



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO

**LA JURISPRUDENCIA, ENTRE CONFLICTO NORMATIVO O COLISIÓN
DE PRINCIPIOS**

TESIS

PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:
ARTURO RAMÍREZ JUÁREZ

ASESORA DE TESIS:
DRA. ABRIL USCANGA BARRADAS
FACULTAD DE DERECHO

CIUDAD UNIVERSITARIA, OCTUBRE DE 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA

A Rocio Juárez Ortega, mi madre, gracias por todo el apoyo y el amor.

A mis abuelos Celsa y Tranquilino, In Memoriam.

A Margarita Juárez, siempre estaré agradecido, In Memoriam.

A Francisco Olivares, por siempre estar y acompañarme.

A Tranquilino Juárez, por ser una guía en la academia, In Memoriam.

A toda mi familia.

Al Juez Justo.

Agradecimientos

Agradezco encarecida y profundamente a la Universidad Nacional Autónoma de México por abrazarme y enseñarme a aprender y compartir, por incentivar el espíritu de investigación en cada uno de sus profesores y alumnos. Al final la verdad nos hará libres.

También agradezco a quienes fueron grandes pilares en la enseñanza durante dos años, con especial afecto agradezco la experiencia y conocimientos compartidos por: el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, el Dr. Manuel González Oropeza, la Dra. Carla Huerta Ochoa, el Dr. Juan Carlos Abreu y Abreu, el Dr. Jaime Cárdenas Gracia, por ser parteaguas en la formación de futuros juristas comprometidos con la academia y el cambio social, así como ser partícipes en generar mi interés para seguir profundizando dentro de la investigación jurídica, respecto al estudio de la Filosofía e Historia del Derecho.

Con especial afecto agradezco a la Dra. Abril Uscanga, por aceptar ser mi asesora, por su paciencia, disposición, apoyo, orientación y análisis en el desarrollo de la investigación. Estoy en deuda por sus atentas observaciones realizadas durante el desarrollo del trabajo y, expreso mi reconocimiento por el rigor científico, académico, profesional y, fraternal.

Por último, cabe agradecer a la Facultad de Derecho y al CONACyT por todo el apoyo brindado.

ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN.....	8
Capítulo I. Concepciones generales	14
1.1 Introducción al problema	15
1.1.1 ¿Qué está pasando con los jueces mexicanos y la ponderación?.....	15
1.1.2 ¿Qué alcance puede tener la ponderación a través de la jurisprudencia?	19
1.1.3 ¿Puede ser un problema normativo la jurisprudencia como resultado de una ponderación?.....	20
1.2 Conceptos relevantes.....	21
1.2.1 La jurisprudencia y sus diversas acepciones	21
1.2.2 Norma jurídica.....	27
1.2.3 Principios.....	33
1.2.4 Reglas	37
1.2.5 Ponderación	37
1.2.6 Subsunción.....	39
1.3 Aspectos históricos de la jurisprudencia en México	40
1.3.1 Surgimiento de la jurisprudencia mexicana.....	40
1.3.2 La importancia histórica en el sistema jurídico mexicano.....	43
1.4 Aspectos jurídicos relevantes.....	46
1.5 Principales teorías	49
Capítulo II. La jurisprudencia en México.....	52
2.1 La jurisprudencia en el sistema y orden jurídico	53
2.1.1 La jurisprudencia como fuente del derecho	59
2.1.2 La importancia de la jurisprudencia como fuente del derecho	62
2.2 Papel de la jurisprudencia	63
2.2.1 Función creacional de la jurisprudencia	65
2.2.2 ¿La jurisprudencia tiene un papel más amplio que sus tres funciones?	70
2.3 Formas de creación	70
2.3.1 Diversas formas de creación	70
2.3.2 Límites en su creación.....	74
2.3.3 Nuevas formas de creación	75
2.4 Forma de extinción	76
2.5 Reforma constitucional del 11 de marzo de 2021.....	77

2.5.1 Paso de la jurisprudencia a precedente judicial	77
2.5.2 Importancia del paso de jurisprudencia a precedente	79
2.5.3 Alcance que llega a tener el precedente judicial	79
2.5.4 Exclusividad de la Suprema Corte para dictar precedente	80
2.5.5 Crítica al precedente judicial.....	81
Capítulo III. Función judicial	84
3.1 Decisión Judicial	85
3.2 Teoría de la decisión judicial	88
3.2.1 El juez como aplicador y creador de derecho	92
3.2.2 Legitimidad de los jueces.....	96
3.2.3 La importancia en la decisión judicial	99
3.2.4 La ponderación en la decisión judicial.....	100
3.3 Justificación jurisdiccional	102
3.3.1 Formas de justificación por parte del juez	102
3.3.2 Factores que afectan la decisión del juez	107
3.4 Discrecionalidad Judicial	108
3.4.1 ¿En qué consiste la discrecionalidad judicial?.....	108
3.4.2 ¿Qué alcance debe de tener la discrecionalidad judicial?.....	111
3.4.3 ¿Existe un gobierno de los jueces?.....	112
3.4.4 ¿La discrecionalidad judicial puede afectar los principios de legalidad y seguridad jurídica?.....	114
3.4.5 La jurisprudencia como resultado de la discrecionalidad judicial y sus grados de afectación jurídica	120
Capítulo IV. Entre colisión de la ponderación o conflicto de la subsunción	122
4.1 Normas.....	123
4.1.1 Clasificación de normas.....	131
4.1.2 Existencia de normas implícitas	136
4.1.3 Conflictos normativos en el orden jurídico	138
4.1.4 La jurisprudencia como conflicto normativo	141
4.2 Antinomias y lagunas legales.....	143
4.2.1 Existencia de problemas jurídicos en las normas	143
4.2.2 Criterios de solución	152
4.2.3 La jurisprudencia como criterio de solución	159
4.3 Principios.....	161
4.3.1 Distinción entre principios y reglas	165

4.3.2 Crítica a los principios.....	170
4.3.3 Colisión de principios.....	173
4.3.4 La ponderación como solución de colisión de principios.....	175
4.3.5 Crítica a la ponderación como solución.....	183
4.3.6 Alcance que tiene la ponderación.....	188
CONCLUSIONES.....	191
Referencia de fuentes de información.....	198

TABLA DE ABREVIATURAS

CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

LA: Ley de Amparo

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación

CJF: Consejo de la Judicatura Federal

EUA: Estados Unidos de América

RAE: Real Academia de la Lengua Española

SJF: Semanario Judicial de la Federación

INTRODUCCIÓN

La Jurisprudencia, entre Conflicto Normativo o Colisión de Principios, es el tema de tesis que se presenta a este sínodo, siendo el resultado de una aventura de dos años en el Posgrado en Derecho de la UNAM, en la cual lo que se busca es dar respuesta a una de las tantas preguntas que se presentan en el mundo de la Filosofía del Derecho. Se plantea una perspectiva desde dos de las corrientes más importantes en la actualidad, el postpositivismo y el positivismo, en la cual se han venido desarrollando una gran cantidad de temas importantes como lo son, sobre reglas y principios, discrecionalidad judicial y, ponderación, a lo cual estudiamos la relación de estas figuras con la jurisprudencia.

La idea de realizar un estudio sobre esta problemática surgió en el aula, en la cual, debido a las diversas lecturas vertidas en diferentes materias, se llegó a delimitar un problema que se está presentando y, se puede llegar a presentar con mayor relevancia dentro del sistema jurídico debido a la gran cantidad de doctrina que se está aplicando en nuestro país, el problema que planteamos es sobre el uso del método ponderativo en las decisiones judiciales, como este uso puede llegar a verse afectado a través del uso de la jurisprudencia en los casos

Sin embargo, lamentablemente mucha de esta doctrina que se enseña en nuestro país, se suele llegar a mal aplicar, debido a la falta de entendimiento, o en la creencia de que es sencilla, en especial debido a una carencia de regulación. Este primer problema se está presentando actualmente, debido a la tendencia que se está empezando a dar en los juzgadores por ponderar, abusando de la expresión principios, con lo cual se puede llegar a satisfacer ciertos intereses particulares, sin un sustento filosófico, ético, ni rigor académico.

Otra problemática que observamos, es al momento de quedar establecidos estos principios en una jurisprudencia, ya que esta llega a tener el carácter de obligatoria para todos los órganos judiciales, tanto federales como locales, debido a esto, contrariaría la situación por la cual la ponderación es aplicada, debido a que la figura ponderativa en sus naturaleza se debe de aplicar a un caso en particular, sin embargo, al quedar plasmada en un criterio jurisprudencial, ya no estaría

atendiendo al caso para el cual fue utilizada, sino que debido a la característica de generalidad de la cual goza la jurisprudencia, adquiriría una aplicación más amplia, estableciendo así todos los casos análogos y, resolviendo en casos futuros de la misma manera, prevaleciendo un principio por encima del otro y, llegando a determinar únicamente una interpretación por parte de un tribunal o una sala.

Esto puede llegar a causar en gran medida una certeza para los juzgadores, así como para la población, ya que, se delimita el alcance o la forma de interpretación de cierto principio, sin embargo, atenta totalmente contra las características que revisten estos, así como a la forma de solucionar conflictos entre los mismos, por lo cual, simplemente se reducirían a reglas.

Debido a que, al momento de establecer jurisprudencia por parte de las Salas de la Corte o los Tribunales Colegiados, se puede caer en una contradicción entre los diferentes criterios que, lleguen a adoptar, nos podemos encontrar ante una situación que, un caso con rasgos similares, se presente en diferentes circuitos, por lo cual pueden resolver de diferente manera, creando así una contradicción de operadores deónticos, sobre lo que se debe de hacer o no hacer, respecto de un principio jurídico.

Es por eso que, se va a realizar un estudio sobre las formas de resolver las lagunas jurídicas, así como las antinomias jurídicas dentro de un sistema jurídico, a través de las formas clásicas de solución, para poder con posterioridad hacer el estudio respectivo de la forma de solución de conflictos entre principios.

La teoría actual considera que la colisión de principios se puede resolver a través de un método ponderativo, sin embargo, consideramos que, en aquellos casos en los cuales este método sea utilizado por parte de quien está facultado para emitir jurisprudencia, puede resultar grave, ya que, la jurisprudencia es una fuente del derecho, de las denominadas indirectas o coadyuvantes, sin embargo, en su naturaleza, se suele entender como una norma jurídica, debido a las característica que llega a revestir.

La jurisprudencia se puede dar a través de una acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional o, amparo en revisión, en el caso en que se considere un caso relevante, adquiriendo el carácter de obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, si una sala de la corte o un tribunal determina que un principio prevalece sobre otro, mientras que otro tribunal determina lo contrario, estableciendo en ambos casos jurisprudencia, daría lugar a que, la Suprema Corte resuelva sobre cuál de las dos interpretaciones debe de prevalecer o, incluso cabe la posibilidad de que ninguna de las dos prevalezca, sino que, se llegue a una interpretación diferente, sin embargo, debido a las características que revisten a la jurisprudencia, esa interpretación adquiere el carácter de obligatoria, en ese, sentido los demás órganos jurisdiccionales se deben de apegar a dicho criterio.

Por lo cual, primeramente, nos presentamos ante una situación donde los principios se van a ver determinados como reglas, dejando a un lado una de las características que los determinan como tal, como lo es dejarlos sin validez en razón de que, a través de la figura jurisprudencial, primaría en todos los casos un principio sobre el otro, yendo en contra de los postulados de las teorías principialistas.

En segundo lugar, se presentaría la situación de aquellos casos en los cuales exista una contradicción jurisprudencial, cuál sería el método a emplear, ya que, se podría optar por una ponderación, aunque, sería una ponderación sobre otra, no obstante, se entraría en la duda si, en realidad resulta ser una figura ponderativa ya que, no se estarían ponderando principios, sino criterios jurisprudenciales o, dicho de otra forma, se estarían ponderando reglas. Esto debido a que, los criterios jurisprudenciales son reglas debido a su naturaleza jurídica.

Lo anterior daría lugar a, preguntarnos si, los principios son reducibles a reglas y, de esta forma, cuando entren en conflicto, la forma más adecuada de resolverlos, sería con los criterios clásicos de solución, así mismo, al final de cuenta se estarían no ponderando, sino interpretando, de acuerdo a las posturas positivistas.

El desarrollo de la investigación resulta ser relevante debido a que es un tema que es objeto de diversos estudiosos del mundo jurídico y filosófico, además que, debido a la reforma constitucional que se presentó, la incorporación del precedente en nuestro sistema jurídico resulta ser una figura novedosa, la cual ha desencadenado ya en una gran cantidad de investigaciones y, que, al ser de nueva aplicación, nos empieza a generar una gran cantidad de preguntas. Así como la capacidad de los jueces para poder realizar funciones legislativas, lo cual ha desencadenado una gran cantidad de comentarios y argumentos, tanto a favor como en contra, sin embargo, si bien estos temas son coyunturales y, se tocan de una manera somera en el presente trabajo, no nos detenemos a estudiarlos como se debería ya que, se necesitaría una basta investigación.

Así mismo, lo que se pretende es, establecer un margen de alcance para los juzgadores, en cuanto a la utilización del método ponderativo y, determinar la forma de solución cuando se presente un conflicto jurisprudencia, cuando en estas se esté ante un conflicto entre derechos fundamentales.

También, lo que se busca a través de esta tesis es demostrar que la jurisprudencia puede ser el resultado de un método ponderativo, en el cual esto puede llegar a afectar la aplicación de las normas jurídicas, creando por ende un conflicto normativo o, denominado conflicto jurisprudencial.

Partimos de la hipótesis que, las tesis positivistas tienen cabida cuando este problema se presente, debido a las características que reviste a la jurisprudencia, estableciendo que, aún cuando se presenten conflictos entre principios, lo que se hace no es ponderar, sino simplemente interpretar.

En el presente trabajo se recurrió a los métodos analítico, deductivo, se organizó la información de una manera en la cual se desarrolla un análisis con orden lógico, partiendo de la generalidad hasta llegar a lo que queremos demostrar, la importancia y relevancia que ha tenido la jurisprudencia, así como su naturaleza jurídica.

Así también, las teorías que se utilizaron fueron esencialmente las del positivismo jurídico y la postpositivista. Respecto a la teoría postpositivista nos enfocamos al principal exponente de la teoría de la ponderación, Robert Alexy, la cual se utiliza para poder identificar la diferencia entre principios y normas, así como la forma de solución en los casos de conflicto entre principios, a través de la ponderación, estableciendo sus características y, la forma en la cual se debe de realizar.

En cuanto a la teoría positivista, utilizamos principalmente la de Juan Antonio García Amado, quien considera que la ponderación carece de autonomía, así mismo, al final de cuenta lo que realizan los juzgadores es simplemente la utilización del método interpretativo subsuntivo, aunque con un menor rigor argumentativo, determinando que, la solución de principios a través de la ponderación, no es una forma adecuada para poder realizar una distinción entre principios y reglas.

Aunado a lo anterior, recabamos las teorías críticas de Habermas y Moreso, quienes, de la misma forma, consideran que la ponderación no es un método viable en la solución de colisiones entre principios, debido a que, contienen diferentes fallas en su conformación.

Bajo esta tesitura, en el capítulo I, se va a empezar con el planteamiento del problema que nos conduce a la elaboración de la presente investigación, sobre la relación que se empieza a observar dentro de los tribunales, así como la importancia que ha tenido la figura de la ponderación en los mismos. También se estudiarán los conceptos relevantes que se utilizan dentro de la investigación.

Adicionalmente en el marco histórico estudiamos la relevancia de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico a través de los años. Así como las principales teorías que se utilizarán para poder llegar a comprobar nuestra hipótesis.

Dentro del segundo capítulo, nos enfocaremos en la pertenencia que tiene la jurisprudencia dentro del sistema jurídico, estableciendo sus funciones como fuente del derecho, para integrar, interpretar y crear normas jurídicas, esto con la finalidad

de coadyuvar al sistema jurídico. Así mismo, se estudiará su creación, modificación, extinción que demarca de acuerdo a la ley de amparo.

Respecto al capítulo tercero, estudiaremos la función judicial, dentro de la cual expondremos el desarrollo de la discrecionalidad judicial, su relación con la arbitrariedad judicial y, como se pueden llegar a ver afectados los principios de seguridad jurídica y legalidad, así como la forma en la cual se debe de justificar la decisión judicial por parte de los juzgadores. Así mismo, como la discrecionalidad judicial se ve reflejada en el actuar de los jueces al momento de establecer jurisprudencia, ya sea interpretando una disposición, colmando una laguna o, resolviendo algún criterio de contradicción entre normas.

Por último, en el capítulo cuarto, se va a analizar la distinción que existe entre reglas y principios, así como las formas de solución cuando se llega a presentar una distinción deóntica, determinando las formas clásicas de solución en caso de antinomias, también la solución que se da ante la existencia de lagunas jurídicas y, la forma que se ha considerado como más idónea para los denominados casos trágicos, donde llegan a colisionar principios. Refiriendo a su vez algunas de las críticas más importantes para considerar la no viabilidad del uso de la ponderación.

Capítulo I. Concepciones generales

1.1 Introducción al problema

1.1.1 ¿Qué está pasando con los jueces mexicanos y la ponderación?

En la década de los años 90 se expidieron nuevas constituciones en varios países de América Latina, en las cuales se introdujeron cartas de derechos fundamentales y se institucionalizaron sistemas de justicia constitucional concentrada. Por esta situación, los tribunales constitucionales, comenzaron a recurrir a metodologías de interpretación jurídica que han sido utilizadas en Norteamérica y en Europa, para lograr una interpretación de los derechos fundamentales.

La ponderación empezó como método de interpretación y aplicación del derecho, en la década de los veinte, en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. Aunque también la ponderación resulta ser un elemento del denominado principio de proporcionalidad, que es de procedencia alemana y es actualmente uno de los métodos que se está empezando a utilizar por parte de los tribunales latinoamericanos. Sirve como criterio para poder determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para los poderes públicos.¹

En América Latina, así como en México, a través del tiempo se ha tenido un pensamiento en el cual los aplicadores del derecho, se tienen que atener a lo que dicen las normas y únicamente en ciertos casos pueden ir más allá de lo que sus funciones establecen. Pero a partir de unos años han surgido teorías y diversas corrientes de pensamiento jurídico filosófico, una de estas es la figura de la ponderación; el cual resulta ser un método que muchos abogados, jueces, magistrados o ministros han empezado a utilizar para poder dar solución a las diferentes situaciones jurídicas que se les presentan.

Bernal Pulido, refiere que España ha sido un punto de referencia importante para la nueva forma de constitucionalismo en América Latina, ya que muchos países

¹ Bernal Pulido, Carlos, "La ponderación en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica", en *El Derecho Constitucional en la era de la Ponderación* T. Alexander Aleinikoff, Palestra, Lima, 2015, pp. 7 – 12.

en las décadas de los noventa y dos mil, han institucionalizado el Estado Constitucional Democrático. En especial han considerado como fundamental la tesis de Robert Alexy, en la cual determina que los derechos fundamentales son principios y estos son catalogados como mandatos de optimización, por lo cual dicha Teoría de los derechos fundamentales ha logrado posicionarse en los tribunales de América Latina.²

La ponderación se basa principalmente en una forma de aplicar principios jurídicos, así como en la utilización de una fórmula para poder preferir un derecho fundamental sobre otro, para que en consecuencia se logre una mayor eficacia a los derechos fundamentales que se hayan ponderado por encima de otros.

Todo este cambio de concebir una nueva forma de constitucionalismo, se deriva en gran parte del paso que se dio del denominado Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho. Ya que hablar de un Estado Constitucional de Derecho, nos estamos referimos a la existencia de mayores mecanismos de control constitucional, convencional, así como de protección de derechos humanos.

En México, se ha dado un proceso de transición jurídica hacia dicha forma de Estado, que, aunque se considera todavía inacabado y vacilante, ha superado el diseño institucional del siglo XX. Pasando de ser un país que se ha caracterizado por tradición del civil law, a experimentar un proceso de cambio hacia un derecho judicial, convirtiendo así al poder judicial, en especial al Tribunal Constitucional a tomar el papel de un actor político.³

Esto en gran medida le ha dado una gran facultad al poder judicial para poder ir más allá de lo que delimitan las leyes, esto se debe a que históricamente como menciona Jaime Cárdenas⁴, el poder judicial, tanto nacional como latinoamericano, ha desempeñado un papel poco relevante en la legitimidad democrática. Esto en

² Bernal Pulido, Carlos, Estudio Introdutorio en Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. XXXII – XXXIII.

³ Nieto Castillo, Santiago, *Jurisprudencia e Interpretación Jurídica en la Constitución Mexicana. Evolución e Implicaciones en la Cultura Jurídica Nacional* [en línea] <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/27630>> [consultada: 1 de febrero de 2022.]

⁴ Cárdena Gracia, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2019, p. 167.

razón de que durante los varios regímenes autoritarios que han tenido cabida en América Latina, los jueces han dejado de conocer y sancionar las violaciones a los derechos humanos, por lo cual, se ha causado un gran exceso por los otros órganos del Estado (ejecutivo y legislativo).

Aunque también es cierto, que todos estos males no pueden aquejar únicamente al poder judicial, sino que, algunos de estos problemas pueden tener relación con el tipo y carácter de la ciudadanía de nuestras sociedades.

Actualmente, esta forma está siendo muy utilizada y ha tenido mucho auge, en especial después de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos así, como en la materia de amparo, por lo cual existe una mayor libertad a los juzgadores de poder determinar la aplicación de principios, así como la relevancia que tuvo el expediente varios 912/2010.

Ante este cambio en la cultura jurídica que significan las transformaciones constitucionales anteriores entraña que algunos métodos y argumentos jurídicos, podrían cobrar en cuanto a su eficacia, una importancia mayor a la que tradicionalmente han tenido en la vida cotidiana de autoridades y jueces, así como en el empleo de los métodos y argumentos surgidos del derecho de los tratados.⁵

Sin embargo, de acuerdo a Jaime Cárdenas, esta figura de la ponderación se introdujo de una manera judicial y expresa, a partir de la resolución SUP-RAP 50/2001, que resolvió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso de Amigos de Fox.⁶

Mientras que Rodrigo Díez, nos refiere que el primer uso de este método, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue en el año del 2004, esto se da debido a la reforma constitucional que se dio en el año de 1994, en la cual, a la Suprema Corte, se le empieza a dar un papel más relevante como actor político del país. Ahora bien, es en el amparo en revisión 988/2004, resuelto por la primera sala de la Suprema Corte el 29 de septiembre, en el cual se planteó la inconstitucionalidad

⁵ Ibidem, p. 168.

⁶ Ibidem, p. 191.

de los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, relativo al otorgamiento de la libertad bajo caución tomando como parámetro el número de años fijados en la condena en lugar de atender si el delito era grave o no.⁷

La importancia que tiene el principio de proporcionalidad, así como el test de ponderación, en los Estados Democráticos de Derecho, consiste en garantizar y proteger los derechos fundamentales cuando estos son desarrollados, ampliados o restringidos, ya sea por cualquiera de los tres poderes de gobierno u organismos autónomos, en los diferentes ámbitos. Así, los derechos fundamentales han cobrado gran importancia en los Estados que siguen esta corriente constitucionalista de derecho, en especial para que el poder que ejerzan pueda ser limitado frente al ciudadano.⁸

En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no es la excepción respecto de la aplicación de este nuevo paradigma, por ende, hemos visto cómo se han aplicado en diversos casos el uso de la ponderación, estableciendo la preferencia de ciertos principios sobre otros, como tal es el caso del “matrimonio incausado o sin causa” del cual se estableció la preferencia del “principio de libre desarrollo de la personalidad”, dando por sentado un criterio jurisprudencial trascendente.

En ese mismo sentido, encontramos que no sólo en el Alto Tribunal, se hace uso de este método ponderativo, sino que, además, empieza a tener una gran influencia en los tribunales y juzgados federales, así como en los tribunales y juzgados del fuero común, volviéndose en una práctica que va creciendo día con día en nuestro que hacer jurídico.

⁷ Díez Gargari, Rodrigo, Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte, Revista Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 26, enero – junio, 2012, pp. 77 – 81. [en línea] <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5986>> [consultada: 1 de febrero de 2022.]

⁸ Durango Álvarez, Gerardo A., La ponderación como garantía de los derechos fundamentales. Análisis de casos concretos desde la fórmula del peso de Robert Alexy, Derecho Global Editores, México, 2020, p. 17.

1.1.2 ¿Qué alcance puede tener la ponderación a través de la jurisprudencia?

El carácter que tiene la jurisprudencia es la de ser integradora e interpretadora de las normas jurídicas, cuando estas resultan ser vagas o no se prevé su exacta observancia, sin embargo, su papel va más allá, ya que reviste las características para poder ser considerada como una extensión de la interpretación de la norma jurídica y estar en el sistema jurídico.

Es relevante la importancia que tiene la jurisprudencia ya, que en el momento en que esta se establece, forma parte del sistema jurídico, pero a diferencia de las normas jurídicas, no proviene del legislador, sino que proviene de una autoridad judicial. Así mismo debido a la obligatoriedad que la reviste, va a tener que ser acatada por todos los órganos judiciales ya sea de fuero federal o local, de acuerdo a las reglas de jerarquía que delimita la ley de amparo.

La jurisprudencia establecida por el Pleno de la Suprema Corte va a ser obligatoria para todos los tribunales del país, ya sea federales o locales, judiciales y jurisdiccionales. Aunque dicha obligatoriedad no va a abarcar a las autoridades legislativas o administrativas.

Ahora bien, la ponderación como método de solución por parte de los operadores jurídicos en situaciones de casos trágicos, llega a tener un gran alcance en sus efectos, en especial si se da a través de la figura jurisprudencial. Ya que va a tener un carácter erga omnes, por lo tanto, al establecer la preponderancia de un derecho o principio por encima de otro, de acuerdo a las características que tiene la jurisprudencia, se va a adquirir la calidad de norma jurídica.

Así mismo, pareciera que nos encontramos en una situación en la cual, la jurisprudencia va más allá de su función, que es la de ser integradora o interpretadora, ahora va a tener el alcance de reconocer derechos o que establezca un criterio de interpretación favorable de un derecho respecto de otro en un cierto caso en el cual los juzgadores decidieron utilizar el método ponderativo, afectando tanto la naturaleza de la jurisprudencia como de la teoría de la ponderación.

En consecuencia, debemos de tener cuidado en esta situación, en especial por la facilidad con la que se tiene para poder establecer jurisprudencia ya, que derivado de un acto ponderativo de dos tribunales, nos podemos encontrar en una situación comprometedora.

1.1.3 ¿Puede ser un problema normativo la jurisprudencia como resultado de una ponderación?

De acuerdo a las características que revisten a la ponderación, pareciera establecerse que no puede haber problema, aunque debido a las características que tiene la jurisprudencia, se presenta una situación peculiar. Nos podemos encontrar ante un problema, ya que debido a la función que tiene la ponderación en Alemania, no se pudo llegar a tener en cuenta la figura jurisprudencial mexicana.

Ahora bien, una forma de poder establecer jurisprudencia versa sobre la facultad que tiene la Suprema Corte de Justicia actuando en pleno o en salas, así como los tribunales colegiados de circuito, al momento de realizar el ejercicio de dicha función, la jurisprudencia que emana es catalogada como una fuente formal del derecho, por lo cual, se presenta como una norma jurídica.

Al momento de haber un problema de conflicto entre jurisprudencia entre las Salas de la Corte o entre diferentes tribunales colegiados, nos encontramos ante la existencia de un conflicto normativo, el cual va a ser resuelto por la instancia superior más próxima, ya sea por el Pleno de la Suprema Corte o por el Pleno de los Tribunales de Circuito. Esta situación resulta fácil, ya que existe una solución ante este problema que se presenta de acuerdo a que hay una instancia superior que es quien decide qué norma debe de prevalecer sobre la otra.

Un conflicto normativo se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, ya sea en virtud de los procedimientos de su creación o de sus contenidos respectivamente.⁹

⁹ Huerta Ochoa, Carla, Conflictos normativos, 2ª ed., Editorial IIJ UNAM, México, 2017, p. 52.

Mientras que una colisión de principios va a derivar del choque entre dos principios que llegan a tener un peso diferente y que sus contenidos son incompatibles. Ante lo cual la forma de solución va a ser la ponderación.¹⁰

Empero la situación resulta no ser tan fácil, cuando en el resultado de la jurisprudencia se ha utilizado como método de solución la ponderación, estableciendo por ende la preferencia de un principio sobre otro.

En consecuencia, nos encontramos en una situación en la cual, debemos de tener en cuenta, si el problema que se va a resolver entre ese conflicto jurisprudencial, se debe de resolver como un simple conflicto normativo o va a adquirir otra característica que denominamos conflicto ponderativo.

Ante esto, la ponderación no cumple con varios de sus principios, como atender a un único caso o, no dejar sin validez al otro principio. Ya que, en esta situación, se va a tener que preferir y dar por sentado la preferencia de un principio sobre otro.

En conclusión, la ponderación resulta ser un método interesante en nuestro sistema jurídico, ya que, debido a las diversas figuras jurídicas que tenemos resulta necesarios ponerlas de manifiesto y, con ello darle una solución al problema que se nos presenta. Por lo tanto, este es el fin de la presente investigación, el poder determinar si en el caso de contradicción de jurisprudencia que sea resultado de una ponderación, nos vamos a referir como un conflicto normativo o un conflicto ponderativo, y al final poder dar una solución a esta situación, para un mejor ejercicio de la función judicial y que el derecho cumpla una de sus funciones que es la de poder garantizar seguridad jurídica a las personas.

1.2 Conceptos relevantes

1.2.1 La jurisprudencia y sus diversas acepciones

La palabra jurisprudencia resulta ser una palabra polisémica, ya que no existe una definición ni una concepción única, es por ello que debemos de establecer las

¹⁰ Ibidem, p. 55.

acepciones más importantes que existen. Como señala Floris Margadant¹¹, el término resulta ser peligroso, ya que puede significar a) la ciencia del Derecho en general; b) el conjunto de tesis judiciales importantes; c) el conjunto de opiniones emitidas por famosos jurisconsultos; y, d) las doctrinas e ideas que exponen en México.

Del mismo modo Miguel Villoro Toranzo¹², hace una distinción tripartita de las acepciones que puede tener la palabra jurisprudencia, en primer lugar, se da la acepción más antigua, aquella que se remonta al derecho romano, en la cual se entiende como ciencia del Derecho. Un segundo criterio se refiere a la aplicación del Derecho por los tribunales. Por último, es aquel en el cual se entiende como una fuente formal del derecho, a través del cual se designa la labor de determinados tribunales en cuanto que el sentido de sus sentencias es obligatorio para los tribunales que le son inferiores.

De acuerdo al concepto que establece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos establece, tres criterios de concepción: 1) Ciencia del Derecho. 2) Conjunto de sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen. 3) Criterios sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes.¹³

En el diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Joaquín Escriche, se define a la Jurisprudencia como:

La ciencia del Derecho. Las primeras palabras de esta definición pertenecen a la definición de la filosofía, de manera que el sentido es que la jurisprudencia es la filosofía que consiste en la ciencia del justo y de lo injusto. Así pues, la jurisprudencia no consiste solamente en el conocimiento de leyes, usos y costumbres, sino que exige también una noticia general de

¹¹ Margadant Spanjaerd-Speckman, Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, Esfinge, México, 2016, p. 54.

¹² Villoro Toranzo, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, 9ª edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 177 – 181.

¹³ Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Tomo II, Real Academia Española, Espasa Calpe, 1997, Madrid, p. 1215.

todas las cosas sagradas y profanas a que pueden aplicarse las reglas de la justicia. Otros definen la jurisprudencia diciendo ser: el hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y de aplicarlas oportunamente a los casos que ocurren. También se llama jurisprudencia, los principios que en materia de Derecho se siguen en cada país o en cada tribunal; el hábito que se tiene de juzgar de tal o tal manera una misma cuestión; y la serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbre sobre un mismo punto de Derecho.¹⁴

Ahora bien, de las diversas concepciones de ideas que tenemos nos acercamos más a la división dual que hace García Máynez, como ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo y, como el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.¹⁵ Para entender mejor estos conceptos, en primer lugar estudiaremos la jurisprudencia como ciencia y en segundo lugar, como fuente formal del derecho, para poder establecer la diferencia que existe y, determinar la forma de entenderla en nuestra investigación.

La primera definición histórica que tenemos de jurisprudencia, es la del famoso jurista Ulpiano, quien la define como: *iurisprudentia est divinarum atque humanarum, rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.

Debemos de destacar que varias palabras están asociadas con *επιστήμη*, la cual es traducida por los romanos por *scientia*. Los griegos disponían de otros términos que significaban: conocimiento, ciencia, o saber, los cuales eran intercambiables, como, por ejemplo: *σοφία*. Pero existen otras dos palabras importantes: *Φρόνησις* y *σωφροσύνη*, las cuales son traducidas por los romanos, como: *prudentia* y *sapientia*.¹⁶

¹⁴ Escriche Martín, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo II, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1979, p. 1131.

¹⁵ García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, 65ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013, pp. 68 – 69.

¹⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y meta teorías jurídicas*, Fontamara, México, 2013, p. 68.

Al igual que Φρόνησις, prudentia, significa conocimiento, sabiduría y proviene de prudens, que significa: “quien sabe de antemano, quien obra con conocimiento de causa”. Por lo tanto, prudentia se aplica a distintos campos del saber, como, por ejemplo: prudens rerum, prudens rei militares, también encontramos la prudentia iuris.

De dicha expresión, surge el sustantivo iurisprudencia que designa un oficio: el arte de conocer el Derecho. El conocimiento que se producía, conjuntamente con las actividades de este conocimiento, se le llamaba iurisprudencia y, a sus operarios se les denominaba iurisprudentes. Siendo así que, los juristas dicen lo que el derecho dice.¹⁷

Derivado de la concepción que nos da el Doctor Tamayo, obedece al entendido de que la Jurisprudencia es arte, que hacen los juristas o doctrinarios del Derecho para crear Derecho, es decir, para crear o discutir nuevas concepciones jurídicas.

Es así como, en primer lugar, nos referimos a jurisprudencia, como aquella actividad que realizan los juristas cuando describen el Derecho, la cual es normalmente conocida como ciencia del Derecho.¹⁸

En otro sentido, buscamos definir jurisprudencia entendida como las decisiones relevantes de los tribunales federales, una de las definiciones más cercanas a entender esta idea es la de Leonel Pereznieta, al establecer que los tribunales de un sistema jurídico son órganos que al dirimir o resolver las controversias entre particulares principalmente aplican las normas jurídicas de dicho sistema. El criterio uniforme de interpretación y aplicación de las normas jurídicas constituye la jurisprudencia. Debido a que se trata principalmente de la interpretación por parte de los jueces, de la obra del legislador, es decir, de las

¹⁷ Ibidem, pp. 70 – 72.

¹⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, El Derecho y la Ciencia del Derecho, Introducción a la Ciencia Jurídica, Fontamara, México, 2011, p. 143.

normas jurídicas, a fin de resolver casos concretos, cuando dicha interpretación se hace de manera uniforme, crea la fuerza del precedente.¹⁹

De acuerdo a la definición de Pereznieto, encontramos otra concepción de jurisprudencia, ya no únicamente entendida como ciencia, sino que ahora se entiende como aquellas resoluciones por parte de los tribunales en los cuales se realiza una forma de interpretación de las normas jurídicas, las cuales van a tener un carácter obligatorio.

El jurista Álvarez Ledesma, define a la jurisprudencia como:

Aquella conformada por la sentencia o el conjunto de sentencias que, en cuanto tales, poseen el carácter de normas jurídicas individualizadas, así mismo, añade que consiste en el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales, por lo cual va a cumplir una doble función, generar norma jurídicas en stricto sensu y, coadyuvar en la formación de normas jurídicas así como en la aplicación de las mismas por parte de los jueces, profesionales del derecho y particulares.²⁰

Carla Huerta, la define como “un instrumento que permite llenar las lagunas, tanto las de conocimiento como las de reconocimiento de un sistema jurídico determinado.”²¹ Por ende, se presenta como una solución para poder determinar el significado de la aplicación de las normas, confiriendo certidumbre y eliminando cualquier arbitrariedad.²²

Por último, tomando en cuenta la definición más aceptada de nuestro Tribunal Supremo, se entiende por jurisprudencia:

¹⁹ Pereznieto Castro, Leonel y Abel Ledesma Mondragón, Introducción al estudio del Derecho, Editorial Harla, México, 1989, pp. 58 – 59.

²⁰ Álvarez Ledesma, Mario I, Introducción al Derecho, 2ª ed., Editorial Mc Graw Hill, México, 2010, pp. 157 – 158.

²¹ Huerta Ochoa, Carla, La Jurisprudencia como técnica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXXII, núm. 95, mayo agosto, 1999, p. 397 [en línea] <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3590/4325>> [consultada: 12 de enero de 2022]

²² Ídem.

Conjunto de principios, razonamientos y criterios que los juzgadores establecen en sus resoluciones, al interpretar las normas jurídicas, es decir, al desentrañar o esclarecer el sentido y alcance de estas o al definir los casos no previstos en ellas.

La jurisprudencia es considerada una de las llamadas fuentes formales del Derecho, es decir, uno de los procesos o medios a través de los que sea crean las normas jurídicas. Entre dichas fuentes encontramos también la legislación, la costumbre, las normas individualizadas y los principios generales del Derecho.²³

En este sentido, también se le ha llegado a denominar en otros países, como precedente, aunque esta palabra tiene una relación con the precedent que se utiliza en el sistema jurídico de la familia del common law, aunque puede llegar a tener algunos rasgos similares, resultan ser totalmente diferentes, ya que el common law, se basa en un método inductivo que se logra a través de los precedentes y, en específico del principio stare decisis, el cual consiste en una decisión de un tribunal competente, determina un punto, regla o principio de derecho surgido y aplicable a un hecho, deberá de ser seguido y aplicado en todos los casos posteriores, mientras que la jurisprudencia va a ser una aportación al sistema jurídico, ya sea porque el juez se pronuncie sobre algo no previsto en las leyes, dándose una interpretación e integración de la ley, es decir, existe una relación con la ley.²⁴ Es por esta razón, por lo cual, para evitar cualquier confusión, preferimos usar el término jurisprudencia.

Derivado de los diversos conceptos dados por los teóricos del derecho, para nuestra investigación, por jurisprudencia vamos a entender que es una fuente formal dentro de nuestro sistema jurídico, basándose en la decisión de los juzgadores que tiene facultad para poder emitirla en los términos que establezca la Constitución y

²³ ¿Qué hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación? [en línea] <<https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn>> [consultada: 31 de enero de 2022.]

²⁴ Abreu y Abreu, Juan Carlos, La Jurisprudencia en México, estado del arte [todo lo que siempre quiso saber sobre la jurisprudencia pero nunca se atrevió a preguntar], Cuadernos de Jurisprudencia, Número 9, septiembre, México, 2013, pp. 31 – 35.

la Ley de Amparo, misma que consiste en la interpretación de las normas jurídicas cuando estas tengan obscuridad o para integrar lagunas legales.

1.2.2 Norma jurídica

No se puede dar un concepto único o unívoco respecto de lo que es una norma jurídica, ya que ha sido un concepto ampliamente estudiado y discutido que no se puede llegar a un consenso de una definición como tal, sin embargo, lo que se puede determinar, son las características generales que revisten a las normas jurídicas.

Primeramente, debemos de distinguir entre norma, enunciado normativo y proposición normativa, correspondiendo al lenguaje objeto, al metalenguaje y al metametalenguaje, respectivamente.²⁵

Esto porque las normas no son entidades fácticas, por lo cual son consideradas como ideales o semánticas, perteneciendo por ende al deber ser. Las normas de carácter jurídico se van a diferenciar de otro tipo de normas por las propiedades que les son atribuidas de acuerdo a la pertenencia a un sistema jurídico.

Los enunciados normativos van a expresar las normas a través del lenguaje en que se redactan los textos normativos, es decir, van a ser una formulación lingüística cuyo significado son las normas jurídicas, mientras que, las proposiciones normativas, se van a referir a los enunciados normativos, siendo este el lenguaje de la ciencia jurídica que describe al derecho, es decir, van a ser las oraciones que describen el derecho de acuerdo a determinados criterios.²⁶

De acuerdo a la existencia del problema de analizar la ambigüedad de las expresiones deónticas, en donde figura los términos como debe, puede, obligatorio, prohibido, permitido, etc., van a ser diferentes de los imperativos, que son usados para dar órdenes o establecer prohibiciones, por lo cual se va a tener que diferenciar norma de proposición normativa.

²⁵ Huerta Ochoa, Carla, Conflictos normativos, Op. Cit., p.17.

²⁶ Ibidem, pp. 18 – 19.

Una norma va a dictar una prescripción, ya sea para ordenar, prohibir o permitir una determinada conducta, lógicamente estas van a carecer de valores de verdad por lo cual no van a poder ser consideradas como verdaderas o falsas, y por tanto son obedecidas o satisfechas.

Mientras que la proposición normativa, va a enunciar que hay una determinada prohibición, obligación o permisión, de acuerdo a una norma o un conjunto de normas, por lo cual van a ser afirmaciones de la existencia de las normas, lógicamente estas si van a poder ser verdaderas o falsas, y al no ser prescripción, no son obedecidas o desobedecidas.²⁷

Una de las definiciones más aceptadas, para entender por norma jurídica se refiere que son los actos de voluntad que ordenan, prohíben o permiten conductas a los individuos mediante la aplicación de sanciones.²⁸

Para establecer una idea de lo que se llega a entender por norma, nos avocamos a estudiarla desde su etimología, por ende, la palabra norma proviene del latín norma (ae) que significa escuadra, de ahí deriva el adjetivo normalis, que significa hecho a escuadra o trazado a escuadra. Después se genera el adverbio normalite que significa a escuadra o en línea recta. Normatio (tionis), sinónimo de normatura (ae), que significa acción de trazar a escuadra. Así, por lo tanto, el verbo normare (o, as, are, avi, atum) significa traza o con escuadra.

Por lo cual, en este sentido, norma, designaba un instrumento, una herramienta que garantizaba un trazo recto o, que aseguraba la rectitud del trazo.

Mientras que, en el ámbito romano, era utilizado de manera metafórica, ya que utilizaban el término de lex (legis) o praeceptum. Los romanos, la utilizaban metafóricamente para referirse a la conducta humana, que se media a través de un patrón. Cicerón mencionaba Ad certam rationis normam vitam dirigere. Así los romanos, entendían por lex o praeceptum, una forma, en la que se requería que

²⁷ Alchourrón, Carlos y Bulygin Eugenio, Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 170 – 175.

²⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, Costumbre o eficacia. Condición necesaria y suficiente de existencia del derecho, Fontamara, México, 2015, p. 29.

cierta acción fuera hecha u omitida. Si bien la norma fue el resultado del uso metafórico, se le ha impuesto otras expresiones, como precepto, regla, mandato.²⁹

Las normas jurídicas, llegan a tener ciertas características que las distinguen como tal, es por eso que este punto de encuentro es:³⁰

- 1) La norma jurídica es patrón de evaluación. Ya que la norma jurídica sirve para calificar la conducta, estableciendo si es lícita, ilícita, válida, nula, etc.
- 2) La norma jurídica es la unidad básica del derecho. Ya que las normas componen a los órdenes jurídicos positivos.
- 3) La norma jurídica es creada. Siguiendo el axioma *omnia iura ficto habet*, ya que una norma tiene un creador, es decir, tiene que haber un acto de voluntad, para su creación.
- 4) La norma jurídica prescribe conducta humana. La conducta optativa de los individuos es disminuida convirtiéndose, por ende, en obligatoria, prohibida y permitida. Estableciendo la existencia de un derecho, con lo cual se establece el axioma *ubi societas, ibi ius*.
- 5) La norma jurídica se aplica. Se utiliza ante los individuos para imponerla, observarla o cumplirla.

Es así que se define como un acto de voluntad de un individuo o grupo de individuos, formulado en un lenguaje y dirigido a un individuo o clase de individuos por el cual se establece que cierta conducta está prohibida, obligada o permitida.³¹

Sin embargo, se necesita de una instancia social, que tenga la posibilidad de aplicar la norma, aun en contra de la voluntad de los destinatarios, incluso a través del uso de la fuerza física.

²⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción analítica al estudio del derecho*, 2ª ed., Editorial Themis, México, 2011, pp. 25 - 27.

³⁰ *Ibidem*, pp. 27 – 28.

³¹ *Ibidem*, p. 29.

Por lo cual se menciona que no puede haber conducta obligada o debida, prohibida o permitida si no existe una norma jurídica que así lo establezca. La cual se puede representar de la siguiente manera:³²

$$(\exists n) n[\Phi \rightarrow \pi]^{33}$$

La estructura lógica de la norma jurídica se puede representar de la siguiente manera³⁴:

$$Nj [\Phi \rightarrow \pi]^{35}$$

$$\Phi = \{\Phi_1, \Phi_2, \Phi_3 \dots \Phi_8 \dots \Phi_n\}^{36}$$

$$Nj [\Phi_1, \Phi_2, \Phi_3, \Phi_n \rightarrow \pi]$$

En el lenguaje común, se denomina norma jurídica a cualquier enunciado que se encuentre en las fuentes del derecho, la hemos entendido en lato sensu, es por esto que se debe de hacer una clasificación de las clases de normas: de dicha división se tiene las normas en stricto sensu y las normas en sentido genérico.

Por stricto sensu, va a ser una prescripción, dotada de una estructura condicional y va a tener un contenido general y abstracto. Mientras que las normas en sentido genérico, no van a gozar de enunciados prescriptivos, de las cuales se pueden destacar las normas de competencia, permisivas, definitorias, interpretativas, reenvío, sobre la eficacia de las normas, sobre los conflictos entre normas, abrogatorias; así mismo estas no van a ser susceptibles de obediencia ni violación, ya que no establecen cierto comportamiento.³⁷

Von Wright, realiza un estudio en el cual determina diferentes figuras que se pueden entender como norma, distinguiendo dos grupos, uno principal y otro menor.

³² Ídem.

³³ Se lee: existe, al menos, una norma jurídica que establece que, si la conducta se realiza, entonces se aplicará la sanción.

³⁴ Tamayo y Salmorán, Costumbre o eficacia. Condición necesaria y suficiente de existencia del derecho, Op. Cit., p. 33.

³⁵ Nj nombra a una norma jurídica cualquiera, Φ representa la condición, \rightarrow es la conectiva lógica de condicional y, π es la sanción.

³⁶ Φ va a representar todos los actos que la componen.

³⁷ Guastini, Riccardo, Las fuentes del derecho, fundamentos teóricos, traducción César E. Moreno More, 2ª ed., Legales Ediciones, Lima, 2017, pp. 41 – 58.

Dentro del grupo principal clasifica a las reglas, las prescripciones y las directrices. Mientras que, en el segundo grupo, va a clasificar la costumbre, los principios morales y las reglas ideales. Tomamos en consideración la prescripción, como norma jurídica, ya que esta revista los elementos deónticos que se dan o dirigen a los diferentes agentes respecto de su conducta.³⁸

Así mismo, el jurista Hart en su obra *The Concept of Law*, hace primeramente una distinción entre normas, mandatos y órdenes, buscando distinguir dichos términos para así evitar su confusión, por lo tanto, determina que, lo que distingue a las normas jurídicas, son: el carácter de generalidad, la permanencia o persistencia, la obediencia general es de una temporalidad permanente y, que estas sean dictadas por un poder soberano.³⁹

En este sentido, Hart al buscar llegar a una definición de derecho, nos proporciona una distinción de diferentes tipos reglas: primarias y secundarias. Las reglas primarias, son las que hemos señalamos anteriormente, aquellas que prescribe actos, la abstención de ciertas conductas y la imposición de obligaciones que, llevan consigo una sanción.

Con posterioridad Hart se refiere a la existencia de tres defectos que se presentan en la estructura social una falta de certeza, razón por la cual se buscará la forma de complementar las reglas primarias de obligación con otro tipo de reglas, denominándolas secundarias.

El primer problema será respecto a las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que será un conjunto de pautas o criterios de conducta, el cual de la cual se derivan las normas jurídicas, que está compuesta por un sistema de reglas primarias y secundarias. El segundo problema es el carácter estático que se tiene de las reglas, ya que, se da un lento proceso de crecimiento, por lo cual no hay manera de adaptar las reglas a las circunstancias cambiantes. El

³⁸ Wright, Georg Henrik von, *Norma y acción*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, pp. 34 – 35.

³⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción Genaro R. Carrió, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 23 – 32.

tercer problema va a ser la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas.

Ante estos tres problemas, Hart, nos plantea la solución para los mismos, consistente en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias.

Ante la falta de certeza, se da la regla de reconocimiento, la cual consiste en identificar cuáles van a ser las normas que van a ser parte del sistema jurídico y cuáles no. La solución al carácter estático va a ser la regla de cambio, la cual va a consistir en la facultad de un individuo o individuos para introducir nuevas reglas primarias, para llevar a cabo la conducción de la vida del grupo. Por último, ante el problema de la ineficiencia de la presión social se da la regla de adjudicación, las cuales van a facultar a determinada autoridad para que determinen si alguna persona ha transgredido las reglas primarias.⁴⁰

Existe una distinción entre reglas y principios, dicha diferencia tiene su origen en los años cuarenta, con posterioridad fue Josef Esser quien introduce dicha distinción, aunque se considera a Dworkin en el intento de refutación al positivismo de Hart y, Robert Alexy a través de la refutación de dicha distinción, quienes introdujeron el tema al debate a nivel de la teoría del derecho.⁴¹

Alexy se refiere que tanto las reglas como los principios son normas porque ambos establecen lo que es debido. Ambos pueden ser formulados, con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición.⁴² Estableciendo así una división de normas, entre reglas y principios, entendiendo por los primeros mandatos taxativos que se cumplen o no se cumplen, mientras que por los segundo son mandatos de optimización que ordenan que algo se haga en la mayor medida posible. Esta distinción entre reglas y principios, la vamos a retomar con una mayor claridad en el tema cuatro.

⁴⁰ Ibidem, pp. 99 – 102.

⁴¹ Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 45.

⁴² Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, traducción Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 64 – 65.

1.2.3 Principios

El término principio, resulta ser un término ambiguo, por las distintas connotaciones que llega a tener, de acuerdo a la RAE, por principio se entiende: 1) Primer instante del ser de algo, 2) Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa; e incluso, define principio de derecho como: norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.⁴³

Es por ello, que por principio podemos entender diversas cosas y, dentro de nuestra ciencia jurídica, no hay excepción, es por ello que necesitamos distinguir la concepción de principio, especialmente en dos: las normas concebidas como principios en virtud de su operatividad y, los principios generales del derecho.

De acuerdo a la segunda idea de principios, partimos de que estos se pueden entender desde Aristóteles, como aquellas máximas que buscan explicar los hechos singulares observados. Aristóteles nos dice que para los griegos el conocimiento científico *Ἐπιστήμη* es concebido como una progresión que va de la observación de ellos hechos a los principios generales y, luego, de los principios generales regresa a los hechos.⁴⁴

El hombre de ciencia observa los hechos y construye conceptos y principios, a partir de estos, deduce enunciados que explican los hechos. Aristóteles nos enseña que los enunciados generales, los cuales afirman un predicado sobre un concepto clase, es un enunciado empíricamente verdadero porque la generalización es simplemente extensión de enunciados singulares que son empíricamente verdaderos.

Esta idea de Aristóteles, se presentó en los primeros principios del derecho, los cuales encontramos en el derecho romano.

⁴³ Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Tomo II, Real Academia Española, Espasa Calpe, 1997, Madrid, pp. 1667 – 1668.

⁴⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho, 2ª ed., Editorial IIJ UNAM, México, 2017, p. 88.

Así mismo, es importante destacar la relevancia que tienen los *Regulae iuris*, o también denominados como primeros principios. Para los romanos los *regulae*, muestran la maestría con la que los juristas determina el material relevante y la habilidad para aislar el elemento universal de la masa de casos y expresarlo en términos precisos.⁴⁵

De acuerdo a lo establecido en el Digesto 50, 17, 1, se entiende: “*Regula est quae rem quae est breviter enarrat. Non est regula ius summatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ait Sabinus quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*”⁴⁶

El primer principio *regulae* es la descripción sucinta de lo que una cosa es, no es en virtud del principio que el derecho se crea, es del derecho, de donde el principio es obtenido, ya que los principios no están dados de antemano. Ya que va de lo singular a lo particular, es decir, el derecho se va creando en bases generales, después más generales, así hasta llegar a la *conexio*, que son los primeros principios.

Podemos tomar de ejemplo, el mismo que el maestro Tamayo, ofrece en su libro, en lo referente al concepto jurídico de contrato y de *actio*. Menciona en primer lugar que los juristas romanos se percatan de que las entidades (contratos) siempre están acompañadas de una *actio*, es decir, que toda clase de contratos va a tener una *actio*, ya que, si no deja una parte de cumplimiento de las partes o, deja a uno la posibilidad de no cumplir, así con cada uno de los contratos, todas van a tener una *actio*, para poder perseguir en juicio lo que se les debe, dejando por ende la no posibilidad a los contratantes de no cumplir. Por lo tanto, si todos los contratos tienen una *actio*, se va a desprender un principio *pacta sunt servanda*.

⁴⁵ Ibidem, pp. 111 – 112.

⁴⁶ El principio es la descripción sucinta de lo que una cosa es. No es en virtud del principio que el derecho se crea; es el derecho de donde el principio es obtenido. El principio realiza la descripción resumida de las cosas y, como sostenía Sabinus, esa es su razón de ser, tanto que si en algo está viciado pierde su función.

En consecuencia, esta es una primera acepción que debemos de entender por principios. Otro sentido de entender la palabra principio, es aquella que se puede denominar como Principios Generales del Derecho. Ya que son las máximas que se establecen en nuestro sistema jurídica y que rigen al derecho.

De acuerdo a Bobbio⁴⁷ los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales, por lo tanto, son normas como todas las otras.

Nos proporciona dos argumentos para sostener que los principios generales son normas: 1) si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva y, 2) la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, que es, la función de regular un caso.

En otro orden de ideas, por principios, se entiende en Dworkin, menciona que son normas de un grado de generalidad relativamente alto, respecto de las reglas. Así mismo los principios, aunque sean aplicables al caso, no determinan la decisión, sino que proporcionan razones a favor, así mismo, tienen una dimensión de peso.⁴⁸

En el libro *Taking rights seriously*, Dworkin hace una crítica a Hart, sobre la forma de entender el derecho y en especial sobre las reglas que se encuentran en el derecho, es por eso que emplea un término que hasta nuestros días resulta demasiado ambiguo y controversial. Se refiere al término principio, entendiendo a este como todo el conjunto de estándares que no son normas, el cual ha de ser observado porque es una exigencia de la justicia, la equidad u otra dimensión de la moralidad.⁴⁹

Los principios al igual que las normas confieren derechos e imponen obligaciones, además, los principios son de utilidad cuando en un caso las normas no sean suficientes para poder hallar una solución.⁵⁰

⁴⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ª ed., Editorial Temis, Bogotá D.C., 2012, p. 245.

⁴⁸ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, 2ª ed., Fontamara, México, 2017, pp. 9 – 11.

⁴⁹ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, 2ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1989, p. 72.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 80.

En referencia a la crítica que hace Dworkin a Hart, en el Post scríptum al concepto de derecho, concibe la existencia de otro tipo de normas jurídicas, que se entienden como principios a diferencia de las reglas.

Refiere en primer lugar que los principios, incluyen una gran cantidad de consideraciones teóricas y prácticas. Pero que, en dicho caso, se debe de entender como una limitación a estándares de conducta.

Hay dos características que van a diferenciar a los principios de las reglas, el primero va a ser referente a la cuestión de grados, ya que estos son generales o no específicos; y, en segundo lugar, se van a referir a algún propósito, fin, título o valor, el tercer rasgo diferencial es referente a la cuestión de grado.⁵¹

Jaime Cárdenas, nos refiere que los principios suelen ser de mayor jerarquía que las reglas y se contienen fundamentalmente en los tratados y en las Constituciones, además de que no poseen una estructura como la de las reglas, sino que son normas indeterminadas que van a precisar un caso concreto para ser definidas, además de que suelen ser interpretadas a través del principio de proporcionalidad.⁵²

Así mismo, Alexy, considera a los principios, como norma que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo cual son catalogados como mandatos de optimización.⁵³ Este tema, así como la distinción entre los principios y las reglas será retomado con mayor desarrollo en el capítulo IV.

Abril Uscanga, los define como clase de normas que operan a través de mandatos de optimización, los que pueden ser cumplidos en diferentes grados, es decir que, estas normas ordenan que se realice algo en mayor o menor medida de acuerdo a las circunstancias jurídicas y fácticas existentes.⁵⁴

⁵¹ Hart, H. L. A., Post scríptum al concepto de derecho, traducción Rolando Tamayo y Salmorán, IJ UNAM, México, 2000, pp. 37 – 43.

⁵² Cárdenas Gracia, Jaime, Manual de argumentación jurídica, Op. Cit., p. 165.

⁵³ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., pp. 67 – 68.

⁵⁴ Uscanga Barradas, Abril, “Principios” en Diccionario Jurídico, Raúl Contreras Bustamante y Jesús de la Fuentes Rodríguez (coords.) Tirant Lo Blanch, México, 2019, p. 1440.

1.2.4 Reglas

Jaime Cárdenas, nos menciona que las normas jurídicas son de diferente naturaleza, por lo cual se dividen en: reglas, principios y valores. Por reglas se va a entender las normas jurídicas que se estructuran con un antecedente, una cópula de deber ser y una consecuencia jurídica, los cuales se van a interpretar a través de silogismo y se va a utilizar la subsunción.⁵⁵

Son normas que establecen enunciados de deber ser, pues dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten y otorgan un poder, de tal forma que si son válidas traerán en términos generales aparejada una consecuencia relacionada con la conducta del individuo. Las reglas estipulan órdenes que establecen el principio de taxatividad, ya que requieren un cumplimiento de todo o nada, pues contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.⁵⁶

De acuerdo a lo establecido en el apartado de normas jurídicas, las reglas se van a revestir las características que hemos mencionado en dicho apartado, ya que van a tener los elementos deónticos ordenar, prohibir o permitir.

1.2.5 Ponderación

De acuerdo a lo que menciona el Diccionario de la Real Academia, ponderación proviene del latín ponderatio, y se entiende como la acción de ponderar, a su vez, ponderar significa determinar el peso de algo.⁵⁷

Las colisiones entre principios se resuelven acudiendo al principio de proporcionalidad lato sensu. El cual es uno de los métodos de interpretación constitucional más utilizados hoy en día.

⁵⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, Manual de argumentación jurídica, Op. Cit., pp. 165 – 166.

⁵⁶ Uscanga Barradas, Abril, “Reglas” en Diccionario Jurídico, Raúl Contreras Bustamante y Jesús de la Fuentes Rodríguez (coords.) Tirant Lo Blanch, México, 2019, p. 1541.

⁵⁷ Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Tomo II, Real Academia Española, Espasa Calpe, 1997, Madrid, p. 1637.

A este principio de proporcionalidad, también se le suele denominar como juicio de ponderación, esto debido a que diferentes autores le dan una connotación más estricta.⁵⁸ En nuestra investigación, vamos a utilizar el término de ponderación.

Para el maestro García Amado⁵⁹, la expresión ponderación, resulta tener una fuerte carga metafórica, ya que se puede significar ponderar, sopesar o pesar. Es por ello que resulta un complicado llegar a una definición universal de lo que se tiene que entender por ponderación en el ámbito jurídico.

Sin embargo, en una aproximación, podemos entender por ponderación, un procedimiento de decisión que sirve para establecer relaciones de prevalencia entre normas en conflicto.⁶⁰

Otros autores lo consideran como un método interpretativo constitucional, que va a solucionar los conflictos entre principios de ese carácter, principalmente para resolver conflictos o colisiones y otros principios jurídicos de naturaleza constitucional.⁶¹

La ponderación va a consistir en ser un método para interpretar y argumentar principios constitucionales cuando ante situaciones jurídicas se encuentran en colisión y se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer. Esta figura enlazó la teoría de los principios de Dworkin con la teoría de los derechos fundamentales y de la argumentación de Alexy.⁶²

Método que tiene por objeto resolver las colisiones entre principios, buscando determinar qué principio debe maximizarse y cuál optimizarse, en cada caso concreto donde se presente una pugna entre principios.⁶³

Los subprincipios de la teoría de la ponderación, son: el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad y, el subprincipio de proporcionalidad en

⁵⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, Manual de argumentación jurídica, Op. Cit., pp. 189 - 190.

⁵⁹ García Amado, Juan Antonio, Ponderación Judicial, Editorial CEJI, México, 2020, p. 23.

⁶⁰ Huerta Ochoa, Carla, Conflictos normativos, Op. Cit., p. 173.

⁶¹ Cárdenas Gracia, Jaime, Manual de argumentación jurídica, Op. Cit., p. 190.

⁶² Ibidem, pp. 191 - 192.

⁶³ Sandoval Jiménez, Israel, "Ponderación de principios" en Diccionario Jurídico, Raúl Contreras Bustamante y Jesús de la Fuentes Rodríguez (coords.) Tirant Lo Blanch, México, 2019, p. 1395.

sentido estricto. Los cuales desarrollaremos con mayor detenimiento en el capítulo IV.

1.2.6 Subsunción

La subsunción en la RAE, se define como la acción y efecto de subsumir, así mismo, subsumir, se entiende como incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora.⁶⁴

Se presenta este método en el siglo XIX en la Escuela de la Exégesis o Jurisprudencia de Conceptos, como consistente en la simple mecánica de subsumir o encajar los hechos bajo el supuesto de la norma general y abstracta preexistente, de manera que la solución del caso aparecería con un simple proceder, de manera mecánica o guiado por las reglas de la lógica deductiva.⁶⁵

Pero en la actualidad, esta forma de entender la subsunción ya no es válida, aun en los positivistas, ya que se resalta el componente de discrecionalidad judicial en las operaciones conducentes a la decisión.

Los positivistas determinan que no importa si es un caso difícil, siempre se subsumen los hechos bajo la norma general y abstracta. Este método se desarrolla a través de dos fases: la primera, la norma es interpretada para resolver lo que de su indeterminación significativa pueda afectar la solución de dicho caso, es una interpretación operativa o práctica de la norma, en la cual se precisa el significado del enunciado normativo a ser utilizado en el caso, por lo cual el enunciado será preciso para ser subsumible ante los hechos y, posteriormente se realiza la subsunción o razonamiento decisorio. Se puede decir que la primera fase es la interpretación y la segunda la subsunción.⁶⁶

⁶⁴ Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Tomo II, Real Academia Española, Espasa Calpe, 1997, Madrid, p. 1913.

⁶⁵ García Amado, Juan Antonio, La esencial intercambiabilidad del método ponderativo subsuntivo y el interpretativo subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno, en Argumentación Jurídica, fisonomía desde una óptica forense, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2014, p. 30.

⁶⁶ Ibidem, p. 31.

La subsunción se debe dar por dos operaciones: la interpretación definición y la interpretación clasificación. La primera va a atender a la estructura: X se refiere a las acciones/objetos/estados de cosas que tienen las propiedades a, b ... n; mientras que la interpretación clasificación atiende al esquema: dado que los hechos del caso tienen las propiedades a, b ... n, encajan bajo X.

Se debe de recurrir a ambas, ya que si se recurre únicamente a una de ambas va a haber una deficiencia argumentativa, si se usa únicamente la primera, puede que falten razones por las que los hechos del caso sí se subsumen bajo la expresión X y, en cambio, si utiliza sólo la segunda, puede que de la falta de interpretación definición de X que da pie a la subsunción de los hechos.⁶⁷

Este método es el que más se utiliza por parte de los jueces y que consiste lógicamente en una deducción, es decir, para todo X (la persona que cometa homicidio) que se entiende Z (privar de la vida a otro) corresponde Y (una pena privativa de la libertad de 10 a 50 años), en consecuencia, si un sujeto P, ha realizado la conducta X, de acuerdo a la definición Z le va a corresponder Y.

1.3 Aspectos históricos de la jurisprudencia en México

1.3.1 Surgimiento de la jurisprudencia mexicana

El antecedente más remoto que se tiene sobre uniformar los criterios surgidos por parte de los tribunales con la finalidad de ser establecidos en rango constitucional y administrativo, fue el Dictamen que sobre Reformas de la Constitución Aprobó la Excelentísima Junta Departamental de Guanajuato, el 11 de diciembre de 1849, aunque al final, esto sólo se quedó en una propuesta. Aunque no fue sino hasta la Constitución de 1857, que se previó la facultad de intérprete final de la Constitución a la Suprema Corte de Justicia.

En la primera ley de amparo de 1861, en su proyecto de elaboración por parte de Domingo María Pérez Fernández en 1857, no se tomó interés por parte de la interpretación del Juez respecto de las normas constitucionales, aunque en dicho proyecto se establecía, que las sentencias de los tribunales se publicarían en los

⁶⁷ Ibidem, pp. 35 – 36.

periódicos, así como ajustar las actuaciones a los dispuestos por la Constitución y las leyes que emanen de ella, esto con la finalidad de poder fijar el derecho público federal. Con esto se permitió que los criterios jurídicos se pudieran unificar mediante la solución de casos concretos.

En el año de 1868, se volvió a presentar un proyecto de ley de amparo, el cual fue elaborado por Ignacio Mariscal, esto con la finalidad de poder suplir las deficiencias de la ley de amparo de 1861. En su artículo 32 del proyecto, se establecieron dos cosas, la primera que, las sentencias dictadas por la Suprema Corte en materia de amparo se publicarían en los periódicos y, segunda, se publicaran las resoluciones que dictaren los Jueces de Distrito de providencia que suspendieren el acto reclamado. También es importante destacar que en el artículo 33, se volvió a establecer la forma de fijar el derecho público, estableciendo la obligación por parte de los tribunales, para ajustarse a la Constitución, las leyes que de ella emanan y los tratados internacionales. Siendo ésta aprobada el 19 de enero de 1869 y promulgada al día siguiente.

Con posterioridad en el año de 1881, se presentó un proyecto para una nueva ley de amparo, teniendo como finalidad lograr una mejor protección a las garantías individuales, a lo cual con este proyecto se contempló de una manera tácita la obligatoriedad de la jurisprudencia. Dicho proyecto fue elaborado por Vallarta, retomando las ideas de Ignacio Mariscal referentes a que el amparo debía tener una doble finalidad: resolver la controversia planteada y, sentar precedentes con la misma fuerza de la ley. Así mismo, se incluía el procedimiento para establecer jurisprudencia por reiteración de cinco ejecutorias en el mismo sentido, sin ninguna en contrario. Siendo aprobado el 14 de diciembre de 1882, bajo el título de Ley Orgánica de los Artículos 101 y 102 de la Constitución Federal.

Es de destacar que, el artículo 41 de dicha ley, establecía que las sentencias de la Suprema Corte de Justicia debían de estar fundadas y exponer las razones que consideraba bastantes el tribunal, para fundar la interpretación del texto constitucional. En el artículo 47 se establecía que las sentencias de los jueces de distrito, las ejecutorias de la Suprema Corte y los votos de la minoría debían ser

publicadas en el Periódico Oficial del Poder Judicial Federal. El artículo 70 establecía las sanciones para el juez que concediera o negara el amparo, en contravención del texto constitucional o en contra de la interpretación que haya establecido la Suprema Corte en por lo menos cinco ejecutorias, estableciendo por ende la obligación de la observancia de la jurisprudencia.

Durante el gobierno de Porfirio Díaz, se llevó a cabo una reforma para modificar el Código de Procedimientos Federales de 1872, lo cual daría lugar a un nuevo código, el 6 de octubre de 1897. En dicho código se contemplaba la regulación del juicio de amparo, también se contemplaba la supresión de la jurisprudencia. Esto debido a que, durante la etapa del Porfiriato, en nuestro país existió una gran influencia francesa en todos los aspectos, así como en el ámbito jurídico, dejando a un lado las figuras norteamericanas del common law.

Con posterioridad, se promulgó el 26 de diciembre de 1908, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en el cual se regulaban los procedimientos de carácter federal referente a la materia civil y el juicio de amparo. En este código se volvió a regular la jurisprudencia y, con esto se inició la consolidación en nuestro sistema jurídico.

En dicho ordenamiento se contemplaba una sección especial para la jurisprudencia de la Corte, se regulaba su obligatoriedad para la Corte y los Juzgados de Distrito, su integración era a través de ejecutorias de amparo dictadas por la Suprema Corte.

Finalmente, en la Constitución de 1917, el Código de Procedimientos Civiles de 1908, continuó con su vigencia. Con posterioridad en la elaboración de dicha Constitución, se abordaron en los artículos 94, 99 y 197 el tema relacionado con la jurisprudencia.

En consecuencia, en el año de 1919 se dio paso a la ley de amparo que sustituyó al Código de 1908, relativo a la reglamentación del juicio de amparo. Por lo tanto, en dicha ley se reguló esta figura en sus artículos 147 a 150 y, configurando ciertas diferencias como, por ejemplo: el número de votos necesarios en pleno pasó

de nueve a siete, se volvió obligatoria la jurisprudencia para las autoridades jurisdiccionales de las entidades federativas y, sólo era posible sentar jurisprudencia cuando se tratara de ejecutorias de juicio de amparo o del recurso de súplica.⁶⁸

1.3.2 La importancia histórica en el sistema jurídico mexicano

La jurisprudencia ha tenido una gran relevancia en nuestro sistema jurídico, esto en razón de que es gracias a esta figura, que muchas de las deficiencias o inexactitudes que han tenido los legisladores tanto federales como locales, así como el ejecutivo, han sido resueltos a través de la interpretación por parte de los juzgadores.

Así mismo, ha sido necesaria para poder garantizar a los ciudadanos seguridad jurídica, ya que a través de la misma se han podido dilucidar vacíos legales, confusiones o incluso contradicciones normativas, es por eso que esta figura cobra gran relevancia a través de la historia mexicana.

De acuerdo a lo enunciado con anterioridad, podemos determinar que la importancia de la figura jurisprudencial en el sistema jurídico mexicano resulta ser relevante, ya que en la época anterior a 1850, se tenía una falta de autoridad de las sentencias, por lo cual se vivía en una afectación constante sobre la certeza en la administración de justicia.

Es así, que la debido a la heterogeneidad de la aplicación del amparo, se logró que las sentencias se publicaran, para poder lograr concertar una uniformidad en lo que respecta a la Justicia Federal, esto se dio gracias a la publicidad de las resoluciones y la certeza en los conflictos jurídicos.

Debido a lo que consagraba el artículo 12 del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de 1862, en la cual se establecía la existencia de una publicación oficial de las sentencias de los tribunales federales, el entonces presidente Benito Juárez, crea el Semanario Judicial de la Federación el 8 de diciembre de 1870,

⁶⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, La Jurisprudencia en México, 2ª Edición, Poder Judicial de la Federación, México, 2005, pp. 31 – 148.

como una publicación oficial donde se recogieran todas las sentencias definitivas de los tribunales federales desde 1867.

Para el año de 1870, Juárez anuncia en su informa del 16 de septiembre, la elaboración de un proyecto de ley sobre la administración de justicia. En dicho proyecto, se manifiesta de manera explícita la potestad primigenia de los tribunales federales de publicar sus resoluciones.⁶⁹

Como menciona González Oropeza, la publicidad de las sentencias en nuestro país surgió antes del reconocimiento legal de la jurisprudencia. No obstante, la amplitud de la jurisprudencia en su reconocimiento constitucional no pasó sin algunos problemas de legitimación.⁷⁰

Por ello, en México se ha tenido sometida, desde sus orígenes, tanto a la jurisprudencia, como a la función jurisdiccional y sus productos, a los dictados de la legislación.⁷¹

En el Semanario Judicial de la Federación, al día de hoy, existen once épocas, las cuales son periodos de tiempo que se distingue por los hechos históricos acaecidos y por sus formas de vida.⁷² Es decir, las épocas han ido cambiado dependiendo de diversos actos jurídicos, como reformas de trascendencia para el Poder Judicial Federal, que dan paso a un nuevo periodo de interpretación. Dichas épocas dieron inicio un año después del Decreto del 8 de diciembre de 1870, es así, que se dividen de la siguiente forma:⁷³

1ª Época. Comprende el periodo de 1871 a 1875, integrada por siete tomos, en ellos se publican, las resoluciones de los Tribunales Federales, los pedimentos del Fiscal, del Procurador General de la República y de los Promotores Fiscales.

⁶⁹ González Oropeza, Manuel, La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla, 4ª ed., SCJN, México, 2018, pp. 129 – 134.

⁷⁰ Ibidem, p. 140.

⁷¹ Ibidem, p. 143.

⁷² Gómora Colin, José Noé, Jurisprudencia en México, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2019, pp. 4 – 5.

⁷³ Ibidem, pp. 4 – 10.

2ª Época. Va a abarcar del año 1881 a 1889, después de que durante los años de 1876 a 1880 estuviera suspendida. Se integra por siete tomos, en los cuales se publican las resoluciones de los Tribunales Federales, los pedimentos del Fiscal, del Procurador General de la República y de los Promotores Fiscales.

3ª Época. Data del año 1890 a 1897, va a ser integrada por doce tomos, en los cuales se van a publicar las resoluciones de los Tribunales Federales, los pedimentos del Fiscal, del Procurador General de la República y de los Promotores Fiscales.

4ª Época. Abarca de 1898 a 1914, se integra por cincuenta y dos tomos, en los que se publican las resoluciones de los Tribunales Federales, los pedimentos del Fiscal, del Procurador General de la República y de los Promotores Fiscales.

5ª Época. Va comprender del 1º de junio de 1917 al 30 de junio de 1957, se integra por ciento treinta y dos tomos. Durante los años de 1914 a 1917 se suspendió el semanario, esto debido al Plan de Guadalupe, en el cual Carranza desconoce los tres poderes y clausura la Corte.

6ª Época. Corresponde del 1º de julio de 1957 al 15 de diciembre de 1968, integrada por ciento treinta y ocho volúmenes. Cabe destacar de la reforma, que consiste en actualizar la publicación, con el objeto de que las ejecutorias sean conocidas poco tiempo después de pronunciadas, así como, agrupar en cuadernos mensuales, las resoluciones del Pleno y cada una de las Salas.

7ª Época. Inicia el 1º de enero de 1969 y termina el 14 de enero de 1988, integrado por doscientos veintiocho volúmenes, se va a dar una división correspondiente al Pleno, a las Salas, Sala Auxiliar y Tribunales Colegiados. La reforma principal que dio lugar a esta época fue la competencia que se le dio a los Tribunales Colegiados de Circuito para integrar jurisprudencia, así como para conocer de amparos directos.

8ª Época. Comprende del 15 de enero de 1988 al 3 de febrero de 1995, integrándose por quince tomos. El acontecimiento importante fue que, los Tribunales Colegiados de Circuito asumieron el control de la legalidad de los actos

de las autoridades, por lo cual se hizo urgente un nuevo estatuto para la jurisprudencia.

9ª Época. Abarca del 4 de febrero de 1995 al 3 de octubre de 2011. Esto se debió a la gran reforma constitucional que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994.

10ª Época. Va a abarcar del 6 de junio de 2011 al 30 de abril de 2021. Fue causa de las reformas constitucionales del 6 y 11 de junio de 2011, en materia de amparo y derechos humanos, ya que dichas reformas establecían el juicio de amparo como una nueva institución, en la cual se debía de dar una interpretación más garantista y proteccionista de los derechos humanos.

11ª Época. Es la que se encuentra vigente, empezó el 1º de mayo de 2021, con fundamento en el Acuerdo General número 1/2021 del ocho de abril de dos mil veintiuno, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Destacando el establecimiento de la jurisprudencia por precedentes que emitan el Pleno y las Salas de la Suprema Corte.

Las Épocas se dividen en dos grandes periodos, antes y después de la Constitución Política de 1917, es por eso que en el primer periodo se encuentran aquellas que van de la 1ª a la 4ª época, ya que estas son anteriores a nuestra Carta Magna, así mismo, estas resultan ser inaplicables, ya que carecen de vigencia y, por lo tanto, se denomina jurisprudencia histórica. Mientras que las épocas 5ª a la 11ª, integran el catálogo denominado jurisprudencia aplicable o vigente.⁷⁴

1.4 Aspectos jurídicos relevantes

El fundamento constitucional de la figura jurisprudencial, se encuentra en diversos artículos de nuestra Constitución. Por lo cual, en el artículo 94 se establece:

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la

⁷⁴ ¿Qué hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación? [en línea] <<https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scn>> [consultada: 31 de enero de 2022.]

interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción.

En cuanto al artículo 107 constitucional, se hace referencia a su formación en los siguientes términos:

Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: [...]

II. [...]

Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito establezcan jurisprudencia por reiteración, o la Suprema Corte de Justicia de la Nación por precedentes, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, su Presidente lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito de la misma región sustenten criterios contradictorios en los juicios de amparo de su competencia, el o la Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, los mencionados tribunales y sus integrantes, las y los Jueces de Distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo Federal, por conducto de la o el Consejero Jurídico del Gobierno podrán denunciar la contradicción ante el Pleno Regional correspondiente, a fin de que decida el criterio que debe prevalecer como precedente.

Cuando los Plenos Regionales sustenten criterios contradictorios al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, las Ministras y los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los

mismos Plenos Regionales, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva decida el criterio que deberá prevalecer.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten criterios contradictorios en los juicios de amparo cuyo conocimiento les compete, los ministros, los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, las y los Jueces de Distrito, el o la Fiscal General de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, el Ejecutivo Federal, por conducto de la o el Consejero Jurídico del Gobierno, o las partes en los asuntos que las motivaron podrán denunciar la contradicción ante el Pleno de la Suprema Corte, conforme a la ley reglamentaria, para que éste resuelva la contradicción.

Las resoluciones que pronuncien el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia así como los Plenos Regionales conforme a los párrafos anteriores, sólo tendrán el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectarán las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción;

En consecuencia, con lo anterior, esta figura se regula en la ley de amparo, la cual, no nos da una definición acerca de lo que se entiende o debe entender por jurisprudencia, sino que únicamente en el Título Cuarto denominado “Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad”, dentro del Capítulo I respecto de las “Disposiciones Generales”, nos establece las formas en que se puede formar un criterio jurisprudencial.

En el artículo siguiente, nos hace mención sobre los órganos jurisdiccionales facultados para poder establecer jurisprudencia, los cuales van a poder actuando dependiendo de la forma en la cual se vaya a establecer.

Por último, en el artículo continuo, nos establece la obligatoriedad de la jurisprudencia y, se nos da una jerarquización respecto de los órganos a quienes les va a ser obligatorio, dependiendo del órgano jurisdiccional que lo creó, quedando establecida en forma jerárquica en la cúspide la Suprema Corte.

1.5 Principales teorías

Como se ha mencionado, en la actualidad existe una tendencia por parte de los estudiosos del derecho a realizar estudios sobre la ponderación, así como su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de los distintos países, el principal exponente de esta teoría, es el jurista alemán Robert Alexy, ya que es a través de sus grandes trabajos que logró desarrollar un método.

Aunque existen trabajos importantes de diferentes juristas que en el mismo sentido que Alexy, pugnan por una importancia y necesidad de la ponderación en el sistema jurídico, nos avocamos a estudiar la teoría alexyana por considerarla como la fundadora, en cuanto al método.

El jurista alemán, nos va a proporcionar una teoría que vamos a seguir para poder determinar el alcance que pueden llegar a tener los principios jurídicos, entendiendo estos como derechos fundamentales, en los casos de resolver los conflictos que se susciten entre los mismos. Dicho método de interpretación y de aplicación se va a utilizar en el caso de que exista un conflicto entre principios, a través de la fórmula del peso.

Contrario sensu, los principales críticos de la teoría de la ponderación resultan ser los denominados positivistas o garantistas, como García Amado, Ferrajoli, Schlink, Moreso.

Dentro de nuestra investigación, nos centraremos en especial en las tesis positivistas, en especial a la crítica que se hace referencia al escepticismo con que miran los positivistas a dicho método por considerarlo como causante de inseguridad jurídica tanto para la autoridad como para los ciudadanos.

También Jürgen Habermas, hace una crítica respecto la ponderación de Alexy, ya que considera que la interpretación que realiza Alexy sobre los principios

en término teleológicos, conlleva a una pérdida de normativa deóntica dentro del derecho, así también como la irracionalidad que tiene la ponderación, sin embargo, si bien es muy importante esta teoría, en nuestra investigación nos centraremos en especial en la postura positivista que maneja Juan Antonio García Amado.

García Amado, refiere en primer lugar en un sentido político, que debido a la situación en la cual se encontró Alemania antes, durante y después de la Segunda Guerra Mundial, surgió por parte de la Filosofía del Derecho la necesidad de estudiar el derecho desde diferentes puntos, es por eso, que la creación que hace Alexy, fue hecha únicamente para el país germánico, sin embargo, diversos países han adoptado esta teoría para poder mantener a los legisladores y al orden jurídico al arbitrio y decisión del poder ejecutivo, así como de las élites sociales, económicas y políticas.

Ahora bien, en cuanto a la teoría filosófica jurídica que refiere García Amado, considera que la ponderación no es un método que permita un control racional, ya que, debido a la manipulación de los valores y principios, que pueden ser ponderados al libre arbitrio de los juzgadores, existiría un gran subjetivismo por parte de los mismos; podemos determinar que se puede seguir una filosofía analítica, ya que, se necesita poner límites legales para el actuar de los juzgadores, pero al no haber estos límites, se dejaría de un lado el control que realizan las normas y, al final de cuenta lo único que tenemos que hacer sería, establecer principios. Por lo cual, nos encontraríamos ante una situación de inseguridad jurídica, ya que al final de cuenta, si una norma establece que tengo una permisión para poder realizar la exigencia por ejemplo de la restitución de un inmueble objeto de un contrato de arrendamiento, el juzgador, aplicando el método de ponderación y, considerando que el peso que se hizo respecto del derecho de la propiedad privada y del derecho a que se tiene de disfrutar de una vivienda digna, el segundo derecho prevalece por encima del primero, simplemente no importarían las normas y, nos atenderíamos a lo que al final de cuenta determine el juzgador.

También, dentro de su pensamiento jurídico, García Amado, nos refiere que al final de cuenta, el método de la ponderación que se realiza por parte de los

juzgadores, no es otra cosa más que una simple subsunción de normas de jerarquía superior, por lo cual no se tiene algo nuevo, siendo así que los principios se pueden reducir a simples normas jurídicas subsumibles. Por ello, dentro de nuestra investigación, a través de esta forma de pensamiento podemos determinar que si bien se puede utilizar un método ponderativo por parte de juzgadores facultados por ley, para establecer jurisprudencia, el resultado de esta al plasmarse en la misma, será simplemente de una norma jurídica, la cual en caso de conflicto o contradicción, va a tener que ser resuelta de acuerdo a las formas que se determinan en los casos de conflictos normativos y, no se puede recurrir al método ponderativo.

Dentro de la teoría de los conflictos normativos, nos avocaremos al trabajo que ha realizado Carla Huerta en su libro del mismo nombre, así como también en la lógica jurídica que se emplea para poder resolver estos dilemas, ya que al final de cuenta, contrario a lo que propone la autora, consideraremos que la ponderación a través de la jurisprudencia, va a determinar ser simplemente una norma más, que al final de cuenta, cuando entre en conflicto con otra norma, si bien en esencia o naturaleza sea el resultado de una ponderación, esta, no se va a resolver a través del método ponderativo, sino que simplemente será otros conflicto normativo, que será resuelto de acuerdo a los métodos establecidos.

Capítulo II. La jurisprudencia en México

2.1 La jurisprudencia en el sistema y orden jurídico

Primeramente, es necesario distinguir entre sistema jurídico y orden jurídico, ya que no son sinónimos y, muchas veces se han entendido como lo mismo. En una primera concepción si entendemos al derecho como sistema jurídico, se hace a través de sus elementos los cuales se van a interrelacionar para formar una unidad, para poder determinar su operatividad.

Dicha distinción se va a explicar mediante la diacronía de la vigencia de las normas que integran al sistema, las normas se van a localizar e identificar por su operatividad a través del tiempo, así como por la posibilidad de aplicación de una no vigente. No se refiere únicamente a las normas que pertenecen, sino a las que han pertenecido, ya sean válidas o no, derogadas o no, vigentes o no. En las normas derogadas, el hecho de que hayan sido derogadas del orden jurídico, no va a afectar su pertenencia en el sistema.

Por eso debemos de distinguir entre pertenencia y aplicabilidad, en el primer sentido, todas las normas emitidas de acuerdo a lo prescrito por el sistema van a pertenecer al mismo, mientras que la aplicabilidad va a depender de la temporalidad del caso y del orden jurídico vigente, en un momento de los hechos como en la emisión de la resolución por parte de la autoridad competente.

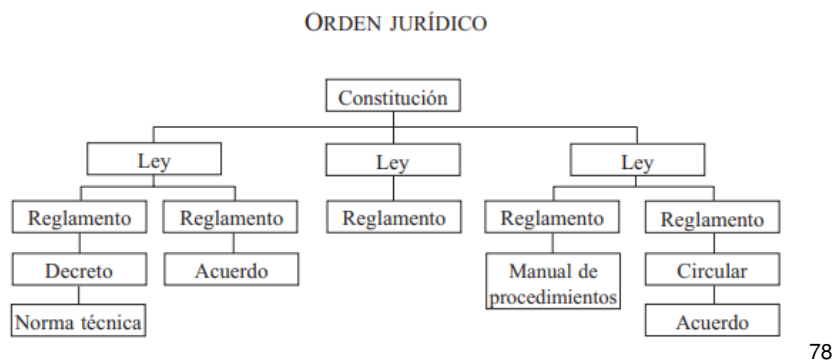
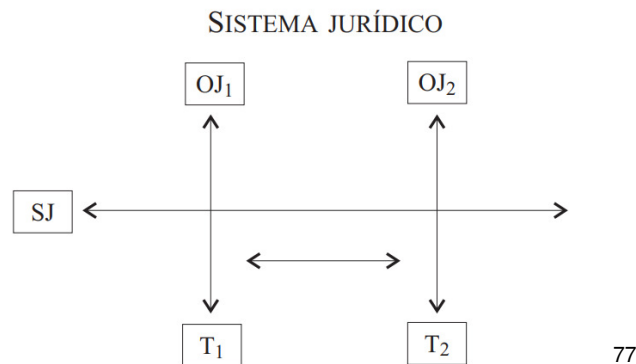
En el sistema las normas son o han sido vigentes, mientras que en los órdenes jurídicos son los contenidos temporales del mismo. El principio que regula la idea de sistema es la dinámica, ya que este se va modificando.

Así mismo, en el sistema se presenta una sucesión infinita de órdenes jurídicos, diferenciándose por el conjunto de normas que los conforman, mientras que, en el orden, se produce a través del cambio de una norma jurídica del sistema, es decir, va a existir una modificación de las normas, pero no va a existir cambio alguno en el sistema.⁷⁵ Se define como “conjunto de normas aplicables en un momento determinado a uno o varios casos específicos”.⁷⁶

⁷⁵ Huerta Ochoa, Carla, Teoría del derecho. Cuestiones relevantes, IJ UNAM, México, 2013, pp. 29 – 37.

⁷⁶ Ibidem, p. 35.

Para lograr una mejor comprensión, retomamos el diagrama que ha realizado Carla Huerta Ochoa.



De dicho diagrama, podemos retomar que el sistema jurídico es el todo, es el conjunto de ordenamientos jurídicos que han regido a través del tiempo, mientras que un ordenamiento jurídico es aplicable únicamente en una temporalidad establecida, por lo cual, puede ser diferente a través del tiempo y, esto se da a través de una reforma en la cual se puede dar un cambio significativo.

Mientras que en el orden jurídico, está va a tener una temporalidad determinada y, la creación de las normas que van a tener validez dentro del mismo, tiene que devenir de los propios ordenamientos que se presentan, mismos que van a derivar de una manera jerárquica, los cuales van a regir los hechos que se presenten, sin embargo cuando estos sean declarados inválidos o hayan sido

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ibidem, p. 31.

derogados o reformados, ya no van a pertenecer al orden jurídico, pero van a seguir perteneciendo al sistema jurídico.

El ordenamiento jurídico de acuerdo a Bobbio⁷⁹, es un conjunto de normas, en el cual concurren varias normas, más allá de las tres modalidades deónticas, las cuales son entendidas como normas de conducta, en esta sintonía, otra clase de normas que se encuentran en el ordenamiento jurídico son las denominadas normas de estructura o de competencia, las cuales no van a prescribir una conducta, sino que van a prescribir las condiciones y procedimientos mediante los cuales se dictan normas de conducta válidas, es decir, se refiere a las normas que regulan el procedimiento para poder crear otras normas.

La dificultad para ubicar todas las normas constitutivas de un ordenamiento va a depender de que estas no van a provenir únicamente de una sola fuente, distinguiendo así entre ordenamientos jurídicos simples y complejos, es decir, derivan de una sola fuente o de varias.

La complejidad que se presenta en un ordenamiento jurídico, deriva del hecho de que se tienen que regular las conductas en la sociedad que no hay poder capaz de poder satisfacerlas por sí mismo, es por ello que el poder supremo va a recurrir a dos medios:

- 1) La recepción de normas ya formulada, producto de ordenamiento diversos y precedentes.
- 2) La delegación del poder de producir normas jurídicas en poderes y órganos inferiores.⁸⁰

En todos los ordenamientos, al lado de las fuentes directas se encuentran fuentes indirectas que, de acuerdo a Bobbio, se distinguen en fuentes originarias y fuentes derivadas, siendo estas subdivididas en reconocidas y delegadas.

⁷⁹ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, Op. Cit., pp. 152 - 153.

⁸⁰ Ibidem, pp. 155 – 156.

En todo ordenamiento el último punto de referencia de toda norma va a ser el poder originario, siendo éste, la fuente de las fuentes.

Por fuentes del derecho, se puede referir a aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.⁸¹

El ordenamiento jurídico va a regular la producción normativa, es decir, las normas que regulan los procedimientos de reglamentación jurídica. Dichas normas son catalogadas como normas de estructura, ya que son las encargadas de regular la producción de otras normas.

La principal norma de acuerdo a la jerarquía normativa, va a ser la Constitución, aunque a su vez, van a existir normas secundarias que van a regular el procedimiento de creación normativa.

Siguiendo a Bobbio, en la producción de normas, se va a dar una división entre imperativos de primera instancia, siendo estos los mandatos de hacer o no hacer, y los imperativos de segunda instancia, dividiéndose en aquellos que ordenan mandar, prohíben mandar, permiten mandar, ordenan prohibir, prohíben prohibir, permiten prohibir, ordenan permitir, prohíben permitir y permiten permitir.

Una norma va a facultar a un órgano, confiriéndole cierta competencia para que los actos que realice tengan el efecto que se pretende, dichos actos van a ser jurídicamente válidos si y sólo si, existe una norma que prevea la facultad para poder realizarlos.

Por lo cual, si para que un acto sea válido, es necesario que exista una norma, la cual va a conferir facultades y, que un acto sea conforme a las condiciones impuestas por ella, entonces el enunciado que describe dicho proceso de creación jurídica va a ser verdadero, sí y solo sí, existe una norma que faculte al órgano a crear normas y que éste lo realice. La fórmula para el proceso de creación es la siguiente:⁸²

⁸¹ Ibidem, p. 160.

⁸² Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción analítica al estudio del derecho, Op. Cit., pp. 247 – 248.

$(\exists n) n [Or F \Phi] \& Or \Phi$ -s⁸³

De acuerdo a lo que nos ha planteado Bobbio, nos refiere que las fuentes del derecho devienen de una norma superior o suprema, ante esto, tenemos que referirnos a la Grundnorm de Kelsen y a la regla de cambio de Hart.

Kelsen, habla sobre que el fundamento de validez de una norma sólo va a poder encontrarse en la validez de otra norma, siendo esta una norma superior. La norma que da validez, proviene de una autoridad que tiene la capacidad o competencia para poder establecer normas válidas. La norma que da fundamento de validez a otra, va a ser una norma superior, la cual es una norma fundante básica denominada por Kelsen Grundnorm.⁸⁴

Grund es la connotación del origen, que quiere decir fundamental, por ello, es el origen del orden jurídico. Siendo así, el orden jurídico es una Grundnorm, un punto de partida que tiene un mismo elemento de validez. La Grundnorm, no va a ser solo una ficción, sino que va a ser una implicación lógica, ya que se establece precisamente porque hay un orden jurídico que existe y, si existe es porque hay una norma jurídica fundamental que establece la obediencia al primer constituyente.

En la Teoría de Kelsen, se da la idea de un sistema sucesivo de actos jurídicos o Stufenbau, esta sucesión de disposiciones, son facultades, por ejemplo, la Constitución faculta al congreso a expedir leyes, así mismo, el congreso facultad a muchas entidades, así como a los individuos a poder realizar actos jurídicos.

De acuerdo a Hart, rule of recognition menciona que el derecho que se estableció, determina qué órganos son capaces de reconocer el derecho, particularmente los tribunales, es decir, va a determinar cuáles son los órganos que establecen el orden jurídico, siendo estos los tribunales ingleses.

La regla de reconocimiento es entendida como regla última del sistema, en cuanto va a suministrar los criterios para determinar la validez de otras reglas del

⁸³ Esta fórmula se lee: para cualquier norma n, n es creada, modificada o derogada si, y sólo si, existe una norma que confiera la facultad a un órgano del orden jurídico.

⁸⁴ Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, trad. Roberto J. Vernengo, 16ª ed., Editorial Porrúa, México, 2017, pp. 201 – 203.

sistema, siendo la regla última, así mismo se da en el entendido de que hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacías, del cual va a ser el criterio supremo.⁸⁵

La regla de reconocimiento, va a ser, “un elemento que fundamenta el sistema jurídico, que le otorga unidad y certeza, identifica e individualiza a aquél, respecto de otros, contiene y ordena jerárquicamente los criterios que permiten identificar todas las normas válidas y las delimita respecto de otros sistemas normativos.”⁸⁶

En este sentido, se nos establece la característica que tiene la regla de reconocimiento, como la norma que dota de validez a las demás. Pero a su vez, también debemos de destacar, la división que hace respecto de las reglas secundarias, en especial, la regla de cambio, siendo aquella que va a facultar a un individuo o individuos a introducir nuevas reglas de carácter primario. Dichas reglas van a tener una conexión estrecha con las reglas de reconocimiento, porque van a incorporar a estas una referencia identificatoria.⁸⁷

Mientras que la rule of recognition de Hart, es un acto social específico, que se traduce en el que hacen los jueces, la Grundnorm de Kelsen va a ser una hipótesis lógica, que se deriva del hecho específico de que hay un orden jurídico positivo, en el cual se dice la forma de comportarse como el primer constituyente.

Como bien se señala por Alchourrón y Bulygin, “el orden jurídico se suele definir como el conjunto de todas las normas válidas, cuya validez depende de una norma dada, llamada norma fundamental”.⁸⁸

En consecuencia, va a ser a el propio ordenamiento jurídico el que nos va a establecer cuáles van a ser las fuentes del derecho, entendiéndose las fuentes del

⁸⁵ Hart, H.L.A., El Concepto de Derecho, Op. Cit., p. 132.

⁸⁶ Uscanga Barradas, Abril, Aspectos Centrales de la Teoría Jurídica de Herbert Lionel Adolphus Hart en Teoría Jurídica Contemporánea I, Abril Uscanga Barradas (coord.) Tirant lo Blanch, México, 2021, pp. 126 – 127.

⁸⁷ Hart, H.L.A., El Concepto de Derecho, Op. Cit., pp. 118 – 120.

⁸⁸ Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, Sobre la existencia de Normas Jurídicas, Fontamara, México, 1997, p. 67.

derecho positivo, ya que para que sean válidas deben de estar acorde con el mismo orden. De acuerdo a la validez que se desprende de la norma suprema, siendo en nuestro sistema jurídico la Constitución, se entiende que la jurisprudencia goza de validez jurídica ya que es prevista dentro de la misma.

Es por lo cual, la jurisprudencia en su carácter de figura jurídica dentro del ordenamiento jurídico va a tener su existencia dentro de la Carta Magna, en el artículo 107, previendo a los órganos facultados para poder llevar a cabo su creación, así mismo, se deriva de la Ley de Amparo, que va a determinar el procedimiento de su creación, gozando así la jurisprudencia de validez.

2.1.1 La jurisprudencia como fuente del derecho

La expresión Fuente del Derecho va a aludir al origen de las normas jurídicas, así como a su fundamento de validez. Dicha expresión tiene un carácter ambiguo y equivoco, por lo cual caben dos usos generales, el primero en lato sensu, se entiende como aquella doctrina, hechos e ideología que influyen sobre las instancias creadoras del derecho, mientras que, en un sentido técnico, designa los hechos o actos que son condición para que surja una norma en un orden jurídico determinado.⁸⁹

La palabra fuente proviene del latín fons, fontis, que hace referencia a un manantial de agua que brota de la tierra. Es por ende que, de acuerdo a esta concepción, se debe de entender en un sentido metafórico, por ello, fuente en el entendido jurídico se va a referir al lugar de donde procede el derecho.

Fuente se va a referir a los distintos tipos de procedimientos de creación normativa de normas generales, o a las normas que regulan dicho procedimiento.

Dicho término no va a referirse a los órganos competentes, sino solamente se va a referir al acto normativo como tal, es decir, a la norma que va a generar derechos y obligaciones y, por ende, también aquellas normas que regulan el proceso de creación.⁹⁰

⁸⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción analítica al estudio del derecho, Op. Cit., p. 181.

⁹⁰ Huerta Ochoa, Carla, Teoría del Derecho, cuestiones relevantes, pp. 81 - 83.

De acuerdo a Tamayo y Salmorán⁹¹, por fuente del derecho, entendemos el conjunto de hechos reconocidos como apropiados para crear (modificar, sustituir, derogar) normas de un orden jurídico. Por lo cual una norma va a ser creada a través de un procedimiento que está previsto en un ordenamiento jurídico, a través de la instancia social que es reconocida como creadora de derecho, por lo cual “toda norma jurídica tiene una fuente”.

La fuente solo va a tener un carácter de validez jurídico positivo, ya que va a devenir de una norma que va a ser la que le da validez, a través de la producción.

Aunque también en un sentido no jurídico, esta puede ser entendida como aquellos hechos que van a influir en la función de producción y aplicación de derecho, como pueden ser principios morales y políticos, teorías jurídicas, opiniones, sin embargo, estas al no tener la característica de fuentes jurídico positivas, no van a ser obligatorias, ya que no hay una norma jurídica positiva que las considere como tal y le da fuerza obligatoria.⁹²

Según la división clásica de las fuentes del derecho, estas se dividen en: formales, reales o materiales e históricas. En las fuentes formales, se van a dar los procesos de creación de normas jurídicas, en las reales se presentan los factores y elementos que van a determinar el contenido de las normas, por último, las históricas son los documentos en los cuales se presentó en cierto tiempo una fuente formal, la cual rigió.

En concordancia, con la teoría de las fuentes, las formales se pueden clasificar tanto en directas como en indirectas, entendiéndose por la primera de ellas aquellas que producen normas jurídica per se, en las cuales cabe mencionar la legislación, la costumbre, los tratados internacionales así como las normas jurídicas individualizadas, mientras que las segundas van a ser coadyuvantes en su elaboración a través de la interpretación, orientación y estudio, ya que en su

⁹¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción analítica al estudio del derecho, Op. Cit., p. 182.

⁹² Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, Op. Cit., pp. 242 – 243.

naturaleza, estas no producen normas jurídicas, de las cuales caben destacar la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.⁹³

En función del derecho positivo, Huerta Ochoa⁹⁴, quien de manera clara la realiza una clasificación, de la siguiente manera:

- 1) Fuentes primarias: aquellas reguladas por la norma fundamental.
- 2) Fuentes secundarias: aquellas reguladas por disposiciones secundarias.
- 3) Fuentes terciarias: aquellas que emanan de facultades delegadas por una autoridad competente y que se encuentran previstas en una norma inferior a las que tienen el rango de ley.

Así mismo, la forma en la cual se producen las normas a través de las fuentes, va a ser útil como solución en caso de contradicciones normativas, atendiendo ya sea a su ámbito temporal, de especialidad, de jerarquía o de competencia.

La jurisprudencia va a ser considerada como una fuente formal por tener el carácter de acto normativo, ya que no sólo se impone a las personas en un juicio, sino a los demás órganos judiciales, por lo cual hay creación del derecho.

También, se considera fuente del derecho no por la interpretación del orden jurídico, sino por su carácter integrador, ya que es una creación del derecho, un derecho nuevo, y, no simplemente va a constatar el derecho vigente.

Debido a esto, podemos determinar una dualidad de funciones que tiene, como interpretadora y como integradora, que se ve transformada en creación del derecho.

De acuerdo a la Teoría de las fuentes, la jurisprudencia se puede considerar como una fuente del derecho en todos los sentidos, ya que el resultado de la misma cumple con las características que tienen las propias normas jurídicas que son creadas de acuerdo al ordenamiento jurídico.

Así, en consecuencia, la jurisprudencia tiene dos formas de concepción, como fuente del derecho, una en el sentido de fuente formal directa en cuanto

⁹³ Álvarez Ledesma, Mario I., Introducción al derecho, Op. Cit., pp. 139 – 140.

⁹⁴ Huerta Ochoa, Carla, Teoría del Derecho. Cuestiones relevantes, Op. Cit., p. 96.

complementa al orden jurídico y, otra en cuanto a fuente formal indirecta referente a su labor interpretativa del orden jurídico, sin embargo, en ambas situaciones la jurisprudencia debe de ser reconocida como fuente formal del derecho. Por lo cual podemos concluir, que la jurisprudencia, es una fuente del derecho, por la simple razón de que crea derecho y, esto a su vez pertenece al sistema y orden jurídico mexicano.

2.1.2 La importancia de la jurisprudencia como fuente del derecho

La función que tiene la jurisprudencia dentro del campo jurídico es la de subsanar las deficiencias que se tengan así, como realizar la interpretación necesaria en caso de que existan dudas en la aplicación de un contenido normativo.

La jurisprudencia es un instrumento que permite llenar las lagunas de un sistema jurídico determinado, siendo así, que cada caso va a tener una solución dentro del propio sistema jurídico, permitiendo por ende lograr una determinación del significado, confiriendo por ende una certidumbre sobre su aplicación, y eliminando cualquier rasgo de arbitrariedad, logrando en consecuencia que se llega a una seguridad jurídica.⁹⁵

La jurisprudencia es obligatoria para todos los tribunales, en el sentido de que el criterio del tribunal superior impera sobre los inferiores, por lo cual la obligatoriedad va a recaer en un orden jerárquico. Siendo obligatoria desde el momento en que se dicta la resolución.

Otra característica aparte de la obligatoriedad es la constitución de un criterio que establece cómo debe de interpretarse una norma jurídica. También se acepta que el criterio judicial contenido en una sentencia, al interpretar la norma, crea derecho.

Así mismo, tiene una característica de generalidad, en cuanto es vinculante a todos los tribunales judiciales y jurisdiccionales.

⁹⁵ Huerta Ochoa, Carla, Teoría del derecho. Cuestiones relevantes, Op. Cit., pp. 43 – 44.

En consecuencia, como bien menciona Abreu y Abreu, si la jurisprudencia interpreta una norma ya sea constitucional, legal o reglamentaria, si tiene el carácter de ser obligatoria para todos los tribunales, si crea derechos y si goza de generalidad, no hay duda para mencionar que es una norma, en ciertos casos general y en otros abstracta con ciertas características. Una de ellas es en cuanto a su cualidad interpretativa que, resulta ser una norma adyacente a otra.⁹⁶

La jurisprudencia va normar y regular los casos concretos, por lo cual, van a ser vinculatorios y obligatorios para las partes, así mismo, va a engendrar derechos y obligaciones entre las partes, pero su función no se queda ahí únicamente, sino que se va a volver general para los demás casos futuros.

Al poder ser una fuente del derecho, los jueces facultados para emitir jurisprudencia van a poder, a través de la misma, ser partícipes en la creación de normas, las cuales van a pertenecer al orden y al sistema jurídico. Ya que si bien consideramos que un sistema jurídico, es completo, se deben de prever soluciones posibles para que toda situación jurídica que se presente ante un juez, pueda ser resuelta, ya que como bien menciona el artículo 18 del Código Civil Federal “El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”, en este sentido, la jurisprudencia como fuente es garante en la coadyuvancia para con los jueces de poder dar solución a los conflictos jurídicos que se presenten.

2.2 Papel de la jurisprudencia

Si partimos de la idea de que la jurisprudencia puede equipararse a una norma jurídica, por los aspectos que la distinguen, en la medida en que materialmente posee los atributos esenciales de aquélla, como son la generalidad, la abstracción y la imperatividad, así como la obligatoriedad porque así lo establece la Constitución en su artículo 94 que a su vez remite a la Ley Reglamentaria para el efecto de precisar los términos de tal obligatoriedad, es posible sostener que su principal función, es o debe ser, propiciar la seguridad jurídica en la administración de justicia, sin dejar a un lado su labor de interpretación, integración y medio para

⁹⁶ Abreu y Abreu, Juan Carlos, La Jurisprudencia en México, estado del arte, Op. Cit., p.105.

permitir la correcta evolución del derecho al adaptarlo a las circunstancias y exigencias sociales.

Para una buena administración es deseable, que entre los diversos órganos jurisdiccionales existan criterios uniformes que, dentro de lo posible, generen seguridad jurídica, y dicha circunstancia es lo que justifica el otorgamiento de facultades materialmente legislativas a órganos judiciales que se ejercen mediante el establecimiento de la jurisprudencia obligatoria.

En la actualidad, la jurisprudencia por reiteración de criterios dictada por el Pleno de la Suprema Corte tiene por objeto establecer criterios firmes para dar seguridad jurídica a los órganos jurisdiccionales, al foro y a la sociedad en general, ya que, tras la repetición de soluciones en cinco asuntos iguales, permite establecer las consideraciones generales con las que se puede resolver un mismo tema.⁹⁷

Como señala de la Cueva⁹⁸, el fenómeno de la jurisprudencia es inevitable y, a la vez benéfico, lo primero porque los jueces deben interpretar el Derecho antes de aplicarlo y, lo segundo porque la interpretación de una forma jurídica que tiene muchos años de vigencia, le otorga significaciones constantemente nuevas, ya que declaran que la interpretación es una adaptar las fórmulas normativas a las circunstancias cambiantes de la realidad social.

En el entendido de estas ideas, podemos determinar que la jurisprudencia como técnica resulta demasiado útil, ya que es una herramienta útil para el jurista.⁹⁹ Se debe de estudiar, desde dos puntos de vista, uno formal y otro material, la primera manera de estudiarla es a través de la forma de creación, es decir, como fuente del derecho; como lo hemos hecho con anterioridad. La otra forma de estudiarlo, es a través del sentido material, siendo por medio de la interpretación que realizan los órganos facultados para ello, es decir, en su facultad interpretativa e integradora, para poder crear derecho.

⁹⁷ Suárez Solorza, Vanessa Marisol, Derecho Constitucional, Porrúa, México, 2013, p. 340.

⁹⁸ De la Cueva y de la Rosa, Teoría de la Constitución, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2014, p. 43.

⁹⁹ Huerta Ochoa, Carla, La Jurisprudencia como técnica, Op. Cit., p. 397.

Así, lo que se va a conseguir es que el orden jurídico goce de una unidad y una coherencia, así como una plenitud, en la cual, si bien es cierto, que parece imposible ya que el sistema es dinámico, se da una gran labor por parte de los juzgadores, que son quienes al final de cuenta resuelven los conflictos que se presentan.

2.2.1 Función creacional de la jurisprudencia

De acuerdo a las características que revisten a la jurisprudencia, se determina que sus funciones son esencialmente dos, integra o interpreta, y a través de estas el resultado es que, crea derecho, estableciendo así su función y alcance dentro del sistema jurídico.

En el sentido de la función interpretativa e integradora que cumple la jurisprudencia, lo que realiza materialmente es una creación, es decir, a través de estas funciones que cumple, está creando derecho.

Aunado a esto, al ser una fuente formal del derecho, se entiende que está coadyuvando en la creación de normas jurídicas, incluso desde el punto de vista kelseniano de validez, se entiende que, al devenir de la norma suprema, se considera como una norma válida que a su vez puede dotar de validez a otras.

2.2.1.1 Función interpretativa

En la función interpretativa, la jurisprudencia se da cuando el órgano jurisdiccional establece una función de interpretación jurídica de las normas preexistentes.

Interpretar, etimológicamente proviene del latín *interpretationem*, derivada a su vez de *interpretatio*, que significa la acción y efecto de interpretar. La RAE, señala que interpretar se refiere a explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente de textos faltos de claridad, mientras que interpretación es la que se funda en las opiniones de los jurisconsultos.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición, Tomo II, Real Academia Española, Espasa Calpe, 1997, Madrid, p. 1181.

Se da una acción que realizan los órganos jurisdiccionales al momento de explicar o declarar el sentido de una norma, siguiendo la interpretación que se hace en la subsunción, respecto a la interpretación definición y la clasificación. Aunque en esta situación, dicha interpretación no se queda únicamente en ese sentido, sino que el alcance que tiene va a ser el de creacional de derecho.

La interpretación a la cual nos referimos es aquella, cuando el texto resulta ser oscuro o ambiguo, ya que en el caso de la subsunción no existen dudas respecto de su aplicación, en ese razonamiento que hacen los juzgadores al momento de aplicar el derecho.

Debemos de distinguir entre la interpretación judicial y la jurídica o de derecho, ya que la primera va a ser aquella que realicen los órganos judiciales en el ámbito de sus facultades y, la interpretación que realice va a ser catalogada como válida o inválida, sin embargo, la interpretación del derecho, se hace a través de los juristas o dogmáticos del derecho, aquí en cambio, las interpretaciones que ellos realicen pueden ser verdaderas o falsas. Esto, se puede entender de una mejor manera, con la división que hace Hart, respecto del intérprete interno y externo.

En un sistema jurídico la actividad interpretativa va a ser ejercida por algunos operadores típicos, por lo cual se distingue en auténtica, oficial, judicial y doctrinal.

En la interpretación auténtica, quien está facultado para interpretar es el creador o autor del mismo documento que es materia de la interpretación, es decir, por el propio legislador. En la oficial, se da por un órgano del Estado que lo realiza en el ámbito del ejercicio de sus funciones. Los órganos jurisdiccionales van a ser los facultados para realizar la interpretación de carácter judicial. Mientras que la doctrinal, es la que realizan los juristas.¹⁰¹

En nuestro sistema jurídico mexicano, únicamente cabe la interpretación legislativa y judicial, en nuestra Constitución, en el artículo 72 constitucional letra F, se establece la facultad que tiene el Congreso para realizar la interpretación de

¹⁰¹ Guastini, Riccardo, "La interpretación: objetos, conceptos y teorías" en Interpretación jurídica y decisión judicial, Rodolfo Vázquez (comp.) 4ª ed., Editorial Fontamara, México, 2016, p. 35.

leyes o decretos, así mismo, de acuerdo al artículo 14 constitucional, se refiere a la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales para fundamentar sus sentencias en materia de carácter civil de acuerdo a lo que establezca la letra o la interpretación jurídica de la ley, así como en su artículo 94 párrafo once constitucional.

Empero a lo anterior, hay críticos, como el Manuel González Oropeza¹⁰², quien menciona que, debido a nuestro sistema presidencialista, el poder ejecutivo en lugar de aplicar automática y mecánicamente las leyes, por lo cual, este ha llegado a ser poco a poco en el gran legislador, elector e intérprete del derecho.

Para efectos de nuestra investigación, no nos adentraremos al estudio de la interpretación legislativa, sino al estudio de la interpretación judicial.

En primer lugar, la interpretación de carácter judicial es la realizada por un órgano judicial o jurisdiccional, facultado por la Constitución para poder realizar la actividad interpretativa necesaria de la propia Constitución o de las normas.

La interpretación que se da por parte de los juzgadores, en aquellos casos en los cuales no hay una norma que regula dicha acción o existan normas que resulten insuficientes, vagas u oscuras. El ordenamiento jurídico va a facultar a los juzgadores para poder realizar las acciones necesarias que colmen dichas deficiencias, así mismo, facultando a ciertos órganos para poder dejar un precedente que en futuras ocasiones se pueda aplicar.

En su naturaleza interpretativa, la jurisprudencia realiza dicha función, en los casos en los cuales las normas jurídicas o las disposiciones normativas, sean ambiguas o vagas, es decir, cuando no se entienda por parte del juzgador, el sentido del precepto normativo. Debido a esto, el juzgador, se va a inclinar por algún método interpretativo, aunque siempre, va a prevalecer primeramente el método gramatical, esto debido a que nuestra Carta Magna, en el artículo 14 establece, que es la primera forma de interpretar.

¹⁰² González Oropeza, Manuel, “La interpretación jurídica en México” en Interpretación jurídica y decisión judicial, Rodolfo Vázquez (comp.) 4ª ed., Editorial Fontamara, México, 2016, p. 237.

Así mismo, existen diferentes tipos de interpretación judicial, como lo son la teleológica, la lógica formal, la sistemática y la funcional.

Con esto, lo que se busca, es determinar el sentido de cierto precepto normativo o de una norma, para poder establecer cuáles son los alcances que se deben de tener y la forma en que se tiene que entender, para posteriormente aplicarla por parte de los juzgadores, así mismo, llega a ser de gran utilidad ya que da seguridad jurídica.

La jurisprudencia interpretativa va a establecer o determinar que un contenido normativo va a ser jurídicamente correcto respecto de algún otro, por lo cual, debe de entenderse que, si existe alguna otra interpretación, esta no debe de ser tomada en cuenta, siendo así que se da una concreción del derecho.

2.2.1.2 Función integradora

En la función integradora, el órgano jurisdiccional se va a encargar de llenar las lagunas legales que existan en un determinado orden jurídico, creando la norma jurídica necesaria para colmar ese punto.

La palabra integrar, se concibe como completar un todo con las partes que falta, debido a la naturaleza de las normas, así como del orden jurídico. Resulta que el orden jurídico resulta no ser completo, por lo cual nos encontramos ante casos de lagunas legales.

Laguna se entiende como la circunstancia en que en un orden jurídico determinado no existe disposición aplicable a una cuestión jurídica, la cual se presenta ante los juzgadores cuando conocen de situaciones que no están previstas.¹⁰³

En esta situación se está ante una carencia de regulación jurídica de manera expresa, por lo cual se presenta el problema de integración, plenitud. Ante esto, deben el propio ordenamiento jurídico debe de prever la forma de solución, por lo

¹⁰³ Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción analítica al estudio del derecho, Op. Cit., p. 185.

cual los métodos que existen para poder colmar dichas lagunas, son: heterointegración y autointegración.

Respecto a la heterointegración, va a ser el juez, que en un sentido metafórico se convierte en legislador, ya que lo va a suplir para poder complementar el ordenamiento jurídico. Mientras que, en las formas de autointegración, se recurre a los principios generales del derecho y a la analogía para poder colmar la deficiencia que tiene dicho ordenamiento.

Se da la integración, de manera en hacer explícita la norma que, de acuerdo al juzgador, se encuentra implícita en el orden jurídico, o también, se da cuando simplemente sea hace creación del derecho, esto debido a que, debido al caso concreto que se presenta, no es suficiente satisfacerlo, ya que algo no fue previsto por el legislador.

Se determina el alcance que tiene la jurisprudencia como integradora como 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.¹⁰⁴

La jurisprudencia de integración va a ser una nueva norma, que ha sido creada por un órgano jurisdiccional, que tiene la facultad para realizarlo, a través de un resultado lógico de acuerdo al caso que se haya presentado y, debido a la falta de regulación del legislador, se debe de colmar.

¹⁰⁴ Semanario Judicial de la Federación, 8a. época, t. VII, Pleno, Salas y Tribunales Colegiados de Circuito, enero de 1991, p. 296.

2.2.2 ¿La jurisprudencia tiene un papel más amplio que sus tres funciones?

Las funciones que realiza la jurisprudencia respecto de la norma, es la de ser reiterativa, extensiva o restrictiva.

Cuando nos referimos a la palabra reiterar, entendemos volver a decir o hacer algo, de acuerdo a esto, podemos determinar que en la reiteración de la norma, la interpretación que se hace por parte de los tribunales, no es ser redundante, sino que se da una interpretación gramatical de la norma, ya que lo que se pretende establecer es una mayor seguridad en la aplicación de la norma, ya que se advierte que dicha norma debe de ser interpretada de forma literal, por lo cual, no existe una cuestión de vaguedad o ambigüedad en su entendimiento.

En cuanto a su carácter extensivo, primeramente, debemos de entender por extensivo como aquello que se extiende o puede extender, así como ampliar la aplicación a más cosas. En esta jurisprudencia, no se presenta la interpretación gramatical, sino que se van a utilizar otras, como históricas, lógicas, sistemáticas, teleológicas, etc.

Restricción, significa limitar o acotar, por lo cual, al referirnos a la jurisprudencia como restrictiva de la norma, entendemos que es una limitación respecto de la interpretación que se le dé a la propia norma.

2.3 Formas de creación

2.3.1 Diversas formas de creación

De acuerdo al orden jurídico, la jurisprudencia se puede establecer por precedentes obligatorios, por reiteración y por contradicción, cabe resaltar antes de la reforma del 7 de junio de 2021, existía la figura de la sustitución.

Los órganos judiciales, facultados para establecer jurisprudencia son el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las Salas de la Suprema Corte, los Tribunales Colegiados de Circuito, los Plenos de Circuito.

Así mismo, también existen tribunales que en su naturaleza son judiciales, pero jurídicamente gozan de carácter administrativo, como el Tribunal Superior

Agrario o el Tribunal Federal de Justicia Administrativa que, de acuerdo a sus ordenamientos tienen la facultad de establecer jurisprudencia.

Bajo este mismo contexto, en diversas Entidades Federativas, en sus respectivos códigos civiles procesales o en las leyes orgánicas se les faculta a los Tribunales Superiores de Justicia, determinar la interpretación de una norma o integrar algún ordenamiento jurídico de carácter local, es decir, poder fijar jurisprudencia.

En nuestra investigación, nos vamos a enfocar esencialmente en las facultades que tiene el Poder Judicial Federal, para poder establecer jurisprudencia.

2.3.1.1 Jurisprudencia por reiteración

Empezaremos por determinar la jurisprudencia por reiteración, la cual resulta ser la más común.

Fue Ignacio L. Vallarta, quien determinó la forma de establecimiento de la jurisprudencia a través de cinco precedentes. La jurisprudencia por reiteración lo que busca es establecer que los criterios que se han tomado son seguros tanto a los órganos judiciales como a la sociedad. Con anterioridad a la reforma del 2021, la Suprema Corte tenía facultad para poder establecer jurisprudencia por reiteración, posterior a la reforma, dicha facultad quedó delegada únicamente a los Tribunales Colegiados de Circuito, que con anterioridad ya contaban con dicha facultad.

Los requisitos y características, en el caso de reiteración son:

Votación. Se va a establecer por los magistrados que integran el Tribunal Colegiado de Circuito, por unanimidad de votos, es decir, por tres magistrados.

Número de sentencias. Requiere que exista una secuencia de cinco sentencias, para que se pueda catalogar como jurisprudencia.

Continuidad. Las cinco sentencias, tiene que ser en el mismo sentido, es decir, que se sostenga el criterio que se ha adoptado y, que no exista una interrupción en contrario.

Obligatoriedad. La jurisprudencia establecida por los Tribunales Colegiados, va a ser obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales del país, que sean de rango inferior, tanto federales como locales, judiciales y jurisdiccionales.

Proviene del mismo tribunal que dictó las sentencias. Va a ser declarada por el propio tribunal que ha establecido los cinco criterios continuados sin interrupción.

2.3.1.2 Jurisprudencia por contradicción

La jurisprudencia por contradicción, surge debido a la necesidad que tuvo la Suprema Corte de delegar sus funciones en nuevos órganos judiciales, los cuales se denominarían Tribunales Colegiados, esto debido al rezago que tenía de más de treinta mil asuntos, por lo cual se dio una reforma constitucional en el año de 1951. Aunque fue hasta 1967, cuando se les otorgó la facultad de poder integrar jurisprudencia por reiteración.¹⁰⁵

En el entendido de que, debido a la existencia de diversos tribunales colegiado en el país, era lógico que existiera contradicción de criterios entre los tribunales, lo cual daría origen a una inseguridad jurídica. Para poder dar solución a esta problemática, se determinó que fuera la Suprema Corte a través del Pleno o las Salas, o los Plenos de Circuito en caso de que los tribunales fueran del mismo circuito, quienes determinaran qué criterio debería de ser el que prevalezca, esto con la finalidad de poder dar seguridad jurídica.

Podemos determinar los requisitos y características de esta forma:

Legitimación para denunciarla. Para poder denunciar una contradicción jurisprudencia, la Ley de Amparo, faculta a los ministros de la Suprema Corte, los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados de circuito y sus integrantes, a los jueces de distrito, al Fiscal General de la República, o a las partes que intervinieron en los asuntos, dicha denuncia se hará ante la Suprema Corte de Justicia.

Contradicción. La contradicción se presenta, cuando en una sentencia se afirma algo, mientras que en la otra se niega. Se da en presencia de un operador

¹⁰⁵ Abreu y Abreu, Juan Carlos, La Jurisprudencia en México, estado del arte, Op. Cit., p. 79.

deóntica presenta una cosa de hacer mientras que en otra sentencia el operador deóntico determinar un no hacer.

Para la existencia de dichos requisitos, la Suprema Corte determinó que deben de existir tres requisitos: a) al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes; b) la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; y, c) los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos.

Competencia del Pleno. De conformidad con lo que establece el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación va a corresponder al Pleno de la Suprema Corte, conocer acerca de las denuncias que se hagan sobre la contradicción de tesis que se hayan dado entre las Salas de la Suprema Corte, por el Tribunal Electoral, por los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, por los Plenos de Circuito en materia especializada y, los tribunales colegiados de circuito con diferente especialización.

Votación. Respecto a la votación necesaria en la Suprema Corte, para poder determinar la prevalencia de un criterio sobre otro, se va a necesitar mayoría simple, es decir, la mitad más uno de los ministros presentes.

Órgano que resuelve. Debido a la naturaleza de quienes han determinado las tesis jurisprudenciales en contrario, quien va a resolver va a ser el órgano superior, es decir la Suprema Corte, actuando ya sea en Pleno o Salas.

También, quien goza de facultad para poder dirimir las contradicciones jurisprudenciales, van a ser los plenos regionales, siempre y cuando, las tesis contradictorias provengan de los tribunales colegiados de la región a la que pertenecen.

Objetivos. El objetivo que se persigue es evitar la existencia de contradicciones jurisprudenciales y, por ende, garantizar seguridad jurídica, tanto a los juzgadores, como a los abogados y la ciudadanía. A través de que un tribunal

superior fuera quien determinara qué criterio debe de prevalecer sobre otro o la forma de interpretación que se debe de dar.

Alcance. Los efectos que va a tener la jurisprudencia determinada a través de una contradicción de tesis, va a surgir sus efectos una vez que se haya determinado, por lo cual, no va a haber efectos retroactivos, es decir, que en los casos dentro de los cuales se haya utilizado un criterio jurisprudencial que el tribunal supremo haya determinado que no es válido, va a ser posterior a los efectos del mismo, por lo cual no va a afectar las decisiones que se hayan tomado con el criterio declarado inválido, mientras estas hayan sido con anterioridad a la resolución de la contradicción.

Así mismo, hay autores que consideran una tercera forma de jurisprudencia, misma que no es reconocida expresamente por la Constitución o la Ley de Amparo, siendo esta la Jurisprudencia Temática.

Se considera como una creación de la Suprema Corte que deriva de manera lógica de los principios que delinear la jurisprudencia por reiteración, pero con modificaciones en su estructura o composición, esto por razones de orden práctico y alcances diferentes.

Se presenta cuando se establece un mismo criterio jurídico interpretativo sobre diferentes ordenamientos y diferentes normas, pero con la característica de que dichas normas son análogas o iguales en contenido.¹⁰⁶ Menciona Juan Carlos Abreu, que “existe jurisprudencia temática cuando el criterio relativo deriva de normas análogas o esencialmente iguales, aunque contenidas en ordenamientos distintos.”¹⁰⁷

2.3.2 Límites en su creación

Si bien la jurisprudencia se considera como fuente del derecho y, sus efectos son la de ser creadora de derecho, se debe de entender que a su vez es limitada,

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 73 – 87.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 86.

ya que nace de otras normas que están siendo utilizadas para una situación en especial, es decir, para resolver un caso en específico.

El juzgador no va a gozar de la misma facultad que tiene el legislador para poder crear todo un ordenamiento jurídico, sino que su límite es más acotado a los ordenamientos, por lo cual se puede decir, que resulta ser un legislador negativo, ya que lo que puede realizar es expulsar del orden jurídico una norma o integrar o interpretar una norma, materializándose como creación de la misma.

Existe una subordinación por parte de los juzgadores para el ordenamiento jurídico establecido, así como a los hechos que dieron lugar a la jurisprudencia, es por ello, que no van a poder ir más allá, es decir, si se está interpretando una norma que se refiere a las facultades que tiene un trabajador de confianza, no se va a poder determinar dentro de la misma, el derecho a huelga de un sindicato, ya que no en los hechos y en los enunciados normativos que se presentan no existe relación alguna entre uno y otro

Por lo cual, la jurisprudencia se ve limitada por las propias normas o enunciados normativos que trata de interpretar o de integrar.

2.3.3 Nuevas formas de creación

La figura de la jurisprudencia por precedente obligatorio es reciente en nuestro sistema y orden jurídico. El precedente resulta ser una figura jurídica introducida en el derecho mexicano a través de la reforma judicial que tuvo lugar el 7 de junio de 2021.

El precedente jurisprudencial, va a ser establecido por la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, además, va a ser obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales y jurisdiccionales.

Los requisitos y características que distinguen al precedente van a ser:

Votación. Para que un precedente adquiera dicha categoría y, goce de obligatoriedad, debe de reunir los votos de ochos ministros de la Suprema Corte cuando esta actúe en Pleno, así mismo, en dado caso de que actúe en Salas, se va a requerir el voto de cuando menos cuatro ministros.

Número de sentencias. A diferencia de la jurisprudencia por reiteración, la cual necesita de cinco resoluciones continuas en el mismo sentido, en el precedente únicamente se va a necesitar de una sentencia

Criterio. El criterio para poder establecer un precedente se considerado como tal, versa sobre el entendido de que tiene que ser paradigmático y trascendental.

Obligatoriedad. El precedente va a gozar de observancia obligatoria por parte de todas las autoridades jurisdiccionales federales, así como de las entidades federativas.

2.4 Forma de extinción

La jurisprudencia deja de existir en el orden jurídico más no en el sistema jurídico, cuando pierde su carácter vinculatorio que lo caracteriza, ya sea porque el mismo órgano así lo determinó o por causas ajenas a este.

En el artículo 94 constitucional, se prevé la extinción de la jurisprudencia, refiriéndose que la propia ley va a ser la que va a determinar su interrupción. En consecuencia, con anterioridad se establecía la figura de la modificación, pero esta al ser coligada con la jurisprudencia por substitución ha sido derogada.

Como se expuso en la jurisprudencia por reiteración, la interrupción, se da cuando se produce una resolución en un sentido contrario a la que se ha venido dictando, por lo cual el criterio que se estaba formando, pierde su continuidad.

Esto se da ya que la propia Ley de Amparo, en su artículo 228, menciona que los tribunales no están obligados a seguir sus propias jurisprudencias, por lo cual pueden adoptar un nuevo sentido, siendo así, que se interrumpe la continuidad y se deja de tener carácter obligatorio.

Otra forma de determinar la invalidez de criterios jurisprudenciales por parte del órgano judicial, se da a través de la contradicción de tesis, ya que en esta se va a resolver qué criterio va a prevalecer sobre el otro. Resulta interesante esta figura ya que al momento de resolverse esta situación se va a poder acoger uno de los criterios, ninguno, ya que se sustente otro o, parte de ambos, sin embargo, únicamente en la primera situación va a quedar uno mientras que el otro va a ser

declarado inexistente, en cambio en los otros dos supuestos, se determina que ninguno va a prevalecer o sólo en parte, pero en ambos casos van a ser declarados inválidos.

Ahora bien, en cuanto a lo que resulta de la extinción de la jurisprudencia por un órgano distinto al de su creación, debemos de tomar en cuenta que se puede dar por la abrogación, derogación o modificación de la norma u orden normativo del cual se desprendía.

Recordando que el derecho es dinámico y va cambiando de acuerdo a la sociedad, vivimos en un constante cambio de reformas, adiciones, derogaciones, abrogaciones, constituyendo un orden jurídico nuevo. Es por esta situación, que la jurisprudencia al ser una norma jurídica que de acuerdo a la estructura del Pannomion, en la cual una norma no se puede explicar sin el resto, o bien a las und self dier versteing normen que se refiere Kelsen, en la cual las normas forman una sucesión integrada de relaciones condicionales, si una norma jurídica (n_1) es derogada, su continuación (n_2, n_3, n_n), no tienen razón de existir en el sistema jurídico, por lo cual, si no fueron abrogadas de manera tácita, ya no tienen razón de existir dentro del ordenamiento jurídico, sin embargo, sí tienen importancia y trascendencia de aplicación en el sistema jurídico, atendiendo también a la retroactividad de las normas.

Aunque también es importante destacar que si bien (n_1) fue derogada, puede que las subsecuentes (n_2, n_3, n_n) no sólo sea consecuencia de (n_1), sino que a su vez exista una relación con otra norma (n_α) por lo cual puede seguir gozando de vigencia y validez.

2.5 Reforma constitucional del 11 de marzo de 2021

2.5.1 Paso de la jurisprudencia a precedente judicial

El 18 de febrero de 2020, se presentó ante el Senado de la República por parte del Ejecutivo Federal, un proyecto de reforma a la estructura, naturaleza y

facultades del Poder Judicial de la Federación, a través del texto íntegro¹⁰⁸ de iniciativa que presentó el presidente de la SCJN, es por ello, que se cataloga como una reforma del y para el Poder Judicial Federal, producto de la reflexión de sus fortalezas y debilidades.

El proyecto de reforma fue aprobado en lo general y particular por el Senado de la República, el 27 de noviembre de 2020, por lo cual pasó para su aprobación en la Cámara de Diputados, en la cual en el mismo sentido fue aprobada.

Con posterioridad la reforma constitucional se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 11 de marzo de 2021, tuvo como consecuencia grandes cambios significativos dentro del Poder Judicial de la Federación, en especial en el funcionamiento de la SCJN, así como del Consejo de la Judicatura Federal, el Instituto Federal de la Defensoría Pública y la Escuela Federal de Formación Judicial.

Una de las características que más llamó la atención, fue la del cambio de jurisprudencia a precedente, la cual para nuestra investigación resulta importante. La situación que dio lugar al cambio de jurisprudencia por precedentes para la Suprema Corte, se debe a que la Suprema Corte, establecía jurisprudencia por reiteración, en la cual era necesario cinco resoluciones en el mismo sentido, debido a esta situación en la cual se veía envuelta, se consideró que era mejor cambiar de paradigma y, en aras de una mejor certeza de protección de derechos y evitar que se llegue a cinco ejecutorias en el mismo sentido, se decidió optar por el uso del presente judicial, el cual a diferencia de la jurisprudencia por reiteración, únicamente se va a necesitar de un criterio que sea paradigmático y trascendental para poder establecerla.¹⁰⁹

Como se mencionó en las formas de creación de jurisprudencia, existía la figura de la jurisprudencia por sustitución, empero, debido a la reforma, dicha figura quedó derogada del ordenamiento jurídico. La razón que se dio por parte del Poder

¹⁰⁸ Reforma Judicial con y para el Poder Judicial, febrero, México, 2020 [en línea] <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_transparencia/documento/2020-02/Reforma-Judicial-PJF.pdf> [consultada: 14 de marzo de 2022]

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 5 – 6.

Judicial es que, dicha forma en la práctica era muy rara, ya que resultaba poco común que los propios tribunales cambiaran su criterio.

2.5.2 Importancia del paso de jurisprudencia a precedente

El precedente se puede entender en un ámbito jurídico, como el producto de la actividad judicial, es decir, algo producido por los jueces, que tiene un alcance general y que goza de innovación.

En las características que se consideran importantes del paso de jurisprudencia a precedente, resulta ser que, debido a los cinco criterios continuos, en muchas ocasiones las sentencias no tenían el impacto que deberían de tener, ya que necesitaban acudir en otras cuatro ocasiones a la Suprema Corte para poder defender y ser reconocidos en sus derechos.

Así, en consecuencia, sólo basta que una persona acuda ante la Suprema Corte y ésta, se pronuncie sobre cierto derecho, para que las diferentes personas que se llegan o lleguen a encontrar en la misma situación, no necesiten acudir ante el Tribunal Supremo y, simplemente sean los tribunales judiciales locales o federales, los que les reconozcan dichos derechos. Por ello, se puede lograr un mayor acceso a la justicia, así como de una manera más eficiente y rápida.

2.5.3 Alcance que llega a tener el precedente judicial

Debido a la naturaleza que tiene el precedente judicial, todos los órganos judiciales y jurisdiccionales se va a ver compelidos a llevar a cabo un seguimiento de los criterios que adopten las Salas o el Pleno de la Suprema, por lo cual

El precedente judicial, goza de dos características sumamente importantes en cuanto a la doctrina del stare decisis, que son la ratio decidendi y el obiter dictum. El precedente judicial puede ser entendido como “el proceso o medio por el cual los juzgadores resuelven, siguiendo las decisiones tomadas en casos previos.”¹¹⁰

¹¹⁰ Medina Arellano, María de Jesús, “Ratio Decidendi” en Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo II, Eduardo Ferrer Mac-Gregor et. al. (coords.) IJ UNAM, México, 2014, p. 1087.

La figura inglesa del precedente, requiere de la aplicación del principio stare decisis, es decir, adherirse a los casos resueltos, siendo como tal una característica de observancia obligatoria para el propio tribunal, así como a los demás del mismo rango, por lo cual deben de aplicar a los casos las decisiones previas que se han resuelto y que estén de acuerdo a la ratio decidendi.

La ratio decidendi, es la parte toral de la resolución, ya que va a ser la razón relevante como criterio de identificación del precedente, va a ser la razón de la decisión, es decir, es un enunciado general de la motivación a las sentencias, se da por medio de la justificación de la decisión.

Va a ser el principio normativo obligatorio para casos posteriores planteados ante la misma jurisdicción, con fuerza vinculante y aplicada por los tribunales del mismo rango o inferiores.¹¹¹

La ratio decidendis, generalmente no es enunciada explícitamente, sino que se tiene que identificar a través del pronunciamiento normativo subyacente al caso. Es por eso necesario distinguirla de la obiter dictum, ya que esta resulta ser el conjunto de opiniones, hechos no materiales o razonamientos que resultaron ser irrelevantes para el caso.

En consecuencia, debido a las características que distinguen al precedente, el alcance que se puede determinar es aquel que marca la ratio decidendis, aunque dicha situación va a ser complicada ya que debido a nuestra familia jurídica de civil law, estamos apegados a que en la ley se exprese lo que se debe de entender, es por ello, que hay que tener mucho cuidado al momento de determinar cuál va a ser el alcance, ya que para un abogado puede ser X mientras que para otros puede ser Y, es por eso que se debe de tener cuidado ya que pueden haber diferentes modos de interpretar.

2.5.4 Exclusividad de la Suprema Corte para dictar precedente

La función del precedente en el sistema del common law, sobre su obligatoriedad resulta que los tribunales de menor jerarquía están obligados por los

¹¹¹ Ídem.

tribunales superiores, así mismo, los tribunales inferiores también están obligados respecto a los asuntos de derecho estatal, por los tribunales de apelación estatal, por los tribunales federales y la Corte Suprema.

Respecto a los tribunales federales, estos están obligados por los tribunales federales superiores, sin embargo, en el caso de asuntos de derecho estatal, van a estar obligados a los fallos de los tribunales estatales, mientras no vulnere el derecho federal.¹¹²

En dicho sistema, se presenta que los precedentes pueden ser elaborados por los distintos órganos judiciales en el derecho anglosajón, mientras que, en la reforma judicial, únicamente se previó la creación por parte de la SCJN, dejando a un lado los tribunales colegiados o plenos de circuito. Sin embargo, debido al Federalismo, en el cual nos encontramos, los tribunales de justicia de las Entidades Federativas, puede que el día de mañana puedan establecer precedentes, aunque a diferencia del common law, este sólo será obligatorio para los juzgados locales de sus respectivas jurisdicciones y, en ningún momento podrían ser obligatorias o de observancia para los tribunales colegiados o los juzgados de distrito.

El precedente en esta situación va a crear y fijar una norma jurídica, por lo cual el derecho va a estar contenido en estos, de acuerdo a Hart, van a ser los juzgadores los que crean lo que es derecho.

No se dio ninguna razón para poder establecer que la SCJN fuera la única que pudiera establecer precedente, La Suprema Corte se reservó la exclusividad para poder dictar precedente obligatorio, por lo cual no realizó argumentos para poder defender dicha postura, siendo parte de la crítica de diferentes juristas.

2.5.5 Crítica al precedente judicial

Existen diversas críticas respecto a la reforma constitucional que tuvo lugar el 11 de marzo de 2021, como la falta de legitimidad democrática de origen por parte de los ministros, así como la intervención de los otros dos poderes en la elección de los mismo y, la falta de participación de la Cámara de Diputados en su elección;

¹¹² Abreu y Abreu, Juan Carlos, La Jurisprudencia en México, estado del arte, Op. Cit. pp. 31 – 34.

también lo tendiente a la falta de considerarse un tribunal constitucional, ya que todavía sigue teniendo facultades en asuntos de legalidad; los métodos interpretativos y argumentativos en especial del neoconstitucionalismo si tomar otras teorías y doctrinas; la existencia de un centralismo judicial; entre otras de suma importancia y relevancia para la sociedad.¹¹³

En las críticas que podemos determinar, en cuanto a este cambio de criterio al precedente, son: en primer lugar, ¿cuándo estamos ante un caso paradigmático y trascendental? Ya que no existe una definición como tal de lo que se tiene que entender por ello, siendo así una concepción ambigua. Nos estamos encontrando ante una situación de discrecionalidad por parte de los ministros, ya que, para un ministro puede considerarse que caso X sea paradigmático y trascendental, mientras que para otro ministro no sea así. Siendo que sea fácil o difícil establecer un precedente.

Otra crítica es referente a la mayor garantía que se tenía en el caso de cinco ejecutorias, como hemos mencionado Ignacio L. Vallarta, determinó que para en el caso de que existiera una mayor seguridad para los juzgadores y la ciudadanía, se necesitaba de una consecución de cinco precedentes para poder establecer jurisprudencia, ya que con esto se tiene una mayor certeza en la interpretación o integración de las normas.

Así mismo, es importante señalar que, en el caso de la continuidad de los criterios, se puede presentar la interrupción del mismo, lo cual no se presenta en el precedente, la interrupción resulta útil, ya que se puede presentar que se empiece adoptar un nuevo criterio debido a las condiciones que se están presentando en la sociedad, en el ordenamiento jurídico, por ello, podemos determinar que aunque sea necesario un solo criterio para crear precedente, puede resultar más favorable la figura de la reiteración.

¹¹³ Cárdenas Gracia, Jaime, “Los olvidos de la reforma judicial 2021” en Las Reformas Constitucionales de Amparo y derechos humanos de junio de 2011, Nuria González Martín et. al. (coords.) Serie de Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, Núm. 44, IIJ UNAM, México, 2021, pp. 45 – 50.

Así mismo, aunque se alega que se logra una celeridad en el acceso a la justicia, puede resultar esto contradictorio, ya que, se puede dar el caso en que sólo exista un caso que sea precedente y, no existan más al respecto, por lo cual al final de cuenta va a terminar siendo una simple norma olvidada.

Otra crítica, resulta ser la de exclusividad que tiene la Suprema Corte, para dictar el precedente, adoptando una posición de un precedente horizontal, es decir, que sólo puede provenir de la Suprema Corte, por lo cual se tiene una centralización judicial, ya que sólo son válidas las interpretaciones que llegue a tener la Suprema Corte, esta es una de las críticas que siempre se ha hecho.

Capítulo III. Función judicial

3.1 Decisión Judicial

El Estado es un ente creado por una sociedad humana, en el cual a través de una norma fundamental o suprema se va a justificar su creación y así mismo, lo va a dotar de imperium.

El ejercicio del poder público del Estado, da lugar a que se determine su ejercicio debido a los diversos acontecimientos históricos que se han presentado, en consecuencia, se ha debido de limitar el ejercicio del poder a través de la división de poderes, esta división de acuerdo a Montesquieu se presenta a través del poder judicial, poder legislativo y poder ejecutivo, dicha división tripartita se reconoce en nuestro orden jurídico de conformidad con el artículo 49 constitucional. Es importante mencionar que, debido a las teorías del Estado actuales, esta concepción trial ha empezado a ser desplazada a través de los ideales de los organismos autónomos.

La división de poderes fue el resultado de la doctrina del pensamiento liberal posterior a la revolución francesa de 1798, dando paso del denominado Estado decimonónico o Estado antiguo al Estado moderno, en la primera el gobierno recaía únicamente en una persona siendo este el rey, monarca o emperador, mientras que en la segunda concepción se dio el cambio a un gobierno conformado por una gran pluralidad de personas, representando a la ciudadanía, dando lugar al congreso o parlamento.

Es así que, el poder legislativo es el encargado de producir las normas que van a regular a las personas; el poder ejecutivo tiene prohibido hacer normas salvo casos excepcionales que determine la propia Carta Magna, ya que su función se limita a la aplicación y ejecución de las mismas; por último el poder judicial es el que se va a encargar de realizar la examinar la constitucional y determinar la infracción de las normas, así como la aplicación de las condenas y la prevención de daños inmanentes, así mismo, realiza la custodia del cumplimiento de la Constitución así como garantizar los derechos que establezca, “incluso si, para hacerlo, debe

afrontar la ira de las multitudes”.¹¹⁴ Por ello que su mandato proviene de una expresión a más largo plazo de la voluntad popular, es por ello que los jueces no se nombran de manera de elección directa, sino a través de concurso técnicos en los cuales se pone de manifiesto las cualidades personales y jurídicas del candidato.¹¹⁵

De esta manera, la división de poderes va a significar un equilibrio del ejercicio del poder público, de acuerdo a la ley, en cuanto a sus funciones ejercidas conforme a sus facultades. El orden jurídico, va a ser el que va a delimitar la función de cada uno de estos poderes, así como la de los individuos que la han de desempeñar, para esto, se va a necesitar un nombramiento, un “acto de creación por medio del cual se constituya jurídicamente el titular del órgano.”¹¹⁶

En un diseño constitucional de Estado democrático de derecho, se va a sustentar en la atribución a los diferentes órganos que conforman la competencia del poder legislativo para la creación del derecho, mientras que al poder judicial le va a corresponder la aplicación del derecho que haya creado el legislativo, esto se traduce como función legislativa para el primero y, función judicial para el segundo.¹¹⁷

La función judicial se desarrolla a través del poder judicial del Estado, el cual tiene como fin mantener la seguridad jurídica, el orden, el cumplimiento de las normas en caso de inobservancia por parte de las autoridades o de los particulares. “Los magistrados están para aplicar las leyes, incluso las que no les gusten. Pero ante todo están para aplicar la Constitución, incluso si no les gusta.”¹¹⁸

Los jueces, actuando de manera individual o conjunta en órgano colegiado, son denominados como decisores normativos, ya que se caracterizan porque en el

¹¹⁴ Guibourg, Ricardo A., La función judicial, Revista pensar en derecho, Buenos Aires, 2015, p. 37 [en línea] <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/la-funcion-judicial.pdf>> [consultada: 18 de marzo de 2022]

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Kelsen, Hans, Compendio de la Teoría General del Estado, 2ª ed., Ediciones Coyoacán, México, 2012, p. 2012.

¹¹⁷ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley”, en La función judicial. Ética y democracia, Jorge Malem et. al. (comps.) Gedisa Editorial, Barcelona, 2003, p. 40.

¹¹⁸ Guibourg, Ricardo A., La función judicial, Op. Cit., p. 38.

ejercicio de sus funciones van a tener que tomar decisiones, mismas que van a tener que ser acatadas de manera obligatoria por los sujetos a los que van dirigidas.¹¹⁹

La función que le compete al poder judicial, se puede determinar como aquellas acciones que los constriñen a declarar o resolver problemas sobre normas jurídicas, sobre los hechos que se suscitaron en el pasado, a través de una decisión, la cual debe estar justificada y, se ve materializada a través de una resolución.

La función jurisdiccional obedece a dos grupos: por un lado, aquel en el cual la controversia versa sobre la clasificación o tipificación de un caso individual pertenece a uno genérico y, por otro lado, aquellos que van a versar sobre la calificación normativa de una determinada conducta. Siendo así, que al juez se le va a preguntar, en primer lugar, sobre la clasificación, es decir, aquellos en los cuales hay una subsunción de un caso individual bajo uno genérico y, por otro lado, se le pregunta normativamente, sobre la clasificación normativa de una conducta respecto del caso individual.¹²⁰

Dependiendo del sistema jurídico en que se encuentre, los jueces o magistrados no tienen la facultad para poder decretar la inconstitucionalidad de una norma o de una ley, lo único que pueden realizar es aplicarla o en su defecto dejar de aplicar dicha norma respecto del caso que están conociendo, aunque esta última acción se debe de presentar en el momento en que se contraría dicha norma con un derecho humano, sin embargo, los únicos para poder realizar dicha acción van a ser los miembros del Tribunal Constitucional, quienes expulsan del orden jurídico aquella norma o supuesto normativo que vaya en contra de la propia Constitución.

Esta función la podemos observar en nuestro sistema jurídico mexicano, en el cual, el único facultado para poder determinar la inconstitucionalidad de una

¹¹⁹ Barragán, Julia, "Decisiones judiciales y desempeño institucional" en La función judicial. Ética y democracia, Jorge Malem et. al. (comps.) Gedisa Editorial, Barcelona, 2003, p. 181.

¹²⁰ Alchourrón, Carlos C., y Eugenio Bulygin, Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, 2ª ed., Editorial Astrea, Bogotá D.C., 2013, pp- 206 – 208.

norma, una ley, un tratado internacional, una iniciativa de reforma, etc., es la Suprema Corte a través de los diferentes mecanismos de defensa constitucional.

En el caso de México, para entender de una mejor manera la función judicial, nos tenemos que remontar a la reforma que dio lugar el 31 de diciembre de 1994, en la cual se dotó al poder judicial federal de una mayor democracia e independencia “para poder defender las garantías constitucionales, incluidas la protección de los derechos y la división de poderes, así como para poder resolver los conflictos entre los demás órganos o poderes públicos.”¹²¹

Bajo estos supuestos, el actuar judicial de carácter federal se encuentra establecido en los artículos 94 y siguientes de nuestra Carta Magna, estableciendo los organismos facultados para poder conocer de los conflictos que se llegaren a suscitar entre personas físicas o morales, así mismo su actuar se ve conferido en distintas legislaciones secundarias como la Ley de Amparo, o la ley que reglamenta las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, así como las leyes procesales y leyes orgánicas.

Mientras que, en el ámbito de las Entidades Federativas, se va a ver regulado su actuar judicial en el artículo 116 constitucional, así mismo, también en las respectivas constituciones locales de cada Estado, como en sus códigos de procedimientos y en sus respectivas leyes orgánicas de cada poder judicial.

3.2 Teoría de la decisión judicial

El poder judicial como órgano del Estado, posterior a la Segunda Guerra Mundial, así como de la caída de la Unión Soviética, tomó un papel más decisivo, esto nos ha llevado a que, en los Estados Constitucionales de Derecho, dentro de la función judicial, se haya dado lugar al desarrollo de la argumentación jurídica, así como la interpretación jurídica.

Posterior a estos eventos, el método jurídico que utilizaban los juzgadores fue puesto en duda, análisis, crítica, generando un gran debate sobre la forma de

¹²¹ Flores, Imer B., La naturaleza de la función judicial: democracia e independencia en Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina, IJ UNAM, México, 2013, p. 268.

actuar de los juzgadores, dando por ende un cambio paradigmático en el actuar no sólo judicial sino también, democrático y político de los jueces.

En la decisión judicial, se han utilizado diferentes métodos para poder llegar a una respuesta, primeramente, método proviene del latín *methodus*, que significa camino, por lo cual se entiende como un camino, los pasos a seguir, un procedimiento para poder llegar a algo.

En la ciencia jurídica lo que se busca es decidir qué se debe hacer, por ende “la pauta principal no la dan en estos ámbitos los hechos y su verdad, sino las valoraciones personales”¹²², habrá que valorar y decidir.

Con base en esto, en aquellas materias donde lo determinante es una decisión relacionada con deberes, nos vamos a encontrar ante la razón práctica, dentro de la cual el Derecho tiene su lugar. La razón práctica va a tener su lugar, en el momento en que se elija entre varias alternativas de comportamiento bajo ciertas condiciones de incertidumbre, por lo cual al no haber un método objetivo va a haber una valoración personal, es por ello que en esta situación va a entrar la razón práctica para poder determinar si entre tales valoraciones se va a poder distinguir cuál es la objetivamente mejor o si sólo van a ser puras opiniones subjetivas.

Nos vamos a centrar en el método de aplicación para las normas jurídicas, ya que va a ser a través de este que los jueces van a resolver los casos que se les presente. Siempre habrá problemas, ya que las normas no serán perfectas, porque más allá de si son justas o injustas, al ser consecuencia de un lenguaje ordinario se adolecerá de problemas de indeterminación en el lenguaje, provocando por ende varios problemas interpretativos.

De acuerdo a García Amado¹²³, las doctrinas metodológicas se pueden dividir en dos corrientes, las racionalistas y las irracionalistas. En aquella corriente irracionalista, se va a considerar escéptica en cuanto a la posibilidad de que pueda haber un método con el que se pueda medir con algo de objetividad la corrección o

¹²² García Amado, Juan Antonio, *Razonamiento jurídico y argumentación*, nociones introductorias, Zela Grupo Editorial, Perú, 2017, p. 98.

¹²³ *Ibidem*, p. 106.

incorrección de las decisiones judiciales, por lo cual todas las decisiones judiciales que se toman es un reflejo de las preferencias personales y subjetivas del juez,¹²⁴ dentro de esta categoría se puede considerar al realismo jurídico escandinavo y norteamericano, a la Escuela de Derecho Libre, en parte al pensamiento kelseniano, así como a los Critical Legal Studies.

Contrario sensu, en la doctrina del racionalismo, este se va a entender como aquella en la que los filósofos creen que la racionalidad o corrección objetiva sí es posible y, en consecuencia, se alcanzará en el momento en que el juez razone y decida la solución al problema a través de la utilización del método apropiado. Dentro de los racionalistas, existe una importancia relevante que se le da a la lógica, en un primer punto se considera a las reglas de la lógica como aquella condición necesaria y suficiente para que el razonamiento del juez sea totalmente racional, en otro punto de vista, se considera a la lógica únicamente como condición necesaria pero no suficiente, porque la decisión si bien la decisión proviene del razonamiento judicial esta puede no ser correcta cuando existen errores lógicos como: inferencias inválidas, falacias y, también no existe una corrección para el contenido material de las premisas; en consecuencia, a la primera postura se le conoce como racionalismo logicista, mientras que, a la segunda, racionalismo no logicista. En la primera teoría, se puede considerar a la Escuela de la Exégesis, así como a la Jurisprudencia de Conceptos, mientras que, en la segunda teoría, encontramos a la Jurisprudencia de Intereses, la Teleológico y la de Valores.¹²⁵

En distintos momentos de la historia, han existido diferentes métodos de aplicación del derecho, por lo cual la forma en que deciden los jueces, se ha ido transformando, durante mucho tiempo se ha utilizado el sistema lógico jurídico el cual se da a través del silogismo jurídico, en el cual a través de dos premisas se llega a una conclusión, es decir, en la premisa uno (p_1) se prevé la acción en el sistema u ordenamiento jurídico, así mismo en la premisa dos (p_2) es la acción u

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Ibidem, pp. 118 – 136.

omisión realizada por la persona y, por último, en la conclusión (∴) es la sentencia o resolución que dicta el juzgador.

Este sistema es el que ha permeado durante años y lo sigue haciendo en nuestro sistema jurídico, “basándose en la lógica deóntica como forma de construcción de enunciados normativos de forma coherente y la aplicación del derecho a través de la subsunción, métodos deductivos y silogismos”.¹²⁶

Sin embargo, en la actualidad existe un amplio campo para interpretar, en el cual el juez incluso puede “reconstruir el derecho mediante un proceso de leyes, costumbres, ordenanzas, normas constitucionales, principios, valores.”¹²⁷ Siendo esto lo que representa grandes restos para la dinámica de los operadores del derecho desde el ámbito jurisdiccional, por lo cual se ha requerido una valoración del derecho diferente a los modelos puramente lógicos.¹²⁸

Debido a esto se ha dado un giro en las teorías metodológicas, dando paso a las teorías de la argumentación jurídica, empezando por autores como Chaim Perelman con su teoría de la argumentación jurídica y, Theodor Viehweg con su tónica jurídica, quienes consideran que el derecho debe de ser entendido y analizado como praxis, es decir, como una actividad eminentemente práctica, siendo así que, la naturaleza de esa práctica va a ser argumentativa.

Esto se ha reflejado en el quehacer jurídico, debido a esta nueva forma de entender el derecho se ha dado una clasificación respecto de los casos, en los cuales, los juzgadores van a tener qué actuar y argumentar, siendo estos: fáciles, difíciles y, trágicos.

Considerando a los primeros como aquellos en los cuales, simplemente se llega a dar una aplicación directa del derecho, ya que, debido a su naturaleza, éste

¹²⁶ Uscanga Barradas, Abril, “Conflictos trágicos genuinos entre derechos fundamentales, ¿existe una respuesta correcta? en Pluralismo constitucional y su influencia en los derechos humanos a cien años de la Constitución mexicana, Fabiola Martínez y Juan Manuel Romero (coords.), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2019, p. 160.

¹²⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2020, p. 21.

¹²⁸ Uscanga Barradas Abril, “Conflictos trágicos genuinos entre derechos fundamentales, ¿existe una respuesta correcta?, op. Cit., p. 163.

se encuentra debidamente legislado y regulado en el cual no existe duda alguna para su interpretación y aplicación por parte del juez, por lo cual, se aplica indudablemente la subsunción.

En los casos considerados como difíciles, se va a encontrar una contradicción de disposiciones de carácter legal, consideradas como antinomias o lagunas legales, en la cual, al momento de hacer la interpretación y aplicación debida al caso, va a faltar la existencia de regulación, para poder entender la norma en su totalidad, siendo así incompleta, ante esta situación, se va a tener que subsanar por parte del juez, llenando el vacío legal que existe o determinando la preferencia de una norma sobre otra, facultando al juzgador de discrecionalidad.

Por último, en los casos denominados trágicos, no se va a presentar un conflicto normativo, sino que, en esta situación se da una colisión entre principios o entre valores, determinando por ende, la preferencia de un principio respecto del otro, en esta situación, el juzgador va a tener que desarrollar un método ponderativo para determinar el peso de cada uno de los principios que colisionan y poder, determinar cuál debe de ser cumplido en mayor o menor grado, de acuerdo a las circunstancias jurídicas y fácticas.¹²⁹

En consecuencia, debido a la existencia de estos casos, podemos destacar que no rechazamos la existencia de los dos primeros casos, ya que se prevé que se resuelva a través de una subsunción, sin embargo, en un pensamiento postpositivista o iusmoralista se pugna mucho por el tercero y, debido a la gran influencia que se está teniendo por esta corriente de pensamiento filosófico jurídico, se ha colocado como una postura dominante en la actualidad influenciando a diversos sistemas jurídicos, no siendo México la excepción.

3.2.1 El juez como aplicador y creador de derecho

El término, crear normas, resulta ser un poco ambiguo y confuso, en especial porque de acuerdo a diversos autores, esto recae en una gran carga metafórica, por

¹²⁹ Uscanga Barradas, Abril, "Conflictos trágicos genuinos y aparentes en el derecho", en Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos, Juan Antonio García Amado (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 76 – 82.

ello, debemos de entender, crear derecho como aquella actividad en la cual se establece un enunciado normativo que, a su vez establece una relación en totalidad de la norma.

A través de los años, se han dado diversas posturas acerca de la idea sobre si los jueces únicamente son aplicadores del derecho, es decir, si simplemente se basa en una mecánica o si van más allá de esto, creando derecho. Bulygin¹³⁰ distingue al menos, tres momentos en los cuales se considera al juez de diferente manera:

En primer lugar, tenemos la denominada doctrina tradicional, en la cual se sostiene que el derecho es creado por el legislador y los jueces únicamente se van a limitar a aplicar el derecho a los casos particulares.

En este punto de vista, nos volvemos a encontrarnos con la división de poderes, ya que durante muchos años se pensó que el actuar de judicial era simplemente el ser mecánico de las leyes que, ni siquiera al momento de dictar sentencia se podía decir que estuviera creando derecho, delimitándose únicamente a la aplicación de las normas generales a casos concretos ya, que el derecho es completo y coherente.

La segunda teoría es aquella que sostiene Hans Kelsen, en la cual reconoce que los juzgadores pueden crear derecho, pero este únicamente se ve materializado a través de las normas individuales, es decir, mediante las sentencias que dictan.

La teoría de Kelsen es correcta, aunque, se queda un poco corta en cuanto a la actividad que pueden realizar los jueces. La distinción que existe entre los legisladores al momento de crear una norma general y los juzgadores de crear una norma individual, es de carácter cuantitativo, ya que, si bien el juez está más limitado que el legislador, al final de cuenta ambos están creando derecho.

¹³⁰ Bulygin, Eugenio, Los jueces ¿crean derecho?, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 18, 2003, p. 7 [en línea] <<http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n18/n18a1.pdf>> [consultada: 18 de marzo de 2022]

Una norma general se va a entender como “expresiones que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas”¹³¹, mientras que por norma individual se entiende “expresiones que correlacionan una cierta descripción de un caso individual con una solución individual”.¹³² Kelsen, considera la norma individual como la sentencia, es importante mencionar que, la sentencia va a ser una entidad compleja que va a constar de los considerandos y de la parte resolutive, en la cual el juez va a condenar, es decir, va a establecer la obligación al sujeto, mientras que en los considerandos, lo que realiza el juez es dar la justificación o fundamentación de su decisión.¹³³

En la estructura de los considerandos, se tiene que dar una justificación lógica, así mismo debe de contener: fundamentos fácticos y fundamentos normativos; el primero resulta ser los hechos, la descripción del caso individual que va a tener que determinar ante un caso general, mientras que, el segundo resulta ser la disposición normativa, es decir, la norma de carácter general que va a dar lugar a estudio del caso particular para poder llegar a una conclusión. Para poder llegar a dicha conclusión, se va a tener que dar mediante una subsunción.

Debido a estas situaciones que se presentan, es como Kelsen sostiene su postura: 1) la sentencia es el producto que se da, mediante el cual intervino un acto de voluntad por parte del juez y no de mero conocimiento y, 2) en la sentencia se va a ver concretado varios elementos que devienen de la norma general que son mencionados simplemente de una manera abstracta.¹³⁴

Por último, tenemos aquella teoría en la cual reconoce que los jueces como tal no crean derecho en situaciones normales como lo hacen los legisladores, sino que pueden crear normas generales en situaciones especiales.

En esta postura se considera que los jueces no únicamente crean normas individuales, sino que, también crean normas generales, ya que se puede presentar a través de ciertas sentencias de un tribunal supremo o corte constitucional, pero

¹³¹ Ibidem., p 12.

¹³² Ídem.

¹³³ Ídem.

¹³⁴ Ibidem., p. 13.

esto, no se ve únicamente reducido a esa figura, sino que también los jueces crean normas generales, en el momento en que se encuentran ante un caso que contienen una laguna o existe una contradicción normativa.

Sin embargo, si bien, los jueces pueden crear normas generales, va a diferir respecto a la forma de creación legislativa. Ya que, las normas creadas por el legislativo son obligatorias para todos, mientras que, las creadas por los jueces no resultan ser obligatorias, salvo que esa decisión sea creadora de un precedente o una jurisprudencia, adquiriendo en consecuencia el carácter de obligatoria para los demás jueces.

Sostenemos que el derecho busca ser completo y coherente es por ello que en la búsqueda de lograr esto, va a establecer en sus diversos ordenamientos, posibles soluciones en caso de que resulte ser incompleto o no resulte ser coherente, esta obligación va a recaer principalmente en los jueces, ya que por ejemplo, se les impone la obligación de resolver todos los casos que sean puestos a su consideración, así mismo, estas deben de estar fundadas en las propias normas jurídicas y, se les llega a dotar de los métodos de interpretación o analogía, así como el recurrir a los principios generales del derecho para poder dar solución.

El actuar del legislador se va a dar a través de la creación de normas de carácter general, mientras que, de acuerdo a Kelsen, los jueces resultan ser creadores de derecho, materializándose a través de la sentencia, es decir, normas individuales. Sin embargo, coincidiendo con Bulygin, esto resulta ser una diferencia cuantitativa, ya que ambos son creadores de derecho de conformidad con lo que establece la propia ley fundamental.

Se puede considerar que, de acuerdo a este postulado, la jurisprudencia tiene una gran relevancia, ya que, si bien en un principio puede ser considerada como una norma individual, debido a su naturaleza estudiada, resulta ser una norma de carácter general, ya que va a gozar de obligatoriedad y observancia para los juzgadores, es, por ende, que los jueces también crean derecho.

Hay que tener presente que, si bien los jueces pueden crear derecho, no se debe de considerar que esta atribución va más allá de la propia del legislador, por lo cual esta capacidad no implica que exista una autonomía de la actividad judicial en relación a la actividad creacional normativa que realiza el legislador.

Es menester, determinar que el juez no se dedica únicamente a decir el derecho como erróneamente se tiene pensado, sino que su papel va más allá, también es el de ser intérprete de las normas, del derecho y, es tan valioso su función que también crea derecho en los momentos en que se requiere, cuando se está ante la presencia de alguna laguna normativa o, incluso ante una anomia, en consecuencia, el juzgador goza de discrecionalidad para poder actuar.

3.2.2 Legitimidad de los jueces

En un Estado Democrático, se va a privilegiar la participación ciudadana a través de la democracia, la cual en pocas palabras resulta ser el gobierno del pueblo a través de sus representantes electos de una manera directa, a través del voto. Esta forma de elección participativa se presenta en dos de los tres poderes, el legislativo y el ejecutivo, sin embargo, no se aprecia dentro del poder judicial, ya que no existen elecciones generales en las cuales los ciudadanos puedan elegir a un juez, un magistrado o un ministro.

Se considera que la relación entre juez y democracia resulta ser inexistente, esto porque, la tarea principal de los jueces no es ser representantes de los ciudadanos sino, su tarea fundamental es ser garantes y protectores de la Constitución, de las leyes, así también, servir como una función de freno o contrapeso. El juez no puede ser considerado como un sujeto político, así como tampoco un órgano de representación, ya que le va a competir el desempeño de una función de garantía en última instancia de la efectividad de los derechos fundamentales, así como de la observancia de la legalidad, en consecuencia, no tiene que depender del sufragio.¹³⁵

¹³⁵ Ibáñez, Perfecto Andrés, "Democracia con jueces" en La función judicial. Ética y democracia, Jorge Malem et. al. (comps.) Gedisa Editorial, Barcelona, 2003, p. 245.

Si bien, no se da una participación ciudadana dentro del poder judicial, resulta un poco extraño considerar que se dé la participación de los otros poderes en el mismo, lo cual nos lleva a preguntar ¿por qué? ¿qué acaso no debería de existir una independencia judicial?

En el caso mexicano, al momento de elección de los ministros de la Suprema Corte, de acuerdo a lo establecido en el artículo 96 constitucional, esta será a través de una terna que el ejecutivo federal mandará al Senado para que sea electo alguno de los nominados por dos terceras partes de los miembros de la Cámara. Podemos determinar que existe una intromisión por parte del Ejecutivo y del Legislativo en la elección de los ministros.

Ahora bien, se podría pensar que esto no ocurre en el caso de elección de los jueces o magistrados federales, ya que se cuenta con un Consejo de la Judicatura que, se encarga de realizar los exámenes de oposición para poder acceder a la función jurisdiccional y poder ser facultado por ley como un juzgador. Sin embargo, de nueva cuenta, en la composición del Consejo se puede observar la intromisión de los otros dos poderes, de nueva cuenta el Ejecutivo y el Legislativo a través de la Cámara de Senadores

Como menciona Guibourg¹³⁶, con respecto al Consejo de Magistratura de Argentina que es el equivalente al Consejo de la Judicatura en México, en dicho consejo, es el encargado de la selección de los jueces mediante concursos de oposición y antecedentes, a través de los cuales se debe de procurar el equilibrio entre la representación de los órganos políticos y resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados, logrando por ende, reducir una influencia política.

También, la Comisión de Venecia¹³⁷ establece que es necesario garantizar una independencia judicial a través de un consejo judicial, dotado de garantías

¹³⁶ Guibourg, Ricardo A., La función judicial, Op. Cit., p. 44.

¹³⁷ Özbudun, Ergun, "The Independence of the Judiciary in Turkey: one step forward, two steps back" en Venice Commission, Thirty-year quest for democracy through law 1990 – 2020, Simona Granata Menghini y Ziya Caga Tanyar Editores, Venecia, 2020, p. 524. [en línea] <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=3019>> [consulta: 26 de marzo de 2022]

constitucionales para su composición, atribución y autonomía, teniendo una gran influencia decisiva en el nombramiento y promoción de jueces y medidas disciplinarias, los miembros del consejo judicial deben de ser electos por el poder judicial.

En México, se ha criticado con mucha frecuencia la figura del presidencialismo, que se puede definir en pocas palabras como el predominio por parte del poder ejecutivo, ya que se encuentra dotado de una inmensidad de facultades constitucionales para poder tener un amplio margen de actuación, por esto mismo, esta gran influencia que tiene el ejecutivo federal a su vez, se ve plasmada en la intromisión en otro poder como el judicial, desde el momento en la elección de sus miembros, así como en la participación que tiene el mismo en el Consejo de la Judicatura.

Cabe resaltar que, esta figura de elección por parte del ejecutivo, no sólo se presenta a nivel federal, sino que, también lo podemos observar dentro de las leyes locales, ya que, en cada entidad federativa en sus respectivos Consejos de la Judicatura, se da una gran influencia del ejecutivo, incluso en algunas Entidades todavía no existe la figura del Consejo, dejando por ende la elección de los magistrados y los jueces a la discrecionalidad del ejecutivo estatal.

Tomando en cuenta la crítica que realiza el Manuel González Oropeza en sus clases de Derecho Comparado, es importante resaltar que, en un Estado Democrático de Derecho, quien debería de decidir sobre la elección de los ministros de la Corte Suprema debería de ser el propio CJF.

Aunque primeramente para poder llegar a esta posibilidad, se debe de lograr una composición del CJF, en el que no exista influencia o injerencia de los demás poderes, por lo cual debería de estar integrado por propios jueces o magistrados del poder judicial, para poder lograr una gran independencia y autonomía.

Cabe destacar, que existe una iniciativa por parte del Senador Zepeda, en el cual se plantea la reforma y adición de dos párrafos al artículo 100 de la CPEUM,

en materia de nombramiento de los consejeros de la judicatura.¹³⁸ Esto con la finalidad de que se derogue la facultad en la que contempla al Ejecutivo para poder nombrar a un miembro del CJF, con la finalidad de poder lograr una mayor independencia, sin embargo, esta reforma únicamente se cierne sobre la derogación por parte del Ejecutivo, no en cambio, por parte de la Cámara de Senadores. Debido a la justificación que se trata de dar en la iniciativa, se destaca la importancia que debe de tener el Senado, ya que es la representación de las Entidades Federativas, por lo cual, debe de tener una injerencia en el Consejo, debido a que afecta de manera directa a los Estados, sin embargo, este argumento es un poco ambiguo, ya que si así fuera el caso, en la iniciativa debió también de haber previsto la facultad de la Cámara de Senadores para poder elegir a los miembros del Consejo, siguiendo la misma línea argumentativa, va a ser el Poder Judicial a través de la Corte, los tribunales y los juzgados, quienes van a afectar a las personas.

En conclusión, es importante que las decisiones judiciales que se tomen sean por un poder judicial independiente de todo tipo de influencia, ya que si no se dan estos, no puede haber una administración adecuada de justicia y por ende cuando la justicia no se administra adecuadamente, no hay garantía para los derechos humanos.¹³⁹

3.2.3 La importancia en la decisión judicial

Guibourg¹⁴⁰ menciona que la dogmática supo limitar la función de la magistratura, ya que, funciona como un obstáculo para la reflexión acerca de los problemas de la interpretación y la discrecionalidad. Y, es que, los jueces en su deber jurisdiccional realizan tres acciones muy importantes, en primer lugar,

¹³⁸ Senado de la República, Gaceta: LXIV/2PPO-6/99088, martes 10 de septiembre de 2019, [en línea] <https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/99088> [consulta: 20 de marzo de 2022]

¹³⁹ Nicolatos, Myron Michael, "Democracy, the rule of law and the independence of the judiciary. An experience of over forty years at the bar and on the bench en Venice Commission, Thirty-year quest for democracy through law 1990 – 2020, Simona Granata Menghini y Ziya Caga Tanyar Editores, Venecia, 2020, p. 489. [en línea] <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=3019>> [consulta: 26 de marzo de 2022]

¹⁴⁰ Guibourg, Ricardo A., Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 151 – 153.

describen los hechos, los averiguan y van delimitándolos de acuerdo al caso y a la relevancia jurídica que se tenga, con posterioridad, deciden el significado del derecho, y, por último, van a tener que adoptar una decisión particular, que se ve traducida en una sentencia.

Se hace mención a que lo que se espera por parte de los juzgadores, en sus decisiones judiciales, sea que, resuelvan los casos que se les presenten de acuerdo al procedimiento que se prevé, así como que, se haga justicia.

La decisión judicial en conclusión resulta ser en demasía importante, ya que, esta va a ser la que determine la motivación o argumentación a utilizar para poder darle justificación a las sentencias.

Dependiendo también de cada juzgador la aplicación del método más efectivo para él, en nuestra postura el método de subsunción es el que se tiene por regla general en el derecho, aunque también se prevé la discrecionalidad del actuar de los juzgadores. Ya sea la postura filosófica que se tome, es importante la utilización de un método para poder resolver situaciones jurídicas presentadas en la realidad.

3.2.4 La ponderación en la decisión judicial

Es importante hacer mención que, la decisión judicial se ha entendido no únicamente como la sentencia, sino que va más allá, se ha entendido como los diversos modos de interpretación y argumentación que han utilizado y están utilizando los juzgadores para poder llegar a la solución de los problemas que son puestos a su consideración, en este sentido, hemos expresado la importancia y, relevancia que tiene la subsunción, así mismo, no somos ajenos a la gran relevancia que está tomando la ponderación como método a través de la argumentación jurídica.

En la decisión judicial, no sólo en México, sino en muchos países del mundo, la ponderación está siendo el método preferido por los juzgadores para la aplicación del derecho. Es por ello que este método de decisión judicial, se ve inmerso en nuestra realidad, existiendo una gran cantidad de diplomados, talleres, cursos, etc.,

ya que al aceptar este método se está aceptando lo que trae consigo, es decir, la implicación de principios que pueden ser pesados y ponderados.

Esto a su vez, resulta en demasía riesgoso, ya que, debido a la gran cantidad de oferta, lo que puede llegar a darse es una incorrecta aplicación de la ponderación, llegando incluso a lo que los positivistas critican mucho que es, un estado de incertidumbre jurídica.

Debido a la utilización del método, parece que está hecho para justicia una decisión contra una ley legítima y válida, en aras de un principio y, en especial debido a la falta de independencia que se da en el poder judicial, puede que la utilización de los principios sea a su vez para un cierto grupo político o grupos económicos para que se vean favorecidos, por eso miramos con cautela la utilización del método ponderativo por parte de los juzgadores ya que se, puede hacer peligrar su imparcialidad. También consideramos que la diferencia que se da entre los principios u la reglas, puede llegar a ser de cierta manera arbitraria, ya que va a depender de cada juzgador qué puede ser una regla y qué puede ser un principio, ya que no hay una regla que determine el funcionar de la ponderación, sino que se deja al libre actuar y entender del juez.

El juicio de ponderación, resulta ser frecuente en materia de derechos y libertades, y, es que, debido a que las Constituciones, gozan de una gran cantidad de derechos y principios, estos gozan de una gran indeterminación, por lo cual, surgen dudas sobre su alcance, su protección, su contenido, su ejecución, etc.¹⁴¹

En los casos de decisión por parte del juzgador, los conflictos que se presenten entre principios no van a admitir soluciones generales, ya que, ambos principios van a tener un mismo nivel, por lo que no sería lícito otorgar siempre preferencia a uno por encima de otro.

Esto como se ha mencionado puede llevar al juzgador a diversos problemas, como puede ser la subjetividad de la decisión, así mismo un gran problema es la

¹⁴¹ Gascón Abellán, Marina, "Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?" en ¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?, Teoría y Derecho, revista de pensamiento jurídico, No. 20, diciembre, Valencia, 2016, pp. 211 – 213.

facilidad con la cual puede recurrirse a esta estructura argumental, en el momento en que se desee para hacer prevalece las propias convicciones de justicia sobre lo que menciona la ley.¹⁴²

3.3 Justificación jurisdiccional

3.3.1 Formas de justificación por parte del juez

En las decisiones judiciales que realicen los jueces, se va a necesitar que se justifique, es por ello que, para poder justificar sus razones, va a haber dos tipos de justificación, interna y externa.

La justificación interna, va a ser aquella que “alude a la corrección formal de los razonamientos que en la sentencia se contienen, corrección conforme a las reglas de la lógica”.¹⁴³

Mientras que, por justificación externa, nos vamos a referir “a los contenidos de las premisas, a la justificación de tales contenidos en términos de verdad, razonabilidad o admisibilidad”.¹⁴⁴

En la justificación, se va a hacer un uso continuo de los silogismos, siendo así, debemos de entender por estos, los modos típicos del raciocinio deductivo en que las premisas enlazan dos términos con un tercero y la conclusión van a expresar la relación de esos dos términos entre sí.¹⁴⁵

Los elementos que contiene el silogismo van a ser la materia y la forma, la primera se integra por un antecedente y un consiguiente, el antecedente son los juicios que sirven de premisas, mientras que, el consiguiente va a ser el juicio que es la conclusión y va a determinar la relación de las premisas. La forma es la conexión que se producen entre los juicios que hace que la conclusión se deduzca o se siga de la premisa mayor, por medio de la premisa menor, siendo así que, la

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ García Amado, Juan Antonio, Razonamiento jurídico y argumentación, nociones introductorias, op. Cit., p. 69.

¹⁴⁴ Ibidem, pp. 87 – 88.

¹⁴⁵ Huerta Ochoa, Carla, Lógica Jurídica, Editorial Porrúa, México, 2019, p. 80.

conclusión es consecuente con el antecedente que se constituye por las dos premisas.¹⁴⁶

En la justificación interna, se busca una conclusión correcta, de acuerdo a los requisitos del razonamiento deductivo, es importante diferenciar que la corrección lógica o formal de un razonamiento deductivo va a ser independiente de la verdad o falsedad material de las premisas, es decir, un argumento puede ser verdadero lógicamente hablando, aunque no lo puede ser en su sentido material, pongamos el siguiente ejemplo:

1. Todo lo que brilla es oro.	1. M es P
2. El sol brilla.	2. S es M
<hr/>	
3. ∴ El sol es oro.	3. ∴ S es P

De este ejemplo se puede observar que se ha seguido una lógica formal, en la cual la conclusión es verdadera, atendiendo al silogismo categórico, se puede desprender el modo AAA, por lo cual el argumento formalmente es válido, sin embargo, en el aspecto material esto no es posible, ya que, en la realidad, no es verdad que el sol sea oro. Por eso es de importancia destacar que, en un razonamiento lógicamente correcto se puede llegar a una conclusión falsa, como consecuencia de la falsedad material de alguna de las premisas.¹⁴⁷ Sin embargo, también se puede presentar el caso, respecto del cual se de un razonamiento lógicamente incorrecto de manera formal, llevando consigo a una conclusión inadmisibile e irracional, esto en consecuencia de no haber llevado a cabo las reglas de lógica deductiva, por ejemplo:

1. Todo cuadrúpedo tiene cuatro patas.	1. M es P
2. Los perros son cuadrúpedos.	2. S es M
<hr/>	
3. ∴ Los perros no tienen cuatro patas.	3. ∴ S no es P

De este ejemplo se desprende que la conclusión no es formalmente correcta, ya que la conclusión no deriva de las premisas, aunque si bien, la conclusión es

¹⁴⁶ Ibidem., p. 81.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 70.

falsa, puede que adolezca de la falta de otras premisas que puedan colaborar la veracidad de la conclusión.

Una decisión estará internamente justificada cuando son correctos, a tenor de las reglas de la lógica, los razonamientos y subrazonamientos que contiene.¹⁴⁸ A este tipo de razonamientos deductivos, se les denomina como silogismos, por eso, gozan de una estructura silogística y, derivado de los mismos se van a tener que concretar las premisas, para poder ser formalmente correctos, siguiendo las reglas de la lógica.

Se va a dar una fundamentación jurídica, desde el punto decisivo de la seguridad de la universalidad, siendo designadas como reglas y formas de la justicia formal.¹⁴⁹ Podemos concluir que el método que se utiliza es la argumentación formal del derecho, que se presenta a través de la lógica forma, que aporta los métodos de interpretación de la deducción, inducción, abducción, así como la analogía. No hay que olvidar que, también se requiere del carácter material de la lógica para poder establecer la conclusión. Concluimos que, una deducción va a ser válida si su conclusión se sigue de premisas de manera necesaria.

Hasta ahora hemos estudiado la deducción, por consiguiente, nos referiremos a la inducción, la abducción, y, por último, a las falacias.

Para llegar a una conclusión, se puede hacer mediante la inducción, esta se da de manera aproximativa, ya que las premisas representan una aproximación a la verdad, por lo tanto, vamos a graduar y, la conclusión va a ser probable.

En la conclusión se hace una generalización. Se tiene que entender por base inductiva el número de casos individuales que se conocen de un conjunto del que se va a hacer una afirmación universal. Siguiendo el ejemplo que establece Rolando Tamayo en sus clases, lo ejemplificamos de la siguiente forma:

¹⁴⁸ Ibidem, p. 74.

¹⁴⁹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traductores Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 220.

1. En Atenas todos los cuervos son negros.	1. $x_1 \rightarrow P$
2. En Anatolia todos los cuervos son negros.	2. $x_2 \rightarrow P$
3. En Egipto, en Persia todos los cuervos son negros.	3. $x_3 \rightarrow P$
<hr/>	
\therefore Todos los cuervos son negros.	$\therefore P$

Estos enunciados son empíricamente verdaderos, lo cual me permite decir que todos los cuervos son negros, nadie ha visto todos los cuervos del mundo, por lo cual si veo que en Atenas, en Anatolia, en Egipto y en Persia todos los cuervos son negros, estoy basando mi premisa en un enunciado empírico verdadero, por lo cual se va a poder generalizar y, entonces se va a poder asumir que los casos no probados también van a ser verdaderos, es decir, estoy generalizando la verdad empírica, ya que en el caso de que los cuervos no vistos son negros, voy a dar por asumido que también lo son.

Hay que tener en cuenta que en el caso de que exista una excepción a la verdad de la conclusión, se supone la refutación de dicha conclusión, esto, cuando se contenga un enunciado universal.¹⁵⁰

En la abducción, la conclusión no se va a dar, no se va a seguir de manera necesaria, es decir, se va a llegar a una conclusión que no está dada en las premisas, sino que, es una asociación de las ideas, inclusive esta puede estar dada por la experiencia, es decir, en esta forma, a partir de una serie de datos diversos se concluye con un enunciado individual, la conclusión contiene información que no estaba en las premisas.

Por último, respecto a las falacias, primeramente, entendemos por estas, aquellos argumentos con apariencia de verdad pero que, en su naturaleza es falsa, hay una apariencia de razonamiento, pero no lo es en el entendido de un razonamiento lógico, esto no implica que sea una mentira, sino que, el razonamiento no es válido.

¹⁵⁰ García Amado, Juan Antonio, Razonamiento jurídico y argumentación, nociones introductorias, op. Cit., p. 77.

Las falacias se llegan a dividir de acuerdo a la naturaleza del argumento en dos, materiales y formales, respecto a las materiales, estas se dan cuando se da apariencia de verdad o fundamentación a un argumento, empero, dicho argumento engloba una falsedad, mientras que, las formales van a atender respecto de una inferencia lógicamente errónea, en esta se va a acudir a dos falacias principales: la de afirmación del consecuente y la de negación del antecedente.

En la forma de justificación externa, se dan ciertas herramientas que el juez va a tener para poder concretizar su decisión judicial. Va a ser la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna, sean estas, reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y, premisas que no son alguna de las otras dos.¹⁵¹

En esta forma de justificación se va a realiza a través de la argumentación pragmática, es decir, por parte de la dialéctica, la tópica y la retórica. Con lo cual le va a corresponder al juez, la tarea de realizar una motivación judicial, a través de la realización de razones jurídicas que lo llevaron a una conclusión. La decisión debe de ser justificada por las razones a través de la construcción de argumentos.

Va a atender al contenido de las premisas, ya que, cuando se interpreta algún enunciado de una norma, se está tomando partido o una elección, sobre cuál es la mejor interpretación posible para tal enunciado, por lo cual se debe de justificar dicha elección y, en caso de que no lo haga o se lo realice de manera insuficiente, se puede decir que existe deficiencia en su justificación externa.¹⁵²

La justificación externa se va a ocupar de la solidez de las premisas, por lo que su objeto es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Considera que las premisas pueden proceder del derecho positivo, ser enunciados empíricos o bien, enunciados de cualquier tipo, sin embargo, a cada tipo de premisa le va a corresponder un tipo de fundamentación.¹⁵³

¹⁵¹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. Cit., p. 222.

¹⁵² García Amado, Juan Antonio, Razonamiento jurídico y argumentación, nociones introductorias, op. Cit., pp. 89 – 90.

¹⁵³ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. Cit., pp. 222 - 223.

Así mismo, dentro de la justificación externa encontramos las falacias de carácter formal, es decir, aquellas que modifican el sentido material de un argumento, de las cuales podemos mencionar las falacias ad baculum, ad populum, ad verecundiam, ad hominem, etc.

3.3.2 Factores que afectan la decisión del juez

La existencia de varios factores que afectan la decisión de los jueces, resulta que son ajenos al derecho, ya que es el derecho mismo quien trata de dar los mecanismos necesarios para que el juez pueda dar una solución. Por consiguiente, a lo que nos estamos refiriendo es a aquellos elementos de carácter político, social, moral, económico, etc., ya que al final de cuenta estas influencias afectan de una manera circunstancial la decisión que tome un juzgador, siendo así su sentencia desde un punto de vista ético jurídico, el resultado de una posible injusticia.

Como bien mencionamos cuando nos referíamos a la influencia que se tiene de los otros dos poderes con respecto al poder judicial, hay una gran relación de factores que van a llegar a afectar la función que realiza el juez.

Podemos citar como ejemplo en el caso de México, un par de situaciones en que se ha llegado a determinar un para que los ministros de la Corte resuelvan en cierto sentido, el propio ministro Arturo Zaldívar llegó a denunciar que el ex presidente Felipe Calderón, lo llamó para que en el caso de la Guardería ABC, se resolviera de cierta manera, en este caso existe un gran factor político que al final llegó a afectar una sentencia, otro ejemplo, es el caso de Florence Cassez, en la cual se presentó una influencia diplomática, ya que el gobierno francés, pidió a México la liberación de su connacional.

Con esto se refuerza la postura del porqué los jueces no deben de ser electos de una manera democrática a través de elecciones ciudadanas, así también se refuerza el argumento sobre el cual se logre una independencia absoluta dentro del poder judicial, y por último destacar y poner de manifiesto la importancia de que sea el propio poder judicial a través de su Consejo que de elección a los ministros, magistrados y jueces, ya que al final de cuenta, debido a su naturaleza, son defensores de la constitucionalidad y la legalidad.

3.4 Discrecionalidad Judicial

3.4.1 ¿En qué consiste la discrecionalidad judicial?

La discrecionalidad se puede distinguir desde dos aspectos, uno político y otro judicial, mientras que el político se va a referir a las funciones de gobierno y legislativas, el judicial se encarga de la actividad interpretativa y probatoria en la aplicación de las normas. Dentro de nuestra investigación, nos vamos a avocar a estudiar la segunda.

Otra diferencia que debemos de realizar, es entre discrecionalidad y discreción, ya que, a veces se suelen usar como sinónimos, sin embargo, lingüísticamente tienen connotaciones diferentes, por el segundo concepto se entiende aquella sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar, así como reserva, prudencia o circunspección, mientras que por discrecionalidad podemos entender, aquella cualidad de discrecional, teniendo una connotación de hacer libre y prudencialmente, así como también se refiere a una potestad gubernativa, que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas. Esta definición que nos ofrece la RAE, manifiesta la función que tiene la discrecionalidad judicial, la cual va a consistir en un cierto actuar del juez, para poder regular los casos en los cuales no se encuentre una norma que de solución a cierto caso que sea puesto a su consideración.

Ya se ha determinado que las teorías positivistas en las cuales se ofrece una única respuesta correcta, se encuentran en gran medida errónea, debido a las grandes críticas que se han dado al legalismo y logicismo jurídico, por ende, ese quehacer mecánico que realiza el juez se ha ido ampliando debido al reconocimiento de la existencia de laguna y antinomias en el ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido, hemos sostenido que existen casos en los cuales el derecho no da solución a un caso y, en consecuente la norma tiende a ser indeterminada o carece de plenitud, es por ello que, en estos casos, se prevé la creación de derecho por parte del juez. Habrá casos en los cuales, el propio sistema jurídico no pueda ofrecer alguna solución a la situación que se presente, ya sea porque no se encuentra debidamente regulada en alguna ley, esté parcialmente

regulada o, no se comprenda a lo que se quiere decir. En consecuencia, estamos ante la presencia en que el juez realiza una función de discrecionalidad judicial, siendo así, que el juez crea derecho y aplica el establecido para poder dar la solución correspondiente.

Nos encontramos ante un claro ejemplo de los denominados casos difíciles, en los cuales, debido a una laguna legal, a una antinomia o una vaguedad en la norma, el juez en un primer momento no puede determinar la solución al caso, sino que debe de realizar una labora interpretativa para poder llegar a una conclusión.

Este tema sobre la discrecionalidad judicial, fue el resultado, de la discusión que se presentó entre el pensamiento de H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, lo cual desencadenó, una serie de reflexiones que nos llevó a reconocer la discrecionalidad. La reflexión, que realizó Hart, la podemos encontrar en el post scríptum al concepto del derecho, en el cual, publicó parte de contestación a la crítica que hizo Dworkin sobre su trabajo.

Dworkin en su estudio de los problemas argumentativos, determina que los jueces, aunque se encuentren en las decisiones más complejas, no van a tener discrecionalidad ya que, va a existir una única respuesta correcta. Aquí, podemos criticar que, parece ser que Dworkin tiene un pensamiento la exégesis ya que, se el propio derecho va a establecer una respuesta. A lo que Dworkin se refiere es que, en el mundo del derecho restringido puede haber varias respuestas, aunque en su famoso Juez Hércules, no cabe esa posibilidad, ya que si no se encuentran normas positivas se va a poder recurrir a normas de carácter moral o principios, siendo así que en el derecho no hay lugar para la discrecionalidad.

Hart consideraba que Dworkin, había hecho una crítica con una visión indeterminada e incompleta, en cuanto a que los jueces llenan lagunas mediante el ejercicio de una limitada discrecionalidad judicial jurídica creadora.¹⁵⁴ Dworkin, considera que hay una visión incompleta del derecho por parte de los positivistas, por lo cual, en su visión interpretativa, se da la existencia del derecho explícito, el

¹⁵⁴ Hart. H.L.A, Post scríptum al concepto de derecho, op. Cit., p. 53.

cual se identifica a través de las fuentes sociales, así como los principios jurídicos implícitos, dando una mejor justificación moral al derecho, por ende, el derecho no será incompleto o indeterminado, ya que la respuesta vendrá del mismo derecho, aunque sea de manera tácita.¹⁵⁵

Hart, refiere que distinto a la postura de Dworkin, se refería al poder jurídico creador por parte de los jueces como diferente al que disponen las legislaturas, ya que, el actuar del juez se encuentra sometido a varias restricciones, no pueden decidir libremente, sino que, su actuar se verá limitando únicamente para los casos particulares que se presenten y, no podrán ser usados para realizar “reformas de gran escala o nuevos códigos”.¹⁵⁶

Mientras que la postura de Hart, se enfocaba principalmente al problema del lenguaje ya que, podemos decir que, el lenguaje está teñido de elementos ya sea, por las condiciones de dominación de cada ciudad, se van a expresar ciertos valores, prejuicios de sociedades, entre otros, es por ello que su error es considerar el lenguaje como neutro, por ende, se consideramos que, el lenguaje no es puro.

En consecuencia, como el lenguaje puede ser ambiguo, oscuro, autores como Hart aceptaban la discrecionalidad moderada. Hay puertas abiertas en caso de ambigüedad para los casos de discrecionalidad. Por lo cual, Hart al ser considerado como un filósofo analítico, se puede concluir que, para él, la interpretación y argumentación se reducían a problemas del lenguaje.

Esta situación del problema del lenguaje se presenta desde el momento en que se da la creación legislativa de una ley, de una norma, de un ordenamiento jurídico, ya que, en el quehacer legislativo se da una participación de diversos puntos de vista, de ideologías, de preferencias, que, pueden o no coincidir, por ende, al momento de establecer el texto final, puede resultar de difícil lectura para el juzgador, quien debe de realizar la interpretación necesaria para determinar la esencia de la ley.

¹⁵⁵ Dworkin, Ronald, Los Derechos en serio, op. Cit., pp. 146 – 150.

¹⁵⁶ Hart, H.L.A., Post scríptum al concepto de derecho, op. Cit., p. 56.

Es por esta situación que Hart, considera que habrá casos en los cuales el derecho existente no podrá proporcionar solución correcta alguna, por ende, para poder resolver casos de esta naturaleza, el juez puede ejercer su función creadora, aunque esta no debe ser de manera arbitraria, sino que debe de existir alguna razón general que justifique esa resolución.

Hart refiere que cuando el derecho no es determinante y se tiene de decidir por ende de una forma discrecional, el juez debe de ejercer su poder de creación de derecho, aunque esta no debe de ser de manera arbitraria, sino que deberá racionalar la justificación de la sentencia bajo la conciencia de sus propios valores y creencias.¹⁵⁷

En forma de conclusión, podemos señalar que, en algunos casos, se puede dar casos en los cuales llegue a existir una alcance mayor a la discrecionalidad racional que se plantea, llegando por ende a una arbitrariedad por parte de los juzgadores, ya que pueden influir cuestiones ajenas, como puede ser, alguna orden de un agente externo, presión política o social, entre otras, siendo así que, se deja en estado de indefensión a los gobernados, es por ello que se debe de plantear un límite a la discrecionalidad judicial que realicen los jueces.

3.4.2 ¿Qué alcance debe de tener la discrecionalidad judicial?

Debido a la naturaleza de la discrecionalidad judicial, entendemos que se hace referencia a cuestiones como prudencia, sensatez, las cuales deben de acompañar a la decisión. Esas decisiones, va a encontrarse limitadas en atención a un caso en particular, también, por alguna limitación que haya establecido el legislador.

Cuando empieza a resolver dichos casos empiezan a basarse en algún precedente que exista, en el caso de México alguna tesis aislada, principios generales del derecho, principios constitucionales, o toman diferentes reglas de interpretación, criterios de preferencia entre normas, etc.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Hart, H.L.A., El concepto de derecho, op. Cit., p. 274.

¹⁵⁸ Etcheverry, Juan B., "Discrecionalidad judicial" en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Vol. II, Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco (eds.) IJ UNAM, México, 2015, p. [en

En nuestro sistema jurídico mexicano, podemos ver plasmadas esta forma de creación de derecho por parte de los jueces, en primer lugar en las sentencias que emiten a través de los considerandos, así mismo, de manera material se aprecia el resultado a través de los criterios jurisprudencia que se asientan en el Semanario Juridicial de la Federación, donde podemos observar la jurisprudencia así como las tesis aisladas, siendo este el resultado de la materialización de esa facultad con que cuentan los juzgadores.

3.4.3 ¿Existe un gobierno de los jueces?

Esta pregunta resulta ser interesante, ya que, debido a la discrecionalidad judicial, se piensa que los jueces son quienes al final de cuenta gobiernan, empero, dicho pensamiento es impensable ya que, los jueces se encuentran sujetos a un ordenamiento jurídico en el cual se establecen sus funciones y facultades, así mismo, la discrecionalidad no es la regla general, sino que es una excepción, ya que se deben de cumplir ciertos requisitos para que el juez pueda actuar en discrecionalidad.

Así mismo, también los jueces al momento de actuar de manera discrecional, no lo pueden hacer como se les dé la gana o, regulando de la forma en que gusten, sino intervienen diferentes circunstancias que van a afectar esta decisión del juez, ya que en primer lugar deben de atenerse a lo que está establecido en el derecho, en segundo lugar, se debe de acatar a los hechos que presentan las partes, también, debe de existir una interpretación por parte del juez, así como una justificación de su decisión.

Sin embargo, debido a los métodos de interpretación como lo son la interpretación conforme y la ponderación, esta pregunta resulta ser en sentido afirmativo. Debido a que en ambas se puede dar una gran participación por parte de los juzgadores en cualquier tipo de casos que se les presenten, aunque, en dichos casos, la ley tenga un sentido claro y, no dé lugar a dudas. Tales métodos

[línea] <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos>> [consulta: 26 de marzo de 2022]

están dando lugar a la transformación de la magistratura en un sujeto de carácter político.

A su vez, va a depender del tipo de Estado en el que nos encontremos ya que, como señala Marina Gascón¹⁵⁹ en un Estado legislativo, se da la sumisión de la administración y los jueces a derecho, mientras que, en un Estado constitucional, se presenta la sumisión también del legislador al derecho. En esta segunda forma, se puede dar que la interpretación de la relación que existe entre la ley y la constitución, de pauta a dos modelos: el constitucionalista o judicialista y, el democrático o legalista.

En el modelo constitucionalista, la constitución va a encerrar un programa político y social, articulado y cerrado, en la cual va a ser la constitución la que determine qué debe mandarse y, la manera de ejecutar dicho programa. Así mismo, se le considera como judicialista porque, van a ser los jueces quienes van a desempeñar un papel fundamental a través de la concreción de las normas que configuran el sistema.

Mientras que, en el modelo democrático la constitución no va a encerrar un proyecto social o político, sino que va a fijar ciertas reglas de competencia política y va a determinar una libertad de actuar para el legislador. En este sentido, es legalista, porque, el poder político es el encargado de poder concretizar los proyectos que se establecen en la constitución y, el papel del juzgador va a ser únicamente el de atenerse al principio de legalidad y, declarar inconstitucional algún ordenamiento que rebase las posibilidades políticas que la constitución prevé.¹⁶⁰

En consecuencia, en aquellos sistemas en los cuales se prevea que un juzgador goce de estas facultades para poder determinar si una ley se aplica o no se aplica, porque a su juicio considera que no es justa con la solución que se prevé por las leyes, se está dando una función que va más allá de una simple discrecionalidad judicial, gozando por ende de un activismo tajante, en esta

¹⁵⁹ Gascón Abellán, Marina, "Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?", op. Cit., pp. 205 – 214.

¹⁶⁰ Ídem.

situación se va a poder considerar que podríamos estar ante un gobierno de incertidumbre, por parte de los juzgadores y, se estaría abandonando el gobierno de las leyes.

3.4.4 ¿La discrecionalidad judicial puede afectar los principios de legalidad y seguridad jurídica?

3.4.4.1 Principio de legalidad

Se suele denominar principio de legalidad “aquel en virtud del cual los poderes públicos están sujetos a la ley, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez”. Por lo cual se entiende que va a ser inválido todos los actos que no sean conforme a la ley. ¹⁶¹

Guastini¹⁶², hace referencia a tres modos de entender el principio de legalidad: 1) como principio de preferencia de la ley o supraordenación jerárquica, en la cual, va a ser inválido todo acto de los poderes públicos que estén en contraste con la ley; 2) como principio de legalidad en sentido formal, mismo que consiste en que va a ser inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley; y, 3) entendido como principio de legalidad en sentido sustancial, siendo este que, va a ser inválido toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente. En cuanto a las dos primeras formas de entenderlo, se van a referir a las condiciones de validez de los actos que realicen el poder ejecutivo o el poder judicial.

Debido a la importancia que reviste el principio de legalidad, para el actuar de cualquier autoridad, se ha puesto de manifiesto la incompatibilidad que debería de existir entre dicho principio y la discrecionalidad. En razón de que el núcleo del Estado de Derecho es la eliminación de la autoridad. Esto tiene un antecedente histórico, motivado en gran parte de la revolución francesa, así como la independencia de EUA, en la cual el gobernante no podía disponer del ciudadano. El Estado de Derecho va a ser opuesto a cualquier tipo de arbitrariedad, por lo cual

¹⁶¹ Guastini, Riccardo, Estudios de teoría constitucional, Editorial Fontamara, México, 2001, p. 117.

¹⁶² Ibidem, p. 123.

si se llegare a afectar se debe de dar mediante un procedimiento establecido en ley y con facultad para ello.

Debemos de hacer una distinción entre el principio de legalidad y el de legitimidad, ya que, debido a la amplitud del lenguaje se puede llegar a confundir. Por eso, hay que hacer una distinción respecto de dos condiciones necesarias para que una acción sea conforma a las leyes establecidas: 1) el sujeto tiene derecho de realizar; y, 2) el sujeto, que tiene el derecho de realizarla, la realiza dentro de los límites preestablecidos.¹⁶³

Por legitimidad se va a entender el requisito de titularidad que necesita una persona para poder ejercer sus funciones, mientras que por legalidad se refiere al requisito del ejercicio del poder, es decir, la justificación del título de poder y de su ejercicio, con base a las leyes establecidas.¹⁶⁴

Respecto a la teoría del poder, Bobbio, nos refiere que la legitimidad va encaminada hacia el gobernante, hacia el soberano, para que a través de esta pueda fundamentar su derecho, que esta sea el fundamento de su obediencia, mientras que la legalidad va encaminada para el gobernado o súbdito, ya que, a través de esta va a invocar su interés, que, va a versar sobre la garantía de su derecho a no ser oprimido.¹⁶⁵

Esas autoridades deben de estar controladas, el cual hasta nuestros días se mantienen el principio de legalidad, actúan hasta dónde la ley lo permite. El principio de legalidad, resulta ser el elemento central del Estado de Derecho, pero no tiene el mismo alcance en las distintas naciones.

3.4.4.2 Principio de seguridad jurídica

La palabra seguridad, proviene del nominativo latino securitas y del adjetivo securus, con una acepción subjetiva, puede entenderse como: tranquilidad del espíritu, sosiego, paz, reposo, descanso, negligencia, descuido. También en un

¹⁶³ Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, Editorial Cajica, Puebla, 2006, pp. 308 – 309.

¹⁶⁴ Ídem.

¹⁶⁵ Ídem.

sentido objetivo, podemos comprender por seguridad: estar objetivamente en seguridad, estar a salvo de peligros reales, ausencia de peligro efectivo.

La búsqueda de una objetivación del término seguridad trajo como consecuencia la adopción del vocablo certeza, esto con la finalidad de poder expresar una proyección de seguridad jurídica en las situaciones personales o, también para poder considerar la existencia de una certidumbre por parte del derecho.¹⁶⁶

La idea de seguridad jurídica va a aglutinar la historia de los esfuerzos que se han realizado para poder legitimar el poder político, a través del derecho. Recordando la causa principal de la división de poderes, donde en diferentes momentos históricos se ha vivido un periodo de absolutismo en el cual hay un gobierno despótico, por concentrar todos los poderes en una sola persona y, no existiendo mecanismos de defensa que garanticen la protección a las personas con respecto a los actores del tirano.

Debido a este tipo de situación, han surgido diferentes autores que, lo que buscan es tratar de otorgar una legitimación al poder y, a través del derecho poder garantizar un estado de certeza a los gobernantes sobre su actuar, así como los alcances y facultades que puede llegar a tener o, en su momento los mecanismos de defensa cuando exista una probable vulneración en su esfera jurídica.

La seguridad jurídica resulta ser un tipo especial de seguridad, la cual debe de ser estudiada de acuerdo a su objeto, siendo este el contenido y aplicación de las normas jurídicas válidas, por lo cual la seguridad jurídica va a dar certeza respecto de: 1) el contenido de las normas jurídicas vigentes; y, 2) el hecho de que son aplicadas de acuerdo con su contenido.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Dip, Ricardo, Seguridad jurídica y crisis del mundo posmoderno, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 49 - 54.

¹⁶⁷ García Manrique, Ricardo, El valor de la seguridad jurídica, Fontamara, México, 2007, p. 154.

Marina Díaz¹⁶⁸, nos refiere que la seguridad jurídica se puede entender como un principio jurídico que va a estar orientado a propugnar una estabilidad institucional así como la vigencia de la ley, siendo estas circunstancias las que van a contribuir a generar las condiciones necesarias para poder garantizar los derechos de las personas y su efectiva protección, todo esto dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, el cual tiene que estar sustentado en un orden político, económico y social, justos.

Gianmarco Gometz¹⁶⁹, considera a la seguridad jurídica como la posibilidad difusa de prever la gama de las consecuencias jurídicas efectivamente susceptibles de ser imputadas espontánea o coactivamente a los actos o hechos, así como en el ámbito temporal en que las consecuencias jurídicas se materializan.

Autores como Bodino, Hobbes, Locke, Bentham o Radbruch, habla sobre la seguridad jurídica y, cómo debe ser importante. Ya que el “objeto de la seguridad es el propio derecho, con independencia de cuáles sean los bienes o intereses que el derecho garantice”.¹⁷⁰

La seguridad jurídica, es entendida como la previsibilidad jurídica, que se funda en las normas generales reproducidas de manera estricta por los jueces, quienes van a aplicar la norma.¹⁷¹

3.4.4.3 Relación entre discrecionalidad judicial, principio de legalidad y seguridad jurídica

De acuerdo a las críticas que se hacen a la discrecionalidad judicial, se destaca, que si se abusa de la misma se puede llegar a caer en una arbitrariedad judicial, por eso el límite que se debe de tener en el uso de la misma, es no llegar a la arbitrariedad.

¹⁶⁸ Díaz Rueda, Ruth Marina, “La seguridad jurídica en la aplicación del derecho” en Seguridad Jurídica en el Sistema Democrático, Pedro Esteban Penagos López (coord.) Tirant Lo Blanch, México, 2014, p. 201.

¹⁶⁹ Gometz, Gianmarco, “La democrazia senza certezza” en Seguridad Jurídica en el Sistema Democrático, Pedro Esteban Penagos López (coord.) Tirant Lo Blanch, México, 2014, p. 135.

¹⁷⁰ García Manrique, Ricardo, El valor de la seguridad jurídica, Fontamara, México, 2007, p. 153.

¹⁷¹ Vigo, Rodolfo Luis, De la ley al derecho, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 14.

La arbitrariedad judicial, se entiende como el proceso que realiza el juzgador al momento de tomar decisiones consistentes en vulnerar o alterar los derechos de la ciudadanía, ya sea a través de una interpretación errónea, una argumentación débil o, que base su decisión ante falta de pruebas o inconsistencias en el procedimiento, así mismo, que se base en otros ordenamientos no aplicables al caso.

La arbitrariedad sin embargo no se debe de entender o confundir con la discrecionalidad, ya que la discrecionalidad resulta ser esa facultad necesaria para apreciar los hechos en un caso, permitiendo hacer consideraciones circunstanciales racionales que el legislador no pudo hacer al momento de emitir una norma general que debe ser aplicada.¹⁷²

Aunque en un sistema judicial como el mexicano, en caso de que se considere que existe alguna arbitrariedad judicial por parte de los juzgadores, se prevé la existencia de recursos, en los cuales un tribunal superior pueda conocer sobre el asunto para poder establecer si en efecto hubo arbitrariedad o si fue realizado conforme a derecho.

La discrecionalidad judicial, debido a sus limitaciones no puede afectar al principio de seguridad jurídica ya que, existe una limitación para su actuar, en el sentido de que sólo debe de atenerse a los hechos que se le presenten, sin embargo, afectaría a dicho principio en el momento en su facultad discrecional vaya más allá y, empiece a establecer derecho respecto de situaciones que no se le han presentado.

Así mismo, respecto del principio de legalidad, la propia ley previene la existencia del actuar del juez, es por ello que no contraviene dicho principio, sin embargo, si se llega a dar que, el juzgador exceda en lo que le delimita la ley, estaría vulnerando por ende su actuar, en consecuencia, sus actos deben de considerarse

¹⁷² Huerta Ochoa, Carla, "Discrecionalidad y legalidad: tensión en la aplicación del derecho" en *Disertaciones de Filosofía del Derecho*, Jorge Fernández Ruiz (coord.) UNAM Posgrado en Derecho, México, 2013, p. 17.

inválidos, ya que no están previstos por la norma. La idea de este principio es la de limitar la discrecionalidad en la aplicación del derecho.

En la decisión jurídica, la argumentación va a constituir la justificación de las elecciones hechas mediante las razones que se ofrecen, es una obligación justificar la decisión, así como la motivación, en expresar de manera clara las razones que conducen a la decisión, siendo por ende un elemento que aporta al principio de legalidad.¹⁷³

Ferrajoli¹⁷⁴, destaca que debido a la crisis que está viviendo la legalidad, se empieza a dar un gran espacio a la discrecionalidad, ya que los problemas que se da en los ordenamientos son debido a la crisis del principio de legalidad, el cual se traduce como la ley y, la limitación del arbitrio.

El jurista florentino, atribuye esta crisis a la expansión de la jurisdicción y el poder de los jueces, los cuales se dan debido a: a) una esfera política, que se traduce en la incapacidad por parte del legislador para desempeñar su cometido, también, debido a la disfunción que tiene el lenguaje legal y, la crisis de la forma general y abstracta de las leyes, creando leyes medida obedeciendo a factores e intereses, particulares; b) la estructura multinivel de los ordenamientos, esto debido a que son los jueces que, aunque se encuentran sometidos a la ley, están dotados de facultades para poder controlar la constitucionalidad de las leyes, esto se puede ver, con los jueces ordinarios que tiene la facultad de excepcionarse de conocer o aplicar una ley y, con los jueces constitucionales que pueden declarar la invalidez de una ley, así mismo, la intromisión de nuevas figuras de fuentes de derecho, en el caso de Ferrajoli señala la intromisión del fuentes del common law en el sistema jurídico italiano, aunque esto se vive de igual manera en nuestro país; 3) el desarrollo, esto se da a través de que debido al crecimiento del Estado social y la esfera pública, desencadenó en una crisis que, provocó un desarrollo de ilegalidad de los poderes públicos, mismos que se han manifestado a través de la corrupción

¹⁷³ Ibidem, pp. 18 – 19.

¹⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial” en ¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?, Teoría y Derecho, revista de pensamiento jurídico, No. 20, diciembre, Valencia, 2016, pp. 65 – 87.

así mismo, debido al desarrollo de poderes económicos y financieros, se ha dado un mayor crecimiento a la magistratura; y, 4) la tendencia del poder judicial a expandir indebidamente su papel y generar un derecho de creación jurisprudencial.

Aunque, como hemos señalado con anterioridad, cuando la discrecionalidad judicial únicamente se atañe a solución de problemas en los cuales existe un conflicto, como puede ser, alguna antinomia, una laguna legal, una falta de comprensión de algún artículo o una norma, esa discrecionalidad judicial no va a afectar a los principios de seguridad jurídica y legalidad ya, que están previstas por el mismo sistema. Sin embargo, si se va más allá de esa discrecionalidad convirtiéndose en un activismo, en la cual el juzgador va a determinar qué es lo que más le agrada, sin duda alguna nos estamos encontrando en una situación peligrosa ya que, no habría garantía de seguridad para los sujetos.

3.4.5 La jurisprudencia como resultado de la discrecionalidad judicial y sus grados de afectación jurídica

Conforme a lo que hemos estudiado, es un hecho seguro que la jurisprudencia es una norma jurídica que pertenece al orden jurídico. El resultado de la actuación discrecional por parte de los juzgadores puede llegar a ser vinculante y obligatoria cuando las propias leyes así lo permitan, en consecuencia, los juzgadores facultados para poder crear jurisprudencia lo hacen en relación con su facultad discrecional, esto es, para poder determinar el sentido de una norma, un enunciado normativo que, tenga el carácter de ambigua o vaga, así como para poder colmar lagunas legales que se presenten al momento de resolver un asunto y, por último en los casos en que, existe algún conflicto entre normas.

La jurisprudencia, es el resultado en muchas ocasiones de esa facultad de discrecionalidad de la cual gozan los juzgadores, en relación a los casos que se les presentan y, de los cuales no pueden resolver en primer lugar debido a que el caso no se encuentra regulado o en caso de que se encuentre regulado, la falta de prudencia por parte del legislador al momento de determinar el enunciado jurídico, deja muchas dudas sobre lo que se refiere o lo que quiso decir. Esto se ve debido a las características que la revisten, como lo es dar solución a las lagunas jurídicas

que se presenten en el sistema jurídico, resolver antinomias, así como dar la interpretación necesaria respecto de una disposición normativa.

Concluimos que el resultado de la discrecionalidad judicial se materializa a través de la jurisprudencia, lo cual nos lleva a considerar lo siguiente ¿esa materialización de la discrecionalidad que es la jurisprudencia llega a afectar el orden jurídico?

Consideramos que no, al contrario, lo que se busca a través del mismo es dotar al orden jurídico de una certeza jurídica, en la cual causa seguridad tanto para los juzgadores como para los miembros del foro, así mismo, debido al carácter obligatorio que tiene la jurisprudencia va a ser de observancia general, por lo cual no va a haber duda de otra forma de aplicación. Así mismo, los juzgadores van a poder tener la guía de cómo resolver alguna cuestión.

Sin embargo, al momento en que nos encontramos ante una contradicción jurisprudencia, si va a haber una afectación, ya que, no va a existir una certeza respecto del actuar del juez, ante esta situación, la solución es la participación de un tribunal superior que dirima esta controversia, la cual debido a la característica normativa de la jurisprudencia va a ser a través de un simple conflicto normativo.

Un punto en duda es lo que pasa en cuanto a la retroactividad, como bien se menciona en nuestro artículo 14 constitucional, no existe la retroactividad en perjuicio de persona alguna, pero una cosa curiosa sucede con la jurisprudencia, ya que, en esta aunque sea en beneficio de la persona, no va a haber modificación en cuanto a los casos que se resolvieron aplicando la jurisprudencia que a la postre pudiera ser considerada como inaplicable por perder ante otra jurisprudencia en la contradicción que se suscitó.

Capítulo IV. Entre colisión de la ponderación o conflicto de la subsunción

4.1 Normas

El derecho ha sido concebido de diferentes formas, entendido como un conjunto de normas, como una institución, como una relación. El principal exponente de concebir el derecho como un conjunto de normas coactivas fue Kelsen. La expresión derecho también suele tener una doble concepción, como derecho objetivo, entendiendo este como las normas; como derecho subjetivo, siendo las facultades o derecho; así como, la ciencia del derecho que, son los enunciados sobre el objeto de estudio llamado derecho.

Al momento de hablar de la palabra norma, nos referimos a un concepto ambiguo, ya que, existe una gran cantidad de normas, como normas jurídicas, normas morales, normas religiosas, normas técnicas, etc., por eso dentro de nuestra investigación lo que nos ocupa, son las normas jurídicas, por lo cual, al hacer referencia a norma, nos estamos refiriendo a dicho tipo. Así mismo, existe una gran cantidad de palabras que en un lenguaje objeto se suelen tener una connotación sinonímica.

De acuerdo con Guastini, es conveniente como primera acepción, entender a la norma en un sentido estricto como: una prescripción, dotada de una estructura condicional y, con contenido general y abstracto.¹⁷⁵

En el capítulo I, se hizo referencia a las diferentes formas de poder entender las normas de acuerdo a von Wrigth, siendo estos, grupos principales y menores, en el grupo principal, se van a encontrar las reglas, las prescripciones y, las directrices, mientras que en el grupo menor se encuentra, la costumbre, los principios morales y las reglas ideales, bajo estas ideas, las desarrollaremos en una mayor medida.

Es importante mencionar que, las normas no son leyes de la naturaleza sino que son leyes del estado, es debido a que, las leyes de la naturaleza resultan ser de carácter descriptivo, ya que, van a describir lo que sucede en la naturaleza, estas a su vez resultan ser verdaderas o falsa, así mismo, no son dadas por un agente

¹⁷⁵ Guastini, Riccardo, La sintaxis del derecho, traducción Álvaro Núñez Vaquero, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 50.

externo sino que son dadas por la propia naturaleza; mientras que, las leyes del Estado, son de carácter prescriptivo, ya que van a regular la conducta y el intercambio humano, no son verdaderas ni falsas, también, son dadas por un agente externo, como un parlamento.¹⁷⁶

Raz¹⁷⁷ refiere que las normas jurídicas no son juicios o enunciados sobre un objeto de conocimiento, sino que de acuerdo a sus significados son mandatos, permisiones y autorizaciones, por lo cual, ya que no transmiten información sino órdenes, permisiones o autorizaciones, no van a poder ser descritas como verdaderas o falsas.

En primer lugar, las reglas, son entendidas como aquellas que se emplean dentro de los juegos, entendiendo el juego como una actividad humana, por lo cual el actuar de los participantes se va a tener que realizar de acuerdo con lo establecido por las reglas. En consecuencia, las reglas van a determinar cuáles van a ser los movimientos correctos, así como, los movimientos permitidos.¹⁷⁸

A continuación, las prescripciones resultan ser órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad hacia alguien con una posición de sujeto.

Un subtipo de las prescripciones, son las ya mencionadas leyes del Estados, las características que van a distinguir a las prescripciones o también entendidas como regulaciones, van a ser: 1) son dadas o dictadas por alguien, es decir, provienen de la voluntad de la autoridad normativa; 2) están destinadas a un agente o agentes, denominado sujeto normativo; 3) lo que se busca por parte de la autoridad normativa es que el sujeto adopte una conducta, es decir, se comporte de determinada manera; 4) para que esto pueda realizarse, es necesario que la autoridad promulgue la norma; y, 5) en caso de que no haya cumplimiento por parte del sujeto normativo, la autoridad normativa para garantizar su efectividad va a añadir una sanción.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Wright, Georg Henrik von, Norma y acción, una investigación lógica, op. Cit., pp. 21 - 23.

¹⁷⁷ Raz, Joseph, El Concepto de Sistema Jurídico, traductor Rolando Tamayo y Salmorán, IJ UNAM, México, 1986, p. 67.

¹⁷⁸ Wright, Georg Henrik von, Norma y acción, una investigación lógica, op. Cit., p. 26.

¹⁷⁹ Ibidem, pp. 26 – 27.

En cuanto a las directrices o normas técnicas, estas guardan una relación con los medios que se usan para alcanzar un determinado fin, un resultado. Las oraciones de condicionales de esta forma, contienen un antecedente en el cual se hace mención de la cosa que se desea y, un consecuente en el cual se hace mención de algo que tiene o no tiene que hacerse. Así mismo, este tipo de oraciones no contienen un carácter descriptivo o prescriptivo.¹⁸⁰

Referente a las costumbres, estas a su vez pueden ser consideradas como un hábito, el cual es un hacer regular de la conducta de un individuo, una tendencia a realizar cosas similares en ocasiones similares o en circunstancias recurrentes. No son dadas por autoridad alguna, ya que, es la propia comunidad la que las proporciona, así mismo, tampoco necesitan de una promulgación por medio de signos simbólicos.¹⁸¹

Las normas morales, representan un aspecto obligatorio de cumplir las promesas a que dicha obligación es inherente a. La moralidad es en un sentido teleológico la ley divina, aunque las normas morales en una primera consideración son una especie de prescripción, así como también, una especie de normas o directrices técnicas para lograr cierto fin.¹⁸²

Por último, en cuanto a las reglas ideales, estas tienen relación con el ser más que con el hacer, así también, estas contienen una conexión con el concepto de bondad, así como el de virtud.¹⁸³

De acuerdo a Alchourrón y Bulygin en las normas de conducta, subsiste una ambigüedad, por lo cual, se tiene que hacer una distinción, en primer lugar, el uso primario del lenguaje va a ser el de comunicar algo, de aquí, que la comunicación sea entienda como un acto en el cual intervienen dos personas, el hablante y el receptor y, que se da un mensaje. Se puede abstraer la recepción del mensaje por parte del destinatario, en este caso se estaría frente a una aserción o aseveración, es decir, se da una relación diádica entre el sujeto hablante y el significado de la

¹⁸⁰ Ibidem, pp. 29 – 30.

¹⁸¹ Ibidem, pp. 26 – 29.

¹⁸² Ibidem, pp. 30 – 32.

¹⁸³ Ibidem, pp. 32- 34.

expresión. Y, por último, se da la abstracción en cuanto al contenido significativo de un posible acto de aserción, que es conocido como proposición, siendo esta, una entidad abstracta que puede ser caracterizada como el significado de una oración declarativa.

Así mismo, las normas, pueden ser abstraídas, por eso para poder tener un entendimiento, se dan los términos de norma comunicación, norma prescripción y norma sentido.

La norma comunicación, resulta no ser una aserción sino una prescripción, sólo se da un mensaje. A lo prescrito en un acto de prescribir, realizado por un sujeto en una ocasión determinada, se va a entender como una norma prescripción. Ahora bien, en cuanto a la norma sentido, va a ser una prescripción posible de un estado de cosas, es decir, una proposición con sentido normativo.¹⁸⁴

Bulygin, llega a definir la norma como “una prescripción emitida por un agente humano, denominado autoridad normativa, dirigida a uno o varios agentes humanos, denominados sujetos normativos, que obliga, prohíbe o permite determinadas acciones o estados de cosas”.¹⁸⁵ En este sentido, se tiene que entender que, lo característico de una norma va a ser su uso prescriptivo aunque, no cabe duda que también existen normas que contienen otra función más allá de la prescriptiva como lo pueden ser, las definitivas, las derogatorias, las constitutivas, etc.

El objeto de una norma, de acuerdo a Kelsen va a ser la conducta de un ser dotado de razón y voluntad, es decir, la conducta de un ser humano.¹⁸⁶ Por lo tanto, van la conducta humana, el ser humano, va a ser un sujeto normativo. Es por ello, que las normas suelen ser generales o particulares.

¹⁸⁴ Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, Sobre la existencia de las normas jurídicas, op. Cit., pp. 17 – 20.

¹⁸⁵ Bulygin, Eugenio y Daniel Mendoca, Normas y sistemas normativos, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 15.

¹⁸⁶ Kelsen, Hans, Teoría general de las normas, trad. Miguel Ángel Rodilla, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 112- 113.

Para Kelsen una norma jurídica va a ser aquella que prescribe una sanción de manera que la estructura de la norma es; si es A entonces debe ser B.

La comunicación de la norma va suponer, un uso del lenguaje compartido, tanto de la autoridad normativa como de los sujetos normativos, por lo tanto, al dictar normas se va a suponer la existencia de una comunidad lingüística a la que van a pertenecer todos los involucrados en la actividad normativa. Sin embargo, la norma no es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan.¹⁸⁷

Un análisis lingüístico de las normas nos permite diferenciarlas en lo referente a su sintaxis, es decir, a la relación de los signos entre sí, a su forma, llevándonos a una definición nominal; a la semántica, es decir, a la relación entre signos y significados, lo cual nos lleva a una definición conceptual y; por último, la pragmática, la cual se da entre la relación de signos y usuarios.

La norma jurídica, se dan como un caso del uso prescriptivo del lenguaje, ya que es una clase especial de directivas, porque van encaminadas a dirigir el comportamiento de otros, a influir sobre el comportamiento, así mismo van a carecer de valores de verdad.

Uno de los mayores referentes para poder acercarse al análisis de la norma, es sin duda, Georg Henrik von Wright, quien en su libro *Norm and Action, a Logical Enquiry*, desarrolla una completa teoría de las normas. “Von Wright no pretende formular una teoría del derecho ni de las normas jurídicas: su visión es más amplia y abarca las normas en general.”¹⁸⁸

Debido a esto, para poder realizar un análisis de las normas es necesario distinguir seis componentes de las normas entendidas como prescripciones, siendo estos: 1) el carácter, 2) el contenido, 3) la condición de aplicación, 4) la autoridad, 5) el sujeto o sujetos y, 6) la ocasión. Así mismo, es importante señalar que, pueden existir dos cosas que pertenecen a la prescripción, pero sin ser componentes de la

¹⁸⁷ Bulygin Eugenio y Daniel Mendoca, *Normas y sistemas normativos*, op. Cit., p. 16.

¹⁸⁸ Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo*, Editorial Astra, Buenos Aires, 1987, p. 62.

misma, siendo estas, 1) la promulgación y, 2) la sanción.¹⁸⁹ Por lo tanto, a los primeros seis elementos podemos decir que son elementos componentes, mientras que a los otros dos son elementos no componentes, de las prescripciones.

El carácter, el contenido y la condición de aplicación va a constituir el núcleo normativo, que, resulta ser una estructura lógica que las prescripciones van a tener en común con otros tipos de normas.

Se entiende por carácter de una norma aquella calificación de dicha norma asigna a la conducta, a través de uno de los siguientes caracteres: el carácter de deber entendiéndose como obligatoria (O), el de poder mismo que se puede entender como permitida (P) y, por último, el carácter de prohibido (-P). Dando como resultado, ordenes o mandatos, normas permisivas o, prohibiciones.¹⁹⁰

Respecto al contenido, se va a entender lo que debe, puede o tiene que hacerse o no hacerse, es decir, la acción u omisión respecto de cierto carácter. De acuerdo al contenido las normas van a poder dividirse en dos grupos 1) normas concernientes a la acción, dentro de la que se encuentran actos y abstenciones; y, 2) normas concernientes a la actividad.

Sin embargo, respecto a la lógica deóntica, esta se va a ocupar de los significados de expresiones -df, es decir, en actos y abstenciones. Por esto, es conveniente dividir las normas en positivas y negativas de acuerdo a su contenido, acto o abstención. Aunque, puede darse el caso de que exista una norma con expresión -d y -f, por lo cual se podrá considerar como una norma de contenido mixto.¹⁹¹

La condición de aplicación de la norma, es aquella condición o condiciones que se tiene que dar para que poder realizar la acción y, en caso de no darse está, la acción no se podrá dar.

¹⁸⁹ Wright, Georg Henrik von, Norma y acción, una investigación lógica, op. Cit., p. 87.

¹⁹⁰ Ibidem, pp. 87 – 88.

¹⁹¹ Ibidem, pp. 88 – 90.

De acuerdo a las condiciones de aplicación, las normas pueden ser divididas en categóricas e hipotéticas, en la primera su condición de aplicación va a estar dada de manera implícita dentro de su contenido, mientras que, en la segunda, no se va a derivar únicamente del contenido, sino que se tiene que mencionar en su formulación, la condición adicional.¹⁹²

Por autoridad se entiende aquel agente que da o emite la prescripción, esto debido a que, la autoridad va a ser la que va a ordenar, permitir o prohibir. Las prescripciones se producen como resultado de una acción normativa, y, esta acción es realizada por alguien.

Estas prescripciones pueden emanar, de una autoridad divina, como un Dios o un ser mágico, estas normas se van a denominar teónomas, mientras que, si son realizadas por un agente empírico, las podemos denominar positivas. Ahora bien, respecto a la autoridad de algunas normas positivas los agentes van a ser de carácter personas o impersonal, nos vamos a referir a un agente personal, cuando se trata de una persona física o una colectividad humana; mientras que, por autoridad impersonal son aquellas realizadas por personas jurídicas, tribunales, asambleas legislativas, en las cuales está relacionado el concepto de cargo.¹⁹³

Sobre el sujeto o sujetos, se va a entender como aquel agente o agentes, a quienes la norma se va a dirigir o dar. Las prescripciones en atención al sujeto, van a poder ser particulares, cuando esta se dirija a un individuo en específico; y, generales, cuando se dirija a todos los individuos sin restricciones y que respondan a una determinada descripción.¹⁹⁴

Por último, la ocasión resulta ser la localización del espacio temporal en que debe cumplirse el contenido de la norma. La ocasión puede ser particular, cuando se tiene que realizar en solo una ocasión específica o en un número finito de ocasiones; así mismo puede ser, general, cuando se puede realizar en un número ilimitado de ocasiones.

¹⁹² Ibidem, pp. 90 – 91.

¹⁹³ Ibidem, pp. 91 – 93.

¹⁹⁴ Ibidem, pp. 93 – 95.

Respecto a las generales, esta puede ser conjuntiva, cuando la acción es ordenada o permitida en todo su contenido, en un número ilimitado de ocasiones, o, puede ser disyuntiva, cuando se ordena o permite la realización de su contenido en alguno del ilimitado número de ocasiones.¹⁹⁵

En cuanto a los elementos no componentes, la promulgación va a ser la formulación o expresión de la norma, mientras que, la sanción es el efecto normativo ya sea positivo o negativo.

El carácter de la norma se va a referir a su modalización, depende de si la norma se emite para algo que deba o pueda ser hecho, o tenga que no ser hecho. Para esto, von Wright utiliza el símbolo O para representar el deber y, el símbolo P, para representar el poder.

La estructura que compone a una norma jurídica va a ser:

1. Hipotética: si A es, debe ser B.
2. Elementos: supuesto, cópula y sanción.
3. Supuesto: abstracción de la realidad regulada.
4. Cópula: deber ser.
5. Sanción: efectos jurídicos.

De acuerdo a von Wright, las normas jurídicas son prescripciones y se van a singularizar por los elementos estructurales que, van a integrar el núcleo normativo de las normas, van a existir, como es: el carácter, que, es la caracterización normativa de las acciones como O, F, P, siendo estos los operadores deónticos; el contenido, que, es la acción calificada por el carácter; y, la condición de aplicación, la cual resulta ser la circunstancias que deben presentarse para que pueda darse la oportunidad de realizar el contenido de la norma.

En este orden de ideas, Guastini refiere a estas como normas de conducta, es decir, aquellas normas cuyo consecuente va a calificar un comportamiento, en

¹⁹⁵ Ibidem, pp. 95 – 97.

un hacer o un no hacer, como obligatorio, prohibido, permitido o facultativo. Siendo estas las modalidades deónticas.

Los términos deónticos son instrumentos lingüísticos para calificar los comportamientos humanos, van a servir para instituir una conexión normativa entre un sujeto y un comportamiento, son interdefinibles y, son usados como término primitivo, para poder definir a todos los demás.¹⁹⁶

4.1.1 Clasificación de normas

Existen diferentes formas de clasificar las normas jurídicas, una forma que ha tomado relevancia es haciendo una división entre normas primarias y normas secundarias, empero, esta forma tiene una triple distinción, por lo cual, podemos entenderla de acuerdo a su forma temporal, funcional o jerárquica.¹⁹⁷

Señala Bobbio, como ejemplo, aquellas normas que se refieren al contenido de las normas, como los son las normas sustanciales y procesales o , la distinción entre normas de comportamiento y normas de organización; las que hacen referencia al modo en cómo se imponen las normas, como las normas consuetudinarias y normas legislativas; en relación con los destinatarios, pueden ser normas primarias y normas secundarias; en cuanto a la naturaleza y estructura de la sociedad regulada, siendo las normas de derecho estatal, canónico, internacional, de familia, etc.¹⁹⁸

Una primera clasificación que hemos mencionado con anterioridad es la de normas generales y normas individuales, de acuerdo a von Wrigth, una norma va a poder ser individual o general respecto del sujeto normativo, según que el destinatario de la norma sea uno o sean varios sujetos individualizados o una clase de sujetos, o individual o general respecto de la ocasión.

Por ejemplo, en Alchourrón y Bulygin, al referirse a las normas comunicación, las consideran como normas individuales, ya que van dirigidas a uno o varios sujetos individualizados. Mientras que las normas generales, no pueden ser

¹⁹⁶ Guastini, Riccardo, La sintaxis del derecho, op. cit., pp. 63 – 67.

¹⁹⁷ Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, op. Cit., pp. 317 – 319.

¹⁹⁸ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. Cit., p. 131.

entendidas como normas comunicación, ya que van dirigidas a una clase más o menos amplia de sujetos, esto debido a que las normas jurídicas de acuerdo a la presunción de conocimiento del derecho, en la cual no se acepta la ignorancia de la ley, se entiende como un conocimiento por parte de todos los sujetos, por lo cual, al ser conocida, no puede ser catalogada como una norma comunicación.¹⁹⁹

Siguiendo a Norberto Bobbio²⁰⁰, señala una triple clasificación: 1) el nivel de generalidad y abstracción de las normas; 2) su carácter afirmativo o negativo; y, 3) su naturaleza categórica o hipotética. Esta clasificación no va a atender a un criterio material, sino que va a ser a uno formal, ya que se entiende como aquel que hace relación exclusivamente a la estructura lógica de la proposición prescriptiva.

Primeramente, determina que es un error dividir las normas en generales y abstractas, debido a que, la teoría que hace esta división comente dos errores, el primero es, no aclaran si general y abstracto son sinónimos o son significados diferentes y, en el segundo error es, permite creer que no hay normas jurídicas individuales y concretas. Por esta situación, una distinción correcta es la de proposiciones universales y proposiciones particulares, en la primera el sujeto va a representar una clase compuesta de varios miembros, mientras que, en la segunda representa un individuo singular.

Las normas, así como las proposiciones normativas, están formadas por dos elementos constitutivos, el sujeto o destinatario de la norma y, el objeto de la prescripción o la acción que se prescribe. Por lo cual, tanto el sujeto como el objeto se van a presentar de una manera universal e individual, teniendo por ende cuatro formas en las cuales se presentan cuatro tipos de proposiciones jurídicas.²⁰¹

La generalidad tiene que ver con las personas a las que les es aplicable la ley, ya que, es una garantía de imparcialidad para que sea una norma intrínsecamente igual para todos. Mientras que, la abstracción tiene que ver con las conductas que regula la ley, se exige para garantizar distintos elementos, como la

¹⁹⁹ Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, Sobre la existencia de las normas jurídicas, op. Cit., pp. 24 – 25.

²⁰⁰ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. Cit., pp. 131 – 140.

²⁰¹ Ídem.

estabilidad, la certeza, la percibibilidad del derecho, evitando así las leyes a término, la retroactividad y, elementos que restringen reformas continuas a la ley.

Es bajo esta idea que Bobbio²⁰², señala las distinciones que se dan entre normas generales y abstractas en las cuales podemos mencionar la mayoría de las leyes, como las penales; así como entre normas particulares y concretas, en las cuales se encuentran las sentencias; sin embargo se interroga si puede existir algo intermedio, dando como resultado las normas generales y concretas, entre las cuales podemos mencionar la existencia de las leyes de amnistía, en cuanto se refieren a gran cantidad de personas y sólo regulan una conducta, así mismo, también las normas particulares y abstractas, como las leyes orgánicas, regulan a una persona y varias actividades o conductas de esa única persona.²⁰³

En un segundo aspecto, las normas se pueden dividir según sus proposiciones en afirmativas y negativas. En primer lugar, se parte de la proposición afirmativa universal, en segundo lugar, se obtendrán otras dos en las cuales se negará universalmente o que, se limite a negar la universalidad y, en cuarto punto se negará el conjunto universalmente y la universalidad. En consecuencia, se indican cuatro términos latinos omnis, nullus, non omnis, nonnullus. Nullus es contraria de omnis, non omnis es la contradictoria de omnis, nonnullus es contradictoria de nullus y, nonnullus es contradictoria de omnis.²⁰⁴

En este punto, debemos de recurrir al cuadro de oposición, por lo cual debemos de entender que, las proposiciones van a ser contrarias cuando no pueden ser ambas verdaderas, pero pueden ser ambas falsas; van a ser contradictorias cuando no van a poder ser ambas verdaderas ni falsas; son subcontrarias cuando pueden ser ambas verdaderas, pero no pueden ser ambas falsas; por último son subalternas cuando la primera es verdadera y se puede deducir que la segunda es verdadera, sin embargo, de la segunda si es verdadera no se puede deducir que la primera es verdadera.²⁰⁵

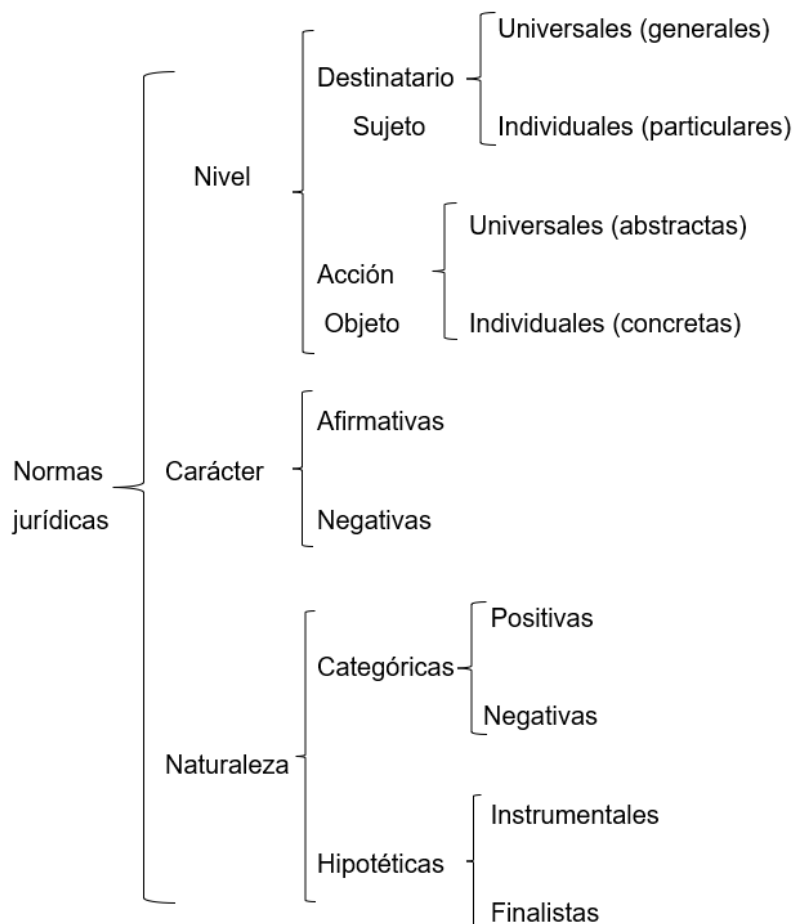
²⁰² Ídem.

²⁰³ Ver cuadro p. 145.

²⁰⁴ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. Cit., pp. 136 – 139.

²⁰⁵ Ídem.

Por último, la tercera distinción se da en la forma del discurso, dando por ende el resultado de normas categóricas y normas hipotéticas. Por norma categórica se entiende aquella que establece que una determinada acción debe ser cumplida, mientras que, una norma hipotética va a establecer cierta que cierta acción debe ser ejecutada si se verifica una determinada condición.²⁰⁶



Otra forma de clasificación de las normas es la que realiza Riccardo Guastini quien, en primer lugar, considera a las normas como cualquier enunciado que se encuentre en las fuentes del derecho.²⁰⁷ Así mismo, cataloga que las normas se pueden entender como principios o reglas, aunque como tal, el uso de la palabra regla es comúnmente usado en la Teoría del Derecho en los contextos que

²⁰⁶ Ibidem, pp. 139 – 140.

²⁰⁷ Guastini, Riccardo, La sintaxis del derecho, op. Cit., p. 49.

distinguen esta dualidad, aunque, es mejor hablar de norma entendiéndose como regla.

Dentro de las normas entendidas como sentido estricto se van a encontrar aquellas que contienen una prescripción, ya sea una orden para hacer u omitir, van a estar dotadas de una estructura condicional y tienen un contenido general y abstracto. Mientras que las normas en sentido amplio o genérico, son aquella que no contienen enunciados prescriptivos y, dentro de las cuales se encuentran las normas de competencia, permisivas, definitorias, interpretativas, de reenvío, sobre eficacia de normas, sobre conflicto entre normas y, sobre abrogación.

La norma como prescripción va a entenderse en tres sentidos: a) en cuanto acto, esto es como un acto lingüístico que pretende guiar, dirigir, influir en la conducta humana; b) en cuanto enunciado, como un enunciado prescriptivo, en el cual se cumple el acto lingüístico ya que el enunciado versa sobre una conducta y la califica como obligatoria o debida; y, c) en cuanto significado, al contenido del acto de prescripción tal y como resulta de la interpretación del propio enunciado.²⁰⁸

Las normas en lato sensu a su vez son consideradas como normas constitutivas ya que, no prescriben nada a nadie, carecen de destinatario, no son susceptibles de obediencia o violación y, crean directamente efectos jurídicos, es por eso que estas se van a encontrar divididas en: a) de competencia, este tipo de normas se encarga de instituir a la autoridad, ya que, confieren competencias a un sujeto para poder crear y abrogar prescripciones; b) permisivas, son aquellas que van a calificar determinado comportamiento como permitido, facultativo; c) definitorias, las cuales consisten en determinar o precisar un significado; d) interpretativas, estas van a determinar el significado de un enunciado de una norma preexistente; e) de reenvío, consistente en indicar a un órgano qué norma debe de ser aplicada; f) sobre la eficacia de las normas, la cual va circunscribir los efectos jurídicos de otras normas; g) sobre conflictos entre normas, son aquellas que, van a indicar a los órganos judiciales cuales normas van a ser preferentes para su

²⁰⁸ Ibidem, pp. 50 – 51.

aplicación; y, h) de abrogación, las cuales van a ser aquellas que, suprimen la eficacia de una norma.²⁰⁹

4.1.2 Existencia de normas implícitas

Las normas explícitas son aquellas que, están formuladas expresamente por la autoridad creadora, mientras que una norma implícita va a ser aquella en la cual ninguna autoridad ha formulado.

Una norma implícita, se refiere a aquella clase de normas que no están expresadas en los ordenamientos jurídicos, es decir, que carecen de formulación en los textos normativos. Estas normas son el resultado de un razonamiento por parte de los intérpretes. Algunas de estas normas son el resultado de una inferencia lógicamente válida, otros, contrario sensu, no son inferencias lógicamente válidas.²¹⁰

Guastini²¹¹ nos refiere sobre la división de entender las normas implícitas de tres maneras diferentes, atendiendo a su razonamiento. A las primeras las va a considerar normas implícitas en sentido estricto, ya que, estas atienden a un sentido lógico, siendo fruto de una actividad cognitiva; mientras que, a las otras dos, van a ser fruto de la actividad nomopoiética, ya que van a crear normas.

En primer lugar, se entiende como norma implícita aquellas que se extraen de las normas explícitas mediante razonamientos lógicamente válidos, en este punto van a coincidir dos normas explícitas y a través de una deducción se va a poder llegar a la conclusión que va a ser la norma explícita. La formulación hecha por parte de los juristas, va a ser fruto de una operación cognitiva.²¹²

En un segundo tipo, las normas implícitas se van a extraer de normas explícitas de acuerdo a esquemas de razonamiento no deductivos o lógicamente

²⁰⁹ Ibidem, pp. 57 – 59.

²¹⁰ Guastini, Riccardo, Derechos implícitos, Observatorio Doxa, Génova, p. 1 [en línea] <<https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>> [consulta: 25 de abril de 2022]

²¹¹ Guastini, Riccardo, Interpretar y argumentar, traducción Silvana Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 165.

²¹² Ibidem, pp. 166 – 167.

inválidos. Cabe destacar el uso del argumento a contrariis, el argumento a simili o por analogía y, el argumento a fortiori. En el caso del primero, por ejemplo, si una norma (N₁) establece una obligación (O) para todos los comerciantes de hacer (q), entonces de acuerdo al argumento a contrariis, se va a entender que quienes no sean comerciantes no van a tener que hacer lo que obliga dicha norma. Ahora bien, en el caso del argumento a simili, se entiende, que se busca la similitud de la proporción, en la cual un enunciado jurídico establece una cierta obligación (O) a un sujeto normativo (S₁) y, esa misma obligación va a poder existir en relación con otro sujeto normativo (S₂) siempre y cuando exista una relación. Por último, en el argumento a fortiori, se hace uso de los adjetivos: mayor que, menor que y, a mayor razón; con esto lo que se busca es referir que si un acto se realiza en menor medida con mayor razón puede o no suceder otro acto, por ejemplo, si se menciona que está prohibida (P) cierta acción como arrancar los frutos de un árbol, en mayor medida estará prohibido cortarlo.²¹³

En lo que respecta al tercer tipo, hay normas implícitas que se van a derivar de una conjunción de normas explícitas y asunciones dogmáticas o, directamente de asunciones dogmáticas. Las asunciones dogmáticas son aquellas tesis o teorías desarrolladas por los juristas de manera previa e independiente de la interpretación de cualquier enunciado normativo. Se puede poner como ejemplo la teoría general del delito, la teoría de la pena, la teoría general del negocio jurídico, la teoría de la propiedad, la teoría del patrimonio de familia, etc. A manera de ejemplo nos podemos referir a la teoría de la división de competencias, expresamente en el artículo 124 constitucional se señala “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias”, bajo esta tesis las Entidades Federativas van a poder actuar y legislar sobre aquello que no sea competencia de la federación.²¹⁴

²¹³ Ibidem, pp. 167 – 168.

²¹⁴ Ibidem, pp. 168 – 171.

La jurisprudencia resulta ser en este sentido, un elemento coadyuvante de las normas implícitas ya que, debido a la interpretación que hagan los operadores jurídicos, está se va a quedar plasmada no únicamente en una sentencia, sino que, para seguridad jurídica de la ciudadanía, está se verá reflejada dentro de un criterio jurisprudencial, siempre y cuando, se reúnan los requisitos para que se establezca este criterio. Sin embargo, también podemos encontrar las denominadas tesis aisladas, en las cuales logramos observar los criterios que ciertos juzgadores siguen para poder resolver de determinada manera.

Así mismo, al momento de realizar una interpretación de un precepto normativo, se estaría delimitando el alcance que tiene el mismo, dando cabida a una codificación por parte de las autoridades jurisdiccionales para que, la aplicación sea de una manera más sencilla.

4.1.3 Conflictos normativos en el orden jurídico

Los conflictos normativos se van a encargar de dos situaciones, la primera lo referente a las normas y en segundo, la forma en que se relacionan. Hay dos formas de estudiar los conflictos normativos, de manera intrasistemática, en cuanto a los conflictos que se suscitan entre normas aplicables en un mismo orden jurídico válido, y de manera extrasistemática, referente a aquellos conflictos que se presenten entre distintos sistemas jurídicos. En nuestra investigación únicamente nos vamos a avocar al estudio de la primera forma.

Un conflicto normativo se puede entender como el género, se entiende cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, es decir, que se va a encargar de las situaciones en las cuales exista incompatibilidad entre dos normas ya sea en la materia o en la forma.

Cuando una norma es incompatible con otra norma, en cuanto a la forma, es decir, a la manera en que fue realizada, se va a denominar infracción. Mientras que cuando se refiere a la materia, nos vamos a encontrar ante un conflicto normativo auténtico, también denominado colisión entre normas o contradicción normativa.

Las normas van a ser contradictorias cuando en un sistema dos o más prescriben al sujeto normativo conductas que lógicamente son incompatibles, por lo cual no va a ser cumplidas.²¹⁵

En esta situación, se va a generar un conflicto obligacional o un conflicto de sanciones, en lo que respecta al conflicto obligacional, el problema se va a ubicar en el carácter, es decir, en los operadores deónticos, o se ubica, en el contenido, es decir, en la conducta regulada; mientras en lo que respecta, al conflicto de sanciones, este va a ser un problema que se va a dar en la sanción, es decir, en la consecuencia normativa.

Ahora bien, de acuerdo a lo mencionado, los tipos de conflictos de carácter obligacional, son los que nos interesan, dentro de estos mencionamos que pueden presentarse conflictos de acuerdo a su carácter de la norma, lo cual va a llevar a una contradicción lógica, o bien, a un conflicto en su contenido, lo que nos conlleva a tener una contradicción deóntica.²¹⁶

De acuerdo a la operatividad de las normas, se va a distinguir su función, y vamos a encontrarnos ante la situación de conflicto de reglas y colisión de principios.

Kelsen, nos refiere que existe un conflicto de normas cuando lo que se establece en una y en otra va a ser incompatible, por lo cual el cumplimiento o aplicación de una norma va a implicar la violación de la otra.²¹⁷ Así mismo, este conflicto puede ser bilateral o unilateral, se entiende que va a ser bilateral cuando en el cumplimiento o la aplicación de cada una de las dos normas implica necesaria o posiblemente la violación de la otra, este conflicto va a poder ser catalogado como total, cuando una de las normas prescribe una determinada conducta y la otra prohíbe esa conducta, o, parcial, cuando, el contenido de una de las normas solo en parte es diferente del contenido de la otra.²¹⁸

²¹⁵ Huerta Ochoa, Carla, Conflictos normativos, op. Cit., pp. 103 – 104.

²¹⁶ Ibidem, pp. 47 – 59.

²¹⁷ Kelsen, Hans, Teoría general de las normas, op. Cit., p. 144.

²¹⁸ Ídem.

Refiere Kelsen que, cuando se da un conflicto de normas se va a presuponer que las dos normas en conflicto son válidas, así mismo, los enunciados relativos a la validez de las normas son verdaderos, por lo cual concluye que un conflicto de normas no va a ser una contradicción lógica y, no es comparable a una, ya que, en caso de ser una contradicción lógica, uno de los enunciados sería falso.²¹⁹

En este punto, se muestra la postura que toma Kelsen, respecto de los conflictos normativos que, en el entendido de que estos sean una contradicción lógica no puede existir, debido al carácter de validez o verdad que tienen las normas.

Ya hemos expuesto la teoría de von Wright,²²⁰ en la cual expresa que en la lógica deóntica existen los operadores de obligación, permisión y prohibición. Va a haber variables, que expresan lo que se llama estado de las cosas (genéricos). Son estados que pueden darse o no en determinadas ocasiones (en el espacio y/o en el tiempo, así mismo las normas, son representaciones esquemáticas que se expresan como normas–O y normas–P. Se representan como Op y Pp.

Un conflicto normativo se va a dar en el momento en que estos operadores deónticos choquen derivado de que uno permite y otro prohíbe, por lo cual no se sabe cuál enunciado se debe de tomar en cuenta.

Para von Wright, el hecho de que las normas válidas con contenidos contradictorios existan en un orden jurídico va a hacer posible una lógica deóntica, por lo cual, si se presenta una contradicción, deberá de ser una contradicción de carácter lógico.

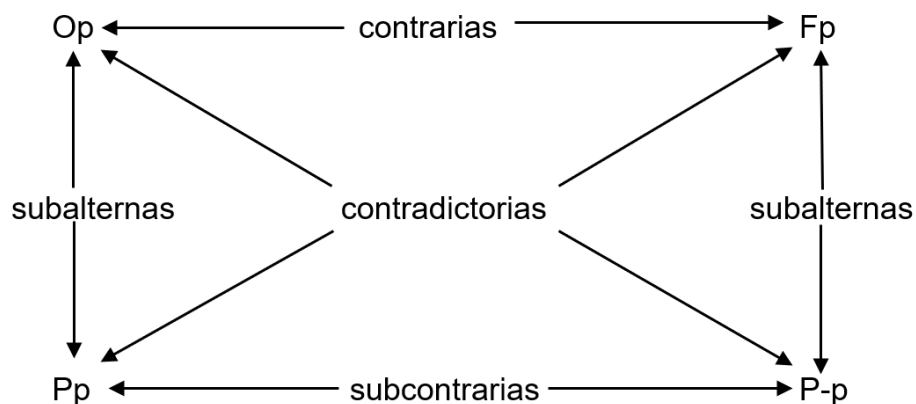
También va a considerar que hay incompatibilidad de las normas en relación con una idea de unidad y coherencia de la voluntad del legislador, dicha incompatibilidad, se da por una inconsistencia del legislador. Por lo cual se puede demostrar que las normas pueden contradecirse de una manera lógica. Considera

²¹⁹ Ibidem, p. 146.

²²⁰ Von Wright, Georg Henrik, ¿Hay una lógica de las normas?, traductor Daniel González Lagier, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, pp. 5 – 25. [en línea] <<https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-hay-una-logica-de-las-normas>> [consulta 20 de abril de 2022]

que la inconsistencia o contradicción que se puede presentar en dos normas, puede proceder de dos situaciones, la primera, en la cual sea de la asignación de caracteres deónticos contradictorios a un mismo tipo de conducta y, la segunda, que sea de la atribución de un mismo carácter deóntico a conductas contradictorias.²²¹

Debemos de tener en cuenta el cuadro de oposición que se usa en lógica, aunque con los operadores deóntico, para así demostrar la existencia de un conflicto normativo cuando sean contrarios o contradictorios los operadores deónticos, ya que, en un ordenamiento jurídico no se va a poder dar la existencia de dos normas con operadores deónticos distintos.



4.1.4 La jurisprudencia como conflicto normativo

Con base en lo expuesto con anterioridad, en primer lugar, debemos recalcar que, la jurisprudencia se entiende como una extensión de una norma jurídica, entendiendo ésta en su sentido amplio, es decir, con la correlación que existe. Debido a esto, también consideramos a la jurisprudencia como una norma, en la cual coexisten los elementos normativos de supuesto, cúpula de deber ser y sanción, motivo por lo cual, se puede llegar a dar la situación en la que exista un conflicto jurisprudencial, en atención a que se presenten criterios deónticos

²²¹ Huerta Ochoa, Carla, Conflictos normativos, op. Cit., p. 109.

diferentes, por ejemplo, que un tribunal establezca un criterio jurisprudencial donde se prevea una situación P-p y, otro tribunal determine Op.

En estos casos, estamos ante un conflicto normativo respecto a los operadores deónticos en cuanto a un mismo supuesto de hecho, que determina Op y P-p, en consecuencia, se da una incertidumbre jurídica tanto para los juzgadores como para la ciudadanía sobre qué va a ser lo que va a prevalecer, que criterio se debe de aplicar, dando lugar a una contradicción jurisprudencial.

Nos encontramos en un problema dentro del orden jurídico, ya que, ambos criterios jurisprudenciales son válidos y están vigentes dentro un periodo de tiempo determinado, así como, ambos fueron expedidos por una autoridad competente. Por lo cual van a gozar de la misma jerarquía, de la misma especialidad.

Así mismo, se puede llegar a dar el caso en el cual, el criterio jurisprudencial establecido por el tribunal entre en conflicto con una norma de un determinado ordenamiento jurídico. Sin embargo, en esta situación, se pueden aplicar los criterios de solución de conflictos normativos, aplicando *lex posteriori*, ya que el criterio jurisprudencial se resuelve con posterioridad.

En esta situación, se prevé por la ley de amparo que va a ser tribunal superior el que tiene la facultad para poder solucionar esta situación que se presenta, en este caso, se denomina por la misma ley como, contradicción de criterios, empero debido a lo desarrollado, es menester destacar lo siguiente.

Estamos ante una situación de un conflicto jurisprudencial en el cual, no se sabe por parte de los juzgadores, así como de los abogados qué criterio jurisprudencial va a ser el que se debe de aplicar. En esta situación, lo que se debe de realizar va a ser la denuncia correspondiente ante el tribunal superior, para poder dar solución a dicho conflicto. Por lo cual nos estamos encontrando ante un problema jurídico que en primer lugar va a tener una solución fácil, sin embargo, esto se va a agravar en el sentido de que, cuál criterio va a ser el que debe de prevalecer, así mismo, si en el resultado de ambas jurisprudencias, se utilizó el denominado método de ponderación dar solución al problema que se les presentó.

Este problema va a requerir de mayores elementos para poder ser entendido en su totalidad, por lo cual se desarrollará de una mejor manera en el capítulo siguiente.

4.2 Antinomias y lagunas legales

4.2.1 Existencia de problemas jurídicos en las normas

Dentro del sistema jurídico puede haber ciertos problemas, sin embargo, hay algunos pensadores que consideran que dentro del sistema jurídico no puede haber problemas ya que dentro del propio derecho se puede encontrar una respuesta, en esta postura podemos encontrar a Kelsen o Dworkin, esta forma de pensamiento se suele entender como una postura de sistema jurídico cerrado, sin embargo, contrario sensu, en una postura de sistema jurídico abierto, se considera que dentro del sistema jurídico existen ciertas deficiencias por lo cual, se va a tener que recurrir a una interpretación por parte del juez.

En un sistema normativo cerrado toda acción va a ser deónticamente determinada en todo caso posible. Un sistema abierto puede ser completo, de acuerdo a la elección del universo de casos y del universo de soluciones.

La idea que se tiene respecto a que un sistema normativo es cerrado, de acuerdo a quienes lo consideran así por razones puramente conceptuales, se basan principalmente en el denominado principio de prohibición, el cual se basa en: todo lo que no está prohibido, está permitido o viceversa, todo lo que no está permitido, está prohibido. Es así que, quienes se colocan en esta postura argumentan que como permitido y prohibido son interdefinibles, se expresa una verdad necesaria, por lo cual va a resultar que al ser conceptos contradictorios solo caben dos posibilidades, siendo así un sistema cerrado.²²²

Otra postura se basa en que los sistemas jurídicos son necesariamente cerrados, de acuerdo a que consideran una plenitud hermética del derecho. Consideran que en todos los casos en el ordenamiento jurídico se va a encontrar

²²² Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, op. Cit., pp. 167 – 172.

previsto el caso y la consecuencia, por lo cual mencionan que no hay lagunas, porque hay jueces.

Así mismo, consideran que, si bien los enunciados de derecho pueden ser incompletos, existen ciertos enunciados de derecho, como el derecho natural que, haciendo uso de este y, agregándolo a las leyes, se va a convertir en completo cualquier ordenamiento.²²³

Ahora bien, en los ordenamientos jurídicos se llegan a dar cuatro características importantes, la unidad, la coherencia, la plenitud y, las relaciones entre ordenamientos. Sin embargo, dentro de los propios ordenamientos, al estar compuestos por varias normas, van a existir diversos problemas entre la conexión de las diferentes normas. En especial debido al exceso de regulación que se presenta por parte del legislador, así como la regulación que hacen los juzgadores en el ámbito de sus competencias, existe un gran número de disposiciones normativas que, se pueden encontrar en contradicción, pueden ser vagas o, puede que, no regulen ciertos casos.

Respecto a la unidad, el problema que se va a estudiar va a ser el de jerarquía de las normas. En cuanto a la coherencia, su problema esencial va a ser las antinomias jurídicas. Para la plenitud del ordenamiento, se va a estudiar las lagunas de derecho. Y, por último, las relaciones de ordenamientos se encargan del problema de la remisión de un ordenamiento a otro.²²⁴

La unidad, incide en la posibilidad de encontrar un criterio en torno al cual las normas del ordenamiento se constituyen como un todo unitario y diferente a otros. La unidad de los ordenamientos que es una aspiración del propio ordenamiento, tiene que ver con tres cuestiones: 1) la validez, 2) la distinción entre normas jurídicas y otros tipos de normas y, 3) la jerarquización de las normas.

En la unidad del ordenamiento se encuentran dos problemas, el primero sobre la pertenencia a un sistema de normas independientes, mientras que el

²²³ Ibidem, pp. 179 – 183.

²²⁴ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. Cit., p. 154.

segundo versa sobre, los criterios de pertenencia de las normas independientes, los cuales van a determinar la unidad de los sistemas jurídicos. Las normas independientes van a ser aquellas que su pertenencia a un sistema está condicionada por la previa pertenencia de otras normas, mientras que las normas dependientes van a presuponer la existencia previa de otras normas que van a pertenecer al sistema.

Con esto se busca que exista un ordenamiento en el cual todas las normas puedan confluír en un punto común. Esto nos lleva a la conclusión de que, todas las normas derivan de una norma superior o como Kelsen dice una Grundnorm, por lo cual para que se dé la existencia y validez de una norma, esta debe de estar sujeta al procedimiento que marca esta norma superior y, emana legítimamente de un órgano del Estado.

Al hablar de coherencia, en un primer sentido entendemos aquello en lo cual hay ausencia de contradicción, por lo cual, en el aspecto de coherencia del ordenamiento, alude en la aspiración normativa de que las normas entre sí no sean contrarias o contradictorias, que no exista una contradicción entre las mismas, es decir, que en el cumplimiento de una norma no conlleve al incumplimiento de otra.

Por lo cual, si un orden jurídico es contemplado como unidad, este debe de ser coherente y permitir la relación sistemática entre sus normas. Para que sea coherente deberá de ser también consistente, lo cual indica que, debe ser libre de contradicciones, además es compartir los mismos conceptos e instituciones jurídicos y fundamentar una relación de inferencia entre ellos. Esto debido a que la coherencia va a permitir establece una relación de coordinación de las normas de una manera lógica y congruente.²²⁵

²²⁵ Huerta Ochoa, Carla, "Interpretación Constitucional" en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix.Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo IV, Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), IIJ UNAM Marcial Pons, México, 2008, p. 302.

Dentro de los problemas que se llegan a suscitar en el ordenamiento que afectan a la coherencia, cabe resaltar las antinomias de las reglas y la colisión de los principios. La incompatibilidad entre normas va a producir un conflicto normativo.

La plenitud, es una aspiración del ordenamiento y es paralela al intento de control y de monopolización del derecho por parte del Estado que, se resiste a admitir fuentes no oficiales del derecho. El problema que se va a presentar va a ser sobre la plenitud del espacio jurídico, es decir, si se encuentra completo o si existen algunos espacios vacíos, dichos espacios vacíos, vienen a ser las lagunas que, van a ser llenada a través de los métodos de autointegración.

Ante la falta de plenitud se presentan laguna, caso en que el derecho no va a indicar solución alguna, por lo cual el juez no puede dar una respuesta y, dicha deficiencia tendrá que ser realizada por el órgano competente. Lo que busca la plenitud es superar este problema a través de la integrar el orden jurídico aplicable mediante la interpretación recurriendo a otros preceptos del mismo.²²⁶

Las relaciones entre ordenamientos, se da cuando conviven varios ordenamientos jurídicos de diversa índole, por ejemplo, pueden convivir los ordenamientos jurídicos de carácter federal, internacional y estatal o local.²²⁷

Los jueces se desempeñan como intérpretes, señala Guibourg, que muchas veces en este actuar interpretativo por parte de los jueces se busca la aplicación estricta de la ley pero que, también se haga justicia, por lo cual se puede llegar a una tensión entre la ley y la justicia, de la que nace una chispa, dicha chispa, goza de diversos nombres como: interpretación, construcción jurídica, costumbre, desuso, inconstitucionalidad o laguna.²²⁸

4.2.1.1 Antinomias

Los legisladores buscan prever la mayor cantidad de hipótesis, para poder dar solución a la mayor cantidad de problemas jurídicos, siendo así, se busca

²²⁶ Ibidem., p. 301.

²²⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, Introducción al estudio del derecho, Nostra Ediciones, México, 2009, pp. 128 – 129.

²²⁸ Guibourg, Ricardo A., El fenómeno normativo, pp. 113 – 114.

reducir la discrecionalidad del juzgador. Las normas jurídicas no son integradas de manera aislada, sino que deben de ser integradas y armonizarse para poder dar soluciones a los problemas jurídicos que se presenten.

Las antinomias son lícitas, es decir, que dos proposiciones que se excluyen de manera recíproca son jurídicamente válidas en el sistema. Debido a que una apariencia recurrente que tiene el derecho es el de ser contradictorio, vago e indeterminado, debido a que el derecho contiene proposiciones indecisas.²²⁹

Una antinomia básicamente es el choque entre normas, una o más normas contradictorias, por ejemplo, una norma permite y otra prohíbe respecto de una situación; una es norma de hacer y existe otra de no hacer. De acuerdo a la lógica deóntica este tema es antiguo, ya que ha existido desde siempre en el ordenamiento jurídico, en este sentido, Bobbio²³⁰ menciona que, en el Digesto se hablaba de antinomias, aunque en forma negativa, ya que, se refería a la no existencia normas incompatibles dentro de dicho documento.

En este sentido debemos de retomar nuestro cuadro de oposición²³¹, en el cual en el mismo sentido que se aplica en la lógica, respecto de los operadores deónticos, de lo anterior surge que cada operador va a tener relación con otros tres, en consecuencia, se pueden dar seis tipos de relaciones, siendo estas:

Operador 1	Operador 2	Resultado
Op	Fp	Contrario
Op	P-p	Contradictorio
Fp	Pp	Contradictorio
Fp	P-p	Subalterno
Op	Pp	Subalterno
Pp	P-p	Subcontrarios

²²⁹ Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, op. Cit., pp. 202 – 204.

²³⁰ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. Cit., p. 187.

²³¹ Ver cuadro pág. 139.

De lo anterior se concluye que, hay tres relaciones en las cuales existe una incompatibilidad, mientras que, en las otras tres se puede mencionar que existe compatibilidad. En consecuencia, en estos tres casos de incompatibilidad se puede presentar que 1) una norma manda hacer una cosa mientras que otra norma lo prohíbe; 2) una norma manda hacer y otra permite no hacer; y, 3) una norma prohíbe algo y otra permite hacer.

Si bien, se da una incompatibilidad entre los operadores, se van a necesitar dos condiciones, que, las dos normas pertenezcan a un mismo ordenamiento y que, tengan el mismo ámbito de validez.

Se debe de distinguir en tres diversos tipos de antinomias, esto de acuerdo con la mayor o menor extensión de la contradicción entre las normas, siendo por ende de carácter: total – total, parcial – parcial o total – parcial.²³²

Aquellas antinomias con carácter de total – total, se presentan cuando la incompatibilidad es absoluta y radical. La parcial – parcial, ocurre cuando una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el que el conflicto no existe. Por último, aquella que es considerada como total - parcial, recibe esta denotación ya que, se da cuando su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso en relación con la otra.

Mientras que Guastini²³³, considera que las antinomias se presentan de manera abstracta y de manera concreta. En las antinomias de forma abstracta, las normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a casos abstractos, en este sentido, cabe distinguir sobre aquellas normas en las cuales caben excepciones, por ejemplo, hay una norma en la cual se establece que la edad mínima para contraer matrimonio es de dieciséis años, sin embargo, existe una disposición en la cual en casos excepcionales y por causas graves y justificadas, se puede conceder dispensa de edad para contraer matrimonio.²³⁴

²³² Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. Cit., pp. 192 – 194.

²³³ Guastini, Riccardo, Interpretar y argumentar, op. Cit., pp. 118 - 121.

²³⁴ Este ejemplo es tomado del Código Civil para el Estado Libre y Soberano del Estado de Puebla, en sus artículos 299 (reformado), 300 (reformado), 301 (derogado) y 302 (derogado).

Mientras que las antinomias en concreto, se da cuando dos normas no entran en un conflicto en abstracto, sino que conectan sus consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo caso concreto. Estas van a depender de las circunstancias de hecho, es decir, sobre los efectos que se presentan.

En ambos tipos de antinomias, se van a poder presentar de una manera total o parcial. De manera total se da siempre que las dos normas conecten consecuencias incompatibles con la misma clase de supuestos de hecho, en este caso, son las antinomias a las cuales con anterioridad nos hemos referido, aquellas en las cuales existe una incompatibilidad y, no hay excepción alguna que pueda remediar dicha situación, por lo cual nos encontramos ante una antinomia pura. En cuanto a la forma parcial, esta se da en dos formas: a) unilateralmente; y, b) bilateralmente.

Hemos explicado las antinomias que se presentan en cuanto a las normas stricto sensu o reglas, sin embargo, también es importante señalar que se pueden presentar antinomias entre los denominados principios jurídicos, este punto será estudiado en puntos posteriores.

4.2.1.2 Lagunas normativas

La pretensión de la escuela de la exégesis en el siglo XIX, pretendía que las leyes contuvieran todas las soluciones a los problemas, pero la realidad es cambiante y por lo tanto quedan espacios vacíos, hay discusión de lagunas en las cuales mencionan que unas son aparentes, porque el ordenamiento jurídico nos ayuda a prever herramientas para un grupo de lagunas; aparte de las verdaderas lagunas.

Aunque sea muy riguroso el lenguaje, siempre habrá casos no previsibles, de los que no se ha dado definición ya que no han sido previstos y, frente a los cuales, existirá incertidumbre sobre si son subsumibles o no.²³⁵

Esta expresión de laguna o lagunas ha sido muy utilizada por parte de los juristas, “se utiliza para designar situaciones en las cuales, si bien existe una

²³⁵ Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, op. Cit., p. 203.

solución, la solución existente es axiológicamente inadecuada.”²³⁶ Esta solución inadecuada no se refiere a que una de las partes considere que es errónea porque no le asistió el derecho, sino que se va a considerar errónea en el entendido de que, el legislador no tuvo en cuenta una distinción para que el juez pudiera actuar de la manera prevista por la ley.

Alchourrón y Bulygin²³⁷ refieren que, un sistema normativo es completo cuando en un universo de casos y un universo de soluciones maximales, sí y sólo si, el sistema normativo no tiene lagunas en un universo de casos en relación al universo de soluciones. Por lo tanto, se va a presentar una laguna dentro de un sistema normativo cuando no exista una solución al universo de casos que se presenten.

Así mismo se va a presentar una laguna parcial del sistema en relación con un universo de soluciones maximales, sí y solo sí, un caso es una laguna en el sistema en relación con un universo de soluciones, pero si el caso es correlacionado por un sistema con una disyunción de dos o más soluciones del universo de casos.

Alchourrón y Bulygin, refiere la existencia de lagunas axiológicas, normativas y de reconocimiento. En cuanto a las lagunas axiológicas, estas se refieren que existe una regla para el caso específico, sin embargo, se alega que, en el caso individual se van a presentar ciertas propiedades que deberían ser consideradas relevantes y que no se encuentran en las respuestas a la solución, dichas alegaciones no son sino expresión de un desacuerdo valorativo externo al derecho.

Las lagunas normativas se refieren a los casos no cubiertos por regla alguna, en la cual la solución que resuelva el juez será jurídicamente correcta. Por último, en los casos en que se presenta duda si resulta o no subsumibles en una regla, por la falta de determinación semántica de los términos empleados en la configuración

²³⁶ Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, op. Cit., p. 156.

²³⁷ Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, op. Cit., p. 33.

del caso genérico que se contempla en la regla, recibe el nombre de lagunas de reconocimiento.²³⁸

Cuando existe una laguna significa que en ciertos casos el sistema no ofrece soluciones posibles para un caso determinado. También se puede decir que es la ausencia no ya de una solución cualquiera se esta sea, sino de una solución satisfactoria.²³⁹

Hay una variedad de tipología sobre las lagunas²⁴⁰, respecto a los motivos que las originan pueden ser subjetivas u objetivas. Son subjetivas aquellas que, dependen del legislador, mismas que se van a presentar de una manera involuntaria, cuando se da una inadvertencia o descuido de un caso, o, de manera voluntaria, cuando el legislador lo deja a propósito ya que es mejor confiarla a la interpretación del juzgador. Mientras que las objetivas son aquellas independientes de la voluntad del legislador y, se dan debido a circunstancias como envejecimiento de los códigos, desarrollo de las relaciones sociales o la evolución científica o tecnológica.

Tenemos también, las denominadas lagunas *prater legem* y lagunas *intra legem*, las primeras se presentan cuando las reglas son demasiado concretas que no comprenden todos los casos de particularidad. Mientras que las *intra legem*, se van a presentar contrario sensu, cuando las normas son demasiado generales que en su interior va a haber una gran cantidad de vacíos o huecos que se van a tener que colmar.

Alf Ross²⁴¹ establece un método para poder identificar una laguna normativa: a) cuando se habla sobre la existencia de una laguna, tiene que haber algo que la rodee previamente. El concepto de laguna va a presuponer un todo más amplio, una serie en la que hay un lugar vacante. Por lo cual ese sistema dentro del que

²³⁸ Ruíz Manero, Juan, "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas" en *El juez y las lagunas del derecho*, IIJ UNAM, México, 2017, pp. 15- 17.

²³⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, op. Cit., p. 231.

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 233 – 235.

²⁴¹ Ross, Alf, *Teoría de las Fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico dogmáticas*, trad. José Luis Muñoz de Baena Simón et. al., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 407 – 409.

existe un lugar vacante se denomina como “el entorno de la laguna”;²⁴² b) posteriormente, se tiene que señalar no únicamente la suposición de la existencia del lugar vacante sino que también, se tenga la expectativa o exigencia de que no exista tal ausencia; y c) por último, para poder determinar la existencia de un lugar vacante, se debe saber si algo está o no está en el lugar en cuestión, es decir, “se tiene que dar cuenta del carácter y las condiciones de existencia de lo que forma el entorno de la laguna”.²⁴³ En esta situación, el principio de existencia determina si el lugar está ocupado o no, por lo cual resultará determinante, para tanto para la secuencia del entorno de la laguna como para la ocupación o ausencia de ocupación de la laguna.

En consecuencia, el concepto de laguna va a tener dos sentidos relevantes. El primero es con anterioridad a la aplicación del derecho, entendiéndose como la indeterminación que, deriva del carácter abstracto de la ley, la cual supone que ésta sólo de manera incompleta puede servir como fuente de derecho a la sentencia, entendiéndola como una concreción dentro del marco establecido por la ley. Y, en el segundo sentido, con posterioridad a la aplicación del derecho, se hace referencia a que la ley no posee la condición de fuente que sirve de base a la sentencia, en la medida en que ésta se va a situar fuera de los límites trazados por la ley.²⁴⁴

4.2.2 Criterios de solución

4.2.2.1 Solución a las antinomias

Respecto a las antinomias, primeramente, debemos de referir que, existen dos razones por las cuales no todas las antinomias se van a poder resolver, la primera porque, a las antinomias no se les va a poder aplicar las reglas de solución y, en segundo lugar, porque, va a haber casos en los cuales se van a aplicar dos o más reglas al mismo tiempo, pero opuestas entre sí. Alexy²⁴⁵ refiere que, entre los conflictos de reglas, y los de principios, dentro de los primeros se resuelven o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción, que elimine el

²⁴² Ídem.

²⁴³ Ídem.

²⁴⁴ Ibidem, p. 415.

²⁴⁵ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. Cit., p. 69.

conflicto o, declarando inválida, al menos una de las reglas y, expulsándola del ordenamiento jurídico.

Desde el siglo XIX, se han dado los criterios para resolver las antinomias, respecto a las formas de solución tenemos tres criterios: cronológico, jerárquico y, de especialidad.

El criterio cronológico, el cual está relacionado a la vigencia de la norma, también se puede denominar *lex posterior* el cual refiere que, en el caso de que exista una incompatibilidad entre dos normas va a prevalecer aquella que es de posterior promulgación, esto acorde a la locución latina *lex posterior derogat priori*, se va a aplicar la norma posterior por encima de la anterior. Se va a referir al tiempo en que la norma comienza a existir.²⁴⁶

Respecto al criterio jerárquico o *lex superior*, en esta situación, la norma jerárquicamente superior va a prevalecer sobre la que es inferior, aplicando la locución *lex superior derogat inferiori*, se acude a una jerarquía como puede ser constitucional, convencional, legal, en este sentido la norma superior va a desplazar a la de rango inferior.²⁴⁷ Bajo este sentido se va a referir al rango de la autoridad que ha promulgado la norma.²⁴⁸

Por último, el criterio de especialidad o de *lex specialis*, va a consistir en aquella donde va a prevalecer una norma especial o excepcional sobre una general, por lo cual cabe la locución *lex specialis derogat generali*, ante una situación jurídica regulada de la misma manera, se debe de propugnar por lo de la ley especial. En este criterio se tiene que hacer referencia a la materia regulada y, por lo tanto, recurrir a la interpretación jurídica, implicando un juicio de hecho sobre la distinta extensión de las disposiciones normativas.²⁴⁹

²⁴⁶ Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, op. Cit., p. 352.

²⁴⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, op. Cit., p. 251.

²⁴⁸ Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, op. Cit., pp. 352 – 353.

²⁴⁹ Ibidem, p. 354.

Sin embargo, se puede presentar la situación de una antinomia entre dos normas que sean contemporáneas, del mismo nivel y ambas generales, por lo cual ninguno de los tres criterios puede dar la solución.

Bobbio²⁵⁰, refiere que la solución se debe de atender a la forma por lo cual, el criterio de solución consistirá en establecer un grado de prevalencia entre las formas en que se puede presentar la norma jurídica, estableciendo una *lex favorabilis* en la cual se concede una facultad, sobre una obligación o *lex odiosa*. Aunque en este caso, cabe la duda sobre ¿para quién va a ser favorable? Ya que va a favorecer a un sujeto, pero va a ser perjudicial para otro sujeto. Por lo cual, en este caso, lo viable es a cuál de los dos sujetos de la relación jurídica es más justo proteger, es decir, cuál de los dos intereses en conflicto es justo hacer prevalecer.

También existe un conflicto respecto de la forma de la norma, cuando una de las normas es imperativa y la otra es prohibitiva. En este caso se trata de normas contrarias que se excluyen, en el sentido de que dos proposiciones no pueden ser verdaderas, pero si pueden ser ambas falsas, por lo cual se puede tener como fundada la regla en la cual si dos normas contrarias, una que obliga y otra que prohíbe, se eliminan mutuamente, por lo tanto, se considera permitido o lícito.

Concluye Bobbio que, en el caso de que no dé lugar alguno de los tres criterios, el juez, tendrá tres posibilidades: 1) eliminar una de las dos normas; 2) eliminar las dos; o, 3) conservar las dos.

Sin embargo, en caso de un conflicto en el que no se pueda aplicar ninguno de los tres criterios principales, la solución se conferirá a la libertad del intérprete, gozando por ende de la discrecionalidad judicial.

Por último, se presenta el caso en que, las normas incompatibles se les puedan aplicar al mismo tiempo dos. Por lo cual, deberá de primar uno sobre los demás, teniendo por ende tres conflictos, entre el criterio jerárquico y cronológico,

²⁵⁰ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. Cit., pp. 200 – 206.

el criterio de especialidad y cronológico y, por último, entre el criterio jerárquico y el de especialidad.

En el primer caso, si se llegase a dar un conflicto entre una norma anterior superior y una norma posterior inferior, es decir, entre el criterio jerárquico y el cronológico, en este caso va a prevalecer el criterio jerárquico por encima del cronológico, eliminando por ende la norma posterior e inferior. Ya que el criterio de ley posterior no es aplicable al criterio de jerarquía, esto debido a que, si el criterio cronológico prevaleciera sobre el jerárquico, el mismo principio del orden jerárquico de las normas sería vano, ya que, la norma superior perdería el poder, que le es propio, de no ser abrogada por normas inferiores.²⁵¹

Para el segundo caso, se presenta un conflicto entre una norma anterior especial y una posterior general, es decir, entre el criterio de especialidad y el cronológico, en dicha situación, prevalecerá el criterio de especialidad por encima del cronológico esto en el sentido de que la norma especial parece más justa que la general, es decir, como una aplicación de la regla de la justicia en el paso de la legalidad a la equidad. Sin embargo, también puede prevalecer el criterio cronológico sobre el especial, desde el punto de vista de la nivelación del privilegio, en el que la norma general posterior parece ser más justa que la especial.²⁵²

En el último caso, una norma superior general entra en conflicto con una norma inferior especial, se presenta el conflicto entre el criterio jerárquico y el de especialidad, de acuerdo a la teoría debe de prevalecer el criterio de jerarquía. Esto en razón de que, si se llegase a admitir la primacía de la especialidad, entonces una ley ordinaria especial podría derogar un principio constitucional, siendo así que los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico estarían condenados a perder su contenido.²⁵³

En conclusión, se puede mencionar que se ha establecido una cierta escala o clasificación de criterios de acuerdo a su procedencia: el criterio cronológico cede

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 207 – 208.

²⁵² Bobbio, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, op. Cit., p. 361.

²⁵³ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, op. Cit., pp. 208 – 209.

siempre ante el jerárquico y a veces ante el de especialidad; el criterio de especialidad cede ante el jerárquico y, a veces ante el cronológico; por último, el criterio jerárquico vence a ambos. Sin embargo, en la práctica, a veces el criterio de especialidad, suele ser considerada como una corrección equitativa, por lo cual, puede que llegue a prevalecer por encima del de jerarquía.

Sin embargo, la antinomia revela que, “a pesar de la armadura de reglas con las que la labor del jurista está protegida contra el peligro de la valoración personal sobre lo que es justo e injusto, hay situaciones últimas en las que la armadura no sirve”²⁵⁴ incluso llega a estorbar. Y al final de cuenta, el criterio último siempre va a ser la justicia.²⁵⁵

4.2.2.2 Solución a las lagunas normativas

En los casos de laguna los juristas se enfrentan ante el problema de hallar una solución, ya sea introduciendo nuevas normas o extendiendo el alcance de las normas existentes. La forma de solución se puede dar a través del argumento por analogía, a contrario, principios generales del derecho, naturaleza jurídica de una institución, la naturaleza de las cosas, etc.²⁵⁶

El argumento a contrario, es utilizado para obtener de la disposición que se interpreta una norma implícita que vincule una consecuencia jurídica de carácter contrario, a todos los supuestos de hecho que no hayan sido incluidos de manera literal en la disposición en cuestión. Se van a excluir a los supuestos de hecho que no fueron incluidos de manera literal, por lo cual se vincula la consecuencia jurídica opuesta, por lo cual podemos referir que “es usado como argumento para crear la norma de contenido negativo”.²⁵⁷

Así mismo destacan, el criterio de heterointegración y autointegración, de acuerdo a la heterointegración se van a acudir a elementos externos al ordenamiento, como el derecho natural, derecho romano, derecho canónico o

²⁵⁴ Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, op. Cit., p. 363.

²⁵⁵ Ídem.

²⁵⁶ Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin, Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, op. Cit., p. 28.

²⁵⁷ Guastini, Riccardo, Las fuentes del derecho, fundamentos teóricos, op. Cit., pp. 524 – 525.

derecho comparado, para poder colmar las lagunas, es decir, se recurre a un ordenamiento distinto del actualmente en vigor o, bien a una fuente distinta de la dominante.²⁵⁸ En la heterointegración, resulta insuficiente el contenido del ordenamiento, por lo cual se necesita buscar una respuesta fuera del mismo.

Se puede recurrir a otros ordenamientos positivos, es decir, aquellos precedentes en el tiempo, por ejemplo, el derecho romano o, bien a aquellos ordenamientos vigentes contemporáneos, como lo puede ser algún ordenamiento estatal o el derecho canónico.

También se puede acudir a la costumbre, ya que, es considerada como una fuente subsidiaria de la ley, en especial se puede presentar una aplicación amplia, cuando la costumbre resulta ser invocada por una norma en ese género, es decir, la existencia de una norma que refiera la obligatoriedad u observancia de la costumbre.²⁵⁹

Estas formas de heterointegración resultan ser las más comunes en el quehacer jurídico, las cuales han sido absorbidas por el método histórico, sin embargo, en un sentido supranacional, refiriéndonos a los ordenamientos de otros países, se puede mencionar la heterointegración a través del bloque de constitucionalidad, la cual va a autorizar la incorporación de un derecho ajeno al nacional, mismo que podrá ser integrador y orientador.

Mientras que, en la autointegración, se van a utilizar elementos internos del ordenamiento como los principios generales del derecho, el razonamiento analógico, la interpretación sistemática o el argumento a fortiori, en estos casos, no se va a recurrir a otros ordenamientos, ni a fuentes distintas de la dominante.²⁶⁰

La analogía da como resultado las denominadas normas implícitas, ya que al no existir una disposición explícita en la cual se regule cierto supuesto de hecho, lo

²⁵⁸ Dehesa Dávila, Gerardo, Introducción a la retórica y a la argumentación, 3ª ed., SCJN, México, 2012, p. 505.

²⁵⁹ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. Cit., pp. 235 – 238.

²⁶⁰ Dehesa Dávila, Gerardo, Introducción a la retórica y a la argumentación, op. Cit., p. 505.

que va a realizar el intérprete va a ser una integración del derecho, para poder dar solución al caso que se le presente, en el cual exista una laguna normativa.

El razonamiento analógico consiste en un proceso de creación normativa en el cual el juez genera una norma que va a regular una hipótesis normativa semejante a la norma existente, existiendo una identidad de razón. Se considera como “técnica y procedimiento de autointegración de normas jurídicas, que descansa en el entramado lógico de un ordenamiento, con la cual el principio o la regla previstos para un caso o situación puede extenderse a otro.”²⁶¹

La analogía puede considerarse como analogía legis, la cual consiste en la integración por parte del juez para una norma jurídica nueva, creando el juez derecho sobre una situación no regulada, acudiendo a otra norma jurídica del ordenamiento, en la cual exista una ratio iuris similar, dando como resultado que esa razón jurídica se aplique a un supuesto no previsto en el ordenamiento y esa ratio iuris se aplique al caso nuevo y por ende se integre.

Ahora bien, la analogía también se puede presentar como analogía iuris, siendo esta, aquel procedimiento con el que se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, en la cual el juzgador acude a la totalidad del ordenamiento y, derivado de éste va a colmar la laguna. Van a ser los principios generales del derecho, hay sistemas jurídicos que permiten en caso de que exista una laguna.²⁶²

Las características que revistan a la analogía son: 1) la existencia de una semejanza esencial, en la cual exista una identificación de aplicación por género y la diferencia en el objeto; 2) debe de guardar, identidad de razón por el objeto, este atiende a la naturaleza de las cosas y, por la finalidad perseguida; 3) la norma que se aplica debe de ser la más específica y homogénea, para que permita la mayor congruencia y evite las transposiciones arbitrarias; y, 4) debe de verificarse la inexistencia de la voluntad del legislador para oponerse en forma explícita al uso de la analogía, como lo es en el caso de la materia fiscal o penal.²⁶³

²⁶¹ Ibidem, p. 507.

²⁶² Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, op. Cit., pp. 241 – 243.

²⁶³ Dehesa Dávila, Gerardo, Introducción a la retórica y a la argumentación, op. Cit., p. 509.

4.2.3 La jurisprudencia como criterio de solución

Hemos estudiado los ámbitos de unidad, coherencia, plenitud y relación entre ordenamientos, así mismo los elementos negativos que hacen que dichos ámbitos no se pueda lograr totalmente, sin embargo, el propio sistema jurídico establece y determina las soluciones necesarias para poder llegar a los mismo. En consecuencia, debido a la naturaleza de nuestra familia jurídica del civil law, estas soluciones se quedan plasmadas no en un código o una ley, sino que se ven reflejadas en los criterios jurisprudenciales que dan cabida a dar solución a los problemas jurídicos que se presentan, ya que su función es la interpretación de las normas jurídicas, así como el desentrañar o esclarecer el sentido de las mismas o, determinar los casos que no están previstos en las mismas.

Debido a esto, concluimos que la interpretación o esclarecimiento de las mismas, ocurre cuando se llega a presentar alguna vaguedad por parte de una norma, en consecuencia, la jurisprudencia logra que esa norma llegue a ser comprendida o tener una lectura como enunciado jurídico más claro. En cuanto a determinar los casos que no se encuentran previstos, hace referencia a las denominadas lagunas jurídicas que se encuentran en los ordenamientos, en ese sentido, la jurisprudencia va a colmar las lagunas que se lleguen a encontrar.

Por último, en referencia a las denominadas antinomias, el actuar de la jurisprudencia consiste en, decidir cuál es el precepto y operador deóntico que debe de prevalecer y, cual se debe de desechar, aplicando alguno de los criterios clásicos de jerarquía, especialidad o temporalidad.

El papel que va a tener la jurisprudencia es el de ser coadyuvante con la unidad del derecho, ya que, en las diferentes interpretaciones que realizan los juzgadores determinan la jerarquía que debe de existir entre las normas, cuando existe una confusión, sobre las mismas. Así mismo pueden determinar la validez o invalidez de una norma, como bien se refiere la Tesis P./J. 53/2010, haciendo hincapié a las facultades que tiene el órgano constitucional para poder usar la aplicación de diversos criterios, para poder declarar la invalidez de una norma. Esto, a través de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Los juzgadores en su labor interpretativa, buscan dar solución a los diferentes problemas normativos que se les presentan, incluso cuando se llega a haber una cierta antinomia, por ello, en lo que respecta a la coherencia, lo que busca la jurisprudencia es dar solución a aquellas contradicciones que existan entre normas, entre los operadores deónticos, en los cuales el tribunal va a determinar cuál enunciado normativo debe de prevalecer sobre los demás, ya sea por su especialidad, su jerarquía o la delimitación del tiempo. Es en este punto en el cual la teoría de los criterios de solución se pone en práctica ya que, les da pauta a los operadores jurídicos para poder dar solución a los problemas que se les pueden presentar y, dicha solución, no se queda plasmada únicamente en una sentencia, sino que se materializa en un criterio jurisprudencial.

Como bien hemos referido la plenitud del ordenamiento busca que, este sea completo, para que no existan lagunas, por lo cual, la labor de la jurisprudencia es relevante en lo concerniente a colmar estas lagunas a través de los criterios de solución que se presenten. Al igual que, en la situación anterior, la jurisprudencia establece las situaciones o soluciones que debe de colmarse en el precepto normativo, es decir, determinar algún supuesto o sanción que debe de existir dentro de la estructura de la norma jurídica para poder dar solución al problema que se presenta y, que fue omitido por parte del legislador.

Debido a esto, es importante la jurisprudencia dentro del sistema jurídico, ya que resulta ser un coadyuvante, para que se pueda lograr esta unidad, coherencia y, plenitud dentro del ordenamiento jurídico, así mismo, dentro de la definición que reviste a la jurisprudencia se determina la función que tiene, como lo es, interpretar las normas jurídicas, lo que se traduce en, desentrañar o esclarecer su sentido y alcance, así como definir los casos no previstos.

Esto nos va a ayudar a que dentro de nuestro sistema jurídico exista una mayor certeza jurídica sobre lo que se debe de entender por lo que preceptúa una norma jurídica dentro de un ordenamiento jurídico.

4.3 Principios

El término principio no es del todo nuevo en el derecho ya que, se puede encontrar el uso de principios como una práctica en el derecho romano, mismas que siguen en aplicación hasta nuestros días. Aunque no existe una definición formal la Carla Huerta nos refiere que este concepto, de acuerdo a su uso se puede referir a cuatro significados: 1) en un uso axiológico, para referir un valor o un criterio valorativo de las normas; 2) en un uso jurídico, en referencia a una institución jurídica propia del derecho; 3) en un uso funcional, como un principio general del derecho, es decir, como una máxima cuya función va a ser integrar el sistema jurídico; y, 4) como una categoría complementaria de las normas que se diferencia por una teoría de los principios.²⁶⁴

En el primer uso se refiere a una dimensión axiológica, para entender un cierto principio como justicia, equidad, proporcionalidad, en una dimensión de bondad. Sin embargo, no se deben de confundir esos principios con valores en un sistema legal ya que, se diferencian en su función teleológica y directiva. Su función es la de guiar y limitar la interpretación, así como la aplicación de las normas en los casos de lagunas y conflictos entre normas, por lo cual van a operar como un criterio. No van a guiar la conducta, sino que van a servir para orientar al juez, entendiéndose, así como cláusulas de orden teleológico.²⁶⁵

Entendiéndose como uso sinonímico de principio jurídico es diferente desde que los principios jurídicos tienen una función específica en el derecho. Van a referirse a instituciones jurídicas formadas por un conjunto de normas que operan como unidad, orientadas por algún fin o criterio. Ya que eran entendidos para expresar la regulación que le daban a una institución legal formada por una variedad de oraciones jurídicas como debido proceso, imperio de la ley o presunción de inocencia. Estos enunciados que integran dichas instituciones se van a encontrar

²⁶⁴ Huerta Ochoa, Carla, "The Notion of "Principle" in Legal Reasoning as Understood in Mexican Law" en *A Glance at Mexican Positive Law*, Mo Jihong y Arturo Oropeza García (coords.) UNAM IJ Institute of Law Cass MEXCHAM, Beijing México, 2012, p. 189.

²⁶⁵ Huerta Ochoa, Carla, "Principios y conflictos normativos a la luz de la tipología normativa de Dworkin" en *La filosofía del derecho de Ronald Dworkin*, Jorge Olvera García (coord.) UNAM, México, 2015, p. 39 – 40.

en el derecho positivo, su cualidad y formulación van a derivar de la práctica y la doctrina.²⁶⁶

Como principio general del derecho, se debe de entender como una categoría de sentencias que forman parte de un sistema jurídico que se da mediante la práctica del derecho escrito. Estos principios son usados y utilizados por los jueces en sus sentencias, así mismo, una gran mayoría fueron originados dentro del derecho romano. Se van a inferir del derecho vigente de una manera más o menos directa a través de la práctica jurídica, por parte de los órganos judiciales, expresando reglas jurídicas válidas.²⁶⁷

En el último sentido entendida como normas, establece la distinción entre aquellas que pueden ser aplicadas estrictamente y aquellas cuya aplicación puede interpretarse en distintos grados dentro de la legalidad.²⁶⁸ Existe una distinción de dos tipos de normas de acuerdo a su operatividad o estructura, en reglas y principios. Los derechos y obligaciones de las reglas se van a poder individualizar mediante la subsunción, mientras que, en los principios se van a dar distintos grados de aplicación, requiriendo una ponderación previa a la subsunción.²⁶⁹

Como hemos referido en capítulos anteriores, uno de los principales exponentes de la teoría de los principios y, su división con las reglas, fue Ronald Dworkin, aunque cabe mencionar que el mismo Dworkin refería que no podía explicar lo que eran los principios,²⁷⁰ por lo cual ha resultado un término difícil de definir.

²⁶⁶ Ibidem, pp. 40 – 41.

²⁶⁷ Ibidem, pp. 41 – 42.

²⁶⁸ Huerta Ochoa, Carla, “The Notion of “Principle” in Legal Reasoning as Understood in Mexican Law”, op. cit., pp. 189 – 191.

²⁶⁹ Huerta Ochoa, Carla, “Principios y conflictos normativos a la luz de la tipología normativa de Dworkin” op. Cit., pp. 43 – 44.

²⁷⁰ Ibidem, p. 15.

Guastini, refiere que el concepto de principio es complicado y controvertido, pero en general se suelen presentar dos características para poder considerarlo como principio, 1) un carácter fundamental²⁷¹ y, 2) sufrir de indeterminación.²⁷²

Van a ser normas de carácter fundamental, en el sentido de que van a dotar de fundamento o justificación axiológica a otras normas que, tienen incorporadas valores, sentimientos de justicia o decisiones políticas. También son entendidas como normas fundamentales en el sentido de que no tienen o requieren de fundamento axiológico o justificación ético política ya que, son percibidas como normas evidentemente justas o correctas.

Ahora bien, en cuanto a la indeterminación tiene que ver con el contenido mismo, ya que, la indeterminación se va a poder dar en tres formas: supuesto de hecho abierto, defectibles y genericidad. Los principios van a contener un antecedente abierto ya que, no se enumeran de manera exhaustiva los hechos de los cuales se produce la correspondiente consecuencia jurídica. Cuando nos referimos a que son defectibles, quiere decir que, admiten excepciones implícitas, no establecidas en la norma expresa y por lo cual resultan ser indeterminadas; esto es, no se aplica a todos los hechos a los que se refiere el antecedente. Por último, en cuanto a la genericidad, los principios resultan ser genéricos ya que exige la formulación de otras normas sin las cuales no sería idónea para resolver casos concretos, pero que, puede ser actuada, ejecutada o concretada en muchos modos diferentes y alternativos.

Zagrebelsky²⁷³ refiere que, las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales son derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. Haciendo una distinción entre la Constitución y la ley.

La estructura lógica que se presentan en los principios, se da como una derivación de la modalidad deóntica de obligatorio (O), con un elemento extra que

²⁷¹ Guastini, Riccardo, La sintaxis del derecho, op. cit., pp. 75 – 77.

²⁷² Ibidem, pp. 77 – 79.

²⁷³ Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, traducción Marina Gascón, 10ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 109 - 110.

es el de optimización. En consecuencia, la regla de obligación establece el deber simple y llano de hacer p (Op), mientras que, en el principio, se va a establecer una obligación de optimizar p (O Opt p).²⁷⁴

Se sostiene que la estructura lógica de los principios llega a tener cierta analogía con la estructura lógica de las reglas, en este sentido hay tres opciones en las cuales se diferencia la estructura lógica de la primera con la segunda, en atención al debilitamiento de los principios: 1) antecedente debilitado; 2) consecuente debilitado; y, 3) la conectiva debilitada.²⁷⁵

Dentro de quienes sostienen el debilitar el antecedente, la postura radica en que, los principios son de caso abierto, por lo cual es sujeto a ulteriores precisiones, mientras que las reglas son de caso o antecedente cerrado. Sobre la segunda postura, se considera que los principios son de antecedente es cerrado y la solución va a ser de carácter abierto. Por último, la postura que, refiere sobre la conexión, refiere al problema de la debilitación de la conectiva, ya que no satisface la ley del refuerzo del antecedente, ya que el uso de condiciones derrotables concurre en un debilitamiento del antecedente de un condicional ordinario.²⁷⁶

En cuanto al contenido normativo de los principios Cárdenas Gracia²⁷⁷ nos refiere que, estos se van a caracterizar por ser: a) normas teleológicas, ya que no prescriben un comportamiento preciso, sino que, persiguen un fin a ser logrado a través de más de un medio; b) son metanormas o normas de segundo grado, las cuales son dirigidas a jueces y funcionarios para la aplicación de reglas; c) poseer una formulación categórica; d) poseer una la estructura lógica que carece de hecho condicionante; y, e) por no imponer obligaciones absolutas, sino que pueden ser superadas o derogadas por otros principios.

Los principios los podemos clasificar como: a) principios fundamentales del ordenamiento, estos son considerados como los valores ético políticos que informan el ordenamiento y le dan fundamento o justificación; b) principios de un sector de la

²⁷⁴ Alonso, Juan Pablo, Principios jurídicos implícitos, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 247 - 248.

²⁷⁵ Ibidem, p. 252.

²⁷⁶ Ibidem, pp. 252 – 254.

²⁷⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, Manual de argumentación jurídica, op. Cit., p. 175.

disciplina jurídica, su función es informar una institución particular o un sector de una disciplina jurídica; c) principios fundamentales de una materia determinada, aquellos que se relación con un aspecto singular del ordenamiento; d) principios sin ulteriores especificaciones, aquellos que constituyen la razón de ser, el objetivo subyacente de una ley o regla; e) principios expresos e implícitos, los primeros van a ser lo que se encuentran formulados en una disposición constitucional o legislativa, mientras que los implícitos son aquellos que no se encuentran formulados en disposición alguna; y, f) principios supremos del ordenamiento, los cuales son considerados como aquellos que no pueden ser modificados o derogados.²⁷⁸

Otra clasificación de los principios, nos la ofrece Guastini²⁷⁹, al clasificarlos del siguiente modo: a) principios constitucionales y legislativos, los principios constitucionales son aquellos que van a ser vinculantes para el legislador y que adquieren un carácter supremo ya que, no pueden ser derogados o modificados, mientras que los legislativos van a poder ser derogables; b) principios generales stricto sensu y sectoriales, los primeros son aquellos que abarcan la totalidad del ordenamiento, los cuales al mismo tiempo son principios constitucionales, mientras que los segundos son aquellos específicos en una materia, y, c) principios explícitos e implícitos, los explícitos están formulados en una disposición normativa, mientras que, los implícitos no se encuentran formulados de forma expresa en una disposición normativa sino que, son elaborados por los intérpretes.

4.3.1 Distinción entre principios y reglas

En los últimos treinta años la distinción entre reglas y principios ha ocasionado una gran discusión respecto su significado, alcance, aplicación y ventajas, el cual se ha dado no solo en la academia, sino que ha impactado también en la práctica.

La distinción que se da entre reglas y principios se puede entender de dos formas. La primera antes de la II Guerra Mundial, en la cual no se consideraban a

²⁷⁸ Ibidem, pp. 175 – 176.

²⁷⁹ Guastini, Riccardo, La sintaxis del derecho, op. cit., pp. 79 – 82.

los principios como tal. Mientras que la segunda postura es posterior a estos acontecimientos, en los cuales se les va a considerar como normas jurídicas, pero de una especie particular. Se considera que los principios se caracterizan por su formulación, su estructura lógica, su contenido, la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o la función que cumplen.²⁸⁰

Una distinción entre principios y reglas, es la que nos ofrece Jaime Cárdenas²⁸¹, la cual se presenta a través de cinco variables: 1) las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje fluido, vago, indeterminado; 2) los principios por su contenido normativo, son más generales y se dirigen en especial a las actitudes; 3) los principios no tienen la estructura lógica de las reglas, ya que son normas categóricas que están privadas de un ámbito específico de aplicación; 4) los principios tienen carácter de normas fundamentales y dan identidad material al ordenamiento en su conjunto; y, 5) los principios no admiten interpretación literal, tienen un carácter orientador respecto a las reglas, no es posible la aplicación de la subsunción en los principios, sino que, en caso de conflictos entre estos, se tendrá que utilizar la ponderación.

Joseph Raz²⁸² realiza también una distinción sobre los principios y las reglas, señala que las reglas y los principios son normas de diferente estructura lógica. Refiere que la distinción que se da entre las reglas y los principios es respecto de la obligación, ya que, las reglas prescriben actos relativamente específicos, mientras que los principios prescriben actos altamente inespecíficos.

Cuando se refiere a los actos específicos, hace alusión a aquellos actos genéricos, tipos de actos en ellos cuales hay una gran variedad de grados de especificidad, mientras que, respecto a los actos altamente inespecíficos, estos se

²⁸⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, Introducción al estudio del derecho, op. Cit., p. 113.

²⁸¹ Cárdenas Gracia, Jaime, Manual de argumentación jurídica, op. Cit., p. 174.

²⁸² Raz, Joseph, Legal Principles and the Limits of Law, The Yale Law Journal, Vol. 81, 1972, p. 834. [en línea] <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/569/?utm_source=scholarship.law.columbia.edu%2Ffaculty_scholarship%2F569&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> [consultada: 9 de junio de 2022]

pueden presentar en diferentes ocasiones por la realización de un gran número de actos genéricos heterogéneos en cada ocasión.²⁸³

Para Raz, las reglas van a interactuar mutuamente ya que son partes individualizadas de un sistema jurídico, por lo cual se van a poder modificar y cualificar entre sí, por lo cual van a poder colisionar entre sí. También refiere que, en cuanto a la existencia de un peso en las normas, en el momento en que las reglas entren en colisión, no va a implicar que posean un peso por el cual decidir, sino que, el propio ordenamiento va a proporcionar una solución objetiva para resolverla, misma que será válida para los casos futuros en que se vuelva a dar dicha colisión. Mientras que, en los principios, si bien la prioridad se puede dar en función de su peso, eso no va a significar que sea válido usarlo para casos futuros donde dichos principios vuelvan a colisionar.²⁸⁴

Robert Alexy²⁸⁵, refiere que las reglas y los principios son normas debido a que establecen lo que es debido, están formulados a través de expresiones deónticas, son razones para llevar juicios concretos de deber ser. Por lo cual la distinción que existe entre reglas y principios es como tal una distinción entre dos tipos de normas.

En el caso de Alexy²⁸⁶, establece como primer criterio de distinción el de generalidad, entendiendo a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras que las reglas cuentan con un grado relativamente bajo. Un segundo criterio atiende a su optimización, ya que considera que, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posibles, esto, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas, siendo así mandatos de optimización, en cambio, las reglas son normas que sólo van a poder ser cumplidas o no. Concluye que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Otra característica sobre la distinción, se refleja en la colisión de principios y en los conflictos de reglas. Ya que, un conflicto entre reglas se soluciona mediante la

²⁸³ Ibidem, p. 838.

²⁸⁴ Ibidem, pp. 832 - 834.

²⁸⁵ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. Cit., pp. 64 – 65.

²⁸⁶ Ibidem, pp. 65 – 71.

introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimina dicho conflicto o mediante la declaración de que alguna de las reglas es inválida, mientras que, en la colisión de principios, uno va a ceder ante otro, sin embargo, ninguno de los dos se va a declarar inválido.

Un último criterio de diferencia entre reglas y principios, es el que nos proporcionar Zagrebelsky²⁸⁷. El jurista italiano refiere que los principios van a desempeñar un papel constitutivo del orden jurídico, mientras que las reglas, se agotan en sí mismas, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

También refiere que las reglas se aplican a través de los métodos de interpretación jurídica que tienen por objeto el lenguaje del legislador. Mientras que en los principios este método de interpretación es poco, ya que, debido a sus características.

Puede haber principios jurídicos en las leyes normales. Las normas positivas importantes, los principios o valores son Normas de carácter constitucional o convencional, con este señalamiento de una manera se desmiente la idea kelseniana de que las normas deben estar seguidas de coerción, así estos principios no tienen coerción, y estos definen la validez de todo el orden jurídico. Por ende, las reglas las vamos a encontrar en leyes, reglamentos, ya que se entienden como normas jurídicas de menor jerarquía. Es así que Zagrebelsky expone diferencias entre principios y reglas:

La fuerza constitutiva de los principios, los principios tienen fuerza constitutiva y las reglas se agotan en sí mismas. Los principios permiten que el orden jurídico se mantenga vivo, se viviente, a través de la interpretación evolutiva, va ajustando significado de las normas en donde el principio que tenía un significado con el paso del tiempo adquiere otro significado que no tenía claro. Se observa como los principios jurídicos van adquiriendo menos significados, llevan fuerza constitutiva.

²⁸⁷ Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, pp. 109 – 121.

Las reglas se agotan en sí mismas, no tiene la fuerza constitutiva de un principio. Las reglas se les obedece a normas, los principios se adhieren: se tiene como gobernados dos actitudes: se obedece la regla o no se obedece; el comportamiento humano frente a la regla es binario, la hipótesis es obedecer o no obedecer.

Los principios son obedecidos, pero de manera distinta, la actitud humana frente a un principio no es lo mismo que ante una regla, el principio no contiene consecuencia jurídica ya que a los principios se les presta adhesión, las personas lo hacemos no por un interés, nos adherimos al principio porque estamos convencidos que ese principio es necesario, importante para la convivencia.

Se cumple el principio porque es importante para el sistema jurídico, tiene implicaciones intra y extra jurídicas. Dworkin, hacía referencia a las reglas, al mencionar que las reglas son todo o nada, es decir, son cumplidas o no. El principio no se cumple al cien por ciento, sino que se va cumpliendo conforme va evolucionando, atendiendo a las situaciones sociales.

Las reglas son generalmente de tres tipos: las reglas son de tres tipos, aunque pueden ser de cuatro: obligaciones, prohibiciones, permisos, facultades o competencias, las reglas tienen la finalidad deóntica de este tipo, las tres primeras características son primarias, mientras que la cuarta es secundaria.

Los principios no tienen por objeto, por propósito directo establecer obligaciones, prohibiciones, facultad, el propósito fundamental de principios es que proporcionan criterios para tomar posición en situaciones concretas.²⁸⁸

Los principios no permiten ser indiferentes ante la realidad, sino a ajustar la realidad a los bienes jurídicos, valores que reconocen los principios.

La estructura normativa de reglas y principios, las reglas tienen una estructura normativa triádica de antecedente, cópula de deber ser, y consecuencia; es decir, si es a debe ser b, mientras que, el principio no tiene esa característica

²⁸⁸ Ídem.

triádica, es solamente un deber ser, no hay elemento de antecedente, ni consecuencia jurídica.

Respecto a la comprensión de reglas y principios en función de la interpretación, la regla se puede interpretar en abstracto, no se requiere tanto el antecedente, el caso, mientras que en el principio se requiere del caso, porque si no se tiene se puede perder en la abstracción del principio, por lo tanto, para tener el alcance y profundidad del principio, debe de tener el caso. Lo ideal es que, en ambos, se tenga el caso. En la regla como se agota por sí misma, se puede interpretar en abstracto. Debe matizarse porque lo ideal es tener ambos el caso.

En la regla puede ser interpretada por un aplicador mecánico, en los principios no es así, en la regla se puede hacer una subsunción, es decir, aplicar un silogismo, mientras que en los principios no es posible esto, ya que se debe acudir a métodos de interpretación distintos, que tiene que ver con las circunstancias de los mismos.

En cuanto a los tipos de validez, las reglas deben de cumplir con los dos tipos de validez: jurídica y material o sustancial, mientras que los principios se predicen de un constituyente originario, es decir solamente tiene la validez material, no hay que validar la validez formal, si responden a bienes jurídicos tutelados trascendentes. La validez formal, se refiere a la competencia, autoridad y si siguió procedimiento. Mientras que la validez material o sustancial, es sobre, si la decisión es consecuente, consistente con la Constitución y los Tratados Internacionales, un contraste entre la aplicación de la norma y la constitución.²⁸⁹

4.3.2 Crítica a los principios

Respecto de las principales críticas, se sostenía que, como tal no eran normas o en su debido caso, eran normas jurídicas problemáticas, porque no contenían los elementos de las normas, por ende, resultaría difícil de aplicar dichos principios, aunado también a la problemática de poder interpretarlos. Eran considerados como simples aspiraciones ético políticas que reconocían las

²⁸⁹ Ídem.

constituciones, pero no podían ser operativas, ya que para que fueran operativas necesitaban que fueran o tuvieran reglas secundarias.

En Italia, fue, primeramente, en este país, a través Tribunal Italiano, y su jurisprudencia, en la cual se reconocen por primera vez los principios, mientras que, en Alemania después de la II Guerra Mundial, se admite que los principios son normas jurídicas. No es sino hasta después de la II gran guerra, en que los Tribunales Constitucionales se vuelven importantes, así como tienen que aplicar meras formas de interpretación.²⁹⁰

Además la crítica del derecho a los países fascistas o nazis, estas reflexiones fueron importantes para la consolidación de principios constitucionales, porque se criticaron la validez de las normas jurídicas secundarias desde la perspectiva de los principios y valores constitucionales, y así se fue admitiendo que esos principios eran auténticas normas jurídicas, pero que tenían que tener diferentes métodos de las relaciones, no acuden a la subsunción, regla lógica, se debe acudir a la retórica, después se hizo que los principios se deben a la ponderación de los romanos.

Los principios generales del derecho y los principios constitucionales, no había una forma de diferenciarlo, si eran unas normas de segundo catálogo, se entendía que los principios que existían eran los principios generales del derecho que estaban debajo de la regla y que actuaban cuando faltara la ley, esta concepción es decimonónica.

Hoy estos principios constitucionales y convencionales, se tratan de normas positivas que tutelan bienes jurídicos fundamentales, están por encima y antes de las reglas, son las normas jurídicas más importantes del sistema. Son normas de la más importante jerarquía, que tienen por fin, orientar la interpretación y aplicación del derecho, las reglas deben de respetar lo que dicen los principios.

Estos principios no son derecho natural, no son valores morales o metafísicos, son positivos, plasmados en la Constitución, son normas jurídicas; ya

²⁹⁰ Ibidem., pp. 111 – 114.

que la crítica decía que eran valores morales. Son normas jurídicas problemáticas porque no tienen las mismas características de las normas.

Hay países que reconocen la inderogabilidad de ciertos principios que no pueden ser menoscabados por el legislador, esos principios o decisiones políticas fundamentales no podrán ser alteradas, en sentido negativo, sino que pueden serlo, pero en carácter positivo para aumentar, progresar esos principios. Si ya no se pudieran tocar los sistemas jurídicos, se volverían estáticos, y las situaciones jurídicas no son estáticas, sino que tienen que ir evolucionando.

Cárdenas²⁹¹, refiere las cinco críticas de Sieckmann hacia los principios, siendo estas: 1) los principios no pueden distinguirse de las reglas por su estructura, por lo cual no se pueden definir como mandatos de optimización, ya que están relativizados por posibles razones contrapuestas; 2) la ponderación es subjetiva, irracional y no se puede controlar metodológicamente, por lo cual no se deben de ponderar los mandatos de optimización; 3) debido a la concepción optimizadora de los principios se conduciría a una ampliación del órgano judicial, creando un Estado jurisdiccional; 4) la validez constitucional de los principios habría que justificarse en términos jurídico positivos, sin que se asuma con carácter general para todos los derechos fundamentales; y, 5) la ponderación conduce a debilitar la protección iusfundamental, por lo tanto sería incompatible con el carácter de limitación al poder estatal.

Existen diversos autores que sostienen una tesis de la distinción débil de los principios, la cual es una alternativa a la distinción entre reglas y principios, debido a que, sostiene que solo se puede distinguir entre reglas y principios en función del grado de generalidad de dichos tipos de normas. Consideran que los principios son simplemente normas que poseen un alto grado de generalidad, mientras que las reglas van a poseer un grado bajo de generalidad.²⁹²

²⁹¹ Cárdenas Gracia, Jaime, Manual de argumentación jurídica, op. Cit., p. 177.

²⁹² Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional, op. Cit., pp. 54 – 55.

4.3.3 Colisión de principios

El sistema jurídico tiene la posibilidad de autorregularse, para poder solucionar las diferentes inconsistencias, incoherencias o fallas que se presenten. Esto debido a que, como hemos visto, resulta ser propio de los sistemas jurídicos el que se presenten antinomias, así como lagunas, de las cuales, el jurista en su labor jurisdiccional va a ser la eliminación o resolución de las mismas, para buscar mantener la coherencia y plenitud del sistema jurídico.

Así como hay conflictos entre reglas, no es extraño que, también existan entre principios, sin embargo, debido a las características que llegan a revestir cada uno de ellos, las soluciones ante los conflictos que se pueden llegar a presentar, se deberán de resolver de una manera diferente.

Con posterioridad a la II Guerra Mundial, en algunos textos constitucionales se empezaron a incluir apartados respecto a derechos humanos o derechos fundamentales, así mismo, se empezaron a plasmar en diversos tratados internacionales, protocolos, instrumentos o convenciones, con carácter vinculante para los países que los suscribían. Debido al nuevo paradigma constitucional que se presenta, mediante el ejercicio de los principios jurídicos, la procuración de ellos, se empezó a entrar en una cierta situación de enfrentamiento entre un principio y otro, lo cual nos lleva a una colisión de principios.

Un conflicto se puede presentar cuando el enjuiciamiento de una norma, medida o decisión pública se confronta el bien o el valor constitucional protegido de una N_1 con el bien o valor constitucional que resulta afectado o limitado por otra N_2 . Esto se puede presentar, por ejemplo, cuando un juez constitucional enjuicia la constitucionalidad de una ley.²⁹³

O también se puede presentar un conflicto cuando en el enjuiciamiento de una conducta particular se confrontan, el derecho constitucional que va a amparar a dicha conducta y otro bien o derecho constitucional que resulta afectado o limitado

²⁹³ Gascón Abellán, Marina, *Argumentación Jurídica*, Tirant Lo Blanch, México, 2015, p. 301.

por ella. El ejemplo más característico, es un juicio en el cual se confrontan el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor.²⁹⁴

De acuerdo a Cárdenas Gracia²⁹⁵, pueden existir tres posibles soluciones en el caso de conflictos entre principios, la primera vía de solución que se presenta entre un principio en sentido estricto y una directriz o norma pragmática, esta se resolvería con la aplicación preferente del primero, ya que los principios recogen valores. En segundo lugar, si se presenta entre dos principios en sentido estricto, se debe de ponderar las razones de cada uno y, se aplica la preferencia de uno sobre otro. Por último, si llegan a conflicto dos directrices o normas pragmáticas, la solución será determinar la articulación de políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, por lo cual la ponderación será la base de las antinomias.

La ponderación resulta ser un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. En las cuales no hay cabida para poder aplicar los criterios: jerárquico, cronológico o de especialidad.

Como bien señala Guastini, se trata de normas que generalmente han sido promulgadas en el mismo momento, cuentan con la misma posición en la jerarquía de fuentes del derecho, es un conflicto en concreto donde se aplican las normas involucradas en un caso particular y, los supuestos de hecho regulados por las dos normas se superponen parcialmente. Por lo cual no se puede aplicar el criterio jerárquico, debido a que tienen el mismo rango. No se puede aplicar el criterio cronológico, ya que, los dos principios son contemporáneos. Por último, no se puede aplicar el criterio de especialidad, por la razón de que, las dos clases de hechos regulados por los principios no tienen entre sí una relación de género a especie, sino que se cruzan.²⁹⁶

Hemos expuestos que una de las diferencias entre las reglas y los principios, sobre la forma de cómo ser resuelven cuando llega a haber un conflicto entre ambos, recordemos que, cuando se presenta un choque o colisión que se da entre

²⁹⁴ Ídem.

²⁹⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, Introducción al estudio del derecho, op. Cit., pp. 136 – 138.

²⁹⁶ Guastini, Riccardo, Interpretar y argumentar, op. cit., p. 215.

principios no se llama antinomia, ya que, en una antinomia va a prevalecer de manera total una norma, mientras que, en el caso de los principios no prevalece totalmente uno sobre otro, sino que el principio perdedor no deja de existir, es así que ambos se mantendrán, aunque uno en mayor medida que otro.

Como hemos referido los conflictos que se presenten entre reglas, serán resueltos a través de una excepción que se prevea dentro del propio orden jurídico o, por medio de la invalidez de alguna de las dos. Dicho caso no se presenta en la colisión de principios, sino que en esta situación se va a requerir de la existencia y utilización de otra solución.

Cuando dos principios entren en conflicto, la solución reside en que, el peso de uno de los dos principios deba ceder ante el peso del otro en una situación concreta, esto sin que, se pierda la validez del otro.²⁹⁷

Respecto de la colisión se pretende que, los contenidos de los principios que se contraponen deben de ser optimizados en la mayor medida posible que, va a depender de las circunstancias concretas que se presenten. Cuando entren en colisión uno de los principios va a tener que ceder ante el otro, refiere Alexy²⁹⁸ que, en este caso va a ser cuando los principios van a tener diferente peso y va a primar el principio con mayor peso.

4.3.4 La ponderación como solución de colisión de principios

Los principios al ser considerados como mandatos de optimización van a exigir que algo sea realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. En consecuencia, la forma para poder dar solución a esta situación Alexy refiere que es indispensable llevar a cabo una ponderación.²⁹⁹ Es importante destacar que a este método también se le suele denominar como principio de proporcionalidad o examen de proporcionalidad. Así

²⁹⁷ Nava Tovar, Alejandro, "El examen de proporcionalidad" en Teoría de la Argumentación Jurídica, Juan A. Cruz Parceros e Imer B. Flores (coords.) Tirant lo Blanch, México, 2020, p. 259.

²⁹⁸ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. Cit., pp. 70 – 71.

²⁹⁹ Ibidem, p. 92.

mismo, la ponderación va a requerir de la utilización del criterio de óptimo de Pareto, ya que constituye una condición mínima de racionalidad de la decisión.

En el mismo sentido, Guastini refiere que la técnica que normalmente se emplea por los jueces constitucionales para dar solución a un conflicto entre principios constitucionales es la denominada ponderación, la cual consiste en poner los principios en conflicto sobre una balanza y, pesarlos para ver cuál pesa más, es decir, cuál tiene más valor.³⁰⁰

La ponderación resulta ser un procedimiento de decisión para determinar de manera fundada las relaciones de prelación entre argumentos en colisión, especialmente principios, en el cual se eligen y aplican criterio de validez, después se realiza la ponderación y, por último, se determina la prelación de una de las normas. En consecuencia, el resultado va a ser la determinación de la validez de una norma como enunciado normativo, solamente teniendo validez para el caso.³⁰¹

La respuesta que se dé al conflicto, no va a ser permanentemente, es decir, no queda resuelto de una forma estable y, para siempre, sino que, al prevalecer uno de los dos principios sobre el otro, cada solución del conflicto sólo va a valer para el caso concreto, por tanto, la solución del mismo conflicto para casos futuros permanece impredecible.³⁰²

Va a partir de una igualdad de las normas (principios) en conflicto, esto debido a que se encuentran en un mismo plano de jerarquía, ya que, si existiera un cierto orden jerárquico, se resolvería con los criterios de solución de antinomias. Se considera que la ponderación busca establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto, sin que ello implica lograr una respuesta válida para todo supuesto.³⁰³

³⁰⁰ Guastini, Riccardo, Interpretar y argumentar, op. cit., p. 215.

³⁰¹ Huerta Ochoa, Carla, Conflictos normativos, op. Cit., p. 173.

³⁰² Guastini, Riccardo, Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, traducción Jordi Ferrer i Beltrán, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999, p. 171.

³⁰³ Prieto Sanchís, Luis, Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación, Editorial UBIJUS, México, 2016, p. 124.

Dicho principio de proporcionalidad, comprende tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y, de proporcionalidad stricto sensu. Los dos primeros van a derivar del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, su análisis va a ser las estimaciones empíricas que va a establecer el intérprete del derecho a partir de las circunstancias propias de cada caso. Mientras que, el tercero alude a la optimización de los principios dentro de sus posibilidades jurídicas.³⁰⁴

El subprincipio de idoneidad, se basa esencialmente en determinar con cual principio se obtienen fines más legítimos de acuerdo a la convencionalidad o constitucionalidad. Se considera que una intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para poder contribuir en una obtención de un fin legítimo constitucionalmente, imponiéndose dos exigencias: que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, sea idónea para favorecer su obtención.³⁰⁵ Se va a exigir una idoneidad de los principios que están en disputa, es decir, se realiza una valorización para determinar si los principios que se encuentran implicados en realidad están siendo afectados por el caso concreto.

La finalidad que persigue este subprincipio es la de evitar que se perjudique un principio sin que simultáneamente esté beneficiando a otro, por lo cual se busca eliminar las medidas que no conllevan a la realización de principio alguno.³⁰⁶

Mientras que el subprincipio de necesidad, establece si las vías fácticas son las más o las menos gravosas, es decir, con cual principio tenemos menos choque en la constitucionalidad. Va a considerar que, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar un objetivo.³⁰⁷

³⁰⁴ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. Cit., p. 92.

³⁰⁵ Nava Tovar, Alejandro, "El examen de proporcionalidad", op. Cit., p. 261.

³⁰⁶ González Maldonado, Marco Aurelio, La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico, Editorial Liber Iuris Novum, México, 2011, p. 36.

³⁰⁷ Nava Tovar, Alejandro, "El examen de proporcionalidad", op. Cit., pp. 261 – 262.

En el análisis de este subprincipio, se debe de realizar un estudio sobre la eficiencia y eficacia de las alternativas que existen, para poder determinar un costo beneficio, de cada una de ellas, en atención al caso concreto y, así obtener el fin legítimo.³⁰⁸

También se puede definir bajo la expresión de la idea del óptimo de Pareto: la búsqueda de un medio más idóneo y benigno para mejorar una posición sin que ello represente costes para la otra.³⁰⁹

Por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es “aquel que considera que la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de realizar el fin perseguido por una medida estatal.”³¹⁰

En este subprincipio se van a realizar dos tipos de estudio, el primero que es de carácter normativo, el cual del lugar que los derechos fundamentales en conflicto y sus bienes tutelados tienen en el ordenamiento, así como, los niveles de intensidad con los cuales se va a dar preferencia a un derecho fundamental sobre el otro. Cabe destacar que si bien, se da una preferencia, esto no significa que exista una jerarquía entre principios, sino que, debido a la cantidad de afectación que se dé al derecho fundamental en concreto se van a aplicar dichos niveles.

La segunda forma de estudio va a ser de carácter empírico, la cual se basa en medir por una parte la intensidad de la intervención y, por otra, el beneficio empírico que los fines mediatos e inmediatos que se den a causa de dicha intercepción o afectación en los derechos fundamentales.³¹¹

Por ende, vamos a encontrar en el subprincipio de proporcionalidad stricto sensu, que se va a constituir por la ley de la ponderación, la fórmula del peso, la ley de la colisión y, la carga de argumentación.

³⁰⁸ Cárdenas, Jaime, Manual de argumentación jurídica, op. Cit., p. 197.

³⁰⁹ Alexy, Robert, Derecho y razón práctica, op. Cit., p. 29.

³¹⁰ Nava Tovar, Alejandro, “El examen de proporcionalidad”, op. Cit., p. 262.

³¹¹ Cárdenas, Jaime, Manual de argumentación jurídica, op. Cit., pp. 197 – 198.

La ley de la ponderación tiene su enunciado de acuerdo a Alexy en la siguiente fórmula “cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.³¹² Por lo cual, expresa la relación que existe entre la intensidad de una interferencia en un derecho fundamental y el peso sustancial.

Esta ley se compone por tres pasos: en el primer paso se establece el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En el segundo paso, se requiere establecer la importancia de la satisfacción del principio que se opone. Y, en el tercer paso, se establece si la importancia de la satisfacción del principio que se opone justifica la falta de satisfacción del otro.³¹³

En cuanto al primer y segundo paso, son análogos, ya que, consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción del primer principio y de importancia en la satisfacción del segundo principio. Esto hace alusión al grado de afectación de los principios en el caso concreto. El grado de afectación de los principios se puede determinar mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades, leve, medio o grave.³¹⁴

La intensidad de la afectación, es obtenida a partir de la predicción de cuan grave se vería afectado un principio en caso de no concedérsele prioridad ante el principio que se contrapone. Sostiene Alexy que, es posible dar un cierto valor a las variables de la importancia y el peso abstracto de los principios de acuerdo a una escala triádica: leve, moderado e intenso.

De acuerdo a la escala triádica, tanto el valor del primer principio como el del segundo va a poder ser, l, m o g. Por lo cual, la precedencia entre P_i y P_j en el caso en concreto se va a determinar de acuerdo con los valores de cada uno de dichos

³¹² Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. Cit., p. 138.

³¹³ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. Cit., p. 351.

³¹⁴ Ibidem, pp. 356 – 357.

elementos. Siendo posible nueve situaciones, en las cuales P_i precede a P_j , se da un empate y, P_j precede a P_i .³¹⁵

En el primer caso, P_i precede a P_j , por lo cual va a recibir un valor mayor que uno.

- 1) $P_i = g / P_j = l$
- 2) $P_i = g / P_j = m$
- 3) $P_i = m / P_j = l$

En el caso en que, P_j precede a P_i , el peso del segundo descendiendo a un valor debajo de uno.

- 1) $P_i = l / P_j = g$
- 2) $P_i = m / P_j = g$
- 3) $P_i = l / P_j = m$

Por último, en caso de empate, todos los valores van a ser siempre uno.

- 1) $P_i = l / P_j = l$
- 2) $P_i = m / P_j = m$
- 3) $P_i = g / P_j = g$

Esta escala triádica se puede refinar en un baremo triádico doble, dando como resultado nueve grados: levemente leve (ll), moderadamente leve (lm), severamente leve (ls), ligeramente moderado (ml), medianamente moderado (mm), severamente moderado (ms), ligeramente severo (sl), medianamente severo (sm) o, severamente severo (ss).³¹⁶

Esta escala va a medir la intensidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. Esto con la finalidad de que la ponderación de derechos sea inteligible para los ejercicios argumentativos de los jueces y así ponderar de modo

³¹⁵ P_i es el elemento lesionado, por lo cual corresponde a la importancia o grado de afectación en las circunstancias del caso, mientras que, P_j es el otro elemento en conflicto, en el cual se va a medir el grado de satisfacción. Resultan ser los pesos abstractos de cada principio.

³¹⁶ Nava Tovar, Alejandro, "El examen de proporcionalidad", op. Cit., p. 271. Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. Cit., pp. 367 – 368.

racional. En la escala triádica se le va a asignar a cada grado de la escala un valor, por lo cual Alexy toma la secuencia geométrica de 2^0 , 2^1 y 2^2 , siendo así que, l vale 1, m vale 2 y, g vale 4; siguiendo la clasificación que ofrece Nava Tovar, la secuencia geométrica se seguiría 2^x , por lo cual en el cuadro que se comparte, se conllevaría a ll es 1, lm sería 2, ls vale 4 y, así sucesivamente hasta llegar a ss que valdría 256. Esto con la finalidad de que se introduzca un dispositivo formal que expresa la estructura inferencial de los principios, racionalizando la estructura de la ponderación.³¹⁷

El grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. Sino que, la variable del peso abstracto se va a fundar en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía, en ocasiones uno de ellos puede tener mayor importancia en abstracto, esto de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad.

Para precisar más su concepción, Alexy hace uso de la fórmula del peso la cual busca explicar de manera racional si la satisfacción de un principio justifica intervenir en la realización de otro, de esta manera, se evalúa la afectación de los principios, su peso abstracto y, la seguridad de las apreciaciones empíricas.³¹⁸ La fórmula del peso se representa de la siguiente manera:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}^{319}$$

Dicha fórmula expresa que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto, va a resultar del cociente entre el producto de la afectación del principio P_i en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el

³¹⁷ Ibidem, pp. 271 – 273.

³¹⁸ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, op. Cit., p. 366.

³¹⁹ $G_{i,j}$ significa I_i es la intensidad de afectación del principio P_i , I_j representa la intensidad de la falta de afectación del principio P_j ; G_i es la notación para el peso abstracto relativo a P_i mientras que, G_j significa es la notación del peso abstracto de P_j ; S_i resulta ser el grado de certeza de las premisas epistémicas del principio P_i , mientras que S_j lo será del principio P_j .

producto de la afectación del principio P_j en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra.

El resultado que se presente, va a depender si $G_{i,j}$ es mayor que uno ($G_{i,j} > 1$) entonces la afectación va a ser desproporcionada, mientras que si es menor que uno ($G_{i,j} < 1$) entonces va a ser proporcional.

Esta fórmula sirve para poder dar solución cuando únicamente dos principios se colisionan, sin embargo, cuando existe la interferencia de otros principios se debe de acudir a una fórmula del peso extendida, siendo la siguiente fórmula:

$$G_{i-m,j-n} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i + \dots + I_{i-m} \cdot G_{i-m} \cdot S_{i-m}}{I_j \cdot G_j \cdot S_j + \dots + I_{j-m} \cdot G_{j-m} \cdot S_{j-m}}$$

En esta situación debido a la incorporación de más principios, se debe de incorporar otras variables adicionales para la intensidad de la afectación de todos los principios adicionales, así como sus pesos abstractos respectivos y los grados de certeza.

En cuanto a la ley de la colisión, va a expresar una relación de precedencia condicionada entre dos principios, generando una regla aplicable al caso concreto. Por lo cual, el resultado de la ponderación va a llevar al establecimiento de una regla, la cual mediante la subsunción serán subsumidas las circunstancias del caso concreto, es decir, el caso se subsumirá a la regla resultado de la ponderación.³²⁰

Por último, la carga de argumentación se refiere al caso en el cual el peso de los principios resulta ser el mismo. En este caso por más que uno y otro principio deba considerarse a priori en caso de empate, siempre va a poder ser vencido por razones más fuertes que van a ser dadas por las convicciones del intérprete, esto debido a que, se tratan de valores.

Alexy refiere que, en casos de empate, la decisión que se debe de tomar por parte del juzgador, debe de ser encaminada a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, aplicando así la máxima de in dubio pro libertate. Por ende, ningún

³²⁰ Nava Tovar, Alejandro, "El examen de proporcionalidad", op. Cit., p. 274.

principio que se oponga a estos dos va a poder prevalecer sobre los mismos, es decir que, en caso de que se llegue a un empate, si un principio llega a ser opuesto a alguno de estos dos, se debe dar preferencia a la libertad y la igualdad jurídica, salvo que tengan razones más fuertes.³²¹

Sin embargo, en el epílogo de la Teoría de los derechos fundamentales, reconsidera que, en caso de que existan empates serán decididos en favor del legislador y del principio democrático en el cual se funda tal competencia de las cámaras, el juez, por lo tanto, hará valer el principio de *in dubio pro legislatore*, por lo cual el legislativo contará con la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto.³²²

4.3.5 Crítica a la ponderación como solución

Existen varios juristas que hacen una crítica respecto de la ponderación, uno de ellos es Juan Antonio García Amado, quien considera a la ponderación como un método que carece de objetividad y, por ende, resulta ser subjetivo a decisión del juzgador. Siendo así que, el resultado de la ponderación, va a estar en gran medida influido por consideraciones preconcebidas y particulares.

Considera que una de las tensiones de la teoría de la ponderación resulta de la regla: cuanto más pesamos, menos tenemos que argumentar y, donde más se argumenta es porque menos objetivo es el pesaje. Ya que, si principios y valores jurídicos pesaran, poco habría que argumentar y, si se tiene mucho que argumentar es porque quien pondera, no pesa, sino que, hace una valoración personal con mayor o menor razonabilidad.³²³

García Amado, refiere que, en la ponderación, detrás de toda regla hay un principio, por lo cual todo conflicto de reglas, sería a la vez, un conflicto de principios. En este sentido establece que no hay diferencia cualitativa y cuantitativa entre reglas y principios, por lo cual se pueden deducir normas a principios, siendo así una reducción.

³²¹ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, op. Cit., pp. 504 – 506.

³²² Ibidem, p. 549 – 552.

³²³ García Amado, Juan Antonio, Ponderación judicial, op. Cit., pp. 26 – 27.

También, refiere que la ponderación es un método que carece de autonomía, en razón de que, el resultado va a depender de la interpretación de las normas, por lo cual no es más que una técnica argumentativa que se utiliza por los tribunales constitucionales para poder justificar sus propias decisiones, mismas que son subjetivas y arbitrarias. Así como también, dichos tribunales no ponderan sino siguen aplicando el método interpretativo subsuntivo.

Esto conlleva a que todo caso, ya sea de legalidad ordinaria o constitucional, pueda ser presentado, decidido y fundamentado como un caso de conflicto entre principios o una subsunción entre reglas.³²⁴

El jurista gijonés, también dirige sus críticas hacia el subprincipio de idoneidad y el de necesidad, estos subprincipios carecen de autonomía operativa y, debido a eso serían triviales y prescindibles.

Considera al subprincipio de idoneidad como una prueba de descarte, ya que lo que hace el tribunal es simplemente descartar todos los argumentos que se den y, que estos vayan en contra de la decisión que ya tomó con antelación, es decir, lo que hace el tribunal previamente es, decidir qué derecho prevalece sobre el otro y, lo que busca, son decisiones que vayan en favor de su preferencia, desechando todo aquello que se contraponga.³²⁵

El subprincipio de necesidad únicamente se basa en la búsqueda de alternativas, de las diferentes perspectivas que tengan los que participan. Por lo cual, van a existir una gran cantidad de alternativas posibles. Esto va a depender de una relación entre dos magnitudes (m^1 y m^2), que un sujeto puede considerar perfectamente proporcionada, mientras que otro sujeto lo puede ver como desproporcionada. Siendo así, depende de dos factores, el primero es la valoración que se haga por parte de sujeto 1 y sujeto 2, y; la segunda son las alternativas que sepan o quieran plantearse a la hora de organizar la interrelación entre m^1 y m^2 .³²⁶

³²⁴ Ibidem, p. 91.

³²⁵ Ibidem, pp. 96 – 97.

³²⁶ Ibidem, pp. 105 – 107.

En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, considera que este tiene un contenido determinado por las decisiones interpretativas previas, por lo cual su relevancia práctica o real es muy escasa y subordinada. Siendo simplemente un procedimiento clásico de subsunción. Por lo cual, no va a existir ninguna diferencia entre la ponderación y la subsunción ya que, debido a los diferentes ejemplos que manifiesta Alexy, estos se pueden reconstruir de la manera subsuntiva, siendo así que, la ponderación solo es una reconstrucción de la subsunción. Al final va a depender del juzgador, si prefiere que un caso x sea resultado a través de la ponderación y, otro caso w -que sea muy similar al caso x- sea resultado mediante la ponderación, esto se va a hacer en función de la conveniencia argumentativa.³²⁷

También refiere el jurista español³²⁸ que al considerar a los derechos fundamentales como principios y, estos como mandatos de optimización, va a implicar desconocer la indeterminación de enunciados de derechos fundamentales y con eso evitar la discrecionalidad del juez. Tocante a su idea, sostiene que el principio de proporcionalidad va a tener como subyacente a la Constitución formal otra que va a ser la Constitución material o metafísica, entendiéndola como un sistema axiológico pleno y coherente, prescribiendo una única respuesta para cada caso.

Esta Constitución material va a gozar de una moral material en las disposiciones de derecho fundamental, por lo cual, lo que va a importar va a ser la moral positivizada y no lo que el texto va a establecer referente a los derechos fundamentales. Continúa mencionando que, en dado caso de que esto se presente, los principios morales positivizados son los que van a importar y ya no el significado de lo que prescribe el texto constitucional.

³²⁷ Ibidem, pp. 117 – 120.

³²⁸ García Amado, Juan Antonio, ¿Existe Discrecionalidad en la Decisión Judicial?, Isegoría, no. 35, 2006 [en línea] <<https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/34/34>> [consultada: 10 de julio de 2022]

Otro gran jurista crítico de la ponderación es José Juan Moreso³²⁹, quien realiza tres críticas importantes sobre la teoría de Alexy, las cuales considera que gravan su modelo, ya que, no permiten, ni prevén lo que los órganos de aplicación del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, ni someter a crítica racional sus decisiones.

En primer lugar, plantea que, si los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, entonces debería de tener una escala de ordenación abstracta de los derechos, en la cual se dé una asignación de peso abstracto para cada principio, el cual no se encuentra, ya que, un criterio de jerarquización sería incompatible con la ponderación, ya que, resulta ser un método en el cual se establece una relación de prelación de acuerdo a las circunstancias del caso.

Un segundo punto, es sobre la distinción entre las interferencias leves, moderadas y graves. Considera que es un tanto subjetivo establecer estas escalas, así mismo, no hay elementos objetivos para poder desprenderse la asignación de alguna de las escalas.

Por último, realiza una crítica a la estructura de la ponderación, la cual considera que se centra en la inconmensurabilidad de los principios que se ponderan a través de la fórmula del peso. Considera que es posible identificar la imposibilidad de formular sentencias relativas a un caso concreto que sean también válidas para un caso futuro. Considera que la teoría de Alexy, es únicamente una ponderación ad hoc, debido a que una sola propiedad diferente puede dar lugar a una solución diferente para el caso.

³²⁹ Moreso, José Juan, "Alexy y la aritmética de la ponderación" en Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional, núm. 8º, abril, 2010, p. 62 – 64. [en línea] <<http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/68/55>> [consultada: 10 de julio de 2022]

También debemos de destacar la crítica que realiza Jürgen Habermas³³⁰, él refiere que la interpretación alexiana de los principios en términos teleológicos, conllevan a una pérdida de la normativa deóntica del derecho, la cual lleva a una consideración económica y, llevando a un resultado en el cual premia la irracionalidad y subjetividad de las valoraciones del juzgador. Considera Habermas que la ponderación lleva a construir un orden de inestabilidad y arbitrario entre valores constitucionales. Esto en razón de que, de acuerdo a su teoría discursiva del derecho, se debe de distinguir entre la pretensión normativa de validez de las reglas morales y la pretensión de legitimación de las normas jurídicas.

Considera a los principios como valores, por lo cual menciona que los derechos fundamentales no son valores, sino que se deben ser entendidos como normas, las cuales son dirigidas a destinatarios de manera general y abstracta, ordenando conductas obligatorias. Mientras que los valores, resultan ser preferencias intersubjetivamente compartidas, que buscan llevar a cabo las acciones necesarias para sus fines.

Las normas y los principios en un sentido deontológico de su validez, pueden pretender una obligatoriedad general, poseyendo una fuerza justificatoria mayor que la de los valores.³³¹

Por último, refiere que, la ponderación resulta ser un proceso de justificación en la cual las decisiones judiciales carecen de racionalidad, gozando de arbitrariedad e irreflexión, conforme a estándares o jerarquías acostumbradas, esto debido a que a los valores les faltan criterios racionales.³³²

Debido a esto, al ser entendidos los derechos fundamentales como mandatos de optimización y eliminando el sentido deontológico de los mismos, nos lleva a relativizar las posiciones iusfundamentales del individuo, por lo cual dichos derechos serían únicamente valores ponderables, debilitándolos y favoreciendo la

³³⁰ Habermas, Jürgen, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, traducción Manuel Jiménez Redondo, 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 226 – 230.

³³¹ Ídem.

³³² Ídem.

arbitrariedad. Siendo así que, los derechos fundamentales no van a tener precedencia absoluta sobre fines o bienes políticos, por lo cual no gozarían de una validez universal y una estructura binaria. Para el jurista alemán, los derechos fundamentales, como normas, van a tener una validez abstracta y general y, no una validez caso por caso.

Las normas de derecho fundamentales al poseer un carácter deóntico, no van a poder ser aplicadas a través de la ponderación, debido a que tienen una estructura de validez general y, no caso por caso; mientras que los valores sí contienen una validez caso por caso, en una relación u orden transitorio con los demás valores. Por lo cual, Habermas va a sostener que la reconstrucción de los derechos fundamentales como valores principio y su aplicación a través de la ponderación, van a llevar a los jueces constitucionales a tomar decisiones irracionales en función a fines y no en función a argumentos normativos.³³³

Siendo así que, un tribunal en un determinado caso, tomará una decisión justificada por una excesiva argumentación, mientras que, en un caso similar, en el cual se encuentre diversos intereses, abdicará, debido a que las circunstancias del caso valoradas de manera subjetiva, no le van a permitir llegar a la misma solución, por lo cual resolverá de manera distinta.

4.3.6 Alcance que tiene la ponderación

Siguiendo un poco la línea argumentativa de Zagrebelsky,³³⁴ en nuestros tiempos hay pulverización del derecho legislativo, hay leyes sectoriales, las que menciona Bobbio, grupos homogéneos y heterogéneos; se contractualizan con los contenidos de la ley. ¿Qué fuente de Derecho suple a la ley? Lo que lo suple es la Constitución, pero la Constitución no es el elemento de coacción que pudiera establecerse, ya que es el acuerdo de la voluntad, porque expresa proyectos jurídicos diversos. La única vía para unificar el Derecho de nuestro tiempo es a

³³³ Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, ¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales, núm. 1, Vol. 31, 2016, p. 84 [en línea] <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5595585>> [consultada:12 de julio de 2022]

³³⁴ Zagrebelsky, Gustavo. Ibidem, pp. 120 – 127.

través no de la Constitución sino de la Interpretación y Argumentación Constitucional.

Entonces la ciencia jurídica de nuestro tiempo es una ciencia crítica del derecho, no parte de elementos neutrales, se apoya en la vieja jurisprudencia de Derecho Romano, en la prudentia, la ponderación de valores.

Cuando el Derecho es interpretado como Regla, se debe de atender a los métodos interpretativos del artículo 14 constitucional, mientras que, si el Derecho es interpretado como Valor o Principios, no se debe de atender al artículo 14 constitucional, sino a los métodos interpretativos del artículo 1º constitucional.

La Constitución Mexicana del 17, hasta antes de la reforma del 2011, se afirmaba que era una Constitución Positivista, porque era el mismo orden jurídico el que determinaba o daba los derechos. Ahora el Estado como en la Constitución de 1857, no da derechos, sino que los reconoce. Tiene que ver con la influencia de EUA, ya que esto se ve en la Constitución de Massachussets, así como en la propia de EUA.

Los derechos preexisten a la elaboración de una Constitución, la Constitución reconoce lo que ya existe. Zagrebelsky³³⁵ comienza señalando la diferencia entre la Constitución y la ley; la ley es la voluntad del legislador y los derechos son pretensiones. La ley está conferida al legislador que actúa por influencia social, política, etc., y la Constitución tiene otra función de otorgar o reconocer derechos. La ley no debería alejarse o detener esa relación con la Constitución.

La Constitución es un Orden Jurídico superior a la ley, y la ley debe de estar en concordancia, pero en el S. XIX en Europa Continental no se hizo de manera clara, y se pensaba que ambas eran normas y no había diferencia entre ellas.

¿Por qué no se daba esta diferencia? En parte porque se consideraba que los derechos no eran inherentes a la persona, sino que eran autolimitaciones y concesiones que los gobernantes daban a los gobernados, todo giraba alrededor

³³⁵ Ibidem., pp. 96 – 99.

del gobernante, eran los que querían los gobernantes (producto de la voluntad del Estado.) En Europa los derechos se precisaban en la ley, por lo tanto, eran lo que la ley quería que fueran, los derechos debían estar regulados en la ley y la garantía y alcance de los derechos llegaba hasta donde la ley quería.

CONCLUSIONES

Respecto a lo desarrollado a través de la presente investigación, podemos llegar a concluir primeramente que, la ponderación es un figura desarrollada hace años por el jurista alemán Robert Alexy en su obra Teoría de los derechos fundamentales, publicada en el año 1985, sin embargo, resulta ser novedosa en los diferentes sistemas jurídicos latinoamericanos, incluidos México, donde tiene un desarrollo por parte de los tribunales, en especial por parte de la Suprema Corte, sin embargo, este método no está expresamente prohibido o facultado para un solo órgano, motivo por lo cual, cualquier órgano jurisdiccional puede hacer uso del mismo, en el caso de que considere que se esté presentando una colisión de principios en atención al caso que resuelven.

La ponderación es un método que se está utilizando con mayor frecuencia por parte de los juzgadores mexicanos, en todos los ámbitos jurisdiccionales, sin embargo, llega a haber un gran desconocimiento del mismo, lo cual desencadena que, llegue a existir una gran confusión sobre la figura misma, poniendo incluso en riesgo la certeza jurídica.

Sin embargo, el método por excelencia que, se sigue usando en la gran mayoría de los casos es el subsuntivo, el cual se aplica, respecto de una norma general y abstracta a un caso concreto, a través de la interpretación que realizan los juzgadores para dar solución.

La jurisprudencia dentro de sus diferentes modos de entenderla, es la interpretación que se realiza por parte de los juzgadores, para poder colmar alguna laguna, darle sentido a un contenido normativo que contenga vaguedad o, resolver antinomias que exista en el ordenamiento jurídico.

Es considerada como una fuente del derecho, se prevé dicha figura dentro de la Constitución en los artículos 94 así como en el 107, en el mismo sentido se prevé su regulación en la Ley de Amparo dentro del título cuarto. El deber de la jurisprudencia, como fuente de derecho es la de coadyuvar para que el sistema jurídico, alcance la finalidad de poder lograr una unidad, coherencia, plenitud y relación entre ordenamientos.

La jurisprudencia va a gozar de obligatoriedad para todos los tribunales, tanto del fuero federal como local, esto en el sentido de que el criterio que se adopte va a imperar sobre tribunales de carácter inferior, es decir, se da una jerarquía entre las normas que emanan de los tribunales ya que, es el propio ordenamiento el que determina que una norma emanada de un tribunal es jerárquicamente superior a la emanada de otro tribunal o juzgado.

Debido a esto se puede considerar que, la jurisprudencia, tiene los elementos de una norma jurídica, ya que van a gozar de un enunciado o cópula de deber ser, en el cual se van a determinar los operadores deónticos que, ordenan, prohíben, permiten. Así mismo, van a gozar de un antecedente y, van a llegar a tener una consecuencia jurídica. Por esta razón, podemos considerar a la jurisprudencia como una norma jurídica más, dentro del ordenamiento jurídico, así como, dentro del sistema jurídico.

Los juzgadores a través de la decisión judicial van a determinar el método a utilizar, cuál considera que es la manera más viable de dar solución a un caso que se les presente, esto debido a que pueden llegar a existir casos fáciles, difíciles o trágicos y, dependiendo de cada uno de estos casos el juzgador debe de resolver de la mejor manera, creando a través de las sentencias que dictan, derecho.

Así mismo, deberán de justificar sus decisiones a través de lo que se conoce como justificación interna y externa, para con esto, establecer razonamientos que sean conforme a las reglas de la lógica, en atención al uso de los silogismos necesarios para llegar a la conclusión así, como las premisas que se usan para justificar y fundamentar sus decisiones, a través de la interpretación que realicen.

En aquellos casos, en los cuales no exista una disposición para dar solución a un caso, cabe la posibilidad de los juzgadores de ejercer la discrecionalidad judicial con la que gozan, la cual no es ajena a las corrientes positivistas, en cambio, son contrarias a las teorías del postpositivismo, ya que estos postulan que, los juzgadores no deben de gozar de discrecionalidad judicial porque, el propio derecho, ya sea a través de las normas o de la moral, siempre da va a dar una solución a los casos. A través de la discrecionalidad, los juzgadores evalúan los

casos difíciles para poder derivar en una solución, al caso concreto, sin embargo, a veces el criterio que, emiten puede llegar a ser el mejor o simplemente no abarcar la totalidad del caso.

Sin embargo, resulta de gran utilidad el uso de la discrecionalidad judicial ya que, va marcando los parámetros, para la solución de alguna vaguedad o, laguna en la ley, por lo cual van coadyuvando al sistema jurídico para que, goce de unidad, coherencia, plenitud y relación con los demás ordenamientos. En este sentido, las salas y los tribunales, gozan de esta discrecionalidad para poder llegar a emitir los criterios jurisprudenciales respectivos.

Con posterioridad a la II Guerra Mundial, se empezó a hablar de principios y reglas, haciendo una gran división de las normas jurídicas, estableciendo si bien ambos pertenecen a la categoría de normas jurídicas, se suelen distinguir debido a que, cada una llega a tener ciertas características diferenciables, como lo son su alcance, aplicación, el lenguaje que utilizan, el contenido normativo, su agotabilidad, la estructura lógica, la forma de interpretarse así como, la forma de solucionar los conflictos que se presenten entre cada una de ellas.

Va a existir un conflicto normativo cuando, los operadores deónticos de las normas jurídicas, sean totalmente contrarios, dando lugar a que no sea posible para los operadores jurídicos cumplir con lo que se mandata en ambos supuestos.

Cuando hay un problema entre reglas, se dice que, hay una antinomia, en estos casos la forma de solución puede ser a través de los criterios clásicos, ya sea por medio del criterio cronológico, el criterio jerárquico o el de especialidad, sin embargo, si no se puede dar solución por alguno de estos tres, cabe la posibilidad de que se pueda resolver a través de la *lex favorabilis*.

Mientras que, cuando se presenta un conflicto entre principios, la forma de solución no va a ser por medio de los criterios anteriores, sino que, autores como Alexy, han propiciado una forma de solución que, pone a salvo los derechos considerados como principios, esto a través de la denominada ponderación o

principio de proporcionalidad, el cual consta de tres subprincipios, mismos que, deben de ser satisfechos para poder dar solución a la colisión.

En el caso de los primeros, va a prevalecer siempre una regla sobre otra, por lo cual la regla que no prevalece no pertenece más al ordenamiento jurídico, mientras que en el caso de los principios va a prevalecer un principio sobre otro, sin embargo, sólo va a ser para resolver el caso en cuestión, esto significa que, dicho principio que no prevaleció, sigue subsistiendo dentro del ordenamiento jurídico.

Un problema jurídico que se presenta respecto a la jurisprudencia es, entendiendo a esta como una norma dentro de un ordenamiento jurídico que, al igual que estas, puede presentar criterios deónticos contradictorios, en los cuales, un criterio de un tribunal esté en contradicción con el criterio de otro tribunal. Por lo cual, se debe de dar una solución a esta situación por parte de los Plenos de Circuito o la Suprema Corte.

En consecuencia, la jurisprudencia resulta ser un problema jurídico, el cual podemos referir que, se presenta un conflicto de antinomias entre jurisprudencias, cuando sus operadores deónticos llegan a ser contrarios. Sin embargo, también se puede llegar a presentar la existencia de un conflicto entre una norma y una jurisprudencia, esto en razón de que, pueden determinar diferentes consecuencias para el mismo hecho.

Ahora bien, el resultado de la ponderación se llega a presupuestar en una sentencia, la cual es el resultado de una decisión judicial por parte del juzgador, misma que, en los casos en que sea un juzgador con las facultades para poder emitir jurisprudencia, lo que se resuelva va a poder ser materializado en un criterio jurisprudencial.

Por ejemplo, uno de los casos más comunes es la colisión entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de expresión, pues bien, en el supuesto de que esta situación llegue a un amparo directo y, un tribunal determine que en el caso que se presenta, ponderó y el resultado de eso fue que, el derecho que prevalece es el de la libertad de expresión sobre el de privacidad, la resolución que

se dé, puede formar jurisprudencia cuando cumpla los requisitos necesarios, sin embargo si se presenta la misma situación en otro tribunal y, dicho tribunal resuelve en contrario, determinando la prevalencia del derecho de privacidad, nos encontraríamos ante una situación compleja de resolver.

Aquí se da una cierta incertidumbre sobre qué jurisprudencia aplicar, cuál debe de ser la que prevalece sobre la otra. Ante esta situación, la propia Ley de Amparo nos refiere que, cuando se llegue a dar esta situación, el órgano que resuelva esta controversia lo puede hacer, acogiendo uno de los dos criterios discrepantes o, sustentar un nuevo criterio, así como también puede declararla inexistente o sin materia.

Consideramos que, la situación que se presenta es una reducción de los principios a un criterio jurisprudencial o, en otras palabras, se reduce un principio a una regla, ya que va a gozar de las características propias de esta.

El presente problema resulta ser algo nuevo, en especial, debido a la situación de que, la ponderación es un método, el cual actualmente se está utilizando no sólo por parte de los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas, sino que, día con día se está volviendo más común dentro de todos los juzgadores, tanto del fuero federal como local, debido a esta situación, se puede estar haciendo un mal uso del mismo, ya sea por la falta de conocimiento o como menciona García Amado, con la finalidad de que, el juzgador no motive sus decisiones.

Es por eso que, nos allegamos más a las teorías positivistas, bajo la tesis que considera la no existencia o utilidad de la ponderación. Al final de cuenta, los criterios jurisprudenciales que se presentan, no se va a aplicar el método de la ponderación, es decir, ponderación sobre ponderación, así mismo, la forma de dar solución a dicho problema sería a través de los criterios clásicos de solución de antinomias, sin embargo, esto no parece ser viable, ya que ambos van a contener las mismas características sobre ser emitidas por una autoridad jerárquica de nivel igual, con la misma temporalidad y, respecto de una especialidad, por lo cual la forma de solución, sería un simple criterio de interpretación. Aunque, va a ser el órgano correspondiente el que puede determinar la prevalencia de una sobre otra

o, simplemente adoptar un criterio ecléctico o totalmente distinto. Por consiguiente, coincidimos con el pensamiento de Bobbio, como propuesta para la solución del problema sobre el cual determinar la norma que debe de prevalecer cuando exista una insuficiencia respecto a los criterios clásico de solución de antinomias. El cual consiste en confiar en la libertad del intérprete, es decir, que exista una discrecionalidad judicial, teniendo tres posibilidades de interpretación, una abrogante en la cual se elimine una de las dos normas, otra de doble abrogación en el sentido de que se eliminen ambas normas y, por último, se puede dar el uso de una interpretación correctiva en la cual se conserven parcialmente ambas normas.

También en este sentido, concluimos que, al final de cuenta los juristas determinan que, la ponderación en su etapa final, lo que va a realizar el juzgador va a ser una simple subsunción, incluso Alexy señala que, el método ponderativo termina con la subsunción que realice el juez respecto de la colisión de principios.

Debido a la aplicación del criterio de interpretación, lo que se demuestra es que, las teorías positivistas al igual que las que refieren la no existencia de diferencias entre reglas y principios o aquellas críticas que se hacen respecto a la ponderación, resultan ser viables, ya que al final de cuenta, lo que se va a hacer por parte de los tribunales no es ponderar, sino simplemente se va a recurrir a una forma de solución interpretativa que se desencadena en una simple subsunción, dando como resultado una especificación y delimitación del contenido de los derechos. Esto en razón de que no hay principios que ponderar sino, únicamente existen conflictos de reglas que van a ser solucionados de acuerdo a las diferentes formas de interpretación.

Al respecto estas teorías que sostienen la no existencia de diferencias entre reglas y principios, se basan en que no hay una distinción estructural, debido a que, los principios no se encuentran dentro de los ordenamientos, sino que son el resultado posterior de una interpretación por parte del juzgador. Por lo cual los principios sólo van a aparecer con posterioridad al proceso interpretativo, por eso autores como Adriana Restrepo, García Amado, Aulis Aarnio, Cabra Apalategui consideran que la distinción estructural que se da entre principios y reglas, sólo va

a ser relevante después de construidos interpretativamente el principio, en consecuencia, la distinción estructural va a devenir como una consecuencia de la interpretación, careciendo así los principios de autonomía, es decir, no hay una diferencia estructural entre principios y reglas, sino que va a ser el juzgador quien con posterioridad a realizar su función interpretativa considere la existencia o no de principios y reglas. Por ende, se realiza una especificación y delimitación del contenido de cada norma.

Con base en lo anterior, considero que, la mejor forma de solución es la que se podría lograr a través de la aplicación de alguno de los criterios de solución de antinomias, en especial el de *lex specialis* o el de *lex favorabilis*, ya que, al final de cuenta no estamos presentes ante una colisión de principios, sino simplemente ante un simple conflicto entre normas o antinomias, aplicando por parte del juzgador una interpretación de normas.

Cabe destacar también que, esto resulta ser un problema para aquellos que, se catalogan dentro de la corriente del postpositivismo o en la principialista, en razón de que, no se concibe como un principio puede ser reducido a norma simplemente por la existencia de una figura jurídica como lo es la jurisprudencia, aunque cabe referir que, la figura de la ponderación fue elaborada por Alexy, debido a la situación que se encontró el Tribunal Alemán, así como también, fue diseñada para ser necesaria y útil de acuerdo al sistema jurídico alemán.

Debido a que la ponderación al ser una figura que apenas está en desarrollo concluimos que, va a existir una gran variedad de problemas y altibajos, así mismo, esta figura tiene mucho que dar todavía, tanto posturas a favor como en contra y, en especial debido a la implementación reciente del precedente judicial, va a ser muy interesante cómo llegan a relacionarse o excluirse, es por esto que, deberá de ser estudiado con la debida diligencia que merece.

Así mismo, no rechazamos la utilidad que, pueda llegar a presentar la ponderación, sin embargo, referimos que, esta figura puede llegar a causar problemas en su aplicación, dentro de un sistema para el cual no fue diseñado.

Referencia de fuentes de información

Bibliografía

ABREU Y ABREU, Juan Carlos, La Jurisprudencia en México, estado del arte [todo lo que siempre quiso saber sobre la jurisprudencia pero nunca se atrevió a preguntar], Cuadernos de Jurisprudencia, Número 9, septiembre, México, 2013.

ALCHOURRÓN, Carlos y Eugenio Bulygin, Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

_____, Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, 2ª ed., Editorial Astrea, Bogotá D.C., 2013.

_____, Sobre la existencia de Normas Jurídicas, Fontamara, México, 1997.

BULYGIN, Eugenio y Daniel Mendoca, Normas y sistemas normativos, Marcial Pons, Madrid, 2005.

ALEXY, Robert, Derecho y razón práctica, 2ª ed., Fontamara, México, 2017.

_____, Teoría de la argumentación jurídica, traductores Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

_____, Teoría de los derechos fundamentales, traducción Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

ALONSO, Juan Pablo, Principios jurídicos implícitos, Marcial Pons, Madrid, 2018.

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., Introducción al Derecho, 2ª ed., Editorial Mc Graw Hill, México, 2010.

BARRAGÁN, Julia, “Decisiones judiciales y desempeño institucional” en La función judicial. Ética y democracia, Jorge Malem et. al. (comps.) Gedisa Editorial, Barcelona, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos, La ponderación en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos y de Hispanoamérica, Palestra, Lima, 2015.

BOBBIO, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, Editorial Cajica, Puebla, 2006.

_____, Teoría General del Derecho, 3ª ed., Editorial Temis, Bogotá D.C., 2012.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, Introducción al estudio del derecho, Nostra Ediciones, México, 2009.

_____, “Los olvidos de la reforma judicial 2021” en Las Reformas Constitucionales de Amparo y derechos humanos de junio de 2011, Nuria González Martín et. al. (coords.) Serie de Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, Núm. 44, IIJ UNAM, México, 2021

_____, Manual de argumentación jurídica, Editorial Porrúa, México, 2019.

DE LA CUEVA Y DE LA ROSA, Teoría de la Constitución, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2014.

DEHESA DÁVILA, Gerardo, Introducción a la retórica y a la argumentación, 3ª ed., SCJN, México, 2012.

DÍAZ RUEDA, Ruth Marina, “La seguridad jurídica en la aplicación del derecho” en Seguridad Jurídica en el Sistema Democrático, Pedro Esteban Penagos López (coord.) Tirant Lo Blanch, México, 2014.

DIP, Ricardo, Seguridad jurídica y crisis del mundo posmoderno, Marcial Pons, Madrid, 2016.

DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A., La ponderación como garantía de los derechos fundamentales. Análisis de casos concretos desde la fórmula del peso de Robert Alexy, Derecho Global Editores, México, 2020.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley” en La función judicial. Ética y democracia, Jorge Malem et. al. (comps.), Gedisa Editorial, Barcelona, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, “Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial” en ¿Para qué sirve la teoría de la

argumentación jurídica?, Teoría y Derecho, revista de pensamiento jurídico, No. 20, diciembre, Valencia, 2016.

FLORES, Imer B., La naturaleza de la función judicial: democracia e independencia en Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina, IJ UNAM, México, 2013.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, La esencial intercambiabilidad del método ponderativo subsuntivo y el interpretativo subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno, en Argumentación Jurídica, fisonomía desde una óptica forense, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2014.

_____, Ponderación Judicial, Editorial CEJI, México, 2020.

_____, Razonamiento jurídico y argumentación, nociones introductorias, Zela Grupo Editorial, Perú, 2017.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, El valor de la seguridad jurídica, Fontamara, México, 2007.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, 65ª ed., Editorial Porrúa, México, 2013.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, Argumentación Jurídica, Tirant Lo Blanch, México, 2015.

_____, “Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?” en ¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica?, Teoría y Derecho, revista de pensamiento jurídico, No. 20, diciembre, Valencia, 2016.

GOMETZ, Gianmarco, “La democrazia senza certezza” en Seguridad Jurídica en el Sistema Democrático, Pedro Esteban Penagos López (coord.) Tirant Lo Blanch, México, 2014.

GÓMORA COLÍN, José Noé, Jurisprudencia en México, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2019.

GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico, Editorial Liber Iuris Novum, México, 2011.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "La interpretación jurídica en México" en Interpretación jurídica y decisión judicial, Rodolfo Vázquez (comp.) 4ª ed., Editorial Fontamara, México, 2016.

_____, La Jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla, 4ª ed., SCJN, México, 2018.

GUASTINI, Riccardo, Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, traducción Jordi Ferrer i Beltrán, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999

_____, Estudios de teoría constitucional, Editorial Fontamara, México, 2001.

_____, Interpretar y argumentar, traducción Silvina Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

_____, "La interpretación: objetos, conceptos y teorías" en Interpretación jurídica y decisión judicial, Rodolfo Vázquez (comp.) 4ª ed., Editorial Fontamara, México, 2016.

_____, La sintaxis del derecho, traducción Álvaro Núñez Vaquero, Marcial Pons, Madrid, 2016.

_____, Las fuentes del derecho, fundamentos teóricos, traducción César E. Moreno More, 2ª ed., Legales Ediciones, Lima, 2017.

_____, Otras distinciones, traducción Diego Dei Vecchi, Pedro Caballero y Alejandro Calzetta, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

GUIBOURG, Ricardo A., Colección de análisis jurisprudencial. Teoría general del derecho, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

_____, El fenómeno normativo, Editorial Astra, Buenos Aires, 1987.

HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, traducción Manuel Jiménez Redondo, 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005.

HART, H. L. A., El concepto de derecho, traducción Genaro R. Carrió, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

_____, Post scriptum al concepto de derecho, traducción Rolando Tamayo y Salmorán, IIJ UNAM, México, 2000.

HUERTA OCHOA, Carla, Conflictos normativos, 2ª ed., IIJ UNAM, México, 2017.

_____, “Discrecionalidad y legalidad: tensión en la aplicación del derecho” en Disertaciones de Filosofía del Derecho, Jorge Fernández Ruiz (coord.) UNAM Posgrado en Derecho, México, 2013.

_____, “Interpretación Constitucional” en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, tomo VI, Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), IIJ UNAM Marcial Pons, México, 2008.

_____, “La forma de la norma. Reflexión sobre el carácter reglamentario de algunas disposiciones constitucionales” en La dinámica del cambio constitucional en México, José María Serna de la Garza e Isidro de los Santos Olivo (coords.) IIJ UNAM, México, 2018.

_____, Lógica Jurídica, Editorial Porrúa, México, 2019.

_____, “Principios y conflictos normativos a la luz de la tipología normativa de Dworkin” en La filosofía del derecho de Roland Dworkin, críticas y aportaciones, Jorge Olvera García (coord.) UNAM, México, 2015.

_____, Teoría del Derecho, cuestiones relevantes, IIJ UNAM, México, 2013.

_____, “The Notion of “Principle” in Legal Reasoning as Understood in Mexican Law” en A Glance at Mexican Positive Law, Mo Jihong y Arturo Oropeza

- García (coords.) UNAM IJ Institute of Law Cass MEXCHAM, Beijing México, 2012.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces” en La función judicial. Ética y democracia, Jorge Malem et. al. (comps.) Gedisa Editorial, Barcelona, 2003.
- KELSEN, Hans, Compendio de la Teoría General del Estado, 2ª ed., Ediciones Coyoacán, México, 2012.
- _____, Teoría general de las normas, trad. Miguel Ángel Rodilla, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- _____, Teoría pura del derecho, trad. Roberto J. Vernengo, 16ª ed., Editorial Porrúa, México, 2017.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Rubinzal Culzoni Editoriales, Buenos Aires, 2020.
- MARGADANT SPANJAERDT-SPECKMAN, Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, Esfinge, México, 2016.
- MEDINA ARELLANO, María de Jesús, “Ratio Decidendi” en Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Tomo II, Eduardo Ferrer MacGregor et. al. (coords.) IJ UNAM, México, 2014.
- NAVA TOVAR, Alejandro, “El examen de proporcionalidad” en Teoría de la Argumentación Jurídica, Juan A. Cruz Parceró e Imer B. Flores (coords.) Tirant lo Blanch, México, 2020.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Abel Ledesma Mondragón, Introducción al estudio del Derecho, Editorial Harla, México, 1989.
- PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- RAZ, Joseph, El Concepto de Sistema Jurídico, traductor Rolando Tamayo y Salmorán, IJ UNAM, México, 1986.

RECASENS SICHES, Luis, Tratado general de filosofía del derecho, 17ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003.

ROSS, Alf, Teoría de las Fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico dogmáticas, trad. José Luis Muñoz de Baena Simón et. al., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

RUÍZ MANERO, Juan, “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas” en El juez y las lagunas del derecho, Juan Ruíz Manero y Ulises Schmill, IIJ UNAM, México, 2017.

SANDOVAL JIMÉNEZ, Israel, “Ponderación de principios” en Diccionario Jurídico, Raúl Contreras Bustamante y Jesús de la Fuentes Rodríguez (coords.) Tirant Lo Blanch, México, 2019.

SUÁREZ SOLORZA, Vanessa Marisol, Derecho Constitucional, Porrúa, México, 2013.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, La Jurisprudencia en México, 2ª Edición, Poder Judicial de la Federación, México, 2005.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Costumbre o eficacia. Condición necesaria y suficiente de existencia del derecho, Fontamara, México, 2015.

_____, El derecho y la ciencia del Derecho, Introducción a la ciencia jurídica, Fontamara, México, 2011.

_____, Introducción analítica al estudio del derecho, 2ª ed., Editorial Themis, México, 2011.

_____, Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y meta teorías jurídicas, Fontamara, México, 2013.

_____, Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho, 2ª ed., Editorial IIJ UNAM, México, 2017.

USCANGA BARRADAS, Abril, "Aspectos Centrales de la Teoría Jurídica de Herbert Lionel Adolphus Hart" en Teoría Jurídica Contemporánea I, Abril Uscanga Barradas (coord.) Tirant lo Blanch, México, 2021.

_____, "Conflictos trágicos genuinos entre derechos fundamentales, ¿existe una respuesta correcta? en Pluralismo constitucional y su influencia en los derechos humanos a cien años de la Constitución mexicana, Fabiola Martínez y Juan Manuel Romero (coords.), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2019.

_____, "Conflictos trágicos genuinos y aparentes en el derecho", en Conflictos de derechos. Problemas teóricos y supuestos prácticos, Juan Antonio García Amado (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

_____, "Principios" en Diccionario Jurídico, Raúl Contreras Bustamante y Jesús de la Fuentes Rodríguez (coords.) Tirant Lo Blanch, México, 2019.

_____, "Reglas" en Diccionario Jurídico, Raúl Contreras Bustamante y Jesús de la Fuentes Rodríguez (coords.) Tirant Lo Blanch, México, 2019.

VIGO, Rodolfo Luis, De la ley al derecho, Editorial Porrúa, México, 2012.

VILLORO TORANZO, Miguel, Introducción al Estudio del Derecho, 9ª edición, Ed. Porrúa, México, 1990.

WRIGHT, Georg Henrik von, Norma y acción, una investigación lógica, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, traducción Marina Gascón, 10ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2011.

Diccionarios

CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl y Jesús de la Fuente Rodríguez (coords.), Diccionario Jurídico, Tirant Lo Blanch, México, 2019.

Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Tomo II, Real Academia Española, Espasa Calpe, 1997, Madrid.

FABRA ZAMORA, Jorge Luis y Verónica Rodríguez Blanco (eds.), Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, IIJ UNAM, México, 2015.

ESCRICHE MARTÍN, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo II, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1979.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO et al. (coords.), Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, IIJ UNAM, México, 2014.

Mesografía

BULYGIN, Eugenio, Los jueces ¿crean derecho?, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 18, 2003.
<<http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n18/n18a1.pdf>>

DÍEZ GARGARI, Rodrigo, Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte, Revista Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 26, enero – junio, 2012.
<<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5986>>

ETCHEVERRY, Juan B., “Discrecionalidad judicial” en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Vol. II, Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco (eds.) IIJ UNAM, México, 2015
<<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos>>

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Existe Discrecionalidad en la Decisión Judicial?, Isegoría, no. 35, 2006.
<<https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/34/34>>

GIUBOURG, Ricardo A., La función judicial, Revista pensar en derecho, Buenos Aires, 2015. <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/6/la-funcion-judicial.pdf>>

HUERTA OCHOA, Carla, La Jurisprudencia como técnica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XXXII, núm. 95, mayo agosto, 1999.

<<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3590/4325>>

¿Qué hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación?
<<https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn>>

MORESO, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación” en Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional, núm. 8°, abril, 2010.
<<http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/68/55>>

NICOLATOS, Myron Michael, “Democracy, the rule of law and the independence of the judiciary. An experience of over forty years at the bar and on the bench en Venice Commission, Thirty-year quest for democracy through law 1990 – 2020, Simona Granata Menghini y Ziya Caga Tanyar Editores, Venecia, 2020. <<https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=3019>>

NIETO CASTILLO, Santiago, Jurisprudencia e Interpretación Jurídica en la Constitución Mexicana. Evolución e Implicaciones en la Cultura Jurídica Nacional <<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/27630>>

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, ¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales, núm. 1, Vol. 31, 2016.
<<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5595585>>

RAZ, Joseph, Legal Principles and the Limits of Law, The Yale Law Journal, Vol. 81, 1972.
<https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/569/?utm_source=scholarship.law.columbia.edu%2Ffaculty_scholarship%2F569&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>

Reforma Judicial con y para el Poder Judicial, febrero, México, 2020.
<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_transarencia/documento/2020-02/Reforma-Judicial-PJF.pdf>

RESTREPO OSPINA, Adriana María, “De la inexistente distinción entre principios y reglas” en Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, Núm. 8, agosto, México, 2018.
<<http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/index.php/rpd/article/view/69/61>>

Senado de la República, Gaceta: LXIV/2PPO-6/99088, martes 10 de septiembre de 2019.
<https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/99088>

ÖZBUDUN, Ergun, “The Independence of the Judiciary in Turkey: one step forward, two steps back” en Venice Commission, Thirty-year quest for democracy through law 1990 – 2020, Simona Granata Menghini y Ziya Caga Tanyar Editores, Venecia, 2020.
<<https://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=3019>>

WRIGHT, Georg Henrik von, ¿Hay una lógica de las normas?, traductor Daniel González Lagier, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho [en línea] <<https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-hay-una-logica-de-las-normas>> [consulta 20 de abril de 2022]

Leyes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (abrogada).

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Semanario Judicial de la Federación.