inherente.

El desarrollo de los precedentes se puede comparar con el añejamiento del vino: mientras más viejos son mejores. En términos generales, los precedentes ganan durante el transcurso del tiempo en valor y peso.

6.4.6 La jurisprudencia en el derecho mexicano

En el derecho mexicano se conoce como *jurisprudencia* al conjunto de precedentes judiciales a los que la Constitución, la *Ley de Amparo* y la *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, les reconocen el carácter de

obligatoriedad para cierto grupo de tribunales.

Conforme a lo dispuesto por el art. 192 de la *Ley de Amparo*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede crear jurisprudencia obligatoria de dos formas: según trabaje en pleno o en salas. Cuando trabaje en pleno el máximo tribunal, sus resoluciones constituyen jurisprudencia “siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros”. En cambio, cuando la Corte trabaja en salas, además de las cinco ejecutorias ininterrumpidas, sólo se requiere el voto de cuatro ministros.

En términos de lo dispuesto por los arts. 192 y 197 de la *Ley de Amparo*, la jurisprudencia de la Suprema Corte también puede crearse por medio de resoluciones que resuelvan contradicción de tesis que sostengan ambas salas del máximo tribunal o de las que emitan los Tribunales Colegiados de Circuito. En este caso, el pleno resuelve sobre la contradicción de tesis que sostengan las salas. Asimismo, son las salas, según su competencia, las que resuelven las contradicciones de tesis entre los Tribunales Colegiados de Circuito.

Otra forma de crear jurisprudencia obligatoria lo es la de los Tribunales Colegiados de Circuito. En este caso, según lo dispuesto por el art. 193 de la *Ley de Amparo*, las sentencias constituirán jurisprudencia “siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado”.

Asimismo, tal como lo dispone el art. 42 de la *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, constituyen jurisprudencia obligatoria las sentencias que dicte la Suprema Corte en controversias constitucionales aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos, “cuando versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados”; cuando se trate de controversias entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; el Poder Ejecutivo y cualquiera de las Cámaras del Congreso o de la Comisión Permanente; asimismo, cuando la controversia sea entre dos poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; o finalmente, cuando la controversia sea entre dos órganos del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

La obligatoriedad de la jurisprudencia en México sólo surte efectos verticales. Esto se debe a que el tribunal que la forma no queda sujeto por la misma y sólo los tribunales inferiores deben obedecer la que emitan los tribunales de una jerarquía superior a la que ellos ostentan. De esta forma, sin importar cuál sea la modalidad de la jurisprudencia obligatoria, la que emite el pleno de la Suprema Corte no resulta obligatoria para él mismo, sólo para sus

salas, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares, los Tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal y los Tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales (art. 192 de la *Ley de Amparo*).

Por su parte, la jurisprudencia que forman las salas no resulta obligatoria ni para el pleno ni para ellas, sólo para los siguientes: los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares, los Tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal; y los Tribunales administrativos y del trabajo, locales y federales (art. 192 de la *Ley de Amparo*).

Finalmente, la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito no resulta obligatoria ni para el pleno de la Suprema Corte, ni para sus salas, ni para los mismos Tribunales Colegiados; ésta es obligatoria sólo para los Tribunales Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares, los Tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal y los Tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales (art. 193 de la *Ley de Amparo*).

Para efectos de la argumentación de sus resoluciones por parte de las autoridades, es fundamental el hecho de que la existencia de una jurisprudencia obligatoria no exime al tribunal de la carga de la argumentación de sus decisiones. Así lo han establecido los Tribunales Colegiados de Circuito en conocida tesis de jurisprudencia, al establecer que la existencia de una jurisprudencia “de ninguna manera autoriza al tribunal *ad quem* a dejar de observar el principio de legalidad que consagra el artículo 16 constitucional, esto es, que todo acto de autoridad que constituya un acto de molestia debe estar debidamente fundado y motivado”.¹²⁶

Asimismo, es importante para la argumentación jurídica el hecho de que la fundamentación y motivación que manda el art. 16 de la Constitución, como condición de validez de los actos de autoridad, se pueden llevar a cabo con base en una jurisprudencia. Así lo ha precisado el pleno de la Suprema Corte:

Registro IUS: 191112. Localización: Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XII, Septiembre de 2000, p. 8, tesis P/J. 88/2000, jurisprudencia, Común.

JURISPRUDENCIA. SU TRANSCRIPCIÓN POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN SUS RESOLUCIONES, PUEDE SER APTA PARA FUNDARLAS Y MOTIVARLAS, A CONDICIÓN DE QUE SE DEMUESTRE SU APLICACIÓN AL CASO. Las tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas, y las que dictan los Tribunales Colegiados de Circuito, dentro de sus respectivas competencias, son el resultado de la interpretación de las normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los tratados internacionales, leyes federales, locales y disposiciones reglamentarias y, al mismo tiempo constituyen normas de carácter positivo obligatorias para los tribunales judiciales o jurisdiccionales, en términos de lo dispuesto

en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, y 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, como el artículo 16 constitucional obliga a toda autoridad a fundar y motivar sus resoluciones, debe estimarse que la sola transcripción de las tesis jurisprudenciales no es suficiente para cumplir con la exigencia constitucional, sino que es necesario que el órgano jurisdiccional asiente las consideraciones lógicas que demuestren, cuando menos, su aplicabilidad al caso concreto independientemente de que, de ser necesario, el juzgador complemente la aplicación de los criterios jurisprudenciales en que se apoye, con razonamientos adicionales que aseguren el cumplimiento de la referida garantía constitucional.

Precedentes: Contradicción de tesis 17/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito y el criterio sostenido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 12 de junio de 2000. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl García Ramos.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy cinco de septiembre en curso, aprobó, con el número 88/2000, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a cinco de septiembre de dos mil.

Por otro lado, la jurisprudencia puede ser de tres tipos: a) confirmatoria de la ley, b) supletoria y c) interpretativa. Son *confirmatorias* las que “ratifican lo preceptuado por la ley”, la *supletoria* “colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa”, en tanto que “la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador”.¹²⁷ De entre estos tres géneros los tribunales federales estiman que la jurisprudencia más importante sería la supletoria, tal como lo establece conocida tesis:

Registro IUS: 223936. Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, Enero de 1991, p. 296, Aislada, Común.

JURISPRUDENCIA, CONCEPTO DE. La jurisprudencia tiene facultades integradoras y va más allá de la norma, es decir, la verdadera jurisprudencia es aquella complementaria o integradora de las situaciones que no previó el legislador, adecuando la norma al caso concreto, toda vez que en muchas ocasiones las circunstancias de hecho están dando opciones distintas a lo establecido en un precepto legal. La Suprema Corte y los tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudia aquellos aspectos que el legislador no precisó, e integra a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito. Precedentes: Amparo directo 399/90. María Lourdes Monroy y otro. 7 de noviembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretaria: Ma. del Carmen Prado Carrera.

6.4.6.1 Interrupción y modificación de la jurisprudencia

En términos de lo dispuesto por el art. 194 de la *Ley de Amparo*, la

jurisprudencia se interrumpe dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito.

Cuando se interrumpe, la jurisprudencia pierde todo efecto jurídico, por lo que, a diferencia de las normas legislativas, ya no seguirá rigiendo sobre las situaciones jurídicas que se crearon bajo su vigencia. Esto es, las antiguas jurisprudencias no quedarán protegidas por el principio de la irretroactividad, tal como lo reconoce una antigua tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Unión:

Registro IUS: 366278. Localización: Quinta Época, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXXX, p. 482, aislada, Administrativa, Constitucional.

JURISPRUDENCIA, APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA. El artículo 14 constitucional prohíbe únicamente la aplicación retroactiva de las leyes, pero no la aplicación de ejecutorias o jurisprudencia a casos que tuvieron realización bajo la existencia de una jurisprudencia y se resuelven bajo la existencia de distinta jurisprudencia o cuando por nuevas ejecutorias ha variado el criterio que se venía sustentando, porque la última interpretación que la Suprema Corte dé a un precepto legal es la que debe tenerse como correcta, siempre que se trate de aplicarlo en los fallos que se pronuncian y que se refieran a actos regidos por tal precepto en el tiempo en que se realizaron.

Precedentes: Amparo directo 3638/56. Secretario de Educación Pública. 14 de noviembre de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mario G. Rebollo F.

Por otra parte, el art. 194 de la *Ley de Amparo* deja en claro que resulta más fácil interrumpir los efectos de la jurisprudencia que crearla, puesto que con una única decisión por mayoría calificada se puede dar por terminada una jurisprudencia que, con excepción de la jurisprudencia por contradicción de tesis y la jurisprudencia en controversias constitucionales, se formó mediante varias decisiones. Con esto, se garantiza la flexibilidad y adaptabilidad a las nuevas circunstancias que un sistema jurídico moderno requiere.

En cambio, para modificar la jurisprudencia existente se deben aplicar “las mismas reglas establecidas... para su formación”. De esta forma, una modificación de jurisprudencia sería de hecho una nueva jurisprudencia. Así, se pretende dotar de estabilidad a la jurisprudencia que en la concepción de los tribunales debería seguir teniendo vigencia.

6.4.6.2 Publicación y organización de la jurisprudencia

Como hemos visto, para su plena realización cualquier sistema de jurisprudencia supone una buena sistematización y una ordenada y periódica publicación. En el derecho mexicano el art. 195 de la *Ley de Amparo* precisa las características de la forma en que se publica la jurisprudencia:

Artículo 195. En los casos previstos por los artículos 192 y 193, el Pleno, la Sala o el Tribunal Colegiado respectivo deberán:

- I. Aprobar el texto y rubro de la tesis jurisprudencial y numerarla de manera progresiva, por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales;
- II. Remitir la tesis jurisprudencial, dentro del término de quince días hábiles siguientes a

la fecha de su integración, al Semanario Judicial de la Federación, para su publicación inmediata;

III. Remitir la tesis jurisprudencial, dentro del mismo término a que se refiere la fracción inmediata anterior, al Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y a los Tribunales Colegiados de Circuito, que no hubiesen intervenido en su integración; y

IV. Conservar un archivo, para consulta pública, que contenga todas las tesis jurisprudenciales integradas por cada uno de los citados órganos jurisdiccionales y las que hubiesen recibido de los demás.

El Semanario Judicial de la Federación deberá publicar mensualmente, en una gaceta especial, las tesis jurisprudenciales que reciba del Pleno y Salas de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito, publicación que será editada y distribuida en forma eficiente para facilitar el conocimiento de su contenido.

Las publicaciones a que este artículo se refiere, se harán sin perjuicio de que se realicen las publicaciones mencionadas en el artículo 197-B.

La publicación de la jurisprudencia, sin embargo, no es requisito indispensable para su validez y vigencia, pues lo esencial es que se emitan las decisiones que se requiere para su formación en las condiciones establecidas por la *Ley de Amparo*. De esta forma lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Registro IUS: 187773. Localización: Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XV, Febrero de 2002, p. 41, tesis 2a./J. 11/2002, jurisprudencia, Común.

JURISPRUDENCIA. CUANDO SE ESTABLECE POR REITERACIÓN, SE CONSTITUYE POR LO RESUELTO EN CINCO EJECUTORIAS COINCIDENTES NO INTERRUPTIDAS POR OTRA EN CONTRARIO, POR LO QUE LA REDACCIÓN, EL CONTROL Y LA DIFUSIÓN DE LAS TESIS CORRESPONDIENTES SÓLO PRODUCEN EFECTOS PUBLICITARIOS. Los artículos 94, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 192, párrafo segundo y 195 de la Ley de Amparo prevén, respectivamente, que la ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación; que las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y sean aprobadas, tratándose de las del Pleno, por lo menos por ocho Ministros, o por cuatro Ministros, en el caso de las emitidas por las Salas; así como las reglas relativas a la aprobación del texto y rubro de las tesis jurisprudenciales y los requisitos para su publicidad y control, por lo tanto, la redacción, el control y la difusión de las tesis correspondientes, sólo tienen efectos publicitarios, mas no constituyen requisitos para la formación de los criterios de observancia obligatoria.

Precedentes: Amparo en revisión 120/2000. Embotelladora Lagunera, S. A. de C. V. 4 de agosto de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 599/2000. Inmobiliaria Operativa, S. A. de C. V. 4 de agosto de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

Amparo en revisión 736/2000. Embotelladora Moderna, S. A. de C. V. 4 de agosto de 2000. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello

Cetina.

Competencia 271/2001. Suscitada entre el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. 18 de enero de 2002. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Martha Elba Hurtado Ferrer.

Competencia 284/2001. Suscitada entre los Tribunales Colegiados Quinto en Materia Administrativa del Primer Circuito, Noveno de la misma materia y circuito y Tercero en Materia Civil del Séptimo Circuito. 18 de enero de 2002. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

Tesis de jurisprudencia 11/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del ocho de febrero de dos mil dos.

6.4.6.3 Invocación de la jurisprudencia

Cuando sea necesario utilizar la jurisprudencia como base de nuestros argumentos con el propósito de justificar pretensiones o decisiones jurídicas, se deberá atender a lo que establece el art. 196 de la *Ley de Amparo*:

Artículo 196. Cuando las partes invoquen en el juicio de amparo la jurisprudencia del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito, lo harán por escrito, expresando el número y órgano jurisdiccional que la integró, y el rubro y tesis de aquella.

Si cualquiera de las partes invoca ante un Tribunal Colegiado de Circuito la jurisprudencia establecida por otro, el tribunal del conocimiento deberá:

- I. Verificar la existencia de la tesis jurisprudencial invocada;
- II. Cerciorarse de la aplicabilidad de la tesis jurisprudencial invocada, al caso concreto en estudio; y
- III. Adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en la referida tesis jurisprudencial.

En la última hipótesis de la fracción III del presente artículo, el tribunal de conocimiento remitirá los autos a la Suprema Corte de Justicia para que resuelva sobre la contradicción.

6.5. La argumentación práctica general

La argumentación de razón práctica es la argumentación de tipo moral.¹²⁸ Este tipo de argumentación moral “constituye... el fundamento de la argumentación jurídica”.¹²⁹ Esto es consecuencia de una concepción ampliamente difundida en la teoría y la filosofía del derecho, según la cual “todo el derecho está incluido en la moral”.¹³⁰ Toda norma jurídica tiene su fundamento tanto formal como material y procedimental en una moral última. De esta forma,

los procedimientos regulan discursos jurídicos que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral; si ello es así, digo, cabe tomar en consideración una hipótesis que resulta obvia, a saber, que es posible la legitimidad a través de la legalidad

en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales en el sentido de una racionalidad procedimental práctico-moral y se pongan en práctica de forma racional.¹³¹

La razón última del derecho es la razón práctica. Como señala Habermas: “Ésta exige que distingamos entre normas, principios justificatorios y procedimientos conforme a los cuales podemos examinar si las normas a la luz de los principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos”.¹³² Precisamente a esos principios justificatorios de razón práctica se les conoce en el derecho de los países neorrománicos como *principios generales del derecho*. De esta forma, la argumentación de razón práctica se lleva a cabo empleando los principios generales del derecho, por ser éstos los que incorporan las máximas éticas en que se fundamenta el derecho.

6.5.1. Los principios generales del derecho en la doctrina

Los principios generales del derecho son una fuente del derecho especial reconocida expresamente por la legislación de algunos de los sistemas jurídicos de la familia del derecho neorrománico o *Civil Law*. Fueron las reformas efectuadas en el continente europeo con el fin de laicizar el derecho privado, a las que se conoce como *movimiento codificador*,¹³³ las que obligaron a la existencia de fuentes del derecho subsidiarias de naturaleza no legislativa, dentro de las que los principios generales del derecho desempeñan un papel fundamental.

Las legislaciones propias del movimiento codificador, denominadas *códigos* o simplemente *leyes*, se diferencian de las anteriores compilaciones normativas por su sistema, por la abstracción y generalidad de sus disposiciones y por su idea de absolutez o integridad. Esta última característica supone que no existe caso alguno que no pueda ser regulado por una norma general, abstracta y obligatoria perteneciente al sistema jurídico. Debido a que esto es un ideal que, en razón de que no existe legislador alguno que pudiera establecer un supuesto para cualquier caso posible que en el futuro se pudiera presentar, jamás se podría realizar en las legislaciones históricamente vigentes para ser congruente con el principio de integridad, el sistema jurídico debe establecer los medios para permitirle al juez encontrar una norma de naturaleza suprallegal y que a la vez resulte congruente con los fundamentos en que se inspira el ordenamiento jurídico positivo.¹³⁴

De esta forma, el principio de integridad se puede realizar en los sistemas jurídicos positivos, no obstante la existencia de lagunas del derecho, gracias a que se cuenta con instrumentos que posibilitan construir criterios de decisión jurídica para los casos en que el legislador no los previó. Y dichos instrumentos, para ser consistentes con el sistema legal y resultar congruentes con los principios de soberanía del legislador y de legitimidad democrática de

la ley, en algunas legislaciones se encuentran reconocidos por las reglas legisladas del sistema jurídico positivo. En otros casos, en cambio, la compatibilidad de los mismos con la ley se logra por vía de los argumentos que justifican o motivan la sentencia.

En la doctrina y en la legislación se han planteado cuatro preguntas fundamentales sobre los principios generales del derecho: *a)* su denominación; *b)* su naturaleza; *c)* su clasificación y *d)* su función. Enseguida abordaremos cada una de dichas cuestiones.

Denominación de los principios generales del derecho

En la legislación comparada encontramos dos denominaciones para nuestro concepto: principios generales del derecho y principios del derecho natural. La primera denominación se emplea en las siguientes fuentes: art. 15 del Código Albertino de 1837, art. 3 del Código de Italia de 1865, art. 12.2 del Código Civil italiano de 1942, art. 6 del Código Civil español de 1889, art. 1.4° del Código Civil vigente de España, art. VIII del Código Civil de Perú, art. 16 del Código Civil vigente de Uruguay, art. 16 del Código Civil vigente de Argentina y, en México, los arts. 14, cuarto párrafo, de la Constitución, y 19, tanto del *Código Civil Federal* como del Distrito Federal.¹³⁵ En cambio, el art. 7 del Código Civil austriaco de 1812 se refirió a los “principios del Derecho natural”.¹³⁶ La diferencia radica en la orientación que inspiró a los diferentes legisladores: más positivista en el primer caso y más iusnaturalista en el segundo.

Naturaleza de los principios generales del derecho

Sobre cuál es la naturaleza de los principios generales del derecho, no ha sido posible alcanzar un consenso a lo largo de la historia. Al respecto, Vigo diferencia cinco diferentes concepciones de los principios generales del derecho: *a)* positivistas, *b)* historicistas, *c)* científicistas, *d)* metapositivas y *e)* eclécticas.¹³⁷

a) La concepción dominante es la *positivista*. Según ésta, por los “principios generales del Derecho debe entenderse sólo los principios generales del sistema legal positivo (italiano, español, etc.), obtenidos por procesos de generalización creciente de los criterios que informan los distintos preceptos”. Carnelutti fue de la idea de que dichos principios son elementos implícitos en el derecho positivo y que al igual que el alcohol dentro del vino, los mismos son “el espíritu o la esencia de la ley”. García Máynez y Bobbio piensan que los principios generales del derecho sólo pueden ser tanto expresos o explícitos en las reglas legisladas, como no expresos o implícitos del sistema jurídico. Según ellos, otro tipo de

principios externos al sistema jurídico no podrían valer como principios generales del derecho.¹³⁸

Los principios expresos se encuentran previstos en los textos normativos, tal como el del enriquecimiento ilícito o el relativo al cumplimiento de las obligaciones. Los principios implícitos, por su parte, sólo resultan accesibles mediante un procedimiento inductivo que a partir de reglas concretas permite alcanzar el espíritu del sistema.¹³⁹ Asimismo, Bobbio concluye que cuando la ley menciona los principios generales del derecho como método para colmar las lagunas de la ley, se refiere exclusivamente a los principios no expresos, pues cuando hay expresos no se puede hablar de lagunas y, en consecuencia, tampoco de métodos para llenarlas.¹⁴⁰

Por otra parte, la posición positivista concluye que, al igual que las reglas, los principios generales del derecho son auténticas normas jurídicas. Bobbio pensó así aplicando, en primer lugar, el mismo principio que inspira el argumento de la “falacia naturalista” que criticó David Hume:¹⁴¹ si mediante un procedimiento inductivo a partir de reglas jurídicas legisladas podemos inferir los principios generales del derecho, eso se debe a que éstos, al igual que aquéllas, son normas. Por otra parte, recurrió a la naturaleza de la función que ambas cumplen; en este caso, concluye que tanto las reglas como los principios son normas debido a que ambos cumplen la función de regular casos.¹⁴² La diferencia consiste en que en tanto los principios son normas que provienen más bien de la moral, las reglas son normas cuyo origen se encuentra en el trabajo legislativo.

Se estima que el derecho en el mundo occidental tiene una “razón jurídica de carácter universal”, que desde los romanos ha sido patrimonio universal de nuestra conciencia jurídica. Tres son los elementos que fundamentan dicha “razón jurídica universal”: *i)* las necesidades lógicas, *ii)* las exigencias de nuestro ser¹⁴³ y *iii)* la oportunidad o la utilidad para realizar los objetivos que debe cumplir el derecho.¹⁴⁴ A partir de aquí se derivan máximas y principios que, si bien sólo son informadores de las leyes vigentes, ya habían sido expresados por los juristas romanos y han servido de fundamento a casi todos los legisladores de Occidente.¹⁴⁵ No obstante que este planteamiento positivista pueda sugerir una identificación entre los principios generales del derecho y una “razón jurídica natural”, se ha estimado que los elementos que resultan comunes para los diferentes sistemas jurídicos occidentales, para dar lugar a los principios generales del derecho deben haber sido recogidos de manera directa o indirecta por los sistemas jurídicos positivos de los diferentes Estados.

b) La posición *historicista*, que hoy se encuentra totalmente desterrada, identifica los principios generales del derecho con los “principios del

Derecho romano”.¹⁴⁶ Esto se debió a la gran reputación que desde la época de la Recepción adquirió el derecho romano, que llegó incluso a ser calificado como “la razón escrita”.

- c) Una posición que siempre ha resultado débil es la *cientificista*. Según ésta, es a la ciencia del derecho a la que corresponde la construcción teórica de los principios generales del derecho.¹⁴⁷
- d) La *posición metapositiva* incluye todas las posiciones que buscan el fundamento de los principios generales del derecho fuera del sistema jurídico positivo y sobre todo en el derecho natural. La posición de derecho natural tiene tres variantes: *i)* la posición neokantiana para la que los principios generales del derecho son máximas formales que adquieren la naturaleza de categorías de razón pura —Recasens Siches—; *ii)* la corriente de los iusnaturalistas, quienes piensan que los principios generales del derecho son principios con un contenido concreto de un derecho natural inmutable —derecho natural clásico y Del Vecchio—¹⁴⁸ que se pueden captar mediante una intuición inmediata¹⁴⁹, o bien, con un contenido variable —Stammler— o, incluso, con un contenido progresivo —Renard—; y *iii)* quienes los fundamentan en principios primogénitos del derecho, como la equidad —Cayón Peña— o en valores como la justicia, la libertad, la igualdad, la dignidad humana o “las normas de la carta constitucional que definen los derechos humanos y deberes de los ciudadanos”.¹⁵⁰

Cabe observar que la tesis del derecho natural debe resolver el problema de la consistencia entre las normas positivas y las del derecho natural. De otra forma las concurrencias normativas darían lugar a incertidumbres atentatorias contra el principio de seguridad jurídica. Por lo mismo, Del Vecchio asegura que existe una armonía o congruencia interna que resulta de una exigencia lógica del sistema que lleva a una consistencia lógica entre ambos complejos normativos y que elimina la posibilidad de contradicciones entre sus disposiciones particulares. Sin embargo, como García Máynez observó, a diferencia del derecho positivo, el derecho natural y sus normas carecen de sistema debido a que sus reglas y principios no cuentan con uniformidad y una definición clara.¹ Como bien señala dicho autor refiriéndose a los sistemas jurídico-positivos: “frente a este complejo unitario y sistemático no puede hablarse de otro igualmente unitario de normas de derecho natural, como tampoco puede hablarse de criterios inequívocos que permitan decidir, cada vez, qué principios integran ese orden”. De hecho existen concepciones del derecho natural diferentes y hasta contradictorias entre sí.² En estas condiciones sería muy difícil alcanzar una coherencia lógica entre las normas del derecho natural y las de los sistemas jurídicos positivos.

e) La posición *ecléctica* trata de conciliar la tesis positivista con la iusnaturalista y clasifica en dos niveles diferentes los principios generales del derecho. De acuerdo con lo anterior, cuando se habla que los principios generales del derecho son los correspondientes a un sistema legal positivo. Sin embargo, debe considerarse que no existe un sistema jurídico positivo que no se inspire en ciertos principios de justicia, de derecho natural o racional, los cuales deben realizarse en sociedades concretas e históricamente determinadas. Por esto, según esta corriente, para efectos prácticos, en la aplicación de los principios generales del derecho, más que una posición monista que niegue radicalmente el recurso a principios del derecho natural, se debe tratar de relacionar ambos complejos normativos y derivar del racional criterios aptos para servir como reglas positivas de decisión para casos prácticos.¹ Las teorías de Reale, Legaz y Lecambra, Goldschmit y Linares se encuentran en esta dirección.¹

[T4] Clasificación de los principios generales del derecho

En lo que se refiere a la clasificación de los principios generales del derecho, García Máynez señala que hay diversos criterios de clasificación. De esos distintos criterios destacaríamos cuatro: *a)* en sentido amplio, *b)* por la extensión de su ámbito, *c)* la función que cumplen y *d)* su fuente.

Cada uno se subdivide de la siguiente manera: en un sentido amplio se puede hablar de tres tipos de principios: *a)* de derecho substancial; *b)* de derecho procesal y *c)* de organización. En cuanto a la extensión del ámbito, existen cuatro tipos de principios: *a)* principios de un instituto; *b)* principios de una materia; *c)* principios de una rama jurídica y *d)* principios de todo un orden jurídico. Finalmente, respecto a la función que cumplen, podemos hablar también de cuatro tipos: *a)* interpretativa o hermenéutica; *b)* integradora; *c)* directiva y *d)* limitativa.¹ En lo que se refiere a su fuente, se podría distinguir entre principios legislados¹ y principios no legislados.

[T4] Función de los principios generales del derecho

En relación con las funciones que cumplen los principios generales del derecho, se identifican básicamente tres: *a)* como fundamento del sistema jurídico; en este caso funcionan como una fuente informadora o fundamentadora del sistema jurídico, como fuente de fuentes o como una superfuente; *b)* como función orientadora e integradora de la actividad interpretativa de los principios generales del derecho.¹ Es así como García Máynez opina que “cualquier principio general de carácter normativo, congruente con el ‘espíritu del sistema’ puede ser empleado con fines hermenéuticos o de integración”;¹ y *c)* los principios generales del derecho cumplen la función de una fuente del derecho y casi siempre de fuente supletoria o subsidiaria de la ley.¹

En este caso quedaría por determinar la jerarquía que les corresponde. Si

consideramos los principios generales del derecho como una fuente subsidiaria de la ley, los mismos deberán cumplir ciertos requisitos previos a su aplicación. En primer término, se requiere corroborar por vía de interpretación del material legislativo que para el caso del que debe conocer el juez no existe norma legal aplicable. En segundo término, se debe ponderar los principios jurídicos que pudieran resultar aplicables para el efecto y, en caso de posible contradicción, decidir a cuál de ellos se le concede prioridad.

Finalmente, se deben concretar. Para ello, se debe derivar de la idea jurídica que incorpora el principio una hipótesis normativa y una consecuencia de derecho. Por último, se deberá adaptar el principio o los principios correspondientes a las necesidades del caso concreto.⁻¹ Sin embargo, de la necesidad de concretar los principios no se debe inferir la posibilidad de conocerlos de manera deductiva, pues “el principio se aclara por sus concretizaciones y éstas por su unión perfecta con los principios”.⁻¹

[T3] 6.5.2. Los principios generales del derecho en México

El cuarto párrafo del art. 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece 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.

El art. 19, tanto el del *Código Civil Federal* como el del *Código Civil para el Distrito Federal*, contiene una disposición que básicamente establece lo mismo que dicha norma constitucional. Del texto transcrito se desprenden dos características fundamentales para la aplicación de los principios generales del derecho en México. Por una parte, su ámbito material de validez se reduce a la materia civil. Por la otra, los mismos sólo deben aplicarse subsidiariamente en los casos en que de la letra o de la interpretación jurídica de la ley sea imposible inferir un criterio de decisión.

En los precedentes judiciales mexicanos ha quedado testimonio de que los jueces realmente se valen de los principios generales del derecho para encontrar criterios de decisión con base en los cuales puedan resolver jurídicamente los casos que conocen. La Suprema Corte de Justicia ha entendido que los principios generales del derecho son sólo “los principios consignados en alguna de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del código fundamental del país, sino también las anteriores”.⁻¹ Con esto, nuestro máximo tribunal sigue la tendencia dominante en el sentido de considerar como principios generales a los del sistema legal positivo mexicano.⁻¹

Asimismo, los precedentes judiciales han modificado el texto constitucional en dos aspectos básicos: en primer lugar, han ampliado el ámbito material de validez que establece la Constitución; en segundo, han reconocido que los

mismos no sólo funcionan como fuente del derecho supletoria, sino también como un recurso en las actividades de interpretación de la ley. En lo que se refiere al primer aspecto, se ha estimado que la “operancia de estos principios en toda su extensión... no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional”.⁻¹ De esta forma, los principios generales del derecho se han aplicado en procedimientos disciplinarios regulados por la *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos* y sustanciados ante autoridades administrativas.⁻¹

De igual forma, en sus sentencias los tribunales federales mexicanos han reconocido que la función de los principios generales del derecho

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 están 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 la justicia.⁻¹

Lo que en cambio queda descartado es la posibilidad de aplicar los principios generales del derecho en contra del texto expreso de la ley.⁻¹

Cómo métodos para obtener los principios generales del derecho, la jurisprudencia mexicana identifica dos: la analogía y la inducción. De esta forma, la antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que por principios generales del derecho “se entienden aquellos que pueden desprenderse de otros argumentos legales para casos análogos”.⁻¹ Antes, la misma Sala había sostenido que dichos principios “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 filosóficos jurídicos de generalización”.⁻¹

A guisa de ejemplo de principios generales del derecho que los tribunales mexicanos efectivamente han aplicado como criterios de decisión en las controversias de que conocen encontramos el de economía procesal y el de celeridad del procedimiento.⁻¹ y la máxima según la cual “el que puede lo más puede lo menos”.⁻¹ Como un principio general del derecho más concreto encontramos el que en casos de divorcio, en relación con los alimentos, “debe conservarse subsistente el derecho del que los necesita”, no obstante que no haya cónyuge culpable, tal como es el caso de la causal de divorcio por la simple separación durante más de cierto tiempo.⁻¹ También se ha mencionado a la analogía como un principio general del derecho,⁻¹ a la que asimismo se le ha reconocido, como ya hemos visto, el carácter de método para obtener los principios generales del derecho concretos. Sin embargo, también se

encuentran tesis que diferencian entre los principios generales del derecho y la analogía como dos fuentes subsidiarias e independientes del derecho.-1

[T3] 6.5.3. Los principios generales del derecho en el derecho internacional público

Según lo dispuesto por el art. 38, fracc. 1, inc. c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, valen como fuente del derecho internacional público, “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.-1 Dentro del derecho internacional público los principios son verdaderas normas jurídicas que por su propia naturaleza no se diferencian de los otros tipos de normas de dicho sistema jurídico.-1 Con el intenso proceso de codificación de las normas del derecho internacional público realizado después de la Segunda Guerra Mundial, algunos principios generales del derecho han quedado integrados en el derecho de los tratados —sobre todo en materia de responsabilidad internacional—,-1 por lo que la importancia de los mismos como fuente autónoma del derecho internacional ha disminuido.

Respecto de su contenido, se puede mencionar que los principios generales del derecho provienen del derecho civil y del derecho procesal civil.-1 Dentro de dichos principios se cuentan algunas de las normas más importantes del derecho internacional público, como el de conducir las relaciones internacionales de buena fe, el principio de prescripción, el principio de *pacta sunt servanda* —a pesar de que a éste, por razones históricas y lógicas, se le suele reputar como parte del derecho de costumbre internacional—, o bien, algunas reglas de lógica jurídica, como el principio de *lex posteriori derogat priori*.-1

La determinación sobre cuáles son los principios generales del derecho en el derecho internacional público se lleva a cabo mediante la comparación de los principios generales del derecho aceptados en los sistemas jurídicos nacionales más importantes —“civilizados”— de los diferentes miembros de la comunidad internacional y que además resultan idóneos para su aplicación en el ámbito del derecho internacional público.-1 Se cuestiona si dicha limitación a favor de las “naciones civilizadas” no atenta contra el principio de igualdad soberana entre los Estados reconocido por el art. 2, Numeral 1, de la Carta de Naciones Unidas.-1

Sin embargo, si bien el calificativo “civilizados” tiene por objeto establecer una distinción entre los diversos miembros de la comunidad internacional, la doctrina considera casi unánimemente que “nación civilizada” es todo Estado.-1 Por otra parte, la calificación favorable de los sistemas jurídicos de las “naciones civilizadas”, más allá de una función discriminadora de los países económicamente menos desarrollados, cumple el propósito de limitar los sistemas jurídicos a ser comparados. Para el efecto, bastará comparar los ordenamientos de los sistemas jurídicos más representativos de las diferentes

familias jurídicas —familia del derecho angloamericano, familia del derecho continental europeo, familia socialista, etcétera—.-1

Resulta dudoso si se pueden deducir de las resoluciones que emiten las organizaciones internacionales principios generales del derecho propios del derecho internacional público. La posibilidad de inferir directamente de las relaciones internacionales dichos principios no parece contar con un fundamento sólido, debido a que dichas resoluciones no son obligatorias y de ellas no podrían desprenderse principios obligatorios. Al respecto se podrían limitar los efectos de las resoluciones en relación con los principios generales del derecho, señalando que dichas resoluciones producen efectos meramente declaratorios, o bien, que las mismas establecen las bases para el desarrollo futuro de auténticos principios generales del derecho.-1 Sin embargo, se debe señalar que las resoluciones, como por ejemplo las de la Organización de Naciones Unidas, más bien sirven para marcar el inicio de normas de costumbre internacional que para dar lugar a principios generales del derecho.

De esta forma, en la actualidad existe consenso en el derecho internacional público en que los principios generales del derecho son normas jurídicas —más concretamente de axiomas, postulados, máximas o generalizaciones, obtenidas a partir de las reglas del sistema evidentes pertenecientes al derecho nacional que han alcanzado un reconocimiento generalizado en un grupo importante de países y que se aplican en forma supletoria ante la ausencia de normas propias del derecho internacional público—.-1

Es precisamente la supletoriedad de los principios generales del derecho la que les da un carácter de aplicación subsidiaria, de tal forma que sólo se pueda recurrir a los mismos para el caso de que no exista una norma de derecho internacional público perteneciente a otra de sus fuentes que resulte aplicable al caso en cuestión.-1

La aplicación de principios generales del derecho de los sistemas jurídicos nacionales en el ámbito del derecho internacional público sólo es posible cuando la situación de intereses regulados resulta similar. Por lo mismo, en el derecho de los tratados sólo resulta relevante aplicar principios generales del derecho civil nacional, debido a que ambas ramas jurídicas regulan relaciones de coordinación de sus sujetos de derecho.-1

La dependencia de los principios generales del derecho internacional público de aquellos del derecho nacional de los Estados trae como consecuencia que los mismos muchas veces sean parte del derecho escrito más que máximas no escritas, como lo serían los principios generales del derecho nacional. De esta forma, se puede decir que los principios generales del derecho internacional público son derecho no escrito por el legislador internacional, a pesar de que en ocasiones los han formulado por escrito los legisladores nacionales.

Asimismo, debido a que el ámbito espacial de aplicación del derecho

internacional público no es único, sino que más bien existe un ámbito universal y varios regionales, se puede hablar de la existencia de principios generales del derecho que aplican en el ámbito regional. En ese caso, dichos principios se deben inferir de los sistemas jurídicos nacionales de la región en cuestión.-1

Por último, cabe mencionar que la tesis según la cual los principios generales del derecho no constituyen una fuente especial del derecho internacional público, debido a que forman parte del derecho de costumbre internacional, resulta incorrecta. A diferencia del derecho de costumbre internacional, la validez de los principios generales del derecho no presupone una práctica. En efecto, la costumbre sólo puede ser creada y modificada por una práctica, lo cual no ocurre con los principios generales del derecho.-1

[T3] 6.5.4. Los principios generales del derecho en el derecho comunitario

Los principios generales del derecho son de vital importancia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A diferencia del derecho internacional público, el derecho comunitario regula de una manera importante materias del ámbito interno de los Estados miembros y se aplica por los órganos jurídicos nacionales de manera directa a los ciudadanos europeos. De esta forma, debido a que el derecho comunitario regula relaciones de supra y subordinación, para realizar la comparación necesaria, a efecto de inferir los principios generales del derecho, resulta relevante el derecho público nacional de los países comunitarios.

Los principios generales del derecho se pueden considerar como parte del derecho comunitario debido a cuatro razones básicas: a) a que según lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 288 —antes 215— del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la responsabilidad extracontractual a cargo de la Comunidad se establece de conformidad de los principios generales comunes de los sistemas jurídicos de los Estados miembros; b) a que, como parte del derecho internacional público, el derecho comunitario reconoce como fuente los principios generales del derecho regional europeo; c) debido a que el derecho comunitario regula de manera directa materias propias del derecho nacional, sobre todo de derecho administrativo, en donde los principios generales del derecho resultan de gran importancia como fuente del derecho; y d) porque el art. 220 —antes 164— del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea obliga al Tribunal de Justicia a respetar el derecho en la interpretación y aplicación de las disposiciones de dicho tratado.

Los principios generales del derecho desarrollados en la jurisprudencia europea a partir del derecho comparado han sido muy amplios. Se desarrollaron en primer lugar con base en el ejemplo de normas que regulan la revocación de resoluciones administrativas. El derecho de audiencia en procedimientos administrativos y el principio de prohibición de aplicación

retroactiva de la ley también se derivaron de principios generales del derecho.-1 Dentro de los principios generales del derecho comunitario se cuentan asimismo una serie de “principios interpretativos materiales”, que aparecen en el proceso de aplicación de normas escritas y no tanto en su contenido mismo, como los principios de igualdad, cooperación, solidaridad, no discriminación, subsidiariedad, proporcionalidad y confianza legítima.-1 También directamente de los principios de justicia, de la naturaleza de la cosa, del principio de Estado de derecho y del contexto de todas las disposiciones del Acuerdo fundacional de la Comunidad se han derivado principios generales del derecho.-1

En términos generales, los principios generales del derecho en el derecho comunitario no se desarrollan haciendo referencia expresa a las normas nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sí ha exigido que los principios generales del derecho que se apliquen en el derecho comunitario valgan de manera uniforme en todos y cada uno de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.-1

A diferencia del derecho internacional público y de los sistemas jurídicos nacionales, en donde los principios generales del derecho sólo tienen un valor de fuente del derecho subsidiaria, dentro del derecho comunitario los mismos carecen de un rango especial como fuente del derecho. De esta forma, se pueden cambiar los principios mediante normas de derecho secundario, aunque los principios generales del derecho derivados del principio del Estado de derecho y de la justicia son de superior jerarquía que las normas de derecho secundario.-1

A partir de la entrada en vigor de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, la importancia de los principios generales del derecho en el derecho comunitario disminuyó significativamente. Antes de la entrada en vigor de dicha carta, el tribunal aseguró el respeto de los derechos fundamentales vía los principios generales del derecho.-1 En efecto, ante la falta de un catálogo de derechos fundamentales en el derecho originario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desarrolló una serie de principios de Estado de derecho como reglas generales del derecho comunitario a partir del derecho comparado.

[T3] 6.5.5. La construcción de la regla con base en los principios generales del derecho

El art. 14 de la Constitución y el art. 19 tanto del *Código Civil Federal* como del *Código Civil para el Distrito Federal* le exigen al juez, a falta de ley, resolver “conforme a los principios generales del derecho”. De esta forma, la tarea del juez queda bien definida, mas no la forma de proceder para lograr el objetivo. La doctrina tradicional piensa que es mediante un procedimiento inductivo como se puede inferir un principio que una vez concretado en forma

de una norma general y abstracta pueda ser aplicado como criterio de decisión al caso concreto.

Con la concepción tradicional, que ve a los principios generales del derecho como parte de un derecho objetivo previamente establecido, permanece en la penumbra la interrelación entre el caso concreto y el sistema jurídico objetivo. Los principios generales del derecho no son tan sólo máximas preconcebidas situadas al lado de las normas legales, sino que se derivan en gran medida de una consideración integral del material jurídico existente —normas, jurisprudencia, doctrina, etc.— en su relación con el caso concreto.

En lugar de hablar de la selección de los principios jurídicos aplicables a un caso, preferiríamos hablar de la construcción de los mismos, pues con esto se pone de manifiesto que el juez procede mediante un razonamiento en donde el material jurídico se interpreta a partir de los hechos y no deja de lado dichos hechos para interpretar en abstracto un principio a partir del cual los enjuicie. La aplicación del derecho como una forma de concretar la norma y la selección como construcción de los principios del derecho son, de esta forma, dos actividades cualitativamente iguales que sólo muestran diferencias de grado.

Como punto de partida de un legítimo desarrollo del derecho, cuando se trabaja con los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia señalan la existencia de una laguna de la ley. La teoría de las lagunas de la ley significa en este contexto que el juez que debe decidir con base en una interpretación del material jurídico relevante, no puede subsumir los hechos planteados bajo ninguna regla. Esto no constituye un acto cognitivo, sino por el contrario una decisión de voluntad, un acto volitivo del juez.⁻¹ Esto significa que para un juez bien podría existir una laguna y para otro no.

La doctrina dominante sostiene que los principios generales del derecho son máximas o principios generales y abstractos que inspiran el orden jurídico positivo vigente. Se entiende, por una parte, que si los mismos se aplican a un caso concreto contribuirán al logro de la justicia en un caso concreto. Por otra parte, se pretende negarle al juez competencia para llevar a cabo una función de creador de una tercera fuente del derecho al lado de la legislativa y la de costumbre jurídica. Esta contradicción surge, en parte, debido al desconocimiento de la subjetividad judicial y, en parte, de la idea de que la justicia particular tiene que ser de manera necesaria arbitraria.

La teoría de la praxis interpretativa de Dworkin parte de un modelo que se puede denominar el *modelo de los principios*. Éstos —“principios” y “directrices”— funcionan, dentro del modelo, como argumentos jurídicos, que hacen oscilar la decisión en una u otra dirección. El peso de los principios en la decisión sólo se puede determinar en el caso concreto. En este sentido, los principios son básicamente fundamentos de decisión. Dworkin atribuye a cada argumento jurídico la cualidad de principio, cuando el mismo viene como

fundamento de justificación de la aplicación del material jurídico existente. Las reglas, en cambio, representan en el modelo de Dworkin argumentos jurídicos, que no deben ser ponderados en el caso concreto, sino que por sí mismas prevén una consecuencia jurídica concreta.

Si utilizamos los conceptos de Dworkin para entender el significado de los principios generales del derecho es posible realizar valiosas observaciones. Al juez, cuando no encuentre regla aplicable, le quedará encomendado, con base en los principios rectores del derecho y respetando los criterios de racionalidad jurídica, efectuar una valoración o ponderación definitiva para el caso concreto. Si a esta ponderación de principios le debe corresponder el valor y la fuerza de una norma general y abstracta, ello depende de la forma en que los jueces futuros lo acepten como precedente relevante para los casos que conozcan. Cuando emplee los principios generales del derecho, el juez escribirá un nuevo capítulo en la historia del derecho.⁻¹

El juez deberá procurar una ponderación fundamentada de los principios para alcanzar una decisión que se obtenga con base en una interpretación del material jurídico existente. Al respecto, Dworkin llama la atención sobre la importancia de la experiencia judicial, que resulta fundamental para una adecuada formación de la teoría del derecho. El juez expande o contrae teorías para buscar la mejor interpretación de la práctica legal cuando se confronta con casos nuevos y difíciles. Él intentará decidir de manera consistente casos complejos con lo que le parezca la mejor interpretación del material jurídico existente.

El juez debe ver, en todo caso, el material jurídico considerado en su integridad como un conjunto coherente de principios. El derecho como una unidad más o menos homogénea aparece en la teoría de Dworkin como una hipótesis fundamental de trabajo.⁻¹

El proceso de construcción de principios generales del derecho, tal como se propone en la teoría de Dworkin, se caracteriza por una compleja interrelación entre la libertad judicial y el respeto a la ley. Libertad y obligación de respeto no aparecen más como autorización y límite, que de alguna forma se derivan del derecho positivo, sino más bien son consecuencia del proceso de construcción de la norma.

Una primera obligación se deriva de la diferencia gradual que existe entre la concreción de una norma y la construcción de la misma. Cuando el juez construye una norma cuyo fundamento son los principios generales del derecho, su obligación para motivar y justificarla será mayor si se le compara con los casos que debe resolver conforme a una regla legislada. Esto se debe a que él abandonará el campo de lo que resulta en mayor o menor medida derecho seguro, con lo que la justificación de su decisión dependerá de la calidad de sus argumentos jurídicos.

Las exigencias cualitativas de la fundamentación de sus decisiones resultan así más elevadas cuando se trabaja con principios generales del derecho que cuando se trata de la concreción de una norma legislada. Esto se debe a que el juez no sólo deberá llevar a cabo la ponderación de principios del derecho previa y perfectamente terminados, sino que también deberá desarrollarlos por medio de una actividad constructiva-1 en la que, dentro del material jurídico de toda una tradición y mediante un razonamiento tanto cognoscitivo —que se desarrolla en procesos lógicos jurídicamente reconocidos— como valorativo, con base en prejuicios ideológicos y éticos propios del derecho, de una época y de un país determinado, obtendrá los criterios de decisión adecuados a fin de resolver las controversias para las que no exista disposición legal establecida de forma previa por el legislador.

Íntimamente relacionada con la primera obligación se encuentra la exigencia de coherencia que constituye parte importante de la teoría de Dworkin. La exigencia de coherencia le otorga al sistema jurídico una dimensión que abarca más que la simple consistencia material interna o la libertad de contradicción entre los contenidos normativos.-1 Dicho con mayor precisión: la exigencia de coherencia exige del juez que él, en su actividad decisoria, tome como base los principios políticos y morales que de acuerdo con su criterio jurídico reflejen de mejor manera al sistema jurídico considerado en su conjunto.

Con esto Dworkin coloca lo que en la hermenéutica jurídica se denomina la *precomprensión*, esto es, todos los prejuicios e instituciones que influyen en el proceso de concreción y construcción de normas, en un nivel articulado. El juez es exhortado a ser consciente de su precomprensión personal y para actuar racionalmente en consecuencia con la misma. De aquí se deriva también una mayor obligación argumentativa y motivadora en las decisiones que se fundamenten en los principios generales del derecho.

Libre es el juez de utilizar los métodos que considere adecuados para desarrollar los principios jurídicos. Así, mientras use el material jurídico existente y emplee un razonamiento reconocido por el derecho, el juez puede utilizar sus capacidades creadoras con total libertad. La única condición consiste en que el ejercicio de dichas capacidades se pueda justificar con base en una argumentación material del sistema jurídico, esto es, con base en una motivación jurídica. La teoría del derecho resulta incapaz de detallar los pasos concretos que un juez debería seguir para construir sus principios jurídicos. Debido a que su fin no es tecnológico sino científico, la doctrina no puede convertirse en un recetario para llevar a cabo con éxito las actividades jurídicas.

El principio de coherencia de Dworkin vive en la complejidad de relaciones que el juez puede producir entre dos elementos fundamentales: los hechos y el material jurídico. Dworkin representa al derecho como una praxis que

permanentemente se interpreta a sí misma, que se ocupa en forma crítica y constructiva del pasado para encontrar la mejor decisión para el presente y proyectarla hacia el futuro. Su modelo se construye con base en un trabajo de justificación completo que condiciona reflexiones de tipo moral, políticas y filosóficas. No obstante, el fin más importante es el descubrimiento de los principios válidos. Sin embargo, en el ámbito de los principios, la validez no depende de un acto de reconocimiento formal previo por parte de una autoridad competente, sino más bien de su racionalidad intrínseca y de su poder de convencimiento.

La praxis en el sentido de Dworkin no sólo incluye la ley y la jurisprudencia, sino también la ciencia jurídica. Ésta debería ser considerada entre los recursos para construir los principios generales del derecho aplicables a los casos concretos. Los recursos de la praxis interpretativa vendrían así a desmonopolizar la ley como la fuente del derecho por excelencia. De esta forma se abre el camino no sólo hacia la ciencia del derecho, sino también hacia la interdisciplinariedad. Una teoría del derecho no debería ser desarrollada sin consideración de los aspectos factuales que el derecho pretende regular.

[T2] 6.6. La argumentación empírica

La argumentación empírica, o argumentación en materia de hechos, es la que se efectúa en relación con enunciados empíricos, esto es, con los enunciados que se refieren a los hechos que presuntamente han realizado los supuestos que las normas jurídicas establecen de manera general y abstracta como condición de las consecuencias de derecho. Si lo viéramos en el modelo del silogismo jurídico, los enunciados de la premisa menor serían los enunciados empíricos cuya justificación se debe llevar a cabo mediante la argumentación empírica. “Así, algunas formas de argumentación presuponen enunciados sobre hechos singulares, sobre acciones concretas, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas” pasados, presentes o futuros. “En otros se requieren enunciados sobre regularidades de las ciencias naturales o de las ciencias sociales.”-1

La argumentación de tipo empírico regularmente exige una sustitución de la argumentación jurídica por argumentación técnica o científica, como puede ser la de la ingeniería, economía, psicología, medicina, química, etc. Esto se debe a que, en un mundo moderno altamente especializado, los conocimientos de las conductas o de los hechos se han convertido en objeto del análisis tecnológico y científico y escapan a una apreciación de mero sentido común que cualquier abogado o juez práctico pudiera dominar. Aquí se aplica una regla de transferencia, pues la argumentación meramente jurídica resulta incapaz para vérselas con las conductas o los hechos reales y requiere transformarse en argumentación tecnológica o científica. Aquí la cooperación interdisciplinar se

torna indispensable.

La argumentación de tipo empírico es la propia en la materia de las pruebas que las partes ofrecen para demostrar que sus pretensiones jurídicas se encuentran justificadas. Por eso, la misma resulta de vital importancia, pues en “numerosas controversias jurídicas la apreciación de los hechos juega el papel decisivo”. Esto no se debería exagerar pensando que “se puede reducir el discurso jurídico a un discurso empírico”,⁻¹ pues la argumentación de los enunciados de la premisa mayor y de la conclusión del silogismo jurídico debe ser, en esencia, normativa.

[T2] 6.7. Formas especiales de argumentos jurídicos

Las formas especiales de argumentos jurídicos son fórmulas o principios del razonamiento jurídico que han adquirido un reconocimiento en la praxis del derecho como argumentos idóneos, las que en ocasiones se utilizan de manera complementaria a otras formas de argumentación jurídica, tales como la argumentación interpretativa o la jurisprudencial y a veces de manera independiente a éstas.

No se puede decir nada definitivo sobre el número de formas especiales de argumentos jurídicos. Existen algunas reconocidas como válidas en todas o casi todas las ramas del derecho; otras, en cambio, valen sólo para ciertas ramas e incluso subramas del derecho. Aquí analizaremos exclusivamente las formas especiales de argumentos jurídicos más reconocidos para todo el derecho, esto es, la analogía, el argumento a contrario, el argumento al absurdo y el argumento de mayoría o *a fortiori*.

[T3] 6.7.1. Analogía (*argumentum a simile o argumentum a pari*)

En el derecho, la analogía, a la que también se denomina *argumentum a simile* o *a pari*, se entiende como la aplicación de ciertas consecuencias de derecho previstas en una norma u orden jurídico para un supuesto determinado, a otros hechos diferentes a los previstos en dicho supuesto, con los que sin embargo existen semejanzas esenciales si se les compara con aquellos que caen bajo el supuesto regulado (*Ubi aedem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). La analogía en el derecho implica extender las consecuencias jurídicas previstas para una hipótesis normativa a hechos o actos que, si bien no caen en el supuesto previsto en dicha hipótesis, coinciden en todas las características fundamentales con aquellos que prevé dicho supuesto. La antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió con gran detalle y precisión las características del razonamiento analógico como sigue:

No. Registro: 240,634. Tesis aislada, Materia(s): Común, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 151-156, Cuarta Parte, Página: 218.

Genealogía: Informe 1981, Segunda Parte, Tercera Sala, Tesis 65, Página 63.

MÉTODO ANALÓGICO, APLICACIÓN DEL. Dos son las condiciones para la aplicación del método analógico. En primer lugar, la falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto y, en segundo lugar, la igualdad esencial de los hechos, como en el caso en que la ley sí protege la posesión que el padre o la madre tiene de sus hijos legítimos, pero es omisa respecto a la posesión de los hijos naturales, no obstante que se trata de situaciones concretas esencialmente iguales “ubi eadem ratio, eadem dispositio”. La Tercera Sala de la Suprema Corte considera que es jurídica la aplicación analógica de la ley en virtud de que lo establece y permite la propia Constitución de la República, excepto cuando se trata de disposiciones de carácter excepcional, o cuando la ley está redactada en forma numerativa, o de leyes penales; pues como es manifiestamente imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros, el legislador ha señalado las fuentes, a las cuales debe el Juez acudir siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley; tales fuentes son, en primer término, la analogía, y después, cuando tampoco mediante ésta sea posible decidir, los principios generales de derecho. **En efecto, mediante la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de los casos originalmente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquéllos, siempre que la ratio legis valga igualmente para unos y para los otros;** por lo tanto, la analogía como método de interpretación o de autointegración es aceptada por nuestra legislación.

Amparo directo 1071/80. Mario Vidals Zenteno. 13 de julio de 1981. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Rodolfo Ortiz Jiménez.

Nota: En el Informe de 1981, la tesis aparece bajo el rubro “MÉTODO ANALÓGICO, CUANDO ES APLICABLE EL.”

La argumentación por analogía implica un razonamiento inductivo que, partiendo de un supuesto particular, busca el principio general que lo inspira y que comparte con hechos o situaciones no previstos textualmente en la norma particular, lo que justifica la aplicación de las consecuencias jurídicas de ésta a dichos hechos o situaciones no previstos. Esto permite “la innovación del sistema conservando su estructura”.⁻¹ Como recurso argumentativo, la analogía en el derecho, al igual que en otras disciplinas, “desempeña un papel de primer plano en la producción y la justificación de las afirmaciones”.⁻¹

El esquema silogístico del razonamiento analógico es el siguiente:⁻¹

Premisa mayor: *M* es *P*

Premisa menor: *S* es semejante a *M*

Conclusión: *S* es, entonces, *P*

El uso de los precedentes judiciales en el razonamiento judicial implica una reflexión analógica basada en las semejanzas y diferencias existentes entre el

caso ya decidido en el pasado y el que está siendo objeto de análisis por parte del juzgador. El fundamento filosófico de este tipo de razonamiento en los precedentes judiciales es el principio de justicia formal, que implica que la ley se debe aplicar de igual forma para los casos del mismo género. Esto, en el derecho, se conoce también como *coherencia de las decisiones*.¹

Se suele distinguir entre analogía legal y analogía jurídica.¹ La primera busca la respuesta jurídica al problema no regulado en una ley, en una única disposición jurídica. En este caso el razonamiento por analogía desarrolla su función fundamental eliminando todos los elementos inesenciales del supuesto previsto en la disposición normativa, para que la misma pueda ser aplicada a casos que no caerían bajo el supuesto original. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia del derecho romano existía una antigua regla según la cual el propietario de un cuadrúpedo respondía mediante una *actio noxalis* de los daños que causara su animal; pues bien, esta regla se hacía extensiva a los daños causados por animales no cuadrúpedos. Otro ejemplo de este tipo de razonamiento analógico nos lo proporciona la jurisprudencia mexicana como sigue:

No. Registro: 912,986. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Apéndice 2000*, Tomo IV, Civil, Jurisprudencia SCJN, Tesis: 44, Página: 34.

Genealogía: GACETA NÚMERO 32, OCTAVA ÉPOCA, TESIS 3a./J. 67 (NÚMERO OFICIAL 17/90), PÁGINA 17.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA, TOMO V, PRIMERA PARTE, PÁGINA 221.

APÉNDICE '95: TOMO IV, PRIMERA PARTE, TESIS 43, PÁGINA 28.

ALIMENTOS. SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CÓNYUGE CULPABLE, COMO OCURRE EN LA CAUSAL RELATIVA A LA SEPARACIÓN POR MÁS DE DOS AÑOS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN XVIII DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. La referida causal, a saber, la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, debe dar lugar a la obligación de suministrar alimentos pues si bien no existe disposición expresa en ese sentido ello se sigue **al integrar la ley y al aplicarla analógicamente**. En efecto, el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal adolece de una laguna, que debe integrarse conforme a las normas fijadas por los artículos 19 de dicho ordenamiento y 14 de la Constitución General de la República. **El vacío de la ley** radica en la falta de regulación precisa y pormenorizada de la subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causa de divorcio fijada en el artículo 267, fracción XVIII del código invocado para lo cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, toda vez que la norma en comentario

sólo prevé directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación y las de divorcio por mutuo consentimiento, sin que la antes especificada quede comprendida en esas categorías. Sin embargo, el principio general adoptado en esa ley respecto de los alimentos entre los cónyuges en caso de divorcio en general, consiste en que debe conservarse subsistente el derecho del que los necesita, si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación en ese evento y a las circunstancias del caso, tales como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada. De ello se infiere, considerando, además, **que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición**, que en la hipótesis de que se trata procede la condena al pago de alimentos en favor del cónyuge que los necesite y en contra del que tenga la posibilidad de darlos, tomando en cuenta las constancias de autos, la capacidad actual de los dos para trabajar y su situación económica, además de los elementos que deben tenerse presentes siempre que se va a decidir una controversia sobre alimentos, valorándolos cuidadosamente y en uso de un prudente arbitrio.

Octava Época: Contradicción de tesis 1/90. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de junio de 1990. Mayoría de tres votos contra uno de Ignacio Magaña Cárdenas. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Apéndice 1917-1995, Tomo IV, Primera Parte, Página 28, Tercera Sala, Tesis 43; véase la ejecutoria en la obra Jurisprudencia por Contradicción de Tesis, Octava Época, Tomo IV, Página 119.

La analogía jurídica se desarrolla a partir de un conjunto de reglas mediante el razonamiento inductivo en busca de los principios generales del derecho en que todas ellas se fundamentan y se aplica a hechos u actos que no se encuentran previstos por ninguna de las normas jurídicas implicadas.

La analogía es un procedimiento que se debe llevar a cabo con precaución y tacto, pues supone una ponderación del valor jurídico de los elementos de un supuesto jurídico. Cuando por vía del razonamiento analógico resulta necesario aplicar la norma a situaciones no previstas en ella, esto exige una consideración comparativa de la hipótesis prevista en la ley y de los hechos o situaciones no considerados en la misma. La conclusión de dicha consideración comparativa debe consistir en que las diferencias entre el supuesto jurídico regulado y la situación o hecho jurídico no previsto expresamente en el texto de la ley son inesenciales.¹ Esto supone el uso de ciertos criterios lógicos y teleológicos que permitan establecer equivalencias válidas entre ambos tipos de casos. Debido a que la analogía supone una alteración del texto del

legislador, lo que estaría prohibido por el principio de legalidad, en cada caso se debería justificar suficientemente la aplicación analógica de la ley, con base en una regla de equivalencia.

La analogía se debe distinguir de una interpretación extensiva, toda vez que ésta amplifica hasta el máximo de sus posibilidades el significado que se le puede atribuir a un texto normativo, en tanto que la analogía consiste en un desarrollo del derecho que construye una solución, aunque en el sentido de la ley para un caso no previsto por ella. Así, en ciertos casos podría existir duda sobre si existe una interpretación extensiva o una aplicación por analogía de la ley.

No obstante que ni en el texto del art. 14 de la Constitución ni en el art. 19 del *Código Civil Federal* se prevé la analogía como método de aplicación del derecho, su uso en el derecho privado es algo que nadie discute. Se ha señalado que si bien el texto del art. 14 constitucional no establece de manera expresa que se pueda recurrir a la analogía a fin de construir una solución jurídica para resolver un caso no previsto expresamente por la ley, se debe considerar que el procedimiento por analogía se encuentra autorizado para los casos en que no existe ley aplicable, pues el mismo es uno de los más importantes principios generales del derecho a los que se refiere en forma textual el cuarto párrafo de dicha disposición constitucional.

Tanto en el *Código Civil Federal* como en el del Distrito Federal, la aplicación analógica de la ley se prevé expresamente para casos especiales en los arts. 1858, 2746, 2766 y 2825. Asimismo, se prevé la aplicación analógica de la ley en el art. 112 de la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* y en el art. 1º de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*. En cambio, una formulación general de la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el art. 17 de la *Ley Federal del Trabajo* como sigue:

Artículo 17. A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad.

En el derecho penal, en cambio, rige el principio de reserva o exclusividad —*nullum crimen, nulla poena sine lege*—, según el cual los tipos penales se encuentran enunciados exhaustivamente.¹ Por esta razón, la analogía se encuentra prohibida para la integración de tipos penales. De esta forma, el tercer párrafo del art. 14 de la Constitución determina:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por

una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

La prohibición de aplicar el razonamiento por analogía en el derecho penal sólo vale para la integración de tipos penales, mas no para situaciones donde se apliquen normas procesales. Así lo ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en uno de sus criterios, que enseguida se transcribe:

No. Registro: 312,731, Tesis aislada, Materia(s): Penal, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XLII, Tesis Aislada, Página: 500.

APLICACION DE LAS LEYES POR ANALOGIA. Aunque el artículo 14 constitucional prohíbe imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, no prohíbe que se apliquen, por analogía, las leyes del procedimiento, en cuanto no establezcan pena.

Amparo penal directo 11443/32. Cárdenas Froylán L. 11 de septiembre de 1934. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tres son los casos en que las disposiciones legales no se pueden aplicar analógicamente. En primer lugar, cuando se trata de normas de excepción, esto es, de normas que dejan sin efectos otras de carácter general. A esto se debe lo que establece el art. 11 del *Código Civil Federal*:

Artículo 11. Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté especificado en las mismas leyes.

Como ejemplo de una regla de excepción podemos mencionar el art. 1910 del *Código Civil Federal*:

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La conducta que constituye la regla en dicha disposición y que es el presupuesto de la sanción consiste en actuar en forma ilícita o contra las buenas costumbres y como consecuencia de ésta ocasionar un daño. La conducta que regula la regla de excepción y que excluye la sanción, por su parte, consiste en que dicho daño se produzca a raíz de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Así, en la aplicación de esta norma de excepción no se podrían subsumir conductas análogas a la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La segunda excepción a la aplicación analógica de la ley se presenta cuando la disposición jurídica está redactada en forma limitativa. Un ejemplo de este caso es el art. 31 de la Constitución, que establece limitativamente las obligaciones de los mexicanos como sigue:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar;

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior, y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

El tercer caso es el de los tipos penales que ya se ha tratado con anterioridad.

No sólo las normas jurídicas legisladas se deben aplicar por analogía con las limitaciones y condicionantes señalados antes, sino también las normas jurisprudenciales son objeto de aplicación con base en el razonamiento analógico, tal como lo podemos apreciar en la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito:

No. Registro: 193,841, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, IX, Junio de 1999, Tesis: VIII.2o. J/26, Página: 837.

ANALOGÍA, PROCEDE LA APLICACIÓN POR, DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Es infundado que las tesis o jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o sus Salas, no puedan ser aplicadas por analogía o equiparación, ya que el artículo 14 constitucional, únicamente lo prohíbe en relación a juicios del orden criminal, pero cuando el juzgador para la solución de un conflicto aplica por analogía o equiparación los razonamientos jurídicos que se contienen en una tesis o jurisprudencia, es procedente si el punto jurídico es exactamente igual en el caso a resolver que en la tesis, máxime que las características de la jurisprudencia son su generalidad, abstracción e impersonalidad del criterio jurídico que contiene.

Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Amparo en revisión 236/93. Comisariado Ejidal del Poblado J. Guadalupe Rodríguez, Municipio de Nazas, Durango. 2 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretario: Alberto Caldera Macías.

Amparo en revisión (improcedencia) 521/95. Sara Martha Ramos Aguirre. 7

de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretario: Hugo Arnoldo Aguilar Espinosa.

Amparo en revisión 431/97. Manuel Fernández Fernández. 15 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretario: Rodolfo Castro León.

Amparo directo 466/98. Laura Esther Pruneda Barrera. 18 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretaria: Martha Alejandra González Ramos.

Amparo en revisión 661/98. Ricardo Garduño González. 18 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretario: Rodolfo Castro León.

La argumentación analógica admite dos tipos de refutación: el uso abusivo de la misma, que le quita legitimidad y pertinencia a su uso —refutación sobre el fondo—; el ataque a la persona que hace valer la analogía, para demostrar que quien la usa no resulta consistente en su razonamiento —refutación sobre la persona—. ¹ En la *refutación sobre el fondo* se debe demostrar la inexistencia de semejanzas esenciales o relevantes entre los hechos o las situaciones que se pretende equiparar mediante el razonamiento analógico. En la *refutación sobre la persona* se intenta demeritar el uso que un individuo hace del razonamiento analógico, al no aplicar correctamente las reglas de la semejanza e intentar comparar sobre bases falsas dos hechos o situaciones.

En el derecho la refutación del argumento de analogía se lleva a cabo regularmente mediante el argumento a contrario.

[T3] 6.7.2. Argumento a contrario

El argumento a contrario es el razonamiento según el cual sólo procede la realización de las consecuencias jurídicas previstas en una norma cuando se cumplen todos y cada uno de los requisitos que se prevén en el supuesto como condición de la materialización de dichas consecuencias. Se llama *a contrario* este tipo de argumento debido a que se suele asegurar que si no se realizan todos y cada uno de los requisitos que se prevén como condición en la hipótesis normativa, entonces no tendrán lugar las consecuencias jurídicas establecidas en la norma —*Qui decit de uno, negat de altero*—.

El esquema lógico del argumento a contrario se puede representar como sigue:

M es P

S no es M

S, entonces, no es P

La argumentación a contrario procede cuando los requisitos que establece la ley como condición del supuesto normativo resultan ser tanto necesarios como suficientes para la realización de las consecuencias de derecho. ¹ A esto se refiere la frase latina *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*,

según la cual “donde la ley no distingue no debemos distinguir”. También sirve para ilustrar la argumentación a contrario la frase romana *inclusio unius, exclusio alterius*, que significa que cuando la norma prevé expresamente un caso determinado, está dejando fuera de su ámbito de validez a los casos restantes.

Como ejemplo de normas que deben ser objeto de la argumentación a contrario podemos mencionar el art. 646 del *Código Civil Federal*, que dispone: “La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.” Pues bien, cumplir los 18 años es en este caso la condición suficiente y necesaria para adquirir la mayoría de edad, de manera que es una condición necesaria haber cumplido tales años y no se requiere más que eso —condición suficiente— para obtener el derecho a ser considerado mayor de edad. Así, esta norma se debería interpretar a contrario sensu, sosteniendo que todos aquellos que no hayan cumplido 18 años no son mayores de edad.

Las normas de excepción y aquellas que utilizan expresiones especialmente estrictas exigen un razonamiento a contrario. Las expresiones “solamente”, “a menos que”, etc., señalan el carácter excepcional de una disposición jurídica. Las descripciones del supuesto normativo muy detalladas o específicas indican el planteamiento estricto del supuesto. Como un ejemplo de normas de excepción que requerirían interpretación a contrario podemos mencionar la segunda parte del art. 1910 del *Código Civil Federal* que transcribimos de nuevo:

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, **a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.**

Como ejemplo de leyes de detalle o específicas podemos mencionar el art. 1929 del mismo *Código Civil Federal*:

Artículo 1929. El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare algunas de estas circunstancias:

- I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario;
- II. Que el animal fue provocado;
- III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido;
- IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor.

Asimismo, como ejemplos jurisprudenciales del argumento a contrario se pueden mencionar las dos siguientes tesis de los Tribunales Federales:

Registro IUS: 227081. Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, Página 313, aislada, Civil.

LESIÓN EN LOS CONTRATOS. LAS CAUSAS QUE LA ORIGINAN, NO PUEDEN EXTENDERSE POR ANALOGÍA A OTROS SUPUESTOS. Al artículo 14 del Código Civil de

Aguascalientes, determina que procede la rescisión del contrato por lesión, cuando alguno, además de obtener un lucro excesivo, evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, explota de otro: a) la suma ignorancia; b) la notoria inexperiencia; o c) la extrema miseria. El precepto legal restringe su radio de acción a esas tres hipótesis, por lo que tiene el carácter de norma limitativa y en tales condiciones no es factible extender su aplicación por analogía a diversos supuestos, pues debe estimarse que el legislador se propuso darle un ámbito restringido a los casos concretos que regula, lo cual excluye la aplicación del numeral a situaciones análogas; en tal evento, el que **resulta aplicable es el llamado argumento a contrario sensu, el cual opera en el sentido de que cuando la ley se refiere a uno o varios casos dados, se entienden excluidos los demás; conclusión a la que se llega, tomando en cuenta además que en materia de contratos existen reglas o principios generales, tales como el relativo a que la voluntad de la partes es la máxima ley de los contratos y el consistente en que las partes se comprometen según lo pactado, de donde se sigue que el citado numeral contiene una excepción a reglas generales, lo que excluye el uso del método analógico.**

Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Precedentes: Amparo directo 699/89. Jorge Humberto Robles Vela. 11 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: Faustino Azpeitia Arellano.

Registro IUS: 344715. Localización: Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo C, p. 189, aislada, Civil.

USUFRUCTUARIO, DERECHO DEL TANTO DEL (LEGISLACION DE SINALOA). El artículo 1003 del Código Civil del Estado de Sinaloa, establece que “El usufructuario goza del derecho del tanto. Es aplicable lo dispuesto por el artículo 971, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto”; y el artículo 971 del mismo código dispone que: “Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno”. **Ahora bien, como en el primero de dichos artículos se expresa que es aplicable lo dispuesto en el segundo, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto, razonando contrario sensu, se llega forzosamente a la conclusión de que en lo que no se refiere a esto, no es aplicable lo dispuesto en el artículo 971. Si la intención del legislador hubiera sido que este**

precepto se aplicara en todas sus prevenciones, en relación con el artículo 1003, se hubiera limitado a establecer en éste, que era aplicable lo dispuesto en aquél, lo que no hizo. Por otra parte, el argumento que se haga en el sentido de que el artículo 971 debe aplicarse en toda su amplitud, porque no se concibe que el legislador, habiendo establecido a favor del usufructuario y del copropietario el derecho del tanto, lo haya querido despojar de la sanción legal que acarrea la violación de tal derecho, no es atendible, ya que en el artículo 2187 del propio Código Civil, se sanciona la omisión en que incurre el dueño de la nuda propiedad, de una cosa, al no dar aviso de la venta de la misma, al usufructuario, sanción que consiste en el pago de daños y perjuicios, pero no en la nulidad de la venta.

Precedentes: Amparo civil directo 959/49. Pardo Serafina. 6 de abril de 1949. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Hilario Medina. Ponente: Carlos I. Meléndez.

Para establecer, en los casos en que no se trate de normas de excepción o de reglas de gran detalle y especificidad, si procede aplicar el razonamiento por analogía o a contrario, se debe considerar si los hechos caen en el círculo de semejanza de los requisitos previstos en el supuesto jurídico, en cuyo caso aplica la analogía, o si por el contrario, dicho círculo de semejanza no permite subsumir los hechos a enjuiciar, en cuyo caso se aplica el razonamiento a contrario.⁻¹

Así, por ejemplo, ¿son los transexuales mujeres para los efectos legales? De esta forma, aplica el razonamiento por analogía si los transexuales pertenecen al círculo de semejanza del género femenino; pero si ellos no pertenecen a tal círculo de semejanza, aplica el argumento a contrario y, en consecuencia, debido a que dichas personas no cumplen todas las condiciones físicas de una mujer, no deberían gozar de los derechos que la ley prevé en favor de las mujeres. Es posible que en distintos tipos de juicios resulte que algunos jueces los consideren mujeres para ciertos efectos legales, en tanto que para otros efectos no se les considere miembros del género femenino.

[T3] 6.7.3. Argumento al absurdo (*reductio ad absurdum*)

Se habla del argumento al absurdo cuando se confirma la validez de una interpretación demostrando que otra posibilidad interpretativa resulta insensata debido a las consecuencias indeseadas que provoca. Esta argumentación cumple así una función teleológica al justificarse mediante su finalidad —evitar consecuencias indeseadas por el derecho—.

Este tipo de argumento también se conoce desde la Antigüedad como *reducción al absurdo* —*reductio ad absurdum*— y utiliza un tipo de demostración indirecta mediante la cual se confirma la tesis propia evidenciando que “la proposición contradictoria de dicha tesis se encuentra en contradicción con otra que de antemano ha sido reconocida como

verdadera”.⁻¹ De esta forma, la argumentación de la reducción al absurdo cumple un fin lógico, al buscar que se observe la regla lógica de la no contradicción.

Enseguida se transcribe una tesis de la antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sirve como ejemplo de este tipo de argumento:

Registro IUS: 241328. Localización: Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 85, Cuarta Parte, Página 35, aislada, Civil.

Genealogía: Informe 1976, Segunda Parte, Tercera Parte, tesis 40, página 41. DIVORCIO, DELITO COMETIDO POR UNO DE LOS CÓNYUGES COMO CAUSAL DE, PREVISTA EN LA FRACCIÓN XIV DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El artículo 323 del Código Civil del Estado de Guanajuato, en su fracción XIV, señala como causal de divorcio lo siguiente: “Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que implique deshonor para el otro cónyuge o para sus hijos, por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años”. Ahora bien, esta Sala considera que, de acuerdo con los términos de la fracción inserta, es la sentencia ejecutoria que condena al cónyuge a una pena de prisión mayor de dos años, por la comisión del hecho ilícito que se le imputa, la que configura la causal de divorcio prevista en la aludida fracción, del artículo 323 del Código Civil, y no la simple realización de los hechos que constituyen la corporeidad del ilícito respectivo, pues la expresión “haber cometido un delito por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años”, lógicamente implica en primer lugar la imposición de dicha pena, y en segundo lugar, que esa pena sea definitiva, es decir, que ya no pueda ser modificada o revocada, **pues de otra manera se podía llegar al absurdo de que por hechos denunciados en contra de uno de los cónyuges que merecieran pena mayor de dos años, de los cuales es absuelto en última instancia, o sea, que por hechos que no llegó a cometer o de los cuales no fue responsable, se disolviera su matrimonio y hasta se le condenara a la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, lo que moral y legalmente es inadmisibles.**

Precedentes: Amparo directo 5032/74. Consuelo Ugarte Manzur. 9 de enero de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario: Salvador Tejeda Cerda.

Nota: En el Informe de 1976, la tesis aparece bajo el rubro “DIVORCIO. CAUSAL DEL. PREVISTA EN LA FRACCIÓN XIV DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).”.

Como bien se puede apreciar en este ejemplo, se trata de demostrar que es incorrecta y absurda la propuesta interpretativa que plantea que, con una simple denuncia en contra de uno de los cónyuges sobre delitos que impliquen deshonor para el otro cónyuge o para sus hijos, y cuya pena privativa de la

libertad pudiera exceder de dos años, bastaría para que procediera la causal de divorcio. Resulta insensata porque las consecuencias que se podrían generar con su aceptación, que consisten en autorizar con base en dicha causal el divorcio necesario aun en contra de alguien que no hubiere cometido un delito, serían totalmente inadmisibles por contrariar el texto expreso de la ley.

El respeto al texto de la ley es, en este caso, la tesis que de antemano e implícitamente fue admitida por la Tercera Sala como verdadera. Con esta descalificación de la propuesta interpretativa hecha valer se justifica la viabilidad de la interpretación que ha adoptado la referida Sala del máximo tribunal.

[T3] 6.7.4. Argumento de mayoría de razón (*argumentum a fortiori*)

El argumento de mayoría de razón consiste en inferir desde la validez de una norma jurídica amplia prevista expresamente en la ley, la validez de otra norma jurídica menos amplia no prevista de manera expresa en la ley. Esto en razón de que “si tiene validez la norma jurídica más fuerte, con mayor razón debe tener validez la norma jurídica más débil”. -1

Hay dos modalidades del argumento por mayoría de razón: el argumento *maiori ad minus* y el *minore ad maius*. El primero señala que la norma que autoriza lo más también autoriza lo menos. Enseguida ejemplificamos ese argumento con la transcripción de una tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte Justicia en donde se utiliza este tipo de razonamiento:

Registro IUS: 184244. Localización: Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVII, Mayo de 2003, p. 246, tesis 1a. XIX/2003, aislada, Común.

Número de tesis: 1a. XIX/2003

VOTO ACLARATORIO DE UN MAGISTRADO DE UN TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO. NO TIENE EFECTOS VINCULATORIOS, PUES NO RIGE EL SENTIDO DEL FALLO. De la interpretación armónica de los artículos 184, fracción II, de la Ley de Amparo y 35 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se desprende que **si un Magistrado de un Tribunal Colegiado de Circuito puede disentir totalmente del criterio mayoritario de los demás Magistrados que integran el tribunal y emitir un voto particular, que se engrosa luego de los resolutivos y de la declaratoria de votación de la sentencia, por mayoría de razón, puede emitir un voto aclaratorio, en el que, sin disentir totalmente del criterio mayoritario, exprese distintas razones para resolver en el mismo sentido.** Sin embargo, en uno y otro caso, dicho voto no tiene efectos vinculatorios, pues no rige el sentido del fallo, ya que como lo dispone el referido artículo 35 el voto particular se insertará al final de la ejecutoria respectiva, pero sólo si es presentado por el disidente dentro del plazo de cinco días siguientes a la fecha del acuerdo, lo que significa que,

con el voto o sin él, lo que constituye la ejecutoria de amparo es la decisión mayoritaria que se plasma en la parte considerativa de la sentencia y en el punto resolutivo regido por aquélla.

Precedentes: Amparo directo en revisión 1828/2002. Alejandro Roberto Cuevas Martínez. 12 de marzo de 2003. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

La segunda modalidad del argumento *a fortiori, minore ad maius*, permite extender la norma prohibitiva de determinados actos a aquellos otros que, con mayor razón, hay que prohibir también. Así, por ejemplo, si en una estación de ferrocarril se puede observar un anuncio que establece: “Prohibido abordar el ferrocarril con perros”, dicha disposición, aplicada por mayoría de razón, prohíbe también abordar el ferrocarril a un pasajero que viene acompañado de un oso o de un tigre.

El argumento de mayoría supone la existencia de dos normas jurídicas, una de ellas, la de la validez más fuerte, se encuentra formulada expresamente en el texto legal; la otra, la de validez menos intensa, no se encuentra regulada por el texto de la ley y es producto de una construcción argumentativa, con base en la idea de que ésta es sólo una consecuencia lógica o teleológica de aquélla.-1 Lo que en este caso sea más o menos fuerte se mide por medio de una ponderación valorativa de la conexión entre supuesto jurídico y consecuencia de derecho.

El tercer párrafo del art. 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* precisa que, en el ámbito del derecho penal, no se pueden aplicar las penas previstas para un tipo delictivo por las normas penales, usando el razonamiento por mayoría de razón, a una conducta a la que la ley no reputa expresamente como delito.

Eduardo García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, p. 68.

Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, pp. 317 y 318.

C. Sforza, *Filosofía del Derecho*, p. 35.

Rodolfo Vigo, *op. cit.*, p. 115.

Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, pp. 319 y 320.

Un ejemplo de principios legislados lo encontramos en el art. 89 del *Código de Comercio*, que textualmente establece: “Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa.”

De esta forma, el art. 1.4 del Código Civil español establece: “Los principios

generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.”

Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, p. 316. De igual forma opina Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 470.

R. Jiménez Cano, “*Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español*”, p. 9.

Ibidem, p. 466.

Ibidem, p. 467.

Semanario Judicial de la Federación, t. XLIII, p. 858.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.

Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: III, Segunda Parte-2, Página 573. También véase Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XV, Marzo de 2002, Tesis: 1.4o.A.340 A, Página: 1428 Materia: Administrativa, Tesis aislada.

Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: III Segunda Parte-2, Página 573. También véase Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.

Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: VII, Junio de 1998, Tesis: XI.3o.13 P, Página: 692.

Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXIX, Página 418.

Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LV, Página 2642.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.

Instancia: Cuarta Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte: XIII, Quinta Parte, Página 245.

Octava Época, Tercera Sala, Apéndice 1917-2000, Tomo IV, Civil, Sección Jurisprudencia SCJN, Tesis 44, Página 34 (Contradicción de tesis 1/90).

Sexta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte XV, Página 37.

Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 151-156, p. 218, Informe 1981, Segunda Parte, tercera Sala, Tesis 65, Página 63.

Al respecto véase E. de Wet, “Judicial reviews as an emerging general principle of law and its implications for the International Court of Justice”, en *Netherlands International Law Review*, Vol. 47, 2000, pp. 181 y ss.; J. Ellis, “The precautionary principle: from paradigm to rule of law”, en *International Law Forum*, Vol. 2, 2000, pp. 127 y ss.; W. Weiss, “Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts”, en *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 39, 2001, pp. 394 y ss., y K. Ambos, “General principles of criminal law in the Rome Statute”, en *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, pp. 1 y siguientes.

J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 1994, p. 234.

Se puede mencionar la responsabilidad civil objetiva en el derecho del mar o el principio de enriquecimiento sin causa.

J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, p. 242.

G. Mosler, “General principles of law”, en: Reinhardt Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment, 7 (1984), Berlin, pp. 89 y 92.

A. Bleckmann, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, A. Francke Verlag, Tübingen, 1978, pp. 26 y siguientes.

Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia, 1992, p. 60; y O. Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, A. Francke Verlag, Tübingen, 1997, p. 224.

Julio Barberis establece que dicha distinción corresponde a una época ya superada del derecho internacional público en que se diferenciaba entre “los miembros de la comunidad internacional, originariamente formada sólo por las potencias cristianas de Europa, y los demás pueblos”. Sin embargo, el mismo Barberis opina que para buscar los principios generales del derecho aplicables al derecho internacional público, “Se han de tomar en cuenta principalmente aquellos órdenes jurídicos que, en la materia que interesa, aparecen como los más evolucionados”, lo que nos lleva, aunque si bien de manera selectiva, a establecer una distinción entre los diversos sistemas jurídicos nacionales, con lo que prácticamente permanecemos casi como al principio. J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, pp. 244 y 246.

A. Bleckmann, *Europarecht*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1990, p. 139.

J. Sloan, "General Assembly Resolutions Revised (Forty Years Later)", *The British Yearbook of International Law*, tomo 58, 1987, p. 80.

J. Barberis, *Formación del derecho internacional.*, pp. 221 y siguientes.

Ibidem, p. 250.

Ibidem, p. 140.

Loc. cit.

W. Graf Vitzthum, "Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts", en W. Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1997, p. 91.

A. Bleckmann, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, pp. 141 y 142.

Enrique Linde Paniagua, "Sistema de Fuentes del Derecho de la Unión Europea", en Enrique Linde Paniagua y otros, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2000, p. 389.

A. Bleckmann, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, p. 149.

Ibidem, p. 148.

Ibidem, p. 150.

E. Linde Paniagua, "Sistema de Fuentes del Derecho de la Unión Europea", p. 387.

En la sentencia del caso Internationale Handelsgesellschaft GmbH, 11/70, el Tribunal de Justicia sostuvo: "el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho cuya observancia asegura el tribunal de Justicia."

J. Esser, "Rezension der Habilitation von Arthur Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber", en: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 18, 1953, p. 173.

Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Peral Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1986, capítulo VII, p. 351.

C. Bittner, *Recht als interpretative Praxis*, Walter de Gruyter, Berlín, 1988, p. 38.

F. Zeller, *Auslegung von Gesetz und Vertrag*, Habilitation, Zurich, 1989, p. 485.

K. Günther, "Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation", en: *Rechtstheorie*, Vol. 20, 1989, p. 163.

Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 286

Ibidem, p. 287.

Manuel Atienza, "Algunas tesis sobre la analogía en el derecho", en: DOXA, Núm. 2,

1985, p. 224.

Christian Plantin, *La argumentación* (trad. Amparo Tusón Valls), Ariel, Barcelona, 2002, p. 77.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica* (trad. J. C. Gardella), Temis, Bogotá, 1990, p. 154.

Christian Plantin, *La argumentación*, p. 81.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 140.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 141.

Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1982, p. 100.

Christian Plantin, *La argumentación*, p. 79.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 183.

Ibidem, p. 186.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 195.

Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 188.

Ibidem, p. 193.

⁸⁴ Jorge Albaladejo, *Derecho Civil*, p. 165.

⁸⁵ Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 326.

⁸⁶ *Zicherman v. Korean Air*, 489, U.S. 353, 365-366.

⁸⁷ RGZ 128, 111.

⁸⁸ Véanse SS 25 febrero 1943 (RJ 1943, 140) y 14 octubre 1965 (RJ 1965, 4441).

⁸⁹ BGH LM, 3, art. 133.

⁹⁰ Peter Rausch, *Juristische Methoden*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 145.

⁹¹ *Ibidem*, p. 146.

⁹² Félix Pérez Algar, *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del artículo 3.1 del Código civil*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 197.

⁹³ Jorge Albaladejo, *Derecho Civil*, p. 166.

⁹⁴ Dieter Schmalz, *Methodenlehre*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 97.

⁹⁵ Segunda Corintios 3: 5,6.

⁹⁶ Félix Pérez Algar, *La interpretación histórica de las normas jurídicas*, p. 118.

⁹⁷ B. Beutler y otros, *Die europäische Gemeinschaft-Rechtsordnung und Politik*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p. 224.

⁹⁸ *Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 331.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Dieter Schmalz, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 100.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ BVerfG, E, 34, 288 y siguientes.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁵ B. Beutler y otros, *Die europäische Gemeinschaft-Rechtsordnung und Politik*, p. 224; 9/70, Grad, Slg. 1970, pp. 825, 838; 41/74, Van Duyn, Slg. 1974, pp. 1337, 1348; 70/72, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1973, pp. 813, 829.

¹⁰⁶ "Looking for a family resemblance: the limits of the functional approach to the legal definition of family", en: *Harvard Law Review*, Núm. 104, 1990-1991, pp. 1640-1659.

¹⁰⁷ 552 N.Y.S. 2d, p. 324. Sin embargo, no deja de haber tribunales que rechazan tal vínculo familiar funcional, precisando que cualquier cambio en el tipo de relaciones familiares que la ley protege debería venir de la legislatura y no de las Cortes.

¹⁰⁸ Hans-Joachim Rudolph, "Auslegung der Strafgesetze", en: Gerhard Ulsamer (comp.), *Lexikon des Rechts*,

- Strafrecht Strafverfahrensrecht*, C. H. Beck, Munich, 1983, p. 37.
- 109 *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, tomo XVIII, p. 116.
- 110 310, U.S. 534 (1940).
- 111 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 302.
- 112 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, p. 96.
- 113 Una excepción la constituye el derecho internacional público, pues aquí “La posibilidad de que la jurisprudencia cree la norma internacional entraría en colisión con el consensualismo que inspira este ordenamiento jurídico... el juez internacional busca la norma pero no la crea”. Véase al respecto Antonio Remiro Brotons, *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 328 y 329.
- 114 Aleksander Peczenik, “Acerca de los precedentes vinculantes de facto”, en: *Derecho y razón* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Fontamara, México, 2000, p. 58.
- 115 872 F. 2d 874, 880.
- 116 41 U.S. 367, 1842.
- 117 1 W.L.R., 1234 (1966).
- 118 117 S. Ct. 1997, 138 L. Ed. 2d 391, 1997.
- 119 Edward Levi, *An introduction to legal reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago, 1949, p. 27.
- 120 (1942) Ch. 426.
- 121 (1946) A.C. 555.
- 122 *Warring, Westminster Bank v. Burton Butler* (1948) 1 Ch. 221.
- 123 Edward Levi, *An introduction to legal reasoning*, pp. 3 y 4.
- 124 *Ibidem*, p. 104.
- 125 Princeton University Press, Princeton, 1928, p. 29.
- 126 Rubro: FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, LA JURISPRUDENCIA POR CONTRADICCIÓN DE TESIS 40/97, SUSTENTADA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, NO TIENE LOS ALCANCES DE EXIMIR AL TRIBUNAL DE ALZADA DE CUMPLIR CON LA DEBIDA. Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XII, Diciembre de 2000, p. 1231, tesis III.2o.P.J/11, jurisprudencia, Penal. Registro IUS: 190790.
- 127 Véase tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito: rubro: JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES. Localización: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo xviii, Octubre de 2003, p. 1039, tesis ix.1o.71 K, aislada, Común.

6.5 La argumentación práctica general

La argumentación de razón práctica es la argumentación de tipo moral.¹²⁸ Este tipo de argumentación moral “constituye... el fundamento de la argumentación jurídica”.¹²⁹ Esto es consecuencia de una concepción ampliamente difundida en la teoría y la filosofía del derecho, según la cual “todo el derecho está incluido en la moral”.¹³⁰ Toda norma jurídica tiene su fundamento tanto formal como material y procedimental en una moral última. De esta forma,

los procedimientos regulan discursos jurídicos que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral; si ello es así, digo, cabe tomar en consideración una hipótesis que resulta obvia, a saber, que es posible la legitimidad a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales en el sentido de una racionalidad procedimental práctico-moral y se pongan en práctica de forma racional.¹³¹

La razón última del derecho es la razón práctica. Como señala Habermas: “Ésta exige que distingamos entre normas, principios justificatorios y procedimientos conforme a los cuales podemos examinar si las normas a la luz de los principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos”.¹³² Precisamente a esos principios justificatorios de razón práctica se les conoce en el derecho de los países neorrománicos como *principios generales del derecho*. De esta forma, la argumentación de razón práctica se lleva a cabo empleando los principios generales del derecho, por ser éstos los que incorporan las máximas éticas en que se fundamenta el derecho.

6.5.1 Los principios generales del derecho en la doctrina

Los principios generales del derecho son una fuente del derecho especial reconocida expresamente por la legislación de algunos de los sistemas jurídicos de la familia del derecho neorrománico o *Civil Law*. Fueron las reformas efectuadas en el continente europeo con el fin de laicizar el derecho privado, a las que se conoce como *movimiento codificador*,¹³³ las que obligaron a la existencia de fuentes del derecho subsidiarias de naturaleza no legislativa, dentro de las que los principios generales del derecho desempeñan un papel fundamental.

Las legislaciones propias del movimiento codificador, denominadas *códigos* o simplemente *leyes*, se diferencian de las anteriores compilaciones normativas por su sistema, por la abstracción y generalidad de sus disposiciones y por su idea de absoluta integridad. Esta última característica supone que no existe caso alguno que no pueda ser regulado por una norma general, abstracta y obligatoria perteneciente al sistema jurídico. Debido a que esto es un ideal que, en razón de que no existe legislador alguno que pudiera establecer un

supuesto para cualquier caso posible que en el futuro se pudiera presentar, jamás se podría realizar en las legislaciones históricamente vigentes para ser congruente con el principio de integridad, el sistema jurídico debe establecer los medios para permitirle al juez encontrar una norma de naturaleza supralegal y que a la vez resulte congruente con los fundamentos en que se inspira el ordenamiento jurídico positivo.¹³⁴

De esta forma, el principio de integridad se puede realizar en los sistemas jurídicos positivos, no obstante la existencia de lagunas del derecho, gracias a que se cuenta con instrumentos que posibilitan construir criterios de decisión jurídica para los casos en que el legislador no los previó. Y dichos instrumentos, para ser consistentes con el sistema legal y resultar congruentes con los principios de soberanía del legislador y de legitimidad democrática de la ley, en algunas legislaciones se encuentran reconocidos por las reglas legisladas del sistema jurídico positivo. En otros casos, en cambio, la compatibilidad de los mismos con la ley se logra por vía de los argumentos que justifican o motivan la sentencia.

En la doctrina y en la legislación se han planteado cuatro preguntas fundamentales sobre los principios generales del derecho: *a)* su denominación; *b)* su naturaleza; *c)* su clasificación y *d)* su función. Enseguida abordaremos cada una de dichas cuestiones.

Denominación de los principios generales del derecho

En la legislación comparada encontramos dos denominaciones para nuestro concepto: principios generales del derecho y principios del derecho natural. La primera denominación se emplea en las siguientes fuentes: art. 15 del Código Albertino de 1837, art. 3 del Código de Italia de 1865, art. 12.2 del Código Civil italiano de 1942, art. 6 del Código Civil español de 1889, art. 1.4° del Código Civil vigente de España, art. VIII del Código Civil de Perú, art. 16 del Código Civil vigente de Uruguay, art. 16 del Código Civil vigente de Argentina y, en México, los arts. 14, cuarto párrafo, de la Constitución, y 19, tanto del *Código Civil Federal* como del Distrito Federal.¹³⁵ En cambio, el art. 7 del Código Civil austriaco de 1812 se refirió a los “principios del Derecho natural”.¹³⁶ La diferencia radica en la orientación que inspiró a los diferentes legisladores: más positivista en el primer caso y más iusnaturalista en el segundo.

Naturaleza de los principios generales del derecho

Sobre cuál es la naturaleza de los principios generales del derecho, no ha sido posible alcanzar un consenso a lo largo de la historia. Al respecto, Vigo diferencia cinco diferentes concepciones de los principios generales del

derecho: a) positivistas, b) historicistas, c) científicistas, d) metapositivas y e) eclécticas.¹³⁷

a) La concepción dominante es la *positivista*. Según ésta, por los “principios generales del Derecho debe entenderse sólo los principios generales del sistema legal positivo (italiano, español, etc.), obtenidos por procesos de generalización creciente de los criterios que informan los distintos preceptos”. Carnelutti fue de la idea de que dichos principios son elementos implícitos en el derecho positivo y que al igual que el alcohol dentro del vino, los mismos son “el espíritu o la esencia de la ley”. García Máynez y Bobbio piensan que los principios generales del derecho sólo pueden ser tanto expresos o explícitos en las reglas legisladas, como no expresos o implícitos del sistema jurídico. Según ellos, otro tipo de principios externos al sistema jurídico no podrían valer como principios generales del derecho.¹³⁸

Los principios expresos se encuentran previstos en los textos normativos, tal como el del enriquecimiento ilícito o el relativo al cumplimiento de las obligaciones. Los principios implícitos, por su parte, sólo resultan accesibles mediante un procedimiento inductivo que a partir de reglas concretas permite alcanzar el espíritu del sistema.¹³⁹ Asimismo, Bobbio concluye que cuando la ley menciona los principios generales del derecho como método para colmar las lagunas de la ley, se refiere exclusivamente a los principios no expresos, pues cuando hay expresos no se puede hablar de lagunas y, en consecuencia, tampoco de métodos para llenarlas.¹⁴⁰

Por otra parte, la posición positivista concluye que, al igual que las reglas, los principios generales del derecho son auténticas normas jurídicas. Bobbio pensó así aplicando, en primer lugar, el mismo principio que inspira el argumento de la “falacia naturalista” que criticó David Hume:¹⁴¹ si mediante un procedimiento inductivo a partir de reglas jurídicas legisladas podemos inferir los principios generales del derecho, eso se debe a que éstos, al igual que aquéllas, son normas. Por otra parte, recurrió a la naturaleza de la función que ambas cumplen; en este caso, concluye que tanto las reglas como los principios son normas debido a que ambos cumplen la función de regular casos.¹⁴² La diferencia consiste en que en tanto los principios son normas que provienen más bien de la moral, las reglas son normas cuyo origen se encuentra en el trabajo legislativo.

Se estima que el derecho en el mundo occidental tiene una “razón jurídica de carácter universal”, que desde los romanos ha sido patrimonio universal de nuestra conciencia jurídica. Tres son los elementos que fundamentan dicha “razón jurídica universal”: i) las necesidades lógicas, ii) las exigencias de nuestro ser¹⁴³ y iii) la oportunidad o la utilidad para realizar los objetivos

que debe cumplir el derecho.¹⁴⁴ A partir de aquí se derivan máximas y principios que, si bien sólo son informadores de las leyes vigentes, ya habían sido expresados por los juristas romanos y han servido de fundamento a casi todos los legisladores de Occidente.¹⁴⁵ No obstante que este planteamiento positivista pueda sugerir una identificación entre los principios generales del derecho y una “razón jurídica natural”, se ha estimado que los elementos que resultan comunes para los diferentes sistemas jurídicos occidentales, para dar lugar a los principios generales del derecho deben haber sido recogidos de manera directa o indirecta por los sistemas jurídicos positivos de los diferentes Estados.

b) La posición *historicista*, que hoy se encuentra totalmente desterrada, identifica los principios generales del derecho con los “principios del Derecho romano”.¹⁴⁶ Esto se debió a la gran reputación que desde la época de la Recepción adquirió el derecho romano, que llegó incluso a ser calificado como “la razón escrita”.

c) Una posición que siempre ha resultado débil es la *científicista*. Según ésta, es a la ciencia del derecho a la que corresponde la construcción teórica de los principios generales del derecho.¹⁴⁷

d) La *posición metapositiva* incluye todas las posiciones que buscan el fundamento de los principios generales del derecho fuera del sistema jurídico positivo y sobre todo en el derecho natural. La posición de derecho natural tiene tres variantes: i) la posición neokantiana para la que los principios generales del derecho son máximas formales que adquieren la naturaleza de categorías de razón pura

—Recasens Siches—; ii) la corriente de los iusnaturalistas, quienes piensan que los principios generales del derecho son principios con un contenido concreto de un derecho natural inmutable —derecho natural clásico y Del Vecchio—¹⁴⁸ que se pueden captar mediante una intuición inmediata,¹⁴⁹ o bien, con un contenido variable —Stammler— o, incluso, con un contenido progresivo —Renard—; y iii) quienes los fundamentan en principios primogénitos del derecho, como la equidad —Cayón Peña— o en valores como la justicia, la libertad, la igualdad, la dignidad humana o “las normas de la carta constitucional que definen los derechos humanos y deberes de los ciudadanos”.¹⁵⁰

Cabe observar que la tesis del derecho natural debe resolver el problema de la consistencia entre las normas positivas y las del derecho natural. De otra forma las concurrencias normativas darían lugar a incertidumbres atentatorias contra el principio de seguridad jurídica. Por lo mismo, Del Vecchio asegura que existe una armonía o congruencia interna que resulta de una exigencia lógica del sistema que lleva a una consistencia lógica entre ambos complejos normativos y que elimina la posibilidad de

contradicciones entre sus disposiciones particulares. Sin embargo, como García Máynez observó, a diferencia del derecho positivo, el derecho natural y sus normas carecen de sistema debido a que sus reglas y principios no cuentan con uniformidad y una definición clara.¹⁵¹ Como bien señala dicho autor refiriéndose a los sistemas jurídico-positivos: “frente a este complejo unitario y sistemático no puede hablarse de otro igualmente unitario de normas de derecho natural, como tampoco puede hablarse de criterios inequívocos que permitan decidir, cada vez, qué principios integran ese orden”. De hecho existen concepciones del derecho natural diferentes y hasta contradictorias entre sí.¹⁵² En estas condiciones sería muy difícil alcanzar una coherencia lógica entre las normas del derecho natural y las de los sistemas jurídicos positivos.

- e) La posición *ecléctica* trata de conciliar la tesis positivista con la iusnaturalista y clasifica en dos niveles diferentes los principios generales del derecho. De acuerdo con lo anterior, cuando se habla que los principios generales del derecho son los correspondientes a un sistema legal positivo. Sin embargo, debe considerarse que no existe un sistema jurídico positivo que no se inspire en ciertos principios de justicia, de derecho natural o racional, los cuales deben realizarse en sociedades concretas e históricamente determinadas. Por esto, según esta corriente, para efectos prácticos, en la aplicación de los principios generales del derecho, más que una posición monista que niegue radicalmente el recurso a principios del derecho natural, se debe tratar de relacionar ambos complejos normativos y derivar del racional criterios aptos para servir como reglas positivas de decisión para casos prácticos.¹⁵³ Las teorías de Reale, Legaz y Lecambra, Goldschmit y Linares se encuentran en esta dirección.¹⁵⁴

Clasificación de los principios generales del derecho

En lo que se refiere a la clasificación de los principios generales del derecho, García Máynez señala que hay diversos criterios de clasificación. De esos distintos criterios destacaríamos cuatro: *a)* en sentido amplio, *b)* por la extensión de su ámbito, *c)* la función que cumplen y *d)* su fuente.

Cada uno se subdivide de la siguiente manera: en un sentido amplio se puede hablar de tres tipos de principios: *a)* de derecho substancial; *b)* de derecho procesal y *c)* de organización. En cuanto a la extensión del ámbito, existen cuatro tipos de principios: *a)* principios de un instituto; *b)* principios de una materia; *c)* principios de una rama jurídica y *d)* principios de todo un orden jurídico. Finalmente, respecto a la función que cumplen, podemos hablar también de cuatro tipos: *a)* interpretativa o hermenéutica; *b)* integradora; *c)* directiva y *d)* limitativa.¹⁵⁵ En lo que se refiere a su fuente, se podría distinguir entre principios legislados¹⁵⁶ y principios no legislados.

Función de los principios generales del derecho

En relación con las funciones que cumplen los principios generales del derecho, se identifican básicamente tres: *a)* como fundamento del sistema jurídico; en este caso funcionan como una fuente informadora o fundamentadora del sistema jurídico, como fuente de fuentes o como una superfuente; *b)* como función orientadora e integradora de la actividad interpretativa de los principios generales del derecho.¹⁵⁷ Es así como García Máynez opina que “cualquier principio general de carácter normativo, congruente con el ‘espíritu del sistema’ puede ser empleado con fines hermenéuticos o de integración”;¹⁵⁸ y *c)* los principios generales del derecho cumplen la función de una fuente del derecho y casi siempre de fuente supletoria o subsidiaria de la ley.¹⁵⁹

En este caso quedaría por determinar la jerarquía que les corresponde. Si consideramos los principios generales del derecho como una fuente subsidiaria de la ley, los mismos deberán cumplir ciertos requisitos previos a su aplicación. En primer término, se requiere corroborar por vía de interpretación del material legislativo que para el caso del que debe conocer el juez no existe norma legal aplicable. En segundo término, se deben ponderar los principios jurídicos que pudieran resultar aplicables para el efecto y, en caso de posible contradicción, decidir a cuál de ellos se le concede prioridad.

Finalmente, se deben concretar. Para ello, se debe derivar de la idea jurídica que incorpora el principio una hipótesis normativa y una consecuencia de derecho. Por último, se deberá adaptar el principio o los principios correspondientes a las necesidades del caso concreto.¹⁶⁰ Sin embargo, de la necesidad de concretar los principios no se debe inferir la posibilidad de conocerlos de manera deductiva, pues “el principio se aclara por sus concretizaciones y éstas por su unión perfecta con los principios”.¹⁶¹

6.5.2 Los principios generales del derecho en México

El cuarto párrafo del art. 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece 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.

El art. 19, tanto el del *Código Civil Federal* como el del *Código Civil para el Distrito Federal*, contiene una disposición que básicamente establece lo mismo que dicha norma constitucional. Del texto transcrito se desprenden dos características fundamentales para la aplicación de los principios generales del derecho en México. Por una parte, su ámbito material de validez se reduce a la materia civil. Por la otra, los mismos sólo deben aplicarse subsidiariamente en los casos en que de la letra o de la interpretación jurídica de la ley sea

imposible inferir un criterio de decisión.

En los precedentes judiciales mexicanos ha quedado testimonio de que los jueces realmente se valen de los principios generales del derecho para encontrar criterios de decisión con base en los cuales puedan resolver jurídicamente los casos que conocen. La Suprema Corte de Justicia ha entendido que los principios generales del derecho son sólo “los principios consignados en alguna de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del código fundamental del país, sino también las anteriores”.¹⁶² Con esto, nuestro máximo tribunal sigue la tendencia dominante en el sentido de considerar como principios generales a los del sistema legal positivo mexicano.¹⁶³

Asimismo, los precedentes judiciales han modificado el texto constitucional en dos aspectos básicos: en primer lugar, han ampliado el ámbito material de validez que establece la Constitución; en segundo, han reconocido que los mismos no sólo funcionan como fuente del derecho supletoria, sino también como un recurso en las actividades de interpretación de la ley. En lo que se refiere al primer aspecto, se ha estimado que la “operancia de estos principios en toda su extensión... no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional”.¹⁶⁴ De esta forma, los principios generales del derecho se han aplicado en procedimientos disciplinarios regulados por la *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos* y sustanciados ante autoridades administrativas.¹⁶⁵

De igual forma, en sus sentencias los tribunales federales mexicanos han reconocido que la función de los principios generales del derecho

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 están 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 la justicia de una comunidad.¹⁶⁶

Lo que en cambio queda descartado es la posibilidad de aplicar los principios generales del derecho en contra del texto expreso de la ley.¹⁶⁷

Cómo métodos para obtener los principios generales del derecho, la jurisprudencia mexicana identifica dos: la analogía y la inducción. De esta forma, la antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que por principios generales del derecho “se entienden aquellos que pueden desprenderse de otros argumentos legales para casos análogos”.¹⁶⁸ Antes, la misma Sala había sostenido que dichos principios “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 filosóficos jurídicos de generalización”.¹⁶⁹

A guisa de ejemplo de principios generales del derecho que los tribunales mexicanos efectivamente han aplicado como criterios de decisión en las controversias de que conocen encontramos el de economía procesal y el de celeridad del procedimiento¹⁷⁰ y la máxima según la cual “el que puede lo más puede lo menos”.¹⁷¹ Como un principio general del derecho más concreto encontramos el que en casos de divorcio, en relación con los alimentos, “debe conservarse subsistente el derecho del que los necesita”, no obstante que no haya cónyuge culpable, tal como es el caso de la causal de divorcio por la simple separación durante más de cierto tiempo.¹⁷² También se ha mencionado a la analogía como un principio general del derecho,¹⁷³ a la que asimismo se le ha reconocido, como ya hemos visto, el carácter de método para obtener los principios generales del derecho concretos. Sin embargo, también se encuentran tesis que diferencian entre los principios generales del derecho y la analogía como dos fuentes subsidiarias e independientes del derecho.¹⁷⁴

6.5.3 Los principios generales del derecho en el derecho internacional público

Según lo dispuesto por el art. 38, fracc. I, inc. c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, valen como fuente del derecho internacional público, “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.¹⁷⁵ Dentro del derecho internacional público los principios son verdaderas normas jurídicas que por su propia naturaleza no se diferencian de los otros tipos de normas de dicho sistema jurídico.¹⁷⁶ Con el intenso proceso de codificación de las normas del derecho internacional público realizado después de la Segunda Guerra Mundial, algunos principios generales del derecho han quedado integrados en el derecho de los tratados —sobre todo en materia de responsabilidad internacional—,¹⁷⁷ por lo que la importancia de los mismos como fuente autónoma del derecho internacional ha disminuido.

Respecto de su contenido, se puede mencionar que los principios generales del derecho provienen del derecho civil y del derecho procesal civil.¹⁷⁸ Dentro de dichos principios se cuentan algunas de las normas más importantes del derecho internacional público, como el de conducir las relaciones internacionales de buena fe, el principio de prescripción, el principio de *pacta sunt servanda* —a pesar de que a éste, por razones históricas y lógicas, se le suele reputar como parte del derecho de costumbre internacional—, o bien, algunas reglas de lógica jurídica, como el principio de *lex posterior derogat priori*.¹⁷⁹

La determinación sobre cuáles son los principios generales del derecho en el derecho internacional público se lleva a cabo mediante la comparación de los principios generales del derecho aceptados en los sistemas jurídicos nacionales más importantes —“civilizados”— de los diferentes miembros de la

comunidad internacional y que además resultan idóneos para su aplicación en el ámbito del derecho internacional público.¹⁸⁰ Se cuestiona si dicha limitación a favor de las “naciones civilizadas” no atenta contra el principio de igualdad soberana entre los Estados reconocido por el art. 2, Numeral 1, de la Carta de Naciones Unidas.¹⁸¹

Sin embargo, si bien el calificativo “civilizados” tiene por objeto establecer una distinción entre los diversos miembros de la comunidad internacional, la doctrina considera casi unánimemente que “nación civilizada” es todo Estado.¹⁸² Por otra parte, la calificación favorable de los sistemas jurídicos de las “naciones civilizadas”, más allá de una función discriminadora de los países económicamente menos desarrollados, cumple el propósito de limitar los sistemas jurídicos a ser comparados. Para el efecto, bastará comparar los ordenamientos de los sistemas jurídicos más representativos de las diferentes familias jurídicas —familia del derecho angloamericano, familia del derecho continental europeo, familia socialista, etcétera.¹⁸³

Resulta dudoso si se pueden deducir de las resoluciones que emiten las organizaciones internacionales principios generales del derecho propios del derecho internacional público. La posibilidad de inferir directamente de las relaciones internacionales dichos principios no parece contar con un fundamento sólido, debido a que dichas resoluciones no son obligatorias y de ellas no podrían desprenderse principios obligatorios. Al respecto se podrían limitar los efectos de las resoluciones en relación con los principios generales del derecho, señalando que dichas resoluciones producen efectos meramente declaratorios, o bien, que las mismas establecen las bases para el desarrollo futuro de auténticos principios generales del derecho.¹⁸⁴ Sin embargo, se debe señalar que las resoluciones, como por ejemplo las de la Organización de Naciones Unidas, más bien sirven para marcar el inicio de normas de costumbre internacional que para dar lugar a principios generales del derecho.

De esta forma, en la actualidad existe consenso en el derecho internacional público en que los principios generales del derecho son normas jurídicas —más concretamente de axiomas, postulados, máximas o generalizaciones, obtenidas a partir de las reglas del sistema evidentes pertenecientes al derecho nacional que han alcanzado un reconocimiento generalizado en un grupo importante de países y que se aplican en forma supletoria ante la ausencia de normas propias del derecho internacional público.¹⁸⁵

Es precisamente la supletoriedad de los principios generales del derecho la que les da un carácter de aplicación subsidiaria, de tal forma que sólo se pueda recurrir a los mismos para el caso de que no exista una norma de derecho internacional público perteneciente a otra de sus fuentes que resulte aplicable al caso en cuestión.¹⁸⁶

La aplicación de principios generales del derecho de los sistemas jurídicos

nacionales en el ámbito del derecho internacional público sólo es posible cuando la situación de intereses regulados resulta similar. Por lo mismo, en el derecho de los tratados sólo resulta relevante aplicar principios generales del derecho civil nacional, debido a que ambas ramas jurídicas regulan relaciones de coordinación de sus sujetos de derecho.¹⁸⁷

La dependencia de los principios generales del derecho internacional público de aquellos del derecho nacional de los Estados trae como consecuencia que los mismos muchas veces sean parte del derecho escrito más que máximas no escritas, como lo serían los principios generales del derecho nacional. De esta forma, se puede decir que los principios generales del derecho internacional público son derecho no escrito por el legislador internacional, a pesar de que en ocasiones los han formulado por escrito los legisladores nacionales.

Asimismo, debido a que el ámbito espacial de aplicación del derecho internacional público no es único, sino que más bien existe un ámbito universal y varios regionales, se puede hablar de la existencia de principios generales del derecho que aplican en el ámbito regional. En ese caso, dichos principios se deben inferir de los sistemas jurídicos nacionales de la región en cuestión.¹⁸⁸

Por último, cabe mencionar que la tesis según la cual los principios generales del derecho no constituyen una fuente especial del derecho internacional público, debido a que forman parte del derecho de costumbre internacional, resulta incorrecta. A diferencia del derecho de costumbre internacional, la validez de los principios generales del derecho no presupone una práctica. En efecto, la costumbre sólo puede ser creada y modificada por una práctica, lo cual no ocurre con los principios generales del derecho.¹⁸⁹

6.5.4 Los principios generales del derecho en el derecho comunitario

Los principios generales del derecho son de vital importancia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A diferencia del derecho internacional público, el derecho comunitario regula de una manera importante materias del ámbito interno de los Estados miembros y se aplica por los órganos jurídicos nacionales de manera directa a los ciudadanos europeos. De esta forma, debido a que el derecho comunitario regula relaciones de supra y subordinación, para realizar la comparación necesaria, a efecto de inferir los principios generales del derecho, resulta relevante el derecho público nacional de los países comunitarios.

Los principios generales del derecho se pueden considerar como parte del derecho comunitario debido a cuatro razones básicas: a) a que según lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 288 —antes 215— del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la responsabilidad extracontractual a

cargo de la Comunidad se establece de conformidad con los principios generales comunes de los sistemas jurídicos de los Estados miembros; b) a que, como parte del derecho internacional público, el derecho comunitario reconoce como fuente los principios generales del derecho regional europeo; c) debido a que el derecho comunitario regula de manera directa materias propias del derecho nacional, sobre todo de derecho administrativo, en donde los principios generales del derecho resultan de gran importancia como fuente del derecho; y d) porque el art. 220 —antes 164— del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea obliga al Tribunal de Justicia a respetar el derecho en la interpretación y aplicación de las disposiciones de dicho tratado.

Los principios generales del derecho desarrollados en la jurisprudencia europea a partir del derecho comparado han sido muy amplios. Se desarrollaron en primer lugar con base en el ejemplo de normas que regulan la revocación de resoluciones administrativas. El derecho de audiencia en procedimientos administrativos y el principio de prohibición de aplicación retroactiva de la ley también se derivaron de principios generales del derecho.¹⁹⁰ Dentro de los principios generales del derecho comunitario se cuentan asimismo una serie de “principios interpretativos materiales”, que aparecen en el proceso de aplicación de normas escritas y no tanto en su contenido mismo, como los principios de igualdad, cooperación, solidaridad, no discriminación, subsidiariedad, proporcionalidad y confianza legítima.¹⁹¹ También directamente de los principios de justicia, de la naturaleza de la cosa, del principio de Estado de derecho y del contexto de todas las disposiciones del Acuerdo fundacional de la Comunidad se han derivado principios generales del derecho.¹⁹²

En términos generales, los principios generales del derecho en el derecho comunitario no se desarrollan haciendo referencia expresa a las normas nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sí ha exigido que los principios generales del derecho que se apliquen en el derecho comunitario valgan de manera uniforme en todos y cada uno de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.¹⁹³

A diferencia del derecho internacional público y de los sistemas jurídicos nacionales, en donde los principios generales del derecho sólo tienen un valor de fuente del derecho subsidiaria, dentro del derecho comunitario los mismos carecen de un rango especial como fuente del derecho. De esta forma, se pueden cambiar los principios mediante normas de derecho secundario, aunque los principios generales del derecho derivados del principio del Estado de derecho y de la justicia son de superior jerarquía que las normas de derecho secundario.¹⁹⁴

A partir de la entrada en vigor de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, la importancia de los principios generales del derecho en el

derecho comunitario disminuyó significativamente. Antes de la entrada en vigor de dicha carta, el tribunal aseguró el respeto de los derechos fundamentales vía los principios generales del derecho.¹⁹⁵ En efecto, ante la falta de un catálogo de derechos fundamentales en el derecho originario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desarrolló una serie de principios de Estado de derecho como reglas generales del derecho comunitario a partir del derecho comparado.

6.5.5 La construcción de la regla con base en los principios generales del derecho

El art. 14 de la Constitución y el art. 19 tanto del *Código Civil Federal* como del *Código Civil para el Distrito Federal* le exigen al juez, a falta de ley, resolver “conforme a los principios generales del derecho”. De esta forma, la tarea del juez queda bien definida, mas no la forma de proceder para lograr el objetivo. La doctrina tradicional piensa que es mediante un procedimiento inductivo como se puede inferir un principio que una vez concretado en forma de una norma general y abstracta pueda ser aplicado como criterio de decisión al caso concreto.

Con la concepción tradicional, que ve a los principios generales del derecho como parte de un derecho objetivo previamente establecido, permanece en la penumbra la interrelación entre el caso concreto y el sistema jurídico objetivo. Los principios generales del derecho no son tan sólo máximas preconcebidas situadas al lado de las normas legales, sino que se derivan en gran medida de una consideración integral del material jurídico existente —normas, jurisprudencia, doctrina, etc.— en su relación con el caso concreto.

En lugar de hablar de la selección de los principios jurídicos aplicables a un caso, preferiríamos hablar de la construcción de los mismos, pues con esto se pone de manifiesto que el juez procede mediante un razonamiento en donde el material jurídico se interpreta a partir de los hechos y no deja de lado dichos hechos para interpretar en abstracto un principio a partir del cual los enjuicie. La aplicación del derecho como una forma de concretar la norma y la selección como construcción de los principios del derecho son, de esta forma, dos actividades cualitativamente iguales que sólo muestran diferencias de grado.

Como punto de partida de un legítimo desarrollo del derecho, cuando se trabaja con los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia señalan la existencia de una laguna de la ley. La teoría de las lagunas de la ley significa en este contexto que el juez que debe decidir con base en una interpretación del material jurídico relevante, no puede subsumir los hechos planteados bajo ninguna regla. Esto no constituye un acto cognitivo, sino por el contrario una decisión de voluntad, un acto volitivo del juez.¹⁹⁶ Esto significa que para un juez bien podría existir una laguna y para otro no.

La doctrina dominante sostiene que los principios generales del derecho son máximas o principios generales y abstractos que inspiran el orden jurídico positivo vigente. Se entiende, por una parte, que si los mismos se aplican a un caso concreto contribuirán al logro de la justicia en un caso concreto. Por otra parte, se pretende negarle al juez competencia para llevar a cabo una función de creador de una tercera fuente del derecho al lado de la legislativa y la de costumbre jurídica. Esta contradicción surge, en parte, debido al desconocimiento de la subjetividad judicial y, en parte, de la idea de que la justicia particular tiene que ser, de manera necesaria, arbitraria.

La teoría de la praxis interpretativa de Dworkin parte de un modelo que se puede denominar el *modelo de los principios*. Estos —“principios” y “directrices”— funcionan, dentro del modelo, como argumentos jurídicos, que hacen oscilar la decisión en una u otra dirección. El peso de los principios en la decisión sólo se puede determinar en el caso concreto. En este sentido, los principios son básicamente fundamentos de decisión. Dworkin atribuye a cada argumento jurídico la cualidad de principio, cuando el mismo viene como fundamento de justificación de la aplicación del material jurídico existente. Las reglas, en cambio, representan en el modelo de Dworkin argumentos jurídicos, que no deben ser ponderados en el caso concreto, sino que por sí mismas prevén una consecuencia jurídica concreta.

Si utilizamos los conceptos de Dworkin para entender el significado de los principios generales del derecho es posible realizar valiosas observaciones. Al juez, cuando no encuentre regla aplicable, le quedará encomendado, con base en los principios rectores del derecho y respetando los criterios de racionalidad jurídica, efectuar una valoración o ponderación definitiva para el caso concreto. Si a esta ponderación de principios le debe corresponder el valor y la fuerza de una norma general y abstracta, ello depende de la forma en que los jueces futuros lo acepten como precedente relevante para los casos que conozcan. Cuando emplee los principios generales del derecho, el juez escribirá un nuevo capítulo en la historia del derecho.¹⁹⁷

El juez deberá procurar una ponderación fundamentada de los principios para alcanzar una decisión que se obtenga con base en una interpretación del material jurídico existente. Al respecto, Dworkin llama la atención sobre la importancia de la experiencia judicial, que resulta fundamental para una adecuada formación de la teoría del derecho. El juez expande o contrae teorías para buscar la mejor interpretación de la práctica legal cuando se confronta con casos nuevos y difíciles. Él intentará decidir de manera consistente casos complejos con lo que le parezca la mejor interpretación del material jurídico existente.

El juez debe ver, en todo caso, el material jurídico considerado en su integridad como un conjunto coherente de principios. El derecho como una

unidad más o menos homogénea aparece en la teoría de Dworkin como una hipótesis fundamental de trabajo.¹⁹⁸

El proceso de construcción de principios generales del derecho, tal como se propone en la teoría de Dworkin, se caracteriza por una compleja interrelación entre la libertad judicial y el respeto a la ley. Libertad y obligación de respeto no aparecen más como autorización y límite, que de alguna forma se derivan del derecho positivo, sino más bien son consecuencia del proceso de construcción de la norma.

Una primera obligación se deriva de la diferencia gradual que existe entre la concreción de una norma y la construcción de la misma. Cuando el juez construye una norma cuyo fundamento son los principios generales del derecho, su obligación para motivar y justificarla será mayor si se le compara con los casos que debe resolver conforme a una regla legislada. Esto se debe a que él abandonará el campo de lo que resulta en mayor o menor medida derecho seguro, con lo que la justificación de su decisión dependerá de la calidad de sus argumentos jurídicos.

Las exigencias cualitativas de la fundamentación de sus decisiones resultan así más elevadas cuando se trabaja con principios generales del derecho que cuando se trata de la concreción de una norma legislada. Esto se debe a que el juez no sólo deberá llevar a cabo la ponderación de principios del derecho previa y perfectamente terminados, sino que también deberá desarrollarlos por medio de una actividad constructiva¹⁹⁹ en la que, dentro del material jurídico de toda una tradición y mediante un razonamiento tanto cognoscitivo —que se desarrolla en procesos lógicos jurídicamente reconocidos— como valorativo, con base en prejuicios ideológicos y éticos propios del derecho, de una época y de un país determinado, obtendrá los criterios de decisión adecuados a fin de resolver las controversias para las que no exista disposición legal establecida de forma previa por el legislador.

Íntimamente relacionada con la primera obligación se encuentra la exigencia de coherencia que constituye parte importante de la teoría de Dworkin. La exigencia de coherencia le otorga al sistema jurídico una dimensión que abarca más que la simple consistencia material interna o la libertad de contradicción entre los contenidos normativos.²⁰⁰ Dicho con mayor precisión: la exigencia de coherencia exige del juez que él, en su actividad decisoria, tome como base los principios políticos y morales que de acuerdo con su criterio jurídico reflejen de mejor manera al sistema jurídico considerado en su conjunto.

Con esto Dworkin coloca lo que en la hermenéutica jurídica se denomina la *precomprensión*, esto es, todos los prejuicios e instituciones que influyen en el proceso de concreción y construcción de normas, en un nivel articulado. El juez es exhortado a ser consciente de su precomprensión personal y para actuar racionalmente en consecuencia con la misma. De aquí se deriva también

una mayor obligación argumentativa y motivadora en las decisiones que se fundamenten en los principios generales del derecho.

Libre es el juez de utilizar los métodos que considere adecuados para desarrollar los principios jurídicos. Así, mientras use el material jurídico existente y emplee un razonamiento reconocido por el derecho, el juez puede utilizar sus capacidades creadoras con total libertad. La única condición consiste en que el ejercicio de dichas capacidades se pueda justificar con base en una argumentación material del sistema jurídico, esto es, con base en una motivación jurídica. La teoría del derecho resulta incapaz de detallar los pasos concretos que un juez debería seguir para construir sus principios jurídicos. Debido a que su fin no es tecnológico sino científico, la doctrina no puede convertirse en un recetario para llevar a cabo con éxito las actividades jurídicas.

El principio de coherencia de Dworkin vive en la complejidad de relaciones que el juez puede producir entre dos elementos fundamentales: los hechos y el material jurídico. Dworkin representa al derecho como una praxis que permanentemente se interpreta a sí misma, que se ocupa en forma crítica y constructiva del pasado para encontrar la mejor decisión para el presente y proyectarla hacia el futuro. Su modelo se construye con base en un trabajo de justificación completo que condiciona reflexiones de tipo moral, políticas y filosóficas. No obstante, el fin más importante es el descubrimiento de los principios válidos. Sin embargo, en el ámbito de los principios, la validez no depende de un acto de reconocimiento formal previo por parte de una autoridad competente, sino más bien de su racionalidad intrínseca y de su poder de convencimiento.

La praxis en el sentido de Dworkin no sólo incluye la ley y la jurisprudencia, sino también la ciencia jurídica. Ésta debería ser considerada entre los recursos para construir los principios generales del derecho aplicables a los casos concretos. Los recursos de la praxis interpretativa vendrían así a desmonopolizar la ley como la fuente del derecho por excelencia. De esta forma se abre el camino no sólo hacia la ciencia del derecho, sino también hacia la interdisciplinariedad. Una teoría del derecho no debería ser desarrollada sin consideración de los aspectos factuales que el derecho pretende regular.

6.6 La argumentación empírica

La argumentación empírica, o argumentación en materia de hechos, es la que se efectúa en relación con enunciados empíricos, esto es, con los enunciados que se refieren a los hechos que presuntamente han realizado los supuestos que las normas jurídicas establecen de manera general y abstracta como condición de las consecuencias de derecho. Si lo viéramos en el modelo del

silogismo jurídico, los enunciados de la premisa menor serían los enunciados empíricos cuya justificación se debe llevar a cabo mediante la argumentación empírica. “Así, algunas formas de argumentación presuponen enunciados sobre hechos singulares, sobre acciones concretas, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas” pasados, presentes o futuros. “En otros se requieren enunciados sobre regularidades de las ciencias naturales o de las ciencias sociales.”²⁰¹

La argumentación de tipo empírico regularmente exige una sustitución de la argumentación jurídica por argumentación técnica o científica, como puede ser la de la ingeniería, economía, psicología, medicina, química, etc. Esto se debe a que, en un mundo moderno altamente especializado, los conocimientos de las conductas o de los hechos se han convertido en objeto del análisis tecnológico y científico y escapan a una apreciación de mero sentido común que cualquier abogado o juez práctico pudiera dominar. Aquí se aplica una regla de transferencia, pues la argumentación meramente jurídica resulta incapaz para vérselas con las conductas o los hechos reales y requiere transformarse en argumentación tecnológica o científica. Aquí la cooperación interdisciplinaria se torna indispensable.

La argumentación de tipo empírico es la propia en la materia de las pruebas que las partes ofrecen para demostrar que sus pretensiones jurídicas se encuentran justificadas. Por eso, la misma resulta de vital importancia, pues en “numerosas controversias jurídicas la apreciación de los hechos juega el papel decisivo”. Esto no se debería exagerar pensando que “se puede reducir el discurso jurídico a un discurso empírico”,²⁰² pues la argumentación de los enunciados de la premisa mayor y de la conclusión del silogismo jurídico debe ser, en esencia, normativa.

6.7 Formas especiales de argumentos jurídicos

Las formas especiales de argumentos jurídicos son fórmulas o principios del razonamiento jurídico que han adquirido un reconocimiento en la praxis del derecho como argumentos idóneos, las que en ocasiones se utilizan de manera complementaria a otras formas de argumentación jurídica, tales como la argumentación interpretativa o la jurisprudencial y a veces de manera independiente a éstas.

No se puede decir nada definitivo sobre el número de formas especiales de argumentos jurídicos. Existen algunas reconocidas como válidas en todas o casi todas las ramas del derecho; otras, en cambio, valen sólo para ciertas ramas e incluso subramas del derecho. Aquí analizaremos exclusivamente las formas especiales de argumentos jurídicos más reconocidos para todo el derecho, esto es, la analogía, el argumento a contrario, el argumento al absurdo y el argumento de mayoría o *a fortiori*.

6.7.1 Analogía (*argumentum a simile* o *argumentum a pari*)

En el derecho, la analogía, a la que también se denomina *argumentum a simile* o *a pari*, se entiende como la aplicación de ciertas consecuencias de derecho previstas en una norma u orden jurídico para un supuesto determinado, a otros hechos diferentes a los previstos en dicho supuesto, con los que sin embargo existen semejanzas esenciales si se les compara con aquellos que caen bajo el supuesto regulado (*Ubi aedem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). La analogía en el derecho implica extender las consecuencias jurídicas previstas para una hipótesis normativa a hechos o actos que, si bien no caen en el supuesto previsto en dicha hipótesis, coinciden en todas las características fundamentales con aquellos que prevé dicho supuesto. La antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió con gran detalle y precisión las características del razonamiento analógico como sigue:

No. Registro: 240,634. Tesis aislada, Materia(s): Común, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 151-156, Cuarta Parte, Página: 218.

Genealogía: Informe 1981, Segunda Parte, Tercera Sala, Tesis 65, Página 63.

MÉTODO ANALÓGICO, APLICACIÓN DEL. DOS SON LAS CONDICIONES PARA LA APLICACIÓN DEL MÉTODO ANALÓGICO. En primer lugar, la falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto y, en segundo lugar, la igualdad esencial de los hechos, como en el caso en que la ley sí protege la posesión que el padre o la madre tiene de sus hijos legítimos, pero es omisa respecto a la posesión de los hijos naturales, no obstante que se trata de situaciones concretas esencialmente iguales "ubi eadem ratio, eadem dispositio". La Tercera Sala de la Suprema Corte considera que es jurídica la aplicación analógica de la ley en virtud de que lo establece y permite la propia Constitución de la República, excepto cuando se trata de disposiciones de carácter excepcional, o cuando la ley está redactada en forma numerativa, o de leyes penales; pues como es manifiestamente imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros, el legislador ha señalado las fuentes, a las cuales debe el juez acudir siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley; tales fuentes son, en primer término, la analogía, y después, cuando tampoco mediante ésta sea posible decidir, los principios generales de derecho. En efecto, mediante la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de los casos originalmente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquéllos, siempre que la ratio legis valga igualmente para unos y para los otros; por lo tanto, la analogía como método de interpretación o de autointegración es aceptada por nuestra legislación.

Amparo directo 1071/80. Mario Vidals Zenteno. 13 de julio de 1981. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Rodolfo Ortiz Jiménez.

Nota: En el Informe de 1981, la tesis aparece bajo el rubro "MÉTODO ANALÓGICO, CUANDO ES APLICABLE EL."

La argumentación por analogía implica un razonamiento inductivo que, partiendo de un supuesto particular, busca el principio general que lo inspira y que comparte con hechos o situaciones no previstos textualmente en la norma

particular, lo que justifica la aplicación de las consecuencias jurídicas de ésta a dichos hechos o situaciones no previstos. Esto permite "la innovación del sistema conservando su estructura".²⁰³ Como recurso argumentativo, la analogía en el derecho, al igual que en otras disciplinas, "desempeña un papel de primer plano en la producción y la justificación de las afirmaciones".²⁰⁴

El esquema silogístico del razonamiento analógico es el siguiente:²⁰⁵

Premisa mayor: *M* es *P*

Premisa menor: *S* es semejante a *M*

Conclusión: *S* es, entonces, *P*

El uso de los precedentes judiciales en el razonamiento judicial implica una reflexión analógica basada en las semejanzas y diferencias existentes entre el caso ya decidido en el pasado y el que está siendo objeto de análisis por parte del juzgador. El fundamento filosófico de este tipo de razonamiento en los precedentes judiciales es el principio de justicia formal, que implica que la ley se debe aplicar de igual forma para los casos del mismo género. Esto, en el derecho, se conoce también como *coherencia de las decisiones*.²⁰⁶

Se suele distinguir entre analogía legal y analogía jurídica.²⁰⁷ La primera busca la respuesta jurídica al problema no regulado en una ley, en una única disposición jurídica. En este caso el razonamiento por analogía desarrolla su función fundamental eliminando todos los elementos inesenciales del supuesto previsto en la disposición normativa, para que la misma pueda ser aplicada a casos que no caerían bajo el supuesto original. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia del derecho romano existía una antigua regla según la cual el propietario de un cuadrúpedo respondía mediante una *actio noxalis* de los daños que causara su animal; pues bien, esta regla se hacía extensiva a los daños causados por animales no cuadrúpedos. Otro ejemplo de este tipo de razonamiento analógico nos lo proporciona la jurisprudencia mexicana como sigue:

No. Registro: 912,986. Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Apéndice 2000*, Tomo IV, Civil, Jurisprudencia SCJN, Tesis: 44, Página: 34.

Genealogía: GACETA NÚMERO 32, OCTAVA ÉPOCA, TESIS 3a./J. 67 (NÚMERO OFICIAL 17/90), PÁGINA 17.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA, TOMO V, PRIMERA PARTE, PÁGINA 221.

APÉNDICE 95: TOMO IV, PRIMERA PARTE, TESIS 43, PÁGINA 28.

ALIMENTOS. SUBSISTE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRARLOS EN LOS DIVORCIOS EN QUE NO HAY CÓNYUGE CULPABLE, COMO OCURRE EN LA CAUSAL RELATIVA A LA SEPARACIÓN POR MÁS DE DOS AÑOS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN XVIII DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. La referida causal, a saber, la separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado, debe dar lugar a la obligación de suministrar alimentos pues si bien no existe disposición expresa en ese sentido ello se sigue al integrar la ley y al aplicarla analógicamente. En efecto, el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal adolece de una laguna, que debe integrarse conforme a las

normas fijadas por los artículos 19 de dicho ordenamiento y 14 de la Constitución General de la República. El vacío de la ley radica en la falta de regulación precisa y pormenorizada de la subsistencia de la obligación de los cónyuges de darse alimentos en el caso de que se disuelva el vínculo matrimonial por la causa de divorcio fijada en el artículo 267, fracción XVIII del código invocado para lo cual no se califica la culpabilidad o inocencia de los consortes, toda vez que la norma en comentario sólo prevé directamente las situaciones de divorcio necesario en las que se hace esa calificación y las de divorcio por mutuo consentimiento, sin que la antes especificada quede comprendida en esas categorías. Sin embargo, el principio general adoptado en esa ley respecto de los alimentos entre los cónyuges en caso de divorcio en general, consiste en que debe conservarse subsistente el derecho del que los necesita, si no ha sido declarado culpable de la disolución del vínculo, sujeto a las modalidades que exige la naturaleza jurídica de tal obligación en ese evento y a las circunstancias del caso, tales como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sin excluir de modo expreso el divorcio necesario fundado en la causal mencionada. De ello se infiere, considerando, además, que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición, que en la hipótesis de que se trata procede la condena al pago de alimentos en favor del cónyuge que los necesite y en contra del que tenga la posibilidad de darlos, tomando en cuenta las constancias de autos, la capacidad actual de los dos para trabajar y su situación económica, además de los elementos que deben tenerse presentes siempre que se va a decidir una controversia sobre alimentos, valorándolos cuidadosamente y en uso de un prudente arbitrio.

Octava Época: Contradicción de tesis 1/90. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de junio de 1990. Mayoría de tres votos contra uno de Ignacio Magaña Cárdenas. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Apéndice 1917-1995, Tomo IV, Primera Parte, Página 28, Tercera Sala, Tesis 43; véase la ejecutoria en la obra Jurisprudencia por Contradicción de Tesis, Octava Época, Tomo IV, Página 119.

La analogía jurídica se desarrolla a partir de un conjunto de reglas mediante el razonamiento inductivo en busca de los principios generales del derecho en que todas ellas se fundamentan y se aplica a hechos u actos que no se encuentran previstos por ninguna de las normas jurídicas implicadas.

La analogía es un procedimiento que se debe llevar a cabo con precaución y tacto, pues supone una ponderación del valor jurídico de los elementos de un supuesto jurídico. Cuando por vía del razonamiento analógico resulta necesario aplicar la norma a situaciones no previstas en ella, esto exige una consideración comparativa de la hipótesis prevista en la ley y de los hechos o situaciones no considerados en la misma. La conclusión de dicha consideración comparativa debe consistir en que las diferencias entre el supuesto jurídico regulado y la situación o hecho jurídico no previsto expresamente en el texto de la ley son inesenciales.²⁰⁸ Esto supone el uso de ciertos criterios lógicos y teleológicos que permitan establecer equivalencias válidas entre ambos tipos de casos. Debido a que la analogía supone una alteración del texto del

legislador, lo que estaría prohibido por el principio de legalidad, en cada caso se debería justificar suficientemente la aplicación analógica de la ley, con base en una regla de equivalencia.

La analogía se debe distinguir de una interpretación extensiva, toda vez que ésta amplifica hasta el máximo de sus posibilidades el significado que se le puede atribuir a un texto normativo, en tanto que la analogía consiste en un desarrollo del derecho que construye una solución, aunque en el sentido de la ley para un caso no previsto por ella. Así, en ciertos casos cabría la duda sobre si existe una interpretación extensiva o una aplicación por analogía de la ley.

No obstante que ni en el texto del art. 14 de la Constitución ni en el art. 19 del *Código Civil Federal* se prevé la analogía como método de aplicación del derecho, su uso en el derecho privado es algo que nadie discute. Se ha señalado que si bien el texto del art. 14 constitucional no establece de manera expresa que se pueda recurrir a la analogía a fin de construir una solución jurídica para resolver un caso no previsto expresamente por la ley, se debe considerar que el procedimiento por analogía se encuentra autorizado para los casos en que no existe ley aplicable, pues el mismo es uno de los más importantes principios generales del derecho a los que se refiere en forma textual el cuarto párrafo de dicha disposición constitucional.

Tanto en el *Código Civil Federal* como en el del Distrito Federal, la aplicación analógica de la ley se prevé expresamente para casos especiales en los arts. 1858, 2746, 2766 y 2825. Asimismo, se prevé la aplicación analógica de la ley en el art. 112 de la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* y en el art. 1° de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*. En cambio, una formulación general de la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el art. 17 de la *Ley Federal del Trabajo* como sigue:

Artículo 17. A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad.

En el derecho penal, en cambio, rige el principio de reserva o exclusividad —*nullum crimen, nulla poena sine lege*—, según el cual los tipos penales se encuentran enunciados exhaustivamente.²⁰⁹ Por esta razón, la analogía se encuentra prohibida para la integración de tipos penales. De esta forma, el tercer párrafo del art. 14 de la Constitución determina:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

La prohibición de aplicar el razonamiento por analogía en el derecho penal sólo vale para la integración de tipos penales, mas no para situaciones donde

se apliquen normas procesales. Así lo ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en uno de sus criterios, que enseguida se transcribe:

No. Registro: 312,731, Tesis aislada, Materia(s): Penal, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, XLII, Tesis Aislada, Página: 500.

APLICACIÓN DE LAS LEYES POR ANALOGÍA. Aunque el artículo 14 constitucional prohíbe imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, no prohíbe que se apliquen, por analogía, las leyes del procedimiento, en cuanto no establezcan pena.

Amparo penal directo 11443/32. Cárdenas Froylán L. 11 de septiembre de 1934. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tres son los casos en que las disposiciones legales no se pueden aplicar analógicamente. En primer lugar, cuando se trata de normas de excepción, esto es, de normas que dejan sin efectos otras de carácter general. A esto se debe lo que establece el art. 11 del *Código Civil Federal*:

Artículo 11. Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté especificado en las mismas leyes.

Como ejemplo de una regla de excepción podemos mencionar el art. 1910 del *Código Civil Federal*:

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La conducta que constituye la regla en dicha disposición y que es el presupuesto de la sanción consiste en actuar en forma ilícita o contra las buenas costumbres y como consecuencia de ésta ocasionar un daño. La conducta que regula la regla de excepción y que excluye la sanción, por su parte, consiste en que dicho daño se produzca a raíz de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Así, en la aplicación de esta norma de excepción no se podrían subsumir conductas análogas a la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La segunda excepción a la aplicación analógica de la ley se presenta cuando la disposición jurídica está redactada en forma limitativa. Un ejemplo de este caso es el art. 31 de la Constitución, que establece limitativamente las obligaciones de los mexicanos como sigue:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

- I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;
- II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la

disciplina militar;

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior; y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

El tercer caso corresponde a los tipos penales que ya se ha tratado con anterioridad.

No sólo las normas jurídicas legisladas se deben aplicar por analogía con las limitaciones y condicionantes señalados antes, sino también las normas jurisprudenciales son objeto de aplicación con base en el razonamiento analógico, tal como lo podemos apreciar en la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito:

No. Registro: 193,841, Jurisprudencia, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, IX, Junio de 1999, Tesis: VIII.2o. J/26, Página: 837.

ANALOGÍA, PROCEDE LA APLICACIÓN POR, DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Es infundado que las tesis o jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o sus Salas, no puedan ser aplicadas por analogía o equiparación, ya que el artículo 14 constitucional, únicamente lo prohíbe en relación a juicios del orden criminal, pero cuando el juzgador para la solución de un conflicto aplica por analogía o equiparación los razonamientos jurídicos que se contienen en una tesis o jurisprudencia, es procedente si el punto jurídico es exactamente igual en el caso a resolver que en la tesis, máxime que las características de la jurisprudencia son su generalidad, abstracción e impersonalidad del criterio jurídico que contiene.

Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Amparo en revisión 236/93. Comisariado Ejidal del Poblado J. Guadalupe Rodríguez, Municipio de Nazas, Durango. 2 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretario: Alberto Caldera Macías.

Amparo en revisión (improcedencia) 521/95. Sara Martha Ramos Aguirre. 7 de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretario: Hugo Arnoldo Aguilar Espinosa.

Amparo en revisión 431/97. Manuel Fernández Fernández. 15 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretario: Rodolfo Castro León.

Amparo directo 466/98. Laura Esther Pruneda Barrera. 18 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretaria: Martha Alejandra González Ramos.

Amparo en revisión 661/98. Ricardo Garduño González. 18 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretario: Rodolfo Castro León.

La argumentación analógica admite dos tipos de refutación: el uso abusivo de la misma, que le quita legitimidad y pertinencia a su uso —refutación sobre el fondo—; el ataque a la persona que hace valer la analogía, para demostrar que quien la usa no resulta consistente en su razonamiento

—refutación sobre la persona—.210 En la *refutación sobre el fondo* se debe demostrar la inexistencia de semejanzas esenciales o relevantes entre los hechos o las situaciones que se pretende equiparar mediante el razonamiento analógico. En la *refutación sobre la persona* se intenta demeritar el uso que un individuo hace del razonamiento analógico, al no aplicar correctamente las reglas de la semejanza e intentar comparar sobre bases falsas dos hechos o situaciones.

En el derecho la refutación del argumento de analogía se lleva a cabo regularmente mediante el argumento a contrario.

6.7.2 Argumento a contrario

El argumento a contrario es el razonamiento según el cual sólo procede la realización de las consecuencias jurídicas previstas en una norma cuando se cumplen todos y cada uno de los requisitos que se prevén en el supuesto como condición de la materialización de dichas consecuencias. Se llama a *contrario* este tipo de argumento debido a que se suele asegurar que si no se realizan todos y cada uno de los requisitos que se prevén como condición en la hipótesis normativa, entonces no tendrán lugar las consecuencias jurídicas establecidas en la norma —*Qui decit de uno, negat de altero*.

El esquema lógico del argumento a contrario se puede representar como sigue:

Me es P

Si no es M

S, entonces, no es P

La argumentación a contrario procede cuando los requisitos que establece la ley como condición del supuesto normativo resultan ser tanto necesarios como suficientes para la realización de las consecuencias de derecho.²¹¹ A esto se refiere la frase latina *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, según la cual “donde la ley no distingue no debemos distinguir”. También sirve para ilustrar la argumentación a contrario la frase romana *inclusio unius, exclusio alterius*, que significa que cuando la norma prevé expresamente un caso determinado, está dejando fuera de su ámbito de validez a los casos restantes.

Como ejemplo de normas que deben ser objeto de la argumentación a contrario podemos mencionar el art. 646 del *Código Civil Federal*, que dispone: “La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.” Pues bien, cumplir los 18 años es en este caso la condición suficiente y necesaria para adquirir la mayoría de edad, de manera que es una condición necesaria haber cumplido tales años y no se requiere más que eso —condición suficiente— para obtener el derecho a ser considerado mayor de edad. Así, esta norma se debería interpretar a contrario sensu, sosteniendo que todos aquellos que no hayan

cumplido 18 años no son mayores de edad.

Las normas de excepción y aquellas que utilizan expresiones especialmente estrictas exigen un razonamiento a contrario. Las expresiones “solamente”, “a menos que”, etc., señalan el carácter excepcional de una disposición jurídica. Las descripciones del supuesto normativo muy detalladas o específicas indican el planteamiento estricto del supuesto. Como un ejemplo de normas de excepción que requerirían interpretación a contrario podemos mencionar la segunda parte del art. 1910 del *Código Civil Federal* que transcribimos de nuevo:

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Como ejemplo de leyes de detalle o específicas podemos mencionar el art. 1929 del mismo *Código Civil Federal*:

Artículo 1929. El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare algunas de estas circunstancias:

I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario;

II. Que el animal fue provocado;

III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido;

IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor.

Asimismo, como ejemplos jurisprudenciales del argumento a contrario se pueden mencionar las dos siguientes tesis de los Tribunales Federales:

Registro IUS: 227081. Localización: Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, Página 313, aislada, Civil.

LESIÓN EN LOS CONTRATOS. LAS CAUSAS QUE LA ORIGINAN, NO PUEDEN EXTENDERSE POR ANALOGÍA A OTROS SUPUESTOS. Al artículo 14 del Código Civil de Aguascalientes, determina que procede la rescisión del contrato por lesión, cuando alguno, además de obtener un lucro excesivo, evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, explota de otro: a) la suma ignorancia; b) la notoria inexperiencia; o c) la extrema miseria. El precepto legal restringe su radio de acción a esas tres hipótesis, por lo que tiene el carácter de norma limitativa y en tales condiciones no es factible extender su aplicación por analogía a diversos supuestos, pues debe estimarse que el legislador se propuso darle un ámbito restringido a los casos concretos que regula, lo cual excluye la aplicación del numeral a situaciones análogas; en tal evento, el que resulta aplicable es el llamado argumento a contrario sensu, el cual opera en el sentido de que cuando la ley se refiere a uno o varios casos dados, se entienden excluidos los demás; conclusión a la que se llega, tomando en cuenta además que en materia de contratos existen reglas o principios generales, tales como el relativo a que la voluntad de la partes es la máxima ley de los contratos y el consistente en que las partes se comprometen según lo pactado, de donde se sigue que el citado numeral contiene una excepción a reglas generales, lo que excluye el uso del método analógico.

Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Precedentes: Amparo directo 699/89. Jorge Humberto Robles Vela. 11 de diciembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: Faustino Azpeitia Arellano.

Registro IUS: 344715. Localización: Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo C, p. 189, aislada, Civil.

USUFRUCTUARIO, DERECHO DEL TANTO DEL (LEGISLACIÓN DE SINALOA). El artículo 1003 del Código Civil del Estado de Sinaloa, establece que “El usufructuario goza del derecho del tanto. Es aplicable lo dispuesto por el artículo 971, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto”; y el artículo 971 del mismo código dispone que: “Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer uso del derecho del tanto. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el solo lapso del término se pierde el derecho. Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno”. Ahora bien, como en el primero de dichos artículos se expresa que es aplicable lo dispuesto en el segundo, en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto, razonando contrario sensu, se llega forzosamente a la conclusión de que en lo que no se refiere a esto, no es aplicable lo dispuesto en el artículo 971. Si la intención del legislador hubiera sido que este precepto se aplicara en todas sus prevenciones, en relación con el artículo 1003, se hubiera limitado a establecer en éste, que era aplicable lo dispuesto en aquél, lo que no hizo. Por otra parte, el argumento que se haga en el sentido de que el artículo 971 debe aplicarse en toda su amplitud, porque no se concibe que el legislador, habiendo establecido a favor del usufructuario y del copropietario el derecho del tanto, lo haya querido despojar de la sanción legal que acarrea la violación de tal derecho, no es atendible, ya que en el artículo 2187 del propio Código Civil, se sanciona la omisión en que incurre el dueño de la nuda propiedad, de una cosa, al no dar aviso de la venta de la misma, al usufructuario, sanción que consiste en el pago de daños y perjuicios, pero no en la nulidad de la venta.

Precedentes: Amparo civil directo 959/49. Pardo Serafina. 6 de abril de 1949. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Hilario Medina. Ponente: Carlos I. Meléndez.

Para establecer, en los casos en que no se trate de normas de excepción o de reglas de gran detalle y especificidad, si procede aplicar el razonamiento por analogía o a contrario, se debe considerar si los hechos caen en el círculo de semejanza de los requisitos previstos en el supuesto jurídico, en cuyo caso aplica la analogía, o si por el contrario, dicho círculo de semejanza no permite subsumir los hechos a enjuiciar, en cuyo caso se aplica el razonamiento a contrario.²¹²

Así, por ejemplo, ¿son los transexuales mujeres para los efectos legales? De esta forma, aplica el razonamiento por analogía si los transexuales pertenecen al círculo de semejanza del género femenino; pero si ellos no pertenecen a tal círculo de semejanza, aplica el argumento a contrario y, en consecuencia, debido a que dichas personas no cumplen todas las condiciones físicas de una mujer, no deberían gozar de los derechos que la ley prevé en favor de las mujeres. Es posible que en distintos tipos de juicios resulte que algunos jueces los consideren mujeres para ciertos efectos legales, en tanto que para otros

efectos no se les considere miembros del género femenino.

6.7.3 Argumento al absurdo (*reductio ad absurdum*)

Se habla del argumento al absurdo cuando se confirma la validez de una interpretación demostrando que otra posibilidad interpretativa resulta insensata debido a las consecuencias indeseadas que provoca. Esta argumentación cumple así una función teleológica al justificarse mediante su finalidad —evitar consecuencias indeseadas por el derecho.

Este tipo de argumento también se conoce desde la Antigüedad como *reducción al absurdo* —*reductio ad absurdum*— y utiliza un tipo de demostración indirecta mediante la cual se confirma la tesis propia evidenciando que “la proposición contradictoria de dicha tesis se encuentra en contradicción con otra que de antemano ha sido reconocida como verdadera”.²¹³ De esta forma, la argumentación de la reducción al absurdo cumple un fin lógico, al buscar que se observe la regla lógica de la no contradicción.

Enseguida se transcribe una tesis de la antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sirve como ejemplo de este tipo de argumento:

Registro IUS: 241328. Localización: Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 85, Cuarta Parte, Página 35, aislada, Civil.

Genealogía: Informe 1976, Segunda Parte, Tercera Parte, tesis 40, pág 41.

DIVORCIO, DELITO COMETIDO POR UNO DE LOS CÓNYUGES COMO CAUSAL DE, PREVISTA EN LA FRACCIÓN XIV DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El artículo 323 del Código Civil del Estado de Guanajuato, en su fracción XIV, señala como causal de divorcio lo siguiente: “Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que implique deshonra para el otro cónyuge o para sus hijos, por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años”. Ahora bien, esta Sala considera que, de acuerdo con los términos de la fracción inserta, es la sentencia ejecutoria que condena al cónyuge a una pena de prisión mayor de dos años, por la comisión del hecho ilícito que se le imputa, la que configura la causal de divorcio prevista en la aludida fracción, del artículo 323 del Código Civil, y no la simple realización de los hechos que constituyen la corporeidad del ilícito respectivo, pues la expresión “haber cometido un delito por el que se le imponga una pena de prisión mayor de dos años”, lógicamente implica en primer lugar la imposición de dicha pena, y en segundo lugar, que esa pena sea definitiva, es decir, que ya no pueda ser modificada o revocada, pues de otra manera se podía llegar al absurdo de que por hechos denunciados en contra de uno de los cónyuges que merecieran pena mayor de dos años, de los cuales es absuelto en última instancia, o sea, que por hechos que no llegó a cometer o de los cuales no fue responsable, se disolviera su matrimonio y hasta se le condenara a la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, lo que moral y legalmente es inadmisibles.

Precedentes: Amparo directo 5032/74. Consuelo Ugarte Manzur. 9 de enero de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario: Salvador Tejeda Cerda.

Nota: En el Informe de 1976, la tesis aparece bajo el rubro "DIVORCIO. CAUSAL DEL PREVISTA EN LA FRACCIÓN XIV DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)."

Como bien se puede apreciar en este ejemplo, se trata de demostrar que es incorrecta y absurda la propuesta interpretativa que plantea que, con una simple denuncia en contra de uno de los cónyuges sobre delitos que impliquen deshonra para el otro cónyuge o para sus hijos, y cuya pena privativa de la libertad pudiera exceder de dos años, bastaría para que procediera la causal de divorcio. Resulta insensata porque las consecuencias que se podrían generar con su aceptación, que consisten en autorizar con base en dicha causal el divorcio necesario aun en contra de alguien que no hubiere cometido un delito, serían totalmente inadmisibles por contrariar el texto expreso de la ley.

El respeto al texto de la ley es, en este caso, la tesis que de antemano e implícitamente fue admitida por la Tercera Sala como verdadera. Con esta descalificación de la propuesta interpretativa hecha valer se justifica la viabilidad de la interpretación que ha adoptado la referida Sala del máximo tribunal.

6.7.4 Argumento de mayoría de razón (*argumentum a fortiori*)

El argumento de mayoría de razón consiste en inferir desde la validez de una norma jurídica amplia prevista expresamente en la ley, la validez de otra norma jurídica menos amplia no prevista de manera expresa en la ley. Esto en razón de que "si tiene validez la norma jurídica más fuerte, con mayor razón debe tener validez la norma jurídica más débil".²¹⁴

Hay dos modalidades del argumento por mayoría de razón: el argumento *maiori ad minus* y el *minore ad maius*. El primero señala que la norma que autoriza lo más también autoriza lo menos. Enseguida ejemplificamos ese argumento con la transcripción de una tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en donde se utiliza este tipo de razonamiento:

Registro IUS: 184244. Localización: Novena Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVII, Mayo de 2003, p. 246, tesis 1a. XIX/2003, aislada, Común.

Número de tesis: 1a. XIX/2003

VOTO ACLARATORIO DE UN MAGISTRADO DE UN TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO. NO TIENE EFECTOS VINCULATORIOS, PUES NO RIGE EL SENTIDO DEL FALLO. De la interpretación armónica de los artículos 184, fracción II, de la Ley de Amparo y 35 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se desprende que si un Magistrado de un Tribunal Colegiado de Circuito puede disentir totalmente del criterio mayoritario de los demás Magistrados que integran el tribunal y emitir un voto particular, que se engrosa luego de los resolutive y de la declaratoria de votación de la sentencia, por mayoría de razón, puede emitir un voto aclaratorio, en el que, sin disentir totalmente del criterio mayoritario, exprese distintas

razones para resolver en el mismo sentido. Sin embargo, en uno y otro caso, dicho voto no tiene efectos vinculatorios, pues no rige el sentido del fallo, ya que como lo dispone el referido artículo 35 el voto particular se insertará al final de la ejecutoria respectiva, pero sólo si es presentado por el disidente dentro del plazo de cinco días siguientes a la fecha del acuerdo, lo que significa que, con el voto o sin él, lo que constituye la ejecutoria de amparo es la decisión mayoritaria que se plasma en la parte considerativa de la sentencia y en el punto resolutive regido por aquélla.

Precedentes: Amparo directo en revisión 1828/2002. Alejandro Roberto Cuevas Martínez. 12 de marzo de 2003. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

La segunda modalidad del argumento *a fortiori, minore ad maius*, permite extender la norma prohibitiva de determinados actos a aquellos otros que, con mayor razón, hay que prohibir también. Así, por ejemplo, si en una estación de ferrocarril se puede observar un anuncio que establece: "Prohibido abordar el ferrocarril con perros", dicha disposición, aplicada por mayoría de razón, prohíbe también abordar el ferrocarril a un pasajero que viene acompañado de un oso o de un tigre.

El argumento de mayoría supone la existencia de dos normas jurídicas, una de ellas, la de la validez más fuerte, se encuentra formulada expresamente en el texto legal; la otra, la de validez menos intensa, no se encuentra regulada por el texto de la ley y es producto de una construcción argumentativa, con base en la idea de que ésta es sólo una consecuencia lógica o teleológica de aquélla.²¹⁵ Lo que en este caso sea más o menos fuerte se mide por medio de una ponderación valorativa de la conexión entre supuesto jurídico y consecuencia de derecho.

El tercer párrafo del art. 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* precisa que, en el ámbito del derecho penal, no se pueden aplicar las penas previstas para un tipo delictivo por las normas penales, usando el razonamiento por mayoría de razón, a una conducta a la que la ley no reputa expresamente como delito.

¹²⁸ Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, UNAM, México, 2004, p. 149.

¹²⁹ Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 348.

¹³⁰ Víctor Pérez Valera, *Teoría del derecho*, Oxford University Press, México, 2009, p. 210.

¹³¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, p. 552.

¹³² *Ibidem*, pp. 551 y 589.

¹³³ La Constitución de Francia de 1791 previó la creación de una legislación civil unitaria para todo el territorio nacional. No fue sino hasta 1804 que quedó listo un código civil —*Code Civil des français*—. Al Código Civil siguieron el Código de Comercio, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales. En Alemania, el movimiento codificador inició casi un siglo después, con la puesta en vigor el 1° de enero de 1900 del Código Civil. Los códigos civiles de Francia y Alemania han sido el modelo de los códigos de casi todos los países de la familia de derecho neorrománico.

¹³⁴ G. del Vecchio y L. Recasens Siches, *Filosofía del Derecho*, tomo I, UTEHA, México, 1946, p. 298.

¹³⁵ Llama la atención que en el Código Civil del Estado de México de 2002, no obstante el mandato constitucional, se omite mencionar los Principios Generales del Derecho como método de integración de la ley. En cambio, en el art. 1.15 se establece que cuando no haya ley aplicable "la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse prejuicios y no del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre

- derechos iguales sobre la misma especie, se decidirá observando la mayor equidad”.
- 136 Precisa Del Vecchio que si en Italia no se utilizó el concepto de “principios de Derecho natural”, ello no implicó “una aversión substancial al concepto, sino que sólo tendía a obviar el peligro de una interpretación poco más precisa”. G. del Vecchio, *Los principios generales del Derecho* (trad. Juan Osorio Morales), Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, 1998, p. 39.
- 137 Rodolfo Vigo, *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 115.
- 138 Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1986, p. 318.
- 139 Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho* (trad. Eduardo Rozo Acuña), Temis, Colombia, 1987, pp. 239 y 240.
- 140 *Ibidem*, pp. 240 y 241.
- 141 La falacia naturalista que propuso Hume y que retomó Kelsen postula que es posible inferir un juicio del “deber ser” a partir de un juicio del “ser”. Esto se debe a que las reglas de la lógica no permiten deducir una conclusión que no esté ya contenida en las premisas.
- 142 Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho*, pp. 239 y 240.
- 143 G. del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, pp. 41 y 110.
- 144 C. Sforza, *Filosofía del Derecho* (trad. Marcelo Cheret), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 36.
- 145 Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, p. 315.
- 146 Entre los principios generales del derecho romano ocupan un lugar especial los denominados en latín *tria iuris praecepta*, que fueron enunciados por Ulpiano en sus *Institutiones* y que posteriormente fueron incorporados en el *Corpus Iuris Civile* (D.I, 1, 10, 1 y en I, 1, 1, 3 –*iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). Véase al respecto R. Jiménez Cano, “Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero3/pgd.htm> (09/06/2005).
- 147 Rodolfo Vigo, *Interpretación jurídica*, p. 115.
- 148 Este autor entendió que los principios generales del derecho son “el conjunto de aquellas máximas de sana moral que son por todos reconocidos”. G. del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, p. 40.
- 149 Eduardo García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México, 2002, p. 60.
- 150 G. Lumia, *Principios de teoría e ideología del Derecho* (trad. Alfonso Ruiz Miguel), Debate, Madrid, 1985, p. 85.
- 151 Eduardo García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, p. 68.
- 152 Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, pp. 317 y 318.
- 153 C. Sforza, *Filosofía del Derecho*, p. 35.
- 154 Rodolfo Vigo, *op. cit.*, p. 115.
- 155 Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, pp. 319 y 320.
- 156 Un ejemplo de principios legislados lo encontramos en el art. 89 del *Código de Comercio*, que textualmente establece: “Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa.”
- 157 De esta forma, el art. 1.4 del Código Civil español establece: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.”
- 158 Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, p. 316. De igual forma opina Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 470.
- 159 R. Jiménez Cano, “Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español”, p. 9.
- 160 *Ibidem*, p. 466.
- 161 *Ibidem*, p. 467.
- 162 *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLIII, p. 858.
- 163 Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.
- 164 Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: III, Segunda Parte-2, Página 573. También véase Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.
- 165 Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XV, Marzo de 2002, Tesis: 1.4o.A.340 A, Página: 1428 Materia: Administrativa, Tesis aislada.
- 166 Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: III Segunda Parte-2, Página 573. También véase Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.
- 167 Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: VII, Junio de 1998, Tesis: XI.3o.13 P, Página: 692.
- 168 Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo CXIX, Página 418.
- 169 Quinta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LV, Página 2642.
- 170 Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Parte VIII, Noviembre 1991, Página 145.
- 171 Instancia: Cuarta Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Parte: XIII, Quinta Parte, Página 245.
- 172 Octava Época, Tercera Sala, Apéndice 1917-2000, Tomo IV, Civil, Sección Jurisprudencia SCJN, Tesis 44, Página 34 (Contradicción de tesis 1/90).
- 173 Sexta Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Parte XV, Página 37.
- 174 Séptima Época, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 151-156, p. 218, Informe 1981, Segunda Parte, tercera Sala, Tesis 65, Página 63.
- 175 Al respecto véase E. de Wet, “Judicial reviews as an emerging general principle of law and its implications for the International Court of Justice”, en *Netherlands International Law Review*, Vol. 47, 2000, pp. 181 y ss.; J. Ellis, “The precautionary principle: from paradigm to rule of law”, en *International Law Forum*, Vol. 2, 2000, pp. 127 y ss.; W. Weiss, “Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts”, en *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 39, 2001, pp. 394 y ss., y K. Ambos, “General principles of criminal law in the Rome Statute”, en *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, pp. 1 y siguientes.
- 176 J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 1994, p. 234.
- 177 Se puede mencionar la responsabilidad civil objetiva en el derecho del mar o el principio de enriquecimiento sin causa.
- 178 J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, p. 242.
- 179 G. Mosler, “General principles of law”, en: Reinhardt Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment, 7 (1984), Berlin, pp. 89 y 92.
- 180 A. Bleckmann, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, A. Francke Verlag, Tübingen, 1978, pp. 26 y siguientes.
- 181 Ignaz Seidl-Hohenveldern, *Völkerrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia, 1992, p. 60; y O. Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, A. Francke Verlag, Tübingen, 1997, p. 224.
- 182 Julio Barberis establece que dicha distinción corresponde a una época ya superada del derecho internacional público en que se diferenciaba entre “los miembros de la comunidad internacional, originariamente formada sólo por las potencias cristianas de Europa, y los demás pueblos”. Sin embargo, el mismo Barberis opina que para buscar los principios generales del derecho aplicables al derecho internacional público, “Se han de tomar en cuenta principalmente aquellos órdenes jurídicos que, en la materia que interesa, aparecen como los más evolucionados”, lo que nos lleva, aunque si bien de manera selectiva, a establecer una distinción entre los diversos sistemas jurídicos nacionales, con lo que prácticamente permanecemos casi como al principio. J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, pp. 244 y 246.
- 183 A. Bleckmann, *Europarecht*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1990, p. 139.
- 184 J. Sloan, “General Assembly Resolutions Revised (Forty Years Later)”, *The British Yearbook of International Law*, tomo 58, 1987, p. 80.
- 185 J. Barberis, *Formación del derecho internacional*, pp. 221 y siguientes.
- 186 *Ibidem*, p. 250.
- 187 *Ibidem*, p. 140.
- 188 *Loc. cit.*
- 189 W. Graf Vitzthum, “Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts”, en W. Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1997, p. 91.
- 190 A. Bleckmann, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, pp. 141 y 142.
- 191 Enrique Linde Paniagua, “Sistema de Fuentes del Derecho de la Unión Europea”, en Enrique Linde Paniagua y otros, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2000, p. 389.
- 192 A. Bleckmann, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, p. 149.
- 193 *Ibidem*, p. 148.

- 194 *Ibidem*, p. 150.
- 195 E. Linde Paniagua, "Sistema de Fuentes del Derecho de la Unión Europea", p. 387. En la sentencia del caso Internationale Handelsgesellschaft GmbH, 11/70, el Tribunal de Justicia sostuvo: "el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho cuya observancia asegura el tribunal de justicia."
- 196 J. Esser, "Rezension der Habilitation von Arthur Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber", en: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 18, 1953, p. 173.
- 197 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Peral Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1986, capítulo VII, p. 351.
- 198 C. Bittner, *Recht als interpretative Praxis*, Walter de Gruyter, Berlín, 1988, p. 38.
- 199 F. Zeller, *Auslegung von Gesetz und Vertrag*, Habilitation, Zurich, 1989, p. 485.
- 200 K. Günther, "Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation", en: *Rechtstheorie*, Vol. 20, 1989, p. 163.
- 201 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 286.
- 202 *Ibidem*, p. 287.
- 203 Manuel Atienza, "Algunas tesis sobre la analogía en el derecho", en: DOXA, Núm. 2, 1985, p. 224.
- 204 Christian Plantin, *La argumentación* (trad. Amparo Tusón Valls), Ariel, Barcelona, 2002, p. 77.
- 205 Ulrich Klug, *Lógica jurídica* (trad. J. C. Gardella), Temis, Bogotá, 1990, p. 154.
- 206 Christian Plantin, *La argumentación*, p. 81.
-
- 207 Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 140.
- 208 Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 141.
- 209 Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1982, p. 100.
- 210 Christian Plantin, *La argumentación*, p. 79.
- 211 Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 183.
-
- 212 *Ibidem*, p. 186.
- 213 Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 195.
- 214 Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, p. 188.
- 215 *Ibidem*, p. 193.

Referencias

- Aarnio, Aulis, "Argumentation Theory-and beyond: some remarks on the rationality of legal justification", en *Rechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlín, vol. 14, 1983.
- _____, *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*, Thompson, Dordrecht, 1987.
- Albaladejo, Jorge, *Derecho Civil*, tomo I, volumen I, Aguilar, Barcelona, 1996.
- Alexy, Robert, "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation", en Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995.
- _____, "Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems", en *Rechtstheorie*, vol. 18, Duncker & Humblot, Berlín, 1987.
- _____, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica" (trad. Ernesto Garzón Valdés), en Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1998.
- _____, "Probleme der Diskurstheorie", en *Zeitschrift für philosophische Forschung*, vol. 43, 1989.
- _____, "Rechtssystem und praktische Vernunft", en *Rechtstheorie*, vol. 18, Duncker & Humblot, Berlín, 1987.
- _____, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" (trad. Manuel Atienza), en Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1998.
- _____, "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en Robert Alexy, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios* (trad. Carlos Bernal Pulido), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- _____, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986.
- _____, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991.
- _____, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", en *Rechtstheorie*, tomo 1, Duncker & Humblot, Berlín, 1979.
- Ambos, K., "General principles of criminal law in the Rome Statute", en *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999.
- Andruet, Armando, "El discurso forense: sus partes", en *El fenómeno jurídico*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003.
- Anónimo, "Looking for a family resemblance: the limits of the functional approach to the legal definition of family", en: *Harvard Law Review*, Núm. 104, 1990-1991.
- Antaki, Charles e Ivan Leudar, "Explaining in conversation: Towards an argument model", en *European Journal of Social Psychology*, vol. 22, 1992.
- Aquino, Tomás de, "Tratado de las cosas humanas", *Suma de Teología II*, 2ª. ed., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1989.
- Aristóteles, *Retórica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Atienza, Manuel, "Algunas tesis sobre la analogía en el derecho", en: *DOXA*, Núm. 2, 1985.
- _____, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001.
- _____, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- _____, *Las razones del derecho*, UNAM, México, 2004.
- Barberis, J., *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 1994.
- Belohlavek, Peter, "¿Que es la fundamentación?, el camino de la sinergia", libro electrónico, disponible en:
http://unicist.grupo-empresarios.com/es/da/what_is_foundation_es.pdf
- Beutler, B. y otros, *Die europäische Gemeinschaft –Rechtsordnung und Politik*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.
- Bleckmann, A., *Europarecht*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1990.
- _____, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts. Probleme der Rechtsquellenlehre im Völkerrecht*, A. Francke Verlag, Tübingen, 1978.
- Bobbio, Norberto, *Derecho y lógica* (trad. Alejandro Rossi), UNAM, México, 1965.
- _____, *Teoría general del Derecho* (trad. Eduardo Roza Acuña), Temis, Colombia, 1987.
- Brown, Penelope y Stephen C. Levinson, *Politeness. Some Universals in Language Usage*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.
- Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 1983.
- Cappelletti, Mauro, "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil" (trad. Raúl Brañes), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, Núm. 31-32, UNAM, México, enero-agosto de 1978.
- Cardozo, Nathan, *The Nature of the Judicial Process*, Princeton University Press, N. J., 1928.
- Cicerón, Marco Tulio, "De la invención retórica", *Obras completas*, tomo I, Ediciones Anaconda, Buenos Aires, 1946.
- _____, *De la invención retórica*, UNAM, México, 1997.
- Copi, Irving, *Lógica simbólica* (trad. Andrés Sestier), CECSA, México, 1985.
- Culler, Jonathan, "En defensa de la sobreinterpretación", en Umberto Eco, *Interpretación y sobreinterpretación* (trad. Juan Gabriel López Guix), Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- De Wet, E., "Judicial reviews as an emerging general principle of law and its implications for the International Court of Justice", en *Netherlands International Law Review*, vol. 47, 2000.
- Del Vecchio, G., *Los principios generales del derecho* (trad. Juan Osorio Morales), Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, 1998.
- _____ y L. Recasens Siches, *Filosofía del Derecho*, tomo I, UTEHA, México, 1946.
- Díez-Picazo, Luis, *El sentido histórico del derecho civil*, R.G.L.J., Madrid, 1959.
- Dworkin, Ronald, *La filosofía del derecho* (trad. Javier Sainz de los Terreros), Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- _____, "Law, philosophy and interpretation", en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 80, 1994.
- _____, "Law's Empire", Peral Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1986, capítulo VII.
- Duverger, Maurice, *Sociología de la política* (trad. José Acosta y Eliseo Aja), Ariel, Barcelona, 1983.

- Eco, Umberto, "Interpretación e historia", en: Umberto Eco, *Interpretación y sobreinterpretación* (trad. Juan Gabriel López Guix), Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- Ellis, J., "The precautionary principle: from paradigm to rule of law", en *International Law Forum*, vol. 2, 2000.
- Emge, Carl August, *Rechtsphilosophie*, Steiner Verlag, Múnich, 1995.
- English, Karl, "Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens", en Paulus von Bockelmann, Arthur Kaufmann y Ulrich Klug (comps.), *Beiträge zur Rechtstheorie*, Müller, Heidelberg, 1984.
- _____, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1989.
- Enos, Theresa, *Encyclopedia of Rhetoric and Composition. Communication from Ancient Times to the Information Age*, Garland, Nueva York, 1996.
- Esser, J., "Rezension der Habilitation von Arthur Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber", en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 18, 1953.
- Feteris, Eveline, *Fundamentals of legal argumentation: a survey of theories on the justification of judicial decisions*, Thompson, Dordrecht, 1999.
- Flores García, Fernando, "Acción", en: *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo I, Porrúa-UNAM, México, 2004.
- Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1939.
- Gadamer, Hans Georg, "Qué es la verdad", en: *Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a Verdad y método II* (trad. Manuel Olasagati), Ediciones Sígueme, Salamanca, 2002.
- _____, "Qué es la verdad", en: *Verdad y método II*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2002.
- _____, "Texto e interpretación", en: *Verdad y método II*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2002.
- _____, *Verdad y método* (trad. Ana Agud y Rafael de Aparicio), Ediciones Sígueme, Salamanca, 2001.
- García Máynez, Eduardo, "Discusión de algunas teorías recientes sobre la noción de orden jurídico", en Eduardo García Máynez, *Ensayos filosófico-jurídicos (1934-1979)*, UNAM, México, 1983.
- _____, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1986.
- _____, "Interpretación general e interpretación jurídica", en: *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo IX, Núms. 35-36, julio-diciembre de 1947.
- _____, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1980.
- _____, *Lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México, 2002.
- Geiger, Theodor, *Estudios de Sociología del Derecho* (trad. Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco), Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- Goodwin, Charles, "Audience diversity, participation and interpretation", en: *Text* 6/3 1990.
- Govier, Trudy, "Socrates' children. Thinking and knowing in the Western Tradition", en *Rhetorica*, vol. 8, 1990.
- Graf Vitzthum, W., "Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts", en W. Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1997.
- Grice, Paul Herbert, "Logic and conversation", en P. Cole y J. L. Morgan (eds.), *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, Kluwer Academic Publisher, Nueva York, 1975.
- Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. Marina Gazzón, Miguel Carbonell), Porrúa-UNAM, México, 2002.
- Gühnter, K., "Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation", en *Rechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlín, vol. 20, 1989.
- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.
- _____, *La lógica de las ciencias sociales* (trad. Manuel Jiménez Redondo), REI, México, 1993.
- _____, "Wahrheitstheorien", en H. Fahrenbach (comp.), *Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für Walter Schultz*, Seiz, Pfullingen, 1973.
- Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, Porrúa, México, 2007.
- Hart, H. L. A., *The concept of law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1997.
- Hauriou, André, "Recherches sur une problématique et une methodology applicables a l'analyse des institutions politiques", en: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Núm. 2, marzo-abril de 1971.
- Hegel, G. W. F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, tomo III (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- Heller, Hermann, *Teoría del Estado* (trad. Luis Tobio), Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
- Hohmann, Hanns, "Rhetoric and Dialectic. Some Historical and Legal perspectives", en Frans van Eemeren y Peter Houtlosser (eds.), *Dialectic and Rhetoric*, Kluwer Academic Publishers, Países Bajos, 2002.
- Hume, David, *Enquiry concerning the Human Understanding*, Oxford University Press, Oxford, 1975.
- Husserl, Edmund, *Logische Untersuchungen* (editora: Ursula Panzer), tomo segundo, primera parte, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1984.
- Iltting, Karl-Heinz, "Geltung als Konsens", en *Neue Hefte für Philosophie*, vol. 10, 1976.
- Jañez Barrio, Tarsicio, *Lógica jurídica*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 2003.
- Jiménez Cano, R., "Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español", <http://www.filosofiaderecho.com/rtdf/numero3/pgd.htm>
- Kaufmann, Arthur, "Gedanke zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik", en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. VI, UNAM, 1982.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), UNAM, México, 1982.
- Kimminich, O., *Einführung in das Völkerrecht*, A. Francke Verlag, Tübingen, 1997.
- Klug, Ulrich, *Lógica jurídica* (trad. J. C. Gardella), Temis, Bogotá, 1990.
- Labov, William, "Rules for ritual insults", en D. Sudnow (ed.), *Studies in social interaction*, Free Press, Nueva York, 1972.
- Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, tomo 1, vol. 1, Ariel, Barcelona, 1998.

- Laporta, Francisco, *El imperio de la ley, una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- Larenz, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1989.
- _____, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994.
- Lausberg, Heinrich, *Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1990.
- Levi, Edward, *An introduction to legal reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago, 1949.
- Linde Paniagua, Enrique, "Sistema de Fuentes del Derecho de la Unión Europea", en Enrique Linde Paniagua y otros, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, COLEX, Madrid, 2000.
- Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano* (trad. Luis Rodríguez Aranda), SARPE, Madrid, 1984.
- Luhmann, Niklas, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997.
- Lumia, G., *Principios de teoría e ideología del Derecho* (trad. Alfonso Ruiz Miguel), Debate, México, 1985.
- MacCormick, Neil, *Legal reasoning and the legal theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978.
- Marías, Julián, "La estructura dramática de la teoría filosófica", en *Symposium sobre la argumentación filosófica*, UNAM, México, 1963.
- Mora, Raúl, *Tras el símbolo literario*, Universidad Iberoamericana, Puebla, 2002.
- Mosler, G., "General principles of law", en: *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 2008.
- Nietzsche, Friedrich, *Escritos sobre retórica* (trad. Luis Enrique de Santiago Guervós), Trotta, Madrid, 2000.
- Otto, William, "Las siete artes libres", en *Enciclopedia católica* (trad. Lucía Lessam), <http://ec.aciprensa.com/a/artesliberales.htm>
- Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 8ª ed., Oxford University Press, México, 1999.
- Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1982.
- Pecenik, Aleksander, "Acerca de los precedentes vinculantes de facto", en: *Derecho y razón* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Fontamara, México, 2000.
- Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.
- _____, y Lucie Olbrechts Tyteca, *La nueva retórica: un tratado sobre la argumentación*, Gredos, Madrid, 1989.
- Pérez Algar, Félix, *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código civil*, Bosch, Barcelona, 1995.
- Pérez Valera, Víctor, *Teoría del derecho*, Oxford University Press, México, 2009.
- Plantin, Christian, *La argumentación* (trad. Amparo Tusón Valls), Ariel, Barcelona, 2002.
- Pujante, David, "Análisis del contenido del libro VIII", en *El hijo de la persuasión. Quintiliano y el estatuto retórico*, Instituto de Estudios Riojanos, Madrid, 1996, Colección Quintiliano de Retórica de la Comunicación.
- Quintiliano, Marco Fabio, *Institución oratoria*, Conaculta, México, 1999.
- Raisch, Peter, *Juristische Methoden*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.
- Raz, Joseph, "La intención en la interpretación", en: DOXA, vol. 20, 1997.
- Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- Reuter, Paul, *Introduction au droit des traités*, Genève/París, Presses Universitaires de France, Publication de l'Institut de Hautes Études Internationales, 1985.
- Ricouer, Paul, *Del texto a la acción, ensayos de hermenéutica II* (trad. Pablo Corona), Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- Rojas Amandi, Víctor, *Filosofía del Derecho*, Oxford University Press, México, 2000.
- _____, "La teoría de la argumentación jurídica, la versión de Robert Alexy", en: *Dereito, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 11, Núm. 1, 2002.
- _____, *Las fuentes del derecho en el sistema jurídico angloamericano*, Porrúa, México, 2005.
- Roldán Xopa, José, *Derecho administrativo*, Oxford University Press, México, 2008.
- Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1997.
- Rudolphi, Hans-Joachim, "Auslegung der Strafgesetze", en: *Lexikon des Rechts, Strafrecht Strafverfahrensrecht*, de Gerhard Ulsamer (comp.), C. H. Beck, München, 1988.
- Ruggiero, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil* (trad. Ramón Serrano y José Santa Cruz), Volumen Primero, Reus, Madrid, 1929.
- Schiffirin, David, "Jewish argument as sociability", en *Language in Society*, 1984, vol. 13.
- _____, "Everyday argument: The Organization of diversity in Talk", en T. van Dijk (ed.), *Handbook of Discourse analysis*, vol. 3, Academic Press, Londres, 1978.
- Schmalz, Dieter, *Methodenlehre*, Nomos, Baden Baden, 1998.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución* (trad. Francisco Ayala), Alianza, Madrid, 1992.
- Schneider, Jochen y Ulrich Schroth, "Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung", en Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer (comps.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Müller, Heidelberg, 1994.
- Schopenhauer, Arthur, *Dialéctica erística o El arte de tener razón, expuesta en 38 estratagemas* (trad. Luis Fernando Moreno Claros), Trotta, Madrid, 2007.
- Schwacke, P. y R. Uhlig, *Juristische Methodik*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia, 1985.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz, *Völkerrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1992.
- Sforza, C., *Filosofía del Derecho* (trad. Marcelo Cheret), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- Sloan, J., "General Assembly Resolutions Revised (Forty Years Later)", *The British Yearbook of International Law*, tomo 58, 1987.
- Tannen, Daniel, *Conversational style: Analyzing talk among friends*, Norwood, New Jersey, 1984.
- Toulmin, Stephen, *The uses of argument*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958.
- Ueding, Gert y Bernd Steinbrink, *Grundriss der Rhetorik. Geschichte, Technik, Methode*,

- Metzler, Stuttgart, 1986.
- _____, *Klassische Rhetorik*, Beck'sche Reihe, München, 2000.
- _____, *Moderne Rhetorik. Von der Aufklärung bis zur Gegenwart*, Beck'sche Reihe Wissen, München, 2000.
- Valdés, Raúl, "La interpretación como descubrimiento del sentido objetivo de las expresiones legales (tendencias objetivistas en la interpretación del derecho), en: *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, tomo IX, Núms. 35-36, julio-diciembre de 1947.
- Van Dijk, Thomas, *Ideology*, Sage, Londres, 1988.
- Van Eemeren, Frans, Robert Grootendorst y Tjark Krugier, *Handbook of Argumentation Theory*, Foris Publications, Dordrecht, 1997.
- Vázquez Armiño, Fernando y Arcelia Quintana Adriano, "Acción de Sociedades", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, tomo I, Porrúa-UNAM, México, 2004.
- Velasco Arroyo, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Viehweg, Thomas, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, C. F. Müller, München, 1953.
- Vigo, R., *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.
- Wank, Rolf, *Die Auslegung von Gesetzen*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1997.
- Weiss, W., "Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts", en *Archiv des Völkerrechts*, vol. 39, 2001.
- Zeller, F., *Auslegung von Gesetz und Vertrag*, Habilitation, Zurich, 1989.

Índice analítico

- Academia de Platón, 26
- Acción, 12, 13, 20
- Actitudes interpretativas, 166
- Actos jurídicos individualizados, 136
- Acuerdos generales, 126, 127
- Amenaza, 23, 31, 33
- Amplificación de la acusación, 63
- Analogía, 74, 103, 110, 252, 265-270
 - jurídica, 268, 269
 - legal, 268
 - razonamiento por, 268
- Argumentación, 12, 15, 17, 18, 20, 30, 58, 62, 141
 - actores de la, 25
 - científica, 20
 - común, 30
 - construcción de la, 25
 - de razón práctica, 157, 242
 - de tipo moral, 242
 - deductiva, 113
 - dogmática, 90, 97
 - empírica, 90, 92, 94, 157, 264, 265
 - en la retórica, 19
 - en materia de hechos, 158, 264
 - especializada, 30
 - esquema de, de Toulmin, 34, 35, 41
 - finés de la, 22
 - general práctica, 90, 106
 - genética, 92
 - hacia atrás, 19
 - hacia delante, 19
 - jurídica, 45, 52-54, 63, 66, 89, 157, 236, 265
 - jurídica especial, formas de, 103
 - lineal, cadena de, 38
 - modelo de, 34
 - moral, 242
 - normativa, 158
 - por analogía, 267
 - práctica general, 242
 - pretensión de validez de la, 37
 - semántica, 92
 - teleológica, 96
 - teoría de la, 15, 53
 - y demostración, 30
- Argumentador, 25
- Argumento(s), 1, 16, 17, 21, 23, 95
 - a contrario, 265, 274-275
 - ad hominem*, 31, 32
 - al absurdo, 265, 278
 - analógico, 104
 - aparentes, 32
 - comparativo, 93, 96
 - consecuencialistas, 56
 - de coherencia y coexistencia, 56
 - de intransferibilidad, 110
 - de la consecuencia, 110
 - de la disminución, 27
 - de mayoría o *a fortiori*, 265, 280, 282
 - de probabilidades, 28, 29
 - de tipo histórico, 92
 - de verdad, 26
 - del crecimiento, 27
 - del verdugo, 32
 - deductivos, 26
 - demostrativos, 28
 - empíricos, 28, 29
 - ético, 31, 33
 - formales, tipos de, 26
 - formas de los, 96
 - general práctico, 105
 - genético, 92, 96
 - histórico, 96
 - indirectos, 28
 - inductivos, 27
 - inválidos, 31
 - jurídicos, formas especiales de, 265
 - lógico, 26
 - maiori ad minus*, 281
 - minore ad maius*, 281-282
 - razonable, 84
 - semánticos, 91, 96
 - sistemático, 93, 96
 - teleológico, 93
- Argumentum*
 - a contrario*, 27
 - a fortiori*, 103, 104
 - a pari*, 265
 - a posteriori*, 27
 - a simile*, 265
 - ad absurdum*, 103, 105, 215
 - ad baculum*, 33
 - ad consequentiam*, 34
 - ad hominem*, 32
 - ad iudicium*, 33

ad personam, 32
e contrario, 103, 104, 110
ex consensu gentium, 33
ex silentio, 34
Ataque personal, 31, 32
Auditorio, 25
Autoridad
 actos de, 117, 156, 160
 motivaciones de la, 160
 persuasiva, 230
 validez del acto de la, 156
Axiomas, 47, 256
Bien común, 139, 140
Brevedad, 61
Buenas costumbres, 120, 129
Cálculo de costos, 27
Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, 259
Celeridad del procedimiento, 253
Ciencia jurídica, 264
Círculo hermenéutico, 52
Claridad, 61
Cláusulas generales, 120
Códigos, 243
Coherencia de las decisiones, 267
Competencias judiciales, 214
Comprensión, 163
Conclusión, 12, 20, 21, 24, 26, 59, 63, 73, 113, 115
Condición(es), 116
 excepcionales, 38
 necesaria, 275
 suficiente, 275
Conector, 21
Confirmación, 59, 62
Confutación, 59
Comiseración, 63
Consenso, 22
 posibilidad de, 58
Construcción de la argumentación, 25
 dialéctica, 25
 lineal, 25
Contexto
 horizontal, 227-228
 vertical, 227
Contraargumento(s), 62, 107
Contradiscurso, 24
Contrato(s), 127
 como fuente de obligaciones jurídicas, 127
Controversia, 234
Costumbre, 75, 127
 como fuente de las obligaciones, 127
 como fuente del derecho interno, 127
Creación de leyes, proceso para la, 124
Criterio(s), 225
 teleológico-objetivos, 93
Deducción, 48
 lógica, 116
Democracia, 137
Demostración, 30, 31, 59, 62
Derecho, 50, 52
 adjetivo, 136
 ciencia del, 221
 como sistema de normas, 72
 comunitario, 170, 257
 desarrollo del, 185
 fines más importantes del, 213
 fuentes del, 260
 internacional público, 253
 legitimidad del, 57
 natural clásico, 247
 natural inmutable, 247
 originario, 170
 sabiduría del, 223
 sustantivo, 136
Descalificación, 33
Descripción, 18
Dialéctica, 1-4, 9
Diálogo
 argumentativo, 23
 racional, 84
Dignidad humana, 137, 247
Discurso, 11, 21, 69
 análisis del, 23
 analítico-lingüístico, 83
 argumentativo, 23, 30
 deliberativo, 20
 empírico, 83
 estadios de la producción de un, 11
 estructura del, 20
 etapas en la producción de un, 20
 forense, 20
 ideal, 83-84
 jurídico, 57, 67, 70, 87, 106-111
 práctico, 67, 87, 110
 práctico general, 71, 106
 presupuestos de un, 58
 racional jurídico, 111

real, 83-84
 resultados del, 85
 retórico, 2
 sofisticado, 2
 teoría de las cuatro partes del, 12
 teoría del, 67-112
 teórico-discursivo, 83
 Disenso, 22
 Disonancia, 22
 Disposición, 12, 20
 Distinción
 de derecho, 232
 de hechos, 232
 Diversidad de posiciones, 59
 División, 59, 62
 Dogmática, 69
 jurídica, 157, 221
 jurídica, funciones de la, 98-100
 Economía procesal, 253
 Efecto(s)
 reales, 214
 útil, 215
 Elocución, 12, 20
 Empatía, 59
 Empiría, 90
 Enfoque(s)
 comprensivo, 66
 empírico, 66
 normativo, 22
 prescriptivo, 66
 Engaño, 33
 Entimema, 7
 Enumeración, 63
 Enunciado(s), 113, 161
 empíricos, 157, 264
 Epílogo, 63
 Equidad, 247
 Escuela
 de la exégesis, 45, 46
 de la evolución histórica, 45
 de la jurisprudencia de los intereses, 46
 de los Intereses de Heck, 208
 del derecho libre, 46
 del derecho natural, 47
 del derecho racional, 47
 Esperanza de sentido, 50
 Estado de derecho, 137
Ethos, 2, 7
 Exageración, 31
 Exordio, 59-60, 63
 Exposición, 59-60
 Expresión, 161
 Facultades implícitas, 215
 Falacia(s), 31, 33
 naturalista, 245
 Ficción legal, 132
 Figura(s), 12
 Frase del asesino, 31, 32
 Fuente(s)
 administrativas, 122
 del derecho, 46, 121, 122, 260
 delegadas, 122, 127
 directas, 122
 espontáneas, 122
 formales, 122
 formales del derecho, 117, 121-122
 heredadas, 122, 128
 históricas, 122
 indirectas, 122, 127
 judiciales, 122
 legisladas, 122
 reales, 122
 reales del derecho, 218
 Función
 de control, 98, 99
 de descarga, 98, 99
 de estabilización, 98
 de evolución, 98
 descriptiva-empírica, 97
 directiva, 249
 heurística, 98, 100
 integradora, 249
 interpretativa o hermenéutica,
 249
 limitativa, 249
 lógico-analítica, 97
 normativa-práctica, 97
 técnica, 98, 99
 Fundamentación, 113, 141-142
 causal, 141, 142
 cinco niveles de, 141
 conceptual, 141, 142
 conclusiva, 119
 de la decisión, 119
 descriptiva-analógica, 141
 empírica, 141

- en el derecho, 142
- esquema de, 118
- excesiva, 151
- explícita, 153
- formal, 119
- formalidades de la, 144
- implícita, 153
- jurídica, 143
- lógica, 141, 142
- Fundamento, 141
- Gorgias*, 7
- Gramática, 4, 9
 - de la argumentación jurídica, 95
- Habla, 162
- Hecho(s), 120
 - real, 120
- Hermenéutica, 7, 48-49
 - alegórica, 49
 - filológica, 49
 - jurídica, 45, 49, 51
 - teológica, 49
- Hipótesis
 - general, 88
 - normativa, 120, 266
- Horizonte de comprensión, 50
- Igualdad, 137, 247
 - social, 137
- Ilustración, 9
- Inducción, 252
- Inferencia, 116
- Insinuación, 60
- Insulto, 32
- Integración del derecho, 46
- Interdependencia, 68
- Interlocutor, 25, 32
- Interpretación, 45, 157, 161, 166, 207
 - auténtica, 174
 - cánones de la, 110
 - cognitiva, 171
 - concepto amplio de, 173
 - conforme, 195
 - de la ley, 167
 - de los textos, 161
 - doctrinal, 176
 - en contra del texto explícito de la ley, 189
 - escéptica, 171, 172
 - extensiva, 185
 - genética, 202

- gramatical, 181, 184, 190
- intermedia, 171, 172
- judicial, 175
- literal, 181, 187, 189, 192
- métodos de, 91
- objetiva, 49, 209
- objetivo de la, 167
- reglas y formas de la, 90
- restrictiva, 185
- semántica, 187
- sintáctica, 187, 188
- sistemática, 181, 192, 194, 201
- subjetiva, 49, 169, 170, 171, 209
- teleológica, 182, 208-209, 215
- teorías de la, 171
- Interpretación jurídica, 46, 160, 167, 171
 - conceptos restringido y amplio de, 172
 - fuentes de la, 174
 - métodos de, 176
 - regulación de los métodos de, 178
 - tipos de, 168
- Intérprete, 161, 165, 168
 - actividad del, 165
- Introducción, 12, 20
- Intuición inmediata, 247
- Invencción, 11, 12, 20
- Iusnaturalistas, corriente de los, 247
- Jueces, deber de los, 227
- Juicio
 - jurídico, 88
 - sin fundamento, 166
- Jurisprudencia, 157, 223, 233, 264
 - aplicación de la, 231
 - confirmatoria de la ley, 237
 - constitución de, 233-234
 - en el derecho mexicano, 233
 - interpretativa, 237
 - interrupción de la, 237
 - invocación de la, 241
 - modificación de la, 238-239
 - obligación de respetar la, 225
 - obligatoria, 234
 - organización de la, 239
 - publicación de la, 239, 240
 - supletoria, 237
- Justicia, 139, 178, 213, 247
- Justificación
 - de segundo nivel, 56

- deductiva, 56
- externa, 89, 113, 157
- interna, 88, 113, 157
- jurídica, 87-88
- Legislador
 - actual, 169
 - hipotético, 169
 - histórico, 169, 170
 - real, 169
- Legítima defensa, 42
- Lenguaje, 162
 - idea pragmática del, 162
 - uso del, 162
- Ley(es), 243, 264
 - administrativas, 209
 - aplicación analógica de la, 270, 271
 - desarrollo histórico de la, 218, 219
 - espíritu de la, 208
 - laguna de la, 260
 - objetivos de la, 167, 208
 - obligatoriedad de la, 206
 - prehistoria de la, 218
 - propósitos de la, 211
 - sentido de la, 206
 - significado de la, 167, 169
 - surgimiento histórico de la, 218
- Ley de paso, 24, 36
 - fundamentación de la, 38
- Libertad, 137, 247
 - judicial, 262
- Locutor, 25, 32
- Lógica, 1
 - formal, 48
 - jurídica, 45, 47, 48
 - matemática, 48
 - material, 48
 - silogística, 1
- Logos*, 2, 7
- Mandamiento(s)
 - de optimización, 72
 - definitivos, 72
- Materiales legislativos, 202, 205
- Máximas de realización, 83
- Memoria, 12, 13
- Memorización, 20
- Metáfora(s), 12

- Método(s)
 - comparado, 182, 186, 221
 - comparativo, 91, 220
 - de derecho comparado, 182, 219
 - económico, 182
 - evolutivo, 182
 - funciones y jerarquía de los, 220
 - genético, 91, 180, 182, 186, 203, 221
 - gramatical, 180, 202
 - histórico, 91, 182, 186, 205, 218, 220-221
 - normativo-analítico, 78
 - semántico, 91
 - sistemático, 91, 180, 183, 186, 192, 194, 197, 202, 220-221
 - sociológico, 182
 - teleológico, 91, 180, 183, 186, 213, 220-221
- Método de interpretación
 - el rol de los, 94
 - genético, 205, 207, 220
 - histórica, 218
 - literal, 182, 220-221
 - lógico-sistemático, 192
 - objetivo-teleológico, 208
 - subjetivo-genético, 202
 - teleológico, 217
- Modelo(s)
 - analíticos, 55
 - de justificación, 55-56
 - de los principios, 261
 - de principios puro, 76
 - de reglas, principios y procedimientos, 73, 78
 - de reglas puro, 73, 76
 - de reglas y principios, 73, 77
 - discursivos, 55
- Modo Bárbara, 118
- Modus ponens*, 116, 118
- Monólogo del argumentador, 24
- Motivación, 157-160
 - falta de, 159
 - indebida, 159-160
- Movimiento codificador, 243
 - francés, 45
- Mundo de vida, 57
- Narración, 12, 20, 59, 60, 61
- Norma(s), 128
 - anterior, 194
 - argumentativa, 22

concreción de una, 262
 construcción de la, 262
 de estatus, 129
 de excepción, 193, 272
 de menor jerarquía, 194
 de superior jerarquía, 194
 de supuestos claros, 172
 de supuestos dudosos, 172
 discursivas imposibles, 85
 discursivas necesarias, 85
 discursivas posibles, 85
 dispositivas, 129
 especial, 194
 general(es), 137, 193, 194
 imperativas, 129
 individual, 137
 jurisprudenciales, 273
 moral, 82
 posterior, 194
 prejudicial, 102
 Norma(s) jurídica(s)
 aclaratorias, 129
 como parte de un sistema, 133
 complementadoras, 129, 130
 completas, 129
 delimitadoras, 129
 estructura de las, 128
 incompletas, 129
 legisladas, 273
 remisivas, 132
 restrictivas, 130
Nullum crimen sine lege, 117
 Objeción, 24, 29, 30
 Obligación, 128
 Operadores
 limitantes, 38
 modales, 37
 Opinión
 concurrente, 230
 disidente, 230
 Oponente, 24, 25
 Oposición, 23-24
 Orador, 12
 Paralogismo, 31
 Partición, 59
 Pasión, 63
Pathos, 2, 7
 Patrística, 49
 Paz, 139, 140, 213
 Pensamiento mitológico, 7
 Peroración, 59, 63
 Persuasión, 1, 16, 22, 59
 extrínseca, 1, 7
 intrínseca, 1, 7
 Piedad, 63
 Portación, 65-66
 Praxis interpretativa, 264
 Precedente(s), 101
 derecho de los, 101
 desarrollo de los, 233
 fuerza jurídica del, 228
 judiciales, 100, 126, 224, 251, 267
 obligatoriedad del, 224, 226, 228-229
 Precomprensión, 165-166, 263
 Prejuicio(s), 166
 asimilados, 164
 carencia de, 84
 Premisa(s), 26, 113
 empíricas, 157
 mayor, 73, 116, 117
 menor, 73, 117
 subordinada, 116
 Principio(s), 68, 72, 137, 246, 261
 de cambio de roles, 82
 de coherencia de Dworkin, 263
 de confianza legítima, 258
 de consenso, 82
 de cooperación, 258
 de derecho procesal, 249
 de derecho substancial, 249
 de generalización, 82
 de igualdad, 258
 de integridad, 243
 de justicia, 258
 de la integridad del ordenamiento jurídico, 74
 de la naturaleza de la cosa, 258
 de la necesidad del agotamiento, 95
 de legalidad, 117, 144, 270
 de los sistemas jurídicos occidentales, 137
 de no discriminación, 258
 de organización, 249
 de prescripción, 254
 de proporcionalidad, 258
 de publicidad, 82
 de reserva o exclusividad, 271
 de solidaridad, 258

- de subsidiariedad, 258
- de todo un orden jurídico, 249
- de un instituto, 249
- de una materia, 249
- de una rama jurídica, 249
- de universalidad, 100, 110
- del derecho natural, 244
- del discurso general práctico, 110
- del Estado de derecho, 258
- interpretativos materiales, 258
- legislados, 249
- lex posteriori derogat priori*, 254
- no legislados, 249
- pacta sunt servanda*, 254
- Principios generales del derecho, 74, 75, 242, 244, 251
 - clasificación de los, 249
 - como fuente supletoria o subsidiaria de la ley, 250
 - como función orientadora e integradora, 250
 - como fundamento del sistema jurídico, 249
 - concepción científicista, 245, 247
 - concepción ecléctica, 245, 248
 - concepción historicista, 245, 246
 - concepción metapositiva, 245, 247
 - concepción positivista, 245
 - construcción de la regla con base en los, 259
 - denominación de los, 244
 - en el derecho comunitario, 257
 - en el derecho internacional público, 253
 - en México, 250, 251
 - expresos o explícitos, 245
 - función de los, 249, 252
 - naturaleza de los, 244
 - no expresos o implícitos, 245
 - supletoriedad de los, 256
- Problema, 23, 24
- Procedimiento(s), 68, 138
 - creación del derecho, 68
 - de autointegración, 74
 - de heterointegración, 74
 - de integración, 74
 - del discurso jurídico, 68
 - del discurso práctico general, 68
 - judicial, 68, 138
 - legislativo, 138
- Proemio, 59-60
- Proponente, 24, 25
- Proposición, 23, 24, 113, 115
 - molecular, 116
 - simple, 116
- Queja, 63
- Questio*, 58
- Racionalidad
 - aparente, 31, 33
 - jurídica, 66
- Razón
 - escrita, 247
 - jurídica natural, 246
 - jurídica universal, 246
 - práctica, 242
- Razonamiento
 - a contrario, 278
 - analógico, 266-267
 - deductivo, 114
 - inductivo, 228, 267
 - jurídico, 48, 54
 - por analogía, prohibición de aplicar el, 271
- Resumen, 63
- Reducción al absurdo, 279
- Reductio ad absurdum*, 278
- Refutación, 3, 20, 29, 59, 62, 274
 - argumentativa, 30
 - ataque a la persona que hace valer la analogía, 274
 - científica, 30
 - directa, 3
 - indirecta, 3
 - sobre el fondo, 274
 - sobre la persona, 274
 - uso abusivo de la, 274
- Regla(s), 68, 72, 135-136, 246, 261
 - de decisión, 135
 - de derecho, 56
 - de derecho positivo, 157
 - de excepción, 272
 - de la carga de la argumentación, 79, 81
 - de la prueba crítica del surgimiento del convencimiento normativo, 82
 - de las formas de los argumentos, 79, 81
 - de modificación, 135
 - de razón, 79, 81-82
 - de reconocimiento, 134, 135
 - de transferencia, 79, 83
 - del discurso, 79, 83, 87
 - de fundamento, 79, 80
 - fundamentales, 79
 - morales, 82-83

Reglamento(s), 125
 autónomos, 125
 heterónomos, 124
 Relación argumentativa, 21
 Renacimiento, 9
 Reprensión, 59
 Rétor, 2, 8, 12
 Retórica, 1-13
 argumentación en la, 19
 concepto de, 4
 del habla, 6
 general, 5
 géneros de la, 12
 historia de la, 6
 nueva, 7, 11, 52
 popular, 11
 práctica, 5
 tradicional, 11
 Seguridad jurídica, 139, 178
 Semántica, 162
 Sentencia, el valor de la, como fuente del derecho, 230
 Sentido, 161, 164
 Silogismo(s), 1, 115, 118, 121
 clásico, 35
 deductivo, 1
 formal, 113
 inductivo, 1
 jurídico, 88, 113, 115, 264
 tradicional, 35
 Símbolo(s), 161
 escritos, 161
 orales, 161
 Sistema(s) jurídico(s), 133, 138, 140
 estructura, 133
 fines, 133, 139
 neorrománico, 222
 organización, 133
 principios del, 137
 procedimientos del, 138
 reglas del, 134, 136
 valores fundamentales, 139
 Sobreinterpretación, 166-167, 171
 Sofisma, 31
 Subinterpretación, 166
 Subsumión, 120, 121
 Teoría
 de la argumentación jurídica, 66, 67, 107, 111
 de la coherencia, 31
 de la correspondencia, 31
 de la interpretación jurídica, 45
 de la justificación de las decisiones jurídicas, 55, 56
 de la justificación de las interpretaciones jurídicas, 55
 de la racionalidad práctica, 67
 de la transformación del derecho, 55, 56
 de la subsumión, 73
 de la verdad, 31
 de la verdad pragmática, 31
 del análisis económico del derecho, 215
 del consenso, 31
 del discurso, 67, 107, 112
 del discurso de Robert Alexy, 67
 del discurso jurídico general, 68
 del modelo discursivo,
 intermedia, 171
 objetiva, 169, 170
 pragmadialéctica de la argumentación jurídica, 55, 58
 procesal de la argumentación
 jurídica, 55
 subjética, 168
 Terceros interesados, 25
 Tesis, 16, 17, 21, 36
 contradicción de, 234
 Test de equivalencia funcional, 216
 Texto
 intención del, 166
 significado de un, 166
 Tópica, 1, 12, 26, 54
 Tratado(s), 124
 contrato, 124
 internacionales, 124
 ley, 124
 Tribunal(es)
 colegiados, decisiones de los, 230
 Colegiados de Circuito, 180, 187, 234
 de Justicia de las Comunidades
 Europeas, 170, 190, 257, 259
 Tropo(s), 12
 Validez
 criterios de, 89
 de la norma, 89
 Valor(es), 78
 de los precedentes, 90
 Verosimilitud, 61
 Violencia, ausencia de, 59, 84
 Voluntad del legislador, 92, 167, 168, 171, 203
 respeto a la, 178

