

438
2ej.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"EL PROBLEMA DE LA
ARGUMENTACION JURIDICA"**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE.
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JAVIER JIMENEZ GUTIERREZ

FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

AGOSTO DE 1994



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 está 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

C. JAVIER JIMENEZ GUTIERREZ.
P r e s e n t e .

Me es muy grato comunicarle, en mi calidad de Director de Tesis y Director del Seminario de Filosofía, la aprobación de su trabajo "EL PROBLEMA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA", que tuve la satisfacción de dirigir.

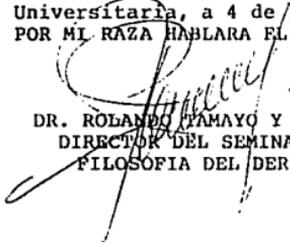
Cabe señalar que la tesis que presenta a este Seminario es un importante trabajo de investigación. La tesis con tiene la erudición requerida para estos trabajos y examina las más importantes autoridades en materia de argumentación jurídica.

La tesis que usted presenta a este Seminario, maneja con gran dominio los diversos tipos de información. Las referencias y el manejo de la bibliografía es absolutamente solvente.

El trabajo esta escrito con pulcritud y rigor y se convierte en un trabajo obligado para todo aquel interesado en estos temas.

A T E N T A M E N T E .

Cd. Universitaria, a 4 de Julio de 1994.
POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"


DR. ROLANDO TAMAYO Y SALMORAN
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
FILOSOFIA DEL DERECHO.

AL ING. JAVIER JIMENEZ ESPRIU
*Cuyo ejemplo de hombre íntegro
constituye mi máximo compromiso.*

A MIRIAM BERNARDI GALLO
*Por lo que ha sido, es y será
siempre para mí.*

A ELISA M. G. DE JIMENEZ
*De quien aprendí que las grandes
mujeres no están detrás de los
grandes hombres, sino al lado de
ellos.*

**A VERONICA Y ALEJANDRA
JIMENEZ**
*Con la admiración y el cariño de un
hermano agradecido.*

**A DOÑA ROSA ESPRIU DE JIMENEZ
Y A DOÑA ELISA SALDIVAR DE
GUTIERREZ**
Con el cariño de siempre.

**AL GRAL. DON JAVIER JIMENEZ
SEGURA Y AL ING. DON PASCUAL
GUTIERREZ ROLDAN**
In Memoriam

INDICE

Introducción	2
Capítulo I.- La Argumentación Jurídica	7
a) El Problema de la Argumentación Jurídica	8
b) El Fin de la Argumentación Jurídica	11
c) La Argumentación Jurídica y el Sistema Jurídico	16
Capítulo II.- El Argumento Jurídico	26
a) El Argumento Jurídico como Operación Lógico-Deductiva	27
b) El Problema de la Relevancia	35
c) El Problema de la Interpretación	41
d) El Problema de la Prueba	49
e) El problema de la Clasificación	55
Capítulo III - El Argumento Jurídico ante las Lagunas del Derecho	60
a) El Problema de las Lagunas del Derecho	61
b) Soluciones al Problema de las Lagunas del Derecho; Métodos de Autointegración y Métodos de Heterointegración	62
Capítulo IV.- Los Procesos "Discrecionales" de Solución de Controversias ...	70
a) Las Teorías Subjetivas de Solución de Controversias	71
b) Las Teorías Intermedias de Solución de Controversias	80
Capítulo V.- Conclusiones	86
Bibliografía	98

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Presento esta tesis profesional, en cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México y con la enorme aspiración de obtener la licencia que me permita practicar lo que considero es la más bella de todas las profesiones: la abogacía. Hace un poco más de cinco años, difícil resulta creer que fue hace ya tanto, la UNAM, máxima casa de estudios y meca intelectual de México, me abrió las puertas de su Facultad de Derecho para permitirme adentrar en el estudio de la ciencia del derecho. Ahí, bajo la instrucción de algunos de los mejores abogados de este país, recibí los conocimientos generales de esta ciencia a la que he decidido dedicarle mi vida y en los cuales fundamento mi aspiración de obtener el título de licenciado en derecho. Fue ahí, hace un poco más de cinco años, al cursar la primera materia del plan de estudios de la carrera, materia que llevaba por nombre Introducción al Estudio del Derecho, bajo la enseñanza del Doctor Rolando Tamayo y Salmorán, en donde empecé a hacerme muchas de las preguntas a las que trato de dar solución en esta tesis profesional.

Recuerdo en mis épocas de bachiller, como mis profesores solían comenzar cada materia con una breve definición que explicaba el objeto y el alcance de la materia en cuestión. Recuerdo como, por ejemplo, en la primera clase de biología a la que asistí en el bachillerato se me explicó que la biología es la ciencia que se encarga del estudio de los seres dotados de vida y en la primera clase de física se me enseñó que la física es la ciencia que se encarga del estudio de las propiedades de la materia y de la energía. Esas definiciones, aunque breves, generalmente resultaban suficientes para darme una idea muy precisa de la ciencia a cuyo estudio nos aventurábamos. Es por esta situación, tal vez, por lo que llegué a mi primera clase en la Facultad, la clase de Introducción al Estudio del Derecho impartida por el Doctor Tamayo, con la plena confianza de que en cuestión de minutos, en unos cuantas palabras, se me daría una definición que precisara los objetos y alcances de lo que es el derecho y de que en cuestión de

algunas clases se me explicaría a la perfección la relación del derecho con conceptos con los que yo lo había relacionado desde años atrás, como el de "justicia" y el de "norma jurídica". Quien me iba a decir en aquél entonces que estas cuestiones son de tal complejidad que hoy en día, un poco más de cinco años después, aún estoy tratando de encontrar una explicación precisa de lo que es el derecho y de la relación que tiene con conceptos como el de justicia y el de norma jurídica.

¿Que es el derecho? ¿Como funcionan los sistemas jurídicos? ¿Que papel juegan las normas jurídicas dentro de dichos sistemas? ¿Que relación tiene el derecho con la justicia? A estos cuestionamientos podríamos reducir los problemas a los que tratamos de dar solución en esta tesis profesional. Sin embargo, en esta tesis no se abarcan estos problemas desde un punto de vista general sino desde uno particular: el de la argumentación jurídica y más concretamente el de la argumentación judicial

Se antoja como una postura razonable, si buscamos entender lo que es el derecho, si buscamos entender como funciona y si buscamos entender la relación que guarda con conceptos como el de la justicia y el de norma jurídica, tratar de lograrlo mediante el análisis de la naturaleza de la función de aquellos que están encargados de su aplicación. Que mejor forma de entender que es el derecho y como funciona que entendiendolo como el mismo es aplicado. Establecemos en esta tesis, como se verá desde el principio de la misma, que la función de los órganos encargados de aplicar el derecho consiste en argumentar. Que consiste en argumentar por qué algo se apega o no a derecho para aplicar las sanciones que de tal determinación se desprendan del sistema jurídico en cuestión. Tratamos de explicar la naturaleza de esa argumentación. y al hacerlo, explicamos nuestra idea de como funcionan los sistemas jurídicos, el papel que juegan en ellos las normas jurídicas y la relación que tienen con el concepto de justicia. En resumen, al explicar la naturaleza de la argumentación judicial, explicamos también nuestra idea de que es el derecho.

Si bien las preguntas centrales a las que trato de dar respuesta en esta tesis emanaron de mis estudios en la Facultad de Derecho de la UNAM, la idea de enfocar estas cuestiones desde el punto de vista de la argumentación judicial surgió de una de las etapas de mi aún muy corta experiencia laboral. Fue en el año de 1992, año en el que el destino me obsequió con la oportunidad de trabajar en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, bajo las ordenes del Señor Magistrado Don Mauricio Oropeza y Segura, cuando surgió en mi el interés por el tema de la argumentación judicial. Al trabajar de cerca con los hombres que están encargados de aplicar el derecho, al darme cuenta de que ese ahí, en el foro, donde realmente se vive el derecho, donde los textos jurídicos cobran vida para afectar la vida de miles de personas, decidí que es en la naturaleza de esa función aplicadora del derecho en la que hay que buscar la quintaesencia del mismo. Creo que es mediante el análisis de la función de los juzgadores como mejor podemos definir lo que es el derecho.

Como se puede apreciar, mi formación jurídica hasta el momento a estado conformada por una combinación de mis estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y mi aún corta experiencia profesional. Quiero hacer propicia esta oportunidad para manifestar mi agradecimiento a todos los que con su ejemplo me han enriquecido dentro de estas dos facetas de mi formación. Entre estos, quiero hacer mención especial de mis compañeros de clases en la Facultad de Derecho de la UNAM, con quienes viví la gran aventura que representa ser estudiante universitario y con quienes comienzo a vivir otra gran aventura, la del desarrollo profesional. También en mi recuerdo vivirán por siempre mis maestros, los que lo han sido en el más cabal sentido del término, tanto dentro de las aulas de clase como fuera de ellas, en mi vida profesional. De entre los que lo han sido dentro de las aulas de clase, guardan un lugar muy especial en mi recuerdo el Doctor Don Ignacio Galindo Garfias y el Doctor Don Rolando Tamayo y Salmorán, a quien también tengo que agradecer la gentileza de haberse encargado, con admirable paciencia, de la dirección de este trabajo. Dentro de los que han sido mis maestros fuera de las aulas de clase, en mi vida profesional, guardan un lugar muy especial en mi memoria los Señores Licenciados Don Eduardo García Villegas, Doña Olga Sánchez Cordero, Don Saturnino Agüero Aguirre, Don Mauricio Oropeza y Segura

y Don George Kahale, III. Con todos ellos guardo una grandísima deuda de gratitud.

Ciudad Universitaria, agosto de 1994.

CAPITULO I

La argumentación Jurídica

CAPITULO I

La Argumentación Jurídica

a) El problema de la Argumentación Jurídica.

En mi no lejana adolescencia, etapa de mi vida en la que practicaba aún con mayor fervor que ahora mi afición por discutir y contrariar, algunas veces con razón y otras sin ella, cuanta opinión es vertida por mi prójimo, amigos míos, cansados por la obstinación con la que defendía mis no siempre centeros puntos de vista, me dijeron en múltiples ocasiones, con la ingeniosa ironía de las críticas que van disfrazadas de elogios, que yo llegaría a ser un buen abogado. El elogio, o mejor dicho la crítica, tiene su explicación en una concepción popular según la cual la función de un abogado es discutir. Para muchos legos en materia jurídica, el arte de la abogacía no es otro que el de la retórica, el de persuadir mediante el lenguaje¹. Esta concepción popular, errada, parte del hecho de que si bien la función del abogado no es simplemente discutir, si es algo que a simple vista, al ojo del lego, puede parecer como discutir: la función del abogado es argumentar. La diferencia no es sutil. Existe una gran diferencia entre discutir y argumentar. Mientras que el objetivo del que discute es persuadir mediante la palabra, el objetivo del que argumenta es acreditar mediante la razón; mientras que el arma del que discute es la retórica, el arma del que argumenta es la lógica. La función del abogado no es persuadir con elocuentes discursos, sino acreditar con irrefutables argumentos.

¹ Según el Diccionario de la Lengua Española, la retórica es el arte de bien decir, de embellecer la expresión de los conceptos, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover. Notese que la retórica no busca establecer verdades mediante razonamientos sino tan sólo convencer, de algo que puede ser cierto o falso, mediante el buen uso del lenguaje. Ver Diccionario de la Lengua Española, bajo la voz "retórica", Espasa Calpe, Madrid 1992.

Puede parecer aventurado establecer que la función del abogado, de todos los abogados, se limita a argumentar. Sin embargo, basta analizar la actividad de todos los profesionales del derecho, sean éstos abogados litigantes, jueces, asesores jurídicos o tratadistas, para determinar que su función consiste en eso precisamente, en argumentar. Mientras que los abogados litigantes se dedican a argumentar porqué la postura de la parte en conflicto que representan es la correcta, los jueces se dedican a argumentar porque la decisión que tomaron al resolver una controversia en uno u otro sentido es la adecuada; mientras que los asesores jurídicos tienen la tarea de argumentar porque el consejo que dieron se apega a derecho, los estudiosos del derecho tienen la función de argumentar porque su interpretación doctrinal de cierto tema o de un precepto jurídico es la válida. El enfoque que cada una de las actividades jurídicas mencionadas le da a un problema jurídico puede variar, pero en esencia la naturaleza de todas esas actividades es una y la misma: la de argumentar. La de establecer en términos racionales por que algo se apega a derecho.

El propósito de este trabajo es analizar como se debe llevar a cabo el razonamiento implícito en esa argumentación. Es decir, como funciona la argumentación jurídica. Para lo anterior analizaremos el tipo de argumentación que llevan a cabo los jueces al resolver controversias. Consideramos, al igual que Harris², que de este tipo de argumentación, la argumentación judicial, se desprende toda la argumentación jurídica. La argumentación que hacen todos los demás profesionales del derecho tiene como fundamento la argumentación judicial. El abogado litigante que acude a un tribunal tiene la función de, al argumentar que la postura de sus clientes es la adecuada, darle los argumentos necesarios al Juzgador para que éste pueda dictar una sentencia favorable a sus intereses, por lo que la naturaleza de su argumentación debe ser la misma que la del Juez de quien quiere obtener dicha resolución. La demanda de un abogado postulante debe ser nada menos que una *sententia frenda*. El asesor jurídico que da un consejo debe argumentar por qué éste es legalmente acertado y por qué, en caso de que llegase a surgir cualquier controversia jurídica al respecto, el tribunal competente resolvería favorablemente. El tratadista, si bien no trata de que un juzgador en concreto use sus argumentos, ni de predecir como

² Harris, J.W., "Legal Philosophies", p. 193-194, Butterwords, Londres, 1980.

resolvería cierto caso particular un juzgador, si trata de establecer cual es la solución válida de cierto cuestionamiento jurídico y, por tanto, establecer como debería resolver el planteamiento en cuestión cualquier juzgador, en cualquier caso. La argumentación jurídica en general se basa, aunque con ligeras modificaciones dependiendo del fin que persiga, en la argumentación judicial; en cómo deben argumentar los jueces las sentencias con las cuales ponen fin a las controversias que ante ellos se plantean. Este tipo de argumentación, la argumentación judicial, constituye el objeto de esta investigación.

De un análisis de los regímenes jurídicos modernos nos damos cuenta que un juez al resolver una contienda no se puede limitar a decidir en favor de una de las partes, sino que tiene que exponer los argumentos que lo llevaron a tomar esa decisión. Es evidente, que no basta que esos argumentos sean persuasivos sino que los mismos tienen que cumplir con ciertos requisitos formales para poder ser tenidos como válidos. No cualquier argumento, por bueno o por persuasivo que sea, puede ser tenido como un argumento jurídicamente válido. Supongamos que dentro de un sistema jurídico existe una norma jurídica que tipifica como delito el aborto. Un juez puede tener buenos argumentos, muy persuasivos, en pro de la libertad de una mujer para abortar, pero ninguno de esos argumentos puede ser tenido como un argumento jurídicamente válido para considerar que una mujer que abortó no cometió el delito de aborto bajo ese sistema jurídico. No basta que un argumento sea bueno para que sea jurídicamente válido, sino que debe cumplir con ciertos requisitos. El objeto del presente trabajo es, precisamente, establecer cuales son los argumentos jurídicamente válidos.

Lo establecido en el párrafo anterior no debe ser entendido en el sentido de que los juzgadores, de hecho, llegan a las decisiones que ponen fin a las controversias que ante ellos se plantean exclusivamente mediante argumentos jurídicamente válidos. Mi experiencia al trabajar con calificadísimos juzgadores me ha dejado la impresión de que la validez jurídica de un argumento es una de las últimas cuestiones que tiene en mente un juzgador al decidir en que sentido resolverá una controversia. Lo establecido en el párrafo anterior simplemente debe ser entendido en el sentido de que una vez tomada una decisión por un juzgador, esta debe ser justificada mediante argumentos jurídicamente válidos.

Volvamos al ejemplo del aborto: los buenos argumentos que pueda tener un juez en pro de la libertad de una mujer para abortar, aunque no sean jurídicamente válidos en un sistema que tipifica como delito el aborto, pueden pesar en el ánimo de éste de tal manera que decida decretar la inocencia de la mujer. Sin embargo, esta decisión deberá ser justificada con argumentos jurídicamente válidos. Los argumentos que llevaron a un juez a decidir una contienda en un determinado sentido, mismos que pueden ser tan endebles como una simple corazonada o un sentimiento de simpatía hacia alguna de las partes, o tan nobles como un honesto sentimiento de justicia, no necesariamente son los mismos que aquellos que usa dicho juez para justificar jurídicamente la decisión tomada. Wasserstrom diferenció estos dos procesos, el que implica llegar a una decisión y el que implica justificarla, denominando a éste el "proceso de justificación" y a aquel el "proceso de descubrimiento".³ Al hacer referencia en el presente trabajo a la argumentación judicial, nos referiremos a la clase de argumentación que deben hacer los jueces al justificar sus decisiones; aquella que debe ser hecha en el "proceso de justificación" y que necesariamente implica el uso de argumentos jurídicamente válidos. Es este tipo de argumentación la que constituye el objeto de este estudio.

b) El fin de la Argumentación Jurídica.

El cuestionamiento central de esta investigación, el establecer los requisitos que debe satisfacer un argumento para ser considerado como jurídicamente válido no es tan claro como alguien que no haya estudiado el tema pudiera suponer. Es un tema, además de complejo, polémico, debido a los cuestionamientos filosóficos que representa. Lo primero que se debe establecer, para poder fijar los requisitos que un argumento debe cumplir para ser jurídicamente válido, para permitirle a un juez justificar la solución de una controversia en un sentido o en otro, es el fin que el argumento debe perseguir. Sin embargo, esto depende en gran parte de la concepción filosófica que se tenga del derecho. Algunos autores, los llamados "jusnaturalistas", quienes consideran que el fin supremo del derecho es la justicia, opinan que todo argumento jurídico debe tender a justificar una decisión como

³Wasserstrom, Richard A. "The Judicial Decision, Toward a Theory of Legal Justification", p. 27, Standford University Press.

justa. Otros autores, los llamados "positivistas", quienes consideran que el derecho no puede estar basado en conceptos subjetivos como el de "justicia", son de la opinión que lo que debe perseguir un argumento jurídico es el justificar una decisión como legal⁴. La pugna entre la concepción jusnaturalista del derecho y la positivista es uno de los debates más añejos dentro del campo de la dogmática jurídica. Este problema no es una mera controversia académica, sino que tiene un gran significado práctico. Si tomamos el punto de vista jusnaturalista y aceptamos que la función de un juzgador es dar argumentos que sostengan la solución de una contienda en un determinado sentido como justa, necesariamente tendremos que facultarle para incorporar a su argumentación un elemento subjetivo: su concepción de la justicia. Lo tendríamos que facultar para alejarse de consideraciones estrictamente jurídicas cuando éstas no coincidan con su sentimiento de justicia. Si por el otro lado, asumimos la postura positivista, eliminamos ese elemento subjetivo, pero adquirimos el compromiso de aplicar exclusivamente consideraciones jurídicas, aún en esos casos en donde la aplicación estricta del derecho contradiga el sentimiento que el juez en particular, o la sociedad en general, tengan de la justicia.

Autores identificados con el positivismo han criticado severamente al jusnaturalismo por su subjetividad y alegan que el derecho no puede estar basado en un concepto como el de justicia, que tiene diferente significado para diferente gente⁵. Volviendo al ejemplo del sistema jurídico que tipifica como delito el aborto ¿que seguridad jurídica se tendría - se podrían preguntar los positivistas- si se le permitiese al juzgador resolver el caso de la mujer que abortó en base a su propia concepción de justicia? ¿Podría tolerarse que un juez, en un sistema jurídico que no penaliza al aborto condenara a una mujer que llevó a cabo un aborto si bajo su concepto de justicia el aborto es un acto condenable? ¿No crearía esto una inseguridad jurídica terrible?

Por el otro lado, los jusnaturalistas también han criticado severamente al positivismo. Una de sus críticas más recurrentes ha sido en el sentido de que bajo la doctrina positivista se pueden permitir las peores atrocidades. Que la

⁴ Ver Kelsen, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", p. 16-17, Edit. UNAM, 1988.

⁵ Ver Kelsen Hans, obra citada. p. 6-17.

aplicación rígida del derecho impide que en aquellos casos en donde mediante la aplicación de la norma general al caso concreto se cometa una injusticia, se resuelva el juzgador por la justicia en vez de la legalidad. Los Jusnaturalistas han opinado que bajo el positivismo, para usar las palabras de Le Fur⁶, "las peores injusticias, las disposiciones más monstruosas o radicales como los sacrificios de cientos de personas a la muerte de un rey negro, o los honores conferidos a su caballo por el emperador Calígula, serían derecho desde el momento que fuera comprobada su existencia en un texto; pero una verdad jurídica universal como la obligación de respetar la palabra dada o de reparar el daño injustamente causado, no lo sería si por casualidad se encuentra una sociedad que no la hubiera proclamado oficialmente."

En el debate entre el jusnaturalismo y el positivismo nosotros nos pronunciamos por el positivismo. Parece olvidar Le Fur en su crítica al positivismo que éste nunca se opone a la exigencia de un derecho "justo", o mejor dicho, compatible con el concepto que en general tenga la sociedad de "justicia". Simplemente establece que el calificar a una norma jurídica dentro de un sistema jurídico como "justa" no es algo que le corresponda al derecho; pues éste, en tanto que ciencia, no puede partir de conceptos subjetivos. En base a un sistema jurídico se pueden calificar actos como legales o ilegales (pues aquí el criterio de calificación es objetivo: legales serían todos los actos permitidos por el sistema jurídico e ilegales todos aquellos no permitidos), y establecer consecuencias para dichos actos, más un sistema jurídico no puede calificar actos como justos o injustos, pues eso implica un juicio subjetivo de valor. Lo anterior no quiere decir que no es deseable que lo que un sistema jurídico califique como legal o ilegal sea compatible con lo que la sociedad sobre la que opere dicho sistema jurídico considere como justo o injusto. Solo quiere decir que éste último va más allá de los alcances de la ciencia del derecho. Para ponerlo en palabras de Kelsen⁷: "una teoría pura del derecho de ningún modo se opone a la exigencia de un derecho justo cuando se declara a sí misma incompetente para resolver la cuestión de si un determinado derecho es justo o no, o el problema de cual es el elemento esencial a la justicia".

⁶ Le Fur, Louis. "Los Fines del Derecho", p. 17-18, Edit. UNAM, 1981.

⁷ Kelsen Hans, obra citada. p. 6.

El derecho, en mi opinión, es un instrumento al servicio del hombre. Como todos los instrumentos al servicio del hombre, puede ser bien o mal usado. Podríamos decir que el derecho es un instrumento bien usado cuando un sistema jurídico determinado califica actos como legales o ilegales en forma compatible con el concepto general que la sociedad sobre la cual opera tiene sobre sí dichos actos son justos o injustos. Cuando lo anterior no ocurre podríamos decir que el derecho como instrumento está siendo mal usado, más no podríamos decir que por eso deja de ser derecho.

Ilustremos lo expresado en el párrafo anterior mediante una analogía: cuando Adolfo Nobel⁸ inventó la dinamita, seguramente tenía en mente los buenos usos que el hombre podía dar al instrumento que acababa de inventar. Es evidente el provecho que la invención de la dinamita representó para campos como el de la minería y el de la construcción. Pronto se hizo notorio que al instrumento inventado por Nobel también se podían dar usos nefastos y dedicarlo a la destrucción, en actividades como la guerra. Cuanto pesaría esto último en el ánimo de Nobel, filántropo por naturaleza, que dentro de los premios anuales que estableció en su testamento destinó uno para quien más luchara por la paz en el mundo. Si bien sería deseable que un instrumento como la dinamita solo fuera usado para fines provechosos, sería ridículo señalar que la dinamita deja de ser dinamita cuando se usa para fines destructivos. Igual sucede con el derecho. Si bien sería deseable que los sistemas jurídicos calificaran actos como legales e ilegales en forma compatible con el concepto general que la sociedad sobre la cual opera tiene sobre sí dichos actos son justos o no, no podemos en forma seria señalar que cuando esto no ocurre, cuando un sistema jurídico establece disposiciones "monstruosas o radicales como los sacrificios de cientos de personas a la muerte de un rey negro, o los honores conferidos a su caballo por el emperador Calígula", este sistema jurídico deja de ser derecho. Es muy probable que en el ánimo de la mayoría de la gente el sacrificio de cientos de personas a la muerte de un rey negro o los honores conferidos al caballo de

⁸ Inventor y filántropo sueco cuyas investigaciones con nitroglicerina lo llevaron a inventar la dinamita (1866-1867). Al morir, destinó por vía testamentaria la suma de \$9,200,000 dólares americanos para la institución de premios a ser otorgados en forma anual en los campos de la física, la química, la medicina, la literatura y la paz.

Calígula aparezcan como actos injustos, sin embargo, bajo los sistemas jurídicos que los disponían éstos actos eran legales. El derecho, como ciencia, solo puede explicar como funciona un sistema jurídico y si bajo éste ciertos actos son legales o no, más no puede emitir un juicio subjetivo de valor y calificar actos como justos o injustos, de la misma manera que una ciencia que se encargue del estudio de explosivos podría explicar como explota la dinamita y como debe ser ésta usada para lograr cierto fin, más no podría emitir un juicio de valor sobre si dicho fin es deseable o no.

Una vez habiendonos pronunciado por la concepción positivista del derecho y habiendo establecido que el derecho, en tanto que ciencia, debe de mantenerse ajeno a todo juicio subjetivo de valor, debemos afirmar que el objeto de la argumentación jurídica no puede ser el determinar si un acto es justo o no, sino tan solo si éste es legal. Podrían argumentar los jusnaturalistas que éste es un precio demasiado alto para protegerle al derecho su carácter de "ciencia"⁹. Sin embargo, la objetividad del derecho tienen consecuencias que van mucho más allá del problema académico de si se debe considerar al derecho como ciencia. De la objetividad del derecho depende, entre otras cosas, que los sistemas jurídicos sean ordenamientos estables capaces de brindar seguridad jurídica plena a la sociedad sobre la que operan.¹⁰ ¿Que seguridad tendrían los miembros de una sociedad en donde la sancionabilidad de los actos dependiera no de reglas objetivamente establecidas sino de los juicios subjetivos de valor de los juzgadores? ¿Quien celebraría un contrato bajo un sistema jurídico en el cual las obligaciones que de éste se desprendieran dependieran no de una legislación clara, sino del particular sentimiento de justicia del juez en turno?

La razón asiste a los jusnaturalistas cuando señalan que existen casos en donde las reglas objetivas de un sistema jurídico, pensadas para la generalidad de los casos, aplicadas a un caso en particular pueden dar lugar a lo que la generalidad de la sociedad considera como una injusticia. Mientras mejor sea usado el

⁹ Mucho se ha debatido sobre el carácter de ciencia del derecho. Para estudio sobre el tema consultar Tamayo, Rolando, "El Derecho y la Ciencia del Derecho", Capítulos VII y VIII, Edit UNAM, 1986.

¹⁰ En el Capítulo IV de este trabajo establecemos que si bien las posturas jusnaturalistas de argumentación jurídica si son capaces de brindar cierto grado de seguridad jurídica, la seguridad jurídica brindada por éstas posturas es relativa.

derecho como instrumento, mientras mejores sean las normas jurídicas de un sistema jurídico, menos frecuentes serán estos casos. Sin embargo, cuando éstos casos ocurren, no se puede dejar de aplicar el derecho, pues tan solo la posibilidad de hacerlo acabaría con la posibilidad de tener seguridad jurídica plena. El juez debe de aplicar el derecho, más no calificarlo. El juez debe enjuiciar a los miembros de la sociedad conforme al derecho de la misma, más no enjuiciar a dicho derecho conforme a sus convicciones personales. El derecho debe de sacrificar los casos de excepción en donde la aplicación de la norma general resulte en lo que la generalidad de la sociedad considere como una injusticia, aún afectando un interés particular, en beneficio de la seguridad jurídica de la sociedad, que es del interés general.

Es nuestra opinión que una seguridad jurídica plena solo se puede lograr mediante sistemas que establezcan y apliquen reglas objetivas, por lo que consideramos que el derecho debe mantenerse ajeno a todo juicio subjetivo de valor. Un argumento jurídico, ajeno a todo juicio de valor debe limitarse a establecer la legalidad o ilegalidad de un acto bajo determinado sistema jurídico y las consecuencias que de dicha calificación se deriven de ese sistema jurídico.

c) La Argumentación Jurídica y el Sistema Jurídico.

Establecemos, pues, que la argumentación jurídica tiene como objeto calificar actos como legales o ilegales conforme a determinado sistema jurídico y establecer en cada caso las consecuencias que de dicha calificación se derivan en base a dicho sistema jurídico. Explicar como se logra lo anterior resulta imposible si no se explica, primero, como funciona un sistema jurídico; la mecánica de los sistemas de derecho. En esta sección de la tesis trataremos de hacer eso, explicar en términos generales nuestra idea de como funcionan los sistemas jurídicos. Sin embargo, debe quedar claro que la intención de esta investigación no es presentar una teoría general del derecho. El poco tiempo con el que contamos y, desde luego, nuestra limitada capacidad nos impiden aventurarnos a una empresa tan ambiciosa. Nuestra única intención en esta sección de la tesis es presentar un sencillo modelo de la mecánica que siguen los

sistemas jurídicos para después poder entender los requisitos que deben satisfacer los argumentos que tienen por finalidad acreditar que algo se apega o no a esos sistemas jurídicos. Para lo anterior nos basaremos, en gran parte, en los modelos de derecho que presentan los profesores John Austin y H.L.A. Hart en sus libros "The Providence of Juresprudence"¹¹ y "The Concept of Law"¹², respectivamente. No obstante lo anterior, también debe quedar claro que tampoco es nuestra intención exponer exhaustivamente en este trabajo las teorías jurídicas de los profesores Austin y Hart. Simplemente tomaremos los elementos de sus teorías de derecho que consideremos nos ayudaran a construir nuestro propio modelo con la finalidad ya señalada.

En nuestra opinión, la conducta de los miembros de toda sociedad está determinada por una serie de reglas. Estas reglas, que hacen que conductas determinadas sean aceptadas o inaceptadas por cada sociedad, pueden ser de distinta naturaleza; pueden ser reglas de carácter moral, religioso, convencionalismos sociales o reglas de carácter jurídico. En toda sociedad existen conductas no aceptadas cuya realización provoca, dentro de dicha sociedad, reacciones hostiles; en toda sociedad, para ponerlo en otras palabras, existen conductas prohibidas. Muchos autores han escrito sobre la diferencia entre la naturaleza de las reglas de carácter moral, las de carácter religioso, los convencionalismos sociales y las normas jurídicas¹³. Se ha hablado, por ejemplo, de la supuesta unilateralidad de las normas morales, religiosas y de los convencionalismos sociales en contraposición con la bilateralidad de las normas jurídicas. Se ha hablado también, de la interioridad y exterioridad de unas y otras, de su autonomía o heteronomía y de su coercibilidad o incoercibilidad. Nosotros creemos que su diferencia principal estriba en su fuente y en su forma de sanción. Mientras que las reglas morales se desprenden de los cánones generales de moralidad que en una sociedad existen y los convencionalismos sociales se desprenden de los usos y las prácticas de dicha sociedad, y en estos dos casos el incumplimiento a dichas reglas trae como consecuencia la crítica y el rechazo social; mientras que las reglas de carácter religioso se desprenden de las doctrinas religiosas practicadas en dicha sociedad, y su incumplimiento trae como

¹¹ Austin John, "The Providence of Juresprudence Determined", Lenox Hill Pub. & Dist. Co., 1970.

¹² Hart H.L.A., "The Concept of Law", Oxford University Press, 1961.

¹³ Ver García Maynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", p. 15-35, Edit. Porrúa, 1992.

consecuencia supuestas sanciones divinas, las normas jurídicas emanan del poder público de la sociedad y su incumplimiento acarrea sanciones impartidas por dicho poder público.

Siguiendo la teoría de John Austin, tanto las reglas morales, las religiosas, los convencionalismos sociales y las normas jurídicas pueden ser calificadas como especies de mandatos¹⁴. Según la teoría mencionada un mandato es una expresión de deseo por parte de un ser que está en un plano de superioridad con respecto a otro, para que éste haga u omita algo, so pena de sufrir el daño que el primero está en posición de inferirle.

Todos los tipos de reglas citadas prescriben una sanción (un daño) para aquellos a quienes van dirigidas en caso de que éstos no conformen su conducta a la prescrita por el mandato. Todas éstas presuponen la facultad de aquel ente del que emanaron (la sociedad, la divinidad o el poder público) de impartir un daño a aquellos a quienes van dirigidos en caso de su incumplimiento. Podría alegarse que el daño que se desprende del incumplimiento de un convencionalismo social, esto es, la crítica social, no es comparable con el daño que se deriva del incumplimiento de una norma jurídica. Sin embargo, la magnitud del daño es irrelevante para determinar si una expresión de deseo es un mandato, basta que exista un daño a ser sufrido por aquel a quien la expresión de deseo va dirigida en caso de incumplimiento, para que ésta sea un mandato. De la magnitud del daño depende la eficacia del mandato más no su carácter de tal¹⁵.

Podemos decir que la conducta de los miembros de toda sociedad está regulada por mandatos que pueden ser preceptos morales, religiosos, convencionalismos sociales o normas jurídicas, de cuyo incumplimiento se desprenden sanciones. Serán normas jurídicas aquellos de dichos mandatos que emanen y sean sancionados por el poder público. Aquí hemos usado el término "poder público" en la misma acepción en la que John Austin usa el término "Soberano". Para Austin, uno de los elementos que marca la diferencia entre las normas jurídicas y

¹⁴ Austin John, obra citada. p. 5.

¹⁵ Austin John, obra citada. p. 7.

otros mandatos es el hecho de que éstos siempre provienen de superiores políticos y van dirigidos a inferiores políticos; emanan siempre del soberano (ya sea éste una persona o grupo de personas) y se dirigen hacia los súbditos¹⁶. Soberano, bajo la teoría de Austin, es aquél que en una sociedad política es habitualmente obedecido, y quien a su vez no se encuentra en hábito de obediencia con respecto a nadie¹⁷.

Nosotros opinamos, al igual que Austin, que del hecho de que del incumplimiento de las normas jurídicas se deriven sanciones hace que éstas tengan el carácter de obligatorias, que impliquen para aquellos a quienes van dirigidas un "deber", el de conformar su conducta a la prescrita por la norma jurídica, y que al imponer un deber, las normas jurídicas también otorgan a quienes tienen un interés directo en que dicho deber sea cumplido, el derecho de exigir su cumplimiento.¹⁸

Usando los elementos que hemos tomado de la teoría de Austin, un sistema jurídico puede ser conceptualizado como el conjunto de mandatos, dictados por un soberano, dirigidos a miembros de una comunidad política determinada, para que éstos lleven a cabo u omitan cierta conducta, so pena de inferirles un daño en caso de desobediencia, por lo que dicha conducta toma para éstos el carácter de deber, y confiere a personas directamente interesadas en que el deber sea cumplido, el derecho de exigir su cumplimiento.

En este sencillísimo modelo de lo que es un sistema jurídico encontramos la finalidad de un argumento jurídico. En toda sociedad existe un "soberano" (poder público) que dicta a los miembros de dicha sociedad mandatos que, en caso de incumplimiento, les acarrearán sanciones. El argumento jurídico tiene la finalidad de establecer, en un caso concreto, si un miembro de la sociedad desobedeció un mandato emitido por el soberano y por tanto debe sufrir la sanción correspondiente. Lo justo o injusto de la sanción o cualquier juicio de valor respecto a la conducta del miembro de la sociedad es irrelevante. Lo único que

¹⁶ Austin John, obra citada, p. 169.

¹⁷ Austin John, obra citada, p. 170.

¹⁸ Austin John, obra citada, p. 251-253.

jurídicamente interesa saber es si la conducta del miembro de la sociedad en cuestión fue violatoria de un mandato emitido por el poder público, y por lo tanto, dicho miembro de la sociedad debe ser sujeto de la sanción prevista. Pero ¿Cómo saber cuales son las normas que deben ser consideradas como mandatos del soberano? ¿Cómo se debe hacer la determinación de si una de esas normas ha sido violada? ¿Quién debe hacer tal determinación?

De las interrogantes hechas en las últimas líneas del párrafo anterior se desprende que el modelo de derecho que hemos obtenido usando algunos elementos de la teoría de John Austin resulta insuficiente para explicarnos la mecánica de un sistema jurídico de tal forma que nos permita entender los requisitos que debe reunir un argumento que pretenda demostrar que algo se apega o no a dicho sistema jurídico. La teoría de John Austin parece quedarse corta en la descripción general de los sistemas jurídicos. De ésta pareciese que los sistemas jurídicos no son más que catálogos de conductas prohibidas y sanciones previstas para casos de desobediencia, dictados por un superior político a sus súbditos. Sin embargo, todo sistema jurídico, si bien contiene un catálogo de conductas prohibidas y sanciones previstas para caso de desobediencia, también contiene otras normas que no prohíben conductas. Normas como las que fijan procedimientos a seguir en los procesos judiciales, las que confieren facultades a los funcionarios de los estados para cumplir con su función pública o las que estipulan los procedimientos para la expedición de nuevas normas o derogación de normas ya existentes no pueden ser encuadradas dentro de la definición Austiniana de norma jurídica. Este problema fue el que llevó al profesor de la Universidad de Oxford, H.L.A. Hart, a diferenciar en los sistemas jurídicos dos tipos de normas¹⁹. Las primeras, a las que Hart bautizó con el nombre de reglas primarias ("primary rules"), son las que Austin describió en su "Providence of Juresprudence"; es decir, mandatos de la autoridad política suprema (el soberano) dirigidos a los miembros de la sociedad prohibiéndoles ciertas conductas y previendo sanciones para el caso de su incumplimiento. Sin embargo, según el profesor Hart, si un sistema jurídico estuviese conformado exclusivamente por éste tipo de normas tendría tres graves defectos²⁰. El primero de estos defectos sería el de la incertidumbre, pues las

¹⁹ Hart, H.L.A., "The Concept of Law", p. 79. Oxford University Press, 1961

²⁰ Hart, H.L.A., obra citada, p.90-91.

normas no formarían un sistema, sino un mero conjunto de estándares individuales, carente de criterios para determinar el alcance preciso de cada norma. El dotar a un sistema jurídico de criterios para determinar el alcance de sus reglas primarias, implica dotarlo de normas (las que fijen esos criterios) con un esquema diferente a esas reglas primarias. El segundo defecto sería el del carácter estático de las normas. Un sistema jurídico debe tener medios de cambio en sus normas jurídicas, lo que implica el establecimiento de normas que prescriban procesos de expedición y derogación de normas. Estas normas también tienen un esquema diferente a las reglas primarias. Por último, el tercer defecto sería el de la ineficiencia. Disputas sobre si una norma jurídica fue violada o no serían interminables si el sistema jurídico no contara con instancias y procesos de determinación de violaciones cuya existencia se obtiene mediante normas procesales que son de una naturaleza muy distinta a las reglas primarias.

La solución a los defectos mencionados en el párrafo anterior los encuentra H.L.A. Hart en el hecho de que un sistema jurídico no solo está conformado por reglas del tipo descrito por Austin, es decir, por lo que Hart llama reglas primarias, sino que en todo sistema jurídico éstas se suplementan con lo que él llama reglas secundarias ("secondary rules"), y que según el maestro Hart, son de tres tipos, como se explica a continuación.

El primer tipo de normas secundarias es lo que el profesor de Oxford denomina reglas de reconocimientos (*rules of recognition*²¹) y con las que se evita el problema de la incertidumbre. Las reglas de reconocimiento son los criterios mediante los cuales se identifica a las reglas primarias de un sistema jurídico. Fijan los criterios para distinguir las normas jurídicas de aquellos otros tipos de reglas de conducta que rigen en la sociedad (reglas religiosas, morales, etcétera). Fijan los criterios que señalaran cuales reglas de conducta serán sancionadas por el poder público, por lo que deben ser consideradas como mandatos de éste. La regla de reconocimiento puede tomar varias formas, desde un texto inscrito en un monumento, o la voz autoritaria de un soberano, si imaginamos un sistema jurídico primitivo, hasta, en sistemas jurídicos más complejos, una combinación de

²¹ Hart, H.L. A., obra citada. p. 92.

procesos legislativos institucionalizados, costumbres y decisiones y criterios judiciales. Las reglas de reconocimiento son todos aquellos criterios que van a hacer que ciertas conductas sean prohibidas y sancionadas por el poder público en un sistema jurídico; son las que reconocen como tales a las reglas primarias de dicho sistema jurídico.

El segundo tipo de reglas secundarias bajo la teoría de Hart, son las reglas de cambio ("rules of change"²²), mediante las cuales se evita el problema de la estática del derecho. Estas reglas consisten en los procedimientos por medio de los cuales se incorporan nuevas normas al sistema jurídico o normas ya existentes en éste se derogan. Estas reglas de cambio, según el profesor de Oxford, tienen una estrecha relación con las reglas de reconocimiento pues donde existe una regla de cambio, las reglas de reconocimiento incluirán al proceso que de ella se derive como criterio de reconocimiento de normas jurídicas.

Finalmente, el tercer tipo de reglas secundarias bajo la teoría de Hart, son las que él denomina reglas de adjudicación ("rules of adjudication"²³). Estas son reglas mediante las cuales se evita el problema de la ineficacia, facultando a personas (los jueces) para determinar cuando una regla primaria ha sido violada y aplicar las sanciones correspondientes al violador, y estableciendo los procesos para tal determinación. Este tipo de regla también guarda, en opinión del profesor de Oxford, una íntima relación con las reglas de reconocimiento, pues mediante estas reglas de adjudicación se convierten los actos de las autoridades a los cuales se faculta en reglas de reconocimiento, ya que al permitirles determinar cuando hay una violación a una norma jurídica, se les está facultando para determinar cuando algo constituye una norma jurídica.

Estamos de acuerdo en la crítica que hace Hart a la teoría de Austin en el sentido de que es erróneo tratar de encuadrar las normas de un sistema jurídico en un único esquema. Tal como lo señala el maestro de Oxford, existen reglas dentro

²² Hart, H.L.A., obra citada, p. 93.

²³ Hart, H.L.A., obra citada, p. 94

de los sistemas jurídicos que no prohíben conductas y estipulan sanciones, sino que cumplen con otras funciones. Estamos, asimismo, de acuerdo con la diferenciación que él hace entre las reglas primarias y las reglas secundarias y dentro de éstas últimas con la división entre las reglas de reconocimiento y las de adjudicación. Sin embargo, no entendemos porque distingue entre las reglas de reconocimiento y las reglas de cambio, pues de su propia teoría se desprende que las reglas de cambio de un sistema jurídico no son más que un tipo de reglas de reconocimiento. Cuando un sistema jurídico dispone procesos mediante los cuales se crean y se extinguen normas jurídicas, no se logra otra cosa que establecer un criterio de reconocimiento en virtud del cual las normas que se crean o extingan conforme al proceso en cuestión se reconocen o dejan de reconocerse como normas jurídicas. Consideramos que lo que Hart llama reglas de cambio no son más que un tipo de reglas de reconocimiento.

Podría alguien argumentar que las reglas de adjudicación son en realidad las únicas reglas secundarias relevantes. Podría alguien decir que el hecho de que un mandato determinado sea considerado norma jurídica solo tiene relevancia en la medida en que los funcionarios encargados de determinar violaciones al sistema jurídico la apliquen como parte de éste y que el hecho de que una regla haya cumplido con los criterios de reconocimiento de normas jurídicas es irrelevante si los órganos judiciales no la aplican. Sin embargo, no estamos de acuerdo con lo anterior pues consideramos que la aplicación de una norma jurídica en un proceso judicial particular no es condición necesaria para su existencia. Es perfectamente concebible la existencia de una norma jurídica que habiendo cumplido con los criterios de reconocimiento del sistema jurídico, sea perfectamente acatada por los miembros de la sociedad, nunca sea violada ni se presente controversia sobre una posible violación, por lo que nunca sea objeto de una decisión judicial. El hecho de que un tribunal nunca tenga oportunidad de aplicar dicha norma en ninguna forma afecta su existencia ni su validez. Pongamos un caso aún más extremo. Imaginemos que una norma que ha cumplido con los criterios de reconocimiento del sistema jurídico prohíbe una conducta X y estipula una sanción Y. Supongamos que esta norma es acatada por la sociedad, cuyos miembros no incurren en la conducta X por evitar la sanción Y. Pensemos que en un caso específico un miembro de la sociedad incurrió en la conducta X pero por alguna razón extralegal el juez competente no

le aplicó la sanción Y. El hecho de que en un caso en particular el juez no haya aplicado la norma en cuestión no asegura a los miembros de la sociedad que en casos futuros tampoco la aplicará, por lo que para evitar la sanción Y deberán seguir absteniéndose de incurrir en la conducta X. La relevancia de que una regla de conducta cumpla con los criterios de reconocimiento de un sistema jurídico no depende de la aplicación efectiva de las instancias facultadas para determinar sus violaciones e imponer sus sanciones sino de la mera posibilidad de su aplicación. Esta mera posibilidad se da cuando se cumplen tres requisitos: que exista una regla de comportamiento que prevea una sanción, que dicha norma cumpla con los criterios para ser reconocida como norma jurídica (es decir, que por cumplir con la regla de reconocimiento sea una regla primaria), y que existan instancias facultadas (mediante reglas de adjudicación) para determinar sus violaciones e imponer sus sanciones, independientemente de que efectivamente las determinen e impongan. En base a esto, las normas de un sistema jurídico, desde nuestro punto de vista, y siguiendo la terminología de Hart se dividen en reglas primarias y secundarias y, éstas últimas, en reglas de reconocimiento y reglas de adjudicación.

Es por las reglas primarias y estos tipos de reglas secundarias, por las que se constituye un sistema jurídico. Podríamos definir al sistema jurídico, complementando el modelo de derecho que habíamos obtenido tomando elementos de la teoría de Austin con los elementos que hemos aceptado de la teoría de Hart, como el conjunto de mandatos dictados por el poder político de una comunidad, que por haber satisfecho ciertos criterios (reglas de reconocimiento) son consideradas normas jurídicamente obligatorias de dicha sociedad (reglas primarias), las cuales establecen ciertas conductas como prohibidas y prevén sanciones a ser aplicadas a aquellos miembros de dicha sociedad que las hayan violado a juicio de otros miembros de la sociedad en cuestión (los jueces) facultados para tomar tales determinaciones, mediante procedimientos establecidos; en la inteligencia que el concepto sistema jurídico abarca tanto a los mandatos considerados como normas jurídicamente obligatorias, los criterios que les dieron el carácter de tales y las reglas que facultan a ciertos miembros de la sociedad a determinar cuando las mismas fueron violadas y establecen los procedimientos a ser seguidos para tal determinación.

En el inciso b) de este capítulo establecimos que el fin de la argumentación jurídica es determinar la legalidad o ilegalidad de actos. Esto aplicado a lo señalado en este inciso c) se traduce en la aseveración de que el argumento jurídico tiene como objeto determinar si un acto fue violatorio de una norma jurídicamente obligatoria (regla primaria) para, en caso de serlo, aplicar a quien lo cometió las sanciones correspondientes. El argumento jurídico es el que debe usar la instancia facultada por las reglas de adjudicación (los jueces) para determinar si un miembro de la sociedad violó una norma jurídica (regla primaria), incurriendo en la conducta que la misma prohíbe y por tanto debe ser sujeto de la sanción que la misma prevé. La forma que debe tomar el argumento jurídico, las consideraciones que debe hacer la instancia facultada para determinar si alguien en la sociedad violó alguna norma jurídica, e imponerle la sanción correspondiente, serán el objeto de estudio de los siguientes capítulos.

CAPITULO II

El argumento Jurídico

CAPITULO II

El Argumento Jurídico

a) El Argumento Jurídico como Operación Lógico-Deductiva.

Expusimos en el Capítulo anterior como la conducta de los miembros de toda sociedad se rige por una serie de reglas de distinta naturaleza (morales, religiosas, etc.). Señalamos que cuando esas reglas satisfacen ciertos criterios establecidos por el sistema jurídico de esa sociedad (reglas de reconocimiento), estas reglas son consideradas normas jurídicamente obligatorias (reglas primarias) y su incumplimiento implica una sanción impuesta por el poder público. También señalamos que los sistemas jurídicos, aparte de estar compuestos por los criterios de reconocimiento mencionados y por las reglas primarias, se componen de otro tipo de reglas (las reglas de adjudicación) que facultan a ciertos individuos dentro de la sociedad (los jueces) a determinar los casos en los que las reglas primarias son violadas y a imponer las sanciones correspondientes.

Establecimos, también, en el Capítulo anterior que el fin de la argumentación jurídica es determinar la legalidad o ilegalidad de actos; determinar si un acto fue violatorio de una regla jurídicamente obligatoria para, en caso de serlo, aplicar a quien lo cometió las sanciones correspondientes. En este Capítulo y en los Capítulos subsiguientes de esta investigación trataremos de explicar la naturaleza de dicha argumentación; los requisitos que deben cumplir y la estructura que deben seguir los argumentos que tienden a acreditar la ilegalidad o legalidad de actos.

En páginas anteriores de este trabajo, señalamos que para que un sistema jurídico pueda brindar a la sociedad sobre la que opera seguridad jurídica plena, el mismo debe mantenerse ajeno a todo juicio subjetivo de valor. La conducta de los miembros de una sociedad, para que estos tengan seguridad jurídica plena, debe de estar regulada por reglas objetivas y preestablecidas. Este requisito de objetividad también rige, por las mismas razones, sobre la determinación de violaciones a dichas reglas objetivas preestablecidas. De nada sirve tener un sistema jurídico conformado por reglas objetivas preestablecidas, si los órganos facultados para determinar sus violaciones lo pueden hacer subjetivamente. De aquí se desprende el primer requisito que deben cumplir los argumentos jurídicos: el requisito de racionalidad. El razonamiento implícito en la determinación de violaciones de normas jurídicamente obligatorias tiene que ser objetivo. El discurso que tienda a acreditar la legalidad o ilegalidad de un acto debe ser un discurso racional. Debe estar conformado por argumentos cuya conclusión, consistente en calificar cierto acto como legal o ilegal se desprenda objetivamente de las premisas del mismo y no de juicios subjetivos de valor. Debe ser un discurso totalmente apegado a las reglas de la lógica formal.

Esta postura de exigir que el discurso jurídico sea un discurso racional es compartida por Robert Alexy. Para este autor, el discurso jurídico no es más que un caso especial del discurso práctico general. Alexy basa su aseveración en el hecho de que el discurso jurídico, como el discurso práctico general, se refiere a cuestiones prácticas; a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y a que el discurso jurídico, como el discurso práctico general se hace en base a una pretensión de corrección. Tanto el discurso práctico general como el discurso jurídico, según Alexy, están constituidos por argumentos "correctos" que versan sobre lo que hay que hacer u omitir o lo que debe ser hecho u omitido. Sin embargo, lo que marca la diferencia entre el discurso jurídico y otras especies del discurso práctico general, en opinión de Alexy, opinión a la que nos adherimos, es el hecho de que la pretensión de corrección en el discurso jurídico tiene lugar bajo condiciones limitantes: no basta con que el argumento jurídico sea correcto desde un punto de vista racional, sino que debe ser racionalmente correcto dentro del contexto

del sistema jurídico²⁴. Este es el segundo requisito de la argumentación jurídica: que se fundamente en el sistema jurídico vigente. El discurso jurídico debe de ser un discurso racional fundamentado en el sistema jurídico vigente.

La investigación de Alexy trata de analizar la totalidad del discurso jurídico. Lo dicho por Alexy tiene validez no sólo para los argumentos judiciales sino también para los argumentos doctrinales, o para cualquier otro tipo de argumento jurídico. Nosotros, a diferencia de Alexy, hemos limitado este trabajo a la argumentación judicial, la que debe ser hecha por los jueces al dirimir las controversias que ante ellos se plantean. Este tipo de argumentos, los argumentos judiciales, tienen que satisfacer, en nuestra opinión, un tercer requisito: deben, necesariamente, ser argumentos verdaderos. En el campo de la doctrina, al tratar un planteamiento jurídico, pueden hacerse valer argumentos hipotéticos. En la judicatura, al resolver controversias reales, los argumentos empleados deben de ser verdaderos. Los Argumentos judiciales, deben ser argumentos verdaderos, racionales y fundamentados en el sistema jurídico vigente. Podemos decir que en nuestra opinión, los argumentos jurídicos para ser válidos deben de satisfacer tres requisitos: deben ser verdaderos, deben ser racionales y deben de estar fundamentados dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente.

¿Pero cual es la estructura que deben de seguir los argumentos jurídicos? ¿Que estructura deben seguir para ser verdaderos, racionales y estar fundamentados en el sistema jurídico correspondiente? ¿Que tipo de argumento deben los jueces formular para determinar si una regla primaria en un sistema jurídico ha sido violada e imponer la sanción correspondiente de una forma racional? Es nuestra opinión, misma que trataremos de defender en lo que resta de esta investigación, que el argumento jurídico para cumplir con los requisitos señalados toma la forma de una operación lógica deductiva. Para exponer lo anterior, nos basaremos en gran parte en una teoría del razonamiento jurídico elaborada por Neil MacCormick, quien en su libro "Legal Reasoning and Legal Theory"²⁵, elabora

²⁴ Ver Alexy, Robert, "Teoría de la Argumentación Jurídica; La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica"; p. 206-208, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989

²⁵ MacCormick, Neil. "Legal Reasoning and Legal Theory". Edit. Oxford University Press, 1978.

una teoría de la razón práctica siguiendo en gran parte las ideas de David Hume²⁶, y quien defiende la misma postura.

MacCormick es de la misma opinión que lo expresado por nosotros en el primer Capítulo de esta obra en el sentido de que el objeto principal de la argumentación jurídica es la justificación²⁷. El objeto principal de la argumentación de un juez es justificar por qué considera que hubo o no una violación al sistema jurídico, y esto, a juicio de MacCormick se logra mediante argumentos deductivos²⁸.

Establecimos en el primer capítulo de este trabajo que los sistemas jurídicos incluyen un catálogo de conductas prohibidas y sanciones aplicables a quien incurra en ellas. Este catálogo está formado por el tipo de normas jurídicas que Austin describió en su teoría como mandatos del soberano y que Hart bautizó en la suya como reglas primarias. Todas estas normas siguen un mismo esquema lógico:

Si X ergo Y

en donde X es la conducta prohibida y Y la sanción aplicable a quien incurra en ella. Este mismo esquema, en nuestra opinión, es seguido por todas las reglas de conducta en una sociedad, ya sean estas reglas morales, religiosas, convencionalismos sociales o normas jurídicas. Serán normas jurídicas (reglas primarias) las reglas que sigan este esquema y que satisfagan los criterios de reconocimiento (reglas de reconocimiento) del sistema jurídico.

²⁶ Filósofo empirista escocés (1711-1776), quien sostenía a las experiencias sensibles como el único origen de nuestras percepciones. Llevó hasta sus últimas consecuencias el empirismo de Bacon, tomando elementos de la filosofía de Locke y del idealismo de Berkeley. Fue autor, *inter alia*, de "The Treatise of Human Nature" (1739-1740), "An Inquiry Concerning Human Understanding" (1748), y de "An Inquiry Concerning the Principles of Morals" (1751). Sus trabajos sobre moral y derecho fueron un importante antecedente para los trabajos de Jeremy Bentham (1748-1832) y de John Stuart Mill (1806-1873) autores sin los cuales no podría entenderse el posterior desarrollo de la jurisprudencia analítica.

²⁷ MacCormick, Neil, obra citada, p. 11-15.

²⁸ MacCormick, Neil, obra citada, p. 19-25.

Los jueces para determinar si una de esas normas jurídicas ha sido violada, deben realizar una operación lógica en virtud de la cual si un miembro de la sociedad incurrió en la conducta prohibida por la norma jurídica, debe ser castigado con la sanción prevista en la misma. La operación lógica en cuestión debe de seguir, conforme a la teoría de MacCormick, el siguiente esquema:

- (1) Si X, ergo Y;
- (2) en el presente caso, X;
- (3) ergo Y.

en donde la premisa mayor (1) es la norma jurídica (conteniendo una conducta prohibida y una sanción para el caso de su incumplimiento), la premisa menor (2) es un caso concreto en donde una persona incurrió en la conducta prohibida y la conclusión (3) es el resultado lógico que se deriva de las dos premisas anteriores, en virtud de la cual se aplica la consecuencia prevista en la norma al caso en cuestión.

Pongamos un ejemplo siguiendo el esquema anterior. Imaginemos que en un sistema jurídico determinado existe una norma jurídica que tipifica como delito el homicidio, y que impone para quien cometa éste una sanción de 20 años de prisión. Supongamos que en la sociedad en donde opera dicho sistema jurídico un individuo, de nombre "Fulano de Tal", cometió el delito de homicidio. El razonamiento del juez que resuelva el caso debe de seguir el siguiente esquema:

- (1) Quien cometa el delito de homicidio será sancionado con 20 años de prisión;
- (2) Fulano de Tal cometió el delito de homicidio;
- (3) Fulano de Tal será sancionado con 20 años de prisión.

El esquema de razonamiento propuesto por MacCormick hace que los argumentos de los jueces cumplan con el requisito de racionalidad; que sean formalmente válidos. Esto no quiere decir que los argumentos de los jueces que sigan este esquema sean necesariamente ciertos, solo que son formalmente válidos. Un argumento es formalmente válido cuando no es posible que sus premisas sean verdaderas y su conclusión falsa²⁹. El argumento expuesto en el ejemplo no nos garantiza ni que "cualquier persona que cometa el delito de homicidio será sancionado con 20 años de prisión", ni que "Fulano de Tal cometió el delito de homicidio", ni que "Fulano de Tal será sancionado con 20 años de prisión". El argumento expuesto en el ejemplo anterior solo nos garantiza que si la premisa mayor "cualquier persona que cometa el delito de homicidio será sancionada con 20 años de prisión" es verdadera, y si la premisa menor "Fulano de Tal cometió el delito de homicidio" es verdadera, entonces necesariamente la conclusión "Fulano de Tal será sancionado con 20 años de prisión" es verdadera. El esquema propuesto por MacCormick no garantiza la veracidad del argumento sino sólo su racionalidad. Pero recuérdese que ya establecimos que en los argumentos judiciales no basta el requisito de la racionalidad sino que los mismos han de ser argumentos verdaderos. La racionalidad de los argumentos queda garantizada por su estructura lógica. La veracidad de los argumentos es lo que se deberá garantizar en el proceso judicial. El objeto de todo el proceso judicial que un juez debe de seguir para resolver el caso del ejemplo es el establecer la veracidad o la falsedad de las premisas del argumento formalmente válido, pues de la veracidad de dichas premisas se desprende la veracidad de la conclusión. Esto lo veremos más a detalle posteriormente en este trabajo. Por ahora sólo nos interesa establecer que el esquema propuesto por MacCormick hace que los argumentos cumplan con el requisito de racionalidad.

Habiendo expresado nuestra opinión en el sentido de que la estructura de argumento propuesta por MacCormick hace que los argumentos jurídicos cumplan con el requisito de racionalidad, procedamos a analizar más a fondo esta estructura: en el esquema del argumento propuesto por MacComirck la premisa

²⁹ Mates, Benson, "Elementary Logic". p. 5, Oxford University Press, 1972.

mayor siempre está constituida por una norma jurídica y la premisa menor por una situación fáctica, es decir, la premisa mayor del "silogismo" jurídico siempre es tomada del mundo del derecho, mientras que la premisa menor es tomada del mundo de los hechos. Ya establecimos que la veracidad de la conclusión del argumento propuesto depende de la veracidad de sus premisas, por lo que las interrogantes a resolver en un proceso judicial se relacionan con la veracidad de las premisas. Las interrogantes que se deben satisfacer en los procesos judiciales se reducen a estas cuestiones: ¿en el sistema jurídico aplicable, realmente existe como norma jurídica la que se está usando como premisa mayor en el "silogismo" jurídico? ¿en el mundo de los hechos realmente sucedió lo que se establece en dicho silogismo como premisa menor? y ¿lo que se establece como premisa menor en el silogismo es realmente lo que prevé la premisa mayor?

Una controversia jurídica es siempre una disputa entre dos argumentos jurídicos contrarios de la forma aquí descrita, ambos formalmente válidos pero uno necesariamente falso debido a la falsedad de por lo menos una de las premisas. Sigamos con el ejemplo del homicidio, y supongamos que en el sistema jurídico correspondiente se califica como homicidio exclusivamente el acto de privar de la vida a un ser humano. Que sólo el que priva de la vida a un ser humano comete el delito de homicidio. Imaginemos que la parte defensora sostiene que en el caso en cuestión, "Fulano de Tal" no privó de la vida a un ser humano y la parte acusadora sostiene que sí. La contienda versaría sobre los siguientes argumentos:

Parte acusadora

(1) Quien y solo quien priva de la vida a una persona comete el delito de homicidio. Quien cometa el delito de homicidio debe ser sancionado con 20 años de prisión.

(2) Fulano de Tal privó de la vida a una

Parte defensora

(1) Quien y solo quien priva de la vida a una persona comete el delito de homicidio. Quien cometa el del homicidio debe ser sancionado con 20 años de prisión.

(2) Fulano de Tal no privó de la

persona.

vida a una persona.

(3) Fulano de Tal cometió el delito de homicidio. Fulano de Tal debe ser sancionado con 20 años de prisión.

(3) Fulano de Tal no cometió el delito de homicidio.

En la contienda descrita tanto el argumento de la parte defensora como el de la parte acusadora son argumentos formalmente válidos. Sin embargo, uno de ellos necesariamente es falso pues por lo menos una de sus premisas es falsa. La premisa mayor en ambos argumentos es una y la misma, pero la premisa menor es diferente. El objetivo del proceso jurisdiccional en el caso en cuestión se limitaría a investigar cual de las dos premisas menores, si la del argumento de la parte acusadora o el de la defensora es verdadero; cual de las dos premisas menores realmente sucedió en el mundo de los hechos.

Hemos adoptado la estructura propuesta por MacCormick como la forma que deben de tener los argumentos jurídicos. Hemos dicho que si siguen la forma aquí adoptada serán argumentos formalmente válidos, pero que eso no es suficiente para asegurar su veracidad, la cual solo quedará asegurada si se asegura la veracidad de sus premisas. Hemos establecido que como consecuencia de lo anterior los procesos judiciales se limitan a investigar la veracidad o falsedad de las premisas de los argumentos de cada parte en conflicto. Establecimos que en los argumentos jurídicos la premisa mayor siempre está constituida por una norma jurídica (regla primaria) y la premisa menor por una situación fáctica. Según Neil MacCormick, existen cuatro situaciones que pueden hacer que un argumento jurídico de la forma aquí descrita sea inválido: (I) si dentro del sistema jurídico no existe como norma jurídica lo que se establece como premisa mayor; (II) si el sentido que se le da a la premisa mayor no es el de la norma jurídica reconocida por el sistema; (III) si lo que se establece como premisa menor no ocurrió en el mundo de los hechos; (IV) si lo que se establece como premisa menor si ocurrió pero no constituye la hipótesis prevista en la premisa mayor. De estos cuatro problemas, los primeros dos tienen que ver con la validez de la premisa mayor y los últimos dos con la validez de la

premisa menor. Estos cuatro problemas, que MacCormick trató como los problemas de la relevancia, de la interpretación, de la prueba y de la clasificación respectivamente, serán analizados a continuación.

b) El problema de la relevancia.

El primer problema que según MacCormick debe ser tratado en la comprobación de la validez de un argumento jurídico es el que él denominó de la relevancia³⁰. El de comprobar que dentro del sistema jurídico en cuestión existe realmente como norma jurídica lo que en el silogismo del argumento se establece como premisa mayor. Este problema no es otro que el tratado por H.L.A. Hart como el problema de la incertidumbre³¹, y que queda resuelto con lo que el propio Hart denominó reglas de reconocimiento. El problema de la relevancia de MacCormick se reduce al planteamiento ¿la premisa mayor del "silogismo" satisface los criterios de las reglas de reconocimiento del sistema jurídico para poder ser considerada como norma jurídica? Estamos totalmente de acuerdo con MacCormick en que éste es el primer problema que se presenta en un argumento jurídico. Este problema se deriva de la exigencia que ya hemos señalado de que no basta con que un argumento jurídico sea racional, sino que tiene que ser fundamentado dentro del contexto del sistema jurídico. No basta con que la conclusión del silogismo jurídico se derive racionalmente de sus premisas, sino que es necesario que su premisa mayor esté constituida por una norma jurídica vigente.

Mencionamos en el primer Capítulo de este trabajo que en los sistemas jurídicos modernos las reglas de reconocimiento implican una combinación de criterios para determinar que constituye una norma de esos sistemas jurídicos. Entre ellos generalmente encontramos lo dispuesto por las leyes, reglamentos y demás normatividad expedida conforme a procesos legislativos institucionalizados, la costumbre, los precedentes judiciales, etc. Diferentes sistemas jurídicos ponen diferente énfasis en los criterios antes mencionados. Los sistemas jurídicos de

³⁰ MacCormick, Neil, obra citada, p. 71-72.

³¹ Ver Capítulo I (c) del presente trabajo.

tradicción romanista, por ejemplo, ponen mayor énfasis en los procesos legislativos institucionalizados que en la costumbre, mientras que sistemas jurídicos con tradición anglosajona le dan mayor importancia a ésta que a aquellos. De cualquier forma, todo sistema jurídico tiene establecidos criterios conforme a los cuales se determina si cierto precepto, conforme a dicho sistema, constituye una norma jurídica. Si conforme a dichos criterios la premisa mayor de un argumento jurídico es considerada como norma jurídica, se habrá salvado el problema de la relevancia. Analicemos algunos de los criterios de reconocimiento de normas jurídicas que generalmente encontramos dentro de los regímenes jurídicos modernos.

(1) Los procesos Legislativos Institucionalizados: Los regímenes jurídicos modernos generalmente cuentan dentro de sus criterios de reconocimiento con procesos legislativos institucionalizados. Esto es, procesos mediante los cuales determinados órganos gubernamentales (congreso, parlamento, etc.) emite reglas que bajo dicho sistema jurídico serán tomadas como normas jurídicas (como reglas primarias). Estos procesos están claramente reglamentados por lo que resulta fácil precisar que mandatos han sido emitidos conforme a dichos procesos y por tanto deben ser considerados como normas jurídicas. Esta claridad es quizá lo que ha hecho que los procesos legislativos institucionalizados constituyen la regla de reconocimiento más importante en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, excepción hecha de aquellos sistemas de tradición anglosajona que dan mayor importancia a la costumbre como regla de reconocimiento.

Un ejemplo de un proceso legislativo institucionalizado es el proceso mediante el cual, bajo derecho mexicano, se expiden Leyes Federales. Este es un proceso claramente reglamentado, mismo que implica la presentación de una iniciativa de ley al Congreso de la Unión, la discusión y aprobación de la misma por las cámaras del H. Congreso de la Unión, la sanción por parte del Presidente de la República y la publicación de la Ley en el Diario Oficial de la Federación.³² La claridad en la reglamentación de este proceso hace que la determinación de

³² Ver Tena Ramírez, Felipe, "Derecho Constitucional Mexicano", p. 285, 294, Edit. Porrúa. 1985.

cuales ordenamientos han sido expedidos conforme al mismo sea sencilla, por lo que resulta fácil, bajo derecho mexicano, la identificación de los ordenamientos que deben ser considerados como Leyes Federales.

(2) La Costumbre: Georg Jellinek describió en su "Teoría General del Estado" la doctrina de la fuerza normativa de los hechos.³³ De acuerdo con esta teoría, los hechos tienen cierta fuerza normativa, de manera que cuando un hábito social se prolonga puede llegar a producir, en la conciencia de los individuos que lo practican, la creencia de que es obligatorio. Existen regímenes jurídicos que incluyen como regla de reconocimiento el hecho de que una costumbre se convierta, en el ánimo de los integrantes de una sociedad, en obligatoria y por tanto dicha costumbre sea considerada como norma jurídica.

La pregunta que surge al tratar este tema es ¿quién o que determina cuando una costumbre se convierte en obligatoria? En nuestra opinión, una costumbre no se convierte en obligatoria hasta que los órganos judiciales la aplican como tal al resolver controversias. Cuando dentro de los criterios de reconocimiento de normas jurídicas encontramos a la costumbre, quien determina la obligatoriedad de una costumbre, indirectamente, es el criterio de reconocimiento respectivo, mismo que puede estar contenido en la Constitución del sistema jurídico en cuestión, en una ley integrante del mismo, etc. Pero quien determina la obligatoriedad de esa costumbre directamente es el órgano judicial. Supongamos que dentro del código civil de un régimen jurídico determinado se dispone que en materia contractual dentro de esa sociedad se estará a lo dispuesto por dicho código civil, y que a falta de disposición expresa de el mismo se estará a la costumbre de la sociedad. En este caso, lo que determina indirectamente la obligatoriedad de las costumbres contractuales a falta de la disposición expresa en esa sociedad es el código civil, pues éste es el que dispone a la costumbre como criterio de reconocimiento. Pero a quien le toca determinar directamente si una práctica específica en materia contractual es costumbre, esto es, a quien le toca determinar si dicha práctica se ha prolongado por cierto tiempo y ha creado en el ánimo de los miembros de la sociedad un sentimiento de obligatoriedad, es

³³ Jellinek Georg, "Teoría General del Estado", Libro II, Capítulo Undécimo, II.1, Editorial Albatros, Argentina 1970.

al órgano judicial que al tener que resolver una controversia en este punto y al no encontrar disposición expresa en el código civil, debe hacer tal determinación.

¿Que pasa sin embargo, si dentro del sistema jurídico en cuestión no se incluye a la costumbre como regla de reconocimiento? ¿Que pasa si ni dentro de la constitución, ni dentro de ninguna ley ni en la práctica judicial se ha determinado la obligatoriedad de la costumbre? En este caso, no podemos decir que la costumbre sea norma jurídica en ese sistema jurídico. Los órganos judiciales no tendrían obligación de aplicarla al resolver controversias. Lo anterior no quiere decir que dichos órganos judiciales no puedan aplicarla al resolver controversias si no se encuentra una norma jurídica aplicable al caso concreto. La costumbre, aún cuando no reconocida como norma jurídica dentro de un sistema jurídico determinado, puede usarse al resolver controversias en los casos en que se está ante una laguna del derecho. Estos casos, los de solución de controversias ante lagunas del derecho, serán analizadas en el capítulo siguiente de este trabajo.

(3) Los precedentes judiciales: Existen sistemas jurídicos que le dan fuerza de normas jurídicas a las decisiones adoptadas por sus tribunales. Lo anterior, se basa en el principio de la justicia formal³⁴, en virtud del cual los casos iguales deben ser resueltos en forma igual. Este principio de la justicia formal ha sido el que ha dado lugar a la teoría del *stare decisis*, o teoría del precedente, en virtud de la cual los juzgadores deben decidir los casos que se les presenten y que sean iguales a casos anteriores que se hayan presentado dentro de ese mismo sistema jurídico, en la misma forma en que se decidieron dichos casos anteriores. Al decir casos iguales, no me refiero evidentemente a que el caso a ser resuelto debe de ser idéntico al caso anterior conforme al que se va a decidir. Si de algo podemos estar seguros es de que en la historia del derecho las posibilidades de que se presenten dos casos idénticos son mínimas. Lo que deben tener en común dos casos para ser considerados como iguales bajo la teoría de *stare decisis*, es la *ratio decidendi*. La *ratio decidendi* no es otra cosa que aquellos puntos de un caso en virtud de los cuales el juzgador resolvió en el sentido en el que resolvió. Las cuestiones accesorias, los hechos irrelevantes a la decisión del caso no

³⁴McCormick, Neil, obra citada, p.74-82

interesan en la doctrina del precedente. Un juzgador se ve obligado a resolver un caso, bajo la teoría del precedente, conforme a otro que fue resuelto anteriormente, cuando los hechos relevantes para la decisión del caso actual son iguales a los hechos relevantes que llevaron al juzgador a decidir el caso anterior en un sentido o en otro.

Al igual que con la costumbre, en el caso de los precedentes éstos solo pueden ser considerados normas jurídicas cuando el sistema jurídico en cuestión haga su aplicación obligatoria para el juzgador. Si no es su aplicación obligatoria, tal como lo comentamos en el caso de la costumbre, el juzgador podría usarlos para decidir casos para los que no exista una norma jurídica aplicable, o los podría usar como apoyo a una decisión tomada en base a normas jurídicas reconocidas y aplicables, pero no se podrían considerar como normas jurídicamente obligatorias. Sin embargo, cuando su aplicación es obligatoria, entonces los precedentes deben ser considerados como normas jurídicas.

La adopción o no adopción de los precedentes como normas jurídicas, y la flexibilidad en su obligatoriedad varían de un sistema jurídico a otro. Wasserstrom³⁵ distinguió estos tres grados de aplicación del principio del *stare decisis*: (I) Aquel en el que tan solo se le exige al Juez que relacione de alguna manera su decisión sobre el caso concreto con la decisión de algún caso anterior. Este sistema, que es el adoptado bajo el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, no hace la aplicación de un precedente obligatoria, y por lo tanto no convierte a dicho precedente en norma jurídica. Más que fuente de creación de normas sustantivas, este sistema se reduce, como bien señala Wasserstrom, a un requerimiento meramente adjetivo, sobre como deben exponer los jueces sus decisiones; (II) aquel en virtud del cual la aplicación del precedente sea obligatoria para el juzgador salvo en el caso de que tenga una buena razón para no aplicarlo. Bajo esta teoría los precedentes si son normas jurídicas, pues de no poder justificar su no aplicabilidad, son de aplicación obligatoria para el juzgador, y; (III) aquel en virtud del cual la aplicación de los precedentes es, sin más,

³⁵Wasserstrom, Richard A., obra citada. p. 53-54

obligatoria para el juzgador al resolver un caso. Resulta obvio que en este caso también estamos hablando de precedentes que constituyen normas jurídicas.

Aparte de la adopción o no de los precedentes como normas jurídicas y de la fuerza que a la obligatoriedad de éstos se les dé, un sistema jurídico tiene que resolver otras tres cuestiones en relación con los precedentes: (I) ¿Las decisiones de cuales tribunales serán considerados como precedentes obligatorios? ¿Serán las de todas las instancias dentro del aparato judicial? ¿Serán sólo las de ciertas instancias para arriba? ¿Serán sólo las de la instancia suprema?, (II) ¿Para quienes serán obligatorios dichos precedentes? ¿Serán obligatorios para todas las instancias del aparato judicial? ¿Serán obligatorios solo para las instancias menores a aquella de la cual el precedente en cuestión emana? ¿Serán obligatorias tanto para la instancia de la cual el precedente en cuestión emana como para las instancias menores a aquella?; (III) ¿Basta un solo precedente para que éste sea obligatorio o se necesitan un número determinado de decisiones en un mismo sentido para lograr la obligatoriedad?

A manera de ejemplo, veamos como es tratado el precedente bajo el sistema legal mexicano. Sin perjuicio de que un juzgador pueda usar las opiniones que otros jueces o tribunales emitieron al resolver controversias ante ellos planteadas en la solución de nuevos conflictos, las opiniones jurídicas emitidas por tribunales bajo el sistema jurídico mexicano solo se convierten en obligatorias cuando son dictadas por tribunales de cierta jerarquía, en forma uniforme e interrumpida, en cierto número de casos; concretamente, solo se convierten en obligatorias cuando son dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por Tribunales Colegiados de Circuito, en un sentido uniforme e ininterrumpido, en cinco distintas sentencias, y su obligatoriedad recae sobre los tribunales de menor jerarquía a aquel del cual emanaron.³⁶

³⁶ Ver Burgoa O, Ignacio, "El Juicio de Amparo", p. 817-836, Edit. Porrúa, México 1994.

c) El Problema de la Interpretación.

Para satisfacer el requisito de que los argumentos jurídicos no sólo sean racionales, sino que estén fundamentados dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente, no basta establecer que la premisa mayor de un silogismo jurídico es considerada como una norma jurídica, sino que también hay que verificar que el sentido que se le esté dando a la misma en el argumento sea adecuado. Este problema, que MacCormick identificó como el problema de la interpretación³⁷, se deriva del hecho de que las normas jurídicas, sean éstas escritas, verbales o expresadas por cualquier otro código de signos, están sujetas a ser interpretadas.

En nuestra opinión, las Normas Jurídicas, como expresiones de deseo comunicadas a través de un lenguaje, están sujetas a ambigüedades. Como señala García Maynez,³⁸ "lo que un sujeto expresa no es, a fuerza, lo que pretendía expresar. Puede haber una inadecuación entre la intención de aquél y los medios de que se vale para formular su pensamiento". Por esta razón, toda norma jurídica está sujeta a ser interpretada.

Por interpretación debemos entender la búsqueda del sentido que se le debe dar a algo. "Interpretar consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo a ciertos objetos... Si la interpretación consiste en dotar de significado a ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica -siguiendo este orden de ideas- puede perfectamente consistir en... (2) la adscripción de un cierto significado al discurso jurídico, i.e., leyes, constituciones, tratados, etc."³⁹

³⁷ MacCormick, Neil, obra citada, p. 68.

³⁸ García Maynez, Eduardo, obra citada, p. 328.

³⁹ "Diccionario Jurídico Mexicano", autores varios, bajo la voz "Interpretación Jurídica", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Edit Porrúa.

Hemos descrito en este trabajo a las Normas Jurídicas como una especie de mandatos⁴⁰. Como tales, son expresiones de deseo. Cualquier deseo, en tanto que idea y no sustancia, en tanto que ente no perceptible sensorialmente, debe de ser expresado por su creador a través de un lenguaje. Una vez expresado mediante un lenguaje, este debe ser descifrado por su receptor con el fin de desentrañar de los signos lingüísticos la idea, el deseo que mediante éstos quiso expresar su creador. Esta tarea no es sencilla, pues la fidelidad de la idea original es fácilmente traicionada en el traslado de dicha idea a lenguaje, hecho por el ente del que la idea emana, o en el traslado de lenguaje a idea hecho por aquel que quiere desentrañar su sentido.

Aún en el caso de que la idea sea expresada lingüísticamente en forma correcta, ésta nunca es completa, por lo que también en este caso debe de ser interpretada. Las normas jurídicas, pensadas para regular situaciones generales, aplicadas al caso concreto nunca cubrirán todas las determinaciones que el órgano aplicador deberá tomar, mismas que quedarán sujetas a la interpretación que de dichas normas jurídicas haga el mencionado órgano aplicador. Para ponerlo en palabras de Kelsen "siempre permanecerá un mayor o menor espacio en el juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grado superior tiene con respecto del acto... de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante este acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor cantidad de determinaciones"⁴¹.

Dice en otro párrafo Kelsen⁴² "el derecho por aplicar constituye solo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual, todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible".

Este problema, el que las normas jurídicas sean en muchos casos expresadas en forma ambigua y que aún siendo expresadas correctamente den lugar a varias

⁴⁰ Ver Capítulo I (c) del presente trabajo.

⁴¹ Kelsen, Hans, "Teoría Pura del Derecho", p. 350, Edit. UNAM, 1986.

⁴² Kelsen, Hans, "Teoría Pura del Derecho", p. 351, Edit. UNAM, 1986.

posibles interpretaciones, puede ser expresado en términos lógicos de la siguiente manera:

una norma:

Si X ergo Y

puede ser interpretada:

- 1) Si X1 ergo Y
- 2) Si X2 ergo Y
- 3) Si X3 ergo Y

Sin embargo, no puede ser interpretada:

- 1) Si X ergo -Y
- 2) Si -X ergo Y
- 3) Si Q ergo Y

Existen, en nuestra opinión, distintos métodos de interpretación. Las distintas posibilidades de interpretación (Y1, Y2 o Y3) se derivan de los distintos métodos de interpretación. Si hiciéramos una interpretación basada en el análisis literal de las palabras del texto de una norma jurídica en muchos casos obtendríamos un resultado muy diferente al que obtendríamos por medio de otro sistema de interpretación, por ejemplo, el de tratar de analizar cual fue la intención del ente creador de esa norma. No podemos decir que un método de interpretación que analice literalmente las palabras de un texto legal sea incorrecto. Tampoco podemos decir que un método que intente descifrar la voluntad del legislador sea inadecuado. Los dos pueden ser correctos y al mismo tiempo nos puede llevar a interpretaciones divergentes.

Veamos un ejemplo: el artículo 310 del Código Penal para el Distrito Federal dispone que "se impondrán de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los dos culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrá al homicida de cinco a diez años de prisión".

El artículo citado prevé un caso de homicidio atenuado. Esto es, un caso de homicidio cuya pena es inferior a la del homicidio simple debido a las circunstancias especiales bajo las que ocurrió. Mediante una interpretación que busque el objetivo del legislador podemos señalar que este artículo es aplicable en casos en los que el homicida cometió el delito de homicidio debido al golpe emocional recibido por encontrar inesperadamente a su cónyuge en una relación carnal con otra persona o próximo a ella. Mediante esta interpretación se establece que uno de los elementos necesarios para que el artículo sea aplicable es el hecho de que el homicida se haya sorprendido de encontrar a su cónyuge en un acto de infidelidad. Esa situación inesperada es la que en opinión del legislador puede provocar una reacción pasional de donde se derive un homicidio que no debe ser sancionado con la severidad de un homicidio simple.

Si bien la interpretación anterior es válida, también la interpretación literal del artículo lo es, y mediante ésta, se llega a una conclusión distinta que conforme a la anterior. El Artículo literalmente establece una hipótesis en donde un cónyuge sorprende al otro en un acto de infidelidad. No contiene la condición de que el cónyuge homicida se sorprenda de haber encontrado a su cónyuge en un acto de infidelidad sino solamente de que éste sorprenda al cónyuge infiel ("...al que sorprendiendo a su cónyuge."). El elemento de sorpresa en el cónyuge homicida que se deriva de una interpretación que busque la intención del legislador no aparece si se emplea un sistema de interpretación que se base en el análisis literal del texto del precepto.

Supongamos un caso en donde una persona tiene conocimiento de la infidelidad de su cónyuge, digamos que lo ha tenido por varios meses, pero que su cónyuge

no sabe que ésta ya tiene conocimiento de su infidelidad. Imaginemos que el cónyuge traicionado planea por varias semanas el homicidio de los adúlteros y en determinada ocasión entra al lugar en donde él ya sabe que los encontrará en adulterio. Cada uno de los adúlteros, sorprendidos, recibe un balazo mortal. Bajo la interpretación literal del artículo en cuestión al homicida se le debe sancionar conforme a la pena reducida establecida en el mismo. Lo anterior es debido a que en el caso planteado se cumplen todas las hipótesis del texto del artículo estudiado: Una persona sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal la mata. Sin embargo, mediante una interpretación de la voluntad del legislador, es claro que el caso planteado no es el que tiene en mente el ente que creó la norma en comento, pues ésta se hizo con el fin de prever situaciones en donde el cónyuge homicida actuara irracionalmente, debido a su estado de sorpresa. Bajo esta última interpretación el artículo citado no es aplicable ya que el homicida no actuó bajo estado de sorpresa y habría que aplicarle la sanción prevista por la legislación penal para los homicidios no atenuados.

No podemos decir que alguna de las dos interpretaciones hechas sobre el Artículo 310 del Código Penal para el Distrito Federal sea inválida o incorrecta. Son simplemente interpretaciones logradas mediante distintos métodos de interpretación. El juzgador tiene discrecionalidad para escoger la que prefiera aplicar. Aquí si tiene el juzgador un primer punto de discrecionalidad dentro de su razonamiento jurídico, la facultad de elegir dentro de las posibles interpretaciones que se le pueden dar a un precepto jurídico.

Algunos juzgadores piensan que determinado sistema de interpretación es el adecuado y resuelven el problema de la interpretación siempre conforme a dicho sistema. Existen otros juzgadores que aplican diversos sistemas de interpretación dependiendo cual es el que brinde la posibilidad de dictar la sentencia que ellos consideran como la adecuada, o si se prefiere, la "justa". Es decir, algunos juzgadores utilizan de entre los distintos métodos de interpretación, el que les facilite el "proceso de justificación" de la decisión que adoptaron mediante su "procesos de descubrimiento".⁴³

⁴³ Ver Capítulo I(a) del presente trabajo.

Hasta aquí hemos dicho que una norma jurídica puede tener varias interpretaciones correctas de las cuales el juzgador deberá elegir una. Hemos establecido que esas diferentes interpretaciones se obtienen mediante distintos sistemas de interpretación. Uno de estos sistemas es el que implica un análisis literal del texto de la norma. Otro, el que implica el análisis de la voluntad del legislador, es decir, el tratar de descifrar que quiso decir el legislador en la norma jurídica; que trató de prevenir o que objeto persiguió mediante la expedición de la misma. Pero ¿Aparte de estos dos métodos existen otros? ¿Hay más factores que podemos considerar en otros métodos de interpretación? Una postura interesante al respecto la encontramos en el pensamiento de Benjamin Cardozo, mismo que analizaremos en los párrafos siguientes.

Benjamin Cardozo en su libro "La Naturaleza de la Función Judicial"⁴⁴ parece sugerir que la interpretación de un precepto legal puede ser influenciada por factores históricos, de tradición o sociológicos. Dice Cardozo: "La fuerza directiva de un principio puede ejercitarse siguiendo la línea de la progresión lógica; a esto llamaré la regla de la analogía o el método filosófico; o siguiendo la línea de desarrollo histórico, y a esto el método evolutivo; o siguiendo las líneas de la costumbre de la comunidad, a lo que llamaré el método de la tradición, o siguiendo la línea de la justicia, la moral y el bienestar social, es decir las mores del momento, a lo que llamaré el método sociológico"⁴⁵

Bajo la filosofía de Cardozo, al primer método al que se debe recurrir al justificar la solución de una controversia es al que él denomina, erróneamente a nuestro juicio, filosófico. Este es un método lógico deductivo como el que propone MacCormick, mismo que hemos estudiado a lo largo de este trabajo. Implica la obtención de conclusiones mediante la adecuación de un caso concreto a una norma jurídica (ley o precedente). Sin embargo, opina Cardozo, en algunos casos existen razones suficientes para separarse de ese proceso lógico, generalmente dictados por la historia, las costumbres, el orden público o la

⁴⁴ Cardozo, Benjamin. "La Naturaleza de la Función Judicial", Edit. Arrayú. Buenos Aires 1955.

⁴⁵ Cardozo, Benjamin, obra citada. p. 19.

justicia. Solo cuando existen estas razones considera Cardozo que se puede romper con la simetría de la estructura lógica.⁴⁶

Según Cardozo, la tendencia de un principio a extenderse hasta el límite de sus posibilidades lógicas puede ser contrapesado por sus posibilidades históricas. Algunos conceptos jurídicos, opina el ilustre juzgador, deben su existencia exclusivamente a la historia. No pueden ser entendidos sino como acontecimientos históricos. En el desarrollo de tales principios la historia es probablemente la que predomina sobre la lógica o la razón pura.⁴⁷

Otro factor que en la teoría de Cardozo puede contrapesar la tendencia de un principio a extenderse hasta el límite de sus posibilidades lógicas es la costumbre. Dicho autor opina que se apela a la costumbre no tanto para la creación de nuevas normas sino para obtener las pruebas y pautas que deben determinar como serán aplicadas las normas establecidas.⁴⁸ Cuando se hace esto se aleja el juzgador del método lógico y del histórico para aplicar el de la tradición.

Existen situaciones, bajo el pensamiento del autor que nos ocupa, en donde el factor predominante no va a ser el de la costumbre, sino el de la moral de la época, y entonces usamos el método sociológico. "Una ligera extensión de la costumbre la identifica con la moralidad vigente, con la pauta prevaleciente de la recta conducta, con las mores de la época. Este es el punto de contacto entre el método de la tradición y el método de la sociología".⁴⁹

Este último factor es el que en la filosofía de Cardozo predomina sobre los demás. Se presenta cuando las necesidades sociales son las que dictan las líneas en las que se debe interpretar una norma para resolver una controversia.

⁴⁶ Cardozo, Benjamin, obra citada, p. 21.

⁴⁷ Cardozo, Benjamin, obra citada, p. 38.

⁴⁸ Cardozo, Benjamin, obra citada, p. 45.

⁴⁹ Cardozo, Benjamin, obra citada, p. 48.

Un análisis de la teoría de Cardozo nos lleva a descubrir que lo que él plantea no son cuatro sistemas de solución de controversias, como parece a primera vista, sino uno solo y el mismo sistema bajo distintos métodos de interpretación. Cardozo propone un sistema lógico deductivo para solucionar controversias que implica una interpretación literal de la norma jurídica usada como premisa mayor, pero admite que cuando las circunstancias lo demanden el juzgador deberá alejarse de esa interpretación literal y deberá interpretar el precepto jurídico aplicado conforme a su contexto histórico, conforme a la costumbre o conforme a las mores de la época. Una vez interpretado el precepto conforme a uno de estos criterios el proceso es el mismo: determinar si hay adecuación del caso específico al precepto interpretado y aplicar las consecuencias que de dicha adecuación o no adecuación se deriven.

De la teoría de Cardozo se desprende que para él existen cuatro métodos de interpretación: el literal, el que busca interpretar un precepto dentro de su contexto histórico, el que busca adecuarlo a las costumbres de la época y el que busca adecuarlo a la moralidad de la época. Otros autores han clasificado en forma distinta los métodos de interpretación. "...Savigny diferencia entre el elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático de la interpretación; según Larenz hay cinco criterios: el sentido literal, el significado de la ley según el contexto, las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico, los criterios teleológico-objetivos y el mandato de interpretación conforme a la constitución; Wolf, por mencionar otro ejemplo, conoce la interpretación filológica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética y teleológica"⁵⁰

En mi opinión, resultaría imposible tratar de enlistar y analizar todos los criterios de interpretación que un juzgador puede usar. Basta con que la interpretación de un precepto jurídico sea coherente para que pueda ser tomada como válida. El juzgador puede tomar en cuenta cualquier elemento al interpretar una norma, más su interpretación debe de cumplir con un requisito: debe de ser coherente. Aquí, como ya señalamos, encuentra el juzgador su primer gran campo de discrecionalidad. Es evidente que el resultado de un proceso deductivo en un

⁵⁰ Alexy, Robert, obra citada, p. 25.

silogismo depende mucho de la interpretación, del sentido, que se le da a la premisa mayor. La interpretación es una de las armas más poderosas en el arsenal del juzgador. Sin embargo, no es un arma que el juzgador pueda usar libremente. Un juzgador no podría darle a una norma jurídica un sentido que claramente no tiene, bajo el pretexto de la subjetividad implícita en la interpretación de normas. En todo caso, la interpretación que un juzgador haga de una norma jurídica debe de ser coherente, debe de ser racionalmente defendible.

Una vez salvado los problemas de la relevancia y la interpretación, habrá quedado cumplido el requisito de que el argumento jurídico quede fundamentado dentro del contexto del sistema jurídico. Sin embargo, queda por librar el requisito de que el argumento jurídico sea verdadero. Sobre este último requisito versa el problema de la prueba, mismo que estudiaremos a continuación.

d) El Problema de la Prueba.

Con relación a la premisa menor del silogismo jurídico, esto es, con respecto a la premisa que versa sobre situaciones fácticas, las que se obtienen del mundo de los hechos, el problema que se presenta es el problema de la prueba⁵¹. Si bien dijimos que los argumentos jurídicos que sigan la forma propuesta por MacCormick y descrita en este trabajo serán siempre argumentos formalmente válidos, esto es, racionales, también establecimos que dicha estructura lógica no aseguraba la veracidad de los mismos, sino tan solo su validez formal. Lo anterior, como ya quedo explicado, quiere decir que la estructura lógica propuesta asegura la veracidad de la conclusión del silogismo siempre y cuando las premisas del mismo sean verdaderas. El problema de la prueba implica el acreditar la veracidad de la premisa menor; el establecer si las situaciones fácticas contenidas en dicha premisa realmente sucedieron en el mundo de los hechos.

⁵¹ MacCormick, Neil, obra citada, p. 87-93.

La gran mayoría de las contiendas jurídicas se reducen a este problema: acreditar acontecimientos pasados. En la mayoría de los procesos jurídicos no existen problemas de relevancia o interpretación. Pensemos, por ejemplo, en todos los juicios que se siguen por delitos como robos, homicidios, violaciones, etc. En la mayoría de los sistemas jurídicos actuales, si no es que en todos, las conductas mencionadas están claramente tipificadas como delitos y no hay duda sobre el hecho de que quien incurra en ellas debe ser sancionado. En la mayoría de los sistemas jurídicos, si no es que en todos, lo que debe ser entendido por "robo", "homicidio" o "violación" está fuera de duda. Difícilmente podemos imaginar un sistema jurídico en donde el que se apodere de una cosa ajena sin el consentimiento del que por ley puede disponer de ella, no cometa el delito de robo, el que prive de la vida a otro no cometa el delito de homicidio y el que tenga relaciones sexuales con una persona sin su consentimiento no incurra en el delito de violación. Generalmente, en los juicios que se siguen por estos delitos y en la mayoría de los procesos judiciales, el problema de la relevancia y de la interpretación no es factor. En la mayoría de las contiendas jurídicas la controversia se limita a establecer que es lo que en el mundo de los hechos ocurrió. En la mayoría de los juicios por violación no está en duda el hecho de si la violación debe ser considerada como delito o no, o que debe ser entendido por violación. Lo que está en duda generalmente en los juicios por violación es el hecho de si el acusado realmente incurrió en la conducta tipificada como el delito de violación o no.

Tratar de acreditar que un hecho pasado realmente ocurrió, en la mayoría de los casos, es una tarea difícil. Los medios con los que cuenta el juzgador, y las partes de un litigio, para "reconstruir el pasado" no son infalibles y el probar la existencia de los hechos usados como premisas menores de los "silogismos" jurídicos es en la mayoría de los casos la tarea más difícil dentro de los procesos judiciales.

Tres son las cuestiones que a nuestro juicio deben ser consideradas en todo sistema jurídico en relación a las pruebas: la cuestión relativa a que medios de

prueba son permitidos; el punto relacionado con la valoración de la prueba y lo relativo a la carga de la prueba.

(1) Medios de prueba admisibles.

Como medio de prueba se debe entender todo elemento que pueda pesar sobre el ánimo del juzgador en su decisión de determinar si cierto hecho pasado aconteció o no. Algunos de los medios de prueba mas usados en los procesos judiciales son las pruebas documentales, como contratos, actas, oficios, cartas o cualquier otro documento que le pueda dar luz al juzgador sobre la ocurrencia de cierto hecho; las pruebas testimoniales, esto es, los relatos y respuestas a preguntas hechas a terceros que puedan tener información relacionada con el hecho a ser probado; las confesionales, que son los relatos y respuestas a preguntas hechas a las partes en litigio; las periciales, que son las opiniones de expertos en la materia que trate el hecho a ser probado; las inspecciones judiciales, esto es, el examen que el juez haga de ciertos objetos, etc. Como prueba en un juicio debe ser admitido cualquier medio de prueba que no esté prohibido por el sistema jurídico⁵² al amparo del cual se esté llevando a cabo el juicio y que tenga relevancia en cuanto a la acreditación de un hecho controvertido.⁵³ En nuestra opinión, podemos considerar que un medio de prueba tiene relevancia en cuanto a la acreditación de un hecho controvertido cuando dicho medio sea idóneo para influir en el ánimo del juzgador sobre la ocurrencia de dicho hecho. Por economía procesal, no se puede admitir en un proceso un "medio de prueba, admitido por la ley, [que] no pueda probar un determinado hecho, que por el contrario, pudo solo probarse con otro medio."⁵⁴

⁵² Distintos sistemas jurídicos prohíben la admisión de ciertas pruebas. Verbigracia, el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que "Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral".

⁵³ MacCormick, Neil, obra citada, p 88-89.

⁵⁴ Lessona, Carlos. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil". Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957, Vol I, p. 275-283.

(2) Valoración de la Prueba.

Una vez admitidos los elementos de prueba dentro de un juicio el juzgador debe valorarlas. El juzgador debe decidir, en base a los elementos de prueba, si conforme a su más leal saber los hechos contenidos como premisas menores de los "silogismos" que conforman los argumentos en el juicio si ocurrieron. El valor que el juez le pueda dar a cada elemento de prueba varía de un sistema jurídico a otro. Existen algunos sistemas jurídicos, los de la libre apreciación, que permiten a los juzgadores asignarles el valor que ellos consideren pertinente a cada prueba. Existen otros sistemas, los de la prueba tasada, en donde el sistema jurídico dispone el valor que le debe ser dado a cada prueba. Finalmente, existen también sistemas mixtos, que le asignan determinado valor a ciertas pruebas y dejan al libre albedrío del juzgador la valoración de otras. Dentro de los sistemas mixtos de valoración de pruebas se encuentra, por ejemplo, el sistema jurídico mexicano, en donde algunas pruebas, como los documentos públicos, tienen valor probatorio pleno⁵⁵ y otras pruebas, como testimoniales y confesionales, pueden ser valoradas libremente por el juzgador.

Señalamos anteriormente que en la interpretación de las normas jurídicas encuentra el juzgador un primer gran campo de discrecionalidad. En los sistemas de libre valoración y, en menor medida, en los sistemas mixtos, el segundo gran campo de discrecionalidad para el juzgador lo encontramos en la valoración probatoria. Sin embargo, al igual que en la interpretación de normas jurídicas, la valoración que el juzgador realice de los elementos de prueba aportados en un juicio debe de cumplir con el requisito de la coherencia⁵⁶. No puede el juzgador escudarse en su libre albedrío y determinar que cierta prueba acredita determinado hecho, si dicha prueba no tiene relación alguna con ese hecho, o si no se puede razonablemente defender el valor probatorio que el juzgador pretende darle a la prueba en cuestión.

⁵⁵ Artículo 403 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

⁵⁶ McCormick, Neil, obra citada, p. 90.

Mucho se ha escrito sobre el fin de la prueba. Se ha dicho que el fin de ésta consiste en establecer la verdad. Inclusive, la doctrina ha distinguido dos tipos de verdades: la verdad material, que es la buscada en los sistemas de libre valoración y la verdad formal, que es la buscada en los sistemas de la prueba tasada.

Es nuestra opinión que en la mayoría de los casos, las pruebas aportadas a un juicio fracasan en acreditar de manera fehaciente la "verdad". En muy pocos casos puede el juzgador honestamente decir, después del desahogo de las pruebas, que tiene un 100% de seguridad sobre los acontecimientos ocurridos. De ahí la frase de Hellwing: "si el juez no condenara más que cuando no exista ninguna duda posible sobre la culpabilidad del acusado, un juez capaz y consciente no llegaría jamás a condenar"⁵⁷. Lo que la prueba debe hacer no es acreditar infaliblemente la verdad, sino pesar en el ánimo del juzgador de tal manera que ésta tenga cierto grado de certeza sobre lo que aconteció. En el sistema de la libre valoración es el juzgador el facultado para determinar el peso específico que cada prueba tiene en su ánimo. En el sistema de la prueba tasada es el legislador quien hace tal determinación.

(3) Carga de la prueba.

Otro asunto relacionado con las pruebas a ser aportadas a un juicio que debe ser determinado por el sistema jurídico aplicable, es el relativo a quien corresponde proporcionar los medios de prueba, esto es, a quien corresponde probar las aseveraciones que se han hecho en un juicio. A esto se ha llamado el problema de la carga de la prueba. Este problema tiene mucha importancia para nuestra discusión sobre los "silogismos" jurídicos, pues si aquel al que corresponde probar un hecho fracasa en hacerlo, el hecho contrario se tomará como el hecho acreditado para los efectos del discurso jurídico correspondiente. Por ejemplo, si en un juicio se hizo valer por una de las partes el siguiente argumento.

⁵⁷ Hellwing, cita de Devis Echeandía, "Teoría General de la Prueba Judicial", Tomo I, Capítulo IX, núm. 55, d), p. 251, Edit. Victor P. de Zavalla, Buenos Aires, 1970.

Si X ergo Y

en el presente caso X

ergo Y

y conforme al sistema jurídico aplicable, a la parte que propuso este argumento correspondió acreditar que "en el presente caso X" y dicha parte no logró aportar elementos de pruebas que pesen lo suficiente en el ánimo del juzgador para producir en éste cierto grado de certeza sobre el hecho de que "en el presente caso X", entonces, para el caso en cuestión se debe considerar que "en el presente caso, -X", lo que impide llegar a la conclusión "ergo Y".

Diferentes reglas pueden ser establecidas en los sistemas jurídicos con respecto a quien corresponde la carga de la prueba. Algunos sistemas jurídicos siguen el principio de que corresponde la prueba de un hecho a quien lo afirma y de que el que niega un hecho revierte la carga de la prueba a la contraparte. Este principio parte de la dificultad lógica de acreditar hechos negativos. Otros sistemas consagran el principio de que corresponde la carga de la prueba a la parte que se encuentre en circunstancias de mayor facilidad para asumirla; otros sistemas establecen que corresponde probar un hecho a la parte a la que la acreditación de ese hecho beneficia y en algunos sistemas, especialmente en las áreas del derecho llamadas derechos sociales, corresponde la carga de la prueba a la parte perteneciente a determinada clase. Tal es el caso, por ejemplo, del Derecho del Trabajo bajo el sistema jurídico mexicano, en donde en términos generales la carga de la prueba corresponde al patrón.⁵⁸

Cabe hacer notar que en base a lo expuesto en esta sección relativa al problema de la prueba, el requisito de que los argumentos jurídicos sean verdaderos es relativo. Serán, para los efectos del discurso jurídico, considerados como verdaderos los argumentos que contengan premisas menores que puedan ser acreditadas conforme a los sistemas de valoración que el sistema jurídico correspondiente fije. Si bajo el sistema jurídico correspondiente las situaciones

⁵⁸ Ley Federal del Trabajo, artículo 784.

fácticas contenidas como premisa menor de un silogismo jurídico pueden ser acreditadas conforme al sistema de valoración probatoria fijado por dicho sistema jurídico, entonces se habrá cumplido con el requisito que exige la veracidad del argumento, aunque posiblemente en la realidad esas situaciones fácticas no hayan acontecido. Una vez cumplido este requisito de que el argumento sea verdadero, una vez cumplido el requisito de que el argumento sea fundamentado dentro del contexto del sistema jurídico, lo que como ya vimos se logra al satisfacer los problemas de la relevancia y de la interpretación, y siguiendo el argumento la estructura propuesta por MacCormick, lo que garantiza su racionalidad, el argumento jurídico será suficiente legitimación de una decisión judicial.

e) El problema de la clasificación.

Aparte del problema de la prueba, con respecto a la premisa menor del "silogismo" jurídico MacCormick distingue otro problema: el de la clasificación.⁵⁹ El problema de la clasificación, tal como MacCormick lo plantea, implica cuestionar si la situación fáctica que es usada como premisa menor en un "silogismo" jurídico realmente encuadra en el sentido que bajo el problema de la interpretación se le dio a la premisa mayor de dicho silogismo. El problema de la clasificación puede ser expresado en términos lógicos de la siguiente manera:

¿En el "silogismo":

- 1) Si X ergo Y
- 2) en el presente caso X
- 3) ergo Y

⁵⁹ MacCormick, Neil, obra citada, p 93-97.

realmente la situación fáctica que en la premisa menor calificamos con X encuadra en la hipótesis X que plantea la premisa mayor y a la que la misma le impone la consecuencia Y?

MacCormick ilustra el problema de la clasificación mediante el análisis del caso *MacLennan v.s MacLennan* (1958 s.c. 105)⁶⁰, que se presentó en Escocia. En el caso mencionado el señor M. le demandó el divorcio a la señora M., citando como causal adulterio, argumentando que la señora M. había dado a luz un hijo más de un año después de su último encuentro. La señora M. admitió como verdadero el argumento del señor M. pero declaró que el hijo al que había dado a luz había sido procreado a través de inseminación artificial por lo que no se había llevado a cabo ninguna relación sexual adúltera.

Si bien MacCormick acepta que el problema planteado en el caso *MacLennan v.s MacLennan* puede ser tratado como un simple problema de interpretación, mediante la pregunta ¿que constituye adulterio bajo derecho familiar escocés? MacCormick también señala que el problema puede ser afrontado no tanto mediante una interpretación de la ley sino mediante una apreciación de los hechos.⁶¹

La diferencia entre tratar el problema como un problema de interpretación o tratarlo como un problema de clasificación puede ser lógicamente expresada de la siguiente manera:

A) Problema de interpretación:

¿si X ergo Y debe ser entendida con si X1 ergo Y o como si X2 ergo Y?

B) Problema de clasificación:

⁶⁰ MacCormick Neil, Obra citada, p. 93.

⁶¹ MacCormick Neil, obra citada, p. 93-94.

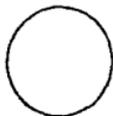
¿los hechos z, q y w que se han presentado en el caso constituyen X?

Aunque el mismo MacCormick acepta que no hay ninguna diferencia lógica entre tratar un problema como problema de interpretación o de clasificación, el profesor escocés apunta interesantes consecuencias jurídicas que se pueden derivar de tratar un caso en una u otra forma.⁶² En algunos sistemas jurídicos, por ejemplo, existen tribunales de apelación que resuelven únicamente cuestiones de derecho y no de hecho. Tratar un problema como de clasificación y no de interpretación, es decir, como de hecho y no de derecho, puede hacer que una resolución dictada por un juzgador de primera instancia no pueda ser revisada por un tribunal de alzada. En materia de precedentes, tratar una cuestión como problema de hecho y no de derecho, puede evitar sentar precedentes en cuanto a la interpretación de cierta norma.

En este punto estamos en desacuerdo con MacCormick. Consideramos que lo que el profesor escocés trata como problemas de interpretación y clasificación son uno y el mismo problema y cualquier diferenciación que se trate de hacer entre los mismos resulta artificial. Juzgamos que al contestar las preguntas ¿por "X ergo Y" debemos entender "si X1 ergo Y" o "si X2 ergo Y"? también estamos contestando la pregunta ¿z,q, y w constituyen X?

Este punto puede ser ilustrado de la siguiente manera: al contestar la pregunta ¿por X debemos entender X1 o X2? debemos con relación a z,q y w, dar una de dos respuestas:

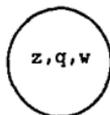
Respuesta 1 = por X debemos entender X1:



z,q,w

⁶² MacCormick, Neil, obra citada, p. 95-96.

Respuesta 2 = por X debemos entender X2:



Al determinar que debe ser entendido por X estamos respondiendo, necesariamente, al cuestionamiento de si z, q, y w constituyen X. Contestar si z, q, y w constituye X implica, necesariamente, y se deriva del cuestionamiento de que debe ser entendido por X.

Volviendo al caso McLennan v.s McLennan. El determinar si bajo derecho de familia escocés, la procreación de un hijo por inseminación artificial constituye adulterio o no, solo puede ser hecha mediante la interpretación de lo que debe ser entendido por adulterio bajo dicho sistema jurídico. Si bajo dicho sistema, un elemento de carácter erótico sexual extramatrimonial está implícito en la definición de adulterio, entonces la inseminación artificial no constituye adulterio. Si en la definición de adulterio bajo dicho sistema no se incluye necesariamente dicho elemento erótico sexual extramatrimonial y se considera como adulterio, por ejemplo, cualquier acto tendiente a la procreación de un hijo extramatrimonial, entonces la inseminación artificial si constituirá adulterio. Es, bajo cualquier punto de vista, un problema de interpretación.

Es por eso que consideramos que una vez salvados los problemas de la relevancia, la interpretación y la prueba; una vez acreditando que lo que se establece como premisa mayor de un "silogismo jurídico" es una norma válida dentro del sistema jurídico en cuestión; una vez acreditando que la interpretación que se le ha dado a dicha premisa mayor es jurídicamente válida; y una vez determinando que conforme a los sistemas de valoración probatoria del sistema jurídico correspondiente los hechos usados como premisa menor del "silogismo

jurídico" deben ser tenidos como verdaderos, dicho "silogismo" basta para justificar una decisión judicial.

CAPITULO III

El Argumento Jurídico Ante las Lagunas del Derecho

CAPITULO III

El Argumento Jurídico Ante las Lagunas del Derecho

a) El Problema de las Lagunas del Derecho.

Hemos descrito en los Capítulos anteriores al derecho como un conjunto de mandatos dictados por el poder político de una comunidad, que por haber satisfecho ciertos criterios (reglas de reconocimiento) son considerados como normas jurídicamente obligatorias de dicha sociedad (reglas primarias), las cuales establecen ciertas conductas como prohibidas y prevén sanciones a ser aplicadas a aquellos miembros de la sociedad que las hayan violado a juicio de otros miembros de la sociedad en cuestión facultados para tomar tales determinaciones. También hemos descrito como deben, los miembros de la sociedad que están facultados para ello, determinar las violaciones a dichas normas jurídicamente obligatorias. Al efecto hemos dicho que tales determinaciones deben realizarse conforme argumentos que satisfagan tres criterios, a saber, que sean racionales, que estén fundamentados dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente y que sean verdaderos. Expusimos como lo anterior se logra mediante "silogismos" en donde la premisa mayor es la norma jurídicamente obligatoria supuestamente violada y las consecuencias que de su materialización se derivan, y la premisa menor las situaciones fácticas del caso. En base a estos silogismos el juzgador debe determinar (a) si la norma supuestamente violada que es usada como premisa mayor efectivamente satisface los requisitos para ser considerada una norma jurídicamente obligatoria bajo el sistema jurídico de la sociedad en cuestión; (b) si la interpretación que se le da a la misma es jurídicamente válida y se materializa mediante las situaciones fácticas usadas como premisa menor; y (c) si las situaciones fácticas usadas como premisa menor ocurrieron en el mundo de los hechos. Expusimos como la estructura del silogismo nos garantiza su racionalidad; la determinación de los

puntos (a) y (b) anteriores nos garantizan su fundamentación dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente y la determinación del punto (c) anterior nos garantiza su veracidad.

Sin embargo, los mandatos que emanan del poder político de una sociedad son limitados y, por lo tanto, limitadas son las situaciones fácticas que regulan. La imaginación de los órganos del poder público encargados de emitir las normas jurídicamente obligatorias siempre se quedará corta con relación a la realidad dando lugar a que se presenten controversias entre los miembros de la sociedad, que al poder público le interesen dirimir, pero sobre las cuales no es aplicable ningún mandato emitido con anterioridad por dicho poder público. Estos son los casos en los que nos encontramos ante lo que la literatura jurídica ha llamado lagunas del Derecho: "La circunstancia en que en un orden jurídico determinado no existe disposición aplicable a una cuestión jurídica (caso, controversia, etc.)"⁶³

b) Soluciones al Problema de las Lagunas del Derecho; Métodos de Autointegración y Métodos de Heterointegración.

Podría parecer a primera vista que ante lagunas del derecho resulta imposible que los argumentos que pongan fin a una controversia cumplan con el requisito de la fundamentación dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente. ¿Como se puede exigir que una contienda sobre una cuestión ignorada por el sistema jurídico correspondiente, sea resuelta conforme a dicho sistema jurídico? La solución mas obvia parece ser, ante tales circunstancias, eliminar ese requisito. Una solución es establecer que ante lagunas del derecho, bastará que los argumentos utilizados por los jueces al dirimir controversias sean racionales y verdaderos. Usar, para esos casos, argumentos del tipo de los empleados bajo las teorías de la razón practica general. Argumentos lógico-deductivos cuya premisa mayor no sea obtenida del sistema jurídico correspondiente. Esta es, sin duda, una solución. Sin embargo, consideramos que no es la única. Opinamos que aún ante una situación de lagunas del derecho, las controversias puedan ser

⁶³ "Diccionario Jurídico Mexicano". Autores varios, bajo la voz "Lagunas del Derecho". Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Edit. Porrúa.

resueltas conforme al sistema jurídico correspondiente y, por tanto, el requisito de la fundamentación del argumento que justifique la decisión judicial al respecto dentro del contexto del propio sistema jurídico puede subsistir.

Es el propio sistema jurídico el que debe de prever, mediante ciertas reglas de integración, si ante las lagunas del derecho se eliminará el requisito de la fundamentación de los argumentos judiciales o subsistirá. Es el propio sistema jurídico el que debe determinar que debe hacer el juzgador cuando se vea ante una laguna del derecho.

Cameluti clasificó en dos los métodos de integración que puede prescribir un sistema jurídico: Los métodos de heterointegración y los métodos de autointegración. Los métodos de heterointegración son aquellos que le permiten al juzgador buscar la solución a la controversia que ante él se ha planteado fuera del propio sistema jurídico cuando en él no se encuentre respuesta (es decir, bajo los que se elimina, ante lagunas del derecho, el requisito de fundamentar las decisiones judiciales dentro del contexto del propio sistema jurídico). Los métodos de autointegración son lo que obligan al juzgador a encontrar la solución al conflicto, aunque el sistema jurídico no la contenga en forma expresa, dentro de los confines del mismo (es decir, aquellos en los que subsiste el requisito de fundamentar las decisiones judiciales conforme al propio sistema jurídico, aún ante lagunas del derecho).

Un método de heterointegración se da, por ejemplo, en los sistemas jurídicos en los que ante lagunas del derecho, el juzgador está facultado a decidir conforme a su sentimiento de "justicia".⁶⁴ No se debe confundir sin embargo, un sistema de heterointegración, en donde existe la exigencia de una solución fundamentada dentro del contexto del sistema jurídico y sólo ante una laguna de éste, se otorga discrecionalidad al juzgador de decidir conforme a sus convicciones personales,

⁶⁴ Un ejemplo clásico de un sistema de heterointegración lo encontramos en el derecho Suizo, en donde el Artículo 1 del Código de las Obligaciones establece que "a falta de una disposición legal aplicable, el juez decidirá según el derecho consuetudinario; y a falta de una costumbre, según las normas que el mismo establecería si fuera el legislador".

con un sistema como el que originalmente era el del "equity"⁶⁵ anglosajón, en donde el juzgador tenía la libertad de decidir conforme a su sentimiento de justicia desde una primera instancia.

Un método de autointegración es el que obliga al juzgador, ante lagunas del derecho, a buscar la solución al conflicto dentro del mismo sistema jurídico, apelando a analogías, principios generales, etc.

El uso de un método de heterointegración es una separación del sistema jurídico. Implica resolver controversias mediante cuestiones extrajurídicas, cuestión que sólo debe ser válida cuando el propio sistema jurídico lo permita en forma expresa. Ante el silencio del sistema sobre que método de integración se debe seguir, se debe estar a un método de autointegración. A continuación expondré una teoría sobre un método de autointegración con el fin de demostrar que un método tal es posible.

Una buena teoría sobre un método de autointegración la encontramos en el pensamiento de Neil MacCormick, en lo que él denomina justificación de segundo orden (second-order justification).⁶⁶ Para el profesor escocés, cuando un juzgador se encuentra ante la necesidad de resolver una controversia a la que no le es aplicable norma jurídica alguna, lo que tiene que hacer es justificar una opción. Como ya mencionamos en el segundo capítulo de este trabajo, una controversia jurídica es siempre una disputa entre dos argumentos jurídicos. En la generalidad de los casos, es el sistema jurídico mismo el que le indica en forma expresa al juzgador por cual de los dos argumentos optar. Cuando el sistema jurídico no indica por cual de los dos argumentos se debe optar, es decir cuando se está ante una laguna del derecho, el juzgador debe decidir por cual optar y debe justificar su opción.

⁶⁵ Una crítica al sistema del "Equity" anglosajón será hecha en el Capítulo IV de éste trabajo.

⁶⁶ MacCormick, Neil, obra citada, Capítulo V.

Para que la opción del juzgador sea justificable, según MacCormick, la misma tiene que tener sentido dentro del contexto del mundo de los hechos y del mundo del derecho.⁶⁷ La decisión del juzgador no puede ser descabellada, ni jurídicamente, ni en el mundo real.

Al resolver un caso el juzgador no debe solo pensar en los méritos del caso concreto y en las consecuencias que se tendrán en ese caso particular en forma exclusiva. El principio de la justicia formal, bajo el cual todos los casos similares deben ser resueltos en forma similar, exige que el juzgador, al resolver un caso, piense en como deber ser resueltos todos los casos similares. Para MacCormick, los argumentos que justifican desde el punto de vista del mundo de los hechos una decisión jurídica, deben ser argumentos consecuencialistas. Argumentos que evalúen las consecuencias en el mundo de los hechos, de decidir en un determinado sentido, no solo el caso particular que ocupe al juzgador en ese momento, sino todos los casos similares. Para resolver entre dos argumentos contrapuestos cuando el sistema jurídico no indique por cual se debe optar, se debe determinar las consecuencia que en el mundo de los hechos tendrá él resolver todas las controversias similares que se plantean en el sentido de cada uno de los argumentos contrapuestos y evaluar dichas consecuencias para resolver en favor del argumento cuyas consecuencias sean más benéficas.⁶⁸

Resulta evidente que el proceso de evaluación de consecuencias prescrito por MacCormick es subjetivo. En la evaluación de cuales consecuencias son preferibles jugará un papel importante las ideas y sentimientos personales del juzgador. Aunque no negamos que el proceso de justificación de segundo orden prescrito por MacCormick tenga cierto grado de subjetivismo, creemos que este es en gran parte minimizado con el segundo requisito de dicho proceso: que la decisión tenga sentido dentro del mundo del derecho. No basta que la decisión haga sentido en el mundo de los hechos (que sus consecuencias sean deseables) sino que también tiene que hacer sentido en el mundo del derecho.⁶⁹

⁶⁷ MacCormick, Neil, obra citada, p. 103.

⁶⁸ MacCormick, Neil, obra citada, p. 105.

⁶⁹ MacCormick, Neil, obra citada, p. 106.

Neil MacCormick sostiene que un argumento hace sentido en el mundo del derecho si la premisa mayor del mismo reúne los requisitos que él denomina de consistencia y de coherencia. El requisito de consistencia es el que obliga a que la premisa mayor del silogismo no contravenga a ninguna norma jurídicamente válida en el sistema en cuestión. El requisito de coherencia es el que obliga a que la premisa mayor del silogismo no solo no contravenga al sistema jurídico, sino que vaya de acuerdo con él; que persiga fines que el sistema jurídico persiga y que se base en principios en los que el sistema jurídico se basa. Son estos requisitos, el de consistencia y el de coherencia con el sistema jurídico, los que convierten al método de justificación de segundo orden propuesto por MacCormick en un método de autointegración. Analicemos más a fondo estos requisitos.

Los sistemas jurídicos, como bien apunta MacCormick, no solo son consistentes en tanto que evitan contradicciones entre sus normas y establecen mecanismos de solución para cuando éstas se presentan, sino que también son coherentes. Están organizados de manera que persiguen fines determinados. La restitución del daño erróneamente causado, la voluntad de las partes como ley suprema de los contratos, la presunción en derecho penal de que todo hombre es inocente hasta que se pruebe lo contrario, todos estos pueden ser principios generales perseguidos por distintos sistemas jurídicos. Los sistemas jurídicos que los persiguen contienen distintas normas jurídicas tendientes a su consecución.

Sería ridículo, por ejemplo, bajo derecho mexicano, expedir una norma jurídica que prohibiera a los ciudadanos mexicanos vestirse de color rojo. Si bien dicha norma no sería inconsistente con el sistema jurídico mexicano, pues no contradice ninguna norma actualmente en vigor bajo dicho sistema, dicha norma sí sería incoherente con el sistema en cuestión, pues no persigue ningún fin perseguido por ese sistema. Si bien sería ridículo pensar, por ejemplo, en expedir una norma bajo el sistema jurídico mexicano que prohibiera a las mujeres aparecer en público con el rostro descubierto, pues dicha norma no persigue ningún fin que sea perseguido por el sistema jurídico mexicano, a lo mejor una norma de tal naturaleza sería coherente con el sistema jurídico de algún país en el medio

oriente que considere indeseable que las mujeres aparezcan en público con el rostro descubierto.

Así como las normas de un sistema jurídico deben ser consistentes y coherentes con dicho sistema, las decisiones de los jueces bajo un sistema jurídico también deben ser consistentes y coherentes con el mismo. El requisito de consistencia es relativamente claro. Un juzgador perito en derecho, debe ser capaz de asegurarse que las decisiones que dicte no contradigan ninguna norma del sistema jurídico bajo el que actúa. Sin embargo, ¿cómo probar que una decisión es coherente con el sistema jurídico? ¿Cómo probar que una decisión persigue los mismos fines que el sistema jurídico bajo el que fue dictada?

MacCormick apunta que la coherencia de una decisión judicial con el sistema jurídico bajo el que fue dictada puede demostrarse mediante principios generales o mediante analogías⁷⁰. Queda claro que una decisión fue dictada por un juez en forma coherente con el sistema jurídico bajo el que se dictó, si se demuestra que el fin que persigue dicha decisión es también perseguido por dicho sistema jurídico. También queda claro que una decisión fue dictada por un juez en forma coherente con el sistema jurídico bajo el que se dictó, si se demuestra que la decisión se tomó en el mismo sentido en el que se había ya resuelto un caso análogo bajo el mismo sistema jurídico.

Mostrar la coherencia de una decisión judicial con respecto al sistema jurídico bajo el que se dictó a través de su relación con principios generales perseguidos por dicho sistema jurídico, o hacerlo a través de su relación con casos análogos resueltos previamente bajo ese sistema jurídico resulta, a nuestra manera de ver, en esencia, la misma operación lógica. De las dos formas se está demostrando que la decisión ha sido tomada conforme a los principios perseguidos por el sistema jurídico. La única diferencia radica en que en el primer caso se demuestra la relación de la decisión con los principios del sistema jurídico en forma directa, mientras que en el segundo caso, mediante el uso de analogías, se

⁷⁰ MacCormick, Neil, obra citada, Capítulo VII

demuestra en forma indirecta. En esencia, lo que hacemos al relacionar una decisión judicial con un caso análogo que fue resuelto conforme a normas establecidas para la consecución de los fines que el sistema jurídico persigue, es demostrar que la decisión fue resuelta conforme a esos mismos fines.

Esta teoría de la justificación de segundo orden expuesta por MacCormick, que implica la necesidad de que las decisiones judiciales dictadas ante las lagunas del derecho tengan sentido tanto en el mundo de los hechos como en el mundo del derecho, puede ser resumida en una frase comúnmente usada en la literatura jurídica anglosajona y que dice que los jueces deben hacer "justicia de acuerdo al derecho" ("justice according to law"). Lo que esta frase quiere decir es que los jueces deben tomar la decisión más "justa", pero siempre dentro de los marcos del sistema jurídico. Poniéndolo en los términos de MacCormick, que los jueces deben tomar la decisión cuyas consecuencias sean más deseables en el mundo de los hechos, siempre y cuando la misma sea consistente y coherente con el sistema jurídico. Como se puede ver de lo aquí expuesto, la teoría de la justificación de segundo orden de MacCormick demuestra que es posible que los argumentos que justifican las decisiones judiciales cumplan con el requisito de estar fundamentadas en el contexto del sistema jurídico correspondiente, aún ante lagunas en dicho sistema.

Al tratar el tema de los precedentes judiciales y de la costumbre en el segundo capítulo de este trabajo, apuntamos que si la aplicación de éstos como normas jurídicamente obligatorias por parte del juzgador no era en sí misma obligatoria para éste, no podíamos considerar a las mismas como normas jurídicas del sistema en cuestión. Sin embargo, también apuntamos que aún no siendo de aplicación obligatoria para el juzgador, los precedentes judiciales y las costumbres podían ser usadas por éste en la decisión de controversias para las que no hubiese norma jurídica válida aplicable; esto es, cuando se estuviese ante lagunas del derecho. Estas aseveraciones son consistentes con la teoría de la justificación de segundo orden de MacCormick. Ya señalamos que bajo dicha teoría las controversias para las que no hay una norma jurídica aplicable en el sistema jurídico correspondiente, deben de ser resueltas en forma que haga sentido en el mundo de los hechos y en forma que sea consistente y coherente

con el sistema jurídico. La forma de demostrar que una decisión es coherente con el sistema jurídico es relacionándola con casos análogos resueltos previamente bajo dicho sistema jurídico, y aquí es donde precedentes judiciales pueden ser usados aunque su aplicación no sea obligatoria para el juzgador. Respecto a la costumbre, ¿qué mejor forma de demostrar que una decisión hace sentido en el mundo de los hechos que relacionándola con las costumbres del lugar?

CAPITULO IV

Los Procesos "Discrecionales" de Solución de Controversias

CAPITULO IV

Los Procesos "Discrecionales" de Solución de Controversias

a) Las Teorías Subjetivas de Solución de Controversias.

En los primeros tres capítulos de este trabajo, hemos abogado por un proceso "racional" de solución de controversias por parte de los órganos estatales facultados y encargados de dirimir las. Establecimos en el primer capítulo de esta investigación, que para lograr que un sistema jurídico sea capaz de brindar seguridad jurídica plena, las controversias dirimidas bajo el mismo deben ser resueltas conforme a reglas objetivas preestablecidas y no conforme a sentimientos y juicios de valor subjetivos como, por ejemplo, el de "justicia". Por lo anterior, analizamos en los capítulos segundo y tercero del presente trabajo, una teoría de la argumentación jurídica que exige del juzgador que dirime una controversia, justificar la solución que da a la misma mediante argumentos racionales lógico-deductivos que se deriven de normas jurídicas válidas preestablecidas en el sistema jurídico correspondiente o, a falta de ésta, de una norma jurídica "creada" por el juzgador que haga sentido en el mundo de los hechos pero que encuentre su fundamento en el propio sistema jurídico correspondiente; que sea consistente y coherente con dicho sistema.

Si bien establecimos de una manera muy general en el primer capítulo de este trabajo las razones que nos llevan a abogar por un sistema "racional" y a alejarnos de un sistema "subjetivo" de solución de controversias (llamamos "subjetivos" a los sistemas de solución de controversias que le permiten al juzgador resolver contiendas conforme a sus sentimientos de justicia, y no necesariamente mediante la aplicación estricta de normas jurídicas preestablecidas), alegando la imposibilidad de este último para brindar seguridad jurídica plena, los argumentos entonces vertidos se antojan como insuficientes para refutar una teoría, la del juez como paladín de la justicia, que no sólo es muy

atractiva desde un punto de vista romántico sino que también ha gozado de una gran aceptabilidad, en todos los tiempos, por parte de ilustres jurisperitos. La generalidad de los argumentos que vertimos en contra de las teorías "subjetivas" de solución de controversias en el primer capítulo de este trabajo, parecen no hacerle justicia a la gran aceptación que estas teorías han tenido a través del tiempo. Por lo anterior, en el presente capítulo intentaremos exponer de una forma más detallada nuestros argumentos en contra de estas teorías "subjetivas".

Ciertamente una teoría que nos dibuja al juzgador como un vehemente luchador por la "justicia" es más atractiva que una que lo presenta como un mero técnico aplicador de normas jurídicas, cuya obligación se limita a dar soluciones racionales a controversias conforme a un sistema de normas preestablecidas. Mentiría si no aceptara que esta imagen romántica del derecho fue una de los motivos que me llevaron a elegir la profesión de la abogacía. Quizá en la ilusión de todo joven estudiante de derecho se encuentra algo de este romanticismo. Sin embargo, aceptar que una teoría es la más atractiva desde un punto de vista romántico, no es, necesariamente, aceptar que la misma sea la más conveniente desde un punto de vista técnico, o la idónea para conseguir los fines que persigue.

No obstante lo anterior, las teorías que buscan en el juzgador un procurador de justicia más que un aplicador del derecho han tenido gran aceptación a lo largo de la historia. Encontramos dentro de los regímenes antiguos de derecho, mecanismos de solución de controversias en donde las mismas se resolvían no conforme a argumentos racionales derivados de normas jurídicas preestablecidas sino conforme al sentimiento de justicia de un soberano. La Biblia, por ejemplo, nos da cuenta de un sistema de solución de conflictos de esta naturaleza, mediante la narración que en elogio de la sabiduría del rey Salomón⁷¹ hace de una de las más célebres sentencias jamás dictadas:

⁷¹ Salomón Rey Israelita, que reinó de 970-31 A.C., hijo y sucesor de David, quien le pidió a Dios que le diera un corazón prudente para juzgar a su pueblo y poder discernir entre lo bueno y lo malo, "y cuya sabiduría se decía que sobrepasaba la de todos los hijos de oriente y la de todo Egipto: fué más sabio que hombre alguno". Ver Borowrrig Ronald y Comay, Joan, "Who's who in the Bible", bajo la voz "Salomon", Edit. Bonanza Books, Nueva York.

"Vinieron por entonces al rey, y se presentaron ante él dos mujeres de mala vida. Dijo una de ellas: "Escucha mi señor: yo moraba con esta mujer en la misma casa y allí di a luz un niño. A los tres días dio también ella a luz un niño. Habítbamos juntas y ningún extraño había entrado en la casa; no había allá mas que las dos. El hijo de esta mujer murió una noche por haberse ella acostado sobre él, y ella, levantándose en medio de la noche, me quitó de mi lado a mi hijo, mientras tu sierva dormía, y púsolo a su lado, dejando al mío a su hijo muerto. Cuando yo me levanté por la mañana, vi que no era mi hijo, el que yo había parido. La otra mujer dijo: "mi hijo es el que vive; es el tuyo el que ha muerto". Y la primera replicaba "no tu hijo es el muerto, y el mío el vivo".

Y así disputaban en presencia del rey. Tomó entonces el rey la palabra "La una dice: Mi hijo es el que vive, el tuyo ha muerto; y la otra dice: No, es el tuyo el que ha muerto y el mío vive", y añadió "Traedme una espada". Trajeron al rey la espada, y él dijo: "Partid por el medio al niño vivo y dad la mitad de él a la una y la otra mitad a la otra"

Entonces la mujer cuyo era el niño vivo dijo al rey, pues se le conmovían todas las entrañas por su hijo: "Oh señor rey, dadle a ésa el niño, pero vivo, que no le maten". Mientras que la otra decía: "Ni para mi ni para tí: que le partan". Entonces dijo el rey: "Dad a la primera el niño vivo, sin matarle; ella es su madre". Todo Israel supo de la sentencia que el rey había pronunciado, y todos temieron al rey, viendo que había en él una sabiduría divina para hacer justicia."⁷²

De los párrafos bíblicos transcritos se desprende que en el reino de Salomón, Salomón ponía fin a las controversias que entre su súbditos se presentaban, no mediante argumentos racionales derivados de normas generales preestablecidas sino mediante lo que él consideraba que era justo. Salomón pasó a la historia

⁷² La Sagrada Biblia, Antiguo Testamento, I Reyes 3.

como un hombre justo y sabio, por lo que podemos decir que su sistema de impartición de justicia fue aceptado y celebrado.

Otros pasajes literarios nos enseñan, en otras épocas, otros sistemas de solución de controversias en donde el criterio de decisión se limitaba a la decisión autoritaria de un soberano. Roscoe Pound cita, por ejemplo, la descripción que Kipling hace en su libro "The Ameer's Homily" de la corte del soberano oriental:

"By the custom of the East, any man or woman having a complaint to make, or an enemy against whom to be avenged, has the right of speaking face to face with the king at the daily public audience.... The privilege of open speech is of course exercised at certain personal risk. The king may be pleased and raise the speaker to honour for that very bluntness of speech which three minutes later brings a too imitative petitioner to the ever-ready blade".⁷³

Quizá el ejemplo más trascendente de un sistema de solución de controversias basado en los sentimientos de "justicia" del juzgador lo encontramos en la historia del derecho Inglés, en el sistema de la "equity"⁷⁴, que tanta importancia ha tenido en el desarrollo de la jurisprudencia inglesa y norteamericana. Este sistema, encuentra sus orígenes en la Inglaterra de la edad media, en donde los litigantes que no encontraban justicia en las cortes del "Common Law", podían referirse al rey quien a través del "Chancellor" resolvía los conflictos poniendo mayor atención a los méritos del caso concreto que a precedentes. El hecho de que originalmente el "Chancellor" (posteriormente llamado "Lord Chancellor") resolviera las controversias más como un *Arbitrum boni viri* que como un aplicador de normas jurídicas llevó al jurista John Seldon a declarar que el "equity varía conforme al tamaño del pie del Chancellor"⁷⁵.

⁷³ Cita de Pound, Roscoe, "Justice According to Law", 13 Columbia Law Review, 696 (1913); citada a su vez por Wasserstrom, Richard A., obra citada. p. 86.

⁷⁴ Ver James, Phillips, "Introducción to English Law", p. 30-33, Edit. Butterworths, London 1979; ver también "A concise Dictionary of Law", bajo la voz "Equity", Oxford University Press, 1990.

⁷⁵ "Equity is a roughish thing. For Law we have to measure, know what to trust to; Equity is according to the conscience of him that is the Chancellor, and as that is larger or narrower, so is Equity. tis all one as if

Pero entonces, si la historia nos demuestra que han habido sistemas de solución de controversias que le otorgaban discrecionalidad al juzgador para decidir conforme a sus sentimientos personales, que no le exigían argumentar sus decisiones en forma racional y que en su tiempo fueron aceptados ¿porqué empeñarnos ahora en exigir que las controversias sean resueltas en forma racionalmente justificable? ¿Porqué, podría preguntarse, un sistema que otorga discrecionalidad al juzgador para decidir conforme a su sentimiento de justicia, que fue aceptado en la antigüedad es inaceptable ahora? ¿Porqué nos vemos obligados a rechazar una teoría que es claramente más atractiva desde el punto de vista romántico que su antítesis?

Creo que las respuestas a las preguntas anteriores está relacionada con la seguridad jurídica; con el grado de seguridad jurídica que se necesitó en el pasado, con el que se necesita ahora y con el que los sistemas "subjetivos" de solución de controversias pueden dar. Con esto no quiero decir que antes, cuando los sistemas subjetivos de solución de controversias eran aceptados o aceptables, no se tuviera la necesidad de seguridad jurídica. Simplemente quiero decir que, en mi opinión, el grado de seguridad jurídica que se necesitaba tener en la antigüedad era menor al que es necesario ahora.

Tal vez de lo expuesto en el primer capítulo de esta investigación, y de lo dicho hasta ahora en este capítulo pudiera parecer que deseamos presentar a los sistemas subjetivos de solución de controversias como procesos totalmente irracionales en donde no se tiene la menor idea de la forma en la que se resolverán las contiendas planteadas. Un sistema que exige de un juzgador dictar una sentencia "justa" conforme a los méritos de un caso concreto, sí puede brindar cierto grado de seguridad jurídica, si el propio sistema establece mecanismos para asegurarse que las personas que lleguen a estar encargados

they should make the standard for the measure we call a "foot" a Chancellor's foot; what an uncertain measure would this be! One Chancellors has a long foot, an other a short foot, a third an indifferent foot. Tis the same thing in the Chacellor's conscience.", frase de John Seldon, ver Sharnger, David, y Frost, Elizabeth, "The Quotable Lawyer", p. 97. Facts on File Publications.

de la función judicial sean personas de "juicio razonable" ⁷⁶. Podríamos tener cierto grado de seguridad de que bajo un sistema tal no se dictarían sentencias descabelladas, y eso, desde luego, da cierto grado de seguridad jurídica. Después de todo, en personas de "juicio razonable", "la supuesta voluntad (o actos psicológicos más vagamente sugeridos: Intuición emocional, "hunch", instinto, "olfato", etc.) nunca es tan irracional como se pretende. Siempre es posible elaborar y, eventualmente, verificar algunas hipótesis sobre la motivación del acto volitivo -que es un comportamiento de un individuo en un cierto contexto social-, que no lo convierte en un hecho inexplicable, único, inefable, del cual a la postre sólo se tendría algún tipo de revelación intuitiva".⁷⁷ Sin embargo, ir más allá de asegurar que las contiendas no serán resueltas descabelladamente y tratar de pronosticar, bajo un sistema tal, en que sentido resolverá cierta controversia un juzgador, especialmente en los casos cuando la justicia o injusticia de resolver en un sentido o en otro no es tan evidente sería aventurado. Bajo un sistema tal, podríamos tener cierta seguridad de que las consecuencias que se le adjudiquen a nuestros actos no serán descabelladas. Sin embargo, no hay forma de predecir cuales serían esas consecuencias. Bajo el reino del Rey Salomón y bajo el sistema original del Equity anglosajón, probablemente se podía tener cierta seguridad jurídica, en el sentido de que las controversias no eran resueltas en forma descabellada. Sin embargo, bajo esos sistemas pronosticar el sentido en el que serían resueltas las controversias planteadas hubiera sido arriesgado.

Quizá hasta antes de la revolución industrial, el saber que las consecuencias jurídicas que se le adjudicarían a los actos de una persona no serían descabellados era suficiente seguridad jurídica (a este tipo de seguridad jurídica es a la que llamo "seguridad jurídica relativa"). Sin embargo, a partir de la revolución industrial, el desarrollo de la industria y el comercio provocó tal transformación en el estilo de vida de todo el mundo civilizado, que a partir de

⁷⁶ Un sistema que otorgue discrecionalidad al juzgador para resolver controversias conforme a sus sentimientos particulares de justicia sólo puede brindar seguridad jurídica si cuenta con mecanismos para asegurar que sólo llegarán a estar encargados de la función judicial, personas de "juicio razonable". Vale, con respecto a estos sistemas, la frase de Ehrlich: "No hay otra garantía de justicia que la personalidad del juez". (Frase citada por Cardozo, Benjamín N., obra citada.)

⁷⁷ R.J. Vernengo, "La Interpretación Jurídica", p. 14, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. UNAM, 1977.

entonces ya no fue suficiente saber que las consecuencias que se le adjudiquen a nuestros actos no serían descabelladas. A partir de entonces se convirtió en necesario saber, de ante mano, cuales serían esas consecuencias. Saber las consecuencias jurídicas de nuestros actos aún antes de realizarlos (este tipo de seguridad jurídica es a la que llamo "seguridad jurídica plena") sólo es posible si las mismas son determinadas conforme a normas preestablecidas, conforme a métodos de decisión como el analizado en los capítulos segundo y tercero de este trabajo.

Lo anterior parece corroborarse si se analiza el caso del sistema del Equity anglosajón. Si bien en los orígenes de este sistema, como ya se dijo, el juzgador resolvía las controversias que ante él se planteaban como un *arbitrum boni viri*, lo expresado en el párrafo anterior obligó a este sistema a irse convirtiendo, poco a poco, en un conjunto de reglas a ser aplicadas con cierto grado de rigidez. Si bien nunca llegó a ser un sistema tan rígido como el del "Common Law", el sistema del Equity, para el siglo XIX, estaba basado en precedentes casi en la misma medida que el sistema del "Common Law".⁷⁸

Si analizamos el mundo de la industria y el comercio de hoy en día, nos damos cuenta que los hombres de negocios entran, a diario, en operaciones contractuales de cuyas consecuencias necesitan estar plenamente seguros. Esto ha llegado a extremos tales que, en países de una alta litigiosidad, como los Estados Unidos de América, se ha convertido en algo prácticamente imposible hacer una propuesta de negocios sin recibir como respuesta la frase de "First let me talk to my lawyer". En el mundo de los negocios de hoy en día, y aún en el mundo de las operaciones civiles, ya no basta saber que un juez competente resolverá "razonablemente" cualquier controversia que pueda llegar a surgir. Ahora es necesario saber exactamente como la resolverá. Es en base a ese conocimiento de las consecuencias jurídicas de un acto que las partes lo celebran. Wasserstrom insiste en este mismo punto, al analizar la conveniencia de la obligatoriedad de los precedentes. Al efecto señala:

⁷⁸ James, Philip S., obra citada, p. 31-32.

"On the basis of a knowledge of judicial decisions that have already been made and of judicial rules that have already been enunciated, people enter into all kinds of relationships that may at some time in the future be the subject of judicial litigation and decision. In effect, this belief that the courts will follow precedent has induced great numbers of people to commit themselves to far reaching, far from trivial, and often irrevocable courses of action. Therefore, it would be of the very essence of injustice were the judiciary to refuse to give anything but the same effect to these transactions when and if they may be presented for adjudication..."⁷⁹.

Lo apuntado por Wasserstrom en relación con los precedentes puede ser aplicado a cualquier tipo de norma jurídica preestablecida.

La imposibilidad de obtener seguridad jurídica plena mediante un sistema que otorgue discrecionalidad al juzgador par resolver las controversias que ante él se planteen conforme a lo que él considere "justo", está implícita en el elemento personal que necesariamente acompaña a este sistema. Cuando la decisión de una contienda será hecha conforme a consideraciones personales, la predictibilidad de la misma se vuelve imposible, y con ella la imposibilidad de tener seguridad jurídica plena.

Aparte del problema principal de que un sistema "subjetivo" solo puede brindar una seguridad jurídica relativa, el elemento personal implícito en el mismo acarrea un segundo problema. Es evidente que en algunas controversias jurídicas el resolver en un sentido puede aparecer como lo "justo" para la mayoría de la gente. Es más, para los efectos de esta exposición, digamos que hay casos en donde la solución "justa" de una controversia jurídica resulta obvia para cualquier persona medianamente "razonable". Sin embargo, es igualmente evidente que hay algunos casos en donde la solución "justa" de una controversia jurídica puede no ser tan obvia y en estos casos es perfectamente concebible que dos personas

⁷⁹ Wasserstrom, Richard A., obra citada. p. 67.

"razonables" opinen en forma diferente sobre cual es la decisión "justa". Lo anterior nos lleva necesariamente a aceptar que si no es mediante deducciones racionales derivadas de reglas preestablecidas, dos casos similares puedan ser resueltos en forma diferente por dos jueces diferentes, aunque ambos sean personas "razonables". Lo anterior es claramente contrario a un principio ya mencionado anteriormente en este trabajo, el de la justicia formal, en virtud del cual los casos similares deben ser resueltos en forma igual. Parece injusto que dos casos con idéntica *ratio decidendi* sean resueltos en forma diferente y que la suerte de cada una de la partes de esos dos casos dependa de quien sea el juez en turno. Parece paradójico, pero injusticias de esta naturaleza pueden cometerse bajo sistemas que exigen de sus jueces guiarse por la justicia.

Permitaseme hacer notar un tercer problema que presentan los sistemas que otorgan discrecionalidad al juzgador para dictar su resolución conforme a los méritos del caso concreto. Muchas veces la decisión que puede antojarse como "justa" en un caso concreto, puede no ser la más conveniente en cuanto a las consecuencias que tendría aplicarla en la generalidad de los casos. Pensemos en un ejemplo: existe un principio en diversos sistemas jurídicos en virtud del cual se tiene a la voluntad de las partes como la ley suprema de los contratos. Bajo este principio, las partes que celebran un contrato quedan obligadas en los términos de lo pactado. El principio en cuestión ya estaba consagrado en el derecho romano, como se desprende de la máxima "*pacta sunt servanda*", que puede ser traducida como "los pactos se hacen para ser cumplidos". En virtud de este principio, todo tipo de personas entran en relaciones contractuales con la confianza de que su contraparte cumplirá lo prometido o el aparato estatal hará que lo cumplan o que indemnicen por el no cumplimiento. Las excepciones a este principio están contenidas en cada sistema jurídico que consagra el mismo y tienen que ver con cuestiones como vicios en el consentimiento, casos fortuitos o de fuerza mayor, etc. Si no se está ante un caso de excepción consagrado por el sistema jurídico, el principio rige, y por tanto las partes quedan obligadas conforme al contrato celebrado. Supongamos un caso en donde una gran empresa, de esas que cuentan con ejércitos de abogados, celebra un contrato con una pobre viejecita que no cuenta con la más mínima asesoría, y que sin llegar a constituir lesión o cualquier otro vicio del consentimiento, los beneficios del contrato están cargados hacia el lado de la empresa. Supongamos que

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

incluso, la viejecita aceptó pagar una cuantiosa suma como pena convencional en caso de incumplimiento. La viejecita simplemente hizo un mal trato. Hagamos el ejemplo aún más drástico y digamos que debido a tragedias personales la viejecita no cumple el contrato y la gran empresa le demanda el pago de la pena convencional. Este es un clásico ejemplo de un caso de los denominados de David contra Goliat, el gigante contra el pequeño. Si bien bajo el principio de la voluntad de las partes como ley suprema de los contratos se debe condenar a la viejecita al pago de la pena convencional, atendiendo exclusivamente a los méritos del caso concreto, en donde una gran empresa con su ejército de abogados, celebra un contrato aprovechándose de una pobre viejecita, quien debido a tragedias personales no puede cumplirlo y es demandada por el pago de una cantidad que si bien a la gran empresa no le significa mucho a la viejecita le significa la ruina total, el juez en turno puede considerar como "justo" fallar a favor de la viejecita. Después de todo el daño que se le causaría a la gran empresa con un fallo tal, no es comparable con el daño que se le causaría a la viejecita con un fallo en favor de la empresa. Podría argumentarse que las consecuencias de fallar en favor de la viejecita son preferibles a las de fallar en favor de la empresa. Sin embargo, las consecuencias de hacer este tipo de consideraciones en la generalidad de los casos en donde hay un fuerte y un débil serían catastróficas. Ninguna gran empresa estaría dispuesta a celebrar contratos con personas que por razón de su desigualdad pudieran recibir un trato preferencial en caso de llegar a juicio. Los bancos se negarían a darle créditos a personas necesitadas; los propietarios de inmuebles se negarían a arrendarlos a pobrecitas viejecitas, etc. Se ha dicho que la justicia no consiste en tratar a todos como iguales sino en tratar a los desiguales como desiguales. Si esta concepción de justicia se aplica a la generalidad de los casos, se podría ahuyentar a los fuertes de celebrar contratos con los débiles, en evidente perjuicio de los débiles.

b) Las Teorías Intermedias de Solución de Controversias.

Argumentos como los vertidos en este capítulo en contra de las teorías que otorgan discrecionalidad a los juzgadores para dirimir las controversias ante ellos planteadas conforme a sus sentimientos de justicia, han llevado a algunos autores a buscar algún punto medio entre esas teorías y las que implican la necesidad de

justificar las decisiones judiciales por medio de argumentos racionales derivados de normas jurídicas preestablecidas. A continuación analizaremos algunas de estas teorías para ver si pueden librar los inconvenientes que hemos hecho notar en relación con las teorías subjetivas.

Una de estas teorías intermedias es la teoría de la bifurcación expuesta por Roscoe Pound.⁸⁰ Según esta teoría, algunas clases de casos deben ser resueltos conforme a deducciones lógicas partiendo de normas preestablecidas y otras clases de casos deben ser resueltos conforme a la intuición del juzgador. Concretamente Pound sugiere resolver conforme al proceso lógico deductivo todas las cuestiones relacionadas con contratos y derechos de propiedad y conforme al proceso discrecional los asuntos relacionados con el factor humano, como por ejemplo, indemnizaciones por daño moral. La diferencia entre las dos clases de casos parece estar para Pound en que un contrato o un título de crédito debe ser tratado igual que cualquier otro contrato o título de crédito, y por ende, asuntos de esta índole pueden resolverse conforme a normas generales, pero que cuestiones como demandas por daño moral o cualquier otra que tenga que ver con la condición humana solo pueden ser tratadas conforme a los atributos del caso concreto.

No estamos de acuerdo con la teoría de la bifurcación, pues consideramos que es imposible hacer la división que Pound pretende hacer entre casos que tienen que ver con el factor humano y casos que no. Desde nuestro punto de vista, todos los actos jurídicos tienen que ver con la conducta y condición humana. Desde un punto de vista humanitario, igual de emocional puede ser un juicio que verse sobre la propiedad de un inmueble que un juicio en donde se demande una indemnización por concepto de daño moral. Tan diferentes pueden ser dos asuntos en materia contractual como dos asuntos en materia de responsabilidad objetiva. Tan importantes pueden ser los atributos del caso concreto en un juicio en materia mercantil que en una controversia familiar.

⁸⁰ Ver Wasserstrom, Richard A., obra citada, p. 98.

Otras teorías que se derivan de aquella que otorga discrecionalidad al juzgador para resolver controversias conforme a su sentimiento de justicia son las teorías utilitaristas⁸¹. Bajo una postura extrema de estas teorías, el juez debe decidir las controversias ante él planteadas conforme a la conveniencia de sus consecuencias generales. El punto a resolver bajo esta postura no es cual es la decisión más justa para el caso concreto, sino cual es la decisión que adoptada en la generalidad de los casos similares tendría las consecuencias más convenientes para la generalidad de la sociedad.

Si bien esta postura extrema de la teoría utilitaria libra el tercer problema planteado en relación con las teorías discrecionales en este capítulo, esto es, el que en muchas ocasiones la solución que se antoja como la más justa en un caso concreto no es necesariamente la más conveniente a ser aplicada en la generalidad de los casos, creemos que esta postura no libra los primeros dos problemas que hicimos notar respecto a las teorías subjetivas. El evaluar las consecuencias que en la sociedad tendrá adoptar en la generalidad de los casos de un mismo tipo una decisión en particular implica un proceso de evaluación totalmente subjetivo, influido por los sentimientos personales del juzgador (¿que es lo más conveniente para él?) y por tanto impredecible. Nada nos asegura, bajo esta postura, que todos los jueces ante los que se resuelvan casos similares resolverán en forma similar, ya que cada uno puede tener diferentes opiniones sobre las consecuencias de adoptar una decisión en todos los casos similares y sobre la conveniencia de éstas. Este elemento personal hace que bajo esta postura, al igual que bajo la teoría que exige del juzgador tomar la decisión más justa conforme a los méritos del caso concreto, las decisiones judiciales sean impredecibles y que, por tanto, la seguridad jurídica brindada solo pueda ser relativa. Bajo esta postura, también se corre el peligro de que dos casos con la misma *ratio decidendi* sean decididos en forma diferente, por jueces diferentes, en perjuicio del principio de la justicia formal.

Una postura más moderada dentro de las teorías utilitaristas, es la teoría del procedimiento de justificación de dos niveles, expuesta por Richard A.

⁸¹ Ver Wasserstrom, Richard A., obra citada, Capítulo 6.

Wasserstrom en su libro "The Judicial Decisión"⁸². En este libro, después de analizar las conveniencias e inconveniencias de un sistema de adjudicación de controversias basado exclusivamente en precedentes judiciales, y de un sistema de adjudicación de controversias basado exclusivamente en los méritos del caso en cuestión, Wasserstrom propone un sistema que implique dos niveles de justificación⁸³: primero, toda decisión judicial debe ser justificada en términos deductivos, partiendo de una norma jurídica válida. En este nivel de justificación Wasserstrom propone una especie de argumentación del tipo descrito por MacCormick como justificación de primer orden, mismo que ha sido expuesto en el segundo capítulo de este trabajo. Sin embargo, en un segundo nivel de justificación, bajo la teoría de Wasserstrom, la norma jurídica mediante la cual se justifica la decisión debe ser, a su vez, justificada en términos utilitarios. Debe de ser demostrada como una norma cuyas consecuencias sean deseables.

Si bien a primera vista podría parecer que la teoría de Wasserstrom evita la rigidez de un procedimiento puramente deductivo, y al mismo tiempo limita, mediante la exigencia de una justificación deductiva, la subjetividad de los procesos exclusivamente utilitaristas o consecuencialistas, un estudio más detenido de la teoría en cuestión nos hace notar que la misma cae en el mismo defecto de subjetividad que el resto de las teorías de adjudicación que conceden amplia discrecionalidad al juzgador. Bajo la teoría de Wasserstrom, el requisito de la justificación deductiva está supeditado a la determinación que haga el juzgador sobre la deseabilidad de la norma jurídica que está aplicando. Dotar al juzgador con la capacidad de aplicar o no las normas jurídicas, o dotarlo con la capacidad de aplicarlas sólo cuando las considere deseables son cuestiones muy similares. La teoría de Wasserstrom cae en el subjetivismo que impide la predictibilidad de las decisiones judiciales y que puede provocar que dos casos similares sean resueltos en forma diferente. ¿De qué sirve que se establezca la necesidad de justificar las decisiones judiciales mediante argumentos racionales derivados de normas jurídicas si se le dota al juzgador con la capacidad de determinar cuales normas jurídicas seguir y cuales no?

⁸² Wasserstrom Richard A., "The Judicial Decision; Toward a Theory of Legal Justification"; Stanford University Press, 1961

⁸³ Wasserstrom, Richard A., obra citada, Capítulo 7

Podría cuestionarse cual es la diferencia entre el subjetivismo implícito en el procedimiento sugerido por Wasserstrom y el implícito en la justificación de segundo orden propuesto por MacCormick, que expusimos en el capítulo III de este trabajo. Para nosotros existen dos diferencias fundamentales que hacen más aceptable la tesis de MacCormick que la de Wasserstrom. La primera consiste en que si bien el proceso de justificación de segundo orden propuesto por MacCormick contiene elementos subjetivos, en cuanto a la consideración de consecuencias, este proceso sólo es aplicable en los casos de que se esté ante una laguna del derecho. Si el sistema jurídico correspondiente contiene una norma jurídica aplicable al caso concreto, bajo la teoría de MacCormick, esta se aplica sin mayor cuestionamiento consecuencialista. En la Teoría de Wasserstrom, en cambio, aún habiendo una norma jurídica aplicable al caso concreto en el sistema jurídico correspondiente, la aplicación de ésta está sujeta a una evaluación utilitarista de la misma por parte del juzgador. La segunda diferencia consiste en que mientras en la teoría de Wasserstrom el elemento legal está supeditado al elemento utilitarista, es decir, la norma jurídica no se aplica si su aplicación no es conveniente desde un punto de vista utilitarista, en la teoría de MacCormick, aún en el proceso de justificación de segundo orden, el elemento consecuencialista está subordinado al legal. Se debe dictar la solución más conveniente desde el punto de vista consecuencialista, de entre las que sean consistentes y coherentes con el sistema jurídico. El mismo MacCormick señala que "no importa que tan deseable pueda ser una decisión desde el punto de vista consecuencialista, la misma no puede ser adoptada si contradice un precepto válido y obligatorio del sistema [jurídico en cuestión]"⁸⁴

Otra postura moderada dentro de las teorías utilitarias, quizá la postura más aceptable dentro de las teorías intermedias, es la que exige al juzgador resolver las controversias ante él planteadas conforme a normas preestablecidas, como en el caso de la teoría expuesta en los primeros tres capítulos de este trabajo, pero exige que estas normas preestablecidas sean justificables desde un punto de vista utilitarista; esto es, que las consecuencias de la aplicación general de esas normas sean deseables. Esta postura, desde el punto de vista del juzgador,

⁸⁴ MacCormick, Neil, obra citada, p. 106

implica un proceso de justificación de sus decisiones de la naturaleza del expuesto en los primeros tres capítulos de este trabajo. Desde el punto de vista del juzgador, es una teoría "racional" que exige del juzgador la justificación de sus decisiones mediante argumentos lógico-deductivos derivados de normas preestablecidas. La única diferencia entre esta teoría y la expuesta en los capítulos segundo y tercero de esta investigación radica en que esta teoría exige, no del juzgador sino del propio sistema jurídico, que uno de los requisitos de reconocimiento de normas jurídicamente obligatorias sea la conveniencia de las consecuencias de su aplicación.

Vale hacer con respecto a esta postura moderada de utilitarismo los mismos comentarios que hicimos en el primer capítulo de este estudio con respecto a la exigencia de que todo sistema jurídico califique como legales o ilegales los actos de los miembros de la sociedad sobre la que opera en forma compatible al sentimiento que dichos miembros tengan sobre si dichos actos son justos o no. Aunque sería conveniente que así fuera, no podemos establecer que los sistemas jurídicos en que esto no ocurra dejan de ser válidos. Igualmente con respecto a las consecuencias de las normas jurídicas, podemos decir que aunque sería conveniente que la generalidad de los miembros de la sociedad sobre la que opera considere que las consecuencias de la aplicación general de las normas jurídicas de un sistema sean deseables, no podemos establecer que si esto no ocurre las mismas dejan de ser válidas, o que el sistema jurídico al cual pertenecen deja de ser derecho. No nos oponemos a la exigencia de que las consecuencias de las normas jurídicas sean deseables. Simplemente hacemos notar que toda vez que la evaluación de dichas consecuencias no puede ser hecha en forma objetiva, la misma va más allá de los alcances de la ciencia del derecho.

CAPITULO V

Conclusiones

CAPITULO V

Conclusiones

Al inicio de este trabajo nos propusimos analizar la naturaleza de la argumentación que hacen los juzgadores al resolver las controversias que ante ellos se plantean. Establecimos que de este tipo de argumentación se desprende la naturaleza de la argumentación realizada por todos los demás profesionales del derecho. La naturaleza de la argumentación del abogado litigante que desea obtener una resolución favorable de un órgano judicial; la naturaleza de la argumentación de los asesores jurídicos que dan un consejo sobre algún asunto deseando que de llegar a juicio sea resuelto favorablemente o la naturaleza de la argumentación del tratadista que expone cierto tema tratando de convencer que su interpretación doctrinal es la válida, todas éstas se derivan de la argumentación judicial.

Nos propusimos, como primer paso en el estudio de la naturaleza de la argumentación judicial, tratar de establecer cual, a nuestro juicio, es el fin de la misma. Opinamos que lo anterior depende de la concepción filosófica que tuviéramos del derecho. Entramos al debate entre el positivismo jurídico y el jusnaturalismo, y determinamos que de seguir una tendencia jusnaturalista tendríamos que aceptar como finalidad de la argumentación jurídica el justificar la decisión de un juzgador en cuanto a resolver una controversia jurídica en un sentido o en otro, como justa, y que de seguir una tendencia positivista tendríamos que aceptar como la finalidad de la argumentación jurídica el justificar la decisión de un juzgador en cuanto a resolver una controversia jurídica en un sentido o en otro, como legal.

Ese fue el problema central de la tesis: el de establecer si el quehacer jurídico debe de estar regido por conceptos subjetivos como el de "justicia", o se debe de mantener ajeno a ellos. El problema planteado a lo largo de este trabajo no es

otro que la pugna entre las posturas jusnaturalistas y positivistas de ver el derecho. En esta tesis lo único que se hizo fue abordar ese añejo problema desde un punto de vista concreto: el de la argumentación judicial; el de cuales deben ser, o mejor dicho, que naturaleza deben seguir y que requisitos deben cumplir los argumentos de los jueces que resuelven las controversias jurídicas.

Por un lado analizamos y expusimos la versión "positivista" de la argumentación jurídica. La que exige que las controversias sean dirimidas por los jueces mediante decisiones justificadas por argumentos racionales, fundamentados dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente y verdaderos. Expusimos la estructura que deben presentar los argumentos y los problemas que deben librar para lograr satisfacer esos tres requisitos. Nos basamos, para hacerlo, en la teoría de la argumentación jurídica elaborada por el profesor escocés Neil MacCormick por parecemos, dentro de las teorías de esta naturaleza que conocemos, la más aceptable. En el tipo de argumentación propuesta por esta postura, las decisiones de los jueces se justifican mediante "silogismos" jurídicos, cuyas premisas mayores están constituidas por normas jurídicas que contienen conductas prohibidas y consecuencias a ser aplicadas en caso de incurrir en ellas, y cuyas premisas menores están constituidas por situaciones fácticas que de encuadrar o no en la hipótesis normativa prevista en la norma jurídica usada como premisa mayor, provocan como conclusión del "silogismo" la aplicabilidad o no aplicabilidad de las consecuencias jurídicas previstas en dicha norma jurídica.

Expusimos como la estructura del "silogismo" propuesto bajo esta teoría no garantiza ni la veracidad del "silogismo" ni su fundamentación dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente, sino tan solo su validez formal, su racionalidad. Esto es, explicamos que la validez de los "silogismos" que sigan la estructura propuesta solo quedaría garantizada si se garantiza la validez de sus premisas. Por lo anterior, caracterizamos a un proceso judicial bajo la teoría "positivista" estudiada como la pugna entre dos argumentos contrarios, ambos de la estructura propuesta, ambos formalmente válidos pero uno necesariamente inválido debido a la invalidez de por lo menos una de sus premisas. Establecimos, entonces, que la función del juzgador en un proceso judicial implica comprobar la validez de las premisas de los "silogismos" de las partes. Con

respecto a esta comprobación, señalamos que el juzgador debe asegurarse de que la premisa mayor de cada "silogismo" esté constituida por una norma jurídica válida bajo el sistema jurídico en cuestión; y de que la interpretación que a la misma se le está dando sea jurídicamente válida y abarque la situación fáctica contenida en la premisa menor. Con esto, según dijimos, quedaría establecida la fundamentación del argumento dentro del contexto del sistema jurídico en cuestión. Señalamos también, que el juzgador debe comprobar, conforme al sistema de valoración de pruebas prescrito por el sistema jurídico correspondiente, que exista certeza sobre la ocurrencia real de los hechos que constituyen la premisa menor del silogismo. Con esto se establece la veracidad del silogismo. Una vez acreditadas estas cuestiones, la adjudicación de una sentencia en un sentido o en otro se convierte bajo esta postura "positivista" en una mera operación lógica.

En el tercer capítulo de este trabajo, abordamos otro problema con relación a la teoría "positivista" expuesta: cómo resolver controversias cuando el sistema jurídico en cuestión no cuenta con una norma aplicable al caso concreto. Se antoja como un problema complicado el resolver una controversia, bajo un sistema que pregona que las controversias deben ser resueltas mediante deducciones lógicas derivadas de normas jurídicas válidas, cuando el sistema jurídico correspondiente no cuenta con una norma jurídica válida aplicable a ese caso concreto. Expusimos que en esos casos es el propio sistema jurídico el que debe dictar que se debe hacer. Es el propio sistema jurídico el que debe señalar si en esos casos queda el juzgador facultado para decidir conforme a sus sentimientos personales o si debe quedar obligado a buscar una solución a la controversia, aunque el sistema jurídico no la contenga en forma expresa, dentro de los confines del mismo. Es decir, señalamos que el propio sistema es el que debe de prescribir un sistema ya seas de autointegración o de heterointegración. Señalamos, también, que a falta de disposición expresa del sistema jurídico, y toda vez que un sistema de heterointegración implica una separación del sistema jurídico, ante el silencio del propio sistema, se debe estar ante un sistema de autointegración.

Un buen ejemplo de un método de autointegración lo encontramos en la teoría de la justificación de segundo orden de Neil MacCormick, misma que quedó expuesta en el tercer capítulo de este trabajo, y que implica la solución de controversias para las que el sistema jurídico no tenga una norma jurídica aplicable, mediante la creación de una norma jurídica por el juzgador, misma que debe hacer sentido en el mundo de los hechos y en el mundo del derecho. Una norma jurídica hace sentido en el mundo de los hechos, según la teoría estudiada, cuando las consecuencias de su aplicación general son deseables, lo que se logra acreditar con argumentos consecuencialistas. Una norma jurídica hace sentido en el mundo del derecho, bajo la teoría estudiada, cuando reúne los requisitos de consistencia y de coherencia. Esto es, cuando no contradice ninguna norma del sistema jurídico correspondiente (requisito de consistencia) y cuando los fines que persigue son fines también perseguidos por el sistema jurídico correspondiente (requisito de coherencia). Esto último, el cumplimiento del requisito de coherencia se logra acreditar mediante la relación de la norma creada por el juzgador a principios generales perseguidos por el sistema jurídico en cuestión o por medio de analogías con casos previamente resueltos bajo dicho sistema jurídico.

Del estudio de la teoría "positivista" de solución de controversias nos pudimos dar cuenta de que la misma no es tan inflexible como sus críticos la presentan. Si bien las teorías lógico-deductivas de resolver conflictos jurídicos han sido presentadas por algunos de sus atacantes como procesos mecánicos en donde el factor humano del juzgador no juega ningún papel, del estudio de la misma aprendimos que esto es una falacia. Establecimos en el primer capítulo de este trabajo, que la argumentación jurídica, el tipo de argumentos estudiados en los primeros tres capítulos de esta investigación, no son los que usa el juzgador para decidir la decisión de una contienda. Con el tipo de argumentos estudiados el juzgador tan sólo justifica su decisión, más no llega a ella. El juzgador puede usar todas las consideraciones de carácter humano que quieran en su proceso de decisión de en que sentido resolver un conflicto en particular. Lo único que la teoría expuesta exige es que la decisión a la que llegue sea justificada en términos jurídicos. La teoría "positivista" no elimina el factor humano en la solución de conflictos jurídicos, simplemente lo limita a lo que es justificable jurídicamente.

Podría cuestionarse la utilidad de permitirle al juzgador hacer consideraciones personales en el proceso de decisión de controversias, si su decisión a fin de cuentas sólo será justificable si es la misma que la dictada por el derecho. Sin embargo, del estudio hecho en los primeros tres capítulos de esta investigación nos dimos cuenta que el derecho no dicta una solución determinada para las controversias jurídicas. Simplemente delimita un campo dentro del cual el juzgador puede actuar. Concretamente en la interpretación de normas jurídicas y, en la mayoría de los sistemas jurídicos, en la valoración probatoria encuentra el juzgador campos limitados de discrecionalidad dentro de los cuales se puede mover libremente.

Podríamos concluir que la teoría "positivista" expuesta no elimina el factor humano del juzgador en el proceso de adjudicación de contiendas legales, sino que simplemente lo limita a lo que es racional y jurídicamente justificable. Lo anterior provoca cierto grado de predictibilidad en las decisiones judiciales. Al establecer que las decisiones judiciales deben ser justificadas conforme al sistema jurídico bajo el cual se dictan, estamos haciendo que las mismas sean más predecibles que si se le permite al juzgador resolver contiendas conforme a sus sentimientos personales y sin necesidad de justificar sus decisiones. Esta predictibilidad; el tener cierto grado de certeza sobre el sentido en el que se resolverá un caso de llegar a tribunales; el poder tener cierto grado de certeza sobre las consecuencias jurídicas de nuestros actos aún antes de llevarlos a cabo, es lo que en esta tesis hemos llamado seguridad jurídica plena, cuestión que solo puede ser otorgada por una teoría que demande del juzgador una justificación racional bajo reglas preestablecidas, de sus decisiones judiciales. El poder contar con una seguridad jurídica plena, según establecimos, es condición necesaria para la vida de hoy en día

Como antítesis a la teoría "positivista" de solución de controversias estudiada en los tres primeros capítulos de esta investigación, en el capítulo cuarto de la misma analizamos las teorías "jusnaturalistas" de solución de contiendas. El elemento característico de éstas es otorgarle al juzgador la discrecionalidad de resolver las

controversias jurídicas que ante él se presenten conforme a sus sentimientos personales. En su forma más simple, esta postura requiere al juzgador resolver cada caso conforme a los méritos particulares del caso llegando a la decisión que considere más "justa".

Así como llegamos a la conclusión de que las teorías "positivistas" de solución de controversias no son tan inflexibles como las presentan sus detractores, también señalamos que las teorías "jusnaturalistas" no son tan flexibles como sus atacantes piensan. El presentar a una teoría que exija del juzgador resolver conforme a su sentimiento de justicia los conflictos que ante él se presenten, como un sistema totalmente irracional en donde no se tiene la menor idea del sentido en el que serán resueltas las contiendas, es tan exagerado como presentar a la postura "positivista" de solución de conflictos como un sistema totalmente mecánico, libre de subjetivismos. Si un sistema jurídico contiene mecanismos para asegurarse de que las personas que lleguen a estar encargadas de la impartición de justicia sean personas "razonables", el sólo exigir que las contiendas sean resueltas en forma "justa" sí puede brindar cierto grado de seguridad jurídica. Podríamos, bajo un sistema tal, tener cierto grado de seguridad de que las sentencias dictadas conforme al mismo no serían descabelladas, aunque no podríamos, como en un sistema en donde la justificación de la decisión de una contienda deba hacerse conforme reglas predeterminadas, llegar a predecir el sentido de la resolución. Este tipo de seguridad jurídica, que permite saber que las resoluciones judiciales no serán descabelladas pero que no permite predecirlas, es el que denominamos en este trabajo como seguridad jurídica relativa.

La seguridad jurídica relativa brindada por los sistemas subjetivos de solución de controversias es claramente menor a la seguridad jurídica plena brindada por los sistemas positivistas. Esta es la razón por la que consideramos que, hasta antes de la revolución industrial, cuando la vida no era tan sofisticada como la de hoy en día, el poder contar con seguridad jurídica relativa era suficiente. Sin embargo, la sofisticación de la vida que se ha venido dando, cada día en aumento, desde la revolución industrial ha hecho que ya no solo sea necesario saber que las soluciones a las contiendas no serán descabelladas sino que ahora

es necesario saber el sentido de esas decisiones; saber las consecuencias de nuestros actos aún antes de llevarlos a cabo. Por esta razón, consideramos que los sistemas subjetivos de solución de contiendas, que fueron aceptados en la antigüedad, son inaceptables ahora.

En adición a la impredecibilidad de las consecuencias de nuestros actos jurídicos, señalamos que los sistemas subjetivos de solución de controversias presentan otros dos problemas. El primer problema radica en que al permitir que los jueces resuelvan conforme a sus sentimientos personales se da la posibilidad de que dos casos con la misma *ratio decidendi* sean resueltos en forma diferente por dos jueces diferentes, en perjuicio del principio de que los casos similares deben de ser resueltos en forma similar. El segundo problema radica en que la solución que se antoja como la más "justa" en un caso concreto no necesariamente es la más conveniente si se aplica a todos los casos similares. Expusimos un ejemplo en donde debido a la desigualdad de las partes en una contienda y a las consecuencias catastróficas de adjudicar en contra de la parte débil podía antojarse como la decisión más justa fallar en contra de la parte fuerte, sin embargo, señalamos el peligro de que de hacer este tipo de consideraciones en la generalidad de los casos entre fuertes y débiles, se corría el riesgo de ahuyentar a los fuertes de realizar actos jurídicos con los débiles en evidente perjuicio de éstos últimos.

Este tipo de consideraciones nos llevaron a analizar posturas subjetivas de solución de controversias más moderadas. Analizamos una postura, por ejemplo, que exige del juzgador resolver no conforme a la decisión más "justa" en el caso concreto, sino conforme a la decisión cuyas consecuencias sería más deseables de ser aplicada a todos los casos similares. Si bien esta postura logra evadir el problema de que en muchos casos la decisión más "justa" en un caso no es la más conveniente a ser aplicada a la generalidad de los casos, el elemento subjetivo implícito en especular sobre las consecuencias de una decisión y evaluar su conveniencia hace que los problemas de la impredecibilidad de las decisiones y de que dos casos similares pueden ser resueltos en forma diferente por dos jueces distintos bajo el mismo sistema jurídico no sean salvados.

Analizamos otras teorías, como la teoría de la bifurcación expuesta por Roscoe Pound, en virtud de la cual casos que versasen sobre el factor humano deber ser resueltos conforme a una postura "jusnaturalista" y casos que no versasen sobre el factor humano deben ser resueltos conforme a una postura "positivista". Desechamos esta teoría por la imposibilidad de distinguir entre unos y otros casos y desechamos las demás teorías subjetivas analizadas pues ninguna fue capaz de librar todos los problemas que hicimos notar en relación a estas teorías.

De esta forma, al no existir una postura "jusnaturalista" capaz de salvar todos los defectos que debido a la subjetividad de esa corriente hemos hecho notar, y estableciendo que por la limitación en el grado de seguridad jurídica que dicho subjetivismo implica, estas posturas no son ya aceptables debido a la necesidad de contar con una seguridad jurídica plena, concluimos que el tipo de argumentación "positivista", el que requiere justificar las decisiones de los juzgadores al resolver contiendas jurídicas mediante argumentos racionales, verdaderos y fundamentados dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente, es el sistema de solución de controversias más afortunado.

En base a estas consideraciones, podemos listar como conclusiones de esta investigación las siguientes:

1.- La naturaleza del discurso jurídico en su totalidad se desprende de la naturaleza de la argumentación judicial; de la naturaleza de los argumentos mediante los cuales los jueces ponen fin a las controversias que ante ellos se plantean.

2.- Las exigencias de la vida moderna en cuanto a la plenitud de seguridad jurídica, derivadas de la necesidad actual de saber las consecuencias de nuestros actos aún antes de realizarlos, demandan que las controversias jurídicas sean resueltas en forma objetiva y no en base a juicios subjetivos de valor. Por lo anterior, los argumentos mediante los cuales los jueces justifican las decisiones

con las que ponen fin a las controversias que ante ellos se plantean deben de ser objetivos, ajenos a cualquier juicio subjetivo de valor.

3.- La objetividad de los argumentos mediante los cuales los jueces justifican las decisiones con las que ponen fin a las controversias que ante ellos se plantean solo queda garantizadas si cumplen con tres requisitos: ser racionales, estar fundamentados dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente y ser verdaderos.

4.- La racionalidad de los argumentos judiciales queda garantizada si los mismos siguen una estructura lógica que asegure su validez formal, esto es, que asegure la veracidad de la conclusión del argumento si se asegura la veracidad de sus premisas. Una estructura lógica como la que se describe a continuación:

- 1) Si X, ergo Y
- 2) En el presente caso X
- 3) Ergo Y

5.- La fundamentación de los argumentos judiciales dentro del contexto del sistema jurídico en cuestión queda asegurada si la premisa mayor del mismo está constituida por una norma jurídica vigente del sistema jurídico en cuestión, y si la interpretación que se le está dando a la misma es coherente.

6.- La veracidad de los argumentos judiciales queda asegurada si la premisa menor de los mismos está constituida por situaciones fácticas que materialicen la hipótesis normativa contenida en la premisa mayor y puedan ser acreditadas conforme a los sistemas de valoración probatoria prescritos por el sistema jurídico correspondiente.

7.- Una vez cumpliendo con los requisitos de racionalidad, fundamentación dentro del contexto del sistema jurídico en cuestión y veracidad, los argumentos judiciales son suficiente justificación para la decisión en un sentido determinado de una controversia jurídica.

8.- En los casos de lagunas del derecho, esto es, cuando un juzgador se ve ante la necesidad de resolver una contienda jurídica en relación con la cual el sistema jurídico correspondiente no cuente con una norma aplicable, es el propio sistema jurídico el que debe determinar si bajo esas circunstancias queda facultado el juzgador para resolver la controversia en base a consideraciones extralegales o si, aún no teniendo el sistema jurídico una norma aplicable, debe resolver la controversia el juzgador conforme a dicho sistema jurídico.

9.- En los casos en los que el sistema jurídico correspondiente permita en forma expresa al juzgador resolver controversias para las cuales no hay norma aplicable en base a consideraciones extralegales, se elimina de la argumentación jurídica el requisito de la fundamentación del argumento dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente. Los otros dos requisitos, el de racionalidad y el de veracidad, permanecen vigentes aún ante casos de lagunas del derecho.

10.- En los casos en los que el sistema jurídico correspondiente no permita en forma expresa al juzgador resolver controversias para las cuales no hay norma aplicable en base a consideraciones extralegales, no se elimina de la argumentación jurídica el requisito de la fundamentación del argumento dentro del contexto del sistema jurídico correspondiente. En estos casos, el juzgador debe de resolver la controversia respectiva mediante argumentos cuya premisa mayor esté constituida por una norma jurídica creada por el juzgador, que sea consistente y coherente con el sistema jurídico correspondiente. Esto es, que no vaya en contra de ninguna norma vigente del sistema jurídico correspondiente y que persiga fines que sean igualmente perseguidos por dicho sistema jurídico.

11.- Debemos rechazar cualquier teoría de la argumentación jurídica que incluya como criterio general de decisión de controversias un elemento que implique un juicio subjetivo de valor, como el del concepto de justicia o la evaluación de consecuencias. El elemento personal implícito en estas teorías hace que las decisiones judiciales sean impredecibles y, por ende, la seguridad jurídica que brindan sólo puede ser relativa, lo que resulta insuficiente.

BIBLIOGRAFIA

Alexy, Robert

"Teoría de la Argumentación Jurídica; La Teoría del Discurso Racional
como Teoría de la Fundamentación Jurídica"

Centro de Estudios Constitucionales

Madrid, 1989

Austin, John

"The Providence of Juresprudence Determined"

Lenox Hill Pub. & Dist. Co.

Nueva York, 1970

Borrowing, Ronald y Comay, Joan

"Who's Who in the Bible"

Bonanza Books

Nueva York

Burgoa O., Ignacio

"El Juicio de Amparo"

Porrúa

México, 1994

Cardozo, Benjamin N.

"La Naturaleza de la Función Judicial"

Arrayú

Buenos Aires, 1955

Devis Echandía
"Teoría General de la Prueba Judicial"
Edit. Victor P. de Zavalla
Buenos Aires, 1970

García Maynez, Eduardo
"Introducción al Estudio del Derecho"
Porrúa
México, 1992

Harris, J.W.
"Legal Philosophies"
Butterwords
Londres, 1980

Hart, H.L.A.
"The Concept of Law"
Oxford University Press
Oxford, 1961

James, Philip S.
"Introduction to English Law"
Butterworths
Londres, 1979

Jellinek, Georg
"Teoría General del Estado"
Albatros
Buenos Aires, 1970

Kelsen, Hans
"Teoría General del Derecho y del Estado"
U.N.A.M.
México, 1988

Kelsen, Hans
"Teoría Pura del Derecho"
U.N.A.M.
México, 1986

Le Fur, Louis
"Los Fines del Derecho"
U.N.A.M.
México, 1981

Lessona, Carlos
"Teoría General de la Prueba en Derecho Civil"
Instituto Editorial Reus
Madrid, 1957

MacCormick, Neil
"Legal Reasoning and Legal Theory"
Oxford University Press
Oxford, 1978

Mates, Benson
"Elementary Logic"
Oxford University Press
Oxford, 1972

Sagrada Biblia
Nuevo Testamento
La Editorial Catolica, S.A.
Madrid, 1977

Sharager, David y Frost, Elizabeth
"The Quotable Lawyer"
Facts on File Publications
Nueva York, 1986

Tamayo, Rolando
"El Derecho y la Ciencia del Derecho"
U.N.A.M.
México, 1986

Tena Ramírez, Felipe
"Derecho Constitucional Mexicano"
Porrúa
México, 1985

Vemengo, R.J.
"La Interpretación Jurídica"
U.N.A.M.
México, 1977

Wasserstrom, Richard A.
"The Judicial Decision; Toward a Theory of Legal Justification"
Stanford University Press

Diccionarios utilizados:

"A Concise Dictionary of Law"
Oxford University Press
Oxford, 1990

"Diccionario Jurídico Mexicano"
Instituto de Investigaciones Jurídicas
U.N.A.M.
Edit. Porrúa

México, 1988
"Diccionario de la Lengua Española"
Real Academia Española
Madrid, 1992