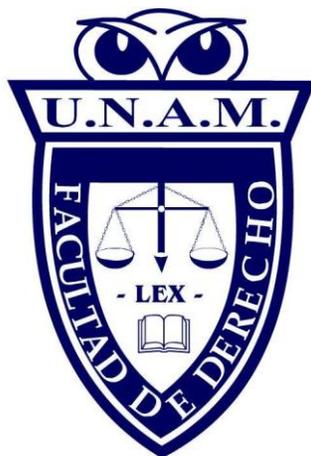


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.



**FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**ESPECIALIDAD EN ADMINISTRACIÓN Y PROCURACIÓN DE
JUSTICIA**

**“Pragmatismo jurídico: su aplicación en los casos
difíciles”**

**T E S I N A
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN ADMINISTRACIÓN Y PROCURACIÓN DE
JUSTICIA**

**P R E S E N T A:
MARCO ANTONIO SANDOVAL LÓPEZ**

**DIRECTOR DE TESINA:
DR. JOEL CARRANCO ZÚÑIGA**

CIUDAD UNIVERSITARIA

AGOSTO, 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Pragmatismo jurídico: su aplicación en los casos difíciles

Introducción	4
---------------------------	---

1. Teorías del proceso y verdad jurídica.

1.1	La actividad del poder judicial.....	7
1.2	Proceso como función privatista.....	11
1.3	Proceso como función pública.....	14
1.4	Verdad jurídica.....	16
1.5	Argumentación de las sentencias.....	23

2. Legitimación y casos difíciles.

2.1	Casos fáciles y difíciles.....	29
2.1.1	Clasificación de los casos difíciles.....	31
I.	En función de las partes que intervienen.....	33
II.	En función del juzgador.....	35
III.	En función del contexto social.....	36
IV.	En función del objeto materia de litis.....	38
2.2	Ideas de Herbert Lionel Adolphus Hart.....	43
2.3	Ideas de Ronald Dworkin.....	49
2.4	Una propuesta de definición.....	61

3. Pragmatismo jurídico. Su utilidad.

3.1 Pragmatismo jurídico en las sentencias: su utilidad.....62

3.2 Flexibilidad en la aplicación e interpretación de la ley: observancia del Estado Constitucional Democrático de Derecho.....68

3.3 Un enfoque penalista: la eventual función preventiva de la sentencia...72

4. Conclusiones.....77

5. Fuentes de consulta.....84

Introducción

“EL DERECHO NO SÓLO ORGANIZA EL PODER POLÍTICO, ADEMÁS LO LEGITIMA”
-Luis Recaséns Siches

CON FRECUENCIA, un tema recurrente en los foros académicos, sociales y jurídicos, es la debida impartición de justicia en nuestro país, resultando más evidente en el área penal, cuyos asuntos por la temática que desenvuelven se encuentran al alcance de la opinión pública con mayor facilidad, e inclusive, podría afirmarse, que fue lo que marcó la pauta a la reforma constitucional en materia procesal penal, publicada el pasado 18 de junio de 2008.

Dicho con otras palabras, la sociedad en su conjunto usualmente se pregunta la manera en que se desarrolla el proceso, los métodos para arribar a la verdad histórica, la forma en que se determina la solución, y por supuesto, los entes quienes se encargan de juzgar a las partes que intervienen en aquél. De esta manera, la sociedad cuestiona la manera en que son dirimidas las controversias jurisdiccionales. *El porqué* de una sentencia.

Sin necesidad de profundizar en torno a Teoría Política, es menester mencionar que una justificación del Estado es precisamente ésta, la actividad jurisdiccional, pues en consecución del bien común, y la armonía y paz sociales, es necesario mantener un orden jurídico estable que permita a los ciudadanos el acceso a la justicia, dirigiendo su acción al Estado y no a su semejante, haciéndose justicia por sí mismos. Para algunos autores, es el único fin.

Arnáiz Amigo cita a su maestro Manuel Pedroso en los siguientes términos: “*El problema de la justificación del Estado no conduce al análisis del ordenamiento jurídico; este último es un problema filosófico-social, pero no estatal: el Estado tiene una sola finalidad y es asegurar el derecho; naturalmente, los fines y*

*propósitos del Derecho cambian en la historia, en tanto la finalidad del Estado es siempre la misma*¹.

De esta manera, el respeto al principio jurídico, y la obediencia a la ley, justifican el poder del Estado. La voluntad de los gobernantes está condicionada por el precepto ético del multicitado bien común. En el ámbito sociológico, tenemos actividades individuales con sus respectivos intereses, una cooperación con teleología común y las instituciones estatales que encauzan estos fines, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos.

Aurora Arnáiz Amigo sentencia: “*El Estado tiene la alta misión de hacer posible la vida del hombre con su agrupación política (comunidad social)*²” agregándose que lo hace a través del monopolio de la coacción legítima, pues su poder supone jerarquía y evoca un orden: el de la subordinación. Y una forma de reflejarse ésta es en dirigir la acción a un tribunal del Estado y no hacia un semejante, y someterse al *imperium* estatal a través del proceso y finalmente, aceptar la decisión en la sentencia que resuelva el conflicto, aun por la fuerza si fuese necesario.

Como se manifestó con antelación, teniendo como principal argumento las obligaciones y características inherentes al Estado de Derecho, podemos concluir esta idea razonando que el proceso debe ser visto con una herramienta más del Estado a efecto de fortalecerlo, legitimar su *imperio* ante los gobernados y satisfacer una necesidad recurrente entre éstos: el acceso real a la justicia a través de juzgadores que, sobre todo, gocen de independencia al momento de emitir sus determinaciones.

Sentado lo anterior, en el presente trabajo, se plantea la necesidad de considerar como primordial en la resolución de *casos difíciles* la legitimación de la

¹ ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*, 3ª edición, Miguel Ángel Porrúa, 1997, p.104.

² *Ibidem* p. 106

determinación que se adopte. Desde luego, un estudio de esta naturaleza implica temas como el poder creador del juez, los métodos de interpretación y la posibilidad de hallar respuestas *correctas* a las controversias jurídicas planteadas. Es decir, la manera en que el juez debe moldear la interpretación del sistema jurídico para alcanzar la solución que socialmente resulta más aceptable; para ello, se estima conveniente considerar las teorías contemporáneas en torno a la actividad jurisdiccional, bajo el apotegma “para ser prácticos hay que ser teóricos”.

En efecto, en primer término, de acuerdo a la estructura de la presente investigación, se aborda la naturaleza de la actividad judicial, concentrando nuestra atención en el proceso, como fuente principal de sentencias, y por ende, de casos difíciles.

Posteriormente, se realiza el tratamiento relativo al *caso difícil*: qué debemos entender por éste, y una propuesta para su identificación y estudio.

Finalmente, se procede al estudio de la legitimación del fallo judicial, así como de los diversos elementos que deben ser considerados para robustecer la convicción del juzgador al momento de emitir su determinación, la cual, como se detallará en el capítulo respectivo, también puede nutrirse de otras nociones, sin perder de vista la teleología del presente trabajo: una propuesta a fin de *hacer mas creíbles* las sentencias, lo cual traerá consigo un fortalecimiento institucional de la actividad jurisdiccional al mejorar el nivel de confianza de la sociedad en dicha tarea estatal, y por ende, fortalecerá el estado constitucional de Derecho anhelado en nuestro país.

1. Teorías del proceso y verdad jurídica.

“EL PROCESO ES EL ARTE DE ADMINISTRAR LAS PRUEBAS”
-*Jeremías Bentham*

Si bien la actividad del poder judicial es compleja y comprende un cúmulo considerable de actividades y funciones, el mejor reflejo de esta división del poder público es la sentencia.

En este primer capítulo, a efecto de sentar las bases para las nociones consecuentes, se analizará al poder judicial como un organismo creador de sentencias, derivadas de un proceso, las cuales, como en su momento se detallará, tienen la imprescindible función de *decir el derecho* en un caso concreto, y en lo general, observar el mandato constitucional relativo a la impartición de justicia.

Asimismo, se realiza una reflexión en torno a las dos corrientes contemporáneas que pretenden describir la naturaleza del proceso: privatistas y publicistas, con el objeto de evidenciar la importancia que tiene la actividad jurisdiccional al incidir en el comportamiento de la sociedad, y la manera en que el Estado cumple con sus fines.

Finalmente, se considera un apartado relativo a la argumentación jurídica, la cual se considera, es la esencia o alma de la sentencia, como lo es la prueba al proceso.

1.1 La actividad del poder judicial

En este apartado, conforme a los lindes temáticos de la presente investigación, haremos los señalamientos pertinentes relativos al poder judicial, haciendo énfasis en la actividad creadora, tal vez la más inherente en nuestro parecer, de dictar

sentencias, o visto desde un punto de vista deontológico, el deber de impartir justicia.

Asimismo, son notorias las características de la función judicial que señala el célebre procesalista colombiano Hernando Devis Echandía, las cuales en síntesis, son las siguientes³:

- a) Permanente, puesto que la existencia de conflictos en la sociedad, Estado incluido no dejará de presentarse jamás⁴.
- b) General, debido a que todo titular de derecho está en posibilidad de necesitar la tutela del Estado.
- c) Exclusiva, porque es una función exclusiva del Estado, ejercida por éste como una emanación de la soberanía nacional.
- d) Definitiva, ya que una vez agotadas las secuelas procesales atinentes, los fallos deben quedar libres de toda revisión o discusión futura: deben tener fuerza obligatoria indefinida.

Se comparte la postura del maestro Ignacio Burgoa⁵ quien señala que son dos los sentidos en los que se puede emplear la locución de *poder judicial*, por un lado un *orgánico* que se refiere al conjunto de tribunales federales o locales, por el otro el *funcional* que implica la función que estos órganos desempeñan.

Dentro de las múltiples funciones que ejerce el poder judicial, siendo inclusive algunas materialmente legislativas o ejecutivas, la de emitir sentencias es desde

³ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad, 2ª edición, Buenos Aires, 1997, p. 89.

⁴ Se considera que las controversias entre los hombres se han originado en virtud de la existencia de propiedad privada y por la imperiosa necesidad que tiene el hombre para sobrevivir y satisfacer sus necesidades e intereses, aun los más elementales, y cuando ante esta necesidad debe mostrarse egoísta ante sus congéneres, nacen conflictos; o en palabras de Francesco Carnelutti, "*los intereses son ilimitados mientras que los bienes son limitados, porque los hombres son dos y el bien uno solo*" (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II Editorial Uthea, 1944 p.412).

⁵ Opinión del maestro Burgoa Orihuela, citado por CARRANCO, Joel. *Poder Judicial*. Editorial Porrúa, México 2005, Segunda Edición, p. 8.

nuestro punto de vista, la más trascendental en virtud de las siguientes consideraciones:

- a) El poder judicial es el encargado, esencialmente, de ejercer la *jurisdicción*: decir el derecho en una controversia determinada, como garante de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo, y sea cual fuere la rama del mismo que se tome en consideración⁶.
- b) A través del proceso, el particular dirige su acción hacia el Estado y no hacia su semejante, de forma que con ello se pretende suprimir la autotutela y fortalecer el Estado de Derecho.
- c) La sentencia⁷, como forma individualizada de la ley, como interpretación de la misma, o bien, como creación novedosa a partir de los principios que deben regir en todo sistema jurídico, debe encontrarse legitimada.

Desde estas ideas primigenias se pretende gestar el debate que se desarrollará a continuación: la importancia de la que se encuentra revestida la sentencia, no sólo desde el ámbito jurídico, sino además, para la perspectiva social, e incluso filosófica ya que a través de dicha determinación no sólo se resuelve una controversia: se demuestra un acatamiento al Estado de Derecho, y una observancia a los principios jurídicos que una comunidad, en un tiempo y lugar ciertos, estima como *justos*.

Visto lo anterior, este trabajo se aparta del criterio adoptado por el autor Joel Carranco, al menos en principio, al señalar que “*el tema de justicia escapa a lo estrictamente jurídico, y su análisis está a merced de la filosofía del derecho, quedando ajeno a la determinación de una ley que un órgano de gobierno esté capacitado para tan anhelable labor a cargo del ser humano*”⁸.

⁶ Se abarca la fórmula de *cognotio, iudicium e imperium* (conocer, decidir y ejecutar) señaladas por CARRANCO, *Idem*. p. 44: El poder de decidir los conflictos existentes en la sociedad interpretando para ello las leyes.

⁷ De manera genérica, en el término sentencia también debemos considerar a toda aquella resolución que ponga fin al proceso.

⁸ CARRANCO, *Op Cit.* p. 57.

En efecto, no nos resulta desconocida la postura kelsiana, bajo la cual la justicia es una característica posible pero no necesaria de un orden social, y por tanto, siguiendo su teoría pura del derecho, resulta suficiente el afirmar que dicho producto social es simplemente un orden coactivo de la conducta humana.

Sin embargo, en la actualidad, como se analizará de manera recurrente, el derecho, como todo producto humano, es naturalmente imperfecto. La justicia, como ideal jurídico, debe apreciarse, o al menos perseguir ese objetivo dentro de todo sistema legal, cristalizándose de una manera más tangible a través de los principios generales del derecho. De esta forma, estos lineamientos prístinos consiguen colmar las deficiencias, de cualquier clase, que pudiera presentar la norma jurídica, y bajo las directrices adecuadas, considerando las circunstancias específicas de cada caso, dictar una resolución que pueda ser tildada, apropiadamente, de *justa*.

Como se aprecia, es dable concluir este apartado manifestando que el tema de la justicia no tiene por qué estar divorciado de lo estrictamente jurídico, ya que debe resultar su inspiración, aspiración, y en la medida de lo posible, su realización fáctica. En la actualidad no es posible imaginar que un sistema de normas jurídicas, *per se*, tengan la capacidad de solucionar de manera adecuada los litigios planteados diariamente. Es por ello, que el orden coactivo del que nos habla el maestro de Viena nos parece incompleto, ya que el derecho, sin ese alto valor, se reduce a un incoloro sistema de reglas de conducta, prácticamente dictatorial y contrario a la naturaleza y dignidad inherentes a la raza humana.

Fortalecen la tesis anterior las nuevas corrientes jurídicas y procesales, bajo las cuales se pretende dar mayores facultades a los juzgadores a fin de que sus resoluciones tengan un mejor sustento fáctico, como lo son las diligencias para mejor proveer, o bien, poco a poco se reconoce en mayor medida la capacidad creadora y el verdadero poder que tienen los jueces al momento de emitir una

sentencia. La capacidad, incluso, de ejercer una determinación cuando el vacío de la norma es evidente o grave. Como señala el autor Héctor Fix-Fierro: “*al disponer de un aparato judicial competente, suficiente y ajeno a posiciones partidistas e ideológicas, contribuye a la consolidación de la armonía y seguridad jurídica de los particulares en sus más variadas interrelaciones cotidianas*”⁹. Finalmente resta agregar que esa consolidación, bajo ese escenario ideal, no sólo favorece a los particulares en lo individual, sino a toda la sociedad en conjunto, Estado de Derecho incluido.

1.2 Proceso como función privatista¹⁰

Las teorías privatistas, por denominarlas de forma descriptiva respecto de la esencia de su postulado¹¹, sostienen que el objetivo principal del proceso judicial, y más en general, de la impartición de justicia, es resolver el conflicto entre las dos partes del caso. El proceso es visto como el reflejo de un conflicto entre particulares, y lo que ellos necesitan es un juicio que resuelva esa controversia, eliminando el conflicto y restaurando las relaciones pacíficas entre los individuos involucrados.

Bajo el axioma de que la verdad de los hechos puede ser útil, pero no es una meta del proceso, las teorías privatistas encierran los valores involucrados en el proceso, imaginan el mundo como un universo empobrecido desde un punto de vista sociológico y compuesto exclusivamente de individuos cuyo único objetivo es favorecer a sus propios intereses particulares: se concluye entonces que las pruebas no son un mecanismo cuyo objeto sea la búsqueda de la verdad, sino que

⁹ FIX-FIERRO, Héctor. “La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)” en *Cuadernos para la reforma de la justicia*, número 1, UNAM, 1995, p. 22.

¹⁰ Cfr. TARUFFO, Michele. *Prueba y verdad en el proceso civil*. Marcial Pons, Madrid, 1ª edición 2008, p. 21.

¹¹ El referido tratadista italiano las señala de manera genérica de esta forma, sin que se especifique autores o corrientes más específicas dentro de la postura “privatista”. Para efectos de la presente investigación, se considera adecuado y útil englobarlas bajo la misma tendencia del autor Taruffo, ya que evidentemente muestran dos perspectivas opuestas sobre un objeto de estudio, y las autorías de éstas, en cuanto a la reflexión que pueda desprenderse de éstas, deviene irrelevante.

se usan en la defensa de una causa individual o simplemente como una manera de cumplir con las cargas procesales.

Por tanto, para los exponentes de dichas teorías la forma en que el juez resuelve la controversia no importa realmente: podría incluso resolverla lanzando una moneda al aire.

Como puede apreciarse, esta teoría es coherente con la realidad que, aunque fría y extremadamente materialista, se ha apoderado del foro jurídico, olvidando los valores y principios no sólo inherentes al derecho procesal en sentido estricto, sino de todo el sistema jurídico, los cuales, en resumidas cuentas, es el bienestar común.

Cada expediente que se resuelve es de vital importancia para las personas que encuentran comprometido su patrimonio, sus derechos –libertad incluida– en cada controversia planteada. Para los involucrados, su asunto siempre será el más importante por obvias razones. Esta consideración parece fortalecer la tesis privatista, ya que las partes en cada proceso siempre tenderán a favorecer sus pretensiones, los abogados que los patrocinen diseñarán las estrategias más adecuadas para cada caso, siendo inclusive común que, al ofrecerse la prueba pericial, al tener una naturaleza usualmente colegiada, sea visto como algo normal que los dictámenes rendidos sean contradictorios entre sí. Es necesaria entonces la intervención del perito tercero en discordia, el cual dará su opinión de manera independiente sobre el punto de hecho debatido. Pareciera que, en otro orden, se repitiese el triángulo procesal de juez y partes: un tercero será el que dirima la controversia de hecho planteada por la pericial referida.

Sin embargo, dentro de estos microuniversos que se repiten indefinidamente a diario, el papel del juzgador debe destacarse, ya que no puede fungir como un mero espectador. Conforme a las nuevas tendencias procesalistas, con las cuales se coincide plenamente, en las que el papel del juez se torna en un rol más activo,

tales situaciones siempre pueden quedar remediadas oportunamente a través de su intervención.

Por ejemplo, en el caso de las diligencias para mejor proveer, en palabras del maestro Ovalle Favela, “*no excluye en definitiva las reglas de la carga de la prueba, pero sí intenta evitar que el conocimiento del juzgador sobre los hechos controvertidos se base exclusivamente en las pruebas propuestas por las partes*”^{12.}”

De esta forma, la participación del juez resulta relevante para allegarse de los elementos de convicción que se estimen idóneos a efecto de dictar una sentencia que satisfaga los requisitos inherentes a ésta, como lo son la congruencia y la legalidad.

El procesalista uruguayo Eduardo Couture desarrolla de manera magnífica el tema de las diligencias para mejor proveer de la siguiente manera:

“El poder de dirección que se atribuye al juez en las diligencias para mejor proveer no es un poder discrecional, sino un poder ordenador que debe ejercerse de acuerdo con la ley. Solo a falta de una solución específica, el juez dirige el juicio de acuerdo con los principios generales rectores del proceso. Éste está dirigido por el principio de autoridad del juzgador, que es un representante del Poder Público, que también parte en el juicio. El juicio civil no es una relación jurídica de dos particulares ante un juez impasible, que se limita a esperar el fin de la lucha, como en el duelo clásico, para proclamar vencedor al que hubiera triunfado según las reglas del combate. Conviene insistir, una vez más, en que el Estado tiene al igual que las partes, un interés propio en el litigio; solo que mientras éstas persiguen un interés privado, el Estado persigue que la jurisdicción se cumpla en los términos previstos en la Constitución. Los jueces tienen atributos de autoridad y de intervención que, en general, tienen todos los gobernantes y agentes del servicio público. Si un ciudadano no puede despojar a otro de sus bienes en presencia de la autoridad sin que ésta lo reduzca a prisión, no se concibe en virtud de qué razonamiento un juez debe presenciar impasible cómo un litigante deshonesto arruina, burla, y defrauda a un litigante honesto, sin poner

¹² OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*, Oxford, 9ª edición, 2003. p. 142.

en juego un mínimo de su autoridad para evitar ese despojo que se consume ante él”¹³

Entonces, de acuerdo al sentido de esta investigación, las teorías privatistas devienen contrarias a la naturaleza real que debe revestir todo proceso jurisdiccional: no se razona que desde su particular punto de vista puedan ser consideradas acertadas bajo una perspectiva meramente descriptiva; sin embargo, se debe tener presente que la esencia del proceso es, como actividad estatal, la búsqueda de un bienestar social, a través de la observancia del Estado de Derecho¹⁴.

Como sentencia Taruffo: ninguna decisión correcta y justa se puede basar en hechos determinados erróneamente. Dentro de cualquier sistema jurídico basado en el principio fundamental del Estado de Derecho, una buena solución sólo se obtiene por medio de una decisión *legítima*: que pueda tildarse de apropiada y justa. Es precisamente lo que el juzgador debe pretender en todo momento al momento de resolver un caso, especialmente aquellos que sean considerados *difíciles* como más adelante se procura explicar.

1.3 Proceso como función pública.

Como ha quedado evidenciado, el proceso debe quedar revestido invariablemente de una función pública: debe buscar aplicar la ley a los casos individuales tomando como base criterios objetivos y buscando el interés general de la justicia. La decisión legal y justa sólo se puede fundar en una valoración apropiada, exacta y veraz de los hechos relevantes del caso, o con las palabras exactas de Taruffo: “e/

¹³ COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, 3ª edición Buenos Aires 1974 . p. 91.

¹⁴ Coincidimos con las teorías contemporáneas relativas al Estado de Derecho, las cuales consideran que la aspiración del Estado de derecho consiste en lograr la vigencia real de sus ordenamientos jurídicos cuyo fundamento es la propia Constitución, y a mayor abundamiento, lo elevan a la categoría de *Estado Constitucional Democrático de Derecho*, como más adelante se detallará en el apartado 3.2 de la presente investigación.

proceso judicial tiene por objeto hacer justicia y no sólo resolver conflictos, está orientado a resolver conflictos por medio de una solución justa, no podemos hacer a un lado la verdad, como una condición de justicia, en la decisión de los casos”¹⁵

Ante la anterior anotación, bien cabe hacer una útil precisión: en efecto, la esencia de una sentencia legítima debe ser la aplicación adecuada de una hipótesis normativa a un caso concreto, no sólo mediante la clásica fórmula de motivación y fundamentación; en este sentido también resulta oportuno señalar, la justificación.

Motivar, en términos de la SCJN, consiste en expresar una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el porqué se consideró que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa señalada;¹⁶ de esta forma este concepto se limita únicamente a describir las razones por las que el juzgador se orientó a decidir de una manera u otra; sin embargo, es omiso al considerar que dichas razones deben ser *justas*.

De esta forma, coincidiendo con el sentir de la autora Milagros Otero, la justificación proviene de la palabra justicia y pretende la búsqueda del derecho justo, y en el derecho es la causa, base o cimiento de una decisión judicial para hacerla razonable, adecuada a la ley, a la justicia y al derecho¹⁷.

Por tanto, no basta que las razones expuestas en la determinación que resuelve una controversia se encuentren previstas en ley o no sean contrarias al derecho, pues deben intentar procurar recoger valores que dentro de una colectividad se consideren justos, y para ello, la búsqueda de la verdad histórica se convierte en una necesidad de primer orden.

¹⁵ TARUFFO, Michele. *La Prueba*, Marcial Pons, Filosofía y Derecho, Madrid, 2008, p. 23.

¹⁶ *Cfr.* el rubro: *Fundamentación y motivación, concepto de*. Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, XIV, Noviembre de 1994, p. 450.

¹⁷ OTERO PARGA, Milagros. *Cuestiones de argumentación jurídica*. Editorial Porrúa, México, 2006, p. 115.

1.4 La verdad jurídica

Bajo el apotegma “*la verdad es la base de la justicia,*”¹⁸ se procede a tratar de establecer un concepto de lo que debe entenderse por *verdad jurídica*.

Por las razones que a continuación se exponen, no se comparte la noción del procesalista italiano Francesco Carnelutti, para quien la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal (jurídica) coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella y no es sino una no verdad¹⁹.

De forma similar, en esta ocasión, no se coincide con el maestro Ovalle Favela, para quien el término “verdad legal” tiene un carácter medieval, citando para tal efecto a Scaccia: “*La cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero*”²⁰.

Bajo un orden de ideas similar, Couture señala “*la cosa juzgada es una exigencia política y no propiamente jurídica; no es de razón natural, sino de exigencia práctica*”²¹.

Como se ha venido comentando en líneas precedentes, y como se desarrollará en las siguientes, el término de verdad jurídica reviste de una importancia trascendental ya que debe encontrarse ligado, al menos bajo una óptica deontológica, al de justicia, y no únicamente obtener una connotación eminentemente procesalista, cuya utilidad para distintos efectos ya ha sido acreditada con plenitud en la práctica, y por tanto, resultaría ocioso describir en este espacio.

¹⁸ *Op. Cit.* TARUFFO, Michele. p. 23.

¹⁹ Citado por MONTERO, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5ª edición, Thomson-Civitas, España, 2007 p. 48.

²⁰ OVALLE FAVELA, José. *Derecho procesal civil*. 9ª edición, Oxford, México, 2003 p. 211.

²¹ *Ibidem*.

En torno a este tema, las conclusiones del presente trabajo encuentran fundamento en las ideas de Montero Aroca y Michele Taruffo, perspectivas teóricas que si bien no resultan coincidentes en diversos aspectos, e incluso se encuentran en oposición en otros, el debate entre ellas resulta fecundo para realizar reflexiones, conservando en mente el pensamiento del maestro Burgoa, quien señala “...*la verdad como absoluto nadie la posee, máxime cuando se trata de las disciplinas jurídicas que tienen, dentro del humanismo, la virtud de la opinabilidad*”²².

En primer término, tenemos la opinión del maestro español Juan Montero Aroca²³, quien propone el término de “certeza” como sustituto de verdad. Bajo este tenor, “certeza” es sustancialmente equivalente a la “verdad jurídica relativa”. En consecuencia, la verdad que según Montero Aroca no puede ser alcanzada, es la verdad absoluta, ya dicha aspiración es demasiado ambiciosa, y además, no siempre es compatible con los principios y reglas conformadoras del proceso civil.

Según Montero, en el proceso y en la prueba tiene normalmente que existir un intento decidido de verificar, de la manera más próxima a la realidad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes, pues la constatación de los límites en que opera el hombre y los principios del proceso no puede llevar, sin más, a renunciar que la sentencia se base en un relato de hechos probados que responda lo más ajustadamente posible a cómo sucedieron las cosas realmente.

La determinación de cómo juega la prueba en el proceso sólo puede entenderse cuando se advierte que el juez juzga dentro del proceso y no puede hacerlo de otra manera. En este sentido, se ejemplifica de la siguiente manera: podrá decirse que no admitir un documento, porque la parte lo ha propuesto una vez precluida la posibilidad legal de presentar documentos, es algo contrario a la búsqueda real de la verdad, pero no debe desconocerse que esa preclusión puede ser la consecuencia necesaria de un principio tan importante como el principio de

²² CARRANCO, Joel. *Poder Judicial. Op. Cit.*, p. XXI (prólogo).

²³ Al respecto puede consultarse MONTERO, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5ª edición, Thomson-Civitas, España, 2007, pp. 41-53.

contradicción. De ahí que, como se anunció, para Montero solo se pueda hablar de una “certeza” y no de una “verdad”.

Por tanto, sólo puede tenerse certeza cuando en las actuaciones, en las que se observó el principio de legalidad, cualquier persona razonable pueda concluir que se dieron elementos suficientes para, por lo menos, poder decir que una afirmación de hecho puede ser tenida como probada; en sentido contrario, podría igualmente concluirse que una afirmación de hecho no debe tenerse por probada, independientemente de su correspondencia con la realidad, si en las actuaciones no existen los elementos que permiten llegar a la razonable conclusión de que esa afirmación está probada.

En síntesis, Montero no refiere de manera expresa el término “verdad jurídica” o alguno similar, sino que, conciente de las limitantes naturales de esa búsqueda de la realidad, lo llama “certeza” a fin de evitar entrar en polémica directa con el concepto de verdad ya que su corriente ideológica es aproximada a las nociones de Carnelutti, al no realizar distinciones entre las “clases” de verdad; sin embargo, pese a su sentir, en realidad sí distingue, aun de esta manera indirecta, la diferencia entre una verdad histórica y lo que se hace llegar a un expediente.

Después, el italiano Michele Taruffo²⁴ expone, como prefacio a sus razonamientos, que la idea de “verdad judicial” puede parecer vaga, enigmática y dudosa. No obstante lo anterior, dicho autor sí le reconoce un valor al concepto en cita.

Al desarrollar su teoría, refiere que las normas jurídicas definen el contexto de la verdad “judicial”, pero que todo tipo de verdad es de algún modo, “contextual”. Es más, los hechos en litigio en una causa se suelen comprobar en el proceso judicial usando los mismos medios (testimonios, documentos, grabaciones, argumentos inferenciales) que la gente común y corriente utiliza para descubrir la verdad en su vida cotidiana. Refiere dicho autor, no hay diferencia epistémica sustancial entre la

²⁴ Cfr. TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* pp. 25-35.

verdad judicial y la verdad no judicial (es decir, ambas tienen una teleología común, y un modo análogo de arribar a sus conclusiones).

Taruffo coincide con Montero Aroca al razonar que la idea de una verdad absoluta puede ser una hipótesis abstracta en un contexto filosófico amplio, pero no se puede sostener racionalmente que una verdad absoluta pueda o deba ser establecida en ningún dominio del conocimiento humano. Esto es, la idea de una verdad absoluta parece pertenecer sólo a los terrenos de la religión y la metafísica. Por tanto, concluye de la misma forma que Montero, al señalar que en todo contexto de conocimiento científico y empírico, incluido el de los procesos judiciales, la verdad es relativa.

Con relación a las teorías privatistas y publicistas del proceso anteriormente descritas, Taruffo distingue dos teorías acerca de la verdad, las cuales coinciden con los axiomas respectivos de cada línea argumentativa.

Teoría coherentista

Para la “teoría coherentista”, relacionada con las teorías privatistas, la verdad de un enunciado fáctico es sólo la función de la coherencia de un enunciado específico en un contexto de varios enunciados. Dado que la verdad y la falsedad sólo se pueden predicar de enunciados, el único nivel posible para la verdad es el de los enunciados, esto es, del lenguaje y los relatos.

Puede vincularse la idea anterior con la concepción retórica de los elementos de prueba, considerándolos como un recurso persuasivo cuyo objetivo es simplemente crear en la mente del juzgador, una creencia de credibilidad de uno de los “relatos” contados en el curso del litigio.

La coherencia del relato entonces desempeña un importante papel persuasivo, y los medios de prueba suelen tener por objeto constituirse como base para crear un

relato convincente. Su enfoque típico es el de una persona interesada en lograr la victoria, aunque no se encuentre la verdad. Es más, sería mucho mejor no descubrir la verdad, desde la perspectiva del abogado, si la verdad resultara contraria a los intereses de su cliente.

Dado lo anterior, es dable concluir, de manera análoga en lo descrito respecto de las teorías privatistas: las narrativas coherentes y persuasivas pueden ser falsas, o no pretenden ser verdaderas, desvirtuando los hechos. Este es el principal argumento para rechazar cualquier teoría de la verdad como mera coherencia en el contexto judicial.

Teoría de la verdad como correspondencia

En la teoría de la “verdad como correspondencia”, la verdad es resultado de la correspondencia del enunciado con un estado empírico del mundo. Como se aprecia, tiende a las nociones de las teorías publicistas al hacer alusión a una verdad histórica, a una verdad evidente que puede resultar fácilmente comprobable a través de los sentidos, sin necesidad de enunciados como lo propone la teoría coherentista.

Esto es, el contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial. La función de la prueba es justamente ofrecer al juzgador conocimientos fundados empírica y racionalmente acerca de los hechos de la causa, no recopilar historias contadas por algunas personas acerca de tales hechos.

La teoría coherentista captura solamente algunos aspectos significativos del problema judicial de la verdad, mientras que la teoría de la correspondencia coincide mucho mejor con una concepción de la decisión judicial basada en la justicia y la verdad.

Visto lo anterior, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- a) Se coincide con ambos autores, por cuanto hace que la verdad alcanzada dentro de un proceso siempre tendrá una calidad relativa.
- b) Si bien en el terreno práctico el término “certeza” propuesto por Montero Aroca puede tener una acepción adecuada, se prefiere emplear el de “verdad jurídica” ya que se encuentra más apegado al principio que debe perseguir el proceso, y en su conjunto, el derecho mismo.
- c) Se considera acertada la tesis de Taruffo, al estimar que sí existe una diferencia entre la verdad no judicial y la judicial: mientras que la primera no depende de factores externos para su comprensión y creación, ya que se genera de manera espontánea en el acontecer diario de la vida, la verdad judicial es el producto de una actividad humana determinada. De ahí que deba reconocerse que sí es dable hablar de dos clases de verdades dentro del ámbito procesal.

Según las ideas expuestas, el concepto propuesto en torno a este tema es el siguiente: la verdad jurídica es aquella que se obtiene a través de la práctica probatoria en un proceso jurisdiccional reflejada en una determinación jurisdiccional que ha causado estado, es decir, cuando lo resuelto por el juzgador ha adquirido autoridad y eficacia total al no existir medios de impugnación que permitan modificarlo: es definitivo.

Como podrá apreciarse, el concepto que se propone encuentra una marcada similitud con el de cosa juzgada; sin embargo, dicho concepto encierra únicamente un matiz procesal, al ser considerado, por ejemplo, para efectos de ejecución, entre otros, en tanto que la verdad jurídica abarca un punto de vista sociológico. Es el resultado de un proceso, de la búsqueda de la verdad que se encuentra contenida en una sentencia.

Sin embargo, la verdad jurídica también puede adquirir otras características: aquellas que precisamente dieron motivo a esta investigación, como lo es, principalmente, su falta de identidad con la verdad histórica.

De manera clara, como ejemplo: en un caso de violencia familiar, la víctima puede acudir oportunamente ante el ministerio público a fin de formular su querrela y, previos trámites de ley, se ejercite acción penal en contra del probable responsable, siempre y cuando se acredite la probable responsabilidad y el cuerpo del delito.

Así las cosas, si la víctima no logra satisfacer tales requisitos, aunque sea sabido por sus parientes, amigos y vecinos (la sociedad) tal situación, el agente del ministerio público procederá a proponer el acuerdo de no ejercicio de la acción penal. La verdad jurídica alcanzada, entonces, será la de absolución del delito imputado, pese a que la verdad histórica sea opuesta.

En efecto, lo que se trata de evidenciar es que el agente de la representación social, al igual que cualquier otro administrador o procurador de justicia, al momento de emitir su determinación, únicamente podrá hacerlo con base en los elementos que obren en el expediente en ese momento: la verdad jurídica que se ha creado hasta ese momento, que se perfecciona al momento de emitirse una resolución que cause estado.

Continuando con el ejemplo anterior, probablemente, el querellante procede entonces a promover su inconformidad ante el fiscal desconcentrado (tratándose de fuero común, en el Distrito Federal), y tras confirmarse el referido no ejercicio, promoverá acción de garantías, sólo para que se confirme, nuevamente, la determinación impugnada: verdad jurídica.

Desde luego, cualquiera puede afirmar que el problema radica en el desconocimiento de la víctima para recabar debidamente el material probatorio,

factores de corrupción, desaseo en la institución reflejado en resoluciones deficientes, entre muchos otros aspectos que, acertadamente, pueden ser objeto de discusión dentro del ejemplo señalado.

Sin embargo, el problema se magnifica cuando se trata de asuntos que conmueven a la sociedad en su conjunto: casos que van más allá de un núcleo de población o de un grupo de intereses. Controversias en las cuales el material probatorio no es deficiente o se presenta cualquier característica negativa imaginable, pues lo que realmente está en juego es la credibilidad de la determinación que pondrá fin a la litis planteada: un caso difícil.

1.5 Argumentación de las sentencias.

Como último apartado del presente capítulo, se hace referencia a la herramienta que tienen los juzgadores a fin de legitimar sus determinaciones, para hacer creíble la verdad judicial que crean a través de aquéllas, como se apuntó líneas arriba. Esta herramienta es la argumentación.

En el pensamiento del autor español Manuel Atienza, la argumentación es *“una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis, que se trata de sostener o de refutar”*²⁵.

Para las autoras Fuentes Rodríguez y Alcalde Lara se trata de *“un proceso discursivo por el cual el hablante ofrece una serie de enunciados como buenas razones para que su interlocutor crea u opine de una manera y no de otra, u obre en una dirección concreta”*²⁶.

²⁵ ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, 3ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p. 83.

²⁶ FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina y ALCALDE LARA, Esperanza. *La argumentación lingüística y sus medios de expresión*. Arco-Libros, Madrid, 2007 p. 9.

Como cierre en esta breve lluvia de ideas, para Castillo Alva la argumentación consiste en esgrimir una serie concatenada de razonamientos convenientemente expuestos, para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis que, por lo general, no está demostrada fehacientemente con anterioridad²⁷.

Según el autor Ernesto Galindo, la argumentación posee las siguientes características.²⁸

- a) Coherencia. La argumentación se funda en la existencia de premisas, las cuales son capaces de no provocar una respuesta absurda o contradictoria.
- b) Razonabilidad. La conclusión que busca la argumentación debe ser proporcional al fin que busca. Su conclusión no puede ser arbitraria.
- c) Suficiencia. La argumentación debe poseer las premisas exactas que sean capaces de producir la consecuencia deseada.
- d) Claridad. Toda tesis argumentativa debe ser clara: no debe requerir interpretación alguna.
- e) Comunicabilidad. Hace referencia a que se trata de una técnica para la comunicación de puntos de vista e ideas.
- f) Alteridad. Intenta generar un cambio en el agente a quien va dirigida la argumentación, por lo que se realiza pensando en función del receptor.
- g) Procedimental. Se trata de un proceso constituido por una serie unitaria de secuencias racionales, y existen reglas para su concreción.
- h) Gramatical. Porque la argumentación se produce a través del lenguaje, sea verbal o escrito, y es necesario observar las estructuras y elementos inherentes.

Siguiendo al mismo autor, los fines de la argumentación, en breve resumen, son los siguientes:²⁹

²⁷ CASTILLO ALVA, José Luis et all. *Razonamiento Judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara Editores, Perú, 2006, p. 233.

²⁸ Cfr. GALINDO SIFUENTES, Ernesto. *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*. 3ª edición, Porrúa, México, 2010 p. 3.

- Define la posición de un sujeto respecto de una temática.
- Trata de comunicar a otros sujetos un juicio propio, a través de argumentos que deben ser aceptables y convincentes.
- Busca que la tesis propuesta sea admitida por el interlocutor, o bien, justifica una acción o un hecho.

De las ideas transcritas se destacan los siguientes elementos:

1. La argumentación es una actividad persuasiva: pretende convencer en un sentido determinado ante la existencia de diferentes puntos de vista.
2. Sus elementos son los argumentos o razonamientos, que son los enunciados que sostienen el sentido de la conclusión.
3. Los enunciados, al quedar expuestos a una eventual crítica, deben poseer el contenido u orden pertinentes con el objeto de resistir de la mejor forma tales objeciones.

De las características anteriores tal vez la más notable, y bajo la cual, radica la importancia de la argumentación, es la de ser una actividad persuasiva, ya que a través de un convencimiento natural y pleno de una decisión (de cualquier clase o naturaleza) puede implantarse con mayor facilidad, es decir, existe una posibilidad mayor de que sea adoptada sin necesidad de que medie para ello coacción o fuerza.

En este punto, a fin de clarificar nuestra postura, por lo que hace a que una sentencia legítima favorece su cumplimiento, es conveniente realizar la siguiente reflexión.

Cualquier resolución jurisdiccional, sea definitiva o no, sin importar su naturaleza es un producto jurídico. En lo específico, es deseable destacar la característica de

²⁹ Cfr. *Idem* p. 5.

heteronomía de las normas, elemento bajo el cual dichas normas son planteadas por un agente externo al que van dirigido, de forma que éste no puede excusarse de su cumplimiento bajo un razonamiento de *autonomía* como es el caso de las normas morales.

En este sentido, es útil recordar la definición de ambos términos proporcionada por el maestro García Máynez: “*Autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa*”³⁰.

Sin embargo, toda norma jurídica, pese a su reconocida heteronomía, ya que su origen no está en el albedrío de los particulares, sino en la voluntad de un sujeto diferente, tiene de trasfondo un porcentaje importante de autonomía. A efecto de ejemplificar esta noción, podemos tomar el orden que produce un semáforo respecto de la circulación de vehículos en un cruce.

El semáforo es respetado por la sociedad, por los automovilistas, porque saben que el no hacerlo puede acarrearles una sanción (parte heterónoma). En otro sentido, respetan la señal que produce el semáforo porque saben que es *lo correcto*: de otra forma, si los automovilistas quisieran efectuar el cruzamiento en cualquier momento, al mismo tiempo, gradualmente se bloquearían y ninguno terminaría por cruzar, o bien, los accidentes se reflejarían con gran frecuencia.

De esta forma, los sujetos a los que va dirigida la norma, *reconocen* (parte autónoma) que el respeto al semáforo no solo evitará una sanción en lo individual, sino que más allá, acatan la norma de conducta regulada por el semáforo al aceptar que dicha observancia es en beneficio de ellos mismos y del bien común. Al considerarlo como una medida justa, adecuada y legítima, su cumplimiento se

³⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 56ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 22.

vuelve algo natural. Inclusive, puede apreciarse, en el caso no se requiere de una argumentación amplia o vigorosa para sostener el argumento que *respetar el semáforo es algo bueno*, pues incide realmente en la teleología de toda norma jurídica de buscar y preservar el bien común.

Desde luego, no todos los asuntos suelen resolverse a través de líneas argumentativas tan claras o evidentes. Es éste un primer criterio por el cual se permite vislumbrar una distinción entre los casos fáciles y los difíciles, y sobre todo, como se propone a través de la presente investigación, enfatizar que el juzgador ante un caso difícil debe ponderar los intereses de la sociedad al momento de emitir su determinación, de forma que se legitime y aparezca como una decisión *justa* en el sentir de la sociedad.

2. Legitimación y casos difíciles.

CUATRO CARACTERÍSTICAS CORRESPONDEN AL JUZGADOR: ESCUCHAR CORTÉSMENTE, RESPONDER SABIAMENTE, PONDERAR PRUDENTEMENTE Y DECIDIR IMPARCIALMENTE.
-Sócrates

Tras haber realizado las consideraciones anteriores, en el presente capítulo se pretende evidenciar la necesidad del juzgador de legitimar sus determinaciones, tratándose de jueces con un carácter constitucional, ya que al ser los últimos eslabones en una cadena procesal, eventual de impugnación, tienen la difícil tarea de confirmar la verdad judicial de otros juzgadores, o bien, descubrir una nueva, a veces, completamente distinta a aquella que fue creada por sus precedentes. Sea el caso de que se trate, es imperioso estudiar la legitimación de su determinación.

Asimismo, resulta útil recordar las palabras del autor Aaron Barak: *“la principal preocupación de un tribunal constitucional en una democracia no es corregir los errores individuales cometidos en las sentencias de los tribunales inferiores. Ese es el trabajo de los tribunales de apelación. La principal preocupación del tribunal constitucional es la más amplia acción correctiva de todo el sistema. Esta acción correctiva se debería enfocar en dos problemas principales; cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad, y proteger la democracia”*.³¹

En razón de estas consideraciones, la responsabilidad, que se acentúa en los tribunales constitucionales, de resolver protegiendo los intereses de la sociedad se acrecenta en los llamados casos difíciles, que a continuación se intentan explicar.

³¹ BARAK, Aaron. *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. SCJN, México, 2008, capítulo 1, página 1.

2.1 Casos fáciles y difíciles.

En primer término, *contrario sensu*, es pertinente describir lo que debe entenderse por un caso fácil, tratando de ejemplificarlo de manera objetiva a fin de que pueda diferenciarse con precisión de lo que eventualmente podría tildarse como caso difícil.

Para Hart, si de acuerdo a convenciones lingüísticas vigentes, el caso de que se trate cabe dentro del núcleo del significado establecido en los términos empleados en la regla general nos enfrentamos a un caso claro o fácil³².

Por su parte, Moreso Mateos señala que es el supuesto en el cual no hay problema de justificación externa porque tanto los hechos como las normas aplicables están perfectamente determinados. En estos casos, existe una sola respuesta correcta.³³

En la opinión de Ghiraldi, los también llamados casos ordinarios son aquellos en que las soluciones son típicas conociendo la ley y la jurisprudencia imperante, por lo que el abogado puede predecir cual será la decisión del juez³⁴.

De manera conclusiva, el autor Ernesto Galindo señala que un caso fácil es aquel en el que no es necesario realizar alguna interpretación de una norma, pues el caso se resuelve por simple aplicación mecánica, esto es, por subsunción³⁵.

Por tanto, es dable concluir que un caso es fácil si la aplicación de la norma es precisa, y dado su contenido, no requiere de una argumentación especial o exhaustiva, sino que basta con la fórmula natural de fundamentación y motivación para legitimar dicha resolución.

³² HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004 p. 155.

³³ MORESO MATEROS, Joseph Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2005, p. 164.

³⁴ GHIRALDI, Olsen et all. *El razonamiento judicial*. Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2001, p. 31.

³⁵ Cfr. GALINDO SIFUENTES, Ernesto. *Op. Cit.* p. 139.

Dicho con otras palabras, siguiendo la tesis de Ghiraldi, no se requiere convencer a las partes ni a la sociedad del resultado obtenido, pues el foro jurídico puede predecir con claridad cual será la decisión del juez. Como concluye correctamente Moreso, existe una sola respuesta correcta: su facilidad radica en que los participantes los perciben como ejemplos evidentes del contenido de la práctica jurídica.

Un ejemplo claro de un caso fácil solemos encontrarlo en un fallo que determina desechar una demanda por actualizarse una causal de esa naturaleza. Las causales son claras, y por tanto, al tener un carácter notorio e indubitable, el desechamiento no requiere una argumentación exhaustiva; en algunos tribunales, inclusive, dicha determinación se dicta como un simple acuerdo y no como una sentencia. Sin embargo, incluso en esos supuestos que pretenden ser precisos, es posible encontrar disparidades de criterios, por lo que, eventualmente, un desechamiento podría tildarse como *difícil*³⁶.

Es decir, un término utilizado con frecuencia en el foro judicial, como lo es *interés jurídico* puede tornarse en una idea no clara, cuando la línea divisoria con el interés legítimo es tan sutil que ante dicha situación, lo más pertinente es admitir el asunto y decidir la controversia en el fondo, que resulta preferible a un desechamiento cuestionable o endeble.

En el otro anverso de la moneda, un reflejo que puede ser útil para pretender ejemplificar un caso fácil, o mejor dicho, una solución clara, se presenta cuando los agravios expuestos en una demanda ante un tribunal de segunda instancia, sea cual sea su naturaleza, son clasificados como *inoperantes* por las siguientes razones:

³⁶ La tesis de Hart, relativa a los límites del lenguaje que provocan, en cierta medida, los llamados casos difíciles, serán analizados en el apartado 2.2 del presente trabajo.

- a) El demandante expone razonamientos que no guardan identidad con lo resuelto en la resolución que se impugna.
- b) El demandante esgrime motivos de disenso que son novedosos: es decir, que no fueron parte de la litis primigenia.
- c) El demandante reproduce nuevamente los agravios vertidos en la instancia precedente, sin controvertir los razonamientos sostenidos por el jurisdicente de origen³⁷.

De esta forma, si los motivos de disenso que hace valer el actor se encuadran dentro de los supuestos enunciados, tales aseveraciones devienen inoperantes, pues en lo común no controvierten las consideraciones que fueron empleadas en la resolución que se pretende combatir.

Una vez que ha quedado definido un caso fácil, se procede a describir el caso difícil, el cual, desde luego, presenta las características contrarias y puede no resultar tan evidente su conformación.

2.1.1 Clasificación de los casos difíciles.

Antes de entrar a la clasificación de los casos difíciles, conviene citar algunas posturas doctrinarias sobre el tema, las cuales pretenden describir dicho objeto de una manera genérica.

Para Hart, si de acuerdo con las mismas convenciones lingüísticas resulta dudoso si el significado establecido de los términos empleados en la regla general

³⁷ Los criterios señalados son una práctica reiterada y extensiva en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a la fecha en que esta investigación fue realizada; fortalece estos razonamientos el criterio sustentado en la tesis relevante S3EL 026/97 consultable a fojas 334 a 335 de la compilación oficial "Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005" cuyo rubro es "AGRAVIOS EN RECONSIDERACIÓN. SON INOPERANTES SI REPRODUCEN LOS DEL JUICIO DE INCONFORMIDAD".

comprende o no el caso que se nos presenta, estamos frente a un caso de la penumbra o difícil³⁸.

En la teoría de Ronald Dworkin, un caso es difícil si en un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por una institución, y el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido³⁹.

Por su parte, Moreso Mateos señala que es el supuesto en el cual la justificación es más difícil a causa de los problemas que afectan las premisas fácticas o jurídicas que deben fundamentar la decisión⁴⁰.

Finalmente, de manera un tanto radical, Ghiraldi menciona que en los también llamados casos extraordinarios, el juez se aparta de la rutina y la resolución que opta aparece como absolutamente distinta a la usual⁴¹.

De igual forma que en el apartado anterior, Ernesto Galindo, de manera conclusiva, señala que un caso es difícil al presentar las siguientes características:⁴²

- No hay una respuesta correcta.
- Las formulaciones son ambiguas, los conceptos son vagos y poseen textura abierta
- El derecho que se aplica para resolverlos es incompleto e inconsistente
- No hay consenso acerca de la resolución en la comunidad de juristas.
- No es un caso de aplicación mecánica
- Es decidible sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.

³⁸ HART, H. L. A. *Op. Cit.* p. 156.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, 5ª reimposición. Editorial Ariel, Barcelona, 2002, p. 146.

⁴⁰ MORESO MATEROS, *Op. Cit.*, p. 164.

⁴¹ GHIRALDI, Olsen et all. *Op. Cit.*, p. 33.

⁴² *Ibidem*.

- Requiere para su solución un razonamiento basado en principios, más que en reglas.
- La solución involucra necesariamente juicios morales.

Aportadas estas consideraciones de manera genérica, a continuación se procede a describir otros elementos involucrados en la problemática que implica definir un caso difícil como objeto primordial en la teoría de la pragmática jurídica, como se propone en el presente trabajo; por tanto en los siguientes párrafos se exponen diferentes clasificaciones con una carga relevante de subjetividad, que pretenden sentar la primera fase del debate, para después describir los casos en que, bajo criterios con mayor objetividad pueden identificarse los casos difíciles, y finalmente se realizarán las confrontaciones pertinentes con nociones doctrinarias contemporáneas, para concluir con una propuesta que pretende integrar, cual método ecléctico, los mejores elementos de las ideas expuestas, con el fin de – meta un tanto ambiciosa– alcanzar una definición de caso difícil con la mayor objetividad posible, que sirva de fundamento para el capítulo ulterior.

I. En función de las partes que intervienen.

De acuerdo con el sentir de la sociedad, en algunos procesos es posible prever el resultado al que se arribará dada la “influencia” que ejercen determinados personajes cuando son parte en un proceso jurisdiccional.

En efecto, la incursión de factores reales de poder dentro del proceso tiende a viciar y enrarecer no solo la sustanciación del proceso, sino que con mayor gravedad, el juicio del juzgador, entendiendo éste como el momento en el que realiza la valoración y estudio de pruebas así como constancias que obran en el expediente a fin de determinar el sentido de la controversia sometida a su competencia.

Como se aprecia, este criterio no resulta muy útil para determinar si un caso determinado puede ser tildado de difícil, ya que presta atención a las partes y no a la cuestión litigiosa planteada. Si se tomara como acertado este parámetro, incluso algunas de las cuestiones anteriormente señaladas, como lo es –por ejemplo– la calificación de agravios inoperantes que sean aducidos por un personaje público, podrían causar alguna dificultad al juzgador al momento de su dilucidación, por el simple hecho de haber sido formulados por un ente investido con la calidad de factor real de poder.

Es decir, pese a la opinión pública, suele acontecer, que las pretensiones planteadas por tales personajes adolecen de vicios de técnica jurídica, los cuales evidentemente, pese a la supletoriedad que se observa en diversos juicios, no son suficientes para que el juzgador pueda “crear” un agravio y con ello favorecer a una de las partes. Se considera entonces, que el caso difícil surge por la litis planteada, no por las personas que intervengan en ésta.

Por ello, si bien las partes que intervienen pueden poseer un aspecto significativo para poder tildar un caso como “difícil”, en realidad este aspecto debe considerarse circunstancial, ya que el juzgador no considera las circunstancias específicas de las partes al momento de dictar una sentencia⁴³, sino las circunstancias del expediente y, –de acuerdo a las ideas del pragmatismo que más adelante se desarrollan– las de la sociedad en que se encuentra, para alcanzar un beneficio integral y colectivo a través de ella.

⁴³ Tal vez pueda señalarse como refutación a esta afirmación el caso de un juicio penal, en el que el juzgador atiende a las características y circunstancias del procesado a fin de *individualizar* la pena, o bien, al momento de imponer cualquier otra sanción, como lo son las multas en materia electoral. De cualquier forma se considera, se realiza una ponderación integral, pues como se estudia en el apartado 3.2 del presente trabajo, al momento en que se realiza dicha individualización, se pretende alcanzar un resultado *razonable* para el inculpado, pues a través de esta sanción, se pretende dar un mensaje a la colectividad: si el inculpado sostuvo una conducta grave, la pena será mayor, de igual forma si es reincidente, por citar ejemplos. Es decir, el juzgador considera la naturaleza y circunstancias de la conducta efectuada, así como los valores socialmente aceptados que fueron transgredidos, de forma que el fallo se argumenta con base a estas líneas de ponderación, no así en función de las características del sujeto agresor. Así, el proceso no se individualiza en una noción privatista, sino que trasciende a fortalecer un ansiado Estado de Derecho real, bajo el canon publicista detallado en el apartado 1.3.

II. En función del juzgador

En otros asuntos, generalmente desde la perspectiva de los abogados postulantes, un caso tiende a complicarse –innecesariamente–, por la falta de pericia del juzgador, reflejado en un fallo altamente cuestionable.

Dicho con otras palabras, bajo esta óptica, una controversia podría tildarse como difícil para un juzgador que no cuenta con los conocimientos o práctica suficientes para poder sustanciar y resolver adecuadamente un litigio puesto a su consideración, lo que resulta en un detrimento no sólo de las partes que intervienen en éste, sino de todo el aparato jurisdiccional.

Desde luego, este criterio se incluye con la única finalidad de comentar, bajo un esquema integral, la manera en que un caso puede ser tildado como difícil desde el punto de vista de todos los operadores jurídicos que intervienen en un proceso, pese a que esta noción resulta insostenible.

Aceptar lo anterior implicaría cuestionar gravemente la manera en que los juzgadores son designados, y de manera indirecta, todo el aparato judicial, lo cual desde luego puede realizarse, pero bajo matices objetivos cuyo análisis detenido evidentemente escapa al tema central de la presente investigación.

Asimismo, desde la óptica de un presunto juzgador incapaz, todos los asuntos, incluso aquellos que pueden ser *fáciles*, como quedó señalado, podrían ser considerados como difíciles, por lo que este criterio no puede ser empleado de manera sostenible para intentar señalar diferencias entre esos tipos de casos⁴⁴.

⁴⁴ Puede apuntarse como ejemplo, el caso de una demanda que se presenta de manera extemporánea, ante la cual un juzgador “incapaz” pretende admitir argumentando que, bajo un criterio garantista, no es dable exigir a un justiciable que promueva su acción dentro de un plazo determinado debido a circunstancias específicas. De esta forma un caso fácil pretende ser tildado como difícil al intentar ponderar en su argumentación el principio de legalidad con el de maximización de la suplencia, en contravención a los usos forenses, la ley y precedentes.

En todo caso es deseable comentar que por ello los órganos de apelación generalmente se encuentran integrados de forma colegiada, con el fin de que el debate surgido de cada asunto sea enriquecedor y diverso, favoreciendo con ello la adecuada resolución de los casos, ya que en las discusiones precisamente se busca robustecer el argumento planteado, o bien, hacer ver al ponente que existen mejores directrices para resolver la controversia en un sentido diferente al propuesto.

Finalmente, en ese orden de ideas, es también destacable la existencia de los votos concurrentes, razonados y particulares, que permiten a la minoría o a un integrante de los órganos colegiados dejar asentada su opinión en una cuestión planteada; pese a que puede decirse que dichos argumentos no sirven de algo a las partes, sea cual sea el resultado obtenido, bien pueden fungir como precedentes orientadores o fuentes argumentativas para casos posteriores, dado que su contenido controvierte la determinación, o al menos parte, del fallo en que se encuentran.

2.1.4 En función del contexto social –relevancia de la opinión pública–.

De manera progresiva, para acercarse a parámetros con mayor grado de objetividad, bajo esta óptica, un caso puede ser difícil si de acuerdo con el contexto en que se encuentra inmerso, principalmente por intromisiones de los medios de comunicación, la sociedad queda influenciada –usualmente en sentido negativo– respecto de la manera en que sustancia el proceso predisponiendo en ello el resultado final, lo que termina afectando la imparcialidad del juzgador, minando también la labor del poder judicial en ello.

Se comparten las ideas del autor Carranco Zúñiga al señalar que la opinión pública es *“aquella manifestación en el pensamiento general que sin estar expresada por*

*escrito domina en el ánimo de la mayoría de los integrantes de una comunidad; en otras palabras, la opinión pública es la voz del pueblo*⁴⁵.

En efecto, aterrizando esta noción en un país como México, es posible apreciar que, desafortunadamente, la influencia de los medios de comunicación es considerable si se toma en cuenta que la sociedad en su mayoría carece de la instrucción académica necesaria para poder emitir un juicio crítico a la información que se transmite, de forma que pueda realizar con base en ello sus propias conclusiones.

Ahora bien, no solo la sociedad guarda responsabilidad en esta temática, pues también resulta necesario señalar que los comunicadores al presentar una noticia suelen buscar esquemas de espectacularidad o notoriedad, aunque las fuentes de ésta serán cuestionables o mentiras, porque de ello depende el éxito de la audiencia, la cual tiene mayor importancia en materia de comunicación debido al valor económico que ello representa.

Como se apuntó anteriormente, la opinión pública representa un riesgo en la actuación independiente de los juzgadores, sobre quienes ejerce una gran presión, restándoles libertad para pronunciar sus resoluciones.

*“La justicia no es popular”, cita el autor Carranco, pues “la aplicación de leyes de ningún modo se sujeta a la apreciación que sobre ella disponga el pueblo, que en todo caso, en un estado que se digne ser respetuoso de las leyes, debe acatarlas irrestrictamente, con el margen que la propia norma concede a la discrecionalidad del juzgador, porque de no ser así se caería en la anarquía e inseguridad jurídica, cuyos efectos son contrarios a uno de los propósitos de cualquier sistema jurídico, que es el orden jurídico”*⁴⁶.

⁴⁵ CARRANCO, Joel. *Op. Cit.* p. 291.

⁴⁶ *Idem* p. 294.

La consideración anterior no se encuentra en contravención con la naturaleza y objeto del presente trabajo, el cual, de forma somera, consiste en privilegiar los intereses de la sociedad al momento de resolver un caso difícil, pues finalmente lo que se busca es una solución ajustada a derecho, no una actuación arbitraria de los juzgadores que se rija por aclamación popular.

Por tanto, no debe perderse de vista que el poder judicial debe ser considerado como un depositario de la confianza del pueblo, pues siempre está abierta la posibilidad de que cualquier gobernado sea objeto de un proceso instaurado en su contra, y sentenciado bajo las garantías del debido proceso, haciendo con ello realidad la promesa del Estado de Derecho.

Ya que es inoportuno hablar de medios de comunicación responsables, pues resulta evidente que los intereses de tales organizaciones son lucrativos o bien, bajo intereses de naturaleza ajena a lo jurídico, y no como servicio a la sociedad, es más oportuno y deseable hablar de una sociedad instruida no sólo con relación a las notas informativas que se le presenten, sino en todos los aspectos lo que ayudaría al fortalecimiento del país de manera integral. De no ser así, la sociedad progresivamente perderá de manera injustificada la credibilidad en las instituciones, situación que puede acentuarse a raíz de la desinformación que provoquen los medios de comunicación.

2.1.5 En función del objeto materia de litis

De todas las clasificaciones enunciadas con anterioridad, parece ser que la presente ofrece un mayor parámetro de certeza y objetividad, al perfeccionarse ante situaciones que presentan un mayor grado de comprobación fáctica.

En función del objeto litigioso, podemos señalar los siguientes casos:

a) Colisión de normas y principios

Un caso que en líneas posteriores se detallará, pues se estima que es el supuesto más exacto por el cual puede definirse el caso difícil, a través de la exposición de diversas ideas de la doctrina de Hart y Dworkin, la colisión de normas y principios, se produce si en una controversia determinada, dos elementos del sistema jurídico de que se trate aparentemente se encuentran en contradicción, situación que permite al juzgador optar entre dos o más decisiones, a fin de determinar qué elemento jurídico debe prevalecer y sea el que resuelva la controversia, justificando su decisión.

Cabe mencionar antes de continuar al siguiente apartado que dicha contradicción puede contener dos normas o dos principios contendientes, ya que al mencionar “elemento”, hacemos referencia tanto a “reglas” (normas jurídicas vigentes de acuerdo a la tesis de Hart), como a principios, los cuales, de acuerdo con Dworkin, se encuentran integrados al sistema jurídico.

Asimismo es deseable señalar que, como se evidenciará, los otros casos que a continuación se enuncian en realidad pueden constituir “sub-especies” de colisiones de normas y principios, dado que al final de cada uno de ellos se realiza una ponderación entre elementos jurídicos para determinar la solución más adecuada a cada caso concreto.

b) Omisión legislativa

Según algunos autores, este es el caso de las llamadas “lagunas del derecho”, en las cuales, se estima, no existe una norma jurídica que sea aplicable de manera exacta al caso concreto, y por tanto, el juzgador a través de mecanismos de integración, como la analogía, encuentra la solución.

De acuerdo con Joseph Raz, las lagunas en el derecho se presentan cuando determinada cuestión jurídica no tiene alguna solución completa y esto acontece, bien porque ninguna de las posibles soluciones completas a la cuestión jurídica sea verdadera, o bien por la existencia de soluciones parciales o secundarias, cuando determinada situación litigiosa debe ser sometida para su discernimiento al órgano jurisdiccional⁴⁷.

En este sentido se considera acertada la postura de Ronald Dworkin, la cual se analizará posteriormente, por cuanto hace a la inexistencia real de las lagunas del derecho, toda vez que los principios, por sus características de amplitud, permiten acoplarse ante cualquier “laguna” posible que pudiera originarse en el derecho. Es decir, cumplen con una función integradora del derecho, de forma que es posible encontrar siempre una solución ante cualquier problemática planteada, en la cual, eventualmente, al concurrir de forma probable dos o más principios, el juzgador deberá ponderar cuál debe prevalecer.

c) Abandono de un criterio precedente

Por último, dentro del objeto materia de la litis es posible que el juzgador haya establecido un precedente que a la luz de un nuevo caso, en virtud de las características y contexto del mismo, considere necesario modificar, lo cual es entendible si se toma en cuenta que el derecho, como producto social, es mutable al igual que la comunidad humana que pretende regular; situación que requiere de una carga argumentativa mayor a la de los casos rutinarios.

Los precedentes judiciales, de acuerdo al autor Tamayo y Salmorán⁴⁸, son decisiones anteriores de tribunales superiores las cuales, se considera, encierran

⁴⁷ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo VI, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición, México, 1984, p. 13.

⁴⁸ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo VII, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición, México, 1984, p. 161.

un principio o *ratio* que debe ser aplicado en los casos posteriores en el que exista identidad en el objeto litigioso. Es de esta manera como los precedentes vinculan a los jueces. La doctrina del precedente en el derecho anglo-americano es conocida como la doctrina de la *ratio decidendi* o doctrina del *stare decisis*.

En nuestra tradición romanista, este uso jurídico trascendió *mutatis mutandi* reflejado en los criterios sostenidos por determinados órganos jurisdiccionales, ya que más que vincular formalmente al juzgador, se convierten en criterios orientadores para la resolución de una controversia; esta noción se distingue por tanto de la jurisprudencia –la cual posee un carácter vinculatorio y tiene su origen en la interpretación de la norma jurídica–, del *stare decisis* anglosajón, pues éste implica la resolución de un caso visto como un todo, de manera integral. Puede concluirse que son instituciones análogas y que tienen la misma naturaleza: tratar de apuntalar una certeza jurídica, tratar de hacer previsible una resolución de forma que ésta pueda ser, como se señaló anteriormente, un caso *fácil*.

Sin embargo, este cambio de criterio o abandono de precedente debe ser realizado con la cautela pertinente, pues el principio de certeza jurídica responde a una exigencia de universalidad y a una regla de argumentación racional que obliga a justificar el cambio de criterio, de forma tal que, independientemente de las posiciones de las partes en el litigio, la carga de la argumentación corresponde a quien pretende introducir el cambio de criterio, siendo inadmisibles el abandono discrecional de los precedentes, conforme con el denominado "principio de inercia" según el cual una decisión sólo puede ser modificada si pueden aducirse razones suficientes para ello.

El principio de integridad del ordenamiento jurídico y de la labor judicial exige a los jueces que resuelvan los casos a partir de un conjunto coherente de principios que permitan dar certeza y seguridad jurídica respecto de los derechos y deberes que tienen los miembros de la comunidad política a la que pertenecen; por lo que este reflejo de la racionalidad jurídica además de ser una exigencia técnica, es un deber

jurídico derivado de la obligación de motivación y fundamentación, consagrada en el artículo 16 de la Constitución General de la República.

Tal deber de fundar y motivar las resoluciones judiciales permite también mostrar cómo han de ser decididos en el futuro casos similares y condiciona de alguna manera a la autoridad a justificar que entre la decisión actual y las pretéritas existe continuidad o en su caso, de estimarse necesario u oportuno, se determine una nueva interpretación que garantice la coherencia del sistema jurídico en su conjunto, al momento de realizarse la interpretación respectiva.

El criterio interpretativo que se adopte debe estar justificado en la propia resolución y, por tanto, representa un parámetro de interpretación para otros casos futuros similares, lo que contribuye a la uniformidad y a la continuidad del trabajo judicial y con ello, sobre todo a la seguridad jurídica⁴⁹.

Por lo anteriormente anotado, el deber de respeto al propio precedente constituye una exigencia de una argumentación racional, una forma de control de racionalidad de la actuación judicial, y se concluye, todo tribunal tiene la obligación de ser consistente con sus propias decisiones, y, por tanto, si un juez decide apartarse del precedente judicial deberá motivar suficiente y adecuadamente la razón por la cual decide fallar en distinto sentido a través de una justificación objetiva y razonable, toda vez que es dable exigir, en aras del principio de igualdad en la ampliación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada lo hagan siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario estarían infringiendo no sólo el

⁴⁹ Señala el autor Adame Goddard, el hombre necesita, por una parte, tener la seguridad de que los demás respetarán sus bienes y, por otra, saber cómo ha de comportarse respecto de los bienes de los demás. Esta seguridad referente a las relaciones con los semejantes es la que puede denominarse seguridad jurídica, pues el asegurar la existencia de ciertos comportamientos en la vida social es necesario para la subsistencia de la misma. (Cfr. ADAME GODDARD, Jorge. *Naturaleza, Persona y Derechos Humanos*. UNAM, 1996, p. 153).

Por tanto, es dable concluir que la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su patrimonio o situación jurídica será modificada sólo por procedimientos establecidos previamente en ley.

principio de igualdad, sino también el de seguridad jurídica, pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.

2.2 Ideas de Herbert Lionel Adolphus Hart

La obra de Hart *El concepto de derecho*, se caracteriza, entre otros temas, por intentar definir “derecho”, describir la estructura característica de un sistema jurídico actual, y en el énfasis en el estudio de la adjudicación o aplicación judicial del derecho. En el presente trabajo se pretende describir brevemente su obra, compararla con la de su conocido –al menos en teoría– opositor Ronald Dworkin, y derivado de ese fecundo debate, sentar bases que puedan servir de fundamento a una propuesta, encaminada a evidenciar la utilidad del pragmatismo jurídico en la resolución de los casos difíciles.

En primer término, conviene recordar que Hart establece dos diferentes distinciones fundamentales entre las normas jurídicas que conforman un sistema jurídico:

- *Reglas primarias* son aquellas que imponen deberes positivos (acciones) o negativos (obligaciones de no hacer) a los individuos.
- *Reglas secundarias* son aquellas que otorgan potestades a los particulares o autoridades públicas para crear, modificar y extinguir los efectos de las reglas de tipo primario.

En este sentido, bajo un esquema eminentemente positivista, en el que es posible identificar el derecho vigente en una sociedad a partir de un parámetro independiente de la moral, Hart sostiene que la validez de la Constitución, como criterio supremo de validez, está dada por una regla que establece “lo que la Constitución dice es derecho”⁵⁰. Por tanto, este ápice normativo tiene un carácter

⁵⁰ HART, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Traducción de Genaro Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p.132.

jurídico-social, al ser fuente de validez suprema, de la cual se desprenden el resto de los ordenamientos que rigen en una sociedad, y se refleja en la aceptación práctica de tales mandatos. Esta es la llamada “regla de reconocimiento” en la teoría de Hart: las reglas jurídicas justifican su validez a partir de su linaje o vinculación con el criterio supremo de validez.

Desde otra perspectiva, que probablemente incide con mayor profundidad en el tema de la presente investigación, Hart señala que la segunda distinción esencial de las “reglas”, consiste en el punto de vista externo e interno que se tiene frente a ellas.

En el punto de vista externo, un observador aprecia repeticiones en la conducta de los miembros de una sociedad, o bien, por un elemento de la sociedad que acepta las reglas, no por considerarlas justificadas, sino con el fin de evitar la sanción que implica su inobservancia.

Para el punto de vista interno se destaca la dimensión normativa de las reglas: se analiza su función justificativa de juicios de aprobación o crítica. Conforme a esta división, que indudablemente nos recuerda las características de autonomía y heteronomía de moral y derecho, respectivamente de acuerdo a nociones primigenias de derecho, es posible distinguir con precisión derechos y obligaciones de las costumbres sociales y una coacción en sentido amplio⁵¹.

En segundo término, Hart destaca las limitaciones naturales del lenguaje, como pauta para analizar la interpretación del derecho y la manera en que ésta se refleja en las decisiones judiciales.

Según Hart, las palabras que utilizamos diariamente son genéricas y vagas, aunque dentro de esa “amplitud” de significado, son lo suficientemente precisas para permitir la coherencia en la comunicación. Sin embargo, en su concepto, esta

⁵¹ *Supra* p. 26.

vaguedad o “textura abierta” se acentúa en el lenguaje jurídico por dos motivos: Primero, las normas jurídicas son generales: dado su sentido abstracto, no están dirigidas a algún sujeto o cosa en particular. Segundo, su vigencia no se agota de forma instantánea, sino que tienen un carácter de tracto sucesivo, esto es, su vigencia se pretende para periodos largos salvo marcadas excepciones, y es común que deban ser aplicadas a situaciones que no fueron previstas al momento de su creación.

A efecto de clarificar lo expuesto, Hart enuncia su ejemplo de la bicicleta en los siguientes términos:

En un parque, en el que aparece el letrero “está prohibida la circulación de vehículos en el parque”, todos estaríamos de acuerdo en que automóviles y camiones no podrían circular en ese lugar, porque entendemos que están incluidos en el núcleo de la palabra “vehículo”. Sin embargo, ¿están comprendidas las bicicletas en esa prohibición?⁵²

En este caso, Hart refiere que, si bien el “núcleo” del significado de vehículo es claro, la “zona de penumbras” deriva de la interpretación que puede darse de dicho vocablo conforme a las circunstancias dadas. En el ejemplo, podemos encontrar la solución examinando si las bicicletas se parecen, en aspectos relevantes para efectos de la circulación en el parque, a los camiones y automóviles.

La solución propuesta por Hart, en la que se estima conveniente analizar las circunstancias específicas que envuelven al “núcleo”, encuentra eco la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN, número 75/2005, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la Novena Época número XXII de septiembre de 2005, con rubro “*ROBO CALIFICADO. LA AGRAVANTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 224M FRACCIÓN III, DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, SE ACTUALIZA CUANDO LA VÍCTIMA SE ENCUENTRA EN UNA BICICLETA*”.

⁵² HART, H. L. A. *Op. Cit.* p. 158.

En la citada tesis por contradicción, la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece, de manera precisa, que tratándose de materia penal, al ser de aplicación estricta (haciendo alusión al artículo 14 constitucional), la bicicleta sí es considerada un vehículo, máxime que el ordenamiento interpretado no realiza distinción alguna respecto a sus características o materia del robo, aunado al principio consistente en que donde el legislador no distingue el juzgador no puede hacerlo.

Así, se retoma de la tesis hartiana la utilidad de la discrecionalidad judicial al momento de emitir una resolución, la cual tiene por objeto realizar la interpretación de la “zona de penumbra” sin perder de vista el “núcleo” de acuerdo a las circunstancias específicas del asunto. Esto es, se busca partir de una interpretación fácil, en la que casi o todos los operadores estarían de acuerdo, hacia una más complicada, en la que se pretende alcanzar un “consenso” entre tales intérpretes. Cuando la regla no resulta precisa, el juzgador tiene el poder, o mejor dicho, la responsabilidad, de elegir la solución adecuada.

Bajo estas circunstancias, en opinión de Hart, el juez no está aplicando el derecho –porque las reglas no le indican una u otra dirección–, sino creándolo para el caso concreto. Es decir, Hart considera que el contenido de reglas válidas agota el contenido del derecho, de tal forma que si el juez no puede resolver con base en ella, bajo lineamientos de discrecionalidad, *crea* la norma para el caso concreto.

Esta afirmación es refutada de manera consistente por Dworkin, al sostener que no todos los casos difíciles son causados por la vaguedad de una norma jurídica, y que, en realidad, los jueces no tienen poderes discrecionales, ya que su decisión se basa en el contenido del sistema jurídico vigente y por tanto, en ningún momento hacen de legisladores.

Antes de finalizar el presente apartado de las ideas de Hart, se estima conveniente apuntar que, tras las críticas de Dworkin a su teoría, Hart señaló en su obra *Law in the Perspective of Philosophy* (posterior a su obra *The Concept of Law*, de la cual

se han desprendido las consideraciones anteriores), diversas observaciones que objetan algunos elementos de la teoría dworkiniana, en especial, por lo que hace a la inclusión de principios justificativos de corte moral en el concepto derecho, y la existencia de una sola respuesta correcta en los casos difíciles.

Sin ánimos de adelantar el espacio reservado para las ideas de Dworkin en el presente trabajo, bien vale hacer algunas consideraciones previas, ya que, como se ha venido describiendo en líneas precedentes, el debate producido entre ambos autores fortalece la tesis propuesta en la presente investigación, sin contar que sus consideraciones son objeto recurrente de comentario a través del desarrollo de la misma.

Se considera acertado el primer motivo de disenso planteado por Hart, ya que aun cuando “Hércules”⁵³ siga el método de interpretación sugerido por Dworkin, el que se enuncia con posterioridad, en los casos difíciles pueden existir dos o más interpretaciones basadas en principios encontrados, entre las cuales el juez, irremediablemente, tendrá que escoger. Señala con precisión el autor César Rodríguez: “*Al suscribir esta tesis, Dworkin está negando la complejidad –e incluso la contradicción– presente en los sistemas jurídicos de las sociedades contemporáneas*”⁵⁴.

En efecto, en concordancia con la definición propuesta de caso difícil, se estima que la multiplicidad de soluciones es una de sus características esenciales, y que, sin duda, la actividad discrecional del juez, como se comentó en el apartado relativo a Hart no resulta perjudicial, sino que al contrario, es benéfica pues en ese último paso de concreción o individualización de la norma es que, en la mayoría de los casos, puede alcanzarse su perfeccionamiento.

⁵³ Es el nombre de un juez ficticio creado por Dworkin el cual resuelve los litigios conforme a sus teorías, en contraposición a “Herbert” (en clara alusión a Hart) quien hace lo propio de acuerdo a los modelos hartianos. El “personaje” aparece en su obra *Tomar los derechos en serio*, que aparece citada en diversas referencias del presente trabajo.

⁵⁴ RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 6ª reimpresión, 2008, p. 39.

En el segundo motivo de disenso señalado por Hart, conviene señalar aún de forma somera lo referido por dicho autor en la conferencia *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream*⁵⁵. En resumen, clasifica a los teóricos norteamericanos en dos grupos: unos ven el derecho como una pesadilla, como un conjunto de reglas impuestas casi de forma arbitraria en cada caso por un juez, y aquellos que lo ven como un noble sueño, como un conjunto de principios que proporcionan una respuesta para todos los casos. En el primer grupo señala a realistas de primer plano, como Holmes y Llewellyn, para quienes las reglas jurídicas son una simple predicción de lo que dirán los jueces. En el segundo grupo menciona, entre otros, a Pound y Dworkin, “el más noble soñador de todos”⁵⁶. Por tanto, en concepto de Hart, no es posible demostrar que, en un examen detenido de la verdad jurídica obtenida (relacionándolo con conclusiones anteriores del presente trabajo), y los principios aplicables, pueda quedar evidenciado cómo el juez debe inclinarse a favor de algún principio o precepto moral, al tornarse evidentemente subjetivo, y por tanto, discrecional, a diferencia de lo señalado por Dworkin, para quien la discrecionalidad, bajo esa perspectiva, no es aplicable.

En este caso, de manera casi conciliatoria, podría deducirse que, si bien ha quedado escrito que no es posible desprenderse por completo de la discrecionalidad, y que por el contrario, se considera un efecto positivo dentro de la labor del juzgador, conforme a Hart, también resulta acertado según el sentido de la presente investigación que el sistema jurídico, a través de los principios, puede encontrar respuesta a cualquier problemática que se le presente, ponderándolos, como señala la postura dworkiniana, sin aceptar la noción de la respuesta correcta única.

Hechas las consideraciones anteriores, en el siguiente apartado se realiza un breve desarrollo de las ideas de Dworkin, no sin antes adelantar, como se profundizará en la conclusión respectiva, que de la teoría de Hart se considera

⁵⁵ El texto completo de dicha conferencia se encuentra en la obra *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 123-144.

⁵⁶ *Ibidem* p. 137.

también acertada la noción de “vaguedad” de las normas, pues dicha característica resulta útil a fin de permitir al juzgador adecuarla al momento de interpretarla, con el objeto de alcanzar la solución más adecuada y legítima a cada caso concreto.

2.3 Ideas de Ronald Dworkin

Una de las ideas más notables en la doctrina del estadounidense Ronald Dworkin es la utilización de principios como basamento para argumentar en los casos difíciles, y la manera en que éstos deben ser incorporados de manera uniforme al sistema legal, de forma que su aplicación u observancia en el fallo judicial no tiene porque considerarse “extra-legal”. En su concepto, *“los jueces, en los casos difíciles, no tienen discrecionalidad para crear derecho; por el contrario, deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico”*⁵⁷.

Por supuesto, intentar definir un principio jurídico no es tarea sencilla. Sin embargo, el maestro García-Máynez señala una descripción detallada en los siguientes términos:

“...los fundamentales de la misma legislación positiva que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas lógicas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse. Pueden ser de hecho principios racionales superiores, de ética social y también principios de derecho romano y universalmente admitidos por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano y científicos, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro derecho y llegado a ser de este modo principios de derecho positivo y vigente.”⁵⁸

Lo que resulta relevante para la presente investigación, es el enfoque de gran amplitud que proyecta Dworkin respecto de los principios jurídicos, al considerar que si bien es probable que no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. Cit. p. 31.

⁵⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Porrúa, 6ª edición revisada, p. 312.

existirán principios que lo sean, de forma que no puede existir cuestión que no pueda ser resuelta por el orden normativo vigente.

En este sentido, Dworkin propone, a diferencia de la escuela positivista, que se abandone la separación conceptual radical que existe entre el derecho y la moral; estima que resulta conveniente una lectura moral de la Constitución basada en principios. Esto es, que los juzgadores realicen juicios de moralidad ajustados a su contexto, con la finalidad de que los jueces al construir razonamientos basados en argumentos de principio permitirán una mayor adhesión del público a dichas explicaciones, favoreciendo su legitimación, y además, tener la posibilidad de adaptarse a nuevas circunstancias no previstas inicialmente. Así, Dworkin sostiene que detrás de cada resolución judicial existe una sólida teoría moral de la que cada caso es una manifestación.

Este aspecto resulta muy acertado de acuerdo con la naturaleza inherente del derecho, ya que los principios que lo constituyen no pueden permanecer de manera inmutable, sino que evolucionan de acuerdo a las circunstancias de la sociedad en cada momento histórico.

Es decir, la naturaleza de los principios, entre los cuales se destaca que no necesariamente deben encontrarse reflejados en el texto legal, su amplitud, y la forma en que se transforman continuamente, permite al juzgador tener un abanico amplio de soluciones, de forma que tiene mayor posibilidad de obtener una solución satisfactoria frente a un caso difícil, sosteniendo la validez de los mismos en la aceptación que tienen dentro de la práctica jurídica.

Sin embargo, de acuerdo a lo expresado anteriormente, no se comparte completamente la noción defendida por Dworkin, al señalar que en los casos judiciales (sin distinguir casos fáciles o difíciles), existe una sola respuesta correcta, siendo éste uno de los puntos más polémicos de la propuesta dworkiniana.

Ante críticas como las anteriormente señaladas, que esencialmente aducen la complejidad y las numerosas contradicciones que existen en un sistema jurídico, inclusive a nivel constitucional, como la que existe entre los principios de igualdad y libertad, Dworkin sostiene que los principios jurídicos no son contradictorios, sino *competitivos*: “*Dos principios contrarios pueden convivir en un mismo ordenamiento jurídico sin crear contradicción; cuando entran en competencia en un caso concreto, son ponderados de acuerdo con el razonamiento propio de la colisión de principios*”⁵⁹.

Como posteriormente se analiza, la ponderación debe tender hacia un solo resultado, dado que el sentido de una determinación no puede ser bivalente, de forma que conceda la razón a ambas partes, en efecto, en dicha competición de principios pueden aparecer como “candidatas” una multiplicidad de soluciones, sin que sea hasta la sentencia la que pueda apreciarse como correcta. Es decir, si bien al final la ponderación tiene por objeto elegir una respuesta, no puede señalarse de manera categórica que haya sido “la correcta” o que haya sido la única disponible. Se estima, el calificativo más preciso en torno a esta temática, sería el de “adecuada”.

Superada esta pequeña discusión, y continuando con las ideas de la teoría dworkiniana, en la que el derecho es conceptualizado como integridad, la interpretación juega un papel fundamental a fin de conseguir la ansiada respuesta correcta en los casos difíciles. Esto es, la práctica jurídica es esencialmente interpretativa, pues en el común de los casos, el foro y la sociedad cuestionan lo que el derecho “dice”, y el juzgador tiene la finalidad de atribuir el sentido más adecuado a cada término e hipótesis normativa observando las reglas y principios aplicables.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Fontana Press, Londres, p. 269.

Según dicho autor, interpretar es mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva en el contexto de una práctica social, con los siguientes pasos⁶⁰:

- a) Hacer una lista de interpretaciones posibles
- b) Confrontar las interpretaciones con la jurisprudencia y la legislación, y eliminar la que ya haya sido resuelta.
- c) Detectar dentro de las interpretaciones cuál descansa en una directriz política o argumento de principio y eliminar los argumento de directriz política.
- d) Analizar las interpretaciones a la luz de las prácticas jurídicas arraigadas.
- e) Elegir la interpretación que se ajuste mejor a la noción del derecho como integridad histórica.
- f) Para elegir la respuesta correcta se debe recurrir a la mejor perspectiva de la comunidad de acuerdo a su moralidad política: La moralidad política es la forma en que la sociedad estima es correcto organizarle.

De esta forma, en el Derecho como *integridad*, dicho producto social debe basarse en argumentos de igualdad y justicia, y en contravención con el pragmatismo jurídico –que más adelante se detallará– estima que es ineludible realizar una separación tajante de los principios morales con las decisiones judiciales, y reducir el debate a un análisis de utilidad no deviene razonable.

Sin embargo, los principios por su estructura, no distinguen entre juridicidad y moralidad. Dworkin propone que los principios de la comunidad sean interpretados de manera coherente de tal forma que el Derecho hable con “*una única voz*”⁶¹. Otros valores en concordancia con su teoría que no pueden perderse de vista en la función del juzgador al realizar su función son la justicia, la imparcialidad y el debido proceso.

⁶⁰ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 2011, p. 270.

⁶¹ DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, *Op. Cit.*, p. 218.

Como se señaló oportunamente, de acuerdo a la teoría que se pretende esbozar en el presente trabajo, en los llamados casos fáciles, sí es posible señalar que existe una sola respuesta correcta, dado que la aplicación de la norma jurídica se realiza de una forma mecánica: no cabe lugar a una duda plausible o suficientemente racional que permita sugerir una solución diferente a la señalada por la norma.

Por otra parte, como se describió, se estima que una de las características del caso difícil es precisamente esa: la multiplicidad de soluciones que de acuerdo con el acervo probatorio y el derecho aplicable, resultan posibles en un caso determinado. A continuación se detalla la ponderación judicial como otra herramienta que tiene el juzgador a su alcance al momento de resolver los casos difíciles.

La ponderación judicial

De acuerdo con Robert Alexy, *“la ponderación es determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”*⁶². Tiene su fundamento en la ley de ponderación expresada por el mismo autor: *“Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”*⁶³. Esta última concepción está recogida por una tesis aislada dentro de nuestro sistema jurídico como más adelante se expone, como elemento de proporcionalidad.

Esto es, la ponderación judicial puede explicarse como una actividad racional cuyo objeto es dirimir, dentro de un caso concreto en el que existe un conflicto de principios, cuál debe prevalecer justificando su proceder.

Nótese cómo en la definición propuesta se modifica el término “intereses” por el de principios, ya que en realidad lo que ocasiona un problema en la resolución de los

⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2001, p. 90.

⁶³ *Idem*, p. 102.

casos difíciles, como se ha venido comentando, es la confrontación de principios y no meros intereses, conforme al sentido de la presente investigación⁶⁴.

Asimismo, en la propuesta, se agrega el término *racional*. Es decir, se considera que la ponderación judicial, si bien resulta una actividad discrecional del juzgador, ésta siempre presenta determinadas limitaciones, que procuran impedir que dicho ejercicio mental tienda hacia lo arbitrario, lo cual evidentemente resulta contrario al espíritu del Estado de Derecho, y del Derecho mismo.

Sin embargo, existen autores como Jürgen Habermas y Pedro Serna, quienes han sostenido que este método, deja a discreción del intérprete la decisión final que se adopte, sin que sea posible su racionalidad mediante parámetros objetivos. Tales críticas son planteadas por el autor Galindo Sifuentes en los siguientes términos:⁶⁵

1. La jerarquía que se establece entre los principios al momento de ponderarlos no es suficiente para resolver litigios, porque en ellos lo que se plantean son las pretensiones de las partes y no la colisión entre principios.
2. No existe un criterio objetivo para calificar los factores determinantes del peso que tienen los principios, esto es, en la mayoría de los casos se acude a criterios subjetivos que dependen enteramente del juez.
3. La ponderación implica sacrificar un derecho, pues al momento de preferir un principio sobre el otro siempre va a haber un dilema que va a afectar a una de las partes en el juicio, pues detrás de cada principio constitucional existe un derecho que beneficia a uno de los interesados en el proceso.
4. El balanceo es arbitrario porque dependen enteramente de la discrecionalidad de quien resuelve el conflicto entre principios, y también es utilitarista porque al final o como último paso de la ponderación se establece la elección en términos de sacrificios, daños y beneficios.

⁶⁴ *Infra* p.64.

⁶⁵ GALINDO SIFUENTES *Op. Cit.* p. 171.

5. La ponderación de valores no se puede pesar en números, porque siendo los principios constitucionales para desarrollar los más altos valores del ser humano, no existe jerarquía en ninguna Constitución que determine cual principio tiene más valor.
6. Tiene un déficit de racionalidad que no se puede controlar fácilmente porque dependerá de cada caso concreto, y de los procedimientos que para ponderar los principios realice el aplicador.

Como se aprecia, el sector doctrinario que cuestiona severamente la ponderación judicial considera, esencialmente, que lo planteado en litigios son pretensiones de las partes y no colisión de principios, que la ponderación adolece de una marcada discrecionalidad que, sin afirmarlo de manera expresa, estiman se cierne peligrosamente sobre la arbitrariedad, y que dada la falta de parámetros objetivos que doten de alguna “certeza” a dicha operación mental, ésta siempre dependerá en última instancia de valoraciones subjetivas.

No se coincide con tales consideraciones en virtud de los siguientes razonamientos.

En primer término, señalar que en un conflicto se controvierten únicamente intereses particulares, reflejados en las pretensiones respectivas de las partes, reduce la problemática jurídica a una perspectiva privatista, la cual como quedó anotada en líneas precedentes del presente trabajo, se estima contraria a los intereses del Estado⁶⁶.

Los principios, si bien no se señalan de manera expresa en cualquier pretensión, se encuentran inmersos en todo el sistema jurídico, por lo que cualquier contenido de acción que se intente, o bien, petición que se realice ante una autoridad jurisdiccional queda invariablemente sujeta, desde ese momento primigenio, al principio de legalidad, por ejemplo.

⁶⁶ *Supra* p. 11.

Esta situación de colisión de principios, como se ha venido razonando anteriormente, cuenta con mayor relevancia en los casos difíciles, ya que al final del camino, al momento de su resolución, la controversia se centra precisamente en la ponderación de aquéllos, situación en la que es posible encontrar múltiples soluciones, por lo que el juzgador debe procurar adoptar aquella que satisfaga del mejor modo los intereses de la sociedad.

Después, no se estima que la ponderación *per se* constituya una actividad arbitraria. El autor Manuel Atienza, como primer referente, e inclusive de manera un tanto abstracta, manifiesta que la ponderación se realiza en las siguientes etapas:

1. Se constata que, ante una determinada situación (la que se trata de resolver) existen principios, valores, que tienen direcciones opuestas y que necesitan algún tipo de ajuste pues todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo.
2. Después de establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias, y se aducen razones para ello.
3. Finalmente se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente.⁶⁷

De manera más precisa, a través de la tesis aislada del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la Novena Época número XXII de octubre de 2005, con rubro “*SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA*”, pueden desprenderse los siguientes elementos:

⁶⁷ ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 170.

- a) Idoneidad. El principio adoptado como preferente es el idóneo para resolver la controversia planteada.
- b) Necesidad. La limitación de cierto principio afectado debe ser estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no existe alternativa que sea menos lesiva.
- c) Proporcionalidad. Debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuando mayor sea el grado de no cumplimiento o afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.

Visto lo anterior, la ponderación judicial en el sistema jurídico mexicano es conocida como *teoría de los principios*, por lo que es dable resaltar que dicho método no es desconocido para el juzgador de nuestro país.

Según el razonamiento vertido en la tesis de referencia, esta teoría señala con precisión tres elementos, con lo cual se busca dar mayor objetividad al procedimiento de la ponderación.

Desde luego, no se controvierte el carácter *discrecional* de la actividad judicial: el juzgador está inmerso en ello. Sin embargo, conviene destacar algunos aspectos que resultan útiles al momento de afirmar que dicha discrecionalidad se encuentra alejada de la arbitrariedad, o meras valoraciones subjetivas sin que el ánimo del juzgador considere factores que sí pueden ser señalados de manera objetiva⁶⁸.

En este punto, que da origen a un interesante debate, con el fin de sentar las bases del mismo, se considera conveniente exponer, aun en síntesis, las nociones de los doctrinarios a que hemos hecho referencia en el presente trabajo, Hart y Dworkin,

⁶⁸ Desde el punto de vista gramatical, "arbitrio" y "discrecionalidad" son términos que podrían pasar por sinónimos, ya que el núcleo de ambos es la dirección que toma una voluntad; sin embargo, las distinciones vertidas en el presente apartado obedecen a una percepción social, pues la "arbitrariedad" tiene una connotación negativa, al atribuírsele factores de irracionalidad como aquí se expone.

cuyas teorías en este aspecto se encuentran en desacuerdo y sirven como un fructífero antecedente para la conclusión que más adelante se propone.

A favor de este fenómeno de la discrecionalidad judicial, Hart sostiene que en los casos difíciles resulta más evidente dicha atribución de los jueces, ya que la flexibilidad de determinados conceptos y principios (vaguedad de los vocablos, como se revisó anteriormente)⁶⁹, da pauta al juzgador de elegir sobre la interpretación que debe otorgársele a cada término.

En ese orden de ideas, estima que no es una discrecionalidad absoluta o libre, porque los jueces tienen la limitante natural de no contravenir principios procesales, y en el fondo de la cuestión, pueden hacer uso de la ponderación y balanceo de los intereses en conflicto, de forma que la solución que al final se adopte tiene un fundamento eminentemente jurídico: sobre este particular la teoría de Hart da una gran importancia a precedentes judiciales que traten sobre temas similares de forma que el fallo judicial no se sostenga meramente en principios, sino en consideraciones fácticas y con mayor grado de objetividad.

Robustece la idea anterior la tesis del autor Timothy Endicott, al estimar que los ordenamientos jurídicos contienen normas vagas y que los jueces se mueven en el plano de la discrecionalidad para atribuir un significado a dichos conceptos y principios; si el legislador definiera los conceptos jurídicos o supuestos de aplicación de la norma jurídica, bastaría con que el caso concreto tuviera una característica diferente a esa hipótesis para que no se pudiera aplicar, por lo que es necesaria cierta vaguedad para dejar esa facultad al operador jurídico para que sea él quien, bajo el análisis de las circunstancias específicas, determine su alcance y contenido.

En cambio, Dworkin sostiene que los jueces no tienen facultades discrecionales en los casos difíciles porque no todos tienen su origen en la vaguedad de un término o regla jurídica, pues las partes en un proceso, en función del principio de seguridad

⁶⁹ Esta concepción de la vaguedad también es señalada por el autor nacional Santiago Nieto, al efectuar un análisis crítico en torno al criterio gramatical de interpretación, *Infra* p. 71.

jurídica, tienen derecho a obtener una resolución acorde con el ordenamiento legal vigente.

En este punto, adquiere gran importancia uno de los pilares de la tesis de Dworkin, al señalar que los jueces en los casos difíciles, argumentarán conforme a principios.

De una manera un tanto radical, Luigi Ferrajoli estima que “*un Estado garantista debe reducir en la mayor medida posible el arbitrio de los jueces,*”⁷⁰ para no caer en el abuso de autoridad, o como se previno, en la “arbitrariedad” lo cual, no se controvierte, pues uno de los elementos esenciales del derecho es precisamente ése, el de otorgar un margen de certeza a los particulares sobre el actuar de sus semejantes y el Estado mismo.

Visto lo anterior, las conclusiones del presente trabajo respecto del tema de la ponderación judicial, la cual se nutre de la argumentación y tiene como objeto el pragmatismo jurídico, son las siguientes:

1. En el fondo, las posturas de Hart y Dworkin son reconciliables, en cuanto a que los principios se encuentran inmersos en el sistema jurídico, y por tanto, argumentar con base en ellos, de forma que sean los cimientos de una resolución judicial no resulta gravoso para el justiciable ni para la sociedad. Dichas nociones rectoras permiten al juzgador un amplio campo de acción, sin que ello implique un desacato al principio de legalidad, y por lo tanto, es adecuado que la norma jurídica no pretenda ser completamente exhaustiva, ya que resulta imposible que pueda proveer de todas las hipótesis posibles y, por ende, resulta necesaria la participación de un juez que, ponderando las circunstancias específicas del caso, dé el contenido más plausible y legítimo a los conceptos o principios en conflicto.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *El papel de la función judicial en el estado de derecho en Jurisdicción y Argumentación en el estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 103.

2. Al realizar la actividad de ponderación, si bien tiene un origen y un resultado subjetivos, en su realización pueden intervenir elementos objetivos (por ejemplo, Hart hace alusión a los precedentes) que resultan lineamientos aceptados por la comunidad jurídica, los cuales dan mayor certeza a la argumentación que se realice. Asimismo, Hart propone utilizar la técnica de la analogía para solucionar casos difíciles de interpretación⁷¹, de forma que el juez pueda elegir la que considere más apropiada.

3. En el caso de que se utilicen los principios en la argumentación, como señala Dworkin, la argumentación no tiene por qué adolecer de “arbitrariedad”, pues se debe de partir del supuesto, en todo caso, que la discrecionalidad es una libertad, una facultad del juzgador a fin de que elija entre una o más soluciones (todas ellas posibles) debiendo justificar las razones de su elección; en el presente trabajo se estima prudente que el principio rector de esta decisión sean cuestiones de pragmatismo jurídico: lo que beneficie en mayor medida a la sociedad. En la decisión arbitraria usualmente faltan razones que expliquen el porqué de la decisión, o bien, la argumentación será insuficiente y puede ser tildada como irracional. En resumen: en la discrecionalidad se elige únicamente una opción entre varias, y al ser todas ellas legales, en sentido lato, no importa la elección, pues se encontrará apegada a Derecho.

⁷¹ HART, H.L.A. *Op. Cit.* p. 158.

2.4 Una propuesta de definición.

Después del recorrido teórico efectuado, en el presente trabajo se intenta definir al caso difícil como aquel que no puede ser resuelto de manera mecánica, ya que existen factores a considerar que provocan un conflicto interno en el juicio del juzgador y por tanto, para su solución, se requiere analizar con mayor detenimiento las circunstancias especiales del mismo a efecto de clarificar qué principio jurídico debe ser aplicable, prevalecer, o crearse, con apoyo de la idiosincrasia de la sociedad en ese momento y lugar determinados.

Dicho con otras palabras, de manera genérica, el caso difícil radica en la multiplicidad de posibles soluciones, todas ellas compatibles conforme al acervo probatorio creado a partir del expediente y el derecho aplicable: las conclusiones interpretativas son controvertidas, pues existe pugna respecto del contenido del Derecho. En este sentido se considera, siguiendo a Hart, que una situación frecuente que los produce son las expresiones lingüísticas vagas dentro de la terminología jurídica, elemento que del cual, sin embargo, la norma no puede prescindir, por las razones expuestas; en el otro anverso tenemos la colisión de principios, anteriormente descrita, como fuente del caso difícil.

3.1 Pragmatismo jurídico en las sentencias: su utilidad.

“LA VIDA DEL COMMON LAW NO HA SIDO LÓGICA, SINO QUE HA SIDO EXPERIMENTAL”

Oliver Wendell Holmes

“El Derecho no es lógica, es experiencia”, razonamiento que se desprende de lo señalado por quien fuera juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes en su libro *The Common Law* de 1881, parece describir con exactitud un primer elemento de lo que puede entenderse como pragmatismo jurídico.

El pragmatismo, en sentido lato, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, se define como “Movimiento filosófico iniciado en los Estados Unidos por C. S. Peirce y W. James a fines del siglo XIX, que busca las consecuencias prácticas del pensamiento y pone el criterio de verdad en su eficacia y valor para la vida⁷². Es decir, es una corriente del pensamiento que valora la utilidad y el fin práctico de las cosas.

En el sentido de la presente investigación, bajo un matiz jurisdiccional, que tenga como objeto la búsqueda de una solución legítima en los casos difíciles, el pragmatismo jurídico puede ser definido como aquella corriente ideológico-jurídica que plantea la necesidad de resolver las controversias que se susciten en la sociedad a través de normas y principios jurídicos que busquen siempre el mayor beneficio presente y futuro para la colectividad en que se encuentren vigentes.

Este modelo de resolución propuesto presupone que su aplicación en los casos fáciles no tendría un impacto relevante, ya que los precedentes, y la misma norma aplicable a los mismos, gozan de una aprobación general, a menos que, como se señaló, las circunstancias específicas de la temporalidad o bien una necesidad

⁷² http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=pragmatismo consultada el 23 de marzo de 2011.

evidente controviertan de manera total el *statu quo* del sistema legal, y por tanto, deba abandonarse algún precedente. De esta forma, ese caso fácil pasará a ser difícil, por las razones vertidas anteriormente. Es entonces el momento en que el pragmatismo planteado cobra fuerza.

Manuel Atienza señala al respecto *“El pragmatismo jurídico no es exactamente una teoría sobre el derecho, ni tampoco necesariamente una actitud hacia el derecho y hacia la teoría jurídica. ‘El pragmatismo jurídico se entiende mejor como un tipo de exhortación acerca de la teoría: su función no es la de decir cosas que los juristas y los jueces no sepan, sino recordarles a los juristas y a los jueces lo que ya saben pero frecuentemente no practican’ (Smith 1990, p. 2). Ese tipo de prédica, naturalmente, es tanto más importante cuanto más una cultura jurídica (la cultura jurídica interna) se olvida de actuar como debiera”*⁷³.

Según lo descrito por Dworkin, *“los defensores del pragmatismo jurídico afirman que los jueces en sus decisiones no deben atender tanto a las reglas vigentes y a los precedentes judiciales, sino a las consecuencias sociales de sus decisiones. De acuerdo con la visión pragmática de la adjudicación, el juez debe moldear la interpretación de las reglas para alcanzar el resultado social más conveniente”*⁷⁴.

Visto lo anterior, conviene destacar los elementos esenciales del pragmatismo jurídico según la tesis propuesta:

- a) Advierte la necesidad de considerar el Derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto.
- b) El rechazo de una concepción demasiado abstracta del Derecho; no significa que se esté en contra de los conceptos y teorías, sino que unos y otros deben estar elaborados en un nivel de abstracción adecuado, sin soslayarse el contenido moral que necesariamente deben observar.

⁷³ ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 77.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Op. Cit. capítulo 5.

- c) Una visión instrumental y finalista del Derecho: dicho producto social tiene como objetivo tratar de prevenir y resolver conflictos; un medio para la obtención de fines sociales.

A diferencia del postulado dworkiniano, en el que “*los casos difíciles no generan ausencia de respuesta correcta en la medida en que el agente interpretativo puede estructurar de forma coherente y obtener una conclusión acerca de lo que el Derecho exige en cada caso particular,*”⁷⁵ el pragmatismo jurídico no comparte dicha dinámica, dado que cada situación jurídica presenta diferentes principios que deben ponderarse cuidadosamente, sin que resulte claro qué solución es la *correcta*. El pragmatismo, en realidad, aboga por la decisión que pueda ser tildada como *la mejor*, sin que necesariamente ambas características deban confluir en el sentido de un fallo determinado: respuesta que se encuentra a través de una “razón práctica”.

Bajo el apotegma “aquello que funciona”, el pragmatismo jurídico busca entonces, bajo un matiz tutelar de la sociedad, pugnar por aquella solución que mayor beneficio le reporte, desde un enfoque fáctico, real. Desde luego, este “beneficio” puede ser considerado desde diversos puntos de vista como más adelante se detallará.

Las tesis de Richard Allen Posner

Dentro de la corriente en que se analiza al Derecho aplicando principios económicos, el autor norteamericano Posner considera, en contraposición a las ideas de Dworkin, que los jueces deben eludir tomar posición en cuestiones morales y realmente basan sus decisiones en argumentos no morales.

⁷⁵ IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 251.

Mientras Dworkin enfatiza el papel de los principios, que deben interpretarse conforme a la noción de integridad, Posner lo hace bajo directrices políticas. Según esta distinción, los principios son lineamientos que deben ser observados por ser una exigencia de la justicia, equidad, o cualquier otro elemento análogo dentro del espectro de la moralidad. En cambio, las directrices políticas son cánones que proponen un objetivo más definido: puede traducirse en una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad⁷⁶.

En un primer vistazo, la tesis de Posner pareciera encajar con lo descrito anteriormente como pragmatismo jurídico; sin embargo, a diferencia de Posner, se considera que la idea materia de la presente tesis posee una amplitud y alcance más significativos, de manera análoga a un principio.

Es decir, mientras que las directrices políticas de las que habla Posner pueden ser equiparadas con “reglas” (conforme a lo anteriormente expuesto), al operar en esquemas cerrados de nexos entre hechos y consecuencias, como pueden ser programas de subsidios a agricultores con el fin de aumentar la productividad en un producto determinado, de acuerdo a un interés gubernamental, el pragmatismo cuenta con la flexibilidad de un principio, al no establecer nexos directos y no tener un carácter conclusivo, y tener en mente los intereses de la sociedad en su conjunto, y no sólo los de la clase gobernante o de un factor real de poder.

Dicho con otras palabras, las directrices políticas, bajo un esquema económico, con un mayor acercamiento a las ciencias duras, pretenden alcanzar un objetivo con matices gubernamentales, los cuales si bien tienden a beneficiar a la sociedad –al menos en teoría–, éstos regularmente son definidos con objetivos secundarios, de forma que el interés de la sociedad, en realidad, puede resultar marginal o

⁷⁶ Cfr. POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, p. 239.

beneficiando de forma tangencial, a diferencia del pragmatismo, quien acoge dicha noción como eje central⁷⁷.

En oposición a las nociones del pragmatismo jurídico, por ejemplo, el autor Daniel Farber señala que es *“simplemente demasiado abierto o indefinido, y como resultado, las decisiones judiciales pueden convertirse en impredecibles, o, al menos, desacopladas de las fuentes de legitimidad como el precedente y los textos”*⁷⁸. Es decir, se estima que algunos de los elementos más sólidos del Estado de Derecho podrían estar en peligro.

El segundo argumento que se estima total en torno a este debate, refiere que *“si el juez es capaz de conocer globalmente las mejores consecuencias de su decisión – situación que el pragmatismo estima como deseable– el juzgador estaría más cerca del platonismo que propiamente del pragmatismo”*⁷⁹. Es decir, “Hércules”, quien ha conseguido vencer a la oscuridad de su caverna pertenece más al mundo deontológico que a la realidad fáctica.

De acuerdo al sentido de la presente investigación, en la cual se considera que el pragmatismo jurídico es una opción real, jurídicamente aplicable, y sobre todo, benéfica a las resoluciones judiciales, se estima prudente argumentar en torno a tales cuestiones en el siguiente sentido:

En primer lugar, retomando las ideas de Hart, el señalar que el pragmatismo es demasiado impreciso no desvirtúa por sí mismo la naturaleza de éste, ya que los mismos textos legales que integran el sistema jurídico “adolecen” de esta

⁷⁷ En nuestro país es común, sobre todo en tiempos electorales, de la adopción de determinadas medidas gubernamentales a fin de recabar sufragios. Esta situación llevada al campo de las resoluciones judiciales se refleja, por ejemplo, en materia fiscal la cual como “directriz política” tiene por objeto la recaudación, dejando de lado con recurrencia los principios que rigen dicha materia como son la equidad y la proporcionalidad.

⁷⁸ PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. *¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 13, 2010, p. 165 en documento electrónico en la web <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero13/07-13.pdf> visitada al 14 de marzo de 2011.

⁷⁹ *Ibidem*.

naturaleza, por lo que de aceptar tal observación, la cual incide de forma relevante a la forma en que están redactadas las leyes, al señalar hipótesis normativas, las cuales, indefectiblemente, deben ser abstractas, de acuerdo a su naturaleza inherente. Caso similar acontece con el pragmatismo, el cual no puede señalar con exactitud lineamientos específicos, sino que, con el caso concreto por delante, se amolda a fin de tutelar los intereses de la sociedad.

La tesis relevante del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación número CXX/2001 visible en la revista Justicia Electoral de dicho órgano jurisdiccional, suplemento 5, Año 2002, páginas 94 y 95 con rubro “LEYES. CONTIENEN HIPÓTESIS COMUNES, NO EXTRAORDINARIAS”, en lo que interesa, señala que el trabajo legislativo, por más exhaustivo y profesional que sea, no necesariamente puede contemplar todas las particularidades ni alcanza a prever todas las modalidades que pueden asumir las situaciones reguladas por los ordenamientos, mediante disposiciones más o menos específicas o identificables y localizables, sino que se ocupan de las cuestiones ordinarias que normalmente suelen ocurrir.

Esta idea se refleja en el principio *Quod raro fit, non observant legislatores*, (los legisladores no consideran lo que rara vez acontece), lo que evidencia que ante el surgimiento de situaciones extraordinarias previstas por la ley, es necesario completar la normatividad en lo que se requiera, atendiendo siempre a las cuestiones fundamentales que se contienen en el sistema jurídico positivo, además de mantener siempre el respeto a los principios rectores de la materia.

En segundo término, por cuanto hace al hecho que el juzgador conozca o considere las consecuencias “globales” de su actuación es un tanto exagerado, y tal aseveración se encuentra contrariada, al menos en parte, por la tesis transcrita, ya que al momento de emitir una resolución, si el bien el juez considera el contexto actual y vigente a fin de dictar la sentencia más adecuada, a fin de resolver una cuestión concreta, no es posible considerar que fuera de esa situación la sociedad permanezca inamovible, por cuanto hace a juicios morales e intereses.

Es decir, estimar acertada la segunda crítica implicaría, necesariamente, reflexionar en torno a la mutabilidad constante de la sociedad, y del derecho mismo, los cuales evidentemente no pueden permanecer inalterables en el transcurso del tiempo. A veces, es suficiente que el juzgador determine cuál es la solución más apropiada al momento en que dicta la sentencia, pues como cualquier otro ser humano, no posee facultades extrasensoriales que le permitan definir los cauces que habrá de seguir el derecho o la sociedad en lo futuro. Sin embargo, lo deseable sería analizar las consecuencias que dicha decisión puede acarrear posteriormente, pues en los casos difíciles, éstas inciden de manera determinante para normar criterios ulteriores.

Por ello, también es útil traer en consideración lo señalado anteriormente⁸⁰ al estudiar los casos difíciles, en los que tras una nueva reflexión, es posible modificar un criterio anterior con base a las necesidades y contexto de una problemática actual. Así, no puede tildarse al juzgador que haya emitido el precedente anterior como anacrónico o con pobre conocimiento, dado que las circunstancias del momento pasado fueron diferentes, y en ese momento determinado dicho juzgador no estuvo en aptitud ni tenía la obligación de prever cuáles serían los cambios que se producirían con posterioridad en la sociedad a fin de dictar sentencia en modo diferente en que lo hizo.

3.2 Flexibilidad en la aplicación e interpretación de la ley: observancia del Estado Constitucional Democrático de Derecho.

Este ostentoso título de “Estado Constitucional Democrático de Derecho” no es más que una maximización doctrinal del Estado de Derecho, a través de la incorporación de elementos como lo es la interpretación constitucional con enfoques garantistas, la manera en que ésta amplía los márgenes de liberalidad de la actuación de los gobernados; y en ese orden de ideas, la noción que no puede

⁸⁰ *Supra* p. 40.

existir democracia sin el sometimiento pleno al derecho de los sujetos jurídicos, incluidos todos y cada uno de los órganos del poder público.

Se considera que, bajo este concepto amplificado del Estado de Derecho clásico, el Estado ahora además de justificar su existencia a través del derecho, como garante de seguridad jurídica a través del proceso, entre otras instituciones, debe ahora sustentarse en un principio de legitimidad legal-racional. La legitimidad del Estado ya no radica en la sustancia de la autoridad ostentada, sino en el modo o reglas que la regulan, y la manera en que éstas interactúan con los gobernados.

Esta legitimidad legal-racional, basada en principios como se ha comentado con anterioridad, asegura la capacidad de un gobierno para hacer cumplir una decisión, lo que le otorga una facultad ampliada a dar cierto tipo de órdenes y hacerlas cumplir.

En este apartado se busca comentar la manera en que el pragmatismo jurídico se ve reflejado, o al menos en parte, bajo estas premisas, al considerar que la consolidación de dicho Estado social ideal tiene como instrumentación, entre otros elementos, una interpretación constitucional con una gran sensibilidad jurídica, política y social, al tener un campo de interpretación muy amplio, en el que pueden involucrarse principios a diferencia de las controversias de estricta legalidad.

Bajo ese tenor, algunos autores, como se previno anteriormente, hablan del poder *creador* de los jueces, o bien, la función *integradora* que poseen al momento de emitir sus determinaciones. En este apartado conviene reforzar que se coincide con las ideas expuestas de Dworkin en cuanto a que los jueces no poseen tales facultades, sino que a partir de una visión sistemática del derecho, en la cual se incluyen principios y valores, es posible dar siempre una solución adecuada a cada caso concreto, dentro de los límites jurídicos preestablecidos, sin que resulte pertinente hablar de facultades “creadoras”, lo cual implicaría una invasión relevante al campo de actuación del poder legislativo.

En este marco de flexibilización en la interpretación de la norma resultan llamativas las ideas del autor Santiago Nieto, al señalar en un primer término los métodos de interpretación “*a los cuales un sector de la doctrina ha calificado como la ‘canónica de la interpretación’*”; para después proseguir a comentar los criterios de interpretación contemporánea. Estas nociones, en esencia, son las siguientes⁸¹:

Dentro de los criterios “clásicos” de interpretación, menciona el gramatical, el sistemático y el histórico. En cuanto a las críticas que formula a dichos métodos, por el gramatical, refiere que su crítica ha sido el carácter conservador de éste, así como lo absurdo de un método que pretende la existencia de un solo significado de los términos, cuando la realidad nos dice que el vocabulario frecuentemente posee un carácter polisémico en el lenguaje común.

Como se aprecia, estas nociones son similares a las ideas de Hart expuestas anteriormente, en las cuales se explica que el lenguaje jurídico es vago, debido a las características inherentes al derecho, enfatizando su abstracción y generalidad. Por tanto, con las salvedades específicas de algunos casos, como lo es la materia penal, se considera acertada esta afirmación.

Por lo que hace al criterio sistemático, Santiago Nieto refiere que el sistema jurídico no es coherente, lo que implica que siempre existirá una indeterminación desde este criterio, además que no considera los factores externos del derecho, los cuales son indispensables para entender el momento histórico de la aplicación de la norma.

La teoría de Dworkin puede contraponerse ante esta afirmación, al sostener que la interpretación debe realizarse de manera coherente, de forma que pueda analizarse que las aparentes antinomias en el sistema en realidad regulan

⁸¹ Cfr. NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, UNAM, México, 2005, pp. 301-305.

supuestos y circunstancias diferentes, por lo que propone una interpretación uniforme, que el derecho hable con una “sola voz”.

Finalmente, en el criterio histórico se hace mención que examina la norma jurídica con relación al acontecer histórico, tanto en sus antecedentes como en el proceso de aprobación; en este caso dicho método si bien no crítica alguna por parte del autor señalado; sin embargo, es dable mencionar que puede ser considerado como un método auxiliar en el uso de otros, ya que su estudio implica la intromisión de otros elementos externos como son consideraciones de valores morales, atendiendo a la temporalidad en que fue creada la norma.

En los criterios de interpretación contemporánea el autor de mérito analiza los siguientes:

- a) Interpretación liberal. Aquella que maximiza los derechos fundamentales, bajo dos vertientes: interpretación restrictiva de las disposiciones que confieren facultades a los órganos del Estado e interpretación extensiva de las disposiciones que confieren derechos a los ciudadanos.
- b) Interpretación evolutiva. Señala que al evolucionar el contexto histórico de la sociedad cierta interpretación deja de tener vigencia, por lo que el aplicador debe buscar el tipo de significado que corresponda a su momento histórico⁸².
- c) Interpretación conforme. Enfatiza la función de máxima permanencia del ordenamiento jurídico. Se trata de impedir la anulación de determinadas reglas del sistema, al interpretarlas de un sentido determinado para hacerlas conforme al texto constitucional.

Esta interpretación conforme pareciera tener similitud con algunas ideas expuestas, por lo que hace a la búsqueda de una interpretación que sea compatible con los

⁸² Este tipo de interpretación es el que guarda mayor identidad con las ideas de pragmatismo desarrolladas en la presente investigación, al mencionar que resulta importante adecuar la interpretación de la norma conforme al contexto, al menos temporal, en que se encuentra inscrita.

ordenamientos existentes, haciendo alusión de manera sutil al *stare decisis* anglosajón al procurar conservar el *statu quo* del sistema jurídico, lo cual si bien puede parecer adecuado en los casos fáciles, en los casos difíciles en los que se ponderen principios esta interpretación puede no tener cabida al no encontrar precedentes que se adecuen a la controversia que se resolverá.

Finalmente, en el apartado final de estas interpretaciones contemporáneas el autor Santiago Nieto señala “la interpretación pragmática”, en la cual únicamente describe de manera breve las consideraciones de un autor, Juan Vega, las cuales dado su contenido se detallarán más adelante en las conclusiones del presente trabajo⁸³.

El pragmatismo jurídico entonces, puede nutrirse de diversas fuentes, pero sea cuales fueren, su intención debe ser la misma, procurar acercar a la sociedad a la función jurisdiccional a través de sentencias legitimadas, que tengan fundamento constitucional, ya sea de manera directa, por tratarse de la aplicación de un precepto contenido en una norma escrita, o bien, con fundamento en algún principio reconocido y aceptado.

3.3 Un enfoque penalista: la eventual función preventiva de la sentencia.

Siguiendo el camino trazado, otro aspecto a analizar que robustece la noción pragmática en los casos difíciles es la función de la sentencia vista con un enfoque penal.

Es decir, con independencia de la materia de que se trate, no solo en el ámbito penal, para la sociedad una sentencia puede ser considerada como un instrumento eficaz para disuadir determinadas conductas que pueden ser consideradas lesivas, si bien es sabido que la sentencia es una norma jurídica individualizada.

⁸³ *Infra* p.79.

Para ello, se ha considerado a la sentencia bajo la temática de la teoría de la prevención de la pena, en la cual ésta no es un fin en sí, sino que tiene el objetivo de combatir el peligro de conductas futuras por la generalidad de los gobernados – y autoridades– sujetos al orden jurídico.

Es decir, bajo una naturaleza que puede ser comparada con la del precedente judicial, una sentencia en cualquier materia puede sentar de forma clara un ejemplo de la manera en que es resuelto un asunto, de forma que sirve como referente para la sociedad quien puede enterarse de los criterios de los juzgadores a través de aquélla, y en determinados casos, puede ayudar a disuadir actividades ilícitas, quedando también evidenciada la eficiencia del aparato judicial.

Contrario a lo anterior, puede considerarse que, efectivamente, no existen dos asuntos iguales, por lo que el juzgador siempre resuelve atendiendo a las circunstancias específicas de cada asunto, lo cual es cierto, o bien, que el efecto “intimidante” de la sentencia propuesto no puede probarse, pues inclusive cada ilícito cometido es la demostración de la ineficacia de la prevención.

Sin embargo, se estima que estos razonamientos resultan insuficientes para controvertir totalmente la propuesta planteada, por las siguientes razones.

En efecto, puede considerarse que no existen dos casos que guarden identidad de manera exacta; sin embargo, la *causa petendi* puede resultar similar, o bien, determinados aspectos en concreto tal y como lo demuestra en la experiencia jurídica a través de la jurisprudencia y las tesis aisladas.

Dejando por un momento de lado la obligatoriedad de la primera, y el sentido orientados de los segundos, dado que para la presente consideración dichos elementos devienen irrelevantes, lo importante a considerar es la manera en que

ambos elementos jurídicos tienen su basamentos en precedentes y los efectos que producen en las decisiones posteriores.

Es decir, contribuyen de manera relevante al principio de *certeza jurídica*, como fin primordial del sistema jurídico al advertir, aun de manera sutil si así se desea, como puede ser resuelta una controversia determinada; por lo que puede afirmarse que dichos precedentes, dentro de un lapso determinado, contribuyen a hacer más *fáciles* determinados casos, lo que evidentemente facilita la labor del juzgador y demás operadores jurídicos.

De esta forma se consigue que la exploración del derecho sea integral, tanto desde la perspectiva del juzgador, como la del postulante, lo que enriquece al foro jurídico, y eventualmente, favorece a la sociedad al contar con fallos que gocen de mayor legitimación, que guarden identidad entre los razonamientos de jueces y abogados.

En el segundo orden de ideas, no puede reflexionarse de manera trágica que la comisión de delitos actual es el reflejo de la incapacidad “intimidatoria” del derecho penal, o llevado este argumento a líneas superiores, como lo indica la autora Ikram Antaki, al mencionar “*el derecho es el reconocimiento del fracaso del paraíso*”⁸⁴.

En opinión del autor de estas líneas, la mejor perspectiva del derecho fue descrita por Alfonso X El Sabio, al describir a este producto social como *el instrumento de los hombres buenos para convivir con los hombres malos*; se reconoce que la maldad del hombre, como ser imperfecto que es, le resulta inherente, sin embargo no por ello puede adoptarse una actitud pesimista y advertir que el derecho se limita a ser un elemento meramente coactivo, pues no puede olvidarse bajo alguna circunstancia el contenido moral que le resulta indivisible, pese a las ideologías positivistas.

⁸⁴ ANTAKI, Ikram. *El manual del ciudadano contemporáneo*. Editorial Ariel, primera edición, p. 53

Por tanto, se estima que una sentencia justa, legítima, –bajo el criterio pragmático descrito propuesto–, tiene un efecto enorme no solo para las partes que intervinieron de manera directa en el juicio, sino hacia toda la sociedad.

De manera breve, y previa a las conclusiones de fondo del presente trabajo, en este apartado es deseable apuntar, a fin de que la idea quede completa, que el efecto “pena” de la sentencia no solo debe ser vista bajo el apotegma penal, o en sentido negativo de persuasión, ya que también deben resaltarse los efectos positivos de ésta, conforme a lo ya analizado en capítulos anteriores: se logra que a través del proceso se arribe a una verdad jurídica que pueda ser tildada como justa, lo que fortalece el Estado de Derecho e incrementa la confianza de la sociedad hacia las instituciones, sobre todo en los casos difíciles en los cuales se requiere de una ponderación cuidadosa que no debe perder de vista los valores y contexto de la sociedad.

Este ideal de círculo virtuoso, también puede verse complementado de manera relevante con la actuación de los medios de comunicación; en un apartado anterior de la presente investigación se presentó una perspectiva negativa de los mismos, al exaltar su interés de vender una nota, sin importar la veracidad de ésta.

Dentro de este aspecto negativo, se coincide con el autor Carranco Zúñiga al referir que *“en un país como el nuestro está probado que la mayor parte de las personas prestan un especial interés en los aspectos negativos de los personajes públicos (tal vez de cualquiera, se permite agregar), y en los cuales obviamente se encuentran los funcionarios judiciales; esto, en términos generales es sano, ya que evidencia que la función jurisdiccional está sujeta constantemente a la revisión, crítica y reflexión; lo cual se configura como una especie de control popular que finalmente repercute en el perfeccionamiento de las instituciones”*⁸⁵.

⁸⁵ CARRANCO, Joel. *Op. Cit.* p. 293.

Lo que se pretende explicar es que los medios de comunicación deben observar una postura neutral al momento de informar sobre temas tan delicados, y al mismo tiempo, en los casos en que la judicatura alcance notoriedad positiva en torno a un tema, debe dársele un mismo tratamiento, pues como señala el autor citado, de manera lamentable, la sociedad tiende a buscar con mayor afición –morbo, podría decirse inclusive– aquellas notas negativas, pasando por alto o minimizando las demás.

Asimismo, bajo este tema en particular, es conveniente señalar que dichos medios de comunicación tuvieran mayor conciencia y conocimiento al informar sobre asuntos relativos al poder judicial, pues resulta común que se empleen términos poco exactos o equívocos, por ejemplo “se concedió el amparo” cuando en realidad únicamente se trata de una suspensión provisional o definitiva; “salió bajo fianza”, cuando existen otros medios de caución, entre otros.

El anhelo de una sociedad crítica y participativa puede lograrse, pero debe ser un esfuerzo integral. Existen múltiples frentes: educación, fortalecimiento de la economía, incremento de los niveles de vida, entre muchos más. Dentro del ámbito del poder judicial, el autor del presente trabajo conserva la convicción, expuesta hace algunos años a través de la tesis de licenciatura correspondiente, que, como la gran mayoría de la problemática social de nuestro país, se requiere de la participación y compromiso de todos los sectores en la vida jurídica del país para su gradual solución. Hacer cada quien lo que le corresponda, y hacerlo con verdadera vocación de servicio, sea cual sea nuestra función en esta gran orquesta jurídica, es el primer paso para lograr el cambio y mejorar la función jurisdiccional, a través de fallos que gocen con mayor legitimación y resulten *útiles* a la sociedad.

4. Conclusiones

1. La finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad *histórica* de forma que ésta y la verdad *jurídica* sean una misma.

El proceso como institución jurídica no puede limitarse a ser visto como un mero instrumento para solucionar conflictos entre personas, sean gobernados o gobernantes. Debe conformarse como un elemento jurídico de índole pragmática que permita incidir de manera positiva en la sociedad, no sólo para las partes que intervienen en éste, sino para todos los integrantes de la comunidad como una evidencia plena de la observancia del Estado de Derecho, lo cual puede conseguirse a través de sentencias que guarden identidad con los hechos históricos y por ende, con mayor legitimación entre la sociedad.

2. La distinción entre casos fáciles y difíciles es posible a través de criterios objetivos.

La resolución que recae a los casos fáciles puede ser previsible y existe consenso general sobre la misma, pues existen diversos elementos, sean normas jurídicas o principios que permiten su solución de manera clara. La discrecionalidad del juez para decidir el asunto es mínima o no existe. Los hechos descritos se adecuan de manera exacta a la hipótesis normativa.

En los casos difíciles la solución puede ser no clara o existir múltiples posibilidades de solución, todas conforme al acervo probatorio que obra en un expediente. De esta forma, al acentuarse la discrecionalidad del juzgador, entran en juego factores como la argumentación y la ponderación que tienen como objetivo auxiliar al juzgador a decidir el sentido de su determinación, y sostenerla frente a las otras opciones que eran posibles, pues al no existir la hipótesis normativa necesaria, o resultar insuficiente el fallo se regirá mediante el estudio de principios.

3. La transición de casos difíciles a fáciles es benéfica para la sociedad en su conjunto.

La ventaja de que eventualmente la mayoría de los litigios sean casos fáciles, incide de manera positiva tanto para los operadores jurídicos como la sociedad misma, por las siguientes razones:

- a) Permitiría sustanciar con mayor rapidez los juicios, pues el juzgador sabría qué elementos de convicción son necesarios y cuáles no para arribar a una conclusión previsible, lo que representaría menor costo y desgaste para las partes en conflicto.
- b) Reduciría la promoción de demandas frívolas e improcedentes, pues se sabría con antelación el resultado de una acción que ha sido declarada por la norma y los precedentes como improcedente.
- c) Al fortalecer la certeza jurídica con relación a determinadas acciones, podría favorecerse un incremento en la práctica de métodos alternativos de solución de controversias, lo que conllevaría a reducir los índices de saturación que actualmente presenta el poder judicial.
- d) Con un mayor impacto de los métodos adversariales señalados, se favorecería un ambiente de civilidad entre los ciudadanos, pues al presentarse un conflicto determinado, éstos al conocer las consecuencias de tales actos, podrían asumir una postura menos contenciosa y llegar a un acuerdo conciliatorio.

4. El uso del pragmatismo jurídico representaría una gran ventaja en la transición planteada.

Si bien pueden utilizarse métodos de interpretación alternos para la construcción de los casos fáciles partiendo de los difíciles, el pragmatismo representa una opción que plantea la necesidad de resolver las controversias que se susciten en la

sociedad a través de normas y principios jurídicos que busquen siempre el mayor beneficio presente y futuro para la colectividad en que se encuentren vigentes.

Cabe señalar también en estas líneas conclusivas que no se debe caer en afirmaciones que puede estimarse desvirtúan los fines y naturaleza del pragmatismo, como refiere el autor Juan Vega al desarrollar como postulados del pragmatismo los siguientes: *“...el texto no es el único punto de partida para efectuar la interpretación; la necesidad de valorar el presente y el futuro sin anclarse en las decisiones y modelos históricos que poco aportarán a la solución de los problemas reales; la ausencia de una imperiosa necesidad de crear modelos universales; esto es, podemos vivir sin teorías generales, y la necesidad de entender que la resolución será válida sólo para un momento determinado”*⁸⁶.

Como se aprecia, puede decirse que es un punto de vista diferente de entender la corriente pragmática al expuesto en este trabajo, sin embargo se consideran no acertadas tales aseveraciones por los siguientes motivos:

En primer lugar, la norma jurídica debe ser el punto de partida de toda interpretación, salvo que, como se ha señalado anteriormente, pueda deducirse que no existe ordenamiento alguno que sea aplicable al caso concreto determinado. Esto es, se admite desde luego la interpretación, ponderación y resolución con base en principios, pero ésta debe realizarse únicamente tras agotar las atribuciones y alcances del texto legal de forma que esta operación mental de resolución de casos, difíciles o no, sea realizada en orden, partiendo primero de reglas concisas hacia los principios que son abstractos.

Después, si bien el pragmatismo busca ahondar en los efectos y consecuencias que tendrá determinada resolución, es decir, *ve hacia delante siempre*, no por ello deben ignorarse o despreciarse los precedentes y cuestiones históricas, pues a

⁸⁶ VEGA, Juan citado por NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, UNAM, México, 2005, p. 304.

partir de ellos puede entenderse mejor el presente, y decidir con elementos más sólidos aquellas decisiones que afecten el futuro. Se considera entonces que ninguna resolución judicial es autónoma *per se*: detrás de ella se encuentra una carga argumentativa con base en precedentes, y como quedó explicado, en el caso de que se abandona alguno, los razonamientos van encaminados a explicar los motivos por los cuales el jurisdicente se aparta de la regla anterior para modificarla o crear una nueva. De cualquier modo, se ponderan elementos de decisiones anteriores, las cuales envuelven factores históricos, de los cuales el juzgador no puede permanecer ajeno o considerarlos extraños.

Aún en la situación en la que el juzgador se encuentra ante casos novedosos, en los cuales no es posible encontrar precedentes que se adecuen de manera exacta a la hipótesis fáctica a resolver, mediante analogía, es posible encontrar normatividad o precedentes que permitan orientar el criterio del juzgador. Asimismo, de acuerdo a la teoría de los principios planteada, ninguna resolución es “autónoma” al contener necesariamente juicios de valor basados en principios jurídicos, que conforman y complementan de manera integral al sistema legal.

Por último, la afirmación de “poder vivir sin teorías generales” parece contradictoria al sentido del derecho mismo, de la investigación de éste y de la ciencia en general; sea cual sea el punto de vista del autor referido. Por ejemplo, una visión extrema de la *praxis* forense en la cual la teoría es desdeñada, o bien, la manera en que deben desecharse toda clase de principios no tiene cabida dentro de las ideas del pragmatismo, por ser contrarios a la naturaleza de éste, el cual basa su esencia en la *utilidad: lo que sirve*, pero no por ello puede caer en la simpleza de resolver cada asunto de manera aislada, por las razones expuestas a lo largo del presente trabajo.

De igual modo, resulta contrario a las nociones pragmáticas el afirmar que “la resolución será válida sólo para un momento determinado”, pues se olvida del carácter funcional del cual debe revestir un fallo judicial, de manera integral, no

sólo para las partes quienes buscan la solución a su controversia, sino para toda la sociedad quien puede calificar la legitimación o no de esa determinación. Es decir, como quedó expuesto, la resolución puede ser válida *inter partes* como una norma jurídica individualizada, pero en realidad debe apreciarse que ese micro universo trasciende como un acto que hace cumplir los elementos del Estado de Derecho.

Es decir, la decisión adoptada del caso difícil bajo un criterio pragmático podría ser adoptada con mayor facilidad por la sociedad al gozar de mayor legitimación, por lo que podrían conservarse vigentes y observarse por mayor tiempo, al considerarse *justas*; lo anterior también puede reflejarse bajo cuestiones prácticas de sentido común, por ejemplo, si el juzgador logra sobreponerse a la presión mediática y resolver conforme a su convicción personal. Como se aprecia, en realidad, no todas las soluciones pragmáticas deben obedecer necesariamente a un orden teórico o demasiado abstracto.

5. El pragmatismo en sentido amplio, además de verse reflejado en los fallos jurisdiccionales, puede encontrarse en cuestiones de índole administrativo.

En este apartado se hace alusión a las decisiones tomadas por los órganos que si bien conforman el poder judicial, realizan materialmente funciones administrativas como lo es el nombramiento de juzgadores.

Las consecuencias de estas decisiones son directas en la función jurisdiccional, al tratar de buscar los mejores perfiles para los juzgadores que requiere la sociedad; sin embargo, estas medidas también pueden tener un carácter correctivo si un juzgador en activo presenta características o conductas que resultan dañosas para la actividad del poder judicial.

Desde otra vertiente, el pragmatismo indicaría, con cierta simplicidad, que los órganos de corte administrativo al tener injerencia en la actividad jurisdiccional deben permanecer atentos para evitar que desde esta perspectiva, que no puede

ser minimizada, se altere de manera relevante la normal actividad del poder judicial, o con mayor énfasis en el sentido de este trabajo, permitir que por causas imputables a un juzgador los casos fáciles se tornen difíciles.

6. Se reconoce que la justicia es un valor, pero no por ello puede desligarse por completo de los temas jurídicos.

En torno al difícil debate del concepto de justicia, pues se habló constantemente de una decisión “justa”, como un acercamiento al concepto de legitimidad, es imperioso señalar que la justicia no debe ser visto como un valor lejano, etéreo, que pertenece más al mundo de la filosofía que a lo jurídico.

No puede perderse de vista que es precisamente esta idea de la justicia lo que desarrolla e inspira al derecho: en la actualidad ya no es dable concebir a este sistema de principios y normas jurídicas que encaminan el acto humano hacia el bien común como una mera potestad estatal y gramatical de corte positivista. El derecho, aun bajo tesis de avanzada, como las teorías economistas de Posner no puede ser considerado como un “vaso vacío”; es indispensable también analizar su contenido, el cual sea la tradición jurídica de que se trate, encerrará valores morales y principios jurídicos no escritos.

De esta forma, la justicia sí es palpable a través de determinaciones que encuentren eco en tales elementos pues gozan de aceptación general dentro de una sociedad y temporalidad determinadas. En tanto los valores morales, como cultura jurídica de una sociedad se transforman con el devenir del tiempo, con cierta mutabilidad acrecentada, los principios jurídicos también pueden alterarse; sin embargo, dadas sus características, estos cambios se producen de manera sutil.

Lo anterior, al considerar que los principios jurídicos tienen como elementos esenciales la autonomía, su amplitud al no estar contenidos necesariamente en

normas escritas –si bien pueden contenerse de manera expresa en éstas–, y la manera en que imperan sobre aquéllas, al resultar una síntesis de lo justo y razonable dentro de la cultura jurídica de una sociedad.

Como líneas finales, pese a que en el desarrollo de la presente investigación las ideas de Dworkin se encontraron más afines al sentir toral de la misma, el pensamiento con el que se considera conveniente concluir esta propuesta pertenece al teórico Hart, quien señala: *“El derecho concilia dos necesidades sociales: de un lado, la necesidad de que existan reglas ciertas que regulen la conducta de los individuos y, del otro, la necesidad de dejar abiertos asuntos que se pueden definir adecuadamente sólo en cada caso concreto. El derecho se mueve, así, entre la seguridad y la equidad”*.

Dicho con otras palabras, el derecho se mueve así, entre casos fáciles y difíciles.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- ADAME GODDARD, Jorge. *Naturaleza, Persona y Derechos Humanos*. UNAM, 1996.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2001.
- ANTAKI, Ikram. *El manual del ciudadano contemporáneo*. Editorial Ariel, primera edición.
- ARNÁIZ AMIGO, Aurora. *Estructura del Estado*, 3ª edición, Miguel Ángel Porrúa, 1997.
- ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Editorial Ariel, Barcelona, 2006.
- ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 2011.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, 3ª reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007.
- BARAK, Aaron. *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. SCJN, México, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II Editorial Uthea, 1944.
- CARRANCO, Joel. *Poder Judicial*. Editorial Porrúa, México 2005, Segunda Edición.
- CASTILLO ALVA, José Luis et all. *Razonamiento Judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara Editores, Perú, 2006.
- COUTURE, J. Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Depalma, 3ª edición Buenos Aires 1974.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad, 2ª edición, Buenos Aires, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Fontana Press, Londres.
- FERRAJOLI, Luigi. *El papel de la función judicial en el estado de derecho en Jurisdicción y Argumentación en el estado Constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- FIX-FIERRO, Héctor. "La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)" en *Cuadernos para la reforma de la justicia*, número 1, UNAM, 1995.
- FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina y ALCALDE LARA, Esperanza. *La argumentación lingüística y sus medios de expresión*. Arco-Libros, Madrid, 2007.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto. *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*. 3ª edición, Porrúa, México, 2010.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Porrúa, 6ª edición revisada.

- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 56ª edición, Porrúa, México, 2004.
- GHIRALDI, Olsen et all. *El razonamiento judicial*. Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2001.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Traducción de Genaro Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomos VI y VII, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición, México, 1984.
- MONTERO, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5ª edición, Thomson-Civitas, España, 2007.
- MORESO MATEROS, Joseph Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2005.
- NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, UNAM, México, 2005.
- OTERO PARGA, Milagros. *Cuestiones de argumentación jurídica*. Editorial Porrúa, México, 2006.
- OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*, Oxford, 9ª edición, 2003.
- OVALLE FAVELA, José. *Derecho procesal civil*. 9ª edición, Oxford, México, 2003.
- OVALLE FAVELA, José. *Garantías Constitucionales del Proceso*. 2ª edición, Oxford, México 2006.
- POSNER, Richard, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.
- RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 6ª reimpresión, 2008.
- TARUFFO, Michele. *La Prueba*, Marcial Pons, Filosofía y Derecho, Madrid, 2008.
- TARUFFO, Michele. *Prueba y verdad en el proceso civil*. Marcial Pons, Madrid, 1ª edición 2008.

Electrónicas

- http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=pragmatismo consultada el 23 de marzo de 2011.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. *¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 13, 2010, p. 165 en documento electrónico en la web <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero13/07-13.pdf> consultada al 14 de marzo de 2011.