



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho
Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de octubre de 1998.

LA JUSTIFICACIÓN EN LAS SENTENCIAS EN MÉXICO

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta el

MTRO. FERMÍN TORRES ZÁRATE

Director de la Tesis

PhD. JUAN ABELARDO HERNÁNDEZ FRANCO

México, D. F., septiembre 2013.

LA JUSTIFICACIÓN EN LAS SENTENCIAS EN MÉXICO

ÍNDICE.	II
INTRODUCCIÓN GENERAL.	X

CAPÍTULO I

LA SENTENCIA

Introducción.	1
1. Las interpretaciones doctrinales de la sentencia.	2
1.1. Sentencia.	2
1.1.1. Significado gramatical.	2
1.1.2. Concepto de sentencia.	3
2. Sentencia como voluntad del Estado.	7
3. La sentencia desde dos perspectivas: como documento y como acto jurídico.	8
3.1. La sentencia como documento.	8
3.1.1. Requisitos de forma de la sentencia.	9
3.1.2. Estructura de la sentencia.	9
3.1.2.1. Proemio.	10
3.1.2.2. Resultandos.	10
3.1.2.3. Considerandos.	11
3.1.2.4. Resolutivos.	14
3.1.2.5. Autorización.	14
3.2. La sentencia como acto jurídico.	15
3.3. Requisitos de fondo.	16
3.3.1. Claridad.	17
3.3.2. Precisión.	18

3.3.3. Concisión.	19
3.3.4. Congruencia..	20
3.3.5. Exhaustividad.	22
3.3.6. Decisiva.	23
3.3.7. Motivación.	24
3.3.8. Fundamentación.	28
3.3.9. La motivación y fundamentación. Su vinculación.	29

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA PARA DICTAR UNA SENTENCIA

Introducción.	35
1. El caso.	36
1.1. Casos fáciles.	37
1.2. Casos difíciles.	38
2. Aplicación del derecho.	43
2.1. Interpretación del derecho.	44
2.2. Integración del derecho.	45
2.3. Problemas de aplicación del derecho.	46
2.3.1. Problemas por el concurso de leyes.	46
2.3.2. Problemas interpretativos.	47
2.3.3. Problemas de ambigüedad.	47
2.3.4. Problemas de vaguedad.	47
2.3.5. Problemas de redundancia.	48
2.3.6. Problemas de antinomias.	48
2.3.7. Problemas de lagunas.	48
2.3.8. Problemas del contexto de funcionalidad.	48
3. Soportes racionales para la aplicación del derecho.	49
3.1. La sujeción del juez a la ley.	51
3.1.1. La sujeción a la ley desde un punto de vista objetivo.	52
3.1.2. La sujeción a la ley desde un punto de vista subjetivo.	54
3.1.3. Elección del método de interpretación.	55

3.1.4. El empleo de jurisprudencia.	55
3.1.5. El empleo de la doctrina.	56
3.1.6. Elementos que determinan la actividad del juez	57
3.1.6.1. Elementos institucionales.	57
3.1.6.2. Elementos culturales e ideológicos.	57
3.1.6.3. Elementos psicosociales.	58
4. Función de la argumentación jurídica en la aplicación del derecho.	59
5. La Unidad del ordenamiento jurídico como base para la solución de conflictos.	59
6. El juez y las fuentes del derecho.	61
6.1. Concepto de fuente del derecho.	61
6.2. Valoraciones del juez.	64
6.3. El libre enjuiciamiento del juez.	64
7. Modelos de aplicación del derecho	65
7.1. Modelo de Wróblewski.	65
7.2. Modelo de Kelsen.	68
7.3. Modelo de Theodor Viehweg.	69
7.4. Modelo de Stephen Toulmin	70
8. Propuesta de modelo.	76
8.1. Desarrollo de la propuesta.	77
8.1.1. Análisis de los hechos.	78
8.1.2. Determinar el problema.	81
8.1.3. Elección de la norma aplicable al hecho.	82
8.1.4. Examen de las pruebas aportadas, su valoración.	84
8.1.5. La sentencia	88
9. Pluralidad de métodos.	90

CAPÍTULO III

LA JUSTIFICACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES

1. La decisión.	93
1.1. La decisión en sentido general.	93
1.2. Antecedentes de la decisión jurídica.	94
1.3. La decisión como acto de la razón o como un acto de la voluntad.	98
1.4. La responsabilidad de la decisión.	99
2. Decisiones jurídicas.	100
2.1. La decisión vinculada.	101
2.2. La libre decisión judicial.	102
2.3. La decisión legal y racional.	104
2.4. Decisión jurídica e interacción.	105
3. Función de la lógica en la decisión.	106
3.1. Subsunción.	108
4. La relación entre norma y decisión.	109
5. La justificación.	114
5.1. Concepto de justificación.	115
5.2. La justificación en el derecho.	118
5.3. Justificación, motivación y fundamentación.	120
5.4. Justificación/Fundamentación.	123
5.5. Fundamentar.	124
5.6. Justificación/Explicación.	125
6. Justificación jurídica.	129
7. La justificación y la actividad judicial.	130
8. La justificación ideal.	133
9. Justificación interna y justificación externa.	134
10. Contexto de descubrimiento y de justificación.	140

11. La responsabilidad del juez de justificar.	143
12. Fines de la justificación.	143

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE DECISIONES RELEVANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. Requisitos de la sentencia en la legislación.	151
1.1. En la Constitución.	151
1.2. En la Ley de Amparo.	163
1.3. En el Código Federal de Procedimientos Civiles.	164
1.4. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.	166

1. PRIMER CASO. 168

PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN CONTRA LA DECLARATORIA DE RETIRO DE MIEMBROS DEL EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS POR ESTAR INFECTADOS DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH). AMPARO REVISIÓN 307/2007.

1.1. Razones.	168
1.2. El caso.	168
1.3. Autoridades.	168
1.4. Antecedentes del quejoso.	170
1.5. El procedimiento.	170
1.6. Planteamiento del problema.	171
1.7. Hipótesis.	171
1.8. Argumentos del quejoso.	172
1.9. Cuestiones a resolver.	172
1.10. Comentarios propios a dicha sentencia.	178
1.11. Errores en la sentencia.	180
1.12. Efectos de la sentencia de amparo.	181
1.13. Soportes utilizados en la resolución del caso.	182
1.13.1. La jurisprudencia.	182
1.13.2. La doctrina.	182
1.13.3. Normas legales utilizadas.	183
1.13.4. El uso de elementos de juicio provenientes de la ciencia.	183

1.14. El voto de minoría.	184
1.15. Voto concurrente.	185
1.16. Conclusiones.	187
2. SEGUNDO CASO.	188
DONACIÓN DE ÓRGANOS. INVALIDEZ DEL ARTÍCULO 24-A DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE NAYARIT. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	
2.1. Razones.	188
2.2. El caso.	189
2.3. Antecedentes reconocidos para este caso.	189
2.4. El procedimiento.	190
2.5. Planteamiento del problema.	191
2.6. Hipótesis.	191
2.7. Argumentos del quejoso.	191
2.8. Cuestiones a resolver.	191
2.9. Fundamentación.	192
2.10. Errores en la sentencia.	192
2.11. Efectos de la sentencia de amparo.	193
2.12. Soportes utilizados en la resolución del caso.	193
2.12.1. La jurisprudencia.	194
2.12.2. Uso de antecedentes.	195
2.13. La solución del caso.	195
2.14. Votos concurrentes.	196
2.15. Conclusiones.	197
3. TERCER CASO.	199
RECTIFICACIÓN DE ACTA POR REASIGNACIÓN DE CONCORDANCIA SEXO-GENÉRICA. AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008	
3.1. Razones.	199
3.2. El caso.	199
3.3. Autoridades.	200
3.4. Facultad de atracción.	200
3.5. Planteamiento del problema.	200
3.6. Hipótesis.	201
3.7. Argumentos del quejoso.	201
3.8. Estructura argumentativa.	201
3.9. Errores de la sentencia.	202
3.10. Efectos de la sentencia de amparo.	203

3.11. Soportes utilizados en la resolución del caso.	204
3.11.1. Integración.	204
3.11.2. Definición de conceptos.	204
3.11.3. Instrumentos internacionales utilizados.	204
3.12. La solución del caso.	205
3.13. Votos particulares.	206
3.14. Opinión personal.	207
3.15. Conclusiones.	207
CONCLUSIONES.	208
BIBLIOGRAFÍA.	211

ABREVIATURAS

CC.	CÓDIGO CIVIL.
CFPC.	CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.
CPCDF.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
CPEUM.	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
DOF.	DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN.
LA.	LEY DE AMPARO. Nueva ley DOF. 02-04-2013.
LGS.	LEY GENERAL DE SALUD.
LISSFAM.	LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS.
MP.	MINISTERIO PÚBLICO.
SCJN.	SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

INTRODUCCIÓN GENERAL.

Uno de los objetivos de mi carrera profesional fue alcanzar el grado de Doctor en Derecho, tarea que no es fácil por las múltiples actividades que se desarrollan en la vida laboral, no obstante y pese a todas las vicisitudes que han ocurrido, presento esta tesis relacionada con la justificación en las decisiones judiciales, tarea que debe tener muy alta estima en los órganos jurisdiccionales.

Este trabajo versa sobre un tema relevante dentro de la ciencia del derecho procesal, que es la decisión judicial, pues los problemas de esta disciplina se reflejan directamente en el concepto de sentencia, su naturaleza, sus funciones y distinciones. No se trata de profundizar en todos los problemas fundamentales del tema, porque no sería posible, pero sí, en la argumentación que debe contener la sentencia en cuanto a su justificación, sobre una base dogmática segura, para no perdernos en digresiones innecesarias.

El problema central dentro de la práctica jurídica es el de la motivación y fundamentación de las decisiones jurídicas, en particular de las judiciales, por ello considero relevante tratar el tema y describir un modelo racional que sirva para la toma de decisiones de los jueces y así facilitarles su labor en la solución de los casos sometidos a su conocimiento.

En los artículos 14, 16 y 17 de la Carta Magna, se trata el mandamiento de la autoridad y la sentencia como una exigencia sobre la racionalidad argumentativa que debe contener una decisión judicial, por lo que, el objeto de esta investigación es la cuestión de determinar cuáles son los requisitos de una sentencia para poder afirmar que se encuentra justificada.

La tesis pretende abordar los aspectos principales que plantea la justificación en las resoluciones judiciales, desde el punto de vista analítico. En nuestra cultura jurídica, la decisión judicial debe ser motivada y fundada, o bien justificada, y el problema es cómo justificarla, qué elementos o soportes jurídicos se necesitan para cumplir con esa exigencia constitucional.

La hipótesis que planteo y que intentaré demostrar es:

El silogismo no es suficiente para justificar las decisiones judiciales, entonces los jueces necesitan conocer lo correspondiente a la justificación y utilizar la argumentación jurídica para que en base a otro tipo de soportes jurídicos, dar solución a los casos que se les presenten, de una manera más eficiente, por lo que tendrán que mejorar el método que emplean en la solución de controversias.

Se hace notar que voy a limitar mi análisis al estudio de la decisión judicial, a sus requisitos y sobre todo, lo relacionado con su justificación.

El marco de referencia para el desarrollo de esta investigación es la Teoría de la Argumentación Jurídica, en especial atención al razonamiento práctico que desarrollan los jueces en la justificación de las decisiones judiciales.

En el primer capítulo se examina lo correspondiente a la dogmática respecto de sentencia: las interpretaciones doctrinales, su significado y las perspectivas desde las cuáles se puede analizar, como documento y como acto jurídico, y también los requisitos de fondo y forma que se exigen en las resoluciones judiciales, razón por la cual, se trata lo correspondiente a la motivación y fundamentación que deben cumplir, y se proporciona primero; una explicación de su concepto y después entramos al análisis de su tratamiento en las distintas jurisprudencias que se han emitido respecto de dichas nociones, para concluir en qué consisten.

Este estudio nos va a servir para adentrarnos al capítulo segundo en donde me ocupo de la metodología para dictar una sentencia, y comienzo con el estudio del “caso”, tanto fáciles como difíciles, pues representan el suceso histórico o los hechos que ocasionan un problema entre personas y así iniciar con el método para resolverlo, por lo que, se analizan los modelos de la decisión judicial que se utilizan para la resolución del asunto en donde los jueces tienen que emplear todos sus conocimientos en la aplicación del derecho y en este tema me encamino a tratar con brevedad los problemas que surgen en dicha aplicación. Para ese efecto examino los modelos de aplicación del derecho de autores como Wróblewsky, Kelsen, Viehweg y Toulmin, de quienes obtengo algunos parámetros para proponer un modelo que sirva en la resolución de los casos.

En el capítulo tercero, se analiza lo pertinente a la justificación en las decisiones judiciales, en donde se inicia por determinar en qué consiste la “decisión” para después explicar sus diferentes tipos y así llegar a la decisión jurídica que es la que nos interesa en este trabajo. De manera particular me concentraré en lo correspondiente a la justificación; su concepto, su relación con fundamentación y motivación, así como las clases de justificación y su estructura. Por otra parte también trato lo relacionado con la actividad judicial y la responsabilidad del juez de justificar, todo con la idea de abarcar el tema de una manera amplia para tener una visión completa de lo que representa la justificación en las decisiones judiciales.

Para terminar, en el capítulo cuarto, llevo a cabo un análisis de la regulación de la sentencia en la Constitución, en la Ley de Amparo, en el Código Federal de Procedimientos Civiles y en Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que sirve como preámbulo para efectuar un examen de tres decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se refieren a:

a) PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN CONTRA LA DECLARATORIA DE RETIRO DE MIEMBROS DEL EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS POR ESTAR INFECTADOS DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH). AMPARO REVISIÓN 307/2007

b) DONACIÓN DE ÓRGANOS. INVALIDEZ DEL ARTÍCULO 24-A DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE NAYARIT. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

c) RECTIFICACIÓN DE ACTA POR REASIGNACIÓN DE CONCORDANCIA SEXO- GÉNERICA. AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008

Por tanto, en aplicación de los tres primeros capítulos, se examina la justificación que emplea el Máximo Tribunal en sus decisiones judiciales, para determinar si efectivamente cumple con los requisitos de motivación y fundamentación que ella misma ha fijado, pero no conforme con ello también se establecen los errores que comete la propia Corte y se realizan distintos comentarios y opiniones del cómo se justificaron esas decisiones, con la idea de demostrar si cumplen o no con una justificación correcta y con los requisitos que se establece en la legislación.

Conocer cómo fundamentan sus sentencias, los ministros de la Suprema Corte es de vital importancia para determinar si efectivamente aplican el Derecho y cumplen así con su función jurisdiccional de resolver los conflictos e impartir justicia.

De ninguna manera se agota el tema, no obstante, sería suficiente que haya cumplido mi objetivo, contribuir a que los jueces mejoren la justificación de sus sentencias en base a argumentos convincentes apegados a Derecho y a todos los elementos racionales que se pueden emplear para justificar de manera correcta una resolución.

MTRO. FERMÍN TORRES ZÁRATE

CAPÍTULO I

LA SENTENCIA

“Se confía en las palabras de algunos hombres sólo por la reputación de que disfruten como hombres prudentes, de buen juicio y veraces”.

Toulmin.

Introducción.

La sentencia se puede analizar de variados puntos de vista, por ejemplo: de manera formal, la sentencia es el documento por el cual se resuelve un juicio; desde el punto de vista sustancial, se entiende como realización del derecho, o como la delimitación concreta de derechos subjetivos, también se analiza como derecho de las personas, o bien se considera como una expresión de actividad humana, como un acto de la voluntad del juez.

En todo caso, la sentencia, como dice Aragonese Alonso Pedro:

“Es sin duda, la más importante de las resoluciones judiciales”.¹

Tanta esencia reviste que el propio Rocco, considera que un estudio de la misma puede significar el análisis de toda la teoría general del derecho procesal.²

De lo anterior podemos comentar que los problemas que plantea el tema de la sentencia, difícilmente pueden examinarse en su totalidad, por ello, nos vamos a centrar en determinados aspectos relevantes de dicha resolución, como son: los aspectos doctrinales, las perspectivas en las que podemos ubicarla, así como el análisis de sus requisitos, tanto de forma como de fondo, pero sobre todo, vamos a estudiar la jurisprudencia que se ha emitido al respecto, esto con la idea de precisar el estado que presenta la figura jurídica citada, en nuestro país.

Para llegar a la sentencia dentro de un proceso se tienen que agotar todas las etapas del procedimiento hasta alcanzar la resolutoria, en la cual el juez emite su decisión respecto del conflicto que le fue planteado, lo que significa que dicta sentencia, se queda sólo para decidir como señala Carnelutti:

“La sinrazón de la razón, la mentira de la verdad”.³

¹ Aragonese Alonso Pedro, *Técnica procesal*, Madrid, 1955, p. 571.

² Rocco Alfredo, *La sentencia civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002, p. XIII.

³ Carnelutti Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, México, Pedagógica Iberoamericana, 1994, p. 136.

Palabras con las que hace referencia a que el juzgador tiene en sus manos un poder tan amplio que al momento de decidir, cuenta con la posibilidad de dar la razón a quien no la tiene o bien dar valor de verdad a una mentira. Ante lo relevante de dicha figura jurídica consideramos pertinente su análisis.

1. Las interpretaciones doctrinales de la sentencia.

1.1. Sentencia.

1.1.1. Significado gramatical:

Etimológicamente, la voz “*sentencia*”, tiene su origen en *sententia*, de *sentiens*, *sentientis*, participio activo de sentiré, sentir.⁴

De acuerdo con Becerra Bautista, sentencia viene de *sentire*, ya que el juez declara lo que siente⁵, y esto equivale a juzgar, o bien a opinar, esto se debe a que el juez declara y decide según lo que siente y percibe de las constancias del expediente judicial.

Por su parte Escriche dice:

Sentencia, “se llama así de la palabra latina *sentiendo*, porque el juez declara lo que siente según lo que resulta del proceso”.⁶

Fix Zamudio opina: “*sentencia*”, es una máxima, un pensamiento corto o una decisión⁷, pero con ello sólo se refiere al fallo del juez, a sentencia como la frase concreta que decide un asunto, como declarar culpable o inocente a alguna persona, o bien la frase: “se decreta el divorcio” o “se declara la nulidad del contrato”.

En su acepción procesal, la palabra “*sentencia*” significa: decisión del juez y se refiere a su actuación final en un proceso, porque el juzgador decide el conflicto que se le plantea, conforme a lo que él siente, percibe o capta de dicho problema y que consta en las actuaciones que se llevaron a cabo dentro del expediente judicial tramitado ante él.

⁴ Monlau Pedro Felipe, *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Buenos Aires, El Ateneo, 1941, p. 1037.

⁵ Becerra Bautista José, *Introducción al estudio del derecho procesal civil*, México, Cárdenas Editor, 1985, p. 191.

⁶ Escriche Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forens.* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, p. 634.

⁷ Fix-Zamudio Héctor, *Enciclopedia jurídica mexicana, voz sentencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo VI, Porrúa UNAM, p 393.

Couture comenta que el vocablo sentencia, denota, tanto un acto jurídico procesal como el documento que en él se consigna.⁸ La sentencia como acto, es aquél que emite un juez por el cual decide la causa sometida a su conocimiento, como documento es el escrito que contiene la decisión del juzgador.

De lo anterior podemos afirmar que de forma semántica, sentencia: es el acto por el cual el juzgador, una vez que conoce los hechos controvertidos, las pruebas aportadas por las partes y los alegatos formulados, “se forma un criterio y produce un fallo en el que, en ejercicio de la función jurisdiccional, decide lo que, en su concepto, y conforme a derecho, es procedente”.⁹

De Pina señala:

“La denominación de sentencia debiera reservarse para designar, únicamente, a la resolución judicial en virtud de la cual el órgano jurisdiccional competente, aplicando las normas al caso concreto, decide la cuestión planteada por las partes (o por el Ministerio Público cuando interviene en calidad de actor). Esa opinión se debe a que en la práctica legal, la denominación de *sentencia* se aplica también a resoluciones que no revisten este carácter”.¹⁰

Y tiene razón en cuanto a que también se llama “*sentencia*” a aquellas resoluciones que resuelven los incidentes, que no siempre se refieren al fondo del asunto, sino a cuestiones procesales, como el incidente de cosa juzgada o de nulidad de actuaciones, sin embargo, en estos casos, la palabra sentencia se entiende como una decisión, que toma el juez para dar solución al caso que se le presenta, sin importar que sea de fondo o forma.

1.1.2. Concepto de Sentencia:

En la obra clásica *Curia Filípica Mexicana*, respecto de sentencia se establece:

“El resultado final de todo procedimiento es la decisión legítima del juez sobre el punto que se ha controvertido, esta decisión recibe el nombre de *sentencia*”.¹¹

⁸ Couture Eduardo J, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 277.

⁹ Arellano García Carlos, *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1981, p. 367.

¹⁰ De Pina Rafael y José Castillo Larrañaga, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1999, p. 323.

¹¹ Galván Rivera Mariano, *Curia filípica mexicana*, México, imprenta de Juan R. Navarro, 1850, p. 274.

De esta definición se obtienen tres elementos significativos que forman parte de la sentencia: 1. Es un acto del juez, 2. El procedimiento tiene como objetivo llegar a una sentencia, y 3. Que resuelva el punto controvertido.

Adolfo Maldonado afirma que la sentencia judicial:

“Es el acto de voluntad neutral y soberana del órgano jurisdiccional, estatuyendo, congruentemente con los extremos del debate, cuál es el derecho actualizado en el caso, que el Estado reconoce, y que, si fuere necesario, hará cumplir coactivamente”.¹²

Lo relevante de este concepto es que su autor destaca el valor de la seguridad jurídica que debe proporcionar el Estado por conducto del juzgador, a quienes acuden a los tribunales, pues el juez, en primer lugar: tiene la obligación de resolver, en segundo término: hacerlo en base a las normas jurídicas establecidas y tercero: tener un papel neutral ante las partes y esto nos lleva a la afirmación: la sentencia es la decisión legítima del juez sobre el punto controvertido.

Kelsen opina:

“La sentencia judicial es la resolución de una controversia”.¹³

Pues el procedimiento judicial tiene por objetivo solucionar una controversia o disputa que se presenta entre dos partes, en donde una de ellas, la actora, aduce que la otra, el demandado, ha transgredido algún derecho en su contra, o ha incumplido una obligación pactada, y este niega esa situación en base a las excepciones y defensas que plantea, por tal razón, acuden ante el órgano jurisdiccional para que por virtud de la sentencia se resuelva dicho litigio.

Cabe hacer notar que en el Derecho Romano, según Eugéne Petit,¹⁴ la sentencia constituía la fase culminante del proceso que se realizaba delante del juez, pues su misión estriba en examinar el asunto, comprobar los hechos relacionados y en hacer una sentencia, en la que aplicaba los principios de derecho puestos en juego.

Giuseppe Chiovenda dice que la sentencia es:

“La resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o inexistencia de una voluntad concreta de ley que le garantiza un bien, o lo que es igual,

¹² Maldonado Adolfo, *Derecho procesal civil*, México, Antigua Librería Robledo, 1947, p. 87.

¹³ Kelsen Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1988, p. 324.

¹⁴ Petit Eugéne, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Porrúa, 1990, p. 638.

respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de ley que le garantiza un bien al demandado”.¹⁵

Este autor vincula en su definición las pretensiones de las partes, que plantean en la demanda y en la contestación, con la resolución del juez, quien se pronuncia respecto de tales pretensiones en la sentencia.

Como un instrumento de comunicación, la sentencia se puede conceptualizar como:

“Un discurso retórico en el cual, el orador principal (el órgano jurisdiccional) mediante uno o varios argumentos sustenta su decisión para resolver una controversia jurídica que se ha sometido a su consideración”.¹⁶

En este contexto, discurso lo entendemos como el lenguaje expresado en la sentencia que forma parte del conocimiento del juzgador, pues diserta en sus considerandos al desarrollar los argumentos en los que basa su resolución.

Estima James Goldschmidt¹⁷ que la sentencia finaliza el proceso, total o parcialmente, en una instancia. De esta breve definición, obtenemos otra característica de la sentencia, que con ella se culmina la instancia, lo cual significa que al haber una segunda instancia, concluye también con una sentencia, y agrega dicho procesalista:

“El punto central de los actos judiciales son las resoluciones. Estas declaraciones de voluntad emitidas por el juez con el fin de determinar lo que se estima como justo”.¹⁸

Estamos de acuerdo, en que la sentencia pone fin a una instancia, pero es oportuno anotar que no pone fin al proceso, debido a que en contra de la resolución definitiva dictada el juez, procede el recurso de apelación, el cual lleva al proceso a otra instancia, por tanto, no concluye, y continua hasta que el tribunal de alzada dicta sentencia de segunda instancia, de ahí que el proceso concluye hasta causar ejecutoria.

Respecto a lo que se “estima como justo” se comenta; que si bien es cierto la justicia es un valor que deben contener las resoluciones, el juez es aplicador del derecho, y tiene que resolver conforme a las normas legisladas, sean justas o no, pues tendrá que motivar o justificar su decisión, cuestión por analizar en la tercera parte de este trabajo.

¹⁵ Chiovenda Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, Vol. I., p. 174.

¹⁶ Dehesa Dávila Gerardo, *Elementos indispensables de retórica*, SCJ, México, 2008, p. 27.

¹⁷ Goldschmidt James, *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, TSJDF, 2003, p. 302.

¹⁸ *Ibid*, p. 300.

Por otra parte, la palabra sentencia, la podemos utilizar como sinónimo de decisión judicial, y es Ricardo Caracciolo¹⁹ quien trata el tema al comentar que con esta expresión se menciona el acto de un juez consistente en la elección de una definida solución para poner fin a la controversia que ha sido propuesta a su conocimiento y también se le identifica con la supuesta norma que expresa la solución normativa en cuestión. Así, para el autor en cita, la sentencia es un conjunto de actos de cumplimiento de obligaciones o como de específicas facultades, que se derivan del conjunto de normas que determinan las reglas de las sentencias y la facultad del juez de dictar sentencia. De lo anterior se puede afirmar: la sentencia es un conjunto de normas que resuelven cuestiones prácticas de los particulares, de aplicaciones de derecho objetivo, previamente existente a cada decisión.

Es importante aclarar; la denominación de sentencia, se aplica a resoluciones judiciales de distinto contenido y finalidad. En nuestra legislación por ejemplo; en el CPCDF, en su artículo 79, las clasifica en sentencias interlocutorias y definitivas, sin embargo para el tema que nos ocupa, no nos interesa ninguna clasificación,²⁰ debido a que lo relevante será analizar el contenido de la sentencia en general, sea de cualquier especie, pues al momento de dictarla, el juzgador tiene la obligación de fundarla y motivarla, por tanto, centraremos el tema, bajo la tesitura de las resoluciones en su concepto general y estudiar los requisitos de su contenido.

Si tomamos en consideración que la palabra sentencia, sólo se puede referir a la decisión definitiva de la litis, por versar sobre la relación material, se contraponen a estas, las decisiones sobre cuestiones procesales, que ponen fin al procedimiento, pues no fallan sobre la materia (fondo), por lo que este, queda sin prejuzgar y puede ser de nuevo sujeto a examen judicial en base al derecho sustantivo tutelado por la norma abstracta.

La sentencia definitiva sustancial asegura esa tutela a quien tiene un derecho sustantivo reconocido por el legislador. La sentencia, en conclusión, confirma la aplicación efectiva del derecho sustantivo a través de la función judicial, por ello, satisface tanto el interés de las partes como el interés público estatal de que se respete la ley en los casos controvertidos.

“Debe, pues, existir, correlación entre lo pretendido y la sentencia y ésta, además debe condenar o absolver, pues *nulla est sententia, quae neque absolutionem neque condemnationem continet*”.²¹

¹⁹ Caracciolo Ricardo, *Paradigmas de decisión judicial*, Versión preliminar, entregada por el autor en el Seminario XVIII “Eduardo García Máynez”, octubre 2008, en el ITAM, p. 1.

²⁰ Véase. Para la clasificación de las sentencias se puede consultar a James Goldschmidt, Alfredo Rocco y Eduardo J. Couture.

²¹ Briseño Sierra Humberto, *El juicio ordinario civil*, México, Trillas, 1988, Vol. II, p. 958.

También hacemos notar que se “ha llamado a la sentencia, en sentido figurado, *lex specialis*, porque su potestad se refiere al caso expreso que la motiva”.²² Lo cual significa, que al resolverse un asunto y el juzgador aplica las normas respectivas al caso individual, dicta la conducta que debe desplegar el perdedor para satisfacer las pretensiones reclamadas por su contraparte.

La sentencia entonces, está constituida por normas derivadas del derecho vigente, que se aplican de acuerdo con las circunstancias probadas en el proceso.

De todas las definiciones podemos obtener su aspecto más importante para concluir:

La sentencia es la decisión final que toma el juez o magistrado, respecto de las pretensiones de las partes, sometidas a su conocimiento, en base a las normas jurídicas establecidas, que pone fin a cada instancia.

También es la expresión última y de mayor importancia de la actividad del juez, que por su naturaleza y su finalidad, es actividad humana.

2. Sentencia como voluntad del Estado.

Rocco es quien explica el porqué la sentencia no es un acto de voluntad del juez, sino un mandato hecho por el Estado a los particulares, y afirma que la norma jurídica, supone un juicio lógico del órgano del que emana, y es en su esencia un acto de voluntad, una orden del Estado, además señala:

“este mandato, por estar expresado en forma abstracta, tiene necesidad de ser concretado, o sea, la voluntad del Estado manifestada en forma abstracta o general en la ley, tiene necesidad de ser traducida en forma concreta, que es lo que hace precisamente el juez en la sentencia”.²³

La sentencia según este autor, es un acto de soberanía del Estado que se dicta por el *imperium* de éste, motivo por el que vincula a las partes litigantes, y así hacer efectiva la norma abstracta, para actualizarla y aplicarla al caso controvertido, por tanto, el juez debe realizar una operación lógica que se sintetiza en un silogismo.²⁴ A pesar de dicha opinión, consideramos que la sentencia no puede estar constituida sólo por silogismos, sino también por otro tipo de argumentos, como son los interpretativos, los históricos y los morales.

²² De Pina y Castillo, op. cit., p. 324.

²³ Rocco, op. cit., p. 54

²⁴ Ibid, pp. 52-55.

“La soberanía del poder judicial impone un orden determinado y obligado para resolver una situación conflictiva. Más para que tal orden no se parezca en nada a la violencia, lo razona y justifica. Es un acto que ennoblece y dignifica la función judicial, al mismo tiempo que revela su valor intelectual y moral”.²⁵

En virtud de lo anterior, la sentencia: es la meta a seguir en la administración de justicia por el juez, condicionado por la función que desempeña, de ahí que se debe sujetar al derecho sustantivo y a las normas procesales establecidas, en ese tenor la sentencia: es el acto final de la jurisdicción como función y como poder.

La sentencia es una respuesta a la pretensión de las partes, pero también es un mandato al perdedor, producto de una compleja operación mental en la que intervienen la sensibilidad, la inteligencia y la cultura del juez.²⁶

De ahí que, la decisión judicial es la función más importante desempeñada por los juzgadores, con apoyo en los hechos acreditados por las partes, en las pruebas aportadas, y en la que se concede o niega la tutela jurídica requerida por los contendientes.

3. La sentencia desde dos perspectivas: como documento y como acto jurídico.

Eduardo J. Couture trata el tema de la sentencia desde dos puntos de vista: como acto jurídico procesal y como documento en el que se consigna y opina:

“Como acto la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento. Como documento es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida”.²⁷

Si se analiza como documento, nos enfocamos a su estructura formal y como acto jurídico se estudia su estructura lógica. A continuación procedemos a analizar la sentencia como documento y después como acto jurídico.

3.1. La sentencia como documento.

La sentencia es un objeto, un documento que contiene páginas o folios escritos por ambos lados, con los siguientes requisitos de forma:

²⁵ Rodríguez Aguilera Cesáreo, *La sentencia*, Barcelona, Bosch, 1974, pp. 47 y 48.

²⁶ *Ibid*, p. 44 y 45.

²⁷ Couture, *op. cit.*, p. 277.

3.1.1. Requisitos de forma de la sentencia.

Llamados también “requisitos externos”, están constituidos por aquellos elementos que le dan forma, y se desprenden de distintos ordenamientos legales, que ya al principio de este capítulo mencionamos, sin embargo, nos centraremos en el CPCDF y son los siguientes:

Como todos los actos procesales, de acuerdo con el artículo 56 de dicho ordenamiento procesal, la sentencia debe:

Estar redactada en español, por ser una actuación judicial, en donde las fechas y cantidades se escribirán con letra, exigencia que se requiere por seguridad para evitar confusiones y alteraciones, si se anotan con números.

No se emplearán abreviaturas, ni se rasparán las frases equivocadas, sobre las que sólo se pondrá una línea delgada que permita su lectura, salvándose al final del documento con toda precisión el error cometido.

Contiene la firma entera del juez, autorizada con la firma del secretario, (art. 80 CPCDF), con lo cual se le da autenticidad al documento. Se tiene que dictar dentro del plazo de quince días, posteriores a la citación para sentencia, y luego publicarse en el Boletín Judicial. Cuando por necesidad de examinar documentos o expedientes voluminosos se amplía el plazo por diez días más (Art. 87 CPCDF).

3.1.2. Estructura de la Sentencia.

Como documento se estructura bajo el siguiente esquema:

- a) PROEMIO (datos de identificación).
- b) RESULTANDOS (resumen del procedimiento).
- c) CONSIDERANDOS (análisis de las pruebas).
- d) RESOLUTIVOS (fallo del juez).
- e) AUTORIZACIÓN (firmas del juez y del secretario).

Requisitos que se explican a continuación.

3.1.2.1. Proemio.

Todas las sentencias que emiten los tribunales, sean federales o del fuero común, en seguida de la fecha, contienen la palabra “VISTOS”, por la que se hace referencia a que el juzgador tuvo a su vista el caso planteado, contenido en el expediente judicial y una vez que revisa y analiza sus constancias, tiene la posibilidad de resolver el conflicto sometido a su conocimiento, pues ya lo vio, lo sintió, lo percibió y ante lo cual está preparado y puede emitir su decisión, que plasma en la sentencia.

De acuerdo con artículo 86 del CPCDF, las sentencias deben estar redactadas de forma determinada. Todas comienzan con los datos de identificación como son: fecha en que se dicta, nombre de las partes, objeto del pleito, juez que las pronuncia, número de expediente, tipo de juicio y el carácter con que litigan las partes, a este conjunto de datos, se les llama “PROEMIO”.

Con estas referencias se busca dar “precisión” a la sentencia, en cuanto a que no haya duda del asunto que trata y resuelve, por eso la exigencia de anotar el nombre de las partes y el objeto del pleito, así estos datos permiten identificar el asunto que fue sometido a conocimiento del juzgador y determinar su validez jurídica.²⁸

Este formalismo se presenta en todas las legislaciones por ser una necesidad teórica y práctica, y constituye la manera rápida con que se identifica un asunto, pues sabemos quiénes son las partes, sobre qué litigaron y quién resolvió el juicio, lo que nos permite a simple vista ubicar el asunto planteado.

3.1.2.2. Resultandos.

Después del “*proemio*”, continúa la parte de la sentencia denominada “RESULTANDOS”, que se constituye por una narración o exposición de los actos procesales acontecidos durante el procedimiento, o sea, una síntesis de los puntos cuestionados a través de la demanda, contestación, los medios de prueba ofrecidos y desahogados por cada litigante; los problemas jurídicos planteados y las incidencias que van a ser materia de resolución. En otras palabras, “*el resultando*” contiene un resumen del juicio, desde la interposición de la demanda, hasta la citación para la sentencia, con una breve descripción de cómo se desarrollaron las etapas procesales.

²⁸ Becerra Bautista, op. cit., p. 182.

“La sentencia así (por supuesto, con supresión de la obligatoriedad de empezar los párrafos con la palabra “resultando”) quedaría notablemente aligerada y revitalizada, en lo que hoy es la zona muerta de los “resultandos”.²⁹

Es un relato de los hechos, con un estilo judicial muy característico de los juzgadores, una labor secretarial de rutina, que consideramos nada importante para el contenido de la sentencia, pues son transcripciones de los escritos presentados por las partes, sin ninguna aportación relevante para la sentencia, el “*resultando*”, es un resumen innecesario en el contenido de la sentencia, ya que no influye en la decisión del juez.

Gómez Lara, dice:

“Los resultandos son simples consideraciones de tipo histórico descriptivo. En ellos se relatan los antecedentes de todo el asunto”.³⁰

Una propuesta sería eliminar el “*resultando*”, ya que de nada sirve hacer un resumen del juicio, si se tienen las constancias, y en su lugar, permitir al juez dedicar más tiempo al análisis de las pretensiones de las partes y de los hechos para que en base al mismo, el juzgador resuelva, lo que permitiría al resolutor centrar su atención en el conflicto a resolver planteado por las partes y determinar el punto toral del litigio.

3.1.2.3. Considerandos.

En seguida del resumen citado, comienza una nueva parte de la sentencia llamada “CONSIDERANDOS”, es aquí donde podemos afirmar que comienza la obra literaria del juez, ya que se trata de dar razones y de explicar cuáles son los fundamentos jurídicos que estima aplicables a su fallo, así como la jurisprudencia o doctrina que considera basal para normar su criterio. Se refiere al análisis argumentativo que realiza el juez de las pruebas aportadas por las partes, que es la parte de la sentencia donde el juzgador lleva a cabo la justificación, expone las razones de su decisión, aplica todos sus conocimientos y realiza el estudio del caso planteado, revisa los hechos y los encuadra dentro de la norma que considera aplicable, lo que significa que subsume los hechos a la norma vigente.

El juez en la sentencia, debe redactar cuáles son los hechos probados por las partes, es, en este apartado, en el que tendrá que utilizar toda su conciencia y experiencia jurídica para apreciar esos acontecimientos y verificar con qué pruebas aportadas por las partes, quedaron acreditados. En esta parte de la

²⁹ Rodríguez Aguilera, op. cit., p. 45.

³⁰ Gómez Lara Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1983, p. 320.

sentencia el juez expone la motivación, la cual “se debe a la necesidad de explicar el porqué del mandato de que toda sentencia supone”.³¹

La palabra “*considerando*” se refiere a que una vez que el juez identificó el asunto, hizo un resumen del mismo, analizó las pruebas aportadas, examinó las normas aplicables, buscó la jurisprudencia aplicable, y considerando todos esos elementos, ahora pasa a realizar una serie de reflexiones, análisis y meditaciones, que lo lleven a dar solución al caso planteado mediante las razones y fundamentos legales que estima procedentes y aplicables al asunto.

En consecuencia, el juez analiza los hechos aducidos por los contendientes, verifica si con las pruebas aportadas quedaron justificados esos acontecimientos, estima el valor de las pruebas ofrecidas y desahogadas, confirma las afirmaciones de las partes, y expresa los motivos por los cuales les otorga o niega valor a las pruebas, y expone los argumentos por lo que desestima o declara la procedencia de la acción, también se examinan las leyes por aplicar, así como la jurisprudencia o la doctrina a utilizar. Los considerandos:

“Son sin lugar a dudas la parte medular de la sentencia”.³²

En esta parte de la sentencia se contiene la motivación, la fundamentación y las explicaciones razonadas del porqué se resuelve de una u otra manera, la que permite proporcionar a las partes la seguridad jurídica a que se refiere al artículo 14 constitucional.

Sabemos que no es fácil realizar una separación tajante de las cuestiones de hecho de las de derecho, por la íntima relación que pudieran tener, así, Díez Picazo afirma:

“La fijación de la *quaestio facti* es siempre la fabricación de una historia que se hace con la mayor objetividad posible, por supuesto, pero de la cual no están nunca ausentes factores ya inicialmente valorativos. Por esto, al fabricarse la historia que se va a decidir, de algún modo se está ya insensiblemente decidiendo, pues la escisión entre los hechos y las normas no se produce por completo y los hechos son tenidos en cuenta desde el punto de vista de las normas”.³³

Los considerandos de la sentencia contienen la exposición de los motivos que llevaron al juez a dictar su fallo, constituidos por una serie de datos de dos tipos, datos de hechos y datos normativos, también llamados fundamentos de hechos y de derecho: los primeros son los acontecimientos redactados en la demanda o contestación que influyeron en que la decisión se tome de determinada manera y

³¹ Rodríguez Aguilera, op. cit., p. 47.

³² Gómez Lara, op. cit., 320.

³³ Díez-Picazo Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 228.

los segundos son las normas que utiliza el juez para ubicar tales hechos dentro de éstas y así resolver el asunto.

Opina Cesáreo Rodríguez:

“Las ideas así podrán exponerse en tono liso y llano, con referencia a los puntos esenciales de las cuestiones debatidas, sin alusiones a citas innecesarias, sin barroquismos literarios o conceptuales”.³⁴

Sin embargo no siempre es así, puesto que en la práctica encontramos sentencias imprecisas, obscuras, confusas, con faltas de motivación y fundamentación, y por eso se critica la actividad de los jueces.

Al respecto Manuel de la Plaza comenta:

“La redacción de las sentencias, es un buen elemento de contraste para apreciar la pericia del juez; faltan a la claridad y precisión las sentencias farragosas que, en lugar de condensar las alegaciones de las partes, copian torpemente sus escritos; se desvían de los propios principios rectores...quebrantan la concisión, las que por un prurito de suficiencia, no siempre logrado, traen a capítulo muchas veces cuestiones jurídicas no propuestas, notoriamente inoperantes para la decisión, y aliquando, plagadas de citas, ni siempre oportunas y, desde luego, innecesarias para señalar, si fuese preciso, una orientación doctrinal; y no se hable de las que recurren al pueril arbitrio de consignar preguntas y respuestas, con lo que la redacción está muy lejos de tener aquella *austeridad literaria*, que es siempre la mejor vestidura para un razonamiento robusto y contundente”.³⁵

Las resoluciones que contienen muchos conceptos y falta de concreción, lo único que ocasionan es que obstaculizan el entendimiento de los litigantes así como por su falta de claridad impiden que los recursos que se plantean contra ellas tengan dificultad debido a que no se puede captar con facilidad lo que quiso expresar el juzgador.

Pensamos que un considerando corto puede ser apreciado sin necesidad de que se exponga en una o dos hojas, la idea es que la sentencia sea concreta y precisa, que no por contener muchas hojas significa que sea una buena sentencia.

En los considerandos se trata de justificar la decisión propiamente dicha, esta decisión constituye el mandato de la sentencia, el fallo del juez.

³⁴ Rodríguez Aguilera, op. cit., p. 52.

³⁵ De la Plaza Manuel, *Derecho Procesal Civil Español*, Madrid, Revista de derecho privado, 3 ed., 1951, tomo I, p. 458.

El problema de nuestros jueces es la falta de claridad, además de que no tienen la pericia de exponer en síntesis sus ideas, de nada sirve una sentencia extensa que no contenga un orden en su exposición.

3.1.2.4. Resolutivos.

La sentencia termina con los “RESOLUTIVOS”, que es su parte decisiva, el fallo del juez. Constituye la conclusión de la sentencia. En términos precisos se establece la solución del caso, en donde se declara, prohíbe, permite, sanciona, u obliga hacer cosas a los contendientes, en otros términos, en esta parte de la sentencia, se contiene el dar, hacer o no hacer que tienen que cumplir las partes en litigio. En este segmento de la sentencia se decide quién de los contendientes ganó o perdió el juicio.

A esta parte de la sentencia Becerra Bautista³⁶ le llama “*resolución*” y considera que es la sentencia, jurídicamente, en la que se condensa la voluntad del Estado en el caso concreto y que debe ser la conclusión lógica que resulte de la motivación de la sentencia, con base en su parte narrativa.

Podemos utilizar las palabras: sentencia, decisión, fallo, mandato de la sentencia, como sinónimos. Sin embargo “*sentencia*” es todo el documento en sí, fallo, lo ordenado en la sentencia, al igual que mandato, que se encuentra contenido en los resolutivos. Ovalle Favela señala que los puntos resolutivos son:

“La expresión concreta del sentido de la decisión”.³⁷

Con lo cual trata de explicar que en un párrafo breve, se condensa todo el contenido de los considerandos, la conclusión de estos o bien es la decisión misma, a la que llegó el juzgador después de analizar todos los elementos probatorios y normas legales que tiene a su alcance.

3.1.2.5. Autorización.

Toda actuación judicial debe ser firmada, por el juez y por el secretario para que tenga validez, por lo tanto, se requiere que la sentencia se firme por ambos funcionarios, tal como lo dispone el artículo 80 del CPCDF, al establecer:

“Todas las resoluciones de primera y segunda instancia serán autorizadas por jueces, secretarios y magistrados con firma entera”.

³⁶ Becerra Bautista, op. cit., p. 183.

³⁷ Ovalle Favela José, *Derecho Procesal Civil*, México, Oxford, 8 ed. 1999, p. 207.

Por tanto, la autorización se refiere a la “firma” del funcionario que emite la sentencia, pues representa la autenticidad y la validez de ese documento. Una sentencia sin firma no tiene ningún efecto jurídico.

De lo anterior podemos afirmar, como lo hace Atienza,³⁸ que las resoluciones de nuestros juzgadores están estructuradas de acuerdo con un esquema justificatorio de tipo lógico o silogístico, en donde la premisa mayor son los fundamentos de derecho y la premisa menor son los hechos, sin embargo, también consideramos que ese tipo de razonamiento se utiliza sólo para los asuntos que no presentan problemática en su solución, los casos rutinarios, pero qué pasa en un caso difícil, en el cual el propio juez, después de realizar el estudio de los hechos y buscar las normas aplicables, puede tener dificultad para resolverlo o bien tiene dos o más opciones para ello, cuestión que se analiza más adelante en el capítulo III.

Carlos Arellano García opina:

“El legislador que formula el artículo relativo a las sentencias, trató de eludir formalismos exagerados que exigiesen el empleo de frases sacramentales. Por tanto, si no se emplean las palabras de tanto arraigo como “Vistos”, como “Considerando”, como “Resultando”, como “Puntos Resolutivos”, no se comete ninguna infracción legal”.³⁹

Con base en los formulismos anteriores, concluimos: que en el país, los juzgadores, de manera tradicional, siguen hasta la fecha, con el mismo formato en la elaboración de las sentencias, y se resisten, sistemáticamente, a cambiar esas fórmulas, por no animarse a un cambio, que permita una mayor claridad y precisión de las resoluciones.

3.2. La sentencia como acto jurídico.

Alfredo Rocco dice:

“El acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés”.⁴⁰

La sentencia para Rocco, es el acto que constituye el fin y la esencia del acto jurisdiccional. Estamos de acuerdo en esta sencilla definición pues el gobernado

³⁸ Atienza Manuel, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 23.

³⁹ Arellano García, op. cit., p. 388.

⁴⁰ Rocco, op. cit., pp. 50 y 51.

acude al juez para que resuelva el conflicto que se le presenta, en ejercicio de su función.

La sentencia como acto jurídico es la aplicación de la norma al caso concreto, o bien en la sentencia se contiene la voluntad declarada de la ley. Eduardo Pallares⁴¹ y Carlos Arellano García⁴² coinciden en definir la sentencia como un acto jurisdiccional por el cual se resuelven las cuestiones principales y Arellano explica además, que es un acto jurídico por ser una manifestación de voluntad, hecha con intención lícita de producir consecuencias jurídicas, como son: crear, transmitir, modificar o extinguir, conservar, retener, declarar, respetar y aclarar, derechos y obligaciones.

De esta definición se desprende que la función del juez es aplicar el derecho, cuando alguna de las partes no ha cumplido con su obligación, y la otra acude ante el juzgador para que sea éste quien obligue al demandado a la satisfacción de la pretensión de la actora.

En esencia, la sentencia es un acto de la inteligencia del juez, es un juicio lógico en forma de silogismo, que tiene como materia la declaración de la norma jurídica, aplicable al caso concreto, es pues, la declaración de la tutela jurídica que concede la ley al que tiene interés jurídico.

“Si el acto del juez no se encamina a hacer cesar la incertidumbre sobre la norma aplicable en el caso concreto, sino solamente a regular el orden del procedimiento, tendremos una providencia que no es substancialmente una sentencia”.⁴³

Para que haya sentencia es necesario que se trate de declarar una relación concreta, jurídica, controvertida o incierta.

3.3. Requisitos de fondo.

Respecto de este tema, existe doctrina mexicana poco desarrollada al respecto, pues autores como Becerra Bautista, De Pina, o Arellano García⁴⁴ dedican una o dos hojas para tratarlo, sin embargo, nosotros los vamos a analizar en base a los artículos 14, 16, y 17 de la Constitución, 74 y 76 de la LA, 219, 222 y 352 del CFPC y 81 y 82 del CPCDF, pero, se hace la aclaración que se estudian al inicio del capítulo IV de esta tesis.

⁴¹ Pallares Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1979, p. 721.

⁴² Arellano García, op. cit., 371.

⁴³ Rocco, op. cit., p. 57.

⁴⁴ Becerra Bautista, op. cit., p. 183, De Pina, op. cit., p. 326 y Arellano García, op. cit., pp 394-402

No obstante, de dichos preceptos se desprenden los requisitos de fondo que debe cumplir la sentencia que son: claridad, precisión, concisión, congruencia, exhaustividad, decisiva, motivación y fundamentación. Se hace notar que en la Constitución, en los artículos 14 y 16, no se establece nada respecto de los requisitos de la sentencia, pues sólo se señala que el juicio seguido ante los tribunales debe cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, que la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y que el acto de molestia tiene que ser mediante mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, sin embargo, no se refieren de manera clara ni concisa a la motivación ni a la fundamentación de las sentencias, sino al “*mandamiento*” en general de la autoridad, pero se da por entendido, que éste, es la sentencia, por lo que pasamos a analizar tales requisitos.

3.3.1. Claridad.

Se refiere a que el lenguaje utilizado en la sentencia no puede ser de difícil comprensión, oscuro o ininteligible, por eso Briseño Sierra opina:

“La claridad de las sentencias consistirá en la expresión de sus conceptos, expuestos de manera que no ofrezca confusión, ambigüedad o duda por las palabras ni por las ideas: el juez debería evitar el laconismo exagerado así como el uso de palabras superfluas o que no fueren rigurosamente necesarias para manifestar ideas”.⁴⁵

La sentencia tiene que ser escrita de manera clara, entendible, que no haya duda de lo que quiso dar a conocer el juzgador, por lo que deberá utilizar un lenguaje sencillo y comprensible para los destinatarios. No tiene sentido utilizar palabras excesivas o rebuscadas, que sólo producen confusión. Por eso Cesáreo Rodríguez con atino comenta:

“El arte del jurista es decir claramente el Derecho”.⁴⁶

“El juez ha de conocer el lenguaje técnico propio de su función, y en igual o mayor medida, el lenguaje usual, y ha saber armonizarlos”.⁴⁷

Lo que significa hacerse entender, al utilizar en su sentencia, términos claros que reflejen la lucidez de sus ideas, y podrá emplear vocablos técnicos, porque así lo exige el léxico jurídico, así como anotar el concepto común de los mismos.

⁴⁵ Briseño Sierra, op. cit., p. 948.

⁴⁶ Rodríguez Aguilera Cesáreo, *El lenguaje jurídico*, México, Colofón, sin año, p. 19.

⁴⁷ Ibid, p. 57.

También la claridad consiste en que los considerandos del acto decisorio no sean contradictorios entre sí ni entre éstos y su parte resolutive, que la motivación utilizada en la sentencia sea transparente y de fácil comprensión, además que sea entendible el juicio lógico contenido en la misma, que el silogismo judicial se establezca de modo que no se haya oposición entre la conclusión y las premisas, si de esa manera se resolvió el asunto.

Las sentencias se deben escribir en un lenguaje claro y preciso tal como norma el artículo 81 del CPCDF, pero de igual modo liso y llano (que no tiene dificultad) y directo, sin perjuicio de lo técnico, aunque dirigido al entendimiento popular, al respecto Rodríguez Aguilera opina:

“Sólo la regla que muestra su razón con claridad puede aspirar justificadamente a cierta *continuidad* en la eficacia. Y, además, porque el Derecho debe ser inteligible, esto es, intelectualmente accesible al pueblo, al que este Derecho ha de servir y a quien pertenece: aquellos que pueden ser llamados consumidores de Derecho y que efectivamente lo utilizan”.⁴⁸

Por tanto, la claridad es el uso preciso del lenguaje, el empleo de la palabra adecuada, en el lugar exacto, para que no haya vaguedad ni ambigüedad.

3.3.2. Precisión.

El lenguaje empleado por el juzgador en su decisión judicial, tiene que ser idóneo y exacto en sus palabras, sin existir duda de lo que quiso decir o expresar, que no contenga vocablos que admitan más de un significado que pudiera confundir a las partes; también se tiene que limitar a decidir sólo los puntos o cuestiones objeto del debate, por tal razón, cuando en el juicio las cuestiones controvertidas hubieren sido varias, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada una de ellas, absolviendo o condenando al demandado según proceda. Ante lo anterior Arellano García opina:

“La sentencia, acto jurisdiccional de tan alta envergadura, en la que se dice el derecho frente a posiciones antagónicas, en las que se produce la pugna de intereses de sujetos gobernados, ha de finiquitar la situación desequilibrada de contradicción y no lograría esa meta de restauración de la armonía social si no se resolviera con certidumbre sobre los puntos controvertidos”.⁴⁹

⁴⁸ Ibid, p. 60.

⁴⁹ Arellano García, op. cit., p. 383.

3.3.3. Concisión.

Esta exigencia de la resolución lo encontramos en el juicio de Controversias de lo Familiar, ya que el artículo 949 del CPCDF establece que la sentencia se pronunciará de manera breve y concisa. La palabra concisión, significa:

“Brevedad y economía de medios en el modo de expresar un concepto con exactitud”.⁵⁰

Por esta razón una sentencia es concisa, cuando con brevedad y exactitud se expresan los razonamientos jurídicos en los que se basa. De nada sirven las citas doctrinarias inoportunas e innecesarias, o bien la transcripción de jurisprudencias o tesis de la Corte, que no se aplican al caso planteado, haciéndola engorrosa y de poca claridad.

La sentencia, entonces, debe ser breve, en unos cuantos renglones dar solución a las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, con una exacta aplicación de las normas jurídicas, por esa razón, Bielsa señala:

“Lo que se respeta y hasta se admira, en los escritos sobre derecho, es esa prosa armoniosa, conceptual, donde no falta ni sobra nada. Es la superioridad de lo clásico sobre lo romántico”.⁵¹

Asimismo, la sentencia debe ser diáfana, depurada, que no contenga errores de lenguaje, que sea un texto preciso, con un contenido estricto y accesible a cualquier lector, o como señala Anthony Weston, para la argumentación de calidad se tiene que emplear un lenguaje concreto, específico, definitivo, con términos consistentes y con un sólo significado para cada término.⁵²

En la práctica encontramos que las sentencias contienen muchos errores, pues se emiten con un automatismo irreflexivo caracterizado por su prolijidad y barroquismo, con repeticiones inútiles, obviedades, explicaciones innecesarias, extensas citas de testimonios, transcripción íntegra y literal de escritos de las partes, (que sólo aumentan la extensión de la sentencia), imprecisiones, faltas gramaticales y de ortografía, cuestiones que no permiten establecer la claridad ni precisión de las sentencias, tan es así, que cuesta trabajo entender las frases empleadas por el resolutor. Ante esas faltas, vicios y errores, se determina relevante analizar cuál es el contenido que debe estar presente en una sentencia, qué requisitos debe cumplir, pero no tanto de forma, que si bien abordamos el tema, lo que nos interesa tratar con mayor profundidad es el contenido de fondo de la sentencia.

⁵⁰ Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, Madrid, Espasa Calpe, tomo I, p. 614.

⁵¹ Bielsa Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 215.

⁵² Weston Anthony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 25 y sgtes.

3.3.4. Congruencia.

Como ya se expuso, el requisito de la congruencia se desprende del artículo 81 del CPCDF al disponer: las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones, y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado.

La congruencia significa: la identidad entre lo pedido y lo resuelto. El juez tiene la obligación de pronunciarse respecto de la pretensión del actor y de las excepciones opuestas por el demandado, así como también de sus pretensiones formuladas en la reconvencción, porque en cumplimiento al principio dispositivo que rige el proceso civil, el juzgador no puede ir más allá de lo pedido por las partes, por tanto, no tiene la posibilidad de conceder algo que no le fue solicitado, pues significaría extralimitarse en su función y ser parcial a favor de una de las partes en juicio.

Pedro Aragonese opina:

“Por congruencia ha de entenderse aquél principio normativo dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido, oportunamente por los litigantes, y en relación a los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico”.⁵³

La congruencia exige al juzgador a resolver sólo lo pedido por las partes, sin que se pueda extralimitar, por lo que tendrá que hacer un pronunciamiento sobre todas y cada una de las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, cuestión que se relaciona con la exhaustividad y se confirma con la jurisprudencia que establece:

“El principio de congruencia de las sentencias...implica la exhaustividad que debe regir en las mismas, es decir, la obligación del juzgador de decidir las controversias que se sometan a su conocimiento, tomando en cuenta todos y cada uno de los argumentos aducidos tanto en la demanda, como aquellos en que se sustenta la contestación a ésta y demás pretensiones hechas valer oportunamente en el pleito, de tal forma que se condene o absuelva al demandado, resolviendo, sobre todos y cada uno de los puntos litigiosos que hubieran sido materia del debate...”⁵⁴

⁵³ Aragonese Alonso Pedro, *Sentencias Congruentes*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 87.

⁵⁴ Jurisprudencia con número de registro 193.136. Novena Época. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, Octubre de 1999. Tesis: 1a./J. 34/99. Civil, p. 226.

Para Briseño Sierra, la congruencia es una condición impuesta, a la vez, por el derecho y la lógica. Significa la conformidad, en cuanto a la extensión, el concepto y alcance entre lo resuelto por el órgano judicial y las pretensiones que los litigantes han formulado en el juicio. La condición de la congruencia del fallo impone al juez la obligación de tener al mismo tiempo en cuenta, en el momento de la decisión, los dictados del derecho y los de la lógica.⁵⁵

De dicha definición obtenemos que la congruencia se entiende como: la identidad entre lo resuelto y lo controvertido, no nada más con la demanda, con la contestación y la reconvención, sino también se refiere a que el juzgador debe conservar la congruencia en la misma sentencia.

De lo anterior se deriva que existen dos tipos de congruencia, la interna y externa, que se explican con la Jurisprudencia que dice:

“El principio de congruencia (consistentemente respetado en materia civil), resulta igualmente utilizado y aplicado en todos los procesos judiciales y jurisdiccionales y en su esencia está referido a que las sentencias deben ser congruentes no sólo consigo mismas, sino también con la litis tal y como quedó formulada por medio de los escritos de demanda y contestación. Sostienen los jurisconsultos que hay dos clases de congruencia, la interna y la externa. La primera consiste en que la sentencia no contenga resoluciones ni afirmaciones que se contradigan entre sí o con los puntos resolutive. La congruencia externa exige que la sentencia haga ecuación con los términos de la litis...Las Salas del Fiscal de la Federación... deben observar en toda sentencia el principio de congruencia, lo cual estriba en que al resolver la controversia lo hagan atentas a lo planteado por las partes respecto de la resolución, la demanda y la contestación, sin omitir nada, ni añadir cuestiones no hechas valer por los que controvierten; además, sus sentencias no deben contener consideraciones contrarias entre sí o con los puntos resolutive”.⁵⁶

Por tanto, para que una sentencia se considere “*congruente*” tiene que serlo, tanto al resolver la litis, como consigo misma, lo que significa, por un lado, resolver la controversia en base a lo planteado por las partes, y por otro, no debe contener consideraciones contrarias entre sí o con los puntos resolutive.

La congruencia se refiere a la identidad entre lo planteado por las partes y lo resuelto por el juzgador, por esa razón, el juez tendrá que decidir punto por punto, y así plasmarlo en su sentencia. Lo anterior se relaciona con el subprincipio del

⁵⁵ Briseño Sierra, op. cit., p. 952.

⁵⁶ Jurisprudencia con número de registro 194.838. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IX, Enero de 1999. Tesis: I. 3o.A J/30. Administrativa, p. 638.

principio dispositivo, que dice: el juez no puede ir más allá de lo pedido por lo litigantes, por lo que tendrá que sujetarse a lo que se estableció como prestaciones en la demanda y a las excepciones formuladas en la contestación. Secundum allegata at probata partium, ne eat iudex ultra petita partium, cuestión que se confirma con los siguientes criterios jurisprudenciales:

“Las sentencias deben ser congruentes con la demanda, su contestación y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito.... sólo pueden ser materia de prueba los hechos a que se contrae la litis, es decir, los que son objeto del debate. De esta suerte, no es jurídicamente factible que en el fallo se tomen en cuenta hechos que, aun cuando aparezcan probados, no fueron alegados oportunamente por las partes”.⁵⁷

“El principio de congruencia previsto en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, consiste en que la autoridad resuelva sobre todas y cada una de las cuestiones oportunamente sometidas a su consideración”.⁵⁸

Si bien es cierto el juez debe sujetarse a la petición de los litigantes:

“La congruencia no impide la posibilidad de aplicar normas distintas de las alegadas por las partes, pudiendo, incluso, rectificar errores de técnica jurídica en que éstas hubieran incurrido”.⁵⁹

En consecuencia, este requisito se traduce en el deber del juzgador de pronunciar su fallo exclusivamente de acuerdo con las pretensiones, negaciones o excepciones, que en su caso hayan planteado las partes durante el juicio, por tanto, la congruencia prohíbe al juzgador resolver más allá (ultra petita partium), o fuera (extra petita), de lo pedido por las partes.

3.3.5. Exhaustividad.

Se refiere a que en la sentencia, tendrán que ser resueltos, todos los puntos controvertidos, en base al análisis de las constancias que obren en el expediente. El juzgador deberá decidir sobre las acciones y excepciones planteadas por los litigantes, por lo que en su sentencia tiene la obligación de resolver sobre la

⁵⁷ Jurisprudencia con número de registro 197.938. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VI, Agosto de 1997. Tesis: III. 1o. C.J/16. Civil, p. 628.

⁵⁸ Jurisprudencia con número de registro 184.268. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVII, Mayo de 2003. Tesis: I.6o. C.J/42. Civil, p. 1167.

⁵⁹ Rodríguez Aguilera, *La sentencia...*, p. 55.

procedencia o no de cada una de ellas, de no hacerlo así, el juez resolverá sobre una “verdad a medias”.⁶⁰

Respecto de la exhaustividad debemos considerar que el proceso civil tiene como finalidad resolver coactivamente una controversia que las partes no pudieron solucionar por la vía voluntaria, ante lo cual los órganos jurisdiccionales deben, limitar la intervención de su autoridad a los precisos términos de la disputa, pues carecen de legitimación para decidir lo que no está en controversia, por tanto, tendrán que restringirse a los extremos disputados que han sido sometidos a su conocimiento. Puede haber controversia sobre cuestiones diversas, sin embargo los tribunales nada tienen que decidir respecto de éstas, mientras no se les pida que lo hagan, de tal manera que tiene vedado resolver cuestiones que no sea materia de la litis.

De lo anterior se desprende la importancia de la “*exhaustividad*”, en el sentido de que el juzgador tiene la obligación de resolver todos los puntos litigiosos sometidos a su consideración por las partes, y limitarse exclusivamente a estos, sin que le sea permitido ampliarlos ni modificarlos, cuestión que se confirma con lo establecido en el artículo 394 del CFPC, en el aspecto de que la sentencia se ocupará sólo de las personas, cosas, acciones y excepciones materia del juicio.

Así como el artículo 81 del CPCDF, que en conducente señala que la sentencia deberá decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, si hubieren sido varios se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

Todos los requisitos de la sentencia, incluyendo la exhaustividad, están fuertemente relacionados, pues si la decisión del juzgador no es clara, no podemos afirmar que sea precisa, si tiene una gran extensión en párrafos, no es concisa, y si dejó de tratar todas las cuestiones planteadas por las partes, no es exhaustiva, lo que significa, su falta de claridad y precisión. Por tanto, la sentencia tiene que ser clara, y que no haya duda ni confusión en lo expresado en ella, precisa; porque se refiere de manera exclusiva a lo planteado por las partes y sus conceptos son exactos, concisa; por tener la brevedad indispensable, exhaustiva; por referirse y resolver todos los puntos cuestionados objeto del debate y congruente; por resolver sólo las pretensiones de los promoventes.

3.3.6. Decisiva.

Este requisito está íntimamente relacionado con la exhaustividad, y se desprende del artículo 81 citado, debido a que impone al juzgador la obligación de que en la sentencia se tienen que resolver todos los puntos litigiosos objeto del debate, cuestión que se refiere a que el juez tiene que emitir su resolución

⁶⁰ Arellano García, op. cit., p. 402.

respecto de la controversia sometida a su conocimiento, en cuanto a cada una de las cuestiones que plantearon los litigantes.

Al respecto De Pina y Castillo, opinan:

“Las sentencias civiles sólo pueden decidir sobre los puntos sujetos a debate, pero no pueden dejar de decidir sobre todos y cada uno de ellos”.⁶¹

También se corresponde con el artículo 83 del CPCDF, pues los jueces no podrán aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito, lo que significa, que tienen la obligación de dar una decisión respecto del asunto planteado por las partes, traducida en la sentencia que resuelve dicho juicio.

3.3.7. Motivación.

Describe Taruffo que la motivación no constituye el fruto de una elaboración jurídico política, sino que debe considerarse como un resultado autónomo y original de la ideología democrática de la justicia que emerge en el ámbito de la Revolución Francesa misma, pues la ausencia de la motivación constituye el trámite esencial del ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces, así la motivación era concebida, por los legisladores revolucionarios franceses, esencialmente como el momento fundamental de la garantía de legalidad de la decisión, en una situación histórica en la cual era evidente la clara connotación política del mismo principio de legalidad.⁶²

“En Francia, el principio de la obligatoriedad de la motivación se establece por primera ocasión en el artículo 15, tít. V, de la ley de 16-24 de agosto de 1790, sobre la organización judicial, y después se afirma en el artículo 208 de la Constitución del año III”.⁶³

La obligación de motivar los juicios impuesta por el movimiento francés citado se dirigía a someter a los jueces, demasiado independientes, a la voluntad de la nación, con la finalidad de garantizar la obediencia de los jueces a la ley, por tal razón Perelman afirma:

“El poder de juzgar será simplemente el de aplicar el texto de la ley a las situaciones particulares, en virtud de una decisión

⁶¹ De Pina y Castillo, op. cit., p. 327.

⁶² Ibid, p. 305

⁶³ Taruffo Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. Lorenzo Córdova Vianello, México, TEPJF, 2006, p. 304.

correcta y sin recurrir a interpretaciones que pongan en peligro de deformación la voluntad del legislador”.⁶⁴

Desde ese punto de vista, la motivación aparece como un medio para controlar el ejercicio del poder. Que los jueces motiven sus resoluciones significa: exponer razones del porqué deciden un asunto en la forma en que lo hicieron, y también es una manifestación del principio de publicidad del proceso, en el sentido de que las partes conocen esas razones.

Al consultar la obra de Felipe Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México*, un antecedente previo al artículo 16 de la Constitución del 1857 relacionado con el tema que nos ocupa, es el artículo 28 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, promulgado en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814, que si bien es cierto no hace referencia directa a la motivación, si expresa un propósito esencial al señalar: “Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley”, por tanto, podemos afirmar que es un antecedente de la motivación.

Con posterioridad, en el artículo 16 de la Constitución de 1857 y en la del 1917, también encontramos la exigencia de justificar racionalmente los actos de autoridad (entre los que están las sentencias) que implique alguna molestia para los particulares, mediante los actos de fundar y motivar la causa legal del procedimiento.

Para Ovalle Favela:

“La motivación de los actos de autoridad es una exigencia esencial para tratar de establecer sobre bases objetivas la racionalidad y la legalidad de aquéllos; para procurar eliminar, en la medida de lo posible, la subjetividad y la arbitrariedad de las decisiones de autoridad; para permitir a los afectados impugnar los razonamientos de éstas y el órgano que debe resolver la impugnación, determinar si son fundados los motivos de inconformidad”.⁶⁵

La motivación según Becerra Bautista:

“Es análisis de los hechos controvertidos con base en la valoración de las pruebas y a la luz de las disposiciones legales aplicables, así como la solución que a esos problemas jurídicos se dé. La aplicación de la norma abstracta a las situaciones de hecho es lo que constituye la motivación de una sentencia”.⁶⁶

⁶⁴ Perelman Ch, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988, p. 28-29.

⁶⁵ Ovalle Favela José, *Garantías constitucionales del proceso*, México, McGraw-Hill, 1995, p. 190.

⁶⁶ Becerra Bautista, op. cit., p. 183.

Máximo Castro indica que la motivación es:

“Una garantía real y eficaz para los litigantes y una necesidad para el pueblo, pues es uno de los medios de evitar la arbitrariedad”.⁶⁷

En este mismo sentido Prieto Castro comenta que el objetivo de la motivación es mantener la confianza de los ciudadanos en la justicia y al mismo tiempo facilitar la fiscalización por el tribunal superior en la vía de las instancias y recursos extraordinarios.⁶⁸

“La motivación constituye prácticamente un obstáculo casi insuperable opuesto al arbitrariedad judicial”.⁶⁹

Es innegable su necesidad que, en la práctica, se cuida con celo por ser una exigencia fundada en el artículo 14 constitucional que establece que en los juicios de orden civil, la sentencia definitiva será conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y que a falta de ésta, se apoyará en los principios generales del derecho, aunque si bien es cierto, no hace referencia a la “motivación”, también lo es que las sentencias tendrán que motivarse, por exigencia derivada del artículo 16 de dicho ordenamiento legal, por entenderse “la sentencia” como un mandamiento escrito de la autoridad. Por todo lo anterior,

“La motivación constituye el signo más importante y típico de la “racionalización” de la función jurisdiccional”.⁷⁰

Desde la perspectiva de los artículos constitucionales citados, la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, expresa un carácter vinculativo entre la ley que se aplica en el dictado de la sentencia y el reconocimiento constitucional de los principios de legalidad y seguridad jurídica. Podemos también agregar la relación con la independencia judicial, debido a que, si la función jurisdiccional se ejerce por jueces independientes que sólo se someten al imperio de la ley, es a través de la motivación de la sentencia, la manera de exponer ese imperio legal.

La motivación se debe contemplar desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la cual se presenta con tres características: 1) como acceso a la jurisdicción (actividad de los tribunales). 2) el derecho de audiencia y de defensa y 3) el derecho a obtener una resolución fundada en la ley. La pretensión de motivación la colocamos dentro del tercer punto, porque es aquí en donde se requiere que la sentencia esté fundada en leyes vigentes para evitar la arbitrariedad y así privilegiar la supremacía de la ley.

⁶⁷ Castro Máximo, *Curso de procedimientos civiles*, Buenos Aires, Albatros, Tomo II, p. 141.

⁶⁸ Prieto Castro Leonardo, *Exposición del Derecho procesal civil de España*, Zaragoza, Librería General, Tomo I, p. 183.

⁶⁹ De Pina y Castillo, op. cit., p. 327.

⁷⁰ Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, Buenos Aires, Ejea, 1960, p. 115.

La motivación también se relaciona con la garantía de defensa, por ser un elemento de control, pues al no estar de acuerdo con la sentencia de primera instancia, se tiene la posibilidad de recurrir al Tribunal de Alzada para que realice un nuevo examen de la resolución impugnada por vía de los recursos.

La Segunda Sala de la SCJN, ha determinado cómo debe entenderse la exigencia de motivación prevista en el artículo 16 constitucional y afirma que:

“Consiste en el razonamiento, contenido en el texto mismo del acto autoritario, según el cual quien lo emitió llegó a la conclusión de que el acto concreto al cual se dirige se ajusta exactamente a las prevenciones de determinados preceptos legales. Por lo que motivar un acto es externar las consideraciones de hecho que se formuló la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal”.⁷¹

Por otro lado, resulta interesante apreciar, que la motivación tiene otra función; la de permitir al afectado por el acto de autoridad motivado, conocer las razones que la autoridad tuvo para emitir el acto para poderse defender y hacer valer los medios de impugnación que considere pertinentes, cuestión que se deriva de la parte final de la tesis 802.676, que en lo conducente dice:

“Además, la exigencia de la motivación tiene por objeto dar, al que resulte afectado, la oportunidad de conocer las razones que la autoridad tuvo en cuenta para producir el acto respectivo a fin de que esté en actitud de defenderse, por lo que no puede admitirse que tal objetivo resulte satisfecho por la circunstancia de que, previamente al dictado del acuerdo correspondiente, se hayan invocado motivos que el afectado, ajeno a la solicitud relativa, desconoce”.⁷²

De este criterio se deriva otra característica de la motivación, que se relaciona con la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, pues si se expresan las razones que tuvo el órgano jurisdiccional para resolver, se llega a comprender la sentencia para no hablar mal de los jueces.

“Aun a nosotros, los abogados, nos puede ocurrir que en la motivación de la sentencia que nos es contraria encontremos razonamientos del juzgador, en los cuales no habíamos reflexionado con anterioridad, y que nos permiten conocer el error de la tesis que sostuvimos primeramente, y hecho de haber perdido con justicia un litigio puede llegar a tener para nosotros

⁷¹ Jurisprudencia con número de registro 237.716. Séptima Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación 151-156 Tercera Parte. Materia Común, p. 225.

⁷² Tesis con número de registro 802.676. Sexta Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación Tercera Parte, LV. Materia Constitucional, p. 30.

casi el mismo efecto tranquilizador que nos produciría llegar a alcanzar la razón cuando se tiene el convencimiento de tenerla”.⁷³

La motivación no sólo se centra en el razonamiento de los hechos, ni tampoco en la oportunidad que tiene el afectado para defenderse, sino también en el análisis y valoración de las pruebas, y en la exigencia de que el juzgador analice y valore razonadamente cada uno de los medios de prueba, para determinar si quedaron probadas las hipótesis de hecho, tal como lo interpreta la SCJN al establecer:

“Es obligación de los tribunales de instancia analizar razonadamente todas y cada una de las pruebas que puedan influir en la condena del acusado, por lo que resulta violatoria de garantías la sentencia que en perjuicio del reo deja de considerar una o varias de las que podían favorecerle”.⁷⁴

De lo anterior podemos afirmar que para la Corte, la motivación consiste en los razonamientos por los cuales concluye: que los hechos y las pruebas que consideró para realizar el acto de molestia son ciertos y son los previstos en el precepto legal que utiliza como fundamento.

La motivación se exige con la finalidad de asegurar que las partes conozcan las razones de hecho y derecho que justifican la decisión, para evitar la arbitrariedad y dar posibilidad de impugnación. De esto se desprende que la motivación actúa como un control hacia el juez y que las partes pueden impugnar para que un superior realice un nuevo examen del caso planteado y verifiquen si fue correcta o no la motivación realizada por el inferior.

3.3.8. Fundamentación.

La fundamentación en nuestro derecho se refiere a que en la sentencia se tiene la obligación de anotar los preceptos legales que regulen el hecho materia del asunto planteado y sus consecuencias jurídicas.

Esta explicación se deriva de distintas jurisprudencias que más adelante se detallan, sin embargo, es necesario considerar que la fuerte relación que existe entre motivar y fundar, ya que así lo exige el artículo 16 constitucional, al referirse a que el mandamiento escrito de la autoridad tiene que ser fundado y motivado, razón por la cual, pasamos a explicar dicha correspondencia.

⁷³ Calamandrei, op. cit., p. 117.

⁷⁴ Jurisprudencia con número de registro 390.144. Sexta Época. Primera Sala. Apéndice de 1995. Tomo II, Parte SCJN. Materia Penal, tesis 275, p. 154.

3.3.9. La motivación y fundamentación. Su vinculación.

Motivar y fundar, es expresar el motivo de hecho y el derecho que se aplica:

“el primero consiste en cerciorarse de que tal hecho ha existido en un determinado lugar y en tiempo cierto. El segundo consiste en asegurarse que la ley contiene una disposición de esta o aquella naturaleza, aplicable al hecho individual”.⁷⁵

En la Jurisprudencia encontramos que la Segunda Sala de la SCJN, ha emitido su propia definición de fundar y motivar, al establecer:

“De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”.⁷⁶

De la cual podemos anotar que una adecuada y suficiente fundamentación y motivación, consisten en precisar la ley y el precepto de la misma aplicable, así como las razones que justifican la toma de la decisión. Es aquí donde el juzgador tendrá que explicar el porqué, son aplicables los preceptos legales a las conductas, hechos o acontecimientos que se presentaron entre las partes, que se adecuan a los supuestos regulados en la ley, lo que se ha llamado “hipótesis normativa”.

“...La garantía de legalidad y, concretamente, la parte relativa a la debida fundamentación y motivación, se cumple: a) Con la existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad para actuar en determinado sentido y, asimismo, mediante el despliegue de la actuación de esa misma autoridad en la forma precisa y exacta en que lo disponga la ley, es decir, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta desarrollada; y b) Con la existencia constatada de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicar la

⁷⁵ Bentham Jeremy, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, Ejea, 1971, vol. I, p. 26.

⁷⁶ Jurisprudencia con número de registro 917.738. Séptima Época. Segunda Sala. Apéndice 2000. Tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN. Materia Común. Tesis 204, p. 225.

norma correspondiente y, consecuentemente, que justifique con plenitud el que la autoridad haya actuado en determinado sentido y no en otro. A través de la primera premisa, se dará cumplimiento a la garantía de debida fundamentación y, mediante la observancia de la segunda, a la de debida motivación”.⁷⁷

Asimismo se exige como parte de la fundamentación, que la autoridad determine su competencia para dictar sus actos, tal como se desprende de la Contradicción de tesis que establece:

“Haciendo una interpretación armónica de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales, se advierte que los actos de molestia y privación deben, entre otros requisitos, ser emitidos por autoridad competente y cumplir las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello esté facultado expresándose, como parte de las formalidades esenciales, el carácter con que se suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que otorgue tal legitimación”.⁷⁸

A la fundamentación exigida en las sentencias se le conoce también como la garantía de la “debida fundamentación legal”, y se cumple con el hecho de que la resolución encuentre su fundamento en la ley, aunque no se invoquen expresamente los preceptos que la sustenten, criterio que emiten los tribunales colegiados al disponer:

“La sentencia se encuentra debidamente fundada y motivada, aun cuando el tribunal de segundo grado no haya citado todos los preceptos legales que le sirvieron de apoyo, pues esta omisión no obsta para que se estime cumplida la garantía de debida fundamentación legal, dado que en asuntos del orden civil, dicha garantía se satisface con el hecho de que la resolución encuentre su fundamento en la ley, aunque no se invoquen expresamente los preceptos que la sustenten”.⁷⁹

No estamos de acuerdo con dicho criterio debido a que parece que existe una contradicción, como ya quedó asentado, la fundamentación es la cita de los preceptos legales, y con la tesis de referencia, no se exige la invocación de las normas aplicables, sino simplemente que se encuentre fundado en la ley, pero, el

⁷⁷ Jurisprudencia con número de registro 920.185. Novena Época. Pleno. Apéndice (actualización 2001) I, Jur. Acciones de Inconstitucionalidad y C.C. Materia Constitucional. Tesis 90, p. 93.

⁷⁸ Jurisprudencia con número de registro 917,638. Octava Época. Pleno. Apéndice 2000. Tomo VI, Común, Jurisprudencia SCJN. Materia Común. Tesis 104, p. 82.

⁷⁹ Jurisprudencia con número de registro 220978. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo VIII, Diciembre de 1991. Materia Civil. Tesis I.5o.C. J/18, p. 136.

problema radica en ¿qué debemos entender por “fundado en la ley”? la autoridad al dictar su resolución podría decir: con fundamento en el CC, se determina tal cuestión, lo que sería muy ambiguo y falto de claridad, pues al particular lo que le interesa es conocer el artículo exacto en el que se funda la decisión, para estar en posibilidad de impugnarla, por tanto, concluimos que la autoridad, para cumplir con la garantía de la debida fundamentación legal, tendrá que precisar el artículo aplicable al asunto que resuelve, por tal razón Ovalle opina:

“El deber de fundar y motivar viene impuesto no sólo para que las partes puedan hacer valer sus derechos, sino también, y sobre todo, para acreditar en el acto mismo de molestia su legalidad y racionalidad; y como garantía de sujeción al imperio de la ley”.⁸⁰

Al aplicarse la tesis anterior la misma Corte se contradice, pues como ya lo hemos señalado en un primer momento ese tribunal sostiene que las sentencias se deben fundar, lo que significa: señalar el artículo aplicable y en un segundo momento afirma que basta con que se encuentre fundado en la ley, sin anotar los artículos, por tanto, en una cuestión tan clara, como es el deber que tienen los tribunales de expresar los preceptos aplicables, parece que existe contradicción al no dar uniformidad a sus criterios, en ese tenor consideramos que en todas las resoluciones se deben anotar las normas aplicables al asunto, por ser obligación constitucional de los juzgadores, tan es así que los propios Tribunales Colegiados para fundar y motivar una resolución sostienen en su jurisprudencia:

“...Es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción”.⁸¹

Otra situación a considerar es el error en que incurren los juzgadores, consistente en la indebida motivación y fundamentación.

La falta de fundamentación reside en que en la resolución no se encuentra ninguna norma que sustente la determinación ni las razones jurídicas que sirvieron para emitirla y la indebida motivación, radica en que se establecieron los artículos para dictar la sentencia, sin embargo no son aplicables o bien los razonamientos hechos valer no tienen ninguna relación con los preceptos jurídicos señalados, cuestión que se confirma con la jurisprudencia que establece:

⁸⁰ Ovalle Favela, op. cit., p. 197.

⁸¹ Jurisprudencia con número de registro 175.082. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, Mayo de 2006. Materia Común. Tesis I.4o.A. J/43, p. 1531.

“Debe distinguirse entre la falta y la indebida fundamentación y motivación; toda vez que por lo primero se entiende la ausencia total de la cita de la norma en que se apoya una resolución y de las circunstancias especiales o razones particulares que se tuvieron en cuenta para su emisión; mientras que la diversa hipótesis se actualiza cuando en la sentencia o acto se citan preceptos legales, pero no son aplicables al caso concreto y se exponen las razones que la autoridad tuvo para dictar la resolución, pero no corresponden al caso específico, objeto de decisión, o bien, cuando no existe adecuación entre los motivos invocados en el acto de autoridad y las normas aplicables a éste”.⁸²

A la falta de motivación y fundamentación se le conoce como una violación formal al artículo 16 de la Carta Magna ya que se omite anotar, tanto el precepto legal aplicable, como exponer las razones que justifican la subsunción de los hechos en la hipótesis prevista en la norma legal aplicable. Por otra parte, la indebida o incorrecta fundamentación y motivación constituye una violación material o de fondo, por tratarse de la cita preceptos o explicación de las razones incorrectas.

Situación que se desprende de la jurisprudencia que en lo conducente establece:

“...De manera que la falta de fundamentación y motivación significa la carencia o ausencia de tales requisitos, mientras que la indebida o incorrecta fundamentación y motivación entraña la presencia de ambos requisitos constitucionales, pero con un desajuste entre la aplicación de normas y los razonamientos formulados por la autoridad con el caso concreto. La diferencia apuntada permite advertir que en el primer supuesto se trata de una violación formal dado que el acto de autoridad carece de elementos ínsitos, connaturales, al mismo por virtud de un imperativo constitucional, por lo que, advertida su ausencia mediante la simple lectura del acto reclamado, procederá conceder el amparo solicitado; y en el segundo caso consiste en una violación material o de fondo porque se ha cumplido con la forma mediante la expresión de fundamentos y motivos, pero unos y otros son incorrectos”.⁸³

⁸² Jurisprudencia con número de registro 173.565. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Enero de 2007. Materia Común. Tesis I.6o.C. J/52, p. 2127.

⁸³ Jurisprudencia con número de registro 170.307. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Febrero de 2008. Materia Común. Tesis: I.3o.C. J/47, p. 1964.

De lo expuesto afirmamos:

- a) El deber de motivar y fundar la sentencia consiste en la exigencia para el juzgador de precisar los hechos en que basa su decisión, en realizar un análisis de las pruebas practicadas en el proceso, en determinar los preceptos jurídicos aplicables y en desarrollar los razonamientos jurídicos tendientes a explicar el porqué de su decisión.
- b) La obligación de fundar y motivar la resolución, está a cargo del juez, por ser un imperativo establecido por los artículos 14 párrafo cuarto y 16 primer párrafo, constitucionales.⁸⁴

La garantía de fundamentación consiste en el deber de las autoridades de precisar en qué disposiciones jurídicas se basan para resolver un asunto y la motivación consiste en exponer con exactitud los razonamientos que demuestren la aplicabilidad de dichas disposiciones y que no basta anotar las consideraciones jurídicas, sino establecer los preceptos aplicables en los que se funde la resolución judicial.

La fundamentación y motivación de las resoluciones se han establecido de manera rígida, exigiéndose no sólo la cita de los preceptos legales sino también la adecuación de los mismos al caso concreto, así como, en caso de existir; la mención detallada de los incisos, subincisos y fracciones de los mismos, y aún más; anotar los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia y facultades a las autoridades para emitir el acto en agravio del gobernado.

Ejemplo de esta tendencia es el criterio que establece:

“Para poder considerar un acto autoritario como correctamente fundado, es necesario que en él se citen: A) Los cuerpos legales y preceptos que se están aplicando al caso concreto,... precisándose los incisos, subincisos y fracciones. B) Los cuerpos legales y preceptos que otorgan competencia o facultades a las autoridades...”⁸⁵

Por tanto, la fundamentación y la motivación de una sentencia siempre van vinculadas entre sí y con los requisitos de exhaustividad, claridad, precisión, y congruencia, por eso, para considerar que una sentencia fue bien dictada, conforme a la ley, tendrá que contener los preceptos de donde se desprenda la competencia del juzgador que la dictó, los artículos aplicables, tanto de fondo y forma, resolver todos los puntos objeto del debate, decidir la absolución o la condena de ambas partes (para el caso de que haya reconvencción), un análisis de las pruebas aportadas y contener los motivos que llevaron al juzgador a resolver en

⁸⁴ Góngora Pimentel Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, México, Porrúa, 1992, p. 449.

⁸⁵ Tesis con número de registro 249.484. 920.185. Séptima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 175-180 Sexta Parte. Materia Común, p. 98.

la forma en que lo hizo.

La fundamentación y la motivación son elementos que concurren necesariamente en una sentencia, por ser complementarios y dependientes, si faltan en el contenido de la resolución, el acto es violatorio del artículo 16 constitucional, de ahí que:

“La fundamentación sin motivación es insuficiente y la motivación a su vez, requiere como presupuesto y elemento esencial de la cita de fundamentos”.⁸⁶

Al respecto opina Marroquín Zaleta:

“La regla fundamental para determinar el contenido formal de una sentencia es esta: Las sentencias deben contener exclusivamente lo que sea *jurídicamente necesario, ni más ni menos*”.⁸⁷

Por eso, para estar en la posibilidad de afirmar que una sentencia se encuentra apegada a derecho, el resolutor tendrá que dar a conocer a las partes la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron la forma en que se decidió el asunto, para que los litigantes puedan cuestionar el fallo y defenderse mediante el recurso correspondiente.

⁸⁶ Rojas Caballero Alberto, *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2009, p. 348.

⁸⁷ Marroquín Zaleta Jaime Manuel, *Técnica para elaboración de sentencia de amparo directo*, México, Porrúa, 2009, p. 227.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA PARA DICTAR UNA SENTENCIA.

“El método...no provee recetas infalibles para encontrar la verdad”.
Mario Bunge.

Introducción:

Sabemos que la función judicial, dentro de la división de poderes, tiene la tarea de la aplicación del derecho, que se traduce en dictar el fallo, que es la función principal del juez. Actividad relevante dentro del sistema, pues en la forma en que se resuelvan los conflictos, va a permitir la paz social y la armonía de los gobernados, ante eso, las decisiones de los jueces tienen que dictarse de la mejor manera posible: bien motivadas y fundadas.

La idea de este capítulo es buscar o determinar los criterios para juzgar la solidez, validez, convicción o fuerza de los argumentos que son usados por los jueces, pero también cómo se van a conseguir esas características, qué elementos son necesarios para llegar a una argumentación de excelencia, o mínimo clara y precisa, de tal manera que el gobernado quede conforme con la justificación del juzgador y así darle la seguridad jurídica, tan anhelada.

La justificación requiere que el Juez haya observado todos los datos que tiene en el expediente, los acontecimientos narrados por las partes, las pruebas aportadas y de esta forma podrá identificar los criterios que va a usar para decidir las pretensiones de las partes.

Para lograr estos requisitos legales los jueces tienen que utilizar una técnica o un método en el dictado de sus sentencias, de manera que estas adquieran una fuerza que permita confiar en ellas y así que los gobernados tener la seguridad de saber que los jueces dictan la solución de los casos de manera pulcra y apegados a derecho, ante ello surge la cuestión de determinar cuál es la mejor técnica en la resolución de un caso jurídico, tanto de forma como de fondo.

Esa situación nos lleva a hacernos las siguientes preguntas; ¿cómo elaboran los jueces sus fallos?, ¿cuáles son las reglas y directrices que se imponen a los jueces? y qué elementos pueden utilizar al dictar su sentencia?.

Para dar respuesta a estos cuestionamientos, vamos a analizar la opinión de distintos autores y después, dar la nuestra, y así llegar al objetivo de la tesis: establecer un método para que los jueces mejoren sus sentencias.

Estamos conscientes que el análisis a realizar constituye un modesto esfuerzo de reflexión teórica, que sólo pretende exponer lo que hemos observado en la práctica de los tribunales. La idea de la tesis es buscar un método jurídico más apropiado para mejorar las decisiones judiciales.

Lo primero por desarrollar es la correspondiente al “caso”, qué vamos a entender por ese cuestionamiento, controversia, conflicto, litigio, problema, para después dedicarnos al análisis de los modelos para solucionarlo.

1. El caso.

A lo largo de este trabajo hemos hecho referencia al “caso”, y lo tratamos como algo evidente, porque estamos familiarizados con el significado, y lo vemos de forma constante y común, no obstante consideramos pertinente explicar este concepto, Zagreblesky, opina:

“El caso, para el juez y para la ciencia jurídica, es esencialmente un acontecimiento problemático que plantea la cuestión de cómo responder al mismo, de cómo resolverlo en términos jurídicos”.⁸⁸

Para el derecho, el “caso”, es un suceso histórico, son los hechos, causa de un problema, que se presenta entre dos personas o más, que al no poder resolverlo por sí mismas, lo tienen que presentar ante los órganos jurisdiccionales para que éstos lo resuelvan, en términos jurídicos.

Existe una cuestión en el ámbito jurídico que requiere solución, lo primero por hacer es “comprender el problema”, o sea entenderlo, ubicarlo, determinar su punto clave, sentirlo, para después buscar su solución, y sobre todo qué norma es aplicable para solucionarlo.

En base a lo que se capte de ese acontecimiento, se puede empezar a dirigir la búsqueda de las respuestas al mismo, que puede ser en distintas direcciones. Por ejemplo: la compraventa de órganos, puede verse, como un comercio o bien como acto de ayuda a las partes, yo me favorezco con tu hígado y tú recibes apoyo económico: la determinación de una tutela, puede verse como negocio o como apoyo al pupilo, si la señora de 80 años tiene dinero, quien solicita su tutela, lo hace: para ayudarla desinteresadamente o para obtener provecho económico.

El caso se podrá resolver con los elementos que se tengan, pero no podemos descartar que más adelante se pudieran conseguir mejores aproximaciones conceptuales para resolverlo de otra manera, debido a esta cuestión es por lo que surgen los cambios de criterio y la jurisprudencia por contradicción de tesis. Al respecto Mario Bunge señala:

⁸⁸ Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009, 9º ed. p. 136.

“El conocimiento fáctico, aunque racional, es esencialmente probable... Las ciencias formales demuestran o prueban; las ciencias fácticas verifican (confirman o disconfirman) hipótesis que en su mayoría son provisionales”.⁸⁹

1.1. Casos fáciles.

La justificación interna y externa, se relaciona con los llamados “casos fáciles o difíciles”, y para distinguir unos de otros, existen múltiples debates y criterios de distinción. También son llamados “casos claros y casos oscuros”⁹⁰ o bien “casos ordinarios o extraordinarios”.⁹¹

Los “casos fáciles” son aquellos en los cuales la solución se obtiene mediante el argumento deductivo *modus ponens*, que ya hemos referido: la premisa mayor es la norma a aplicar, la premisa menor son los hechos y la conclusión se obtiene a través de la subsunción, que consiste en la adecuación de los hechos en las normas, o también porque la solución ya está prevista en la norma, por ejemplo:

El matrimonio de una persona menor de edad es nulo, sin embargo, conforme al artículo 237 del CC, deja de serlo, si los contrayentes llegan a los dieciocho años y ninguno intenta la nulidad.

El divorcio se decreta sólo con la manifestación de no querer continuar con el matrimonio. Art. 266 del CC.

Existe concubinato cuando se tiene un hijo en común. Art. 291-Bis de ese ordenamiento legal.

En estos supuestos no se tiene duda de la solución a tomar, ya que esta proporcionada por la propia legislación.

Por lo tanto, por “caso fácil o rutinario” se entiende aquella controversia que no presenta dificultad en encontrar la solución y se resuelve mediante el silogismo judicial:

“En ellos la decisión se infiere de una norma jurídica establecida conjuntamente con la descripción del caso”.⁹²

⁸⁹ Bunge Mario, *La ciencia, su método y filosofía*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1973, p. 16.

⁹⁰ Andrés Ibañez Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2007, p. 16.

⁹¹ Brandi de Portorrico Sandra T, *Aproximaciones a la moral y el derecho*, Buenos Aires, Chilavert, 2007, p. 117.

⁹² Peczenik Aleksander, *Derecho y razón*, México, Fontamara, 2003, p. 12.

Son los asuntos en los que el operador jurídico (juez), no tiene ningún problema para encontrar la solución, pues por un lado conoce la solución del asunto del caso debido a que se le presentan en forma reiterada, y por otro no tiene duda de la norma jurídica que va a aplicar, por esto se afirma que la decisión es literalmente la aplicación de la ley.⁹³

Los casos rutinarios forman parte de la vida cotidiana de los juzgados y presentan poco interés, sin embargo, no se deben subestimar por ser parte de la vida en sociedad. Las decisiones rutinarias, no exigen cuestiones de discrecionalidad, prudencia o arbitrio judicial, sino son mecánicas, el juez está acostumbrado a resolver ese tipo de asuntos de acuerdo con la letra de la ley, por ejemplo la falta de pago de rentas produce la rescisión del contrato y como consecuencia la desocupación y entrega del inmueble arrendado.

1.2. Casos difíciles.

Los casos “difíciles” tienen la característica de que no se pueden resolver únicamente con el razonamiento deductivo, sino que se tienen que utilizar otros tipos de razonamientos. Al respecto Dworkin indica:

“En el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez –de acuerdo con esa teoría- tiene “discreción” para decidir el caso en uno y otro sentido”.⁹⁴

Según Dworkin un caso es difícil si existe incerteza, esto es, la existencia de varias normas que pueden dar como resultado sentencias distintas, o sea normas contradictorias, además puede suceder que no existan normas exactamente aplicables, lo que permite que el caso se resuelva mediante la discreción judicial.

Para Atienza, los casos difíciles son aquellos en que se producen discrepancias en la formulación de las premisas, pero esto puede suceder por varias cuestiones: como consecuencia de apreciar de manera diferente los elementos probatorios, por una interpretación diferente de las normas aplicables o por un desacuerdo respecto de cuáles son las normas aplicables al caso.⁹⁵ Por tal razón afirma que en esos supuestos se exigen nuevas argumentaciones que pueden ser o no deductivas, debido a que se necesitan establecer la premisa fáctica o la premisa normativa.

⁹³ Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid, CEC, 1991, p. 23.

⁹⁴ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 146.

⁹⁵ Atienza Manuel, *Tras la justicia...*, op. cit., p. 24.

En opinión de Atienza⁹⁶ un caso puede ser “*difícil*”, al menos por:

- a) Existen dudas sobre la norma a aplicar. Problemas normativos.
- b) Existen dudas sobre la terminología. Problemas de interpretación.
- c) Existen dudas sobre si el problema ha tenido lugar. Problemas de prueba.
- d) Existen dudas sobre si x es un supuesto de X. Problemas de calificación.

Al existir dentro de un “*caso*” por resolver, cualquiera de esos problemas, que se refieren a la ambigüedad, vaguedad y pluralidad normativa, dificultades fácticas, por haber dudas sobre la existencia de un hecho, o tiene más de una solución, o bien, las soluciones son incompatibles entre sí, o es un caso no previsto o casos que plantean problemas nuevos, en estos dos últimos supuestos no hay una norma establecida que sirva para dictar una decisión, podemos afirmar que es un caso difícil, y eso significa que no tiene una solución sencilla, que para llegar a la decisión, fue intrincado el camino, desde su planteamiento y exposición. Un asunto difícil no cae dentro de la jurisdicción de la lógica, sino que se requieren de otras formas de argumentación.

La solución en los casos “*fáciles*” se llega por medios más sencillos o bien que necesita menos práctica o menos conocimientos.

“Ciertamente, a mayor simplicidad del caso el abanico de las opciones posibles será tanto menor, incluso con frecuencia, las pautas de comportamiento del operador estarán “cantadas”.⁹⁷

En este tipo de asunto, la sentencia que se dicte es predecible, por la facilidad en su solución. En cambio en los casos más complejos el razonamiento jurisdiccional tiene que allegarse de más elementos para resolver el supuesto que se presenta, por lo que requiere de:

“Un sujeto experimentado, dotado de imaginación y de excelente memoria, ante un caso difícil, se moverá en un horizonte de posibilidades de mayor amplitud y previsiblemente más fructífero que el que no goce de tales condiciones iniciales”.⁹⁸

Ante los casos difíciles se requiere de jueces con experiencia, con años en la elaboración de sentencias, estudiosos y críticos, que revisen y analicen las resoluciones de las Salas y las de amparo así como la jurisprudencia, porque eso les va a permitir adquirir mayores conocimientos, que incidan en mejores decisiones.

Alchurrón y Bulygin también hacen referencia a este tipo de problemática pero lo enfocan como las dificultades que atañen a la dificultad del derecho, pero es

⁹⁶ Atienza Manuel, *Para una teoría de la argumentación jurídica*, Alicante Doxa, núm. 8, 1990, p. 53.

⁹⁷ Ibañez, op. cit., p. 127.

⁹⁸ Loc. cit.

aplicable a la dificultad de los caos y manifiestan que la solución de los conflictos, es sin duda, uno de los principales fines del derecho, pero no es tan fácil dar esa solución, debido a que en contra de la efectividad del derecho -como un sistema de normas generales- para la solución de los conflictos de intereses se pueden presentar dificultades entre las que están: “A) duda o ignorancia acerca de la solución que corresponde a un caso individual, y B) incumplimiento o transgresión de las normas”⁹⁹.

Respecto de la situación A) estos autores cometen que se puede deber por la falta de conocimiento acerca de la calificación normativa de una conducta determinada (en un caso dado), por lo que se plantea un problema de conocimiento.

La falta de conocimiento, por duda o ignorancia del status jurídico de una conducta puede ser originada por un defecto del sistema, sea por ausencia de una solución (caso de laguna normativa) o en la existencia de varias soluciones incompatibles (caso de incoherencia), en estos supuestos, se ignora la solución, sea porque no la hay de manera clara en la normatividad existente o no hay una solución unívoca.

En caso de B) el individuo que resuelve transgrede, voluntaria o involuntariamente las normas del sistema, pues no cumple con su obligación de acatarse al sistema o bien realiza un acto prohibido, no cumple con lo estipulado en las reglas para dictar sentencia.

De acuerdo con tales autores podemos afirmar que un caso es difícil, cuando se presenta: falta de conocimiento del juez, por existir defectos del sistema que pueden consistir en ausencia de solución (lagunas), soluciones incompatibles (incoherencia), o bien por la falta de información fáctica o de indeterminación semántica.

Se considera que un caso es difícil cuando su solución presenta problemas de interpretación, discrecionalidad o arbitrio, y no fácilmente se encuentran los argumentos para darle respuesta, también se pueden tener problemas para realizar una debida valoración de los elementos probatorios o bien se tenga problemática para establecer los hechos, o las normas aplicables al caso.

Hay casos en que existen dos o más normas de la misma ley o código, que *prime facie* se aplican al supuesto a resolver, en este supuesto, el juez realiza valoraciones, pero no del tipo subjetivo sino que él mismo las tiene que hacer tomando como base las directrices que le marca el orden jurídico.

⁹⁹ Alchourrón Carlos E. y Bulygin Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 202.

Pablo Navarro¹⁰⁰ señala; “un caso C es considerado difícil si:

- a) No hay una respuesta correcta a C.
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.
- c) El derecho es incompleto o inconsistente
- d) No hay consenso a cerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.
- e) C no es una caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
- h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales.

Para la solución de un “caso difícil” es necesaria una ponderación que permita justificar un argumento que no esté dentro del texto legal y Peczenik proporciona el siguiente método:

“La decisión se sigue de un conjunto de enunciados formado por la norma jurídica en cuestión, interpretada literalmente o modificada, la descripción del caso y una premisa adicional razonable (pero no indubitable). Si la disposición jurídica da lugar a casos difíciles, tiene un carácter provisional, *prima facie*”.¹⁰¹

Y concluye:

“En casos extremadamente difíciles, la ponderación conduce a una interpretación *contra legem*”.¹⁰²

Aunque no estamos de acuerdo con esa afirmación, no necesariamente para resolver un caso difícil se tiene que ir contra la ley, sino que es más complicado encontrar la solución al asunto, pues se tiene que recurrir a todo el sistema jurídico, (que es difícil dominarlo), para encontrar la solución y realizar nuevas interpretaciones, valoraciones de principios y todo lo que esté al alcance del juzgador, pero nunca fuera del texto legal.

Si bien es cierto que para la solución de un caso difícil se requiere ponderar, eso no significa que se tiene que apartar del texto de la ley, pues la ponderación puede darse en base a la interpretación de la norma jurídica o bien de todo el conjunto de normas del sistema jurídico, por lo tanto, se está dentro del contenido normativo.

Las normas generales suministran una orientación, de cómo llevar a cabo la operación de decisión del juzgador, porque al existir lagunas o ambigüedades o

¹⁰⁰ Navarro E. Pablo, *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho*, Alicante, Doxa núm. 14, 1993, p. 252-253.

¹⁰¹ Peczenik, op. cit., p. 12.

¹⁰² Ibid, p. 13. Véase el ejemplo que proporciona tal autor.

contradicciones en la ley, el juzgador tendrá que realizar otro tipo de procedimientos para decidir. Por ejemplo: si el juez se encuentra ante varias normas aplicables al caso concreto, pueden tratarse que tales normas estén en diferente rango formal, el problema se resuelve con el criterio de que la norma de jerarquía superior domina sobre la inferior, o también con el criterio de que la posterior en tiempo deroga los preceptos contrarios de la anterior.

Aarnio propone como directriz para el razonamiento jurídico en la solución de un caso difícil la siguiente:

“En la decisión de un caso difícil debe tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación”.¹⁰³

Esta directriz sólo se enfoca a que la justificación de la decisión del órgano jurisdiccional sea racional, para que esa manera se acepte por la comunidad jurídica. La aceptabilidad como una meta del razonamiento es suficiente para la colectividad, pues lo que se requiere es que la justificación sea racional.

Al respecto Dworkin¹⁰⁴ propone, para la solución de los casos difíciles, la tesis de que las decisiones judiciales son y deben ser generadas por argumentos basados en principios, por los cuales se respeta o asegura algún derecho individual o del grupo.

Este autor sostiene la tesis de la “*respuesta correcta*” para resolver los casos difíciles, en base a las normas, directrices y principios contenidos en el sistema jurídico, pues el juez no está legitimado para dictar normas, de ahí que se le debe de exigir la búsqueda de criterios y teorías que justifiquen su decisión, por eso la importancia del razonamiento jurídico en base a principios que forman parte esencial del derecho.

Es importante hacer notar que Dworkin para dar solución a los casos difíciles inventa un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas a quien llama “Hércules”¹⁰⁵ quien conoce todo el sistema jurídico y tiene la capacidad de resolver los asuntos que se le planteen, no obstante, sabemos que en la práctica no puede existir un super juez, pues son seres humanos, falibles, que cometen errores y tiene limitaciones, pero pueden realizar bien su trabajo si son personas comprometidas con su función jurisdiccional, para lo cual tendrán que prepararse y adquirir la sapiencia necesaria en la resolución de los conflictos que se les presenten.

¹⁰³ Aarnio Aulis, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, Alicante, Doxa, núm. 8, 1990, p. 37.

¹⁰⁴ Dworkin, op. cit., p. 140 y 150.

¹⁰⁵ Ibid, p. 177.

Aún en los casos difíciles, para resolverlos, el juez está limitado por la ley, pues si bien es cierto, los resuelve en base a argumentos racionales y objetivos, también lo es, que no tienen toda la discrecionalidad que quisieran, pues están subordinados a los límites que tiene el propio sistema, como son: la supremacía constitucional, la unidad, la universalidad, la coherencia, el consenso, esto es lo correspondiente a la *“razón práctica”*. Además del derecho codificado, el juez en los casos difíciles, recurre a decisiones valorativas subyacentes en las leyes, sobre todo en la Constitución y en la jurisprudencia.

Cuando se encuentra la solución de un caso difícil, y se da a conocer la respuesta, al presentarse, más adelante, un caso parecido, ya se tiene la solución, por lo que se vuelve un caso fácil, de ahí la importancia que se difunda la forma en que los jueces dan solución a los casos que se les presentan.

Estamos conscientes de casos muy complicados, en los cuales la respuesta no se encuentra con rapidez ni sencillez, sin embargo, por medio de la argumentación jurídica se puede llegar a formular una justificación que permita determinar que la decisión tomada fue o es lo más racional posible.

2. Aplicación del derecho.

Una vez que el juzgador determina el problema a resolver, busca la norma a aplicar, lo que supone una selección de la aplicable y la atribución de significado a la misma, esto lo hace mediante la interpretación, en relación con el caso concreto. Lo que el juez realiza, al aplicar la norma al caso concreto, es utilizar el derecho objetivo existente y añadirle los elementos objetivos-subjetivos de la interpretación y decidir los límites de los derechos subjetivos en conflicto, imponiendo su decisión.

Imer B. Flores se refiere a la jurisprudencia técnica¹⁰⁶ como aquella que establecen los principios para resolver los problemas en la aplicación de las normas y son:

1. Interpretación del derecho.
2. Integración del derecho.
3. Problemas de aplicación del derecho.

De estas cuestiones obtenemos que un método para la resolución de los asuntos, es mediante la interpretación del derecho, tal como lo afirma Wróblewski:

¹⁰⁶ Flores, Imer B. *La técnica jurídica en la aplicación del Derecho*, Revista de la Facultad de derecho de México, Tomo XLV, mayo-agosto 1995, núm. 201-202, p. 22.

“La interpretación jurídica es central para las actividades jurídico-prácticas y, al mismo tiempo, configura un punto nuclear para cualquier “dogmática jurídica”.¹⁰⁷

Los métodos para la interpretación¹⁰⁸ son muy variados, y a continuación sólo tratamos los más representativos:

2.1. Interpretación del derecho.

Métodos de la interpretación.

a) Exegético: la interpretación se hace a partir de la ley, por más estricta que sea. Este medio también trata de buscar cuál fue la voluntad del legislador, su verdadera intención, por lo que está por encima del espíritu de la ley. Cabe recordar que la crítica de Francois Geny, a este método, se basó en que la ley como obra humana es incompleta, y por lo mismo perfectible.

b) De la libre investigación científica: proviene de la Escuela del Derecho Libre, cuya propuesta es reconocer al máximo la libertad del juzgador para interpretar la ley, con la finalidad de evitar su inflexibilidad e imprevisión, por tanto, si la ley no es suficiente para resolver todos los casos, es necesario permitir al juez resolver con discrecionalidad, sin embargo, tanta libertad puede ocasionar injusticias y la seguridad jurídica, correría riesgos, pues una misma controversia pudiera resolverse de distintas maneras al existir varios jueces.

c) Método gramatical o filológico: mediante este método se propone descubrir el sentido de ley en base al significado literal de las palabras, pero recordemos que las palabras tienen diversos significados, y más si son términos jurídicos, de ahí que no se resuelve el problema de la aplicación del derecho.

d) Método lógico sistemático o ideológico: consiste en interpretar la ley, dentro de su contexto jurídico, la idea es valorar el sentido de la norma conforme al contexto lógico del sistema.

d) Tesis de Kelsen: en su Teoría General del Derecho y del Estado, Kelsen indica que las normas de grado superior establecen o determinan a las de grado inferior, lo que va desde la Constitución a las leyes ordinarias. La interpretación se hace en base a lo que establece la ley, dentro del límite superior e inferior.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Wróblewski Jerzy, *Sentido y hecho en el derec.*, México, Fontamara, 2003, p. 174.

¹⁰⁸ Nota: vamos a tomar como base la concepción práctica de la interpretación de Zagrebelsky, que la define como: la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento, op. cit., p. 134.

¹⁰⁹ Cfr. Kelsen Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM, 1988, capítulo XI, La jerarquía de las normas, p. 146 y sgtes.

2.2. Integración del derecho.

El fundamento de la interpretación y de la integración es el artículo 14 constitucional, que establece:

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

Precepto que se relaciona con el artículo 19 del CC que expresa casi lo mismo:

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

Dichos fundamentos le dan importancia a la interpretación de la ley pero también a su integración, por lo que se requiere distinguir ambos conceptos:

Interpretar la ley (*interpretatio legis*), significa indagar el sentido de la ley, la *ratio legis*, pero a falta de ésta, se necesita algo más, que es la integración de la ley (*interpretatio iuris*), que trata de indagar el principio jurídico a utilizar a falta de la ley, que se conoce como *ratio iuris*.

Una de las características del sistema jurídico es la integridad. La integridad o plenitud hermética del sistema se aplica fácilmente a través de lo que se conoce en doctrina como el Postulado de la Plenitud Hermética del Derecho. Este postulado señala que el derecho es un sistema integral que no puede dejar sin solución caso alguno por no estar previsto exactamente o plasmado en las normas que integran al sistema jurídico. Dicho principio, plantea que el juzgador deberá resolver absolutamente todos y cada uno de los casos que se le presenten aún cuando se trate de un asunto no previsto por la legislación vigente. Al respecto, el artículo 18 del CC dispone:

“El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”.

Tomamos en consideración que el legislador al promulgar las leyes no puede prever todos los casos, que se puedan presentar en la sociedad, menos en estos tiempos, que cada vez se vuelve más compleja y en proceso de transformación, tan sólo para dar un ejemplo: las sociedades de convivencia, las bodas o matrimonios homosexuales y los juicios de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica, por lo que, la aplicación del derecho no puede permanecer ajena al cambio.

“La experiencia atestigua que es imposible crear un código que disponga de una respuesta para todas las cuestiones que surjan...”.¹¹⁰

El juez tiene una función muy importante, aplicar la ley, pero esa actividad va más allá, ya que la solución de los asuntos, también representa la evolución del derecho, el resolver los casos no previstos, pues los criterios que utilice permiten que el derecho mejore y se desarrolle, se haga moderna y funcional, a la nueva realidad social.

Consideremos también que es el propio legislador quien da la pauta para que las leyes se interpreten de distintas formas porque no puede prever la concreta aplicación, sobre todo cuando utiliza normas con conceptos como “buena fe, interés público, orden público, buenas costumbres”, en las que se pueden utilizar varias posibilidades en su interpretación.

2.3. Problemas de aplicación del derecho.

Los problemas en la aplicación del derecho, se presentan por muchas cuestiones, por ejemplo:

2.3.1. Problemas por el concurso de leyes.

Por el gran número de normas y las diferencias de rango que tiene las normas jurídicas lo que dificulta su aplicación.

El juez para resolver un conflicto, tiene que localizar todas aquellas normas que sean atinentes para la solución del problema jurídico a resolver, y determinar el orden o la jerarquía que ocupan las normas en concurso y aplicables al litigio concreto.

“Muchos problemas especiales de aplicación surgen cuando proposiciones jurídicas de igual rango según sus tipos, resultan aplicables a los mismos presupuestos fácticos, pero conducen a consecuencias jurídicas radicalmente contrapuestas”.¹¹¹

Para la solución de los problemas que tales colisiones originan se aplican, fundamentalmente, dos reglas: La ley más reciente precede a la más antigua y la ley especial precede a la ley general.

¹¹⁰ Larenz Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 166.

¹¹¹ Ruthers Bernd, *Teoría del derecho, concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Ubijus, 2009, p. 149.

Por la transformación que sufre la sociedad, da origen a que existan cuestiones jurídicas que requieren regulación y mientras esta no se da, los jueces, con los elementos que tienen a su alcance deben dar respuesta a los conflictos que se les presentan, esto es lo que conforman las llamadas “lagunas legales”.

2.3.2. Problemas interpretativos.

De acuerdo con Gascón Abellán y García Figueroa¹¹² los principales problemas interpretativos se ligan a los siguientes contextos: a) lingüístico, b) sistémico y c) funcional.

Los problemas interpretativos aparecen a causa de que el lenguaje jurídico plantea dudas, esto se debe a que este tipo de lenguaje es un lenguaje común y en él se presentan problemas de ambigüedad y vaguedad.

2.3.3. Problemas de ambigüedad.

Se dice que una expresión es ambigua debido a que puede entenderse de diferentes maneras o bien puede asumir significados diversos, también se le conoce como polisemia de expresiones de las que existen varios tipos.

2.3.4. Problemas de vaguedad.

El concepto “vago” quiere decir que su significado es indeterminado o impreciso. Las expresiones lingüísticas por lo general presentan algún grado de indeterminación, y a esto se le llama “*textura abierta del lenguaje*” y ante estas imprecisiones se requiere de la función discrecional del juzgador. El ejemplo clásico es cuando en el parque existe un letrero por el que se prohíbe la entrada a vehículos, pero qué pasa si existe un herido en ese parque, se puede permitir o no la circulación de una ambulancia, o bien, si en el parque está prohibida la entrada con perros, qué pasaría si una persona llega con un oso, se le puede o no permitir la entrada.

Los problemas del contexto sistémico hacen referencia a los casos en que el significado de los textos legales puede ser unívoco y preciso, pero esto, en muchas ocasiones, no se presenta dentro del texto legal, por lo que, da lugar a los siguientes problemas:

¹¹² Gascón Abellán Marina y García Figueroa Alfonso J. *La argumentación en el derecho, Perú, Palestra, 2005, p. 119 y sgtes.* Cfr. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, capítulo IV, op. cit.

2.3.5. Problemas de redundancia.

Estos problemas se presentan cuando dos disposiciones distintas tienen un mismo significado, lo cual quiere decir que la redundancia es la repetición de un mensaje dado por el legislador.

2.3.6. Problemas de antinomias.

Existe una antinomia cuando dos normas del mismo sistema jurídico regulan un mismo supuesto de hecho de manera diferente e incompatible, esto es una inconsistencia o contradicción.¹¹³

2.3.7. Problemas de lagunas.¹¹⁴

Los juristas emplean la palabra laguna para hacer hincapié en que existen casos o conductas que no se hallan reguladas por el derecho, que no esté previsto en el ordenamiento.

2.3.8. Problemas del contexto de funcionalidad.

Éstos se refieren a los problemas relativos a la adaptación del significado de los textos a las circunstancias en los que han de ser aplicados. Se presentan porque las circunstancias han cambiado, por ejemplo, por los avances tecnológicos o científicos que no fueron imaginados por el legislador, de ahí que se tiene la cuestión de aplicar o no un significado a la nueva circunstancia, por ejemplo no estaba previsto por el legislador los dictámenes periciales en ADN o bien en el cambio de nombre de personas al cambiarse el sexo.

Es importante hacer la aclaración que existe un extenso material doctrinario respecto de estos problemas, pero no es materia de la tesis, por tanto, sólo lo tratamos con brevedad.

¹¹³ Gascón Abellán y García Figueroa, *La argumentación...*, op cit., p. 125

¹¹⁴ Cfr. Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, capítulo V, op. cit., y Ruthers, *Teoría del Derecho*, pp. 453 y sgtes. op. cit.

3. Soportes racionales para la aplicación del derecho.

En esta parte de la formación de la sentencia, entra lo que hemos visto respecto de las distintas formas de la aplicación del derecho, por ejemplo; la subsunción, la interpretación, el uso de la jurisprudencia, de la doctrina, la costumbre, o la interpretación, además de otros elementos que conforman la motivación y fundamentación, como las valoraciones y la argumentación jurídica.

Aquí es donde el juez se convierte en un investigador, pues busca los hechos, las pruebas (que están en el expediente) y todos los elementos que puede emplear para resolver. Es la parte jurídica de la tarea del juez consistente en apreciar la causa en su fundamento o determinar su improcedencia y resolver lo pedido por las partes.

En esta tarea predomina el razonamiento deductivo sobre todo si se trata de aplicar una disposición legal clara o una regla cierta de derecho. Por ejemplo, la rescisión de un contrato de arrendamiento por falta de pago de rentas, la nulidad de un contrato por vicios del consentimiento.

En el supuesto de no ser así, entonces, la tarea del juez consiste en resolver el caso, mediante una apreciación concreta basada en los elementos que le da la jurisprudencia, la doctrina, la interpretación y el conjunto de principios que forman el orden jurídico, hasta que encuentra la aplicación de la justicia, por lo que, en este punto, entra la argumentación jurídica.

El juez tiene que exponer el razonamiento que ha utilizado para llegar a la conclusión sobre los hechos y sobre la valoración de los pruebas, por tanto:

“La motivación es, pues, una justificación racional elaborada *ex post* respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión”.¹¹⁵

En conclusión, la justificación debe contener lo siguiente:¹¹⁶

- a) los elementos empíricos que sirvieron como elementos de prueba.
- b) los criterios inferenciales que se han utilizado y su explicación.
- c) las razones que avalan que la elección y decisión final sobre los hechos está justificada.

¹¹⁵ Taruffo Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2005, 2ª ed. p. 435.

¹¹⁶ Rodríguez Boente Sonia Esperanza, *Argumentación fáctica, Los enunciados declarativos de hechos probados, en la argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, coord. Francisco Puy Muñoz y Jorge Guillermo Portela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004. pp. 361 a 389 y pp. 383-384.

Si la sentencia cumple con tales requisitos podemos afirmar que es justificada, pues se tiene la obligación de exponer, tanto las razones fácticas del razonamiento jurídico como las razones jurídicas del mismo, lo que nos lleva a concluir que la resolución contiene la motivación y fundamentación exigidas por la Constitución.

Nosotros consideramos que el juez está ligado a factores de valoración, por ejemplo cuando se dice que por su sentencia se “*administra justicia*”, esto significa que ordena el supuesto de hecho comprobado con los factores establecidos legalmente, lo que se traduce en que su actuación está dentro de lo que establece la ley.

Cuando el juez aplica una norma sustantiva y expone la consecuencia en la sentencia, su modo de motivar es a través de un enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, pero lo lleva a cabo de acuerdo con una valoración. Ese enlace constituye un juicio de valor que está determinado por el interés del que decide, o bien por consideraciones de oportunidad para resolver el caso o por la justicia. Esto quiere decir que el juez puede sentenciar de acuerdo con distintos factores que influyen en su decisión.

La aplicación del derecho no es sólo una subsunción, sino es un proceso de actuación del juez que dirige su voluntad a fines, en base a las valoraciones extraídas de la ley, que puede incluir cuestiones de índole moral o pragmática.

Para tomar una decisión el juez tiene que orientarse por las pautas que le son dadas por la ley, que se encuentran en la Constitución, y por los códigos procesales y aún también las encontramos en el CC, que son “*máximas de decisión*”, pero además, también tiene un margen de libre resolución que puede desarrollarse en sus decisiones valorativas.

El juez puede encontrar también la motivación de la sentencia en analizar la naturaleza de la institución en la que se ubica el problema planteado. Esto se hace cuando se estudia la iniciativa de ley que dio origen a la norma, en el proceso legislativo, lo que se llama la “*creación del derecho*”, que consiste en examinar las razones o justificaciones que planteó el diputado o fracción parlamentaria al proponer la iniciativa de ley, y de esta manera poner en concordancia el “*deber ser*” y “*ser*”. Si el derecho creado por la ley, se pone en concordancia con las relaciones que se suscitan entre las personas, se concretiza porque atiende a los posibles hechos que se presentan en la vida real que han de resolverse, si esto se logra, podemos afirmar que se realiza el derecho.¹¹⁷

La forma en la que está redactado el artículo 14 constitucional, al establecer que para el dictado de las sentencias civiles el juez tiene que apegarse a la ley, a su interpretación y a los principios generales del derecho, demuestra que el juez para

¹¹⁷ Larenz, op. cit., p. 150.

obtener su sentencia tiene, en primer lugar, que ajustarse al derecho establecido, y sólo se le permite ir más allá, a la interpretación y a los principios generales del derecho, cuando el orden jurídico no le da ninguna respuesta a la cuestión por resolver. En este supuesto el juzgador haya su respuesta con independencia de la ley, pero tiene que hacerlo compatible con el sistema del derecho positivo, porque no es producto de su sólo parecer, sino de otros factores racionales que obtiene por su experiencia, por la interpretación de la ley, por la aplicación de la jurisprudencia o de valores.

3.1. La sujeción del juez a la ley.

En los estados democráticos que se basan en el principio de la separación de poderes en: legislativo, ejecutivo y judicial existe una distribución de actividades, competencia y atribuciones, (artículo 39 constitucional), sin embargo, esa separación o distribución no puede ser tan exacta, por el contenido de las propias actividades, por lo que existe una prevalencia del poder legislativo sobre los otros dos, pues el ejecutivo y judicial aplican las normas promulgadas por el legislativo, así es que éste tiene mayor peso sobre los otros poderes.

Al poder legislativo le corresponde la creación del derecho y al judicial su aplicación, de ahí que existe una subordinación funcional del juez al legislador, conocida como “*sujeción del juez a la ley*”.

Los órganos jurisdiccionales se someten al mandato del legislador y tienen el deber incondicionado de aplicación de las normas procedentes del legislativo, pero no son los únicos sometidos a la ley, sino todos los poderes públicos y todos los ciudadanos están sujetos a la ley y el poder judicial es quien se encarga de garantizar el respeto a la ley por parte de todos.

Ezquiaga¹¹⁸ opina que la sujeción de la ley, además de un deber dirigido a los órganos judiciales también puede ser considerado como un mecanismo de garantía para los ciudadanos, los poderes públicos e, incluso para los mismos jueces. Para los dos primeros porque de la sujeción del juez a la ley depende la garantía de sus derechos y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de sus comportamientos y para los jueces, porque refuerza su independencia y, sobre todo, les permite seguir apareciendo como <<la boca que pronuncia las palabras de la ley>> como un poder neutro que aplica las normas creadas por los órganos legislativos.

La sujeción del juez a la ley, se puede analizar desde dos puntos de vista: uno objetivo, que toma como cuestión de referencia la distribución constitucional de

¹¹⁸ Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier, *Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley, en La función judicial, ética y democracia*. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores), TEPFJ, Gedisa e Itam, Barcelona, 2003, p. 40.

poderes entre el legislativo y judicial, el otro subjetivo, que se centra en la seguridad jurídica del destinatario de las normas jurídicas, en un sentido subjetivo de la certeza jurídica que la hace depender de la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de sus comportamientos.¹¹⁹

3.1.1. La sujeción a la ley desde un punto de vista objetivo.

Desde esta mira, el sometimiento del juez a la ley, consiste en el conjunto de reglas que éste tiene que cumplir para controlar su función aplicadora del derecho, y debe sujetarse a las obligaciones que le impone su propia función judicial, entre las que están:

1. Toda decisión judicial debe estar fundada.

Esto consiste en que la sentencia debe contener los artículos en los cuáles se basó el juez para dictarla.

2. La decisión judicial debe estar motivada.

Como ya lo hemos visto, la motivación consiste: en que el juez tiene que incluir en la sentencia los razonamientos jurídicos que lo llevaron a dictar su decisión en la forma en que lo hizo.

3. El juez aunque carezca de disposición normativa, tiene que sujetarse a los contenidos normativos que le proporciona el sistema jurídico.

Cuando el juez ejerce su función puede encontrarse con algún problema a resolver que a primera vista carezca de disposición normativa aplicable, ante esta situación, tendrá que resolverle en base a todos los elementos normativos que tenga a su disposición.

4. El juez tiene que conocer la ley.

El cumplimiento del deber de sujeción del juez a la ley, hace presumir que el conocimiento de la ley por parte del juez.

Presunción que se relaciona con la selección de los jueces, pues para aspirar al cargo, se presume que existe en ellos un conocimiento judicial del derecho, por lo que están preparados y formados para llevar a cabo su función de aplicación del derecho.

5. El juez tiene la obligación de resolver todos los casos sometidos a su conocimiento.

¹¹⁹ Ibid, p. 41

De acuerdo con el artículo 18 del CC, el juez no puede rechazar dar solución a los problemas jurídicos que se le presenten, aunque no estén regulados tiene que buscar las normas aplicables y resolverlo.

6. El juez tiene que aplicar la ley.

El juez tiene prohibido rechazar la aplicación de una ley que regule al caso a resolver. Esto se desprende del propio principio de la sujeción del juez a la ley, en el sentido de que la ley le impone un deber incondicionado de aplicación de leyes aplicables,¹²⁰ de manera que no puede rechazar la aplicación de una ley.

7. El juez tiene la obligación de aplicar criterios jurisprudenciales.

La sujeción del juez a la ley implica la vinculación a jurisprudencia. Ya también en el capítulo primero hicimos referencia a esta cuestión, pues la jurisprudencia es de aplicación obligatoria para los jueces.

Para terminar, podemos agregar que no siempre es posible que el juez se sujete a la ley, tomemos en consideración que en la práctica judicial se presentan casos que no tienen ningún problema en aplicar la ley tal y como viene del legislativo, sin embargo, existen problemas de lagunas, antinomias, de indeterminación del lenguaje, que no pueden sujetarse a la ley, por tanto, el juez debe utilizar distintos elementos para resolverlos, con la justificación de que está sujeto a la ley.

8. Elaborar un proyecto de sentencia.

Esto se realiza para verificar si es consistente con el análisis que se realizó de los hechos y las pruebas. Si no lo es, se podrían realizar los ajustes pertinentes. El propio juez podrá realizar un examen de su sentencia y si le encuentra errores, vicios o defectos, tendrán lugar las correcciones adecuadas.

El juez desde que dicta la sentencia, si es cuidadoso podrá saber, cuáles son los errores que contiene o debilidades, y podría pensar que si es recurrida, por donde la pueden atacar, de manera que al elaborarla puede evitar los motivos de inconformidad del apelante, y si actúa de forma previsoría, mejoraría su sentencia.

9. Prever las consecuencias.

Antes de emitir el fallo, se deberán determinar las posibles consecuencias que traería el mismo, para establecer si son acordes o no con la propia resolución.

¹²⁰ Ibid, p. 46.

10. Emisión del fallo.

Después de analizar todo el cúmulo de elementos que tiene en el expediente, el juez decide, emite su fallo, que debe ser congruente con toda la argumentación justificatoria expuesta en la sentencia. En pocas palabras tiene que exponer “*su decisión*”.

3.1.2. La sujeción a la ley desde un punto de vista subjetivo.

Se refiere a que el juez es garante de la seguridad o certeza jurídica de los destinatarios de las normas, pues es un requisito para estar en la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de las sentencias.

Cuando se promulga una norma por parte del legislativo, se publica y se hace del conocimiento de los destinatarios, para que éstos se enteren de las consecuencias de sus comportamientos, y le corresponde al juez, en su sentencia decretar esas consecuencias, por eso, el juez tiene que sujetarse a la decisión del legislador.

De acuerdo con Ezquiaga para que sea posible la previsión de la norma jurídica que va a ser aplicada en una decisión judicial y conocer así la consecuencia jurídica concreta de un comportamiento, es necesaria la concurrencia de dos requisitos:

- a) que sea posible conocer lo que la ley dice; y
- b) que el juez se sujete a la misma.

Respecto de la primera cuestión, si se contesta en sentido afirmativo, si el juez conoce la ley, entonces se sujeta a la ley, pero si no lo conoce, no la aplica, por lo que no se sujeta a la ley.

Si el juez no conoce la ley, esto nos lleva al tema de los casos fáciles y los difíciles, que ya se trataron, y sólo agregaríamos que un caso difícil es aquél en el que existe indeterminación del lenguaje que se empleo para redactar las disposiciones, por la existencia de una antinomia o una laguna o el juez no está de acuerdo con la norma, y en estos supuestos no conoce la ley a aplicar, por eso, tendría que recurrir a las valoraciones, e indagar cómo se han resuelto otros casos similares, y esto implica conocer las decisiones de los órganos jurisdiccionales superiores y así estar en la posibilidad de resolver el caso.

3.1.3. Elección del método de interpretación.

Ante la problemática que se le presenta al juez en el sentido de que una norma puede ser interpretada de distintas formas, para determinar su aplicación tiene que recurrir a los métodos de interpretación y así resolver el conflicto. Sabemos que existen múltiples métodos¹²¹ y al elegir uno, es cuando realiza una valoración, pues el juez elige el que más le parece adecuado. Se puede argumentar en base a qué criterio hizo su elección, por ejemplo: en base a la equidad, a lo justo, a la opinión general, al interés superior, pero el criterio que utilizó es en base a su propia valoración y en como desarrolla la justificación de su decisión. Al tener el juez varias opciones, tendrá que escoger una, esa inclinación, forma parte de su opinión, por tal razón, podemos afirmar que las valoraciones personales del juzgador están presentes en su sentencia.

“Interpretación es decisión, una decisión según patrones que no vienen ya dados con la palabra que hay que interpretar, sino que el intérprete debe introducir en el objeto, atendiendo a las finalidades que con compulsivas para él y su época”.¹²²

Los métodos de interpretación son una herramienta con que cuenta el juez para cumplir con su obligación de dictar sentencia y el hecho de elegir un método, conlleva una valoración.

3.1.4. El empleo de jurisprudencia.

De acuerdo con el artículo 217 de la LA, la jurisprudencia es obligatoria para todos los tribunales del país, lo que lleva a que los juzgados tengan la posibilidad de solucionar los casos, en base a invocar un precedente: que significa asimilar el caso nuevo a un caso antiguo, pero para llevar a cabo esta tarea, también se requiere de una valoración.

Cuando un juez recurre a la jurisprudencia busca en ella, el saber cómo se ha solucionado un caso que tiene por resolver y así tener un parámetro para elegir su decisión, o también invoca jurisprudencia para confirmar su decisión, o para rechazarla.

Si el juez desea confirmar su decisión insiste en las similitudes de los casos y explica y justifica la aplicación de la jurisprudencia que toma como base. De no utilizarla, ni siquiera la menciona. No obstante la jurisprudencia es una forma muy utilizada por los jueces para solucionar los conflictos.

¹²¹ Histórico, lógico, teleológico, literal, sistemático entre otros.

¹²² Esser Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencia del derecho privado*, Barcelona, Bosch, p. 329.

Si no se tiene la jurisprudencia, como un camino seguro para prever una decisión, se puede estar en el supuesto de resolver un asunto completamente nuevo, que no haya ninguna disposición que contemple el asunto planteado, ante ello, la decisión será imprevisible, por lo que, sus consecuencias no podrán ser conocidas, lo que produce un alejamiento de la certeza jurídica.

3.1.5. El empleo de la doctrina.

La doctrina también es un elemento importante en la toma de las decisiones judiciales. Las opiniones de los juristas influyen en los jueces en dos momentos.¹²³

A priori cuando la opinión (considerada autorizada) de algún jurista influye en la del juez y le hace a éste conducir su interpretación en base a lo dicho por el primero, lo que significa que la doctrina configura la decisión.

A posteriori cuando la decisión adoptada por el juez la apoya éste refiriéndose a esas opiniones, por lo que le sirven de justificación.

Si bien es cierto que no existe ninguna obligación de justificar la sentencia en doctrina, también lo es que tiene mucha importancia, pues constituye un elemento por el cual el juzgador puede allegarse de conocimientos y resolver el caso.

Lo que sucede en la práctica es que los autores no siempre tienen una opinión unánime sobre alguna discusión, y por eso el juez tendrá que escoger la opinión que considere adecuada, para lo que emplea sus juicios de valor que son coincidentes con el doctrinario.

Ezquiaga señala las siguientes conclusiones respecto de utilizar la jurisprudencia y la doctrina:

“a) A menudo la jurisprudencia y la doctrina van unidas. En este caso su invocación conjunta por parte del juez otorgará a la decisión de éste, si es coincidente con la de aquéllas, una autoridad justificativa contundente...”

b) Casi siempre un movimiento doctrinal “más o menos largo e impresionante” precede a un cambio de interpretación jurisprudencial.

c) Los tribunales silencian la opinión jurisprudencial o doctrinal cuando es divergente de la suya. El reconocer que hay autores o sentencias que manifiestan una idea contraria restaría fuerza a la argumentación del juez, ya que ésta no se basaría entonces en la opinión unánimemente admitida, sino en la autoridad que recubre su elección.

¹²³ Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, p. 523.

d) Tanto la doctrina como la jurisprudencia (cuando, o en la parte que, son coincidentes con su solución) son instrumentos muy cotizados por los jueces de cara a justificar su interpretación y sus juicios de valor...”.¹²⁴

En suma, en el proceso de aplicación del derecho el juez dicta su sentencia en base a un proceso valorativo, pero primero toma la decisión en base al análisis que realiza del caso: los hechos, las pruebas, la doctrina y la jurisprudencia, o sea, forma su propia convicción, y después, con esos mismos elementos que tiene a su alcance la motiva.

3.1.6. Elementos que determinan la actividad del juez.¹²⁵

El juez es un ser humano que ha recibido una educación a lo largo de su vida y se le exige una carrera profesional, quizás se le requirió hacer un examen para incorporarse a la actividad de impartidor de justicia, en este campo desarrolla experiencia en la solución de conflictos, por lo que es un profesional. Su actividad la desarrolla en el marco de una institución que le impone reglas y que debe respetar. Todos estos elementos determinan su actividad al decidir un caso concreto que vamos a tratar.

3.1.6.1. Elementos institucionales.

El juez no es libre al momento de dictar sentencia, tiene que respetar una serie de reglas que le impone las leyes, por ejemplo: los requisitos de la sentencia, como la motivación, fundamentación, congruencia, la valoración de las pruebas, las reglas procesales, estas son reglas formales, pero también tiene que ajustarse a las reglas materiales que son las contenidas en el CC, que no siempre son claras, para dar solución a un caso, por lo que el poder del juez esta limitado, pero aún así, tiene mucha información para cumplir con su objetivo, y todas estas cuestiones influyen en su decisión.

3.1.6.2. Elementos culturales e ideológicos.

Ya establecimos que el juez recibe una formación y por su actividad en la solución de los asuntos que se le plantean, esa formación es diferente al resto de las profesiones, pues al momento de emitir sentencia tiene en sus manos un poder de decisión que hace que adquiera una ideología propia de su estamento, una

¹²⁴ Ibid, p. 525.

¹²⁵ Ibid, p. 529.

concepción de política jurídica particular, que determina la forma de llevar a cabo su labor.

Según Ezquiaga:

“dentro del estamento judicial intervienen diversos factores que influyen a cada juez en concreto:

a) Cada juez tendrá una representación propia de su función a la hora de juzgar. Esta ideología personal la proyectará en su actividad.

b) El coeficiente intelectual del juez, su actividad epistemológica, influirá también y determinará su capacidad de comprensión, de relación y de extraer conclusiones.

c) El juez tiene también una “conciencia jurídica material”, que le dará una visión particular de lo que es socialmente deseable, justo, equitativo, etc. Estos conceptos, o la representación que el juez se haga de los mismos, influirán en la medida en que éste tendrá en cuenta la aceptación social de su decisión”.¹²⁶

3.1.6.3. Elementos psicosociales.

El juez como ser humano está sometido a distintos factores sociales, que influyen al resolver un litigio. Por ejemplo el hecho de pertenecer a alguna clase social determinada, a la forma en que se desarrolló su infancia, o los acontecimientos que marcaron su vida personal al decidir ser juez, entre otros. Su extracción social determinará su actitud frente a los casos a resolver.

Existen factores psicológicos que influyen en las decisiones del juez, de acuerdo con sus prejuicios, experiencias, convicciones que forman parte de su forma de pensar y en base a ellas tiene una actitud hacia su motivación de dictar sentencia.

“Todo este sistema “motivacional” creará en el juez simpatías, adhesiones, rechazos, etc., que se convertirán en valoraciones, quizás inconscientes, a la hora de dictar la solución”.¹²⁷

En conclusión podemos afirmar que en la solución de un litigio, influyen y convergen distintos factores y elementos en el pensamiento del juez, sean de índole legal como personal. El juzgador es un hombre que discierne entre muchos componentes valorativos y cognoscitivos para llegar a su decisión, pues elige, valora, vierte opiniones y extrae conclusiones, y así cumplir con su función de resolver el caso planteado.

¹²⁶ Ibid, p. 530.

¹²⁷ Ibid, p. 531.

Existe una variedad de fuentes que puede utilizar el juez para solucionar el caso, por ejemplo; la lógica, la reflexión, la intuición, los distintos tipos de argumentos, la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, y resuelve. Su decisión es una relación de razones que van a servir para resolver otro caso en el futuro, de ahí la importancia de su decisión.

“Sin embargo, nada, ni siquiera la rica experiencia y la viva intuición, podrían relevar del método en una materia donde se trata ante todo de proceder con seguridad. La prudencia metódica es madre de la sabiduría en la busca de la justicia humana”.¹²⁸

4. Función de la Argumentación Jurídica, en la aplicación del derecho.

Consiste en buscar los argumentos o las razones por las cuales se justifica una decisión jurídica. La conclusión tiene que justificarse en base a las premisas que son razones que sirven de justificación a la conclusión.

“La clave del razonamiento jurídico no se encuentra en el paso de las premisas a la conclusión sino en el establecimiento de las premisas”.¹²⁹

Pensamos que un juez al estudiar un asunto, llega a una decisión, y tiene el resolutorio de la sentencia, pero tiene que justificar su fallo, y es ahí en donde tiene que encontrar las premisas adecuadas, por eso es importante la argumentación, para determinar la justificación y establecer las premisas, que le permitan concluir en la forma en que lo hizo.

Para la solución del problema que se presenta, se utiliza la técnica jurídica, y encontrar la mejor solución, habrá casos sencillos que sólo tengan una respuesta, pero también casos difíciles, donde haya dos a más respuestas, y se tiene que escoger la más adecuada, por eso tenemos que recurrir a la argumentación jurídica, la cual nos va a proporcionar los razonamientos racionales y prudentiales para solucionar los conflictos de manera justa.

5. La Unidad del ordenamiento jurídico, como base para la solución de conflictos.

Otra forma para tomar en consideración en la solución de conflictos, es la unidad del ordenamiento jurídico.

¹²⁸ Gorphe Francois, *Las resoluciones judiciales*, México, TSJDF, 2002, p. 165.

¹²⁹ Flores, op. cit., p. 49.

La aplicación del derecho no consiste, en la aplicación de normas aisladas, sino en una aplicación de conceptos de amplio alcance, que están dispersos en el ordenamiento jurídico, en diversas leyes y áreas. El juez debe buscar soluciones, no en la norma individual sino en la totalidad del ordenamiento jurídico, por eso Zagrebelsky afirma:

“Las separaciones ley-derechos-justicia y principios-reglas encuentran su unidad en la aplicación judicial del derecho”.¹³⁰

De ahí que para la solución de un caso, se tiene que recurrir a todo el conjunto del ordenamiento jurídico y obtener el criterio más adecuado para brindar a los gobernados la seguridad jurídica que se requiere para vivir en sociedad.

“El intérprete debe, por ello, prescindir de la estructura formal y exterior e interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico como una unidad valorativa”.¹³¹

Por esa situación encontramos que se emplean las frases:

- La unidad de la ley.
- La unidad del ordenamiento jurídico.
- La unidad procesal.

Categorías que sirven para fundamentar la solución de problemas jurídicos.

En opinión de Ruthers la presunción de una “unidad valorativa” no-contradictoria o la presunción de una “unidad de sentido” que está presente en las leyes, en la constitución o incluso en el ordenamiento jurídico total, constituye un elemento importante para los juristas, por partir del principio de que el legislador no debe contradecirse a sí mismo, por tanto, al existir contradicciones en la aplicación de una norma:

“se deben tratar de superar a través de una interpretación lo más objetiva posible. La “unidad del ordenamiento” constituye, entonces, un instrumento conceptual y metódico de auxilio a utilizarse en la aplicación del derecho, con el cual se busca superar las contradicciones valorativas y, a la vez, colmar las “lagunas legales”.¹³²

Una norma en lo individual forma parte de un ordenamiento jurídico total y no contradictorio, y es integrante también de un sistema jurídico, por tanto, este conjunto se entiende como una unidad valorativa, que sirve como un criterio para la aplicación del derecho en un caso concreto.

¹³⁰ Zagrebelsky, op. cit., p. 131.

¹³¹ Ruthers, op. cit., p. 151.

¹³² Ibid, p. 152.

6. El juez y las fuentes del derecho.

El poder judicial está sujeto a la ley y al derecho, y de manera particular al dictar la sentencia, se tiene que ajustar a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional, cuyos términos son parecidos el artículo 19 del CC, en base a esta máxima, el juez para resolver un litigio judicial no debe considerar sus sentimientos subjetivos para resolver, pues debe hacerlo de acuerdo con la “*ley y el derecho*”, por ser una tarea que la propia Constitución le impone, para lo cual el juez tiene que saber dónde y cómo encontrar el derecho vigente, al que se ha de apegar, esto nos lleva a analizar, la teoría de las fuentes del derecho, para ayudar a los jueces a cumplir su tarea de solucionar controversias.

6.1. Concepto de fuente del derecho.

Aarnio¹³³ indica: “*fente del derecho*” es toda razón que –de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica—puede ser usada como base justificatoria de la interpretación.

Por fuente del derecho entendemos las diversas formas y manifestaciones en las que el derecho objetivo surge, en opinión de Ruthers,¹³⁴ son todos aquellos factores que influyen al derecho objetivo, y considera como fuentes del derecho a: la literatura científica (e.j. “*derecho creado por los juristas*”), al poder ejecutivo (e.j. actos de la administración), a la práctica jurisdiccional de los jueces (e.j. la jurisprudencia reiterada) y, por último, a la misma ideología de la comunidad (es decir, a la conciencia jurídica colectiva).

Todos estos factores pueden ayudar al juez a reconocer el derecho a aplicar en la solución de un litigio judicial.

Ruthers¹³⁵ señala como fuentes:

- Regulaciones de carácter Internacional.
- La constitución política.
- Ley parlamentaria como un medio de control democrático.
- Los decretos.
- Otros acuerdos de entidades públicas.
- Los contratos del derecho colectivo.
- La costumbre.
- El derecho creado por los jueces.
- El derecho creado por los juristas.

¹³³ Aarnio, *Lo racional...*, op. cit., p. 123.

¹³⁴ Ruthers, op. cit., p. 120

¹³⁵ Ibid, p. 120 y sgtes.

- ¿El derecho natural como fuente del derecho?

Para nuestro estudio, nos vamos a centrar en el derecho creado por los jueces, como un elemento para solucionar controversias.

“Bajo la noción de “derecho de (o creado por) los jueces” se ha de entender el conjunto de proposiciones jurídicas que se emplean en las resoluciones de los tribunales de última instancia, pero que no están contenidas en las disposiciones legales o consuetudinarias del ordenamiento jurídico. El derecho de los jueces se configura, pues, mediante todo el conjunto de normas de decisión (criterios de valoración), las cuales, sino la presencia de un acto valorativo y creador de un mandamiento, por parte del juez, no podrían obtenerse simplemente de la ley”.¹³⁶

Al tipo de proposiciones jurídicas al que se refiere Ruthers es lo que nosotros entendemos por Jurisprudencia.

No descartamos que hay disputas sobre si el derecho de los jueces sea o no una fuente del derecho, por estar acostumbrados a señalar que es el Poder Legislativo el que tiene esa tarea y por la Teoría de la decisión de poderes en la que estamos inmersos, sin embargo, es cierto que las sentencias de los tribunales superiores ejercen una influencia fáctica para las instancias inferiores, aunque no con facilidad se reconoce la importancia que tiene esas resoluciones, ni tampoco se admite el poder que han adquirido los jueces para crear normas.

Existe la opinión de que las prácticas judiciales referentes a la creación del derecho no tiene ninguna autoridad, porque para eso esta el poder legislativo, y en todo caso esa práctica, cabe dentro de la costumbre, como fuente del derecho, pero opinamos que no es así, ya que la costumbre se desarrolla como una práctica duradera y real por parte de la comunidad, es un derecho no escrito, en cambio los jueces cuando afirmamos que crean derecho, lo hacen en base a la justificación que utilizan para sustentar sus criterios. La jurisprudencia, es una práctica reiterada de los tribunales, que fundamenta un firme convencimiento general o una convicción jurídica.

En nuestro país las decisiones de los tribunales superiores (Salas o Tribunales Colegiados), ejercen una función “rectora” en la implementación de normas, pues los tribunales inferiores, toman como directivos las decisiones de aquellos y esa influencia es cada vez mayor, y por eso se considera al derecho de los jueces como una fuente del derecho y a la jurisprudencia como derecho vigente, tal cotidianidad de la vida jurídica real que se lleva acabo en la práctica judicial no es producto de la casualidad, sino es el resultado del interés de los operadores jurídicos de mejorar la justificación de sus decisiones.

¹³⁶ Ibid, p. 127.

Las sentencias de los tribunales superiores poseen una función creadora de normas, pues además de resolver el litigio sometido a su conocimiento, también tienen la oportunidad de emitir criterios de regulación generales aplicables u otros casos similares.

Esto sucede debido a que existe una necesidad de regulación en materias donde la normatividad que se tiene es insuficiente, ante lo cual, los tribunales superiores, (federales), asumen un papel de *“legisladores sustitutos”*, “en lo referente a la creación de un derecho propio que viene a sustituir al derecho creado por el legislador.”¹³⁷

Nosotros no consideramos como tal, la sustitución, que señala Ruthers, sino mas bien, es una función complementaria, porque la norma la expidió el legislador, pero como éste no puede prever todos los supuestos de hechos, se tiene la necesidad de complementar las normas, adecuarlas a otros casos análogos, la sustitución sería cambiar la norma por otra, pero en materia jurídica, eso sólo le corresponde al poder legislativo, el judicial, únicamente le da claridad, precisión y aplicación a la existente, no la sustituye, la complementa, la hace práctica.

No obstante, estamos de acuerdo en que los jueces superiores, realizan una creación normativa, una complementación jurídica, sin que ello implique violación al principio de apego a la ley.

La creatividad de los jueces se hace latente y es necesaria, debido a que la ley aplicable al caso, no existe, no es clara, o se encuentra en oposición a otras normas o bien se tienen criterios de valoración diferente, ante esa problemática es más viable que el juez cree la norma a esperar que el legislador la promulgue, por lo tanto, si no se reconoce el derecho creado por los jueces se desconoce lo que sucede en la práctica de la vida jurídica.

Existen corrientes teóricas que consideran que las normas son producto de los procesos de discusión de los especialistas en derecho (Jueces), quienes al solucionar los conflictos sometidos a su conocimiento elaboran propuestas de solución a cuestiones controvertidas, sin embargo, no las podemos considerar como derecho creado por los juristas, debido a que no existe ninguna norma que permita el poder judicial la implementación de leyes debido a que esa función constitucionalmente, sólo la comprende el legislativo, así es que, las cuestiones que resuelven los tribunales, las podemos considerar como recomendaciones jurídicas para la implementación de las normas del legislativo, quien al emitir una norma incompleta o no clara, necesita del apoyo del poder judicial (Tribunales de última instancia) para implementar dichas normas.

Si bien el poder judicial no tiene ninguna autorización, fundamento constitucional ni legitimación para implementar normas jurídicas, es relevante la importancia de normas que crean los tribunales superiores, porque son el resultado de un análisis

¹³⁷ Ibid, p. 133.

de las normas incompletas emitidas por el legislador, ya que tienen una vinculación normativa en el sistema jurídico, ante lo cual, los tribunales son un legislador sustituto, aunque sea criticable, ese calificativo, las normas que dictan en sus sentencias, sí constituyen un “*derecho vigente*”.

6.2. Valoraciones del juez.

En el proceso de la aplicación del derecho, por lo general, sólo se toman en cuenta dos elementos: los hechos y las normas jurídicas a aplicar, mas existe otro elemento igual de importante que es: el juez, por ser quien hace o desarrolla esa aplicación, pero se piensa que en una persona, que en su función, no puede tener preferencias, o no tiene porque basarse en su ideología, en sus sentimientos o en su forma de pensar, ni en sus valores.

Situación que no es así, pues el juez en la sentencia, para llegar a su decisión debe realizar un estudio en base a lo que él interpreta, a lo que sabe o las valoraciones que obtiene de aplicar el derecho al caso concreto, de ahí que, la idea a desarrollar en las siguientes líneas es que el juez al aplicar el derecho desarrolla todo su potencial en elegir la norma a aplicar, en verter sus opiniones personales, por ende, en la sentencia plasma lo que él piensa de cómo resolvió el caso, cuáles son sus convicciones que lo llevaron a decidir en la forma en que lo hizo, que opciones tenía y cuáles eligió por considerarlas adecuadas.

6.3. El libre enjuiciamiento del juez.

El señalar “libre enjuiciamiento”, nos referimos a que el juez en algunos casos, como por ejemplo, cuando la norma se refiere a “*lo accesorio*”, “*a la posesión de mala fe o de buena fe*”, en los cuales ya ha agotado todas las ponderaciones que obtiene de la ley, ahora le quedan ciertas pautas para que en base a su experiencia o la comparación de otros casos pueda resolver de una u otra manera, de acuerdo con su prudente arbitrio, debido a que ya utilizo la pauta que le permite la norma, luego entonces, tiene que llegar a una resolución respecto del hecho a él sometido.

“Es suficiente con que el juez haya agotado todos los medios de concretización de que dispone, con ayuda de reflexiones jurídicas y con que, según ello, su resolución parezca “defendible”.¹³⁸

Se le llama “*defendible*” a una resolución cuando su rectitud puede probarse, pero es más difícil que se demuestre que está equivocada, porque ya se dieron a su

¹³⁸ Larenz, op. cit., p. 289.

favor razones sólidas, aunque se pudiera poner en duda, justificar que ésta equivocada es menos demostrable.

Si el juez tiene la problemática de elegir cuál de entre dos decisiones es la mejor, debido a que los dos enjuiciamientos son defendibles, tiene que prever el resultado, y esto lo hace en base a determinar cuál de los dos es el que se acerca a lo que es justo, por ser el deseo legítimo de todo juez, ante esta situación, lo que sucede en la práctica es que el juzgador tiene un libre enjuiciamiento.

A esto, Hart le llama “*textura abierta del derecho*”, y significa que hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.¹³⁹

Si bien es cierto que el juez tiene esa libertad, también lo es que debe estar soportada por una convicción personal de rectitud, pues en la aplicación del derecho no se puede prescindir de la influencia de la decisión personal.¹⁴⁰ En otras palabras esto es el “*arbitrio del juez*”, que bien llevado, permitiría decir que el juez tiene una gran personalidad para resolver, por lo que no se puede estrechar ni pretender que desaparezca.

7. Modelos de aplicación del derecho.

En este apartado vamos a analizar distintas opiniones de autores que hacen referencia al modelo de aplicación del derecho, en la solución de los conflictos jurídicos.

7.1. Modelo de Wróblewski.¹⁴¹

Wróblewski tiene un modelo de aplicación del derecho en el que incluye cuatro grupos de problemas que él considera relevantes que son:

a) La autoridad que aplica el derecho ha de elegir una norma válida para la toma de decisión.

Para tal elección se requiere: verificar la validez de las normas; solucionar el conflicto entre normas, si existe; si el texto aplicado se valora como no claro, el que toma la decisión ha de realizar una interpretación relativa de dicho texto para remover las dudas.

¹³⁹ Hart, op. cit., p. 168.

¹⁴⁰ Larenz, op. cit., p. 290.

¹⁴¹ Wróblewski, op. cit., p. 58.

b) La autoridad que aplica el derecho debe tomar una decisión de evidencia y establecer que el hecho ha ocurrido en el tiempo y en el lugar y el autor en comento hace referencia en que la autoridad hecha mano de la evidencia y las valora según las reglas aceptadas las cuales pueden ser empíricas o jurídicas.

En las empíricas la existencia de hecho se establece de acuerdo con el paradigma de la ciencia empírica o de acuerdo con el sentido común o experiencia.

En las jurídicas la existencia del hecho, su valoración de evidencia se determina por disposiciones jurídicas, esto significa que los hechos han sido probados.

“...el que toma la decisión debe establecer la existencia de los hechos del caso y expresarlos en el lenguaje de la norma aplicada”.¹⁴²

c) La autoridad que aplica el derecho ha de efectuar una subsunción de los hechos del caso bajo la norma jurídica aplicada, lo cual significa que el resolutor al tomar la decisión establece que los hechos del caso pertenecen a la denotación de la norma y por eso ésta se aplica.

d) El que toma la decisión tiene que determinar las consecuencias jurídicas de los hechos del caso de acuerdo con la norma jurídica aplicada.

Wroblewski establece una formula de la decisión justificada por quien aplica el derecho de la siguiente forma:

“De acuerdo con la norma N aplicada con el sentido M (determinado según las directivas interpretativas $DI_1 \dots DI_n$ y las valoraciones $V_1^i \dots V_n^i$ necesarias para la elección y para el uso de $DI_1 \dots DI_n$), el hecho del caso F que ha ocurrido en t, p (de conformidad con la evidencia aceptada $E_1 \dots E_n$ que se basa en las reglas empíricas de evidencia $ERE_1 \dots ERE_n$ y/o reglas jurídicas de evidencia $LRE_1 \dots LRE_n$ y/o valoraciones $V_1^c \dots V_n^c$) tiene como consecuencias jurídicas $DC_1 \dots DC_n$ y valoraciones $V_1^c \dots V_n^c$.”

y concluye:

“La decisión de una aplicación del derecho puede estar internamente justificada por las premisas que quien toma la decisión ha utilizado”.¹⁴³

Lo cual significa que una decisión es justificada internamente, por las premisas que se emplearon para tomar la decisión, por tanto:

¹⁴² Ibid, p. 59.

¹⁴³ Ibid, p. 60.

“su justificabilidad...es la condición de su racionalidad interna”.¹⁴⁴

La justificación externa se refiere a la justificación de las premisas que se utilizaron para la decisión, de ahí que se esta en presencia de una racionalidad externa de la decisión.

Para llegar a la decisión el juez tiene que tomar en cuenta distintos caminos, eso nos lleva a una cuestión de elección, y Wroblewski hace referencia a diversas elecciones:

Elecciones interpretativas que implican la elección de directivas interpretativas y de valoraciones relevantes.

Elecciones de evidencia que incluyen la elección de directivas.

Elecciones de las directivas de la selección de consecuencias y de valoraciones relevantes para ello.

Todas estas determinaciones que realiza, para lo que nos interesa, el juzgador, nos lleva a la conclusión que señala el autor en consulta:

“La racionalidad de las decisiones se comprueba por su justificación”.¹⁴⁵

Por tanto, una decisión es racional en virtud de la justificación que contiene. Si es en base a las normas que determinan la forma en que debe dictarse la resolución es interna, pero si se emplearon otros elementos valorativos o de la experiencia o bien del sentido común, será justificación externa.

El discurso plasmado por el juez en su sentencia tiene que ser racional, por incluir todos los argumentos que tenga a favor de su decisión, que justifique el porqué de la manera en que resolvió, pues de no ser así, su argumentación es defectuosa.

Al modelo de decisión de Wróblewski le faltaría agregar un apartado consistente en determinar las pruebas y su valoración, aunque también es criticable por el orden en que dicho autor presenta su modelo, pues consideramos que lo primero por hacer para dictar una decisión sería, determinar los hechos del caso para después determinar la norma jurídica aplicable. No obstante, el orden de esos elementos no implica que sea incorrecto, pues es el modelo que siguen los jueces para llegar a su decisión.

¹⁴⁴ Loc. cit.

¹⁴⁵ Loc. cit.

7.2. Modelo de Kelsen:¹⁴⁶

Para la aplicación del derecho Kelsen hace referencia a que la decisión del tribunal representa una norma individual, creada sobre la base de una norma general, por lo que la sentencia es una norma individual dictada por el juez, en base a una norma general ya existente.

También comenta que los tribunales se encuentran ligados por normas generales que determinan el procedimiento en que sus decisiones han de fundarse, así como el contenido de las mismas, siendo posible que el orden jurídico autorice a los jueces a resolver a su libre arbitrio.

El autor en cita señala dos formas en que se puede resolver un asunto:

a) Para dictar una resolución judicial el tribunal tiene que establecer si el orden jurídico contiene o no la norma general invocada por el MP o por el particular que ha sido violada por el reo o por el demandado. Si el tribunal encuentra que la regla general es válida y que el reo o el demandado han cometido el acto violatorio, tiene el deber de decretar la sanción señalada por el ordenamiento jurídico.

Si no existe norma general que imponga la obligación, el tribunal puede actuar de dos formas: absolver al acusado o rechazar la demanda o bien declarar que el reo o el demandado tenían la facultad de actuar como lo hicieron.

b) Si no hay norma general que determine la obligación del reo o del demandado, el tribunal está autorizado para resolver discrecionalmente el caso: condena o absuelve al reo o al demandado, aún cuando falte la norma, lo que significa, según Kelsen, a crear para el caso concreto:

“la norma del derecho sustantivo que considere satisfactoria, justa o equitativa. En este caso el tribunal funciona como legislador”.¹⁴⁷

Más aún porque el contenido de sus resoluciones nunca se encuentra de forma exhaustiva en una norma preexistente del derecho sustantivo.

Kelsen¹⁴⁸ agrega que la decisión judicial puede crear una norma general y tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento, sino para otros análogos que los tribunales pueden estar obligados a resolver y así establece el uso de los precedentes como una decisión obligatoria en relación con la solución futura de todos los casos semejantes, pero sólo tienen ese carácter cuando no representa la aplicación de una norma preexistente del derecho sustantivo.

¹⁴⁶ Kelsen, op. cit., p. 171 y sgtes.

¹⁴⁷ Ibid, p. 173.

¹⁴⁸ Ibid, p. 177.

7.3. Modelo de Theodor Viehweg.

Este autor basa la solución de los problemas en la expresión griega “*topoi*”,¹⁴⁹ como puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad.¹⁵⁰

Se basa en Aristóteles y entiende por “*Tópica*”, como un procedimiento especial de discusión de problemas, que se caracteriza por el empleo de ciertos puntos de vista, planteamientos y argumentos generales, aceptados como estables, los “*topoi*”,¹⁵¹ que sirven para la discusión de un problema, por lo que tienden a esclarecerlo, pero también proporcionan la posibilidad de orientar el pensamiento como hilos conductores hacia la solución del problema.

La *Tópica* sirve para la solución de los problemas en base a suministrar datos para saber cómo hay que comportarse ante en una situación problemática en la que no se sabe cuál camino seguir, a fin de no quedar detenido y encontrar la solución, por ello, es una técnica del pensamiento problemático.¹⁵²

Dicho autor llama “*problema*”: a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme el cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución.¹⁵³

Esta forma de solucionar problemas la podemos aplicar en la conflictiva jurídica, de tal manera que para llegar a la decisión, el juez tendrá que analizar primero en qué consiste el problema a resolver, entenderlo y después buscar la solución, en base a las razones a favor o en contra de la mejor solución y es aquí donde se utilizan los *topoi* jurídicos que son argumentos a los que se recurre para la solución de problemas jurídicos y que cuentan con la aceptación general. Viehweg indica que en el derecho civil romano, los *topoi* jurídicos tomaron la forma de resoluciones del caso a resolver.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Lugares, se emplea esta palabra porque según Aristóteles para acordarse de las cosas es importante recordar el lugar donde se encuentran: un lugar no como espacio o sitio, sino como el origen de una asociación de ideas, la fuente de los recuerdos y también se puede decir en que lugar de nuestra memoria se guardan nuestros conocimientos para traerlos en la solución de un problema.

¹⁵⁰ Viehweg Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964, p. 38

¹⁵¹ *Ibid*, p. 33 y sgtes. Véase también las distintas definiciones de *topoi* que proporciona Barbieri Javier H. *De los tópicos a las sentencias*. Publicado en La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación. Coordinadores Francisco Puy Muñoz y Jorge Guillermo Portela. Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 146 y sgtes.

¹⁵² *Ibid*, p. 49.

¹⁵³ *Ibid*, p. 50.

¹⁵⁴ Véase los ejemplos del capítulo IV La *tópica* y el *ius civile*, p. 65, de la obra de Viehweg citada.

La idea de la tónica para solucionar un problema es proceder de un modo simple, se toman por vía de ensayo, en arbitraria selección, una serie de puntos de vista que puedan dar las premisas adecuadas para proporcionar la respuesta al caso, y después se hace una investigación más precisa hasta encontrar determinados puntos de vista directivos que sirvan para motivar la solución del asunto.

La teoría de Viehweg, se basa en considerar a la Jurisprudencia no como la realización de principios jurídicos generales, que han hallado expresión en las leyes, sino en la resolución justa, siempre adecuada a la cosa, del caso particular, por lo que la jurisprudencia sólo puede satisfacer el propósito de lo que es “*lo justo aquí y ahora*”¹⁵⁵ si se procede “*tópicamente*” y no de manera deductiva-sistemática, con la que no esta de acuerdo por ser insuficiente el modo de pensar axiomático-deductivo en el campo de la jurisprudencia.

La concepción de Viehweg de lo que él llama lo “*justo aquí y ahora*”, no es clara, debido a que si lo entendemos como la solución dada por el juez en el momento en que se dicta, si es entendible, porque se basó en las circunstancias que se presentaron en ese momento, pero si más adelante se presenta un caso similar y no se resuelve con los *topoi* utilizados en el primer caso, entonces ya no fue justo en el aquí ni en el ahora.

Podemos aplicar la tónica de Viehweg para la solución de los problemas jurídicos, por existir los tópicos jurídicos que se encuentran establecidos en la jurisprudencia, y son los criterios que en ella se establecen, pues el sistema tónico proporciona al jurista una recopilación de puntos de vista (*topoi*) de carácter específico para la disciplina del derecho, pero las cosas no son así de simples, pues la propia jurisprudencia contiene contradicciones, por lo tanto, se tienen que buscar los parámetros adecuados que sirvan para dar solución al conflicto planteado.

Con independencia de los anteriores comentarios, en definitiva, la tónica si puede ofrecer un modelo para solucionar conflictos, sólo que tenemos que encontrar los puntos de vista aplicables al caso a resolver, tomando en consideración que el juez por lo general utiliza el derecho positivo para dictar una resolución “*justa*”, pues se atiene a las reglas y principios de valoración subyacentes a tal derecho.

7.4. Modelo de Stephen Toulmin.

Aún cuando en su libro “*Los usos de la argumentación*” señala que su propósito es plantear problemas no solucionarlos¹⁵⁶ sí lo podemos tomar como referencia para establecer el modelo que utiliza para solucionar conflictos, ya que

¹⁵⁵ Ibid, p. 128.

¹⁵⁶ Toulmin Stephen E., *Los usos de la argumentación*, trad. María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona Península, 2007, p. 17.

contiene distintos elementos justificativos de las decisiones que se pueden aceptar como base para dictar una sentencia.

Los puntos principales en los que basa sus opiniones son:

1. La idea de rechazar, por confuso, el concepto de “inferencia deductiva”, por lo que evita deliberadamente términos como <<lógica>>, <<lógico>>, <<necesariamente lógico>>, <<deductivo>> y <<demostrativo>>, pues llevan consigo una carga de asociaciones en la teoría lógica que puede prejuzgar la investigación.¹⁵⁷

2. Toma como modelo la disciplina de la jurisprudencia generalizada, ya que los argumentos pueden compararse con las demandas judiciales y las afirmaciones que se realizan y argumentan en contextos extralegales, con afirmaciones hechas ante los tribunales, por lo que según Toulmin:

“Una de las tareas capitales de la jurisprudencia es caracterizar los elementos esenciales del proceso legal, los procedimientos o trámites por medio de los cuales las demandas se presentan ante la ley, se debaten y se determinan, así como las categorías en que esto se lleva a cabo”.¹⁵⁸

3. Su investigación dice que podría llamarse <<el proceso racional>>, debido a que los trámites y categorías que se emplean para que las afirmaciones en general puedan ser objeto de argumentación y el acuerdo final sea posible, por tanto:

“...los procesos judiciales son sólo una clase especial de debates racionales en los que los procedimientos y reglas de la argumentación se han fosilizado el convertirse en instituciones”.¹⁵⁹

4. Estudia la naturaleza del proceso racional teniendo en cuenta la <<analogía jurídica>>, la *prudentia*, no simplemente del *ius*, sino de manera más general de la *ratio*.

Refiere que un argumento sólido, una afirmación bien fundamentada y firmemente respaldada, es el que resiste la crítica, aquel para el que se puede presentar un caso que se aproxima al nivel requerido, si es que ha de merecer un veredicto favorable.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Ibid, p. 24.

¹⁵⁸ Ibid, p. 24-25.

¹⁵⁹ Ibid, p. 25.

¹⁶⁰ Loc. cit.

Para Toulmin;

“quien formula una aseveración está formulando una pretensión”.¹⁶¹

Misma que consiste, en hacerle caso o bien en creer lo que esta diciendo, si esto lo adecuamos a la actividad del juez cuando emite una sentencia, el juzgador nos tiene que convencer de que los argumentos utilizados son los correctos, que sus afirmaciones son las adecuadas, por estar basadas en los hechos y en el derecho aplicable, de tal manera que se confíe en sus palabras, por eso, el valor de una decisión depende de los méritos de los argumentos que puedan aducirse en su apoyo, como son: su fundamento o razones en que se basa, en los hechos narrados por las partes, en las pruebas aportadas, y en el derecho utilizado.

Con posterioridad pone su atención en el orden natural en el que se manifiesta la justificación de una conclusión, y comienza por la presentación del problema, nosotros a esta primera le llamaríamos la “formulación del problema”, que el Juez determine cuál es el problema planteado por las partes, que requiere la intervención del órgano jurisdiccional, y una vez establecido, según Toulmin, plantearse una pregunta, que en nuestra opinión sería: ¿es posible condenar a la demandada a las prestaciones exigidas por el actor?.

Determinada la cuestión a resolver se pasa a la segunda etapa, que es proporcionar una solución posible y buscar los argumentos justificatorios que la respalden. Si se tiene una probable solución como una posibilidad, es factible dedicarle tiempo y reunir datos o pruebas o el respaldo que puede aducirse en su favor o en contra.

Las opiniones del autor en cita, nos permiten hacer los siguientes comentarios:

Al empezar a resolver el caso, el juzgador, puede considerar diferentes propuestas que después alcanzar el título de <<solución>>, ante eso, entonces tiene la posibilidad de elegir una propuesta.

Las posibilidades que se presentan en la solución de los asuntos se escogen en base a la seriedad o fuerza que representen, y así se invierte el tiempo y se reflexiona cual de esas posibilidades tiene un mejor fundamento, tomando en consideración, los datos, pruebas, argumentos de las partes, artículos aplicables y la propia preparación del juzgador. Esta etapa consiste en establecer las posibles soluciones.

Con toda la información que tiene el juez ya puede descartar de las posibles soluciones, aquellas que no tiene fundamento ni credibilidad, por lo que unas son más valiosas que otras, unas dan más confianza que otras, y la hacen más probable, y así se llega a una sola propuesta como la única aceptable.

¹⁶¹ Ibid, p. 29.

El juez tiene en sus manos distintos factores que en la práctica (al dictar su sentencia) hacen una decisión (conclusión) posible, probable o verdadera, o por otro lado, un argumento débil, sólido o concluyente, nos referimos a los datos que constan en el expediente, que al analizarlos el juez va a determinar cuáles le sirven y cuáles desecha, todo con la idea de llegar a una convicción por ser la base de la sentencia que emite.

Los argumentos empleados por el Juez en su sentencia, deben poseer una estructura determinada y ser expuestos y presentados de acuerdo con una secuencia, un orden de manera que cumplan con un procedimiento, lo que va a permitir afirmar que tal resolución es racional.

Lo anterior da pauta para comentar sobre las “formalidades de la sentencia”, que al cumplirse harán más eficiente la misma, y si es recurrida podrá hacer posible una evaluación, aunque esta no sólo la haga el tribunal de alzada, sino también las partes, el ganador podrá evaluar la resolución, saber con precisión el porqué obtuvo sentencia favorable y el perdedor conocerá, los elementos argumentativos, del porqué perdió.

La validez de los argumentos que puede utilizar un Juez, se basa en el apego que estos tengan en las normas jurídicas, utilizadas, y en la jurisprudencia aplicable, cuando no sea así, se basarán en los principios generales del derecho que se empleen, pero se tendrán que dar las razones suficientes y necesarias para explicar el porqué se utilizaron y su aplicación, no sólo basta decir que se resolvió en base a tal o cual principio, sino se deberá justificar su empleo.

La validez de los argumentos depende de la base que se tome para su formulación, en las normas, en la doctrina, y en la jurisprudencia.

La forma de los argumentos según Toulmin.¹⁶²

La estructura de los argumentos de una sentencia debe estar compuesta por distintas fases, de manera que se pueda apreciar su progreso desde el inicio acerca del problema a resolver hasta la conclusión.

Cada fase representará las unidades anatómicas principales del argumento, pero dentro de cada párrafo cuando se desciende al nivel de las oraciones individuales se pueda reconocer una estructura más sutil:

“Es en este nivel fisiológico donde se ha introducido la idea de la forma lógica, donde la validez de los argumentos que presentamos ha de ser finalmente establecida o refutada”.¹⁶³

¹⁶² Ibid, p. 129 y sgtes.

¹⁶³ Loc. cit.

Opina Toulmin que el mismo argumento puede exponerse de formas distintas y alguno de esos esquemas de análisis serán más transparentes que otros, pues algunos mostraran de modo más explícito si el argumento es válido o no, dejando de ver con mayor claridad cuáles son las razones en que se apoyan y su peso en las conclusiones y aquí es donde debemos preguntarnos, ¿cómo presentar un argumento para saber si es válido?.

Para Toulmin en el modelo legal, para determinar la validez de un argumento depende si sigue las formalidades determinadas en la ley (Ej. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes, motivadas y fundamentadas).¹⁶⁴

Dentro de un caso legal, existen distintas proposiciones a considerar para su resolución, para que un juez determine la validez de una demanda y dicte sentencia si el actor tiene la razón o no, tendrá que tomar en cuenta, desde la propia reclamación, las pretensiones del contrario (la contestación de la demanda), las pruebas aportadas, las interpretaciones legales, la jurisprudencia, la doctrina, y todo ello, no se puede adecuar a la forma del silogismo, sino que es más complejo, ante lo cual tenemos que buscar otra forma de presentar todos los argumentos que se requieren para dictar una sentencia.

No descartamos la exposición de los argumentos desde un punto de vista lógico, pero también tenemos que considerar que los argumentos en un proceso legal requieren de una exposición más sofisticada, pero a la vez simple y transparente, esto nos lleva a preguntarnos:

¿Cómo debe un Juez presentar argumentos judiciales?

¿Cuál es el procedimiento para elaborar un argumento judicial?

Para dar respuesta a tales cuestionamientos tenemos que tratar el:

Esquema de un argumento.

Al realizarse una aseveración, conlleva una afirmación, se tiene que apoyar, para probarla y demostrar que está justificada, para conseguir esto, por lo general se dispone de hechos, que podemos señalar para apoyarla, y estos representan la base sobre la que descansa nuestra afirmación, pero cómo lograr ese objetivo, un elemento sería presentar el argumento con el mayor detalle y explicitud posible.

El esquema para los argumentos es una sentencia se compone de los siguientes elementos.

Siempre en un juicio existen datos, aportados tanto por el actor como por el demandado, (si es que contesto la demanda), supongamos que sí realizó esa actividad de dar respuesta a la demanda, entonces tenemos “datos”.

¹⁶⁴ Ibid, p. 130.

El dato sería: soy propietario de la casa (inmueble) lo acredite con la escritura (E), el demandado afirma me lo vendió Z, por lo que yo soy el propietario, la problemática sería, determinar quién es el legítimo propietario para declararlo y entregarle el inmueble, por ejemplo: verificar si la escritura está inscrita en el Registro Público de la Propiedad, quien le vendió al actor, si Z lo podía vender, si hubo testigos, qué dijeron, etc., y todos esos datos, no van a llevar a una conclusión.

Para llegar a esa conclusión, debemos establecer un puente entre los datos y la conclusión, realizar explicaciones para cubrir ese puente, pero de manera transparente y explícita para no dejar dudas del porqué se llegó a la conclusión, y aquí se tiene que utilizar todos los conocimientos de derecho que se tengan al alcance.

Desde el momento que se tiene a la vista el expediente y lo analizó el juzgador, ya se forma la conclusión, o la decisión, y sabe quién tiene la razón, el problema es cómo justificarla: entonces se tiene que realizar un análisis de todos los hechos, los datos con que se cuente, y realizar un estudio de las pruebas para saber si éstas son la base de los datos, y si lo son, entonces, justificarán la conclusión, si no, se absolverá al demandado, por tanto, el resolutor tendrá que verificar con qué datos cuenta y con qué pruebas, para llegar a la conclusión.

Toulmin, hace referencia a la “*garantía*” como la afirmación que sirve de base a los datos e indica:

“la garantía es, en cierto sentido, incidental y explicativa, pues su objetivo consiste simplemente en registrar explícitamente la legitimidad del paso dado, poniéndose en relación con la clase más amplia de pasos cuya legitimidad se presupone”.¹⁶⁵

Las “*garantías*” en una sentencia, serían las pruebas, pues estas, le dan validez a los argumentos.

“la distinción entre datos y garantías es similar a la que se traza en los tribunales entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho; la distinción legal es, en realidad, un caso especial dentro de otro más general”.¹⁶⁶

Existen asuntos mucho más complejos, en los cuales tenemos que agregar otros elementos, como excepciones o refutaciones, y en estos casos, el esquema se hace más elaborado, sin embargo, se resolvería de la misma forma, con sencillez, la idea es el separar cada elemento para darle respuesta por separado, con un dato, conclusión y una garantía, así responder a cada excepción o refutación, de cualquier forma se llega a una decisión por ejemplo: se tiene el dato de que el

¹⁶⁵ Ibid, p. 136.

¹⁶⁶ Loc. cit.

demandado cuenta con un contrato de compraventa del inmueble, la conclusión sería si ese contrato es válido, con quién lo celebró y cuándo, qué garantías se tienen para justificarlo, si no se poseen pruebas entonces desestimar ese argumento, si se tienen, sopesar, qué título tiene más valor, el del actor o el del demandado, que pruebas se ofrecieron y desahogaron para justificar eso, y depende de las mismas, el valor que se les va a otorgar.

Toulmin agrega a su esquema otro elemento que lo llama “*respaldo*” y lo refiere como otras certezas, que están detrás de las garantías, como un apoyo a éstas. El respaldo para las garantías puede expresarse en forma de enunciados categóricos sobre hechos.

“Aunque los hechos relativos al artículo legal pueden proveer todo el respaldo necesario para una garantía de este tipo, el enunciado explícito de la garantía es algo más que la repetición de los hechos aducidos: es una moraleja o consecuencia general de carácter práctico sobre la manera en que se puede argumentar con seguridad a la vista de esos hechos”.¹⁶⁷

En conclusión, el método de Toulmin, lo podemos resumir en que los argumentos se pueden expresar de la siguiente manera: dato, garantía, respaldo, conclusión y si se expresa con claridad es completamente válido.

8. Propuesta de modelo:

Si las opiniones antes descritas de los distintos autores las compaginamos y adecuamos de manera uniforme, podemos obtener un método para el dictado de una sentencia, que se conformaría de los siguientes pasos:

1. Análisis de los hechos narrados por las partes en su demanda, contestación, excepciones y en su caso reconvenición y contestación a ésta.
2. Determinar la controversia jurídica a resolver.
3. Elección de la norma aplicable. El juez ante el problema, se puede hacer la pregunta cómo resolverlo, qué elementos tiene en su saber para solucionarlo, o bien al presentarse una laguna o incoherencia en las normas, indicar cuál sería la posible solución.
4. Análisis de las pruebas aportadas, si cumplieron con las formalidades de ley y si sirven como soporte para la justificación de los hechos.

¹⁶⁷ Ibid, p. 143.

5. Hacer una selección de las suposiciones que son plausibles para la solución, para formular una propuesta, estableciendo los nexos entre los hechos relevantes y las posibles respuestas, a ésto se le llama “*hipótesis normativa*”, que sirve de apoyo para contestar el problema planteado, en base a las normas jurídico positivas que se tienen al alcance, si se identifica con ellas, el caso está resuelto, sino, podemos hacernos la pregunta si está incluida en el derecho positivo, de no ser así, entonces tendremos que buscar otra respuesta o hipótesis

Estos tres últimos puntos se pueden traducir en uno sólo: Soportes racionales para la aplicación del derecho.

6. Elaborar un proyecto de sentencia para verificar si es consistente con el análisis que se realizó de los hechos y las pruebas. Si no lo es, se podrían realizar los ajustes pertinentes. El propio juez podrá realizar un examen de su sentencia y si le encuentra errores, vicios o defectos, tendrá lugar las correcciones adecuadas.

7. Antes de emitir el fallo, se tendrán que determinar las posibles consecuencias que traería el mismo, para establecer si son acordes o no con la propia resolución.

8. Emisión del fallo.

Consideramos que todos los jueces, en la solución del caso, tienen una aspiración, o suponemos que la deben tener, que es la de resolverlo “justamente”, esto se desprende de la idea de que el orden jurídico se rige por la exigencia de la obligación de justicia.

“El juez civil entiende por una resolución “justa” del caso aquella que rinde cuenta de la petición justa de ambas partes, que establece un ponderado equilibrio de intereses”.¹⁶⁸

El fallo que emite el juzgador debe de ajustarse al orden jurídico, de manera que la justicia sea la meta a perseguir dentro de la actividad judicial.

8.1. Desarrollo de la propuesta.

Una vez que el juzgador tiene el expediente a su vista, pasa al análisis de los hechos, llámese “revisión previa de la demanda” o “examen de apreciación del caso”, que incluye la contestación de demanda, por lo que se realiza una revisión en conjunto, qué afirmó el actor y qué señaló el demandado.

¹⁶⁸ Larenz, op. cit. p. 345.

8.1.1. Análisis de los hechos.

Los hechos son los acontecimientos que dieron origen a la controversia planteada por las partes, y de su apreciación por parte del juez, comienza una operación mental para darse una idea de lo pedido por los contendientes, y determinar “*en qué consiste el problema a resolver*”, es lo que se llama “*la relación de causa*” o la “*quastione facti*”.

“Esta premisa no es un simple enunciado descriptivo de un acontecimiento: es el resultado de una operación judicial mediante la cual se califican unos hechos, en el sentido de determinar que constituyen un caso concreto del supuesto de hecho abstracto en que sean de subsumir; y esa operación de calificación jurídica de los hechos tiene naturaleza normativa”.¹⁶⁹

La calificación a que se refiere ese comentario, consiste en subsumir el supuesto de hecho concreto (caso), en el campo de aplicación de una norma y lo que resulta es el enunciado normativo.

Lo primero que hace un resolutor, es estudiar los hechos, interpretarlos, determinar el hecho real y llevarlo al plano jurídico. Examinarlos y clasificarlos para determinar cuáles son relevantes para establecer el problema a resolver. Si bien es cierto lo proporcionan las partes, el actor en su demanda y el demandado en la contestación, también lo es que sucede que los litigantes, en ocasiones no lo señalan con claridad.

Ante esa situación, no es fácil decidir sobre los hechos, pues al juez le llegan en base a la narrativa que plantearon las partes, que puede estar distorsionada, luego entonces, el juez tiene que emitir un juicio de valor, porque en base a las pruebas que aporten las partes podrán justificar sus hechos, lo que significa que el juez debe adquirir convicción y es aquí donde vierte sus argumentos para explicar cuáles son los hechos que va a tomar en cuenta para decidir. De tal manera que la interpretación de los hechos por el juzgador va a depender de la forma en la que las partes vierten esos hechos y los prueban.

Lo que analiza el juez no son hechos observables, porque ya acontecieron, sino ante su vista tiene las declaraciones o enunciados que le proporcionan las partes que serán probados o refutados por las pruebas que se ofrezcan, al respecto Taruffo, concluye:

¹⁶⁹ Gascón Abellán Marina, *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*, 2ª. ed. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 48.

“en el proceso <<el hecho>> es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado”.¹⁷⁰

De ahí que son los enunciados sobre esos hechos, que se exponen en la demanda y/o contestación, los que sí deben corresponder con la realidad (con el hecho que ha ocurrido en el pasado) para poder ser calificados de verdaderos.

El juez no puede acceder al hecho real, por pertenecer al pasado y sólo quedó plasmado en la mente de las partes quienes lo exponen al juez, los acontecimientos le llegan distorsionados y es con los mecanismos procesales la única forma que tiene para apreciarlos, por lo que:

“El juez es un consumidor de hechos de segunda mano”.¹⁷¹

Entonces, los hechos llegan al juez de manera distorsionada, lo que le impide identificar el hecho real con el hecho jurídico, ya que los conoce por la vía secundaria, pues se los presentan las partes por conducto de sus abogados quienes son los que los redactan en la demanda o contestación y sólo considera los que son probados. Además debemos tomar en cuenta que el propio juez puede apreciar de otra forma los hechos, lo que trae como consecuencia que se aleje de la verdad real, pero a fin de cuentas, esos hechos constituyen el objeto sobre el que va a calificar de manera jurídica.

“De este modo, el relato originario, el “hecho-bruto”, será en parte abreviado y en parte completado hasta que el hecho definitivo contenga, no sólo aquéllos, sino todos los elementos del suceso real que son importantes en relación con las normas jurídicas posiblemente aplicables. El hecho (definitivo) es así el resultado de una elaboración mental, en la que el enjuiciamiento jurídico ya ha sido anticipado”.¹⁷²

Tal opinión quiere decir, que el juez dentro de la totalidad de las circunstancias de hechos, que las partes le ponen a su disposición, elige sólo aquellos que considera como elementos calificadores que van a tener relevancia para los efectos de la decisión.

“Con miras al fallo, los hechos no pueden determinarse útilmente más que a la luz de un principio de derecho, de una calificación jurídica preconcebida. Las reglas del derecho sólo adquieren sentido a través de la visión de especies concretas, mediante la previa concepción de una esfera de hecho que aquéllas rigen. La confrontación del hecho y del derecho que el fallo implica, exige un

¹⁷⁰ Taruffo, *La prueba...*, op. cit., p. 114.

¹⁷¹ Ezquiaga, *La argumentación...*, op. cit., p. 504.

¹⁷² Larenz, op. cit., p. 273.

vaivén del pensamiento del juzgador, un ir y venir de hecho al derecho y del derecho al hecho”.¹⁷³

Una vez que el juez determina los hechos, ya se puede dedicar a buscar la *quaestio iuris* para individualizarla con precisión, esto es así debido a que la situación abstracta contenida en la norma a aplicarse constituye el criterio de selección de los “hechos jurídicos” del caso particular a resolver.

Respecto de los hechos, el juez tiene tres limitaciones:

a) Los hechos los conoce por conducto de otras personas, como son: las partes, los abogados, los testigos, los peritos, quienes pueden cambiar los hechos de acuerdo a sus intereses, por lo que pueden ser contradictorios entre sí.

b) Al juez se le prohíbe tomar en cuenta hechos que no le presentan las partes. Esto se debe a que tiene que guardar la imparcialidad.

c) Para dictar sentencia el juez sólo tiene la posibilidad de tomar en cuenta los hechos probados. Es aquí donde por medio de las valoraciones que realiza tiene la posibilidad de apreciarlos. Esto nos da la pauta para comentar que el juez en la apreciación de los hechos utiliza la presunción, ya que como no recibe los hechos de primera mano, por ser imposible, entonces, tiene que valerse de presumirlos ciertos, porque fueron probados, aunque sabemos que admite prueba en contrario.

El conocimiento de los hechos por parte del juzgador se desarrolla a través de procedimientos jurídicos probatorios o reglas procesales que se encuentran en la ley, por las que se comprueban los hechos objeto del debate. El juez como no ha tenido acceso directo a los hechos, las partes tendrán que aportar las pruebas necesarias para justificarlos, y cuando eso sucede es el juzgador, quien en su sentencia, por medio de enunciados, declara que un hecho ha sido “*probado o demostrado*”.

Una vez que se establecieron los hechos y se declara que con las pruebas aportadas quedaron acreditados, con dicha afirmación se garantiza que la actuación del juez no fue arbitraria sino que cumplió con las consecuencias previstas por la ley al producirse un supuesto de hecho declarado como probado, por tanto:

“la coherencia no *constituye* la verdad pero la *garantiza*. Y quizás sea la garantía más importante que puedan exhibir los relatos históricos, ya que la verdad de éstos no es susceptible de

¹⁷³ Donnedieu de vabres H., prefacio del libro: *Las resoluciones judiciales*, de Francois Gorphe, México, TSJDF, 2002, p. 3.

justificarse mediante la *verificación* (porque, repito, no hay modo de confrontar directamente lo narrado con lo sucedido)...”¹⁷⁴

Al no estar en posibilidad física ni material de verificar los hechos, lo que le resta al juez es exponer en su sentencia la valoración de las pruebas y el juicio sobre los hechos, o sea, motivar los hechos, entendida esta motivación como la exposición del razonamiento justificativo por el cual el juez declara los hechos como probados, por eso la motivación de los hechos también es necesaria, y esto va a traer como consecuencia la garantía de racionalidad de la sentencia.

En consecuencia, los hechos son materia de juicios de valor, que también el juez realiza cuando hace la calificación jurídica de estos acontecimientos en relación con las norma a aplicar, pues recurre a apreciaciones personales, morales, legales o en base a principios jurídicos.

“Para poder enjuiciar jurídicamente el hecho tal como ha sucedido, el que enjuicia tiene que darle antes la forma de un enunciado, en el que recoja todo aquello (y sólo aquello) que pueda ser relevante para el enjuiciamiento jurídico. Lo que es relevante para el enjuiciamiento jurídico se obtiene de las normas jurídicas posiblemente aplicables al hecho”¹⁷⁵

La calificación jurídica de los hechos es el resultado de un complejo procedimiento mental que realiza el juez, en base a su criterio y experiencia, pues toma en cuenta diversas directrices que norman su opinión respecto de esos acontecimiento, entre las que están: formula distintas hipótesis respecto de los hechos, elige la que más se apega a la decisión por tomar y considera los más creíbles, en base a su experiencia o a su sentido común.

8.1.2. Determinar el problema.

El juez cuando ha adquirido experiencia y es perspicaz capta la problemática del litigio, desenreda el nudo de la controversia y no se deja engañar por las maniobras de los abogados que pretenden desviar el conflicto, por tanto, determina cual es el problema jurídico a resolver.

El juez ante el problema, se puede hacer la pregunta cómo resolverlo, qué elementos tiene en su saber para solucionarlo, o bien al presentarse una laguna o incoherencia en las normas, indicar cuál sería la posible solución.

¹⁷⁴ Igartua Salaverría, Juan, *La motivación de las sentencias, un imperativo constitucional*, Madrid, CEC, 2003, p. 185.

¹⁷⁵ Larenz, op. cit., p. 274.

Hacer una selección de las suposiciones que son plausibles para la solución y formular una propuesta, estableciendo los nexos entre los hechos relevantes y las posibles respuestas.

El juzgador ante una situación a resolver, tendrá que determinar si los hechos descritos por las partes, son relevantes, esto es, si están calificados desde un punto de vista jurídico, para después determinar la norma aplicable. Esos dos momentos de la actividad judicial, son sucesivos, se llevan a cabo en un mismo proceso jurisdiccional, pero no están en la norma general vigente, sino lo realiza el juzgador.

“La determinación de los hechos y su calificación, el hallazgo de la norma pertinente, la individualización del sujeto titular de derechos subjetivos, la individualización del sujeto titular de deberes jurídicos, la concreción de la obligación, la consistencia y monto de ella, la fijación del plazo perentorio en que debe ser cumplida, y la especificación de la modalidad de la sanción, son puntos que no están comprendidos en la norma general, y que no pueden estarlo”.¹⁷⁶

8.1.3. Elección de la norma aplicable al hecho.

Una vez que el juez tiene determinado el “*hecho*”, ahora tendrá que elegir la disposición legal aplicable al caso, por lo que lleva a cabo una elección, y es aquí donde tendrá que conocer el ordenamiento jurídico y buscar de un conjunto de normas la que considere aplicable a los hechos analizados.

Taruffo le llama “*individuación de la norma*”, y significa la elección entre diferentes hipótesis posibles de la *ratio decidendi* que será utilizada para la solución global de la litis.¹⁷⁷

No sólo se trata de elegir una norma sino de una globalidad de normas que pudieran utilizarse para resolver los distintos aspectos del conflicto, tomando en consideración las características peculiares de los hechos sobre los que va a recaer la decisión. La elección se podrá llevar a cabo de acuerdo con criterios cognoscitivos o bien valorativos.

El criterio cognoscitivo se refiere a tener con claridad la norma aplicable porque ya se conoce su contenido, y esto sucede en la solución de los casos llamados “*fáciles*”, en los que no se requiere de ninguna interpretación, debido a que la norma es clara, y se aplica el silogismo, como una operación automática o mecánica de la ley: tenemos la N, que se aplica al hecho H1, y tiene la

¹⁷⁶ Recasens, Siches Luis, *Tratado de Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1983, p. 315.

¹⁷⁷ Taruffo, *La motivación...*, op. cit., p. 210.

consecuencia C1, y se dice: como el H1 ha sido probado produce la consecuencia C1.

Pero las cosas no son tan sencillas, en casos más complicados se pudieran tener distintos supuestos, por ejemplo: el hecho se puede interpretar de diferentes maneras: la existencia de dos normas a aplicarse a un mismo caso y las consecuencias serían diferentes, o bien la norma puede ser interpretada en dos sentidos lo que hace también consecuencia diferentes, o no existe norma aplicable al caso, por lo que se tiene que recurrir a la interpretación, y muchos más en donde el juez es quien tienen que recurrir a valoraciones, para resolver el caso.

No obstante, el hecho, la norma y las consecuencias, están íntimamente relacionados y el juez para resolver la problemática que se le presenta, tendrá que utilizar sus propias valoraciones, que podrá obtener de los métodos de interpretación que conozca, para que en base a ellos, logre elegir la norma aplicable.

“Cuando el juez carece de puntos de referencia objetivos, se verá reducido a un juicio valorativo subjetivo, y en caso de vacilación a una determinación de la voluntad arbitraria”.¹⁷⁸

En estos casos, el juez tiene un amplio margen de maniobra, ya que puede interpretar la ley con mayor libertad o encontrar puntos de apoyo en concepciones dominantes del derecho, en la jurisprudencia y en base a su experiencia. La función del juez en este apartado es buscar un criterio adecuado para resolver la controversia, lo que permite afirmar que un paso para llegar a la decisión es llamado: “elección de la norma aplicable al caso concreto”.

Para concluir este apartado podemos expresar: en una decisión jurídica siempre se van a presentar dos cuestiones:

Primero: la determinación de los hechos, el juez tiene que establecer que acontecimientos, de los narrados por las partes son los relevantes para solucionar el caso y,

Segundo: el contenido de la norma a aplicar y la decisión a tomar, va a consistir en que los hechos pertenecen a la categoría de eventos cubiertos por la norma.

¹⁷⁸ Gorph., op. cit, p. 62.

8.1.4. Examen de las pruebas aportadas, su valoración.

Una vez que el juez se formó una idea del caso a resolver, (hipótesis de trabajo), hace un análisis de los elementos probatorios aportados por las partes, para justificar esa hipótesis, y determina las pruebas que le sirven para ello.

En esta etapa el juzgador actúa como un verdadero investigador, pues al tener los hechos relevantes para su decisión ahora lo que ha de realizar, es el análisis de todas las pruebas aportadas por las partes, para elegir las que crean ánimo en su convicción para decidir: compulsar documentos, revisar las declaraciones de los testigos, analizar los peritajes, revisar las declaraciones de las partes y determinar el valor probatorio de estos elementos de prueba.

“El procedimiento probatorio judicial va encaminado a poder afirmar que ciertos hechos *son verdaderos*”.¹⁷⁹

Por “*verdadero*” entendemos que los hechos descritos han tenido lugar, y en la sentencia encontramos la expresión “hechos probados”, lo cual significa que para el juez, con las pruebas aportadas se justificaron los hechos.

Para que se este en la posibilidad de afirmar sobre la verdad de los hechos se tiene que pasar por la demostración de que las hipótesis de los mismos se adecuan a lo que ha ocurrido en realidad, para lo cual se requiere la aportación de las pruebas, ya que:

“probar un hecho significa convalidar, sobre la base de los datos probatorios disponibles, una de las hipótesis referentes a aquél hecho”.¹⁸⁰

Por tanto, las pruebas son los elementos que sirven para confirmar la hipótesis sobre el hecho y el enunciado que dicte el juez al respecto constituye la premisa para llegar a la conclusión de la aceptación de la hipótesis sobre el hecho, recordemos que una vez probada la hipótesis pasa a ser la tesis.

Los elementos probatorios que tienen a su alcance las partes son los medios de conocimiento probable, que le permiten al juez llegar al conocimiento de los hechos, y tener la certeza o bien un alto grado de probabilidad de lo que realmente sucedió y en base a lo probado dictar sentencia.

Para llegar a la verdad de los hechos Marina Gascón Abellán¹⁸¹ hace alusión al modelo cognostivista y señala tres notas que caracterizan a un modelo de prueba de los enunciados sobre los hechos.

¹⁷⁹ Gascón Abellán, *Los hechos*, op. cit., p. 53

¹⁸⁰ Igartua, op. cit., p. 148.

Primero: probar un hecho significa comprobar la verdad del enunciado que afirma la existencia de ese hecho. Segundo: acudir a un concepto semántico de la verdad, en concreto, al concepto de correspondencia o adecuación, siendo insuficientes otros conceptos como el de la coherencia o el de la aceptabilidad justificada. Tercero: el criterio de verificación de los enunciados debes ser el de la contrastación empírica, de lo cual deriva una exigencia para el derecho sustantivo, en el sentido de que:

“en la formulación del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados de los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante contrastación empírica (directa o indirectamente)”.

Cuando se aportan pruebas para justificar la verdad de la hipótesis se podrá fundamentar y afirmar que la hipótesis es verdadera y para conseguir esto, dependerá de la cantidad y calidad de los elementos probatorios necesarios que se aporten en el proceso, en tal virtud, el grado de confirmación o justificación de una hipótesis de los hechos, y aceptarla como una verdad aceptable, depende de las pruebas que se hayan desahogado dentro del proceso y del valor que el juzgador les atribuya.

Al respecto opina Taruffo:

“El grado de aceptabilidad de la prueba se determina mediante una serie de presupuestos y de inferencias realizadas por el sujeto que utiliza la prueba, sobre la base de las cuales establece el grado de credibilidad racional de la proposición que constituye el elemento de prueba”.¹⁸²

Si bien en materia civil existe la valoración preconstituida o tasada de algunas pruebas como la documental pública, existe también la libre apreciación,¹⁸³ que de ninguna manera quiere decir apreciación arbitraria. No se puede limitar la conducta del juez respecto del valor de las pruebas, por no ser constante, pues varía dependiendo de cada caso y sólo puede ser determinado en concreto de acuerdo con las circunstancias del conflicto y de la forma en que el juez las examine.

La libre convicción de las pruebas implica un análisis de los hechos en conjunto con las pruebas y requiere de todos los conocimientos del juez para emitir su fallo, por tanto, se tiene que alejar de sentimientos y criterios ficticios, que no conducen a la verdad ni a la justicia.

¹⁸¹ Gascón Abellán Marina, *La racionalidad de la prueba*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, No. 45, primer semestre, 2000, p. 609.

¹⁸² Taruffo, *La prueba...*, op. cit., p. 260-261.

¹⁸³ Véanse los artículos 402 y 403 del CPCDF.

“Su convicción no debe ser una impresión subjetiva o una creencia ciega, sino una determinación crítica, depurada y, en cierto modo impersonalizada”.¹⁸⁴

Las pruebas son procedimientos regulados y admitidos para convencer a los jueces de la verdad de los hechos narrados en la demanda y contestación, de los cuales dependen las consecuencias jurídicas. Las partes tienden a hacer efectiva esa convicción.

La convicción resulta de las explicaciones y del análisis de las pruebas aportadas en el procedimiento, y el artículo 402 del CPCDF, señala las instrucciones que debe tomar en cuenta el juzgador, pero no obstante, esa convicción requiere que sea motivada y razonada. Gorphe¹⁸⁵ la define como una adhesión firme al reconocimiento de esa verdad como suficientemente probada. Constituye un estado intermedio entre la creencia, por la cual suele comenzar, y la certeza, que tiende a alcanzar.

La convicción es el reconocimiento de una cosa como verdadera, que con las pruebas se justifiquen los hechos, pero apoyándose en motivos sólidos, de tal manera que los hechos y las pruebas sometidos al juicio del juez produzcan seguridad de que efectivamente acontecieron esos hechos para ser materia de la aplicación de la ley.

En un tribunal colegiado la convicción se expresa en forma de opiniones de sus miembros, cada uno de ellos emite su opinión individual que admite posibilidad de error y la expresa con cortesía ante los otros jurados y deliberan cuando ya están seguros, en ocasiones depende de su estado de ánimo necesitado de oír a los demás, de discutir y experimentar, por la discusión y mediante el examen más maduro del caso, de aquí se deriva la base para confirmar o modificar su convicción y esta se convierte en una convicción razonada.

El juez utiliza distintas premisas, como por ejemplo: las máximas de la experiencia, por las que valora los elementos de prueba, así, en ninguna ley se dice que para valorar la prueba testimonial se requieren de dos testigos, que sean uniformes y contestes, sin embargo, si se aportaron al proceso, el juez tiene la obligación de valorar sus testimonios, esto se debe a que el dicho de un testigo se tiene que confirmar con lo narrado por otro.

Con las probanzas aportadas, el juez efectúa una verificación de los hechos, y en base al análisis que realiza, obtiene un diagnóstico del caso y en ese momento ya tiene una idea de la figura jurídica en que pueden encuadrar los hechos. Si la demanda es clara, desde un principio el juez puede verificar de qué asunto se trata, y cuáles son los requisitos de su procedencia. Por ejemplo, si esta en presencia de una acción reivindicatoria, ya sabe que para declararla se necesita

¹⁸⁴ Gorphe, op.cit., p. 56.

¹⁸⁵ Ibid, p. 113.

acreditar: la propiedad, la identificación del inmueble y la no posesión del dueño. Sin embargo, si el asunto es más complicado tiene que dedicarle más tiempo a su análisis, pues si el demandado también presenta un título de propiedad, entonces, el juzgador deberá determinar, cuál de los dos títulos tiene más peso legal, para que se decida quién es el verdadero propietario.

No debemos pasar por alto, que examinar y ponderar con todo cuidado, los asuntos grandes y pequeños, es lo ideal, sin embargo, traería como consecuencia un gran rezago, y ante eso los jueces se la ingenian para dictar sentencias lo más rápido posible, lo que significa que se adoptan a las necesidades prácticas, y queda satisfecho aún con ciertas incertidumbres, que no son relevantes para el resultado del asunto.

“No cabe pedir a los jueces sino que formen su convicción tan cuidadosa y seguramente como resulte prácticamente posible, teniendo en cuenta las dificultades y la gravedad del asunto, y que alcancen la certeza cuantas veces las pruebas lo consientan, pero sin detenerse ante toda posibilidad de duda”.¹⁸⁶

Para formarse convicción, el juez, lo que hace es ponderar las razones en pro y en contra, rechaza una por otras y cuando las razones creíbles se imponen sobre las de duda, es cuando se adquiere la certeza, como una afirmación razonable entre la representación y la realidad.

La hipótesis retenida como verdadera como dice Igartua Salaverría:

“en lugar de dejarla abandonada a la intuición o las preferencias personales del juzgador, necesita ser acreditada como racionalmente justificada; lo que puede comprometer complejas operaciones racionales (atinentes a la relevancia de los elementos de prueba, a la combinación o al conflicto entre estos elementos, y al grado de confirmación que suministran a la hipótesis de referencia)”.¹⁸⁷

Esta situación lleva al juez a la necesidad de buscar criterios para que en la elección sobre la valoración de la prueba exista racionalidad y así llegar a una decisión racional. El criterio que más se emplea es el de la confirmación, que consiste en que una hipótesis es aceptable mientras más elementos de prueba se tengan a su favor.

También se utiliza el criterio de la coherencia narrativa que depende de la claridad con la que se expusieron los hechos, pues el juez tendrá la facilidad de entenderlos y ubicarlos dentro del supuesto de derecho, y el criterio de la

¹⁸⁶ Ibid, p. 119 y 120.

¹⁸⁷ Igartua, op. cit., p. 148.

coherencia lógica, según la cual, la hipótesis que se eligió para justificar resolver el asunto, no presenta contradicciones, por lo que es más sencillo justificar.

Para llegar a la verdad de lo ocurrido entre las partes en conflicto, se les permite aportar todos los medios de prueba que tengan a su alcance tal como esta previsto por el artículo 289 del CPCDF, que se conoce como “*sistema de libertad de prueba*”, criterio que es correcto pues los contendientes tienen la posibilidad de ofrecer y desahogar las pruebas que consideren pertinentes para acreditar sus hechos siempre y cuando se refieran a hechos controvertidos o dudosos.

La racionalidad de una sentencia, entonces, también depende de las pruebas que se aportan al juicio y de la valoración que de ellas realice el juzgador para que tenga la posibilidad de justificar la hipótesis que permita solucionarlo de manera justificada, de tal manera que la sentencia es un discurso justificativo, en el cual el juez, tiene que expresar con toda claridad, cómo apreció los hechos, las pruebas y cómo realizó el análisis de los mismos, que lo llevaron a resolver o decidir el asunto sometido a su conocimiento.

8.1.5. La sentencia.

Una vez que se agotaron los elementos descritos se llega a un punto en el que el juez tiene que tomar una decisión, que es el resultado de todo el conjunto de actividades realizadas o bien es la alternativa que lleva al resolutor a elegir su fallo.

Los elementos que hemos descrito, son las directrices para solucionar el conflicto, por ejemplo, se pueden tomar en consideración los siguientes: el mayor fundamento lógico de una hipótesis, la previsión de las consecuencias que se derivan en el caso concreto, su coherencia con el sistema o con los precedentes, su correspondencia con lo pedido por las partes, o con los hechos y con el derecho.

La decisión expresa el resultado final y definitivo de la actividad deliberativa del juez.

Ya establecimos que la finalidad de llegar a la decisión es la solución del caso planteado, esto se relaciona con la verdad que se busca. Esa verdad constituye el fin al que se entiende dirigido el método utilizado. La palabra verdad tiene muchas formas de entenderse, amplias y restringidas:

“de manera general se dice que se trata de una adecuación del pensamiento a la cosa”.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Haba, P. Enrique, *Racionalidad y método para el derecho ¿eso es posible?*, Doxa, núm. 7, 1990, p. 177.

En la materia que nos interesa que es la jurídica, la verdad se finca en lo que establece la norma, la verdad legal, que se relaciona con un control intersubjetivo (entre-sujetos-distintos), del conocimiento, esto es: que la verificación, el control en cuanto a la legitimidad de una afirmación, dependerá de criterios que sean firmes, en el sentido de que la gente –por lo menos los hombres de ciencia de la respectiva disciplina- estará habitualmente de acuerdo sobre la aplicación de dichos criterios, o sea, acerca del valor (grado de probabilidad, plausibilidad) de los resultados obtenidos en función de tales criterios. Para saber si es así, esos resultados deberán ser comunicados sin que haya, habitualmente, mayor riesgo de malentendidos. Ello exige, a su vez, el empleo de un lenguaje suficientemente riguroso, es decir, susceptible de ser entendido por lo general de modo unívoco, por lo menos en la comunicación que tiene lugar entre los especialistas de la disciplina de que se trate.¹⁸⁹

Si tales afirmaciones las aplicamos, entonces, la sentencia, tendrá que contener:

Un lenguaje riguroso, no obstante, claro y sencillo, susceptible de entenderse de manera inequívoca, no sólo para los juristas, sino también para el ciudadano común que no tiene conocimientos en materia jurídica.

La explicación de los procedimientos que se siguieron para la obtención del resultado deberá ser comprensible, esto quiere decir, que la sentencia contendrá la fortaleza argumentativa necesaria que justifique el porqué de la resolución tomada por el juez.

Que el resultado sea legítimo por la aplicación correcta de las normas, criterios jurisprudenciales o doctrina que se hayan empleado.

Esto nos permite aseverar que si la sentencia tiene redacción comprensible, comunicable y controlable, le da la característica de ser racional, pero hacemos notar que a pesar de ello, no se puede proporcionar una garantía absoluta, por las distintas formas de pensar de los operadores jurídicos, sin embargo, es el único medio del que se dispone para juzgar en forma menos arbitraria.

Estamos conscientes que cualquier método no es cien por ciento seguro, no obstante, si se tiene cuidado e interés en ser mejores juzgadores, se podría realizar la siguiente tarea: una forma de comprobar la eficacia de los argumentos utilizados por el juez es estar pendiente de la manera en que se resuelve la apelación interpuesta y verificar la sentencia de la Sala y con posterioridad el amparo, si la apelación o el juicio de garantías, según el caso, se declaran procedentes, es porque la sentencia no fue bien dictada, y si el juez tuvo cuidado en seguir el trámite y conoce la sentencia de apelación se entera de los errores cometidos para ya no volverlos a repetir en casos posteriores, pero si se declaran infundados, significa que la resolución del juez si cumple con la debida

¹⁸⁹ Ibid, p. 178.

justificación, este seguimiento permite mejorar los resultados de la argumentación del juez.

El método da la forma, no el contenido, éste depende de los conocimientos del juez, y de su habilidad para justificar su resolución, por eso, afirmamos que los resolutores tiene que ser personas preparadas, estudiosas y con una alta capacitación, y sobre todo, con el ánimo de hacer las cosas bien, si no es así, no podemos esperar tener buenos jueces.

9. Pluralidad de métodos.

Del análisis que realizamos de los distintos métodos mencionados, podemos constatar que no existe un modelo unitario o exhaustivo que nos permita asegurar que para la solución del caso sólo existe una estructura, sino, tenemos que admitir, la presencia de una pluralidad de métodos, tan es así que nuestra cultura jurídica basada en la interpretación, siempre ha utilizado la gramática, la lógica, la historia, la intención del legislador y el sistema en su conjunto, también en últimas fecha, los principios generales del derecho, la ponderación y el análisis económico del derecho, como las consecuencias que pudiera ocasionar a la sociedad.

Taruffo formula al respecto una consideración de orden más general y afirma:

“Probablemente es imposible delinear un esquema estructuralmente homogéneo y unitario del razonamiento del juez —ya sea el decisorio como del justificativo— que permita ilustrar simultáneamente todos los momentos en los cuales se articulo dicho razonamiento”.¹⁹⁰

Ante la variedad de los fallos de que se trata, existe una complejidad para determinar un método para llegar a la solución del caso, en ocasiones predomina la lógica, en otras el análisis o la síntesis, que se dirigen a desenredar la madeja de los hechos.

De entre todos los métodos citados, no existe alguno que sobresalga de otro, pues de acuerdo con la experiencia del resolutor, toma el que más le convenga para solucionar el caso, ante lo cual, podemos afirmar, que no existe una jerarquía entre ellos.

Por tanto, existe un pluralismo metodológico, arraigado en la solución de conflictos. No se puede imponer un método a otro, y si algún juez estudioso inventa alguno nuevo, consigue ampliar la gama de estos, para tener mayores posibilidades de interpretación y conseguir la regla adecuada.

¹⁹⁰ Taruffo, *La motivación...*, op. cit., p. 197-198.

De acuerdo con tal criterio, concluimos que las resoluciones de los juzgadores se estructuran de acuerdo con un esquema justificatorio de tipo lógico o silogístico, en el cual la premisa mayor son los fundamentos de derecho y la premisa menor son los hechos, no obstante este tipo de razonamiento se utiliza sólo para asuntos que no presentan problemática en su solución, los casos rutinarios, pero en un caso difícil, el propio juez tiene la posibilidad de utilizar otros factores para resolverlo.

En la búsqueda de las premisas, es en donde se utilizan varios métodos, o sea en la motivación de la decisión, es aquí, donde el juez emplea toda su experiencia para encontrar la justificación que considera adecuada.

“En concreto, parece que las posibles discrepancias que pueden tenerse a la hora de resolver un caso jurídico han de deberse a una valoración diferente de los elementos probatorios –lo que lleva a establecer de una manera diferente la premisa menor o premisa fáctica--, o a una interpretación diferente de las normas --de las premisa mayor--, o bien a bien a la existencia de una discrepancia en cuanto a cuáles sean las normas aplicables al caso”.¹⁹¹

Si se esta en presencia de un “caso” en el que el juzgador, se encuentra en la disyuntiva de cuál sería la decisión justa o apegada a derecho, tendrá que utilizar no sólo el silogismo, sino otro tipo de argumentación para justificar su decisión.

El razonamiento racional del juez deriva del método que emplea, pero además, de los distintos factores que entran es ese razonamiento, por ejemplo: para la solución de un conflicto jurídico, el resolutor tiene la posibilidad de utilizar los soportes que hemos visto: el silogismo, la interpretación en sus distintas formas, los tópicos de Viehweg, las garantías y respaldo de Toulmin, los elementos que menciona Ezguiaga, entre otros, y esto depende del contexto de cada caso, por lo que es el juez quien determina que elemento emplea para llegar a la racionalidad de su razonamiento.

El juez tiene en su mente distintos componentes para estructurar su razonamiento, él decide las piezas que le son útiles, las combina, las organiza y les da coherencia para ser parte integral de su discurso, todo esto es lo que integra la carga argumentativa que incorpora el juzgador a su sentencia.

“Se parte de admitir la existencia y legitimidad de los diferentes tipos de operaciones discursivas de que los juristas se sirven para su tarea y de poner de manifiesto el carácter eminentemente instrumental de todas ellas: <<A los actores de la vida jurídica, a los juristas, teóricos y prácticos, corresponde en cada caso la

¹⁹¹ Atienza Manuel, *Tras la justicia*, op.cit., p. 24.

elección del tipo de operación que les conviene, según sus criterios jurídicos.>>”.¹⁹²

Compartimos la opinión de García Amado, en el sentido de que nos corresponde demostrar cuál es la clave de la decisión jurídica, sus determinaciones principales, los fines y la razón de ser de tal decisión, para lograr estas metas, partimos del hecho de que el razonamiento deductivo cumple con una garantía de objetividad por el que se asegura el rigor, la coherencia y la claridad del razonamiento, así como la imparcialidad y la seguridad, y el respeto a la legalidad.

La parte deductiva de una sentencia representa una forma superficial sobre la que subyace la verdadera orientación del razonamiento que nos lleva a la decisión, tan es así que los puntos resolutivos se presentan como una conclusión, se formula de un modo deductivo, sin embargo, el descubrimiento de las razones que nos llevaron a esa conclusión, no es del todo deductiva, y es aquí en donde los actores jurídicos: jueces y abogados eligen el tipo de operación que les conviene para justificar sus criterios jurídicos.

El razonamiento judicial, por tanto, se integra por la complementación de los distintos métodos que utiliza el juez para resolver un caso, sin embargo, no existe un orden sucesivo en ese razonamiento.

¹⁹² García Amado, *Teorías de la tónica jurídica*, Oviedo, Civitas, 1988, p. 207.

CAPÍTULO III

LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

“La palabra filosofía significa amor a la sabiduría, pero lo que los filósofos realmente aman es razonar”.

Robert Nozick.

1. La decisión.

1.1 La decisión en sentido general.

Existen distintas situaciones en las que se “*decide*”, se realiza una acción o una conducta que regula nuestra forma de comportarnos, por lo que se refiere a cuestiones cotidianas, Francisco Puy, toma como muestra la siguiente definición:

“La decisión es una actividad responsable, que implica un fundamento ético por una estimación de valores, que se refieren a la existencia, o a la forma de articularse una comunidad política, o los objetivos que debe realizar el poder público ... Decisión, pues, es la selección de un proyecto de acción entre un número definido y limitado de proyectos alternativos, con el propósito de establecer una situación o un estado de cosas futuro, concordantes con la previsión de quiénes hacen las decisiones”.¹⁹³

Por lo que “*decidir*” es un acto de cualquier ser humano que ante varias alternativas o situaciones que se le presentan, en los distintos ámbitos de su vida cotidiana, elige una posibilidad de conducta o escoge el camino a seguir de sus actividades, es un acto práctico o un acto de voluntad, o bien es la elección entre dos alternativas, por tal razón, en el sentido común del léxico cotidiano, decisión connota voluntariedad y elección.

Para llegar a una decisión se tiene un antecedente que es un pensamiento problemático y una vez decidido cómo se va a resolver, se toma la decisión.

Existen diferentes tipos de decisiones, a saber, la individual, la colectiva, la política, la institucional y la jurídica, y sobre está es a la que nos vamos a dedicar.

¹⁹³ Puy Muñoz Francisco, *La decisión*. Santiago de Compostela, *Anuario de filosofía del derecho*, 1984, p. 66.

1.2. Antecedentes de la decisión jurídica.

En el derecho primitivo, las controversias se decidían por el hombre a quien la comunidad tenía respeto y el carácter de prudente, pues se consideraba como la persona capaz de encontrar y dar soluciones adecuadas en los conflictos que se planteaban ante él.

“El derecho primitivo surge de la propia espontaneidad de los grupos sociales. Es un derecho sencillo, puesto que sencillos son los problemas planteados”.¹⁹⁴

La función primaria del derecho fue la de resolver los conflictos y tenía un carácter sagrado, y era la casta de los sacerdotes quienes desempeñaban la tarea prudencial de dar solución a los conflictos, esto dio pauta a la especialización del lenguaje, que en un principio era un lenguaje normal, pero al corresponderle a los sacerdotes, le dieron un carácter simbólico mítico, que lo hizo especial, por la solemnidad y formalidades propias de los ritos religiosos. Los sacerdotes adquirieron un lenguaje propio, sólo conocido por ellos, misterioso y esotérico, por eso el mismo proceso jurídico también tomó esas características.

“El prudente –quizás sin dejar de serlo-- se transformó en un técnico y el lenguaje prudencial se convirtió, también, en lenguaje técnico. La técnica jurídica es la prudencia elevada de rango”.¹⁹⁵

En el campo de lo jurídico, la decisión se relaciona con los órganos del Estado en los ámbitos de lo legislativo, ejecutivo y judicial, más por el tema de la tesis, sólo nos enfocaremos a la decisión “judicial”, aquella que producen los jueces, magistrados o ministros para dar solución a los casos que se les presentan, entonces esta decisión, es un acto propio del juez, y podemos afirmar: la decisión es una orden judicial un mandato.

Por decisión judicial entendemos las resoluciones que emiten los jueces acerca de las peticiones de las partes, tanto materiales como procesales, son entonces, los autos y las sentencias.

También es el examen que realiza el juez respecto de los hechos sometidos a su conocimiento, o es una proposición imperativa pronunciada por el juzgador en contra del condenado.

Asimismo, es la solución de un conflicto, en base a las reglas legales que determinan los deberes y obligaciones a su destinatario, por lo que, es un acto de aplicación de la ley al caso concreto.

¹⁹⁴ Robles Gregorio, *La decisión en el derecho y la tónica jurídica*, Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica, Madrid, CEC, 1985, p. 952.

¹⁹⁵ Loc. cit.

Todas estas formas de enfocar a la decisión, nos lleva a concluir; la decisión judicial, es un acto de actividad jurídica exclusiva de los jueces, quienes mediante un proceso de deliberación determinan los deberes y obligaciones de la parte litigante a quien va dirigida, con lo cual realiza su función jurisdiccional, encomendada por la Constitución.

De acuerdo con nuestro sistema jurídico para resolver un conflicto entre partes se acude a un tercero, en este caso el juez, y éste resuelve el conflicto mediante una decisión:

“y quien argumenta para llegar a ella es el *iuris-prudente*: La actividad cuyo objeto es la reflexión sobre los problemas para llegar a la decisión es lo que se llama *iurisprudencia*”.¹⁹⁶

Podemos afirmar al igual que Gregorio Robles que:

“todo problema jurídico requiere de una decisión, y a la vez toda decisión entraña una referencia de solución de un problema o de un ámbito problemático”.¹⁹⁷

Ante lo cual, la técnica jurídica se mueve entre el problema y la decisión, por eso, el técnico jurídico deberá tener la preparación suficiente para determinar el caso planteado y el cómo lo va a resolver.

La actividad jurídica se desarrolla en tres campos, en donde participa el jurista técnico: como legislador, como juez y como abogado representante de las partes en conflicto.

a) El legislador.

El legislador crea el contenido de la decisión, sea en una forma política o bien en una jurídica. Lo relevante del legislador es que crea decisiones de mayor alcance social, dentro de la que esta la decisión fundamental que se plasma en la Constitución, pues es la forma jurídica de la decisión fundamental¹⁹⁸ y de acuerdo con el positivismo, esta decisión se estructura en ese documento escrito donde se definen los rasgos del Estado, como su soberanía, competencias y el conjunto de valores que dan base al sistema jurídico en su conjunto.

¹⁹⁶ Ibid, p. 951.

¹⁹⁷ Ibid, p. 952.

¹⁹⁸ Ibid, p. 953.

b) El juez.

Es el principal órgano de derecho, porque un sistema jurídico no puede subsistir sin jueces y debido a que en todo orden jurídico es el juez quien se conecta con la realidad al cumplir con el derecho y tiene la función de resolver los conflictos, por ser su función esencial. No podemos pensar en una sociedad sin conflictos, estos son parte de la realidad social, la nutren, ya que si no existieran, no habría cambios ni progreso.

“Que el derecho viva del conflicto no significa que lo haga de y para el conflicto –lo patológico-- sino, muy al contrario, que el mismo conflicto es, o al menos puede ser, una prueba de la vitalidad del grupo social”.¹⁹⁹

Señala Gregorio Robles que el juez constituye el punto neurálgico del orden jurídico, por la resolución de los conflictos, por actuar en la realidad y decidir el problema concreto, por lo que representa al derecho, no en su manifestación abstracta, sino ligado a la vida cotidiana, el derecho en su realidad vivida.

En el Derecho Primitivo, los jueces ejercieron una función de descubridores del derecho, así como en el codificado, y es por ellos que el derecho avanza, se desarrolla y se expande.

“El juez es el técnico del derecho por excelencia pues su función decisoria se proyecta al programa de convivencia establecido en la constitución, sea está consuetudinaria o escrita; es el cauce entre el derecho ya creado, quizá anquilosado, y la vida cambiante. Es el representante de su vitalidad y su adaptabilidad; es el exponente último de su potencialidad”.²⁰⁰

La actividad del juez se sitúa entre la ley –como derecho establecido-- y la vida cotidiana, y dentro de su función esta la de adaptar el derecho a la vida diaria, y en base a ello se le puede considerar como un transformador de la praxis jurídica.

En consecuencia, el juez tiene que conocer los requisitos que debe contener la decisión, no puede ser de otra forma, porque si no conoce los pasos del proceso decisorio, entonces no tendrá la posibilidad de dictar con atino su sentencia, y no tendrá la cualidad de ser llamada decisión “jurídica”.

La propia normatividad procesal define el marco dentro del cual se tienen que dictar las sentencias, y si el juez se apega a los requisitos que se establecen podemos afirmar que su decisión se apega a derecho, por tal razón Gregorio Robles dice:

¹⁹⁹ Ibid, p. 955.

²⁰⁰ Loc. cit.

“el derecho es un conjunto de procedimientos para tomar un conjunto de decisiones”.²⁰¹

Alrededor del juez se lleva a cabo todo un proceso de decisión jurídica, lo que implica un desenvolvimiento y creación progresiva del derecho, de tal manera que se constituye un acervo inapreciable de experiencia jurídica que influye en la vida cotidiana, además de permitir el desenvolvimiento del lenguaje de los profesionales del derecho.

Por otra parte, la actividad del juzgador también ha permitido el desarrollo de un conjunto de técnicas para encontrar la decisión “correcta” en el caso planteado y al respecto existe una discusión profunda, que al parecer no tiene final, sobre buscar los medios adecuados de la aplicación correcta del derecho, entre los cuales ésta la tarea interpretativa y la argumentación jurídica.

c) El Abogado.

Si bien el abogado no decide, si colabora en la decisión y le es aplicable lo antes anotado, pues su participación es de suma importancia para que la decisión se tome de un modo o de otro.

Dentro del proceso se lleva a cabo una especie de diálogo entre los abogados de las partes, quienes representan intereses distintos. Analizan el problema y lo presentan al juez desde puntos de vista diferentes, aportan la información que creen necesaria para que el juez realice una valoración y en base a esta convencerlo y decida de una u otra manera, que le fue aportada por las partes, pero el juez es quien decide en base a la convicción que se le formo del asunto planteado.

El propósito del abogado es convencer al juez de que su punto de vista es el correcto, para que en base a ello, el juez decida.

El juez también trata de convencerse, tanto así mismo como a las partes, y por ello justifica su decisión, de ahí que la finalidad de la actividad del juez como del abogado sea distinta. El juez decide y justifica la sentencia, mientras que el abogado trata de que la justicia favorezca a su cliente dentro de lo posible, por lo que el abogado participa en el proceso de formación de la decisión, con la pauta que le marca al juez, y en muchas ocasiones le facilita la tarea de decidir, pues con sus argumentos pretende convencerlo de que tiene la razón.

²⁰¹ Loc. cit.

1.3. La decisión como acto de la razón o como un acto de la voluntad.

La decisión es un acto de voluntad, su mismo sentido lexical así lo determina pero sobre todo porque connota voluntad y elección, en este sentido si la decisión es voluntad del juez, eso puede llevarnos a pensar que la decisión es irracional ya que en ella, pueden influir la forma de pensar del propio juzgador nosotros nos inclinamos en que la decisión sea razonable porque tendrá que ser ajustada a los preceptos normativos, pues de no ser así la solución contenida en la decisión se impone por el propio juzgador, lo que atenta contra la seguridad jurídica.

La decisión tiene que ser reflexiva y decisiva, no sólo como un impulso de la voluntad, sino también, estar sujeta a la competencia, a la deliberación y a la coherencia con el sistema jurídico.

Para que la decisión sea racional el juez tendrá que contar con toda la información que este a su alcance y que las propias partes le proporcionen para que de esta forma tenga la posibilidad de determinar cuál es la mejor de ellas y así resolver el litigio en base a la racionalidad.

En este punto nos podemos preguntar ¿porqué los operadores del derecho tienden a justificar sus decisiones con una norma?. La respuesta es debido a que los juristas no quieren que se note la arbitrariedad o el voluntarismo de la decisión, sino que pretenden demostrar que esa decisión se tomó en base a una norma de derecho.

“Los juristas queremos decidir libremente, arbitrariamente... como todo ser humano: pero disimulándolo”.²⁰²

En base a lo anterior podemos afirmar que la decisión constituye un acto de voluntad, sin embargo al tomarse como base para la misma, la normatividad jurídica, es como pasa a hacer ser un acto racional, por tanto, la decisión, tiene que ligarse al fundamento normativo para que sea racional.

Comenta Francisco Puy que toda decisión es:

“Un pozo de misterio, un abismo insondable, un espacio exterior que escapa a las computadoras y a las calculadoras. Pero en el que tenemos que navegar los juristas todos, y muy especialmente los jueces, los administradores o funcionarios, y los legisladores”.²⁰³

²⁰² Puy Muñoz, op.cit., p. 70.

²⁰³ Ibid, p. 71.

De manera que la decisión judicial un acto de la razón, tiene que someterse a las normas jurídicas, de ahí el juez deberá analizar cuáles son las normas aplicables al caso que se le presenta para de esa forma justificar su resolución, ya que no puede por su simple voluntad decidir el asunto, pues si lo hace, no se apega a las normas que el propio sistema establece para el dictado de su resolución. La decisión del juez representa la posición jurídica que este toma frente a las posiciones de las partes.

1.4. La responsabilidad de la decisión.

Si en la vida normal, el hecho de tomar una decisión, implica una responsabilidad sobre las consecuencias de esta, más aún, en la vida del derecho, por lo que en la actividad técnica de la aplicación del derecho el juez tiene una responsabilidad que incide de forma directa en las partes que le presentan los conflictos a resolver, por tal razón, los asuntos no pueden resolverse con una fórmula simple, sino que tiene que meditar para encontrar la mejor solución jurídica posible, por eso:

“el juez tiene que saber el derecho, de eso no cabe duda; pero, por encima de ello, debe sentirlo como una auténtica vocación humana por la justicia”.²⁰⁴

La tarea de decidir del juez es complicada por las múltiples circunstancias que lo rodean entre las que están: el exceso de trabajo, los problemas con su personal, las distintas tareas administrativas que tiene que desempeñar, el lidiar con los abogados, entre otras.

El juez es el órgano decisor por excelencia del sistema jurídico y su decisión que resuelve el conflicto es el momento cumbre de su actividad judicial.

El calificativo de excelencia lo adquiere la figura del juez por varias razones:

1. Por conocer el derecho institucionalizado y lo aplica.
2. Debido a que la ley le impone complicados mecanismos procesales que tiene que conocer para cumplir con el dictado de una sentencia considerada como válida jurídicamente.
3. Por utilizar un lenguaje formalizado acorde con las instituciones jurídicas que tiene que conocer para dictar su decisión.

Si el juez al dictar su resolución toma como base estos parámetros y se desliga de cualquier influencia externa, además de fundar y motivar su resolución apegado a

²⁰⁴ Robles, op. cit., p. 960.

derecho, podremos afirmar que cumple con la responsabilidad que le fue encomendada.

2. Decisiones jurídicas.

Iniciamos este apartado con la explicación de lo que debemos entender por decisiones jurídicas, dentro de las que están las “*judiciales*”, que son las que emiten los jueces y sobre las que trata nuestro análisis.

De acuerdo con Wróblewski²⁰⁵ la decisión jurídica indica tres tipos de decisiones:

- a) Decisiones de quien hace el derecho (legislador).
- b) Decisiones interpretativas (dogmáticos).
- c) Decisiones de aplicación del derecho (sentencias de los jueces)

Estas decisiones forman parte del discurso jurídico y se exige que sean justificadas.

Para Francisco Puy:

“Una decisión es jurídica, cuando es el derecho quien proporciona... la escala de preferencias dada en los modelos de elección constituidos por las reglas de derechos y los precedentes de la jurisprudencia”.²⁰⁶

El discurso jurídico²⁰⁷ según Wroblewski, se presenta en diversas áreas: como en la actividad de hacer el derecho, que se refiere a la promulgación de normas generales por parte del legislador. En la aplicación del derecho: por ejemplo en las decisiones de los jueces que determinan las consecuencias jurídicas de un caso y en el área de la descripción del derecho, como es la actividad que realizan los dogmáticos respecto de los fenómenos jurídicos relevantes (la ciencia jurídica).

Tal discurso también puede presentarse en función del problema que se pretende resolver que puede ser de dos tipos: la solución de controversias, que se refiere al proceso judicial en el que las pretensiones de las partes se resuelven por una

²⁰⁵ Wróblewski Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2003. p. 45.

²⁰⁶ Puy Muñoz, op. cit., p. 71.

²⁰⁷ Wróblewski, op. cit., pp. 45-46. Se refiere a cualquier razonamiento verbalizado conectado con problemas jurídicos tratados de manera racional. Racional: significa que una proposición, una norma o una valoración es justificable mediante una argumentación apropiada.

autoridad competente, y la justificación de la decisión, la cual se explica en base a estándares establecidos.

Por el momento sólo nos interesa el tema de la aplicación del derecho, en donde se dan las decisiones judiciales, que es la función del juez para la solución de las controversias, y en este punto se determina la posición del juez ante la ley en base al tipo de decisión que este tome, por tal razón Wróblewski²⁰⁸ se refiere al tema de la “ideología de la aplicación del derecho” como el conjunto de postulados y valoraciones que determinan cómo debe tomar el juez sus decisiones. Esta ideología se contiene en las normas jurídicas, en su interpretación, en el estudio de las pruebas, en la elección de las consecuencias, en la doctrina y en la jurisprudencia, que son algunos de los elementos que toman en consideración los jueces para justificar sus decisiones.

La decisión judicial puede observarse desde dos puntos de vista:

Es una decisión jurídica realizada por el juez cuya finalidad es trasladar a la vida concreta lo establecido en la ley.

Y puede también considerarse como una decisión política, no en el sentido de función política, sino en el significado de que toda decisión tiene una incidencia social, porque supone una elección valorativa que influye dentro de la vida social del grupo.

Por otro lado, la decisión judicial es jurídica, ya que se dicta en base a un proceso regulado en las normas, que sigue el juez para considerarla como una decisión jurídicamente válida. La decisión se toma en base a determinadas condiciones de juridicidad, como son la competencia del juez y los requisitos de congruencia, motivación y fundamentación, cuestiones que no se imponen por capricho, sino que:

“es una expresión del valor máximo que inspira a todo ordenamiento jurídico: el valor de la seguridad”.²⁰⁹

2.1. La decisión vinculada.

Este tipo de decisión se refiere a la fuerte vinculación existente entre la ley y la sentencia.

“La ideología de la decisión vinculada corresponde a las ideas políticas del Estado liberal del siglo XIX y al pensamiento teórico del positivismo jurídico”.²¹⁰

²⁰⁸ Ibid, p. 73.

²⁰⁹ Robles, op. cit., 956.

²¹⁰ Wróblewski, op. cit., p. 74.

Cuyos fundamentos se encuentran en Montesquieu, quien, como sabemos, propuso la separación de poderes, para garantizar la libertad de los ciudadanos cuya voluntad era expresada por el parlamento como el único facultado para la creación de las leyes, “nadie por encima de la ley”, por eso los tribunales sólo podían decidir lo que estaba plasmado en las leyes. La separación entre creación y aplicación del derecho era tajante. El juez era un aplicador mecánico de la ley, “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. La decisión, entonces, estaba estrictamente vinculada con las leyes, y se tomaba sólo en base a inferencias lógicas, de forma mecánica y automática, todo se resolvía a través del silogismo jurídico, pues era impensable que el juez realizara sus propias valoraciones.

En este modelo, los casos complicados se resolvían por medio del legislador, y sus fallas técnicas se cubrían por la analogía y con la aplicación de la llamada “voluntad del legislador”, por tal virtud:

“El parlamento decide lo que debe ser, lo que es justo...La tarea del juez es de alguna manera nula”.²¹¹

Ante las críticas que recibió este tipo de modelo debido a que el juez tenía atado su pensamiento al no estar posibilitado para utilizar su discrecionalidad o prudencia judicial, surge la libre decisión judicial.

2.2. La libre decisión judicial.

Es la antítesis de la decisión vinculada, pues trata de acabar con el formalismo y con el positivismo, ahora las cuestiones políticas ya no dominan lo jurídico, sino que adquiere relevancia el papel del juez, quien deja de ser la boca de la ley, para ahora realizar análisis y valoraciones jurídicas.

En la libre decisión, el juez se presenta como creador del derecho, pues elabora el derecho jurisprudencial, y todos los errores contenidos en las leyes se reemplazan a subsanan por una elasticidad del derecho contenida en las decisiones judiciales.

Las valoraciones del juez no son arbitrarias, sino que debe encontrarlas en las fuentes del derecho, como son: los mismos textos legales, la práctica jurídica, las normas sociales extra-jurídicas y en los hechos sociales entre otras fuentes, que le proporcionan determinada objetividad, pero ya no sólo se basa en la ley, por lo que la resolución de los casos es más completa.

En esta forma de decidir se rechaza la concepción positivista del derecho y de la ley, y en base a esta, ya no se toma la decisión judicial. Las normas no determinan las resoluciones, sino que sólo proporcionan los planes y las direcciones de las decisiones, pues definen los límites entre los que el juez debe elegir.

²¹¹ Ibid, p. 76.

“Las leyes no forman más que un sistema defectuoso; las reglas jurídicas no tienen un sentido único determinado o incluso expresan sinsentidos; son contradictorias; el sistema no es completo y se dan muchas lagunas; el lenguaje jurídico rebosa de expresiones valorativas, vagas, que se refieren a valoraciones y reglas extra jurídicas”.²¹²

Si se decide de esa manera, también se observan todos los defectos contenidos en la ley, que no se estaba en la posibilidad de poner en duda en la decisión vinculada en donde los jueces se tenían que ajustar a la letra de la ley, sin que pudieran realizar ninguna crítica ni valoraciones personales. Con el nuevo sistema se considera imposible para decidir sólo con las premisas de las normas, pues las leyes no bastan para resolver los casos, ya que se requiere de la participación creativa del juez, quien debe buscar las fuentes del derecho y así resolver los casos.

El juez obtiene valoraciones de fuentes muy variadas, y se basa en conceptos como los valores de la justicia, del bien moral, de la equidad, que sirven para la solución de los casos de acuerdo con las exigencias de cada conflicto en particular.

No obstante, esta forma de decidir, no resuelve el problema de cómo el juez debe decidir los casos, lo cuál es su papel, y dónde debe buscar el contenido de sus valoraciones, y de acuerdo con Wroblewski²¹³ en la ideología de la libre decisión se pueden apreciar dos tipos: el tipo radical y el tipo moderado.

El tipo radical desprecia el papel de las leyes respecto a los procesos psíquicos de la decisión, pues considera que se toman de forma emotiva y por intuición dependiendo del caso concreto y según esta postura, el caso debe ser decidido de una forma justa y equitativa en función de las valoraciones del juez. En este punto se presenta un conflicto entre la ley y las valoraciones que tiene que ser decidido a favor de las valoraciones. Si nos guiamos por estas concepciones, el juez es libre de decidir *praeter legem* y también *contra legem*. El derecho de los jueces se concibe como el único en vigor y aún por encima del legislador, ante lo cual, el juez es el creador del derecho y reemplaza al gobierno de las leyes.

Por lo que se refiere al tipo moderado, esta de acuerdo en la importancia de las leyes y en la necesidad de un orden jurídico estable y previsible, pero rechaza las concepciones positivistas del sistema jurídico y de la aplicación del derecho, por la necesidad de la creación judicial *praeter legem* y proporciona dirección a la aplicación del derecho, en el sentido de que sólo cuando en un caso la ley no baste para resolverlos, entonces el juez debe buscar la solución en otras fuentes del derecho.

²¹² Ibid, p. 78.

²¹³ Ibid, p. 80.

Debido a que la insuficiencia de las leyes siempre existe, es necesaria la creación del derecho judicial que es característico de la actividad de los tribunales y de aquí se desprende la característica del tipo moderado, porque el derecho de los jueces no se opone a las leyes, sólo las suple y en caso de ser necesario las corrige, pero nunca *contra legem*.

Estas formas de decisión son criticables, en base a que en la decisión vinculada se utiliza un racionalismo formalista del positivismo, y en la libre decisión se puede caer en el irracionalismo y en el emotivismo, por ello, el autor en consulta opina:

“contra la rigidez de las decisiones *secundum legem* tenemos la autorización de decidir *contra legem*, contra los valores de la certeza y seguridad de una decisión determinada por la ley tenemos una decisión imprevisible del juez el cual es libre ante la ley y no está atado más que por sus valoraciones”.²¹⁴

De lo anterior se desprende que de las dos formas citadas de decisión, existe un extremismo radical, que nos lleva a pensar en otra forma de decidir, denominada por Wróblewski como ideología de la decisión racional y legal.

2.3. La decisión legal y racional.

De acuerdo con esta ideología, la actividad judicial se debe regir en base a los valores de la legalidad y de la racionalidad de la decisión, por lo que se opone tajantemente al tipo radical de la libre decisión judicial, pues la decisión no puede basarse en cuestiones emotivas del juzgador. Se respeta al legislador como creador del derecho y el juez se debe ajustar a los límites que le marca la ley, al propio sistema jurídico y su legalidad.

En este tipo de ideología, se elimina el proceso psicológico que pudiera el juez utilizar en la solución del asunto, y lo que se considera relevante es la justificación de la decisión judicial, por su objetivación y por el propio control que esta ejerce sobre la decisión.

“La ley aplicada por el juez puede concederle un campo de libertad de elección más o menos restringido, pero, en la práctica, no puede eliminar la actividad valorativa del juez”.²¹⁵

La legalidad se relaciona con la aplicación del derecho, en cuanto a que se respeta la ley, no se crean ni se cambian las normas, se decide en base al contenido de la ley, mediante normas individuales enlazadas con las normas legales, por lo que la aplicación del derecho se basa en las directivas de la

²¹⁴ Ibid, p. 81.

²¹⁵ Ibid, p. 82.

interpretación, en las normas aplicables en cuestiones de las pruebas y en las consecuencias jurídicas que genera la decisión.

En esta forma de decidir, los jueces tienen un mayor campo de acción para buscar la solución de los casos, no obstante, no puede ser tan amplia, pues se deben sujetar a la legalidad, con una característica más, que la decisión debe ser racional.

Entonces, si tenemos una decisión legal esta también debe ser racional.

“Por “racionalidad” se entiende la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y de las valoraciones”.²¹⁶

También para llegar a la decisión podemos incluir: la práctica judicial, la jurisprudencia, la dogmática, la lógica aplicada a las normas, y todo este conjunto de elementos nos llevan a afirmar; que una decisión justificada es una decisión racional, de ahí que la legalidad está íntimamente ligada con la racionalidad.

2.4. Decisión jurídica e interacción.

Según Julia Barragán²¹⁷ la decisión jurídica hace referencia a otro concepto que se llama “interacción”, y establece que la decisión jurídica es una decisión interactiva bajo incertidumbre que genera las siguientes consecuencias: primera: la decisión debe elaborarse a través de un proceso de interacción, que se deriva del hecho de que toda decisión bajo incertidumbre inicia con una creencia inicial (probabilidad a priori) apoyada en la información que el decisor tiene acerca de un problema y en la decisión jurídica la información incluye el conjunto de las posibles respuestas coherentes con el sistema de normas, pero además dicha autora opina que se incluye también información acerca de circunstancias empíricas, acerca de los valores, creencias e intereses implicados en la decisión, así como los del propio decisor.

Toda esta información conlleva un proceso de interacción que se corrige y objetiviza para dar lugar a una nueva creencia (probabilidad a posteriori), de tal manera que cuando se da el intercambio entre el decisor y el destinatario, se reduce sustancialmente la incertidumbre jurídica, que es la meta fijada al decisor, “la vitalidad del intercambio interactivo es lo único que puede ayudar a la buena elaboración y justificación de la decisión jurídica”.²¹⁸

²¹⁶ Ibid, p. 83.

²¹⁷ Barragán Julia, *La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica*, Alicante, Doxa, núm. 8, 1990, pp. 63-74.

²¹⁸ Ibid, p. 67-68.

En palabras de García Amado, objetivizar una decisión se refiere a mostrar argumentativamente su conveniencia de fundamentarla, y a partir de este dato,

“la obtención de criterios que aseguren la racionalidad o corrección de la decisión ya no se hará depender de la conciencia individual de un sujeto cognocente, sino de una construcción social entre sujetos interactuantes”²¹⁹.

La interacción se lleva a cabo, cuando las partes le proporcionan al juez su opinión acerca del cómo se debe resolver el caso planteado, esto se da desde la demanda y desde la contestación, y más adelante en el mismo proceso, con los alegatos que presentan las partes, el juez entonces, tiene la opinión del actor, la del demandado y la suya propia, que obtiene de los hechos, valores, creencias e intereses de los litigantes y de sí mismo, por lo que al estudiar o analizar todas esas circunstancias se da la interacción, para normar su criterio y estar en la posibilidad de decidir.

Existe el intercambio entre los sujetos del proceso que permite tomar una decisión, que reduce la incertidumbre jurídica, pero también se da la publicidad abierta de las razones, como un control de la decisión y para Barragán:

“la justificabilidad de una decisión jurídica no se deriva de una buena exposición de razones...sino de haber reducido efectivamente la incertidumbre jurídica. En consecuencia la mejor justificación no es aquella de cuyo proceso se han eliminado los factores que puedan entorpecerla (Aarnio), sino la que surge de haber eliminado del proceso de construcción de la decisión los factores que pueden perturbar la reducción de la incertidumbre”.²²⁰

3. Función de la lógica en la decisión.

La lógica dentro de la decisión cumple un doble papel, por un lado sirve para conocer los motivos reales que impulsan al juez en la toma de la resolución y por otro para determinar los motivos que invoca en la fundamentación externa, por lo que, en base a esto, no podemos negar que la lógica es necesaria en el razonamiento del sujeto decisor.

Se puede no tomar en consideración el contenido de las premisas que utiliza el juez, en la fundación externa de una decisión y aún así, se presenta un esquema deductivo, por lo que:

²¹⁹ García Amado Juan Antonio, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, Anuario de la filosofía del derecho No. 3, 1986, p. 163.

²²⁰ Barragán, op.cit., p. 68.

“la lógica cumple una función retórica de legitimación de la decisión, mediante la persuasión que se deriva de su corrección formal”.²²¹

Es un hecho innegable que la lógica jurídica se utiliza dentro de una sentencia, si bien es cierto se emplean medios alternativos, como la tópica o la nueva retórica, también lo es, que no podemos prescindir de la argumentación lógica, pues nos sirve para evitar la impresión de arbitrariedad que pudiera desprenderse de la sentencia.

Dentro de la sentencia, no podemos dejar a un lado los elementos deductivos del razonamiento jurídico, siempre encontramos en las decisiones la terminología deductiva como: por tanto, como consecuencia, en ese tenor, y también elementos discursivos no deductivos, como lo es, la aplicación y el análisis de la jurisprudencia, que juega un papel primordial en el razonamiento jurídico práctico.

“Se parte de admitir la existencia y legitimidad de los diferentes tipos de operaciones discursivas de que los juristas se sirven para su tarea y de poner de manifiesto el carácter eminentemente instrumental de todas ellas: <<A los actores de la vida jurídica, a los juristas, teóricos y prácticos, corresponde en cada caso la elección del tipo de operación que les conviene, según sus criterios jurídicos”.²²²

Compartimos la opinión de García Amado en el sentido de que nos corresponde demostrar cuál es la clave de la decisión jurídica, sus determinaciones principales, los fines y la razón de ser de tal decisión, para lograr estas metas, partimos del hecho de que el razonamiento deductivo cumple con una garantía de objetividad por el que se asegura el rigor, la coherencia y la claridad del razonamiento, así como la imparcialidad y la seguridad, y el respeto a la legalidad. La parte deductiva de una sentencia representa una forma superficial sobre la que subyace la verdadera orientación del razonamiento que nos lleva a la decisión, tan es así que los puntos resolutivos se presentan como una conclusión, se formula de un modo deductivo, sin embargo, el descubrimiento de las razones que nos llevaron a esa conclusión, no es del todo deductiva, y es aquí en donde los actores jurídicos: jueces y abogados eligen el tipo de operación que les conviene para justificar sus criterios jurídicos.

²²¹ García Amado Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Oviedo, Civitas, 1988, p. 196.

²²² *Ibid*, p. 207.

3.1 Subsunción.

Dentro de la lógica jurídica, se trata el tema de la “subsunción” como el tipo de operación formal que dentro de la aplicación del derecho que consiste en la incorporación del hecho concreto a la proposición normativa, que da lugar a una conclusión que asocia el hecho a la consecuencia normativa, o sea, el juez tiene un hecho expuesto por las partes, cuenta con una norma, y para solucionar el caso, subsume ese acontecimiento a la norma, y de ahí obtiene una consecuencia que equivale a su decisión.

García Amado²²³ respecto al empleo de la subsunción, formula la siguiente crítica y objeciones:

La subsunción agota el razonamiento jurídico. Esto es, el razonamiento jurídico de <<aplicación>> del Derecho no es mas que mero silogismo, una simple operación lógico deductiva. Y tal operación basta para fijar el contenido de la decisión jurídica.

Por subsunción también se puede entender únicamente el estadio final del razonamiento jurídico, el puro proceder formal, la mera aplicación del esquema de inferencia.

En cuanto a las objeciones manifiesta: que en la metodología se suelen citar como trabas frente a la idea de subsunción o de silogismo jurídico:

La necesidad de obtención previa de las premisas. Es la objeción más frecuente y constituye casi un lugar común, por su amplio alcance comprende buena parte de las objeciones más específicas que a continuación citaremos.

La vaguedad e imprecisión del lenguaje legal, con la consecuente necesidad de su interpretación antes de que una norma se pueda establecer como premisa mayor del silogismo.

La imposibilidad de medir los sucesos reales con esquemas conceptuales rígidos.

El carácter incompleto de toda regulación legal, como consecuencia del dinamismo de la vida social.

La existencia posible de contradicciones normativas.

La inevitabilidad de introducir consideraciones valorativas.

La interrelación hermenéutica entre norma y hecho, la interpenetración de sus sentidos.

²²³ García Amado, *Teorías...*, op. cit. p.

La posibilidad de que la premisa mayor se forme a partir de varias normas jurídicas y no de una sola.

Podemos agregar también:

La distinción arbitraria entre la identificación de las normas y la identificación de los hechos.

Insuficiente atención a la justificación de los argumentos fácticos

Sobre todo que este modelo clásico no se puede utilizar en los denominados << casos difíciles >>.²²⁴

De la anterior crítica y objeciones podemos concluir, que la decisión jurídica no puede basarse sólo en una pura y simple inferencia formal, por lo que el silogismo jurídico, no es suficiente para tener como racional una sentencia.

Este modelo para dictar las decisiones judiciales está representado por el esquema deductivo *modus ponens*, por el cual la sentencia se justifica a partir de una norma, como premisa mayor, como premisa menor la descripción de los hechos del asunto a resolver y como conclusión, las reglas de inferencia.

Entonces, no podemos sólo ajustarnos en el silogismo jurídico para justificar una decisión judicial, porque se cierra la posibilidad de razonar de forma diferente, el razonamiento se agota y nos hace pensar menos. Además, se pueden presentar todos los supuestos que menciona el autor citado, como la vaguedad, las lagunas y las contradicciones y ante estos casos, el razonamiento deductivo no se puede emplear en la solución de los conflictos jurídicos, por lo que se requiere de la argumentación para estar en la posibilidad de sortear todas esas deficiencias normativas.

4. La relación entre norma y decisión.

El proceso que desarrolla el juez en la aplicación del derecho inicia a partir del análisis de las fuentes que considera aplicables para llegar a la decisión, la cual implica el elegir entre distintas posibilidades y se prefiere una solución, la que parezca más adecuada al caso planteado.

²²⁴ Moreso J.J., P.E. Navarro y M. C. Redondo, *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*, Alicante, Doxa, núm. 11, 1992, p. 248. Estos autores hacen referencia a la Tesis de la Insuficiencia la cual sostiene que la justificación de las decisiones judiciales no puede reconstruirse adecuadamente conforme al razonamiento deductivo y, por consiguiente, es necesario una teoría que explicita las condiciones de validez de los argumentos que no pueden ser controlados por la lógica deductiva.

“La actividad judicial puede caracterizarse como un proceso en el que el sujeto llamado a decidir selecciona diversas opciones que se refieren a normas, hechos y valores”.²²⁵

Segura Ortega opina que sería más correcto hablar de las decisiones (en plural) que se contienen en toda sentencia judicial, porque al analizar las sentencias de los jueces, en muchas ocasiones no se toma en consideración que el fallo final esta precedido por un buen número de decisiones que no aparecen explicitadas y eso dificulta su comprensión, de ahí, podemos afirmar: el proceso que desarrolla el juzgador para la toma de la decisión es complejo, debido a que intervienen muchos factores:

“Que en principio, podrían quedar fuera de un control racional y parece que en la actualidad el control de la actividad judicial constituye una de las pretensiones fundamentales de toda racionalidad jurídica”.²²⁶

Para que tenga lugar el proceso decisorio se utilizan las normas y estas condicionan el contenido de la decisión y las normas son las que sirven como marco para la justificación de las decisiones, por ello, en una sentencia judicial siempre existe la individualización de las prescripciones generales y abstractas contenidas en las normas al actualizar las conductas concretas de los sujetos.

De lo anterior se desprende que las resoluciones judiciales, siempre de manera formal, se basan en las normas que son parte del sistema, por tal razón, el criterio principal para la justificación de las sentencias lo constituye la referencia normativa que utiliza el resolutor.

Cabe hacer notar que el hecho de que una sentencia se dicte conforme a normas no garantiza su racionalidad, pero si evita la arbitrariedad, en el sentido de que se dicto en base al sistema, aunque también se debe considerar que en el proceso de elección de la normas a aplicar, pueden existir varias soluciones al caso, o sea, se pudieran aplicar dos o más normas que resultarían contradictorias, y es aquí en donde el juez tendrá que decidir cuál de ellas aplicar, esa sería inclusive una manera arbitraria de decidir, no obstante tendrá que explicar en su sentencia, los motivos por los que eligió una decisión en lugar de la otra, esto sería lo racional, de estas notas se desprende la afirmación de que el juez no crea derecho, sino su función es la de extraer las consecuencias y efectos previstos por el derecho creado por el legislador.

Desde el punto de vista positivista, la justificación correcta es aquella que se dicta conforme al derecho, porque las normas jurídicas deben aplicarse y

²²⁵ Segura Ortega Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 80.

²²⁶ Loc. cit.

obedecerse.²²⁷ Por lo que al estar en presencia de un conflicto la mejor premisa para resolverlo esta dentro del marco del sistema jurídico. Al respecto, Cristina Redondo agrega:

“El juez es un funcionario de una institución social y la institución tiene sus reglas propias. El deber moral de apoyar la decisión en razones exclusivamente jurídicas es el axioma básico del positivismo ideológico y, por tanto, el principal criterio de corrección del argumento justificativo”.²²⁸

La decisión del juez se basa en un principio de autoridad, y la justificación es correcta porque la norma que aplica es la más acorde y respeta los principios instaurados.

“De esta posición ética puede extraerse una consecuencia importante. En ella se admite que el sistema jurídico es un conjunto de pautas de justificación sustantiva. Esto es, se concibe a las normas jurídicas como fuente de auténticos deberes, i.e. como razones para la acción”.²²⁹

En oposición al positivismo ideológico esta la concepción del iusnaturalismo ideológico²³⁰ según el cual, sólo las normas justas deben aplicarse y obedecerse, por lo que, la decisión judicial es justificada sólo se si obtiene a partir de normas cuyo contenido es moralmente adecuado. Para esta forma de pensamiento, las disposiciones jurídicas deben estar subordinadas a las pautas de la moral crítica, con mayor razón las dictadas en la sentencia, y en consecuencia, el juzgador debe buscar las normas correctas aún fuera del contexto del sistema jurídico, sin importar la dificultad del caso, de tal manera que se pueden incluir las normas morales.

Al respecto Nino establece:

“La justificación jurídica, la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida, debe depender en última instancia para fundamentar esa validez, de (a) normas, que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d), pretendan tomar en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Vale decir normas morales”.²³¹

²²⁷ Bobbio Norberto, *Positivismo jurídico en el problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón, México, Fontamara, 1991, p. 46-55.

²²⁸ Redondo María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, 1996, p. 236.

²²⁹ Loc. cit.

²³⁰ Bobbio Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo en: El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón, México, Fontamara, 1991, p. 67-90.

²³¹ Nino Carlos S. *Respuesta a J.J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo*, Alicante, Doxa, núm. 13, 1993. p. 262.

En la justificación se incluyen normas morales por estar en juego intereses en conflicto de varias personas, debido a que según Nino, sólo el reconocimiento de una norma de la moral conduce a una inconsistencia práctica con la realización de una acción que no se ajusta a ella y da como ejemplo que en el caso <<Timerman>> la Corte Suprema argentina ordenó a la Junta Militar que le permitiera al detenido salir del país, no obstante que el derecho a salir del país a los detenidos por estado de sitio estaba suspendido por esa Junta.²³²

Para Cristina Redondo²³³ desde cualquiera de las dos perspectivas ideológicas (positivista o iusnaturalista), la pregunta por la justificación es una pregunta sustantiva de carácter moral, pues la justificación jurídica se concibe como una especie de justificación moral.

Dentro de la filosofía del derecho, la justificación moral de la decisión jurídica tiene amplia aceptación, al afirmar que en todos los casos la justificación se debe apoyar en contenidos moralmente correctos. Las teorías de la argumentación van en este camino, y por lo general, la corrección del contenido de una decisión se apoya más en el respeto de un procedimiento de argumentación que en su adecuación a un código de contenidos sustantivos, por lo que buscan un diseño de un esquema argumental adecuado que determine la corrección material de la justificación.²³⁴

Tales teorías pretenden armonizar los principios de las ideologías citadas, ya que por un lado, admiten la justificación de la decisión jurídica en base a las normas jurídicas establecidas y aceptan el argumento práctico en sentido lógico y por otro, al existir conflictos en la determinación de las normas a aplicar, pretenden utilizar la moral como criterio último en la solución del conflicto.

De lo expuesto cabe hacernos el siguiente cuestionamiento:

Si la norma no sirve o no proporciona los elementos necesarios para resolver el asunto, entonces: ¿cuáles son los elementos que podemos emplear para dar la solución jurídica?

Una respuesta sería: las valoraciones que remiten a un consenso social, pues “la interpretación de las normas debe ser conforme con las aspiraciones y las expectativas del grupo social de manera que la relativa independencia del juez frente a la ley debe pasar por el filtro de la aceptabilidad social de sus decisiones”.²³⁵

²³² Loc. cit.

²³³ Redondo, op. cit., p. 237.

²³⁴ Véase Alexy Robert, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, Derecho y filosofía, Ernesto Garzón Valdés compilador, México, Fontamara, 1988.

²³⁵ Segura Ortega, op cit., p. 87.

Lo anterior nos da la pauta para precisar que:

“la decisión judicial ha evolucionado claramente desde la autoridad del que toma la decisión a la importancia de la decisión razonada”.²³⁶

Lo cual quiere decir que si las leyes y los procedimientos son de interés público, le corresponde al juez dar a conocer a la sociedad, hacer públicas, las razones de sus decisiones.

Para justificar una decisión no basta la legalidad formal ni la propia autoridad del juez que la pronuncia, sino en que la decisión sea razonada, que el resolutor exponga con claridad todas las “razones” que empleo para llegar a la solución, pues la sociedad requiere razones.

“La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones”.²³⁷

De acuerdo con Segura Ortega²³⁸ esta responsabilidad ha dejado de ser estrictamente personal para convertirse en una responsabilidad social, ahora el juez, al tomar la decisión pretende que la sociedad las aprueba de uno u otro modo, o sea, que las decisiones pretenden satisfacer, no sólo al juez que las tomo sino también a la sociedad.

De lo expuesto podemos concluir que el deber de plantear razones para las decisiones se presenta como un deber legalmente establecido.

“En los fundamentos de las decisiones jurídicas forma y substancia, procedimiento formal y derecho sustantivo, se encuentran. Por tanto, es equivocado ver los fundamentos como una cuestión de forma. La forma influye sobre la substancia...”²³⁹

Ante ese comentario podemos decir que el pensamiento jurídico ha sufrido un cambio, ya no basta la relación entre norma y decisión, ahora para resolver un asunto, se requiere de otros elementos como son las valoraciones, fundamentar la decisión en razones suficientes y sobre todo analizar la realidad social que ha penetrado en el mundo del derecho.

²³⁶ Bergholtz Gunnar, *Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*, Alicante, Doxa, núm. 8, 1990, p. 75.

²³⁷ Aarnio, *Lo racional...*, op. cit. p. 29.

²³⁸ Segura Ortega, op. cit., 88.

²³⁹ Bergholtz, op. cit. p. 77.

Por tal razón Larenz afirma:

“Toda la reciente metodología jurídica esta de acuerdo en que las resoluciones judiciales no están completamente “preprogramadas” en las leyes, que la aplicación de la ley no es sólo subsunción lógica, que el juez siempre ha de emitir (también) juicios de valor y que, a este respecto, le queda un cierto margen de libre enjuiciamiento”.²⁴⁰

En la concepción mecánica de la función judicial parece que no se plantea ningún problema, ya que el juez en derecho codificado, encuentra la respuesta a los casos que se le plantean, por ello su función es pasiva, sin embargo, en la actualidad, en base a las concepciones modernas para la decisión de los casos, el juez tiene que incorporar a la decisión cuestiones que no están explícitas en la norma, por lo que se hace preciso saber, a qué criterios recurre y también someterlo a un control, la libertad del juez no puede ser tan absoluta, si lo es, caeríamos en lo arbitrario.

No se descarta la posibilidad de fiscalizar la actividad del juez, pero la idea es que no se atente contra su independencia, este principio se entiende como la independencia judicial de cualquier cosa que no sea el derecho válido y dependiente del juez respecto de las leyes. El control hacia el juez se traduce no como una amenaza en contra de su independencia sino más bien para que el juez, al aplicar la ley preserve los valores inherentes al derecho.

“El asunto crucial en el control de una decisión judicial es decidir si la decisión del juez viene determinada por la ley y hasta qué punto”.²⁴¹

No podemos dejar pasar que las decisiones siempre están determinadas por la ley, pues toda resolución judicial se deriva de aplicación de una serie de normas y su control de legalidad es fácil de determinar, no obstante, los jueces también fundamentan sus decisiones en procesos jurídicos que están expresamente por el ordenamiento jurídico y por la práctica judicial.

5. La justificación.

Una vez establecida la referencia respecto a “*decisión judicial*”, ahora nos vamos a dedicar a desentrañar el contenido de su requisito principal que es el de la justificación.

²⁴⁰ Larenz, op. cit. p. 496.

²⁴¹ Wróblewsky, op. cit., p. 313.

5.1. Concepto de justificación.

Iniciamos nuestro estudio con el concepto de justificación, después nos dedicaremos a conocer sus características y requisitos, a manera de adentrarnos a su análisis lo más completo posible.

Justificación consiste en un discurso con el que un hablante aduce una o más razones para sostener una determinada tesis²⁴² y en ese discurso la conclusión de obtiene a partir de premisas determinadas.

Diciotti señala: la tesis teórica constituye una solución a una controversia sobre una cuestión teórica, o sea relativa al estado de cosas del mundo, por ejemplo: ¿Cuál es el origen de las auroras boreales?, en cambio, la tesis práctica constituye una solución a cuestiones controvertidas prácticas, que son relativas a cómo las cosas deben o deberían ser, o bien que es bueno o justo que tengan, por ejemplo: ¿es justa la decisión que ha tomado el juez en la solución de X caso?

De acuerdo con el tipo de tesis que se pretende fundar;

“las justificaciones pueden distinguirse en teóricas y prácticas. Puede afirmarse que una justificación teórica tiene la finalidad de mostrar que el mundo es *verdaderamente* de un modo determinado, es decir, que cierta proposición es verdadera, y, si se excluyen las justificaciones prácticas que concluyen en una proposición es valorativa, las justificaciones prácticas tienen la finalidad de mostrar que uno a más individuos deben o deberían *verdaderamente* comportarse de un cierto modo, es decir, que una determinada directiva es válida”.²⁴³

El concepto de justificación se relaciona con cualquier discurso en el que se aduzcan razones, sin embargo, la definición que nos interesa es aquella que corresponde con la exposición de razones que se adoptan para fundar una tesis congruente o racional, en base a ello, el término “justificación” se relaciona en directo con el concepto de discurso racional, pero sólo en cuanto a que no se den razones fuera de lugar, que sean contradictorias o descabelladas, y esto nos permite incluir la expresión “justificación racional” que Diciotti define:

“Una justificación racional consiste en un discurso mediante el que una determinada conclusión, consiste en una proposición *p* o una directiva *d*, se deriva de algunas premisas consistentes en proposiciones y/o directivas que, si son verdaderas o válidas, son

²⁴² Diciotti Enrico, *Sobre inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Alicante, Doxa, núm. 20, 1997, p. 94.

²⁴³ Loc. cit.

suficientes para garantizar que p es (ciertamente o probablemente) verdadera o que d es válida”.²⁴⁴

Y agrega que otro requisito de la justificación racional, ya sea teórica o práctica es el requisito de la determinación:

“según el cual una justificación es racional si los enunciados que contiene tienen significado suficientemente determinado para poder sostener que expresan efectivamente razones a favor de una tesis”.²⁴⁵

Por tanto, la justificación es racional se deriva de un discurso en el que la conclusión deriva de premisas verdaderas o válidas.

Para Manuel Segura:

“El término justificación alude a los motivos o razones que pueden esgrimirse con la intención de demostrar que una conducta o que una norma es aceptable o plausible”.²⁴⁶

Herrera Flores²⁴⁷ analiza los conceptos de “*justificación*” que fueron utilizados por Kant, Hegel y González Vicén y dice que tradicionalmente el término <<justificación>> ha tenido dos sentidos ofrecidos, uno por Kant en sus *Prolegómenos* y en la *Crítica de la Razón Pura*, el término viene entendido como sinónimo de <<autorización>> para usar un concepto y como <<posibilitación>> de referencia del mismo a un objeto empírico, por lo que su derivación contemporánea se encontraría en el campo de la filosofía analítica que se empeña en determinar las posibilidades de usos de los conceptos en función de las diferentes formas de vida. En Hegel el término “justificar” implica la afirmación de la necesidad de un concepto.

“Justificar éticamente consistiría, pues, en demostrar la aceptabilidad o plausibilidad de una norma o algún imperativo sin mayores implicaciones”.²⁴⁸

De las anteriores opiniones encontramos que la justificación es autorización, entendida como la fuerza que genera una sentencia al ser dictada por el juez, es la propia autorización del juez en resolver el asunto, y supone que está justificada.

²⁴⁴ Ibid, p. 95.

²⁴⁵ Ibid, p. 100.

²⁴⁶ Segura Ortega, op. cit., p. 68.

²⁴⁷ Herrera Flores Joaquín, *Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos*, Anuario de filosofía, núm. 4, Sevilla, 198, pp. 423-424.

²⁴⁸ Loc. cit.

También como la aceptabilidad de la misma, debido a que se presume que la sentencia cumple con los requisitos legales y que no existe duda sobre la misma, por haberse dictado conforme a las normas vigentes.

“Justificar es básicamente una operación que consiste en dar las razones que fundamentan una determinada actuación”.²⁴⁹

Nosotros completamos esa definición con lo siguiente: justificar es encontrar las causas, los motivos y las explicaciones que permiten que una decisión no sea inadecuada o inoportuna.

Por otra parte, si analizamos la palabra justificación, la podemos relacionar con otra más importante, que es justicia.

Ambas palabras corresponden a un tronco común, que es “*jus*” que significa derecho o justicia. “*Jus*” deriva el término del latín *justus* o sea justo, conforme a derecho. Compuestos derivados de “*justo*” son justificar, que viene del latín “*justificare*” y “*justificación*”.²⁵⁰

Justicia y justificación se relacionan al referirse a la acción de justificar, “*volver justo*” lo injusto o, al menos aquello de cuya justicia se dudaba.

El significado de la palabra “justificación indica: conformidad con lo justo”²⁵¹ conforme a derecho.

“*Justificar*” entonces, lo vamos a entender como: hacer justo lo que se decida en un comportamiento. Si nos referimos a la sentencia, justificar sería, proporcionar los argumentos necesarios y suficientes para demostrar que lo que se expone en dicha decisión es conforme a la ley.

El punto de partida para justificar parece que se da cuando se tienen distintas alternativas, si esto lo aplicamos al juez, éste, al momento de dictar una sentencia tiene la posibilidad de elegir entre distintas opciones, cuando escoge una, elimina las demás y esto hace que al tener preferencia por la que escogió, tendrá que justificar los motivos que lo llevaron a su elección.

Segura Ortega afirma:

“De cualquier modo sólo debe ser justificado aquello que no es evidente ni arbitrario”.²⁵²

²⁴⁹ Segura Ortega, op. cit. p. 120.

²⁵⁰ Corominas Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellan*, Madrid, Gredos, 1961, p. 341.

²⁵¹ Diccionario de la Real academia española, *justificación*, 23 ed., Madrid, Espasa Calpe S. A, p. 1333.

²⁵² Segura Ortega, op. cit. p. 68.

Lo evidente no requiere justificación porque se impone de un modo inexorable y lo arbitrario prescinde de la justificación, por tanto, la justificación concierne a lo que es discutido, a lo controvertido, desde esta perspectiva, en el derecho es necesaria la justificación.

Para Segura²⁵³ el Derecho es un producto contingente que determina y condiciona la vida de los ciudadanos respecto de asuntos de trascendencia, por tal razón, el contenido de sus prescripciones es sometido a un examen crítico, ya que sólo a través de esta vía puede justificarse su existencia. También precisa que el término justificación suele ser empleado junto con el de racionalidad, pues se presupone, implícitamente que toda justificación es de alguna manera racional, sin embargo, tenemos que reconocer que hay justificaciones irracionales. La justificación es aquella que pretende que la acción tomada sea aceptada como valiosa por todos aquellos sujetos a los que se dirige el discurso justificativo.

Al realizar una actividad que conlleve consecuencias, se deben justificar, explicar el porqué se tomó la decisión, o el porqué de ese comportamiento.

5.2. La justificación en el derecho.

En muchas ocasiones nos hemos preguntado, ¿por qué motivo existen buenos y malos abogados?, ¿Qué es lo que hace que un abogado gane los asuntos? o bien ¿por qué catalogamos a un juez como buen impartidor de justicia?, la respuesta, a simple vista es muy sencilla, todo depende de la forma de argumentar de dichos personajes, de la manera en la que aportan razones, sea al plantear sus pretensiones en una demanda, al oponer excepciones en la contestación o al justificar el juez su decisión en la sentencia, por lo que todo depende de la forma en la que aplican el derecho.

Desafortunadamente contamos con una inadecuada legislación, llena de vaguedad, antinomias, lagunas y ambigüedades, que amplían el margen de la discrecionalidad judicial, ante estas situaciones, el juez requiere de utilizar las distintas herramientas que tenga a su alcance para justificar sus resoluciones, pues si la ley fuera adecuada, precisa y unívoca, no se tuvieran tantos problemas en la justificación, debido a que la precisión de la ley, reduce el margen de discrecionalidad del juzgador.

Estas deficiencias e insuficiencias de la ley, tienen que ser superadas por los operadores jurídicos, a través de la argumentación que empleen en sus decisiones. Si lo hacen de manera incorrecta, la función judicial se ve minada en cuanto a su legitimidad, en cambio, si los argumentos son racionales se eleva la confianza en los tribunales.

²⁵³ Loc. cit.

“Precisamente por ello el proyecto garantista lanza un reto a la razón jurídica: la construcción de una nueva ciencia de la legislación que relance el papel de la ley y reinstaure una legalidad garantista”.²⁵⁴

La justificación, por lo tanto, sirve para mejorar el contenido de las resoluciones y así dar cabal cumplimiento a la garantía constitucional de motivar y fundamentar las sentencias.

“Por eso, en el ámbito específicamente jurídico y político, la ausencia o la insuficiencia de la justificación cuando no causa una lesión, genera un riesgo para cualquier Estado de derecho”.²⁵⁵

Otra razón por la cual se ha de justificar una decisión, se debe a que los jueces tienen que dar a conocer su criterio, la sociedad tiene que saber las razones en las cuales dicho operador jurídico se basó para justificar su decisión, y de esta manera se determinara si es o no un buen juzgador, por eso Aarnio afirma:

“La gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones...maximizar el control público de la decisión”.²⁵⁶

La justificación es útil para conocer el contenido de la voluntad del juez y para hacerla cumplir, para de esta manera lograr el objetivo que él propio juzgador determinó en su sentencia y así, cumplir con el papel que la misma sociedad le confirió al juez como aplicador de la ley.

Otra razón por la cual es importante la justificación de las decisiones jurídicas, es la certeza jurídica. En el Estado de derecho, se tiene que garantizar dicha certeza para las partes en litigio, lo que significa, evitar la arbitrariedad. Cuestión que se relaciona con el hecho de que los ciudadanos puedan planificar su conducta, por lo que al acudir a los tribunales ya tienen una base de cómo es la práctica judicial, esto es, tiene una idea, de cómo se va a resolver su conflicto, pues saben que la conducta del juez no puede ser arbitraria ni irracional.

Al respecto Aarnio comenta: la expectativa de certeza jurídica significa que todo ciudadano tiene el derecho de esperar protección jurídica, y que mediante el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de derecho) y la decisión debe ser “correcta”, lo que quiere decir que la decisión jurídica debe estar de acuerdo con el derecho.²⁵⁷

²⁵⁴ Gascón Abellán y García Figueroa, op.cit., p. 41.

²⁵⁵ Ibid, p. 51.

²⁵⁶ Aarnio, Lo racional..., op. cit., p. 29.

²⁵⁷ Ibid, p. 26.

De satisfacerse estos dos elementos la gente tendrá más confianza en sus jueces, y les permitirá un alto grado de legitimidad, pero esto sólo se consigue si las sentencias se justifican, mediante argumentos apropiados, de ahí que se les exija a los jueces, buenas razones en sus resoluciones, por ello, la importancia de la justificación en el derecho. Además la exigencia de la justificación significa que las decisiones de los jueces no son evidentes ni tampoco arbitrarias, debido a que lo evidente no necesita justificación y si la sentencia es arbitraria es porque no está justificada.

5.3. Justificación, motivación y fundamentación.

El concepto justificación se relaciona y es afin con los conceptos de motivación y fundamentación, pero eso no significa que quieran decir lo mismo.

Respecto de “*motivación*”, en el artículo 14 de la constitucional establece que los mandamientos de la autoridad deben ser motivados y fundados, aquí esta la primera separación entre estos dos conceptos, motivar es dar las razones para hacer una cosa, en el contexto de las sentencias, es dar las razones del porqué se resolvió de determinada manera, y fundar es señalar las normas, los artículos legales, en las que se basa esa decisión.

Pero por lo que respecta a justificación y motivación, los podemos utilizar como términos intercambiables, quizás exista una pequeña diferencia por lo siguiente: motivación como ya lo explicamos, consiste en dar razones que se tuvieron para hacer una cosa, en cambio la justificación es la vía a través de la cual se produce la motivación.²⁵⁸

La motivación, tal como se encuentra plasmada en la Constitución representa una garantía que proporciona seguridad a los ciudadanos, debido a que estos tienen la posibilidad de conocer las razones que se utilizaron para el contenido de la resolución de la autoridad.

Justificar también es expresar los motivos ó razones para demostrar que una decisión se toma de manera plausible.

De ahí que los términos justificación y motivación se identifiquen, pero como nuestra Carta Magna hace referencia expresamente a “*motivación*”, es por lo que empleamos más a menudo esa expresión. En opinión de García Figueroa:

“El término “*motivación*” no es el más idóneo para referirse a la fundamentación de una sentencia. Motivar es expresar los motivos y los motivos no son en principio razones justificatorias.

²⁵⁸ Segura Ortega, op. cit., p. 116.

Un motivo es la causa psicológica por lo que una acción tiene lugar”.²⁵⁹

Y da como ejemplo que Otelo mató a Desdémona motivado (es decir, movido) por los celos, y estos explican la acción asesina de Otelo, pero no la justifican.

Por tanto, para García Figueroa: motivar consiste en expresar los motivos (razones psicológicas, en una relación causa/efecto) de una determinada acción y fundamentar supone expresar las razones justificatorias. Si aportar este tipo de razones es fundamentar, fundamentación y justificación son términos sinónimos, que se opondrían al término motivación.

Algo de razón tiene este actor en cuanto a que la motivación tiene una relación con una razón psicológica, pero eso se aplica en un contexto familiar, en una decisión de negocios, o para explicar el porqué de una conducta, o por la forma de pensar de las personas. Cuestión que no se relaciona con la motivación que debe el juez emplear al dictar una sentencia, pues en este contexto, tiene la obligación de exponer las razones que lo llevaron a decidir el asunto sometido a su conocimiento. Al demandado o al condenado no le interesan los motivos del juez para dictar una sentencia condenatoria, sino las razones jurídicas que expone en esa resolución.

Al parecer existe una confusión entre razones y motivos, debido a que la palabra motivos, la usamos más en el plano psicológico, al expresarnos de manera coloquial que estamos “bajos de moral o poco motivados” débiles psicológicamente.

Si hacemos esa distinción, podemos afirmar que la conducta de los jueces, al momento de dictar sentencia, se debe dirigir hacia las acciones que llevan a cabo por “deber” más no por la inclinación personal.

“Al menos en un Estado de derecho constitucional como el nuestro, es bueno otorgar valor a las decisiones del juez en cuanto que son expresión del ejercicio de un deber y no tanto de un compromiso personal”.²⁶⁰

El juez se tiene que comportar como un profesional que dicta sus decisiones con la justificación que exige la Constitución, por no ser ya, el ser inanimado al que se refería Montesquieu, cuando señalaba;

“Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres

²⁵⁹ García Figueroa Alfonso, *Palabras, palabras, palabras...*, *De lo que el derecho le dice a los jueces*, Revista Jueces para la democracia, núm. 36, nov. 1999, p. 59.

²⁶⁰ *Ibid*, p. 61.

inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”.²⁶¹

Ahora los jueces y magistrados tienen que motivar y fundar la sentencia con todos los elementos argumentativos que tengan a su alcance.

“Pero el juez no es sólo una máquina, sino un ser inteligente que debe interpretar la norma o integrar el derecho en caso de lagunas, que debe “reconstruir” el hecho...”.²⁶²

De lo anterior se observa que la actividad del órgano jurisdiccional es resolver el asunto controvertido mediante una decisión que resuelva el fondo del juicio, y decidir quién de las partes tiene razón en sus planteamientos y así dar solución al conflicto.

La justificación se relaciona con la forma correcta y válida con que debe dictarse una sentencia, y aquí no entra el estado anímico o psicológico del resolutor, pues debe someterse a las normas y pautas que le da la legislación para resolver.

Consideramos que el legislador constituyente cometió un error terminológico, involuntario, al momento de plasmar la palabra “*motivación*” en el artículo 14 citado, debido a que era la palabra, en ese momento histórico que se utilizaba para evitar el abuso del poder, al imponerse a las autoridades, la obligación de motivar sus actos. Sin embargo debió utilizar el término “*justificación*”, o bien para mayor exactitud. “*dar razones*”. No obstante, no podemos ser tan estrictos o buscar una perfección del lenguaje jurídico, (que jamás va a existir) sino que, entender motivación y justificación como nociones afines.

Marina Gascón asume que motivar una decisión es justificarla, aportar razones que permitan considerarla como correcta o aceptable, por lo que identifica la motivación con un género de justificación y que puede ser entendida como una actividad o como el resultado de la misma, por lo que para identificar ambas cuestiones utiliza las expresiones “motivación-actividad” y “motivación-documento”.

“La *motivación-actividad* es el procedimiento mental que ha conducido al juez a formular como verdadero un enunciado sobre los hechos del caso. La motivación-actividad versa, pues, sobre el contexto de descubrimiento.

La *motivación-documento* es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en el que se plasman) en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados

²⁶¹ Montesquieu, (Carlos Luis de Secondat), *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 2007, p. 151.

²⁶² Briseño Sierra, op. cit., p. 956

fácticos como verdaderos. La motivación–documento versa, sobre el contexto de justificación”.²⁶³

A fin de cuentas, para que tanta discusión doctrinal, si lo que nos interesa, como afectados o beneficiarios de una sentencia judicial, es que el Juez cumpla con su obligación de explicar el porqué decidió en la forma en que lo hizo, llámesele motivación, justificación o fundamentación, que vienen siendo lo mismo, en que razones se basó para dictar su sentencia, para que de esta forma, se tenga la posibilidad de controvertirla ante un tribunal de alzada o bien, aceptarla, si la justificación que empleo el juez fue correcta.

De justificación se habla cuando se ofrezcan razones sobre una duda, o cuando se objete algo, pues si se está de acuerdo, no se tiene que justificar, pero el juez justifica su sentencia porque tiene la obligación de hacerlo.

5.4. Justificación/Fundamentación.

Respecto de justificación y fundamentación, Herrera Flores comenta:

“el garantismo procede de una confusión terminológica muy extendida entre los significados actuales de <<fundamentación>> y <<justificación>>, según la cual ambos términos vienen identificados siendo los mismos muy diferentes y susceptibles en distinto grado de la influencia negativa de la ideologización. En el sentido más general posible, *justificar* no reside más que en encontrar causas, motivos o explicaciones que posibilitan que a lo que se dirige no sea considerado o parezca extraño, inadecuado, inoportuno, censurable, etc”.²⁶⁴

Ya establecimos, en el capítulo primero, que fundamentar es anotar los preceptos jurídicos aplicables al caso a resolver, no obstante, justificar y fundamentar también se utilizan como sinónimos, y por tales términos se entiende: la exposición de argumentos o razones indispensables, suficientes y apropiadas, para estar en la posibilidad de establecer que una decisión judicial es válida jurídicamente. Aunque Ferrater Mora²⁶⁵ señala que la fundamentación es más abarcativa, pues la justificación se vincula específicamente a las opciones del saber práctico o ético.

La justificación judicial, se relaciona con la frase “*buenas razones*”, eso significa que, una sentencia es justificada, cuando el juzgador expuso en su sentencia los

²⁶³ Gascón Abellán Marina, *Los hechos...*, pp. 193, 206 y 207.

²⁶⁴ Herrera Flores, op. cit., 423.

²⁶⁵ Ferrater Mora J. *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza, 1990, p. 1834.

fundamentos de derecho en base a las normas que regulan la acción, argumentos convincentes y una correcta redacción.

5.5. Fundamentar.

Para Enrique Haba fundamentar es sinónimo de justificar, e indica que es un término ambiguo. En sentido amplio, fundamento es la cadena entera de las relaciones de principio a consecuencia que preceden (desde el punto de vista lógico) a la conclusión final, es decir, todo el discurso que sirve para justificarla, todas las razones en que esta se <<basa>>; pero en sentido estricto, el fundamento de un razonamiento no es si no su premisa inicial, no las restantes que se apoyan sobre la (o las) inicial (es) y que junto con ella lleva (n) a la conclusión final. Por otro lado, se dice <<fundamento>>, tanto para referirse al acto intelectual de fundamentar (punto de vista dinámico) como asimismo para señalar las ideas mismas utilizadas con ese fin (punto de vista estático). Nosotros tomamos ese término de acuerdo con su sentido estricto y estático; no obstante, incluso si la palabra se entendiera en sentido amplio y según el punto de vista dinámico, eso no conllevaría diferencias importantes para lo que aquí se quiere explicar.²⁶⁶

“Fundamentar una decisión jurídica significa justificar por medio de razones o argumentos el porqué de la opción por esa determinada decisión, de entre las que son compatibles con el tenor de las normas, o posibles por la ausencia de ellas. Y aquí es precisamente donde inciden de modo preferente las teorías de la argumentación jurídica”.²⁶⁷

El término fundamentar es polisémico, admite distintos sentidos, lo empleamos para hacer referencia a un principio, como un punto de partida del que se pueden deducir ciertas consecuencias, también como aquello que se utiliza para justificar la verdad de un juicio, en otro sentido como una causa eficiente, la razón de un devenir, por otro lado, de manera ontológica el fundamento hace referencia a la razón de ser de una cosa, a la esencia de las cosas. Cuando emitimos un juicio también usamos la palabra fundamento, y se dice que la legitimidad de una conducta ha de estar fundada.

El fundamento constituye la esencia del pensamiento racional, y cuando se nos requiere dar un fundamento, significa que tenemos que exponer el <porqué> de un juicio, que puede darse de distintas maneras como las anteriores a las que nos referimos, de manera fáctica, axiológica y de lógico-formal, y también existe la teleológica cuando se refiere a fines, objetivos y metas, y aún cuando se nos encontremos satisfechos con la respuesta fundamentada es posible dar un

²⁶⁶ Haba Enrique, *Racionalidad y método para el derecho*, Alicante, Doxa, núm. 7, 1990, pp. 192 y 193.

²⁶⁷ García Amado, *Del método...*, op. cit., p. 164.

siguiente fundamento, y un tercero lo que se conoce como fundamento del fundamento, y así sucesivamente.

En suma: fundamentar admite varios significados y el razonamiento no se detiene con un sólo fundamento sino que es posible una cadena de fundamentos; una conclusión puede ser fundamentada de modos diferentes, por lo que, ante la elección de un fundamento determinado cabe cierto grado de arbitrariedad, y es aquí donde del juzgador tendrá que elegir la mejor fundamentación posible, esa elección se basa en el consenso, porque el juez está de acuerdo con la misma.

5.6. Justificación/Explicación.

En este apartado vamos a examinar la relación que existe entre justificación y explicación. En ambas se ofrecen razones de una actuación, u omisión o de algún comportamiento, pero la justificación va más allá de una explicación, porque en la primera se ofrecen razones de mayor peso, que en la segunda. En la “*explicación*” se exponen los hechos o las circunstancias que dieron lugar a la acción por una relación de causa y efecto.

Por ejemplo; para dictar una sentencia, el juzgador puede hacer una serie de explicaciones relacionados con los hechos y con las pruebas aportadas, tan es así que en los resultandos explica cómo se llevó el juicio, cuáles fueron sus etapas y qué pruebas aportaron las partes, y lo que dijeron los testigos, ya en el considerando, tiene que justificar su decisión, el porqué condena o absuelve, y cuáles con las razones que lo llevaron a tomar esa determinación. La justificación es más compleja que la explicación, el razonamiento justificatorio se basa en todos los conocimientos jurídicos que tiene el juzgador para estar en la posibilidad de dar una solución al problema que se le plantea, pero no podemos descartar que para llevar a cabo la justificación se necesita de la explicación.

María Cristina Redondo advierte que estos términos padecen ambigüedad del tipo proceso-producto y comenta:

“Por una parte, designan el *acto* de expresar un conjunto de fundamentos, causas o razones que conforman el apoyo de la explicación o justificación, y por otra parte se refieren también al *resultado* de ese acto”.²⁶⁸

Como acto realizable mediante el lenguaje, los actos de explicar o justificar una acción son los actos ilocucionarios que responden a las preguntas acerca de ¿por qué se ha llevado a cabo? y ¿por qué debía llevarse a cabo dicha acción?²⁶⁹ si esto lo utilizamos en el acto de dictar una sentencia, el juez tiene que explicar en

²⁶⁸ Redondo, op. cit., p. 75.

²⁶⁹ Loc. cit.

su sentencia el porqué resolvió en la forma en que lo hizo o bien las partes lo pueden convencer de resolver en otro sentido.

“Explicar y justificar constituyen acciones diferentes en tanto están guiadas por propósitos disímiles y se concretan en resultados también distintos. Toda explicación tiene un propósito descriptivo, mientras que toda justificación tiene un propósito evaluativo o normativo. El aspecto interno, esto es la intención de explicar presupone el interés cognoscitivo de hacer inteligible la acción. En contraste, la intención de justificar presupone el interés práctico de evaluarla”.²⁷⁰

De acuerdo con Aarnio:

“*Una explicación* intenta hacer comprensible un estado de cosas, un evento o un proceso”.²⁷¹

Y comenta que la explicación puede ser causal o intencional. La causal se basa en el establecimiento de una relación de causa y efecto y en la intencional la base de la explicación son los motivos y las creencias del actor respecto de la realidad.

En términos concretos consideramos que la explicación es la respuesta a saber el porqué algún hecho sucedió o el porqué se actuó de determinada forma, si esto último también se refiere a la justificación, entonces podemos afirmar que ambos conceptos se relacionan. Para saber si una sentencia está justificada el juez tendrá que explicar el porqué y cómo llegó a tomar la decisión que plasma en sus resoluciones.

Bayón Mohino analiza el tema de la diferencia entre explicación y justificación desde el punto de vista de la multiplicidad de usos posibles del término <<razón>>, para quien la distinción más obvia es la que media entre las ideas de razones *por* las que alguien ha hecho algo y razones *para* el agente haga algo y agrega:

“La diferencia que existe entre <<razones por>> y <<razones para>> no es otra que la que va de la *explicación* de la conducta a su *justificación*: en el primer caso se trata de identificar los factores que *motivan* al agente, mientras que en el segundo estamos hablando de los que *deberían* motivarle, con independencia de que lo hagan o no”.²⁷²

²⁷⁰ Ibid, p. 79.

²⁷¹ Aarnio, *Lo racional...*, op. cit., p. 57.

²⁷² Bayón Mohino Juan Carlos, *La normatividad del derecho; deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991, pp. 43-44.

Para nosotros las razones explicativas, son aquéllas que se utilizan para dar cuenta o predecir un comportamiento sin valorarlo y las razones justificativas son aquellas que se exponen para mostrar que la conducta realizada es correcta y legítima. Esto es, el juez tiene que resolver el caso sometido a su conocimiento y lo hace en base a los razonamientos que utiliza en el documento llamado sentencia, en donde explica el porqué de su comportamiento, y la justificación consiste en demostrar que lo expuesto en su decisión es lo correcto debido a que tiene legitimidad para hacerlo.

Consideramos que la explicación que contiene una sentencia, está en los resultados, en donde el juez hace un resumen de cómo se llevó el juicio, y nos explica cómo se desarrolló el proceso que va a resolver, y el cómo lo hace es la justificación.

En definitiva, no podemos deslindar las razones justificatorias y las causas explicativas de toda decisión jurídica, porque no son incompatibles.

“Es más entendemos que toda acción es explicable, y dentro del conjunto de acciones explicables, sólo algunas son también justificables en base a determinadas razones. De ahí que toda acción justificable es también explicable, (incluida una decisión judicial), pero la regla inversa no se cumple”.²⁷³

Toulmin también se ha expresado sobre la compatibilidad entre razones y causas y dice:

“de lo que se trata aquí no es de si las “razones” pueden ser o no equiparadas a las “causas”, sino, más bien, de si el justificar las acciones de una persona (en términos de “razones”) es compatible con explicarlas (en términos de “causa”). Y hasta el momento no hemos encontrado ningún argumento adecuado que nos haga suponer que no son compatibles”.²⁷⁴

La justificación tiene que relacionarse con el porqué de la decisión, qué fue lo que se tomo en cuenta para decidir, sería la explicación.

Por ejemplo: Se condena al demandado a que restituya el terreno X, porque el contrato del actor tiene más valor jurídico, debido a que esta inscrito en el Registro Público de la Propiedad, tal como lo establecen los artículos xxx y la jurisprudencia xxxx, y el del demandado NO, eso es justificar, la explicación sería que se han analizados los dos contratos, se verificó que el del actor está inscrito y el del contrario carece de registro.

²⁷³ Rodríguez Boente, op. cit., p. 41.

²⁷⁴ Toulmin Stephen, *Razones y causas*. En Chomski, N. Toulmin S. Watkins y otros, *La explicación en las ciencias de la conducta*, trad. Daniel Quezada, Madrid, Alianza, 1974, pp. 19-51.

Alchourrón y Bulygin también se refieren a justificar y explicar y comentan que existe una marcada analogía entre la estructura lógica de la justificación normativa y la de la explicación científica llamada causal y dicen:

“En ambos casos explicar (o justificar) equivale a mostrar que la descripción de un cierto fenómeno (un hecho o una ley natural; una solución individual o genérica) es deducible de un sistema (científico normativo) que contiene esencialmente leyes generales (naturales o normativas) y de ciertos enunciados descriptivos de las condiciones antecedentes o del caso, respectivamente”.²⁷⁵

Podemos afirmar que la diferencia entre esos dos conceptos pudiera ser muy sutil, pero en un contexto jurídico, es más adecuado utilizar la palabra justificación, que explicación, porque ésta se utiliza más en las ciencias empíricas, no obstante se debe tomar en consideración que:

“Ambas actividades, la explicación causal y la justificación normativa, responden además a la misma necesidad que tiene el hombre, en cuanto ser racional, de explicar racionalmente los fenómenos del mundo y justificar racionalmente sus acciones”.²⁷⁶

En conclusión de justificación-motivación y fundamentación señalamos:

La discusión entre lo que quieren decir las palabras justificación, motivación, fundamentación, explicación, dar razones, se justifica porque tales palabras constituyen una llave lingüística que dirige nuestra atención a buscar una terminología más exacta de tales conceptos, porque los empleamos en la solución jurídica, no obstante, somos nosotros mismos, quienes al emplear estos vocablos, les damos el sentido que más nos conviene en base a nuestros intereses, en contraposición de los intereses de otros individuos o grupos, para unos, tiene un sentido y para otros, uno diferente, pero a fin de cuentas, la discrepancia reside en el sentido práctico distinto al usar esas palabras, por lo que, se les de el sentido que se les de, sólo es cuestión de palabras, que no tienen repercusiones importantes, pues son inofensivas desde el punto de vista práctico.

Por su parte Alexy emplea las palabras justificación y fundamentación como sinónimos y explica:

“Entre los conceptos de justificación y fundamentación de una convicción, aserción, proposición, etc., existen diferencias, pero también importantes coincidencias...De una justificación se hablará sobre todo se ofrezcan razones frente a una objeción o una duda. Sin embargo, en muchos contextos se pueden usar

²⁷⁵ Alchourrón Carlos y Bulygin Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 230.

²⁷⁶ Loc. cit.

ambas expresiones. Por ello, en adelante se usarán en gran medida como sinónimos”.²⁷⁷

También debemos considerar que las palabras en cuestión se relacionan con el hecho de “exponer razones” para dar una explicación de algo, por lo que entre ellas tienen muy poca diferencia, quizás en el ambiente jurídico, buscamos diferenciarlas, porque “*fundar*” lo entendemos como indicar los artículos aplicables de alguna ley al caso concreto y “motivar” es señalar las razones por las cuáles se dictó la decisión jurisdiccional en la forma en que se hizo, que viene siendo justificar la sentencia, por lo tanto, para los fines de este trabajo vamos a utilizar motivar y justificar como sinónimos.

6. Justificación jurídica.

La labor de justificar se relaciona a la toma de decisiones jurídicas, en el ámbito de los legisladores, cuando crean las normas generales y en la aplicación de la ley, estos es, en las sentencias que dictan los jueces.

Nosotros nos vamos a dedicar a la justificación que realizan los jueces en sus resoluciones.

La actividad justificativa del juez como operador jurídico se lleva a cabo, al momento de dictar sentencia, es esta la justificación jurídica por excelencia, porque se va a resolver el problema sometido a su conocimiento, y en donde el juzgador tendrá que poner toda su sabiduría jurídica para dar solución a dicho conflicto, el cómo lo hace, esa es la pregunta a responder con este trabajo. Además es esta, su actividad principal para dar cumplimiento a su función que le es conferida por el Estado, como integrante del Poder Judicial.

La justificación que nos interesa es la jurídica, aquella que se da dentro del ámbito del ordenamiento jurídico, donde se expresan razones jurídicas para justificar una actuación prohibida o permitida por las normas, y sólo nos vamos a centrar en la justificación que realizan los jueces en sus sentencias.

Por justificación jurídica se entiende, la justificación que se tiene que dar en el proceso de la elaboración de una sentencia judicial. Si bien es cierto todos los mandamientos de la autoridad se deben justificar, entre los que están, los actos de molestia, privación, acuerdos, decretos, autos, sólo nos vamos a avocar a las decisiones judiciales, a las sentencias definitivas que resuelven los asuntos.

La justificación jurídica se hace en base a los fundamentos existentes en el interior del sistema jurídico pertinente a la norma o conducta a justificar.

²⁷⁷ Alexy Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2007, pp. 66 y 67.

“La justificación jurídica se mueve, por tanto, dentro de los contornos establecidos por el propio sistema y jamás cuestiona la validez del mismo”.²⁷⁸

Segura Ortega manifiesta que indudablemente la justificación jurídica es necesaria pero no puede dar cuenta de la razón última del derecho ni de su fuerza de obligar que, en definitiva, es lo que constituye el objeto de la justificación.²⁷⁹ Esto se debe a que la justificación parte de ciertas premisas que se imponen como dogmas, por tal razón, la justificación extrajurídica es la más importante y decisiva, desde el punto de vista axiológico.

Otro punto de vista a tomar en cuenta relacionado con la justificación jurídica, es el hecho de que los jueces por medio de la justificación de sus decisiones deben demostrar la superioridad científico-técnica que poseen en materia jurídica, porque de esta manera se legitiman hacia los gobernados. Si lo vemos desde este punto de vista, Ciuro-Caldani establece que el juez es un repartidor <<aristocrático>>²⁸⁰ por un status de autoridad, y de esta manera también adquiere la autonomía frente a los otros poderes.

7. La justificación y la actividad judicial.

Como ya lo expresamos la justificación que nos interesa es la jurídica, que bien puede ser utilizada por los particulares al exponer su demanda o la contestación, o al formular sus alegatos, o por los diputados cuando plantean una iniciativa de ley o los órganos de la administración pública que emiten una decisión, pero nos vamos a centrar en la actividad judicial que realizan los órganos del Poder Judicial cuando justifican sus sentencias.

Los jueces y magistrados cuando aplican el derecho a los casos particulares tienen un doble papel, primero: son sujetos activos, porque aplican las normas a las personas que están dentro del supuesto de hecho que regula la norma y segundo: son sujetos pasivos de las normas que su regulan su actividad, pues están obligados a ejercer su actividad en base a los lineamientos que establecen dichas normas.

La justificación que utilizan es jurídica porque forma parte del ordenamiento jurídico y por eso es “*intrasistemática*”, sin embargo, pudieran utilizar elementos que no forman parte del mundo jurídico, por ejemplo, normas morales, ideas de la doctrina o por conveniencia social, y esto sería justificación “*extrasistemática*”, que dentro del positivismo jurídico no le esta permitida. Esto nos posibilita afirmar que

²⁷⁸ Segura Ortega, op. cit., p. 70.

²⁷⁹ Ibid, p. 71

²⁸⁰ Ciuro-Caldani Miguel Ángel, *Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales*, Alicante, Doxa, núm. 21-II, 1998, p. 86.

la necesidad de justificar las decisiones jurídicas implica una limitación a la actividad de los jueces, porque sólo pueden justificar normativamente, esto es, la aplicación del principio de vinculación de los jueces a la ley, lo cual significa que el aplicador del derecho no puede ir más allá de las normas que forman parte del sistema.

La justificación en las decisiones jurídicas en base al sistema, aparece como un “*máximo*” o también como un límite, que no puede ser rebasado por los aplicadores del derecho, claro que estamos dentro del “*deber ser*”, porque en la práctica los jueces (magistrados), utilizan en sus argumentos razonamientos “*extrajurídicos*”.

Estos elementos, como pueden ser la moral o el orden público²⁸¹ parece que se incorporan a la norma, pero exigen una actividad valorativa del juez, y su aplicación también sirve como justificación jurídica. Segura afirma:

“la invocación que se pueda hacer a estas u otras razones tiene un carácter complementario ya que por sí mismas no pueden constituir el fundamento de la decisión”.²⁸²

Aarnio también se expresa en ese sentido y dice:

“el derecho en tanto tal no es siempre una razón suficiente...Muy a menudo, la justificación se refiere...a diferentes tipos de razones materiales o bien a razones teleológicas o a razones de corrección. En la práctica, esto significa, entre otras cosas, que el derecho tiene que estar conectado con valores y valoraciones”.²⁸³

Por tal razón, Segura concluye que la justificación jurídica:

“se presenta siempre como insuficiente. Indudablemente es necesaria pero no puede dar cuenta de la razón última del Derecho ni de su fuerza de obligar que, en definitiva, es lo que constituye el objeto de la justificación...Parece, por tanto, que la justificación extrajurídica es la más importante y decisiva, al menos desde una perspectiva axiológica”.²⁸⁴

Esto nos lleva a hablar del tema de la discrecionalidad, que lo permite el propio ordenamiento jurídico, pero de ninguna manera la decisión puede ser arbitraria, sino por el contrario, tiene que ser fundada.

²⁸¹Véase los artículos 278 y 940 del CPCDF, que hacen referencia a la moral y al orden público.

²⁸² Segura Ortega, op. cit., p. 117.

²⁸³ Aarnio, *Lo racional...*, op. cit., p. 15.

²⁸⁴ Segura Ortega, op. cit., p. 71.

A nuestro parecer, no le restamos importancia a la justificación extrajurídica, sin embargo, el aplicador del derecho, primero tiene que basarse en las normas del sistema para decidir, y los argumentos extrajurídicos van hacer complementarios.

El papel más difícil dentro de la actividad judicial lo desarrolla el juez por ser el protagonista de la práctica judicial, porque tiene la mayor responsabilidad, el hecho de decidir quien tiene la razón en el conflicto de intereses, no es una labor fácil, por eso merecen nuestro respeto.

Para Andrés Ibáñez la justificación consiste en acreditar que la decisión no es arbitraria, sino que se funda en razones objetivables, lo que significa que sean susceptibles de verbalización, y dignas de ser tenidas por intersubjetivamente válidas²⁸⁵ por tal motivo, justificar también lo entendemos, como el dejar constancia del porqué se tomó una decisión.

En el contenido de la sentencia judicial encontramos la justificación, de diversas formas, por ejemplo: el juez al apreciar los hechos y determinar cuales son relevantes para decidir, justifica, al valorar las pruebas, también y al determinar las consecuencias de su decisión, tiene que justificar, y mucho más al elegir las normas que utiliza fundar su sentencia.

De lo anterior se desprende que en una decisión judicial, la justificación se basa en diversos tipos de premisas:

- a) Premisas descriptivas, que se refieren a los hechos. El juez analiza los hechos, las cuestiones fácticas que tienen relevancia jurídica.
- b) Premisas normativas, para justificar se toma en consideración el contenido de las normas aplicables al asunto. El juzgador razona y en base a la subsunción de los hechos al supuesto jurídico contemplado en la norma, resuelve el caso, así como sus consecuencias jurídicas.

Estas premisas son de dos tipos: sistemáticas, son aquellas que utiliza el decisor porque pertenecen al sistema normativo. Extrasistemáticas, son las normas que no pertenecen al sistema jurídico pero se aplican, por ejemplo en materia familiar se invoca con regularidad a la Convención de los Derechos de los Niños y Niñas para justificar una resolución, o bien en materia penal, existe la norma de que nadie puede beneficiarse de su propio crimen, que no es fácil justificar, pero encuentra su apoyo en el sistema.

Las premisas extrasistémicas, pueden ser entimemáticas (silogismo abreviado que se sobreentiende), son aquellas que aparecen en el razonamiento, pero de alguna manera son obvias, son presupuestos asumidos, por ejemplo:

²⁸⁵ Andrés Ibáñez, op. cit., pp. 36-37.

La justificación de las sentencias es la expresión de una búsqueda especial de razonabilidad vinculada con los sentidos de relativa aristocracia, de democracia y de república que suelen requerirse de la tarea judicial. La fundamentación de las decisiones judiciales es una de las muestras significativas de los sentidos del régimen y del ordenamiento normativo.²⁸⁶

De tal manera que la justificación de las decisiones judiciales consiste en la necesidad de expresar el funcionamiento de las normas tomadas como referencia y a su vez permite esclarecer la interpretación y aplicación de las propias decisiones, además, por medio de la justificación se incorporan significados especiales distintos a las realidades normativas, y esto produce su materialización, pues los jueces en sus considerandos cambian los sentidos de la realidad convirtiendo, por ejemplo, hechos en pruebas mediante un significado específico, de manera que: si una sentencia o decisión judicial, se encuentra debidamente justificada, produce seguridad para los gobernados.

8. La justificación ideal.

Consideramos que el objetivo de cualquier juez, por ser su función primordial, decidir los litigios que se les presentes, es formular o plantear en sus sentencias, la mejor justificación posible, pero para llegar a ella, no tienen que existir factores que perturben su proceso de razonamiento, eso significa que deben tener libertad para estar en la mejor posibilidad de tomar una decisión, y contar con todas las herramientas metodológicas para llegar a la misma, como son conocer los principios, las normas, todo el sistema jurídico, los topoi, (lugares comunes) de las distintas instituciones jurídicas, así como las distintos tipos de argumentos, sólo así, tendrán la posibilidad dictar una sentencia en la que podamos afirmar que la justificación fue la ideal.

Estamos ciertos, que esto sería, un ideal, no obstante, nos sirve para tomarlo como base para la corrección del discurso jurídico, porque si una sentencia no cumple con esos criterios, entonces no puede satisfacer lo que entendemos por derecho o la justicia.

La justificación ideal la podemos ubicar dentro de lo que Ronald Dworkin planteo con su super juez al que llama Hércules, personaje que sabe todo y que cuenta con el tiempo ilimitado para tomar la decisión, además de que tiene toda la información del caso y los argumentos que requiere, y es capaz de solucionar los casos más difíciles, por lo tanto, también emplearía la justificación ideal. Hércules, es el juez ideal, que resuelve los juicios mediante las mejores decisiones jurídicas.

²⁸⁶ Ciuro-Caldani, op. cit., p. 84.

Al respecto, es conveniente agregar que la justificación ideal, también tiene que ver con el propio significado de la palabra “*justificación*” que indica: –conformidad con lo justo-- de ahí que la justificación contribuye a demostrar la justicia.

9. Justificación interna y justificación externa.

La decisión jurídica se compone de un complejo de operaciones discursivas, como son: la obtención y fundamentación, la búsqueda de premisas, la conclusión misma, pero también, la justificación que se vierte y la cadena de silogismos, que se emplean.

Esa obtención y fundamentación a que nos referimos, de la decisión jurídica, puede tratarse de aplicación de silogismos, sin embargo, existen otros factores que se encuentran incluidos en la decisión, como son el sentido común, la aplicación de jurisprudencia, la opinión de los doctrinarios y el uso de principios y valoraciones, de ahí que para justificar una decisión jurídica, podemos distinguir dos aspectos: la justificación interna y la externa.

La distinción entre justificación interna y externa se debe a Jerzy Wróblewski quien la hizo para hacer evidente las insuficiencias de la lógica jurídica para explicar el razonamiento justificatorio judicial, el que en algunos casos, necesita de explicaciones axiológicas y las define de la siguiente manera:

“La justificación interna (a la que de aquí en adelante nos referimos por IN-justificación) está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está IN-justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas.”

“La justificación externa (a la que de aquí en adelante nos referimos como EX-justificación) se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está EX-justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación”.²⁸⁷

Justificación interna: consiste en la relación de coherencia entre las premisas que sostienen la sentencia y la conclusión. La decisión esta justificada internamente si se infiere de sus premisas.

Justificación externa: Una decisión esta justificada de manera externa, cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación, lo anterior se refiere a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas, pero esta sólo se produce en el

²⁸⁷ Wróblewski, op. cit., p. 52.

marco de una libre valoración, porque en la prueba tasada no se puede dar dicha justificación, pues ésta se determina en las normas procesales.

La justificación externa a la que se refiere Wroblewski es la búsqueda y el establecimiento de las premisas que sirven de fundamento a la decisión.

La justificación interna, también llamada racionalidad interna, equivale al silogismo clásico del razonamiento judicial: una premisa normativa, una situación fáctica y la conclusión, que se da por la inferencia deductiva, por tanto, se expresa en términos lógico deductivos, como un silogismo jurídico, este tipo de razonamiento se presente en los “*casos fáciles*” o “*casos rutinarios*”, donde el derecho es toda perfección, pues los casos se pueden resolver con las normas jurídicas del sistema. Como diría Montesquieu, los jueces son seres inanimados que pronuncian la letra de la ley. La justificación se presenta en base a la existencia de la regla con la cual se puede someter a prueba la racionalidad interna de la decisión tomada.

En la justificación interna se trata de ver si la decisión jurídica se deduce lógicamente de las premisas que para su fundamentación se introducen, y por eso, García Amado opina:

“La justificación interna adopta claramente el carácter de una deducción...la decisión jurídica este justificada cuando se sigue lógicamente de las premisas previamente sentadas y tenidas por correctas. Su esquema básico sería el llamado *modus ponens* de la lógica clásica”.²⁸⁸

Dicho de otra manera: la justificación interna se refiere a la vinculación lógica y formal que existe entre las premisas y la externa se refiere a la justificación de las premisas.

Sin embargo, debido a que existen asuntos que no se pueden resolver con esa facilidad, los llamados “*casos difíciles*”, para darles solución, se requiere de una justificación externa, que consiste en encontrar criterios que permitan cubrir de racionalidad las razones que se exponen en las sentencias, que no entran dentro de la lógica formal, porque ésta, no proporciona todos los elementos necesarios para considerar cuando una sentencia puede ser considerada como racional.

Aarnio considera que los problemas centrales de la justificación jurídica están vinculados con la justificación externa, debido a si el resultado de la interpretación se sigue o no lógicamente, de forma interna, sobre la base de algunas premisas materiales y algunas reglas de inferencia y valores es, en sí misma trivial, pero la dificultad se presenta con la elección y el contenido de las premisas y, por la otra, con la manera cómo se eligen los principios adecuados de inferencia a los valores básicos, por tanto, el problema del discurso jurídico se concreta en la justificación

²⁸⁸ García Amado, *Teorías...*, op. cit., p. 193.

externa²⁸⁹ y concluye que tanto la justificación interna como la externa están interrelacionadas, pues la externa equivale a la adición de nuevos silogismos a la cadena de argumentos a fin de apoyar la premisa anterior.²⁹⁰

Por su parte Alexy también hace referencia a la relación que existe entre dichas justificaciones al comentar:

“La exigencia de la deducción lleva precisamente a lo contrario del encubrimiento de la parte creativa de la aplicación del Derecho: las premisas no extraídas del Derecho positivo aparecen claramente en toda su extensión. Este es quizás el aspecto más importante de la exigencia de justificación interna. El justificar estas premisas no extraídas directamente del Derecho positivo es la tarea de la justificación externa”.²⁹¹

Ambos autores tienen razón, pues en una sentencia, no podemos separar los tipos de justificación, ya que la resolución se presenta como un todo, por el que se decide la cuestión planteada.

En tal sentido se expresa Vigo²⁹² al señalar que la distinción entre justificación interna y externa, en la práctica, es muy difícil de determinar el momento en el que termina una y empieza la otra, además de que al hacer la distinción, se ignoraría que los discursos justificatorios del juez son completos y no fraccionados.

Para la justificación externa existen diversas fundamentaciones como son; la interpretación, la argumentación de la razón práctica general, la argumentación empírica y los argumentos especiales a los que se refiere Alexy.²⁹³ Pero aún en este tipo de justificación, por ejemplo en una interpretación, se puede justificar mediante la deducción de ciertas premisas, como pueden ser las relacionadas con los usos sociales o la situación económica: ¿por qué existen tantos adolescentes que no hacen nada?, ¿por qué no hay escuelas de bachillerato suficientes? y eso trae como consecuencia muchos jóvenes delincuentes, ante esto, parece ser que no existe distinción entre justificación interna y externa, debido a que esta, también se puede justificar mediante deducción lógica.

García Amado²⁹⁴ opina que desde el punto de vista lógico no existiría, ninguna diferencia entre justificación externa e interna. Pero en la fundamentación de las premisas de aquella no cabe un regreso *ad infinitum* y la validez de las premisas elementales últimas no se puede fundamentar mediante la deducción lógica, sino

²⁸⁹ Aarnio, *Lo racional...*, op. cit., p. 168.

²⁹⁰ *Ibid*, p. 170.

²⁹¹ Alexy, *Teoría...*, op. cit., p. 315-316.

²⁹² Vigo Rodolfo, *Razonamiento justificatorio judicial*, Alicante, Doxa, núm. 21, vol. II, 1998, p. 497.

²⁹³ Alexy, *Teoría...*, op. cit., p. 383. *La analogía, el argumentum e contrario, argumentum a fortiori y el argumentum ad absurdum*.

²⁹⁴ García Amado, *Teorías...*, op. cit., p. 194.

que deben ser, <<*decididas*>> como válidas o correctas, por lo que, en esta cuestión, la lógica ya no podrá por sí misma, proporcionar una fundamentación, sino, mostrar la <<estructura lógica>> de tal decisión, que equivale a la del tollens, y la fundamentación sigue el esquema hipotético-deductivo.

En la decisión judicial se tiene que justificar, sea interna o externa la justificación, la interna se justifica mediante la subsunción, encuadrar los hechos a la norma aplicable, esto es el silogismo jurídico. El cual se presenta también cuando el texto legal tiene un significado preciso e inequívoco, por lo que no hace falta justificación, solo una interpretación gramatical, y se aplica el derecho de manera rutinaria.

Podemos asegurar que la justificación interna es aquella que recurre a normas del sistema jurídico y se ciñe a la congruencia de la norma general expresada en la disposición jurídico-positiva y la norma concreta del fallo y la justificación externa se basa en normas que no pertenecen al sistema y son el conjunto de razones que no pertenecen al derecho y que fundamentan la sentencia, como normas consuetudinarias, principios morales y juicios valorativos.

“El conjunto de razones no jurídicas que fundamentan una sentencia constituyen el producto de una actividad argumentativa que suele denominarse <<discreción judicial>>”.²⁹⁵

A la justificación interna también se le llama de “primer orden” porque a lo primero que recurre un juez para decidir es mediante un razonamiento lógico deductivo, si este es insuficiente recurre a la justificación externa o de segundo orden, por tanto, esta se hace necesaria ante las insuficiencias de la justificación interna o de primer orden.

En conclusión: La distinción entre justificación interna y externa, no es tan tajante, porque a ambas formas de justificar se les tiene que dar su exacta dimensión, tan es importante el elemento formal, la lógica deductiva, como el elemento material, la fundamentación de la decisión jurídica, por eso no existe una separación radical. Cuando se toman elementos argumentativos en base a la prudencia, no podemos dejar de lado las leyes de la lógica, porque permiten y posibilitan el pensamiento racional.

Si la justificación externa se forma mediante la utilización de las premisas se hace necesario justificarlas, y esto se lleva a cabo utilizando otro silogismo en el que la premisa se emplea como conclusión. A estos silogismos se les llama de “segundo grado”, y son los que se utilizan para incorporar las opiniones de la doctrina o los precedentes y los resolutivos de la sentencia.

Al respecto Aarnio comenta: en un caso difícil, ninguna de las cadenas del silogismo da soporte suficiente al resultado final:

²⁹⁵ Ibid, p. 169.

“el factor decisivo es la totalidad de los argumentos”.²⁹⁶

Y concluye:

“No hay criterios exactos sobre la base de los cuales se pueda decir justamente este argumento (silogismo) es el adecuado. El intérprete tendrá éxito si la totalidad de los argumentos (la cadena de silogismos) es suficientemente convincente para la otra parte”.²⁹⁷

También agrega que las premisas últimas de esta cadena de silogismos descrita, son el resultado de sopesamientos y ponderaciones²⁹⁸ y estamos de acuerdo con esa opinión, porque el juez al momento de dictar su sentencia, determina qué argumentos tienen mayor peso que otros y cuáles son aplicables y elimina los que considera que no lo son y él mismo, se debe convencer de los argumentos adecuados que va a utilizar en su decisión.

Así las cosas, la justificación externa tiene una estructura argumentativa (y no lógica) y depende por un lado de la coherencia del conjunto de razones expuesto en cada una de las cadenas silogísticas y de la utilización de las reglas y directrices de la argumentación práctica racional.

Consideramos que no existe una distinción tan tajante entre la justificación interna y la externa, porque en ambas se utiliza la lógica, los silogismos son fundamentales. Lo que sucede es que en la justificación externa se pueden utilizar distintas formas de argumentos, no nada más la deducción lógica de la justificación interna, pues se pueden emplear premisas que se refieran a los usos sociales, a los precedentes, a la dogmática jurídica, de la razón práctica, y otros, pero entre ellos se va formando una cadena de argumentos que emplean la lógica.

En la justificación externa, las premisas que se emplean se tienen como válidas y correctas, no obstante, se presentan con una “*estructura lógica*” que debe contener la decisión, a que se refiere el *modus tollens* y no el *modus ponens*.

Si en la sentencia del juez se emplea la justificación externa, está se lleva a cabo mediante la elección de diversas alternativas posibles, entre las cuales adopta aquella que respeta las reglas del código preestablecido, lo que determina que la decisión sea racional.

La justificación, entonces, es el conjunto de razones que se aportan para que una decisión jurídica sea racional y lo es, en la medida en que se emplean las

²⁹⁶ Aarnio, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, Alicante, Doxa, núm. 8, 1990, p. 30.

²⁹⁷ Aarnio, *Lo racional...*, op. cit., p. 170.

²⁹⁸ Aarnio, *La tesis de la única respuesta correcta...*, op. cit., p. 30

disposiciones legales para el dictado de la sentencia, en donde también pueden intervenir las valoraciones que realice el juzgador, en base a su experiencia.

Para María Cristina Redondo, estos dos conceptos son imprecisos y no es claro captar su distinción y afirma:

“Por lo general, se entiende que en la justificación interna se fundamenta la decisión individual final, mientras que en la justificación externa se fundamentan las premisas de esa justificación interna. Sin embargo, no siempre se utiliza este criterio como base de la clasificación”.²⁹⁹

Para explicar su criterio da el siguiente ejemplo:

“Si se toma como parámetro la sentencia judicial, justificación interna sería la que se apoya en las premisas reconocidas por el juez. Justificación externa sería aquella que se asienta en razones externas en relación a la sentencia pero que pueden pertenecer al sistema jurídico. Por el contrario, si se toma como parámetro el conjunto de normas y principios del sistema jurídico, la justificación externa, necesariamente, es la que se apoya en razones extra jurídicas”.

Ante esa problemática, indica:

“La justificación interna es la justificación específicamente jurídica. La justificación externa es aquella que se basa en pautas no jurídicas, por ejemplo, directivas políticas o morales”.³⁰⁰

La distinción más reconocida por la doctrina respecto de justificación interna y externa: es que en la interna se justifica mediante las normas del sistema jurídico, y la externa mediante otros argumentos que pueden ser morales, políticos, prácticos o de otra índole.

La justificación externa de la sentencia se relaciona con la forma de pensar de que el sistema jurídico es abierto, porque permite que los argumentos jurídicos se obtengan de un sistema normativo más amplio, que lo que está regulado en las leyes, debido a que se toman en cuenta principios válidos o bien aceptados por la comunidad jurídica. Por ejemplo, si una sentencia se basa en los derechos de los niños, se fundamenta en principios reconocidos por los jueces familiares, que no están contenidos en el CC, pero sí en un sistema jurídico amplio.

²⁹⁹ Redondo, op. cit., p. 218.

³⁰⁰ Loc. cit., pp. 218-219.

10. Contexto de descubrimiento y de justificación.³⁰¹

Por contexto, entendemos el tomar datos de la realidad que inciden en la tarea del juez al dictar una sentencia. Para saber de donde los obtiene, se han invocado dos contextos: descubrimiento y justificación.

Karl Popper³⁰² menciona que cuando una persona concibe o inventa una teoría no requiere de un análisis lógico, pues el cómo se le ocurre una idea nueva no es de interés, lo que si es de tomarse en cuenta son las cuestiones de justificación o validez, por tanto, lo que interesa es la determinación acerca del porqué aceptarla o rechazarla y para ello su única preocupación es el análisis de las relaciones lógicas que se dan entre los enunciados que expresan la teoría o la hipótesis.

Si lo dicho por Popper lo aplicamos a la sentencia del juez, afirmaríamos que el juzgador, para resolver un caso, realiza dos procesos: uno: concebir la forma o la idea de cómo lo va a resolver, dicho de otra manera la inspiración que tiene al abordar el asunto planteado y dos: determinar el método y si el resultado que obtuvo es justificable, por ende, no le interesa de donde obtiene las premisas para resolverlo, sino que estas sean justificables, de ahí que, el contexto de descubrimiento no tiene relevancia para la justificación de la decisión judicial.

De esta aseveración, desprendemos que en la sentencia, podemos hablar de dos contextos: uno de descubrimiento y otro de justificación.

El contexto de descubrimiento consiste en la búsqueda de las premisas para resolver el caso, en investigar o indagar las cuestiones necesarias para dar a las partes una solución, o bien se refiere a que el juez tiene que buscar todos los factores jurídicos, extra jurídicos o valoraciones, que le pueden servir para su decisión. Es el modo de cómo se alcanza la decisión. Es el proceso intelectual real que lleva a la decisión.

“consiste en una *actividad* de naturaleza heurística y que puede discurrir conforme a los más variados criterios y responde, en la mayor medida, a la capacidad imaginativa y la intuición de quien la desarrolla”.³⁰³

³⁰¹ Pattaro Enrico hace referencia a que la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, suele remontar a Reichenbach, pero desde el punto de vista conceptual no es otra que la antigua distinción entre proceso de descubrimiento de los principios y modalidades de su uso y aplicación, que de manera clarísima ya aparece en Aristóteles, Alicante, Doxa, núm. 2, 1985, p. 151.

³⁰² Popper Karl, *La lógica de la investigación científica*, México, Red editorial iberoamericana (REI), 1991, pp. 30-31.

³⁰³ Andrés Ibañez, op. cit., p. 125.

El contexto de descubrimiento es una fase de investigación de los hechos y las pruebas que integran el juicio, así como de las normas a aplicar, opiniones doctrinarias y jurisprudencia aplicable y concluye con la decisión del juez.

Contexto de justificación: es la fundamentación argumentativa que se da para justificar ante los interlocutores o el medio social, la decisión. Es el modo de cómo se muestra mediante la fundamentación. Es el análisis de las premisas correctas o no para la solución que se propone.

“En el contexto de *justificación* las operaciones que se desarrollan son de carácter argumentativo y están orientadas a convencer de la existencia de las mejores razones para la aceptación de la conclusión que se propone”.³⁰⁴

Este contexto se refiere a la actividad argumentativa que desarrolla el juzgador bajo la forma de un discurso racional, el cual mientras más contenga una coherencia interna hará que la decisión sea aceptable.

Es aquí donde se abre una discusión entre los motivos reales que determinan la decisión y los motivos expresos que se anotan para la justificación de la misma, y las teorías de la argumentación se encargan de la actividad discursiva para determinar la posibilidad de encontrar un método que facilite la labor de los juzgadores, por lo que, a las teorías normativas de la argumentación se han dedicado a exponer y buscar las reglas que gobiernen el discurso racional para determinar la racionalidad de sus resultados.

Para Robert Nozick³⁰⁵ el contexto de descubrimiento consiste en –concebir hipótesis y el contexto de justificación consiste en –estimar su credibilidad- y no pueden separarse completamente. Al relacionar esta idea con la sentencia, el razonamiento del juez, se articula en varios momentos: a) estudia el asunto para llegar a una decisión, b) la adopta y c) la justifica, o bien, el juez, concibe una idea para resolver el caso, si es creíble será justificada, pero para estimar su credibilidad tendrá que concebir y estudiar su mejor alternativa incompatible, que consiste en realizar una comparación entre las distintas alternativas que tiene para la solución del caso y escoger la que pueda justificar de la mejor manera posible.

Si tal distinción entre los dos contextos la aplicamos a la decisión judicial, podemos asegurar: que el hecho de cómo el juez resuelve un asunto, de donde obtiene los argumentos para resolverlo, qué investigación realizó, o cómo se le ocurre la solución, no interesa para el trabajo judicial, sólo es del interés de la psicología empírica o de la sociología, pero no es de importancia para la epistemología, ni para el análisis lógico, ya que no se interesan por cuestiones de hecho, (la forma en la que fueron creadas las ideas), sino sólo por la estructura de los enunciados, por lo que en ese tenor, tenemos la impresión de que mientras no

³⁰⁴ Ibid, p. 126.

³⁰⁵ Nozick Robert, *La naturaleza de la racionalidad*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 232.

se estudie la forma en la que deciden los juez acerca de la prueba de los hechos del litigio, no se podrá llegar a una correcta justificación de la decisión judicial.

En un interesante artículo de la profesora Ana Laura Nettel³⁰⁶ trata de la distinción entre los dos contextos y expone que la teoría de la argumentación de autores como MacCormick, Aarnio y Atienza, se ubica en el contexto de justificación porque dejan de lado todo aquello que tiene que ver con la forma en que se llegó a la decisión, de aquí a la teoría de la argumentación no le concierne analizar las motivaciones de quienes deciden, que le corresponde al contexto de descubrimiento, por no ser relevante para el análisis de la justificación. Y al respecto de este enfoque metodológico opina que se excluye la forma en que efectivamente se llevan a cabo las decisiones. Estamos de acuerdo con la opinión de la doctora en cita, sin embargo, ¿cómo realizar un análisis de las cuestiones externas que influyen en una decisión?, ya que pueden influir situaciones históricas, económicas, políticas, psicológicas y sociológicas entre otras, en una sentencia judicial, sería muy amplio el estudio, por esa razón, la argumentación jurídica sólo se centra en las cuestiones internas o de justificación de la decisión. Quizás se podría intentar, sólo respecto de una sentencia, para poder determinar la forma en que de hecho razonan los jueces, cómo evaluaron los hechos y las pruebas, así como los elementos externos citados que influyeron en la decisión.

Ante lo anterior, la autora en consulta concluye:

“En efecto, no es posible hacer una teoría de la forma en que cada juez lleva a cabo su decisión, sin embargo lo que sí se puede hacer es una teoría de los estilos de racionalidad a la que los jueces recurren es un sistema dado. Y esto es posible porque los jueces constituyen “colectivos de pensamiento” que desarrollan su propio “estilo de pensamiento” en las distintas épocas y espacios”.³⁰⁷

Nosotros opinamos que no se puede realizar una distinción tajante de los contextos en estudio, porque ambos contribuyen a profundizar en el conocimiento del modo de operación judicial, pues a fin de cuentas, el juez deberá estar consciente de su propia actividad y si la quiere realizar de manera correcta, tendrá que ejercer un mejor control racional de la misma.

Los dos contextos de la función jurisdiccional son el resultado de un estudio analítico, profundo y cuidadoso, de la obligación del juez de dictar de la mejor manera su sentencia. No son inconexos, porque el juez decide la opción que mejor podrá motivar.

³⁰⁶ Nettel Ana Laura, *La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial*, México, Isonomía, núm. 5, octubre, 1996, p. 115.

³⁰⁷ Ibid, p. 117.

11. La responsabilidad del juez de justificar.

Ya establecimos que el juez tiene la obligación constitucional de motivar sus resoluciones, pero ahora lo vamos a establecer como una responsabilidad de procurar que la expectativa de certeza jurídica que persigue todo justiciable se encuentre en la sentencia.

Desde el momento que el juez dicta una sentencia tiene la responsabilidad de apoyarse en la propia autoridad que de él emana, el juez es la autoridad que dicta sentencia. Según Aarnio:

“El decisor justifica su decisión haciendo referencia a su autoridad”.³⁰⁸

Y formula esa idea de la siguiente manera:

“la decisión es la correcta ya que es la interpretación de una ley válida por parte del tribunal”.³⁰⁹

Sin embargo no es suficiente que el juez tenga autoridad para dictar una sentencia, sino que aparte de ese poder, tiene la responsabilidad de dar razones, lo que se traduce en justificar sus decisiones. En la medida que cumple con esa función, existe también un control por parte de la sociedad, por tal virtud,

“la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad”.³¹⁰

La justificación origina credibilidad en el poder judicial, lo que da confianza a los ciudadanos, por eso es importante dar a conocer los fallos de los tribunales para que la sociedad conozca cómo se deciden los asuntos y cuáles fueron las razones de peso en las que se basó la decisión.

12. Fines de la justificación.

La justificación puede perseguir fines muy variados, por ejemplo: convencer a otro; si estamos ante un auditorio, la finalidad de nuestro discurso sería convencer a los asistentes de lo que decimos. También podemos emplear la justificación sólo para informar lo que estamos haciendo y las razones del porqué lo hacemos; un alumno expone sus razones del porqué no fue a clase, un padre llama la atención a su hijo y le expone su justificación, pero todos buscamos

³⁰⁸ Aarnio, *Lo racional...*, op. cit., p. 28.

³⁰⁹ Loc. cit.

³¹⁰ Ibid, p. 29.

convencer al otro de algo, y le exponemos nuestras razones, con la idea de que nuestro actuar es el correcto.

Para lo que nos interesa, vamos a centrarnos en el fin de la justificación del juez en sus decisiones.

El juez justifica por varias razones:

Primera: Para dar cumplimiento a la obligación que le impone la Constitución en su artículo 16 en su primer párrafo, en cuanto a que los actos de molestia de las autoridades deben constar en mandamiento escrito fundado y motivado.

Segunda: Función persuasiva: el juez con la justificación que hace en la sentencia trata convencer a las partes, de que la sentencia se dictó de manera correcta, ajustada a derecho, lo que significa que se siguió el ordenamiento jurídico, y que los argumentos empleados fueron los adecuados para resolver el asunto en la forma en que se hizo, lo cual se relaciona con la publicidad, que consiste en dar a conocer los razonamientos que realizó y las partes tengan la oportunidad de recurrir la decisión. Cuestión que se relaciona con el principio de audiencia, por el cual se asegura que las partes están informadas de las reglas que se van aplicar en el juicio, de los hechos relevantes que el juez consideró y del porqué, así como las razones en las que basó su decisión.

Si bien es cierto que se ha superado la concepción del positivismo legalista del siglo XIX que consagra la supremacía de la ley como fuente del derecho y como elemento único para tomar la decisión que hace el juez como mero aplicador de la ley, también lo es, que el sometimiento del juez al derecho vigente sigue estando presente como principio relevante en el sistema jurídico. No nos podemos apartar de esta concepción porque la ley es un instrumento racional para resolver los casos jurídicos.

Tercera: Función de control: las partes al recurrir la resolución (vía apelación o amparo), cuestionan la validez y solidez de la decisión, debido a que consideran inapropiadas las razones que expuso el juez, ante lo cual el Superior examina la justificación del inferior, lo que significa un “control de la decisión” y esa posibilidad garantiza las exigencias de la seguridad jurídica.

Cuarta: Reconocimiento y publicidad ante la sociedad: si la sentencia dictada por el juez esta bien justificada, será catalogado como buen juez, por lo que legitima su labor. La sociedad ya no tiene fe en sus autoridades, los jueces, entonces, tendrán que dictar sentencias justificadas para recuperar la credibilidad en su actuación.

“La motivación de las decisiones judiciales constituye uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho como conquista frente a las arbitrariedades de los procesos en el Antiguo Régimen. La motivación garantiza que los jueces y magistrados

se someten al principio de legalidad y permite a los justiciables conocer las razones que fundamentan las decisiones, abriendo la posibilidad de los recursos correspondientes”.³¹¹

En la actualidad la opinión pública³¹² constituye un elemento extrajurídico que el juzgador toma en cuenta para desempeñar su función. Los medios de comunicación al sacar a la luz pública el contenido y las discusiones de los impartidores de justicia dan a conocer los criterios que tomaron en cuenta para resolver los casos, por ejemplo; la discusión del aborto, lo relacionado con la seguridad pública, de ahí que los jueces, para emitir su juicio jurisdiccional, ya consideran las reacciones de la sociedad.

El convencimiento del juez a la opinión pública también incluye el suyo propio, pues él adopta su decisión con pleno conocimiento de que la sentencia que dicta es la correcta y justa para las partes, por tanto, si esta de acuerdo con ella, quedará a gusto y satisfecho con la decisión que tomó para solucionar el conflicto que le fue planteado. Opina Bentham³¹³ que la publicidad es la más eficaz salvaguarda del proceso y de su resultado, la sentencia, es el “alma de la justicia”, además de cumplir otras funciones como asegurar su probidad o para otorgar a sus sentencia la confianza pública, por lo que:

“Les es necesaria como freno en el ejercicio de un poder del que es muy fácil abusar”.³¹⁴

Desde el momento en que las sentencias se hacen públicas, existe un control de la decisión, en oposición al secretismo, que es la tendencia a ocultar, que rige en la autocracia. La publicidad dentro de un Estado democrático, constituye una exigencia ineludible con tendencia a la claridad.

“...la publicidad es condición *sine qua non* de legitimidad democrática porque ésta exige el control del poder, y sin transparencia, sin publicidad de la actuación de los poderes públicos no cabe dicho control”.³¹⁵

En este sentido Garzón Valdés sostiene:

“Justamente porque la publicidad es un principio normativo puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática

³¹¹ García Figueroa, *Palabras...*, op. cit., 59.

³¹² Cfr. Garzón Valdés Ernesto, *Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas*, Alicante, Doxa, núm. 14, 1993, pp. 77-95.

³¹³ Bentham, op. cit., p. 62.

³¹⁴ Ibid, p. 63.

³¹⁵ Rodríguez Boente, op. cit., p. 185.

de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado”.³¹⁶

Si admitimos que la publicidad es un principio normativo, trae como consecuencia la accesibilidad a los actos de gobierno, entre los que están las decisiones de los jueces, lo que permite disfrutar del derecho de información que tienen los gobernados para conocer la motivación de las sentencia, que abre a la vez, la posibilidad de las críticas a las sentencias judiciales por parte del colectivo de juristas.

Las razones de la motivación que se contienen en la sentencia, no son sólo públicas para las partes sino para todos, y en opinión de Barragán: el proceso interactivo de construcción de una decisión jurídica se hace más transparente y en este sentido según tal autora:

“La publicidad y la exposición abierta de las razones constituyen una herramienta muy poderosa para corregir y ponderar con mayor acierto la información incorporable en la decisión”.³¹⁷

La publicidad de la motivación de las sentencia permite las críticas a tales resoluciones y esto da pie a que los jueces mejoren su justificación.

“Pero cualquiera que sea el efecto de la publicidad en la parte externa del juez, ha de ser saludable para la justicia de sus decisiones. Hay un llamado continuo de su tribunal al de la opinión pública”.³¹⁸

El juez esta bajo la lupa de la opinión pública, por ello tiene que actuar con dignidad y nunca con altivez, por tanto, la publicidad es necesaria para asegurar la probidad del juzgador y así se consigue la confianza del público.

El motivar los fallos permite la publicidad y es una ventaja práctica, pues si el juzgador no razona da pauta a la arbitrariedad. La publicidad, entonces, es el mejor control que se puede ejercer en contra de las decisiones de los jueces.

Quinta: Como una satisfacción personal, al dictar sentencia, el juez se convence a sí mismo que su decisión es la mejor posible.

Sexta: Con la justificación se elimina la arbitrariedad. El juez no puede dictar una resolución porque es la autoridad, ya no cabe la posibilidad que diga: “porque así lo decido o a sí lo mando, porque lo digo yo”, ahora tendrá que exponer las razones de su decisión y estas tendrán que ser justificadas, lo que permitiría que las propias partes estuvieran de acuerdo con la sentencia, esto es convencidas, lo

³¹⁶ Garzón Valdés, op. cit., p. 83.

³¹⁷ Barragán, op. cit., p. 68.

³¹⁸ Bentham, op. cit., p. 63.

que permitiría ya no recurrirla, por tanto, el fin de todo proceso de justificación es que la parte a la que se dirige por el que argumenta (el juez), quede convencida de lo postulado por éste.

“Si se pretende resolver con certeza y previsibilidad o con racionalidad y razonabilidad que es lo mismo que pasar el test de eficiencia que la sociedad requiere, el operador no puede apoyarse en su autoridad porque la comunidad le pide buenas razones como fuente de sus argumentos. Y ello, además por cuanto es necesario aumentar el control público sobre las decisiones, circunstancia que habrá de contribuir no sólo a facilitar las apelaciones de las partes involucradas en el conflicto sino también para aumentar la credibilidad pública en el sistema jurisdiccional”³¹⁹.

Podríamos comentar que el juez no tiene porque convencer a nadie, pues su función consiste en resolver el conflicto que se le plantea, sin embargo, en su decisión va implícito el convencimiento hacia las partes de que la resolución es la correcta.

“El verdadero honor de un juez consiste...en ponerse por encima de las sospechas impidiéndolas nacer, y en dar a todo el público la custodia de su virtud y de su conciencia”³²⁰.

Perelman señala:

“El objetivo de toda argumentación... es provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento: una argumentación eficaz es la que consigue aumentar esta intensidad de adhesión de manera que desencadene en los oyentes la acción prevista (acción positiva o abstención), o, al menos, que cree, en ellos, una predisposición, que se manifestara en el momento oportuno”³²¹.

Relacionado con este punto, otro fin que se persigue con la justificación es eliminar la incertidumbre legal, en sentido positivo lo que se persigue es la certeza jurídica, tema que ya se trato con anterioridad, no obstante sólo apuntaremos que la decisión judicial tendrá que estar basada en derecho lo que permite que los ciudadanos conozcan las consecuencias de su conducta, y de acuerdo con Aarnio, en un Estado de derecho, la certeza jurídica se realiza, por medio de: 1) la

³¹⁹ Portela Mario Alberto, *Argumentación y Sentencia*, Alicante, Doxa, núm. 21-II, 1998, p. 336.

³²⁰ Bentham, op. cit., p. 64.

³²¹ Perelman Ch. y L. Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación, la Nueva Retorica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989, p. 91.

división de poderes, 2) la igualdad formal entre los ciudadanos, 3) la separación entre Derecho y moral, 4) el modelo formalista del razonamiento jurídico.³²²

Lo anterior representa un control sobre la actividad judicial, que se relaciona con la publicidad, ese control consiste en someter al juzgador a la legalidad, a que analice de forma adecuada los hechos y valore con atino las pruebas, para que su decisión sea lo más racional posible, y esto permite evitar la crítica y la arbitrariedad, en este punto, Rodolfo Vigo³²³ se refiere a la función controladora que como función tiene la justificación, considerando las razones que intentan avalarla.

También es importante resaltar que al existir, lo que en nuestra realidad judicial se conoce como Voto Particular, cuando se resuelve un asunto por mayoría de votos en tribunales colegiados; y un magistrado o ministro no esta de acuerdo con el proyecto de los otros, la motivación disidente, funciona como un control y equilibrio dentro del propio tribunal. En estos casos, los jueces pueden considerar los argumentos de mayor peso y se obtiene una visión diferente del asunto, que ayuda a una mejor decisión.

“El análisis y la crítica se ven muy favorecidos por la declaración de las razones. Las decisiones razonadas son sometidas a la crítica y al control de la propia actividad jurisdiccional, de los medios de comunicación y del público en general y también, a través de la discusión, pueden convertirse en vehículo de cambio y progreso”.³²⁴

Se utiliza la frase cambio y progreso, en el sentido de que debido a las razones de una justificación, se pueden obtener distintas ventajas, por ejemplo: al dictarse una decisión razonada, se llevó a cabo una interpretación correcta, por lo que pueden surgir nuevos principios o reglas para usarse en otros casos que se llegaren a presentar y la motivación idónea va a traer como consecuencia nuevas reglas que impulsen nueva legislación.

Séptima: al dictarse una sentencia debidamente justificada, también se persigue la independencia del poder judicial con los otros poderes del Estado.

El legislativo y el ejecutivo, pudieran solicitarle al juez una resolución favorable a aquellos, sin embargo, el administrador de justicia, no podría hacerlo, porque para ello tendrá que justificar su resolución en base a la legalidad vigente. ¿cómo tergiversar la ley en beneficio de otro poder?, sabemos que en la práctica ocurre, pero tenemos que pensar que lo ideal es que el juez, asuma su papel con

³²² Aarnio, *La tesis...*, op. cit., p.25.

³²³ Vigo, op.cit., p. 498. Este autor destaca las funciones que cumple la argumentación justificatoria y las enumera de la siguiente manera: función validante, controladora, legitimadora, concretizadora, didáctica, científica, estabilizadora, pacificadora y moralizadora.

³²⁴ Bergholtz, op. cit., p. 82.

independencia total, pues su actividad está en constante observación por la sociedad y los estudiosos del derecho, que lo someterían a críticas muy severas.

“El principio de la independencia judicial en los sistemas de *statutory law* de nuestra cultura jurídica suele entenderse como la independencia judicial respecto a cualquier cosa que no sea el derecho válido y como la dependencia del juez respecto de las leyes”.³²⁵

Octava: Las razones representan una guía para el juez. Antes de tomar la decisión, analiza las distintas razones que norman su criterio en un sentido o en otro, y ya que decide, cuales son las mejores razones, estas son instrumentos para la justificación y legitimación de la decisión, por eso el tribunal tiene que especificar el porqué actúa de una determinada manera.

Novena: De acuerdo con Bergholtz³²⁶ moralmente, las razones constituyen una justificación del poder y que el poder puede ser usado sólo dentro de los límites de su justificación.

“La decisión razonada es el medio de afirmar la facultad de la razón frente al poder”.

“Las motivaciones de los tribunales forman parte también de la democracia de la toma de decisión judicial. Los jueces tienen que justificar su uso del poder, y la obligación de declarar las razones limita este poder”.³²⁷

De acuerdo con nuestra Constitución, artículos 14 y 16, el individuo tiene que ser tratado con respeto, por lo que las autoridades están obligadas a dar toda la información a las personas que se ven desfavorecidas por las decisiones de la autoridad.

Décima: La jurisprudencia (doctrina del precedente) se encuentra subordinada a los fines de la justificación, porque si existen o se dan buenas razones en la justificación de una decisión, se proyecta en cuatro formas: 1) la disponibilidad de razones inclina a otros tribunales a seguir la decisión; 2) las razones hacen que sea más fácil seguir un precedente; 3) las razones operan con la fuerza de la autoridad; 4) el razonamiento puede apoyar razones substantivas para decisiones judiciales posteriores.³²⁸

Décima Primera: Función pedagógica: la justificación que se utiliza en una sentencia puede ser decisiva para casos posteriores, lo cual implica que se puede

³²⁵ Wróblewski, op. cit., p. 313.

³²⁶ Bergholtz, op. cit., p. 81.

³²⁷ Loc. cit.

³²⁸ Ibid, p. 82.

usar para resolver otros asuntos. Jueces o abogados litigantes pudieran emplear los criterios justificatorios de una sentencia para solucionar otros asuntos.

En conclusión: la decisión judicial, no puede darse al antojo o al capricho del juez, tiene que basarse en un razonamiento jurídico fundado y motivado, libre de presiones de cualquier tipo.

CAPÍTULO IV.

ANÁLISIS DE DECISIONES RELEVANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

“La actividad del abogado Juez, debería ser una de las más nobles y dignas”.

Genaro Carrió.

Antes de pasar al análisis de los casos, primero tenemos que explicar los requisitos de la sentencia, en distintos ordenamientos jurídicos, lo que nos va a servir para determinar si las resoluciones de la Suprema Corte en estudio, cumplen con dichos lineamientos legales.

1. Los requisitos de la sentencia en la legislación.

1.1. En la Constitución.

Los artículos constitucionales en los que encontramos alguna referencia a la sentencia son: 14, 16 y 17.

Artículo 17.

Primero nos referimos al artículo 17, porque en dicho precepto existe disposición expresa a las “*resoluciones*” que deben emitir los tribunales, y también debido a que éstos, por su función jurisdiccional, tienen la obligación de resolver los conflictos por medio de una sentencia, tal numeral dispone en su párrafo segundo:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Este párrafo establece la garantía de seguridad jurídica de acceso a la jurisdicción, así como el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que los tribunales tienen la obligación de impartir justicia mediante resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

Para el profesor Elisur Arteaga los “*principios rectores*” de dicho precepto son:

“La justicia, como un servicio público estatal, debe ser gratuita, expedita, oportuna, imparcial, completa, con tribunales independientes y efectivos”.³²⁹

Este artículo prevé que al Estado Mexicano le corresponde el monopolio de la función jurisdiccional, ya que tiene la posibilidad de conocer y resolver las controversias que se presenten entre los particulares y de éstos con las autoridades, pues los particulares no pueden hacerse justicia por sí mismos, por lo tanto, tienen que recurrir a los “tribunales”, término que en su acepción más amplia comprende a todos aquellos órganos del Estado que tienen la función jurisdiccional para resolver conflictos.

Al respecto la Primera Sala de la SCJN, emitió la jurisprudencia 42/2007 en la cual analiza la tutela jurisdiccional y señala:

“GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.

La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión”.³³⁰

En cuanto a la “*manera pronta*” en que los tribunales deben emitir las “*resoluciones*”, el artículo en análisis se refiere:

a) a que los procesos deben ser ágiles.

b) a la rapidez con que se debe emitir la resolución dentro del plazo que fijan las leyes, y eso depende de la legislación a aplicar según el caso concreto, por ejemplo: la sentencia de amparo directo en 15 días, artículo 184 fracción II de la LA. De acuerdo con el CFPC, se tiene el plazo de 10, artículo 347 y en 15 días en el fuero común, según el artículo 87 del CPCDF.

c) a que existan los tribunales suficientes y próximos para la impartición de justicia.

En relación a la frase: “*manera expedita*”, alude a que los tribunales deben estar – desembarazados, libres de todo estorbo— sin condición alguna, sin obstáculos, ni

³²⁹ Arteaga Nava Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford, 2009, p. 264.

³³⁰ Jurisprudencia con registro 172,759. Novena Época. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Abril de 2007. Tesis: 1ª./J. 42/2007. Materia Constitucional, p. 124.

requisitos impeditivos ni obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, sin trabas innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines.

“...significa que el poder público -en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial- no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción”.³³¹

La expedite tiene que ver con la rapidez, con la prontitud, con la existencia de procedimientos ágiles, que permitan una adecuada resolución de juicios, o como comenta el maestro Arteaga Nava:

“Que existan los recursos idóneos y vías para impugnar las resoluciones; los plazos para interponer los recursos no deben ser tan amplios o abiertos, que impliquen una prolongación indefinida de los procesos y de su resolución, o tan breves, que impidan formularlos en forma adecuada”.³³²

El calificativo “*completa*”, significa que la resolución emitida trate sobre todas las cuestiones planteadas por las partes, que no haya ninguna acción, excepción o defensa por dilucidar, que se de trámite y respuesta a todas las cuestiones presentadas en juicio, como son los recursos o los incidentes, de manera que se agote el procedimiento sin dejar nada pendiente por resolver.

“*Imparcial*” dentro del ámbito legal quiere decir, que los tribunales del poder judicial son independientes, tanto en lo económico como en lo político, de los otros dos poderes, por lo que sus resoluciones no están supeditadas a ninguna injerencia de éstos.

El hecho de que los tribunales sean independientes, fortalece el principio de la división de poderes y constituye la primera garantía de la jurisdicción, pues permite la existencia del juez jerárquicamente libre y sólo dependiente de la ley.

Esa independencia requiere que los jueces no se sometan a voluntades externas de los gobernantes ni de los gobernados, sino que se sujeten a las normas, con estricta aplicación del derecho, tal como lo sostiene el siguiente criterio:

³³¹ Loc. cit.

³³² Arteaga Nava, op. cit., p. 269.

“INDEPENDENCIA JUDICIAL. LOS DERECHOS QUE ASISTEN AL TITULAR DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL TIENDEN A GARANTIZAR QUE RESUELVA SIEMPRE CONFORME A DERECHO, SIN INFLUENCIAS AJENAS.

De la interpretación sistemática de los artículos 17, 94, párrafo octavo, 99, párrafo penúltimo, 100, párrafo séptimo, 101 y 128 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe concluirse que los titulares de los órganos jurisdiccionales se rigen por un sistema que garantiza su independencia, consistente en la actitud que debe asumir todo juzgador para emitir sus resoluciones con apego a derecho, al margen de todo tipo de presiones o intereses extraños, lo cual se protege mediante diversos mecanismos, como son la fijación de un plazo de duración en el cargo, la imposibilidad de disminuir sus remuneraciones y de que ocupen diverso empleo o encargo durante un periodo”.³³³

La función judicial se entiende como “*imparcial*”, por la igualdad de condiciones que tienen las partes frente al juzgador, quien las oye, les recibe sus pruebas y alegatos y no deja que ejerzan presión sobre sus actuaciones ni forma en la que dicta sentencia y más aún, en la ejecución de las sentencias, los jueces tienen el imperio para hacerlas cumplir coactivamente. En la jurisprudencia 192/2007, aprobada por la Segunda Sala de la Corte con el rubro:

ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES.

Se hace referencia a los conceptos de; justicia pronta, completa, imparcial y justicia gratuita, y en lo conducente sostiene:

“La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al

³³³ Tesis aislada con número de registro 175917. Novena Época. Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, Febrero de 2006. Tesis: P.XIII/2006. Materia Constitucional. p. 25.

governado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público...”³³⁴

En conclusión; el artículo 17 constitucional consagra el derecho al acceso a la jurisdicción, por el cual el gobernado tiene el derecho subjetivo público de acudir a los tribunales a dilucidar sus pretensiones, y éstos tienen el deber jurídico de tramitarlas y resolverlas, mediante un procedimiento que culmine con una sentencia, la cual a de dictarse dentro del plazo que fije la ley, resolviendo todas las cuestiones controvertidas, sin que haya influencias externas que intervengan en el criterio para decidir.

Al respeto Rojas Caballero opina:

“la disposición constitucional en estudio, consigna como garantía de todo individuo, el derecho de acudir a la jurisdicción del Estado a fin de que se le administre justicia pronta, completa e imparcial, que se entiende como un valor social que debe ser realizado por los tribunales, como un servicio público en un plazo razonable, en función del necesario equilibrio que debe existir ante la deseable celeridad de los procedimientos judiciales y el tiempo suficiente para que las partes y las autoridades encargadas de impartir justicia realicen las actividades que les correspondan”.³³⁵

El artículo 17 en comento se vincula con los artículos 14 y 16 de la propia Constitución y sólo nos avocaremos a su análisis con referencia al tema de nuestro interés, “*la sentencia*”.

Artículo 14.

De manera general lo correspondiente a “*sentencia*”, en la Constitución se encuentra en el artículo 14, el cual consagra el principio universal de seguridad jurídica aplicable a todo acto de autoridad. Así como la garantía de audiencia, que comprende: el ser oído y vencido en juicio; el derecho de defensa, lo que implica

³³⁴ Jurisprudencia con número de registro 171257. Novena Época. Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Octubre de 2007. Tesis: 2ª./J. 192/2007, p. 209. Materia Constitucional.

³³⁵ Rojas Caballero, op.cit., p. 396.

la existencia de normas que regulan el proceso y que estos se resuelvan conforme a la ley, tan es así que el segundo párrafo de dicho precepto dice:

“Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Lo anterior implica que los tribunales sólo podrán privar a una persona de su propiedad, domicilio, papeles o posesiones, mediante la emisión de un acto de autoridad, o sea una resolución, una sentencia, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento, por tanto, dicha resolución requiere de las siguientes exigencias legales: a) que se dicte conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, o bien se funde en los principios generales del derecho, b) que se encuentre fundada y motivada, y c) que se dicte de manera pronta, completa imparcial y gratuita.

El artículo 14 citado, contiene el principio universal de seguridad jurídica, sustento de la garantía de audiencia³³⁶ y dentro de ésta se encuentra la relativa al “debido proceso legal”, que comprende “*las formalidades esenciales del procedimiento*”, la cual se refiere al cumplimiento de las condiciones fundamentales del procedimiento jurisdiccional, que concluye con una sentencia que resuelve las cuestiones controvertidas.³³⁷

De tal garantía se infiere que el juzgador tiene la obligación de decidir el debate sometido a su conocimiento, tomando en cuenta todos los puntos aducidos por las partes, en su demanda y contestación, para llegar a la condena o absolución del demandado, y esta determinación se vincula con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 16 constitucional, que obliga a las autoridades a fundar y motivar sus actos, lo que significa que deben expresar razonamientos jurídicos que justifiquen el acto de autoridad.

“La garantía de audiencia, que es la defensa más vigorosa que tiene el ser humano frente a los actos de autoridad, consistente

³³⁶ “El derecho de audiencia; éste comprende: el ser oído en juicio; el que se permita a las partes el ejercicio del derecho de defensa, con todo lo que ello implica; que existan normas que regulen el proceso; que los procesos se resuelvan conforme a la ley; que la expedición de ésta anteceda a los hechos que motivan el juicio; y por tribunales que sean preexistentes a la presentación de la causa”. Arteaga Nava, op. cit., p. 134.

³³⁷ Jurisprudencia con número de registro 900218 FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.-1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado...

Novena Época. Pleno, Apéndice 2000, Tomo I, Const., Jurisprudencia SCJN. Materia Constitucional. Tesis 218, p. 260.

en el derecho de ser oído y vencido en juicio antes de un acto de privación”.³³⁸

Si esta garantía la aplicamos sólo respecto de “sentencia” podemos afirmar que en un juicio se obliga al juzgador a dictar una sentencia sobre las controversias sometidas a su conocimiento, cuyos requisitos generales se desprenden de la Carta Magna y son: dictarse de manera pronta, completa e imparcial; previo cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, dictada por juez competente, sabedor de la letra de la ley; de su interpretación, de los principios generales del derecho, y sobre todo, que la decisión se encuentre fundada y motivada.

El acto objeto de la garantía, en palabras del profesor Elisur Arteaga es:

“Impedir que una autoridad o un particular, por sí, sin la intervención de la autoridad judicial. A través de un procedimiento legal, realicen actos o hechos con el objeto de privar, afectar, molestar, menoscabar la libertad de una persona, sus propiedades, posesiones o derechos, o impida el goce de ellos de conformidad con su naturaleza”.³³⁹

Por tanto, para realizar ese tipo de actos, las autoridades tienen que emitir una resolución apegada a un procedimiento legal seguido ante los tribunales.

Cuarto párrafo del artículo 14.

De forma expresa lo relacionado con “*sentencia*” en la Constitución está regulado en el cuarto párrafo del artículo 14 que dice:

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

Este precepto establece la garantía de legalidad, respecto de los lineamientos que deben seguir los jueces para dictar sus sentencias, en los juicios del orden civil, que la propia Constitución les impone, lo que implica un limitante a su arbitrio judicial, pero también el orden y los criterios a seguir en la emisión de sus resoluciones. En materia penal existen parámetros diferentes que se desprenden del párrafo tercero del artículo 14 en cita, que establece:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente al delito de que se trata”.

³³⁸ Rojas Caballero, op. cit., p. 278.

³³⁹ Arteaga Nava, op. cit., p. 137.

En cuanto a “*sentencia definitiva*” es aquella que resuelve el fondo del asunto, que no puede ser modificada o revocada por el propio juez que la dicta, sino sólo un superior (magistrado integrante de Sala), lo puede hacer, en base al recurso o medio de impugnación que se interponga en contra de tal resolución. En este sentido es “*definitiva*” para el juzgador porque no tiene la posibilidad de cambiar el criterio utilizado en la sentencia, pues una vez firmada y hecha del conocimiento de las partes, el juez no puede modificarla o revocarla, la única forma de hacerlo, es por la iniciativa de las partes al recurrir esa resolución, para que sea revisada por un superior y éste determine si la sentencia se encuentra o no apegada a derecho. Una vez que el tribunal de alzada dicta sentencia también es definitiva para él, porque tampoco la puede revocar ni modificar, sólo se podría hacer al resolverse el juicio de amparo que se interponga en contra de la sentencia dictada por el superior en comento.

Respecto al orden que se coloca en el párrafo cuarto de referencia, para el dictado de la sentencia, con la simple lectura parece fácil entenderlo, sin embargo considero que tiene ciertas complicaciones.

Dicho párrafo ordena:

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

En esa frase existe un orden que los jueces deben seguir en el dictado de las sentencias, primero conforme a la letra, después o en conjunto, a la interpretación jurídica, y a la falta de ésta, en los principios generales del derecho.

Entre “*conforme a la letra*” y “*la interpretación jurídica*” existe la conjunción “o”, lo cual significa que se pueden relacionar esas dos posibilidades, por lo tanto, si en el dictado de una sentencia se recurre a la letra de la ley (su interpretación gramatical), o a su interpretación (de la ley), la sentencia cumple con la obligación constitucional. Entonces si la ley es clara se aplica literalmente o bien puede recurrirse a los precedentes que existen sobre su interpretación, al caso concreto y se resuelve.

La problemática se presenta cuando la ley no es clara y no existen precedentes sobre su interpretación, en este supuesto el juzgador tiene que acudir a los “*principios generales del derecho*,”³⁴⁰ por ser el orden que establece la Constitución. Entre tales principios,³⁴¹ están:

³⁴⁰ Véase la tesis con número de registro 228881. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación. III, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1989. Materia Administrativa Común, p. 124

³⁴¹ Véase Del Vecchio Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1948.

a) los métodos de interpretación: literal, lógica, histórica o sistemático, la intención reguladora, criterios teleológicos objetivos, entre otros.³⁴²

b) la jerarquía de las normas.

c) los principios de justicia, equidad y seguridad.

d) El empleo de la analogía o la mayoría de razón para cubrir las lagunas de la ley.

Respecto a ese “orden” existe la siguiente tesis:

SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL. EL ANÁLISIS DIRECTO DE SU CONSTITUCIONALIDAD SE DEBE REALIZAR ÚNICAMENTE A TRAVÉS DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14, 16 Y 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

...a través de la sentencia, el juzgador individualiza las diversas hipótesis que el legislador establece en la ley a efecto de resolver el conflicto de intereses que es sometido a su conocimiento, de tal manera que su actividad se constriñe a la aplicación o interpretación de la ley adjetiva... o sustantiva (relativa a la pertenencia o no del derecho subyacente en la pretensión)... las sentencias deben dictarse conforme a la letra de la ley emitida con anterioridad al hecho a juzgar (irretroactividad), su interpretación o, a falta de ambas, en atención a los principios generales del derecho, para lo cual deben citar el precepto legal con sustento en el cual fueron emitidas y las razones por las cuales se considera aplicable el mismo, requisitos que se conocen como fundamentación y motivación (artículos 14, párrafo cuarto y 16, párrafo primero, de la Constitución Federal)...³⁴³

De manera que el orden a seguir por los jueces al resolver sus asuntos debe estar acorde con el cuarto párrafo del 14 constitucional y se confirma con la tesis que establece:

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO. NO SON APLICABLES CUANDO EXISTA TEXTO LEGAL EXPRESO SOBRE DETERMINADA SITUACIÓN JURÍDICA.

³⁴² Véase Savigny Von Friedrich Karl, *Metodología jurídica*, trad. de J.J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1979 y Larenz Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel-Derecho, 2001.

³⁴³ Tesis con número de registro 170012. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Marzo de 2008. Tesis: I. 3o. C. 672 C. Materia Civil, p. 1820.

...Los principios generales de derecho no son aplicables cuando exista texto legal expreso sobre determinada situación jurídica, ya que sobre el particular es determinante el artículo 16 de la Constitución Federal, al imponer la obligación a las autoridades de fundar y motivar debidamente sus actos, lo que implica que, necesariamente, deben exponer en éstos los razonamientos lógico-jurídicos tendientes a poner de manifiesto que determinado caso encuadra en determinada hipótesis legal.³⁴⁴

Otra cuestión que se observa del precepto en comento, es que los jueces no pueden dejar de resolver los juicios, constitucionalmente tienen la obligación de decidir las cuestiones planteadas por las partes.

En suma: el artículo 14 citado, es el sustento de la garantía de audiencia y dentro de ésta se encuentra la relativa al “*debido proceso legal*”, entendida también como “*las formalidades esenciales del procedimiento*”, la cual se refiere al cumplimiento de las condiciones fundamentales del procedimiento jurisdiccional, que concluye con una sentencia que resuelve las cuestiones controvertidas. Esta garantía infiere que el juzgador tiene la obligación de decidir el debate sometido a su conocimiento, tomando en cuenta todos los puntos aducidos por las partes, en su demanda y contestación, para llegar a la condena o absolución del demandado, y esta determinación se vincula con lo dispuesto con el primer párrafo del artículo 16 constitucional, que obliga a las autoridades a fundar y motivar sus actos, lo que significa que deben expresar razonamientos jurídicos que justifiquen el acto de autoridad.

Esa garantía obliga al juzgador a dictar una sentencia sobre las controversias sometidas a su conocimiento, cuyos requisitos se desprenden de la Carta Magna y son: dictarse de manera pronta, completa e imparcial; que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento, entre las que están el emplazamiento, que es el otorgamiento al demandado de un plazo para su defensa, previo aviso o notificación, dictada por juez competente, sabedor de la letra de la ley; de su interpretación, de los principios generales del derecho, pero sobre todo, que la decisión del juzgador se encuentre fundada y motivada.

Artículo 16 constitucional.

Este precepto es complejo porque consagra distintos derechos y libertades, como los principios de legalidad, seguridad jurídica, y las limitaciones a la acción de las autoridades, que obligan a estudiarlo por pausas.

³⁴⁴ Tesis con número de registro 196019. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII, Junio de 1998. Tesis: XI. 3o. 13 P. Materia Penal, p. 692.

De acuerdo a nuestro tema, sólo vamos a analizar el primer párrafo, respecto de “sentencia” para evitar desviaciones que distraigan la atención sobre el mismo.

Tal artículo, en su primero párrafo dispone:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

De este enunciado se deriva el derecho a la seguridad jurídica, como una garantía que tiene el individuo para que no sea objeto de ataques en su persona, bienes o derechos, y si una autoridad pretende afectar la esfera jurídica del gobernado tendrá que cumplir determinados requisitos: un mandamiento por escrito, que la autoridad sea competente y que funde y motive el procedimiento.

El acto de autoridad de molestia (el mandamiento), debe constar por escrito, como una condición esencial para que haya certeza sobre la existencia del acto y para que el afectado (persona física o moral), pueda conocer con precisión de cuál autoridad proviene, así como su contenido y las consecuencias jurídicas de éste, pues se restringen sus derechos y libertades.

El mandamiento escrito:

“es el primer requisito *sine qua non* de la garantía de legalidad...no tolerándose por el Constituyente los mandatos orales que impiden conocer y probar el contenido y alcance total y preciso del acto, y la calidad de quien lo emite, obstaculizando así el derecho del gobernado de cerciorarse respecto de la legitimidad de la orden y la posibilidad de defenderse”.³⁴⁵

Para lo que nos interesa ese “*acto de molestia*” debe provenir de una autoridad jurisdiccional, por medio de una sentencia, que viene a hacer “*el mandamiento*”, por el cual la autoridad pretende causar un daño o perjuicio a alguien en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones.

El acto de molestia, entonces se traduce en la sentencia, que debe contener los siguientes requisitos:

- a) Provenir de una autoridad, el juez.
- b) Que sea competente.
- c) Constar por escrito.

³⁴⁵ Rojas Caballero, op., cit. p. 332.

d) Que se derive de un procedimiento.

e) Que sea fundada y motivada.

Al respecto el profesor Elisur Nava, comenta:

“Para que un mandamiento que obre por escrito sea válido, se requiere:

- Que se identifique al responsable o autor del documento.
- Que este redactado en lengua española...
- Que se determine el lugar y fecha de su emisión...
- Que el documento...esté firmado por la autoridad que lo emite...
- Por seguridad jurídica se debe presumir que la firma es auténtica”.³⁴⁶

De aquí se obtienen los requisitos formales de la sentencia que se van a analizar más adelante.

En cuanto a que la autoridad sea competente, la propia ley determina la existencia de la autoridad encargada de resolver conflictos entre los gobernados, que recae sobre los tribunales, quienes en el ejercicio de la función jurisdiccional tienen ese encargo y lo ejercen sobre los asuntos de su competencia, que vienen descritos en las leyes orgánicas de los poderes judiciales. Un juez es competente cuando actúa dentro del ámbito de las facultades y atribuciones que le confiere la ley.

El acto de autoridad, traducido en la sentencia, que ocasiona molestia a alguien, requiere para su existencia legal, dos elementos: la fundamentación y motivación, aunque más adelante se explican con mayor detalle, podemos adelantar que estos dos requisitos deben ser expresos, estar contenidos en la sentencia, para que el afectado esté en la posibilidad de comprobar los hechos en los que se basa el acto de molestia, las normas que se aplicaron en la resolución y los argumentos que se emplearon para llegar a emitir dicho acto.

De la comprensión de tales artículos podemos afirmar que la Constitución establece las garantías individuales en la administración de justicia; que aquella persona afectada en sus intereses por otra, tiene el derecho de acudir a los tribunales para que se resuelva el conflicto que se le presenta, porque no puede hacerse justicia por propia mano, sino de manera forzosa, debe comparecer a los juzgados, y la otra parte que pudiera resultar afectada, también tiene derechos, que se traducen en que no se le puede molestar ni privar de sus propiedades, sino mediante una resolución que se encuentre debidamente fundada y motivada, esto es, como afectado se requiere acudir a los tribunales y como afectante, para molestarlo o bien privarlo de sus derechos y propiedades, se tienen que cumplir

³⁴⁶ Arteaga Nava, op. cit., p. 178.

muchas formalidades, hasta llegar al dictado de una resolución que permita esos actos de molestia o privación.

En conclusión: existe una relación muy estrecha entre los artículos 14, 16 y 17 constitucionales, pues contienen las garantías: de audiencia, legalidad y seguridad jurídica, las cuales influyen de forma directa en el contenido de la sentencia, que debe dictarse de manera pronta, completa e imparcial, conforme a la letra de la ley, o a su interpretación jurídica y a falta de ésta en los principios generales del derecho, además contendrá la debida fundamentación y motivación.

1.2. En la Ley de Amparo.

Respecto de “*sentencia*” en la nueva LA, el artículo 74 señala:

“La sentencia debe contener:

I. La fijación clara y precisa del acto;

II. El análisis sistemático de todos los conceptos de violación o en su caso de todos los agravios;

III. La valoración de las pruebas admitidas y desahogadas en el juicio;

IV. Las consideraciones y fundamentos legales en que se apoye para conceder, negar o sobreseer;

V. Los efectos o medidas en que se traduce la concesión del amparo, y en caso de amparos directos, el pronunciamiento respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquellas que, cuando procesa, el órgano jurisdiccional advierta en suplencia de la queja, además de los términos precisos en que deba pronunciarse la nueva resolución, y

VI. Los puntos resolutiveos en los que se exprese el acto, norma u omisión por el que se conceda, niegue o sobresea el amparo y, cuando sea el caso, los efectos de la concesión en congruencia con la parte considerativa.

Precepto el cual se desprende que la sentencia en materia de amparo, también consta de 3 apartados o capítulos perfectamente definidos y diferenciados que son:

- 1.- Los resultandos;
- 2.- Los considerandos, y

3.- Los resolutivos.

Y respecto del fondo, la sentencia debe contener: claridad, precisión, fundamentación y exhaustividad.

Opina Góngora que la finalidad de la sentencia en materia de amparo, no puede ser otra que la de imponer al juzgador, la obligación de evitar, cuando legítimamente está en su mano, que los fallos que pronuncie dejen situaciones confusas capaces de ocasionar daño a cualquiera de las partes.³⁴⁷

Cabe hacer la observación que de la fracción III de dicha norma, el legislador se refirió a los “*fundamentos legales*” que apoyen la parte considerativa de la sentencia, no sólo en cuanto a señalar los artículos aplicables, sino también a las razones jurídicas en las que apoye la resolución, y esto equivale a la motivación.

En lo referente al principio de congruencia, se encuentra contenido en el artículo 76 que establece:

“El órgano jurisdiccional, deberá corregir los errores u omisiones que advierta en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y podrá examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda”.

De este precepto se deriva que el requisito de congruencia se cumple cuando la sentencia definitiva resuelva la cuestión efectivamente planteada, sin comprender más cuestiones que las propuestas en la demanda.³⁴⁸

En cuanto a los requisitos de forma, que se refieren a la sentencia como documento, la LA no exige requisito de tipo formal que deban cumplir las sentencias de amparo, pero de acuerdo con el artículo 2 de ese ordenamiento, resultan aplicables de manera supletoria los artículos 219 y 222 del CFPC que en seguida veremos.

1.3. En el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En este ordenamiento legal, respecto de los requisitos de la sentencia, encontramos los artículos 219 y 222, que establecen:

³⁴⁷ Góngora Pimentel, op. cit., p. 446.

³⁴⁸ Marroquín Zaleta Jaime Manuel, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, México, Porrúa, 2009, p. 247.

Art. 219.

“En los casos en que no haya prevención especial de la Ley, las resoluciones judiciales sólo expresarán el tribunal que las dicte, el lugar, la fecha y sus fundamentos legales, con la mayor brevedad, y la determinación judicial, se firmarán por el juez, magistrados o ministros que las pronuncien, siendo autorizadas, en todo caso, por el secretario”.

Este precepto se refiere a los llamados datos de identificación, y agrega el fundamento legal, así como la brevedad y el fallo judicial, o sea “*la decisión*”.

Art. 222.

“Las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinales, comprendiendo en ellas los motivos para hacer o no condenación en costas, y terminarán resolviendo, con toda precisión, los puntos sujetos a la consideración del tribunal, y fijando, en su caso, el plazo dentro del cual deben cumplirse”.

Dicho artículo describe los “*resultandos*” como una relación de las cuestiones planteadas y la descripción de las pruebas aportadas, “*los considerandos*”, que contienen los argumentos jurídicos, tanto legales como doctrinarios y las firmas del titular y del secretario.

De manera conjunta ambos numerales aportan a la resolución los siguientes requisitos:

La brevedad, la determinación judicial, la condenación en costas, los argumentos doctrinarios y el plazo a cumplir con lo sentenciado.

Preceptos de los que podemos notar que los requisitos de la sentencia son: los datos de identificación, firmas, el resultando, el considerando, las consideraciones jurídicas, exhaustividad y tanto la condenación en costas como el plazo en el que debe cumplirse la sentencia.

Del artículo 351 del ordenamiento legal en cita se deriva la obligación del juzgador de dictar la sentencia de manera congruente al disponer:

“Salvo el caso del artículo 77, no podrán los tribunales, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar, omitir ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el juicio”,

Y el artículo 252 de tal código estatuye:

“cuando hayan sido varios los puntos litigiosos, se hará, con la debida separación la declaración correspondiente a cada uno de ellos”.

Por lo tanto, el juzgador que conozca del juicio, tiene la obligación de examinar todos los puntos contenidos en la demanda, de ahí que no puede dejar de pronunciarse sobre todos los puntos objeto del debate.

De acuerdo con el artículo 219 del CFPC, de aplicación supletoria al juicio de garantías, en los términos del segundo párrafo del artículo II de la LA, los jueces federales están obligados en todos los casos a fundar sus resoluciones, determinaciones o acuerdos.

El requisito de la exhaustividad lo encontramos en el artículo 352 del código citado, al establecer:

“Cuando hayan sido varios los puntos litigiosos, se hará con la debida separación, la declaración correspondiente a cada uno de ellos”.

1.4. Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

En este ordenamiento legal, lo correspondiente a “*sentencia*”, esta regulado en los artículos 81 y 82, que en lo conducente dicen:

Artículo 81.

“...Las sentencias definitivas también deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieran sido varios se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos”.

Artículo 82.

“Las sentencias deben tener el lugar, fecha y juez o tribunal que las pronuncie, los nombres de las partes contendientes y el carácter con que litiguen y el objeto del pleito, y bastará que el Juez funde y motive su resolución en preceptos legales, su interpretación o principios jurídicos, de acuerdo con el artículo 14 constitucional”.

De dichas normas se desprenden los requisitos de fondo y forma que debe contener la sentencia. Entre los que están, de fondo: claridad, precisión, congruencia, exhaustividad, motivación y fundamentación. De forma: lugar, fecha, juez que la pronuncia, nombre de las partes y carácter con que litiguen y el objeto del pleito. Exigencias que son similares a los contenidos en los otros ordenamientos legales citados y que vamos a desarrollar más adelante, para conocer cómo la doctrina los ha explicado.

En nuestro derecho, la sentencia, tiene, de forma y fondo, los siguientes requisitos: fecha, nombre de las partes, juez que la pronuncia, objeto del pleito, claridad, precisión, concisión, decisión, congruencia, exhaustividad, motivación, fundamentación y dictarse en los plazo que establece la ley, además el juez deberá ser imparcial, libre de influencias.

Una vez expuestos los requisitos de la sentencia, pasamos a analizar: tres sentencias relevantes emitidas por la SCJN, que se refieren a:

a) PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN CONTRA LA DECLARATORIA DE RETIRO DE MIEMBROS DEL EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS POR ESTAR INFECTADOS DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH). AMPARO REVISIÓN 307/2007.

b) DONACIÓN DE ÓRGANOS. INVALIDEZ DEL ARTÍCULO 24-A DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE NAYARIT. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EXPEDIENTE: 10/2005.

c) RECTIFICACIÓN DE ACTA POR REASIGNACIÓN DE CONCORDANCIA SEXO-GENÉRICA. AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008.

Tal examen nos va a servir para indagar: ¿cómo se realiza por nuestro máximo órgano jurisdiccional la justificación en sus sentencias? Si es correcta o no, si cumple con los requisitos establecidos en las jurisprudencias que estudiamos en el capítulo primero, si se utiliza algún método en dichas resoluciones, conforme al capítulo segundo, si respeta los parámetros de la justificación que analizamos en el capítulo tercero y con los requisitos de las sentencias.

1. PRIMER CASO:

ANÁLISIS DE CASO: PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN CONTRA LA DECLARATORIA DE RETIRO DE MIEMBROS DEL EJÉRCITO Y FUERZA AÉREA MEXICANOS POR ESTAR INFECTADOS DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH). AMPARO REVISIÓN 307/2007.³⁴⁹

1.1. Razones.

La razón por la que se seleccionó esta sentencia, fue por su importancia y trascendencia dentro de la sociedad, pues existe una marcada discriminación de las personas con VIH, sobre todo dentro del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en donde tales personas son relegadas por prejuicios machistas o de rudeza que debe, supuestamente, imperar dentro del ejército.

También por la variedad de los argumentos que se utilizaron en su resolución y por el soporte científico empleado, ya que se requirió la opinión de especialistas en el tema del VIH, quienes auxiliaron a los ministros para que éstos normaran su criterio.

1.2. El caso.

El 26 de octubre de 2004, se presentó una demanda de amparo ante los Juzgados de Distrito en materia Administrativa del Distrito Federal, en contra de distintas autoridades entre las que están:

1.3. Autoridades.

- a) Secretario de la Defensa Nacional.
- b) Director General de Justicia Militar.
- c) Director de Prestaciones del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

³⁴⁹ Sentencia del amparo en revisión 307/2007, de 24 de septiembre de 2007. Ponente: Ministro Juan N. Silva Meza, Secretario Manuel González Díaz.

Por los siguientes ACTOS RECLAMADOS:

1. La declaración de agosto de 2004, en la cual procede, en definitiva, el retiro del quejoso por inutilidad en actos fuera del servicio militar.

2. El contenido del artículo 24, fracción IV y 226, fracción 45 de la Segunda Categoría, LISSFAM, que se refiere básicamente a la causa del retiro del servicio militar consistente en la inutilización por actos fuera de servicio, que en su parte relativa señala:

Artículo 24. Son causas de retiro:

(...) IV quedar inutilizado en actos fuera de servicio.

Respecto del artículo 226 en su primera parte norma:

“Para la determinación de las categorías y grados de accidentes o enfermedades que den origen a retiro de inutilidad se aplicaran las siguientes tablas:

(...)

Segunda categoría

(...)

45. La seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, confirmada con las pruebas supletorias”.

Dicho precepto contiene las tablas que establecen una serie y lista de padecimientos que ameritan cambio de arma o servicio, y se interpreta en el sentido de que todo aquel militar que padezca alguna enfermedad de las que se alistan de las tablas deberá retirarse del servicio.

3. El dictamen y la resolución de la Junta Directiva del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, con el que se decretó el retiro forzoso del quejoso por inutilidad en actos fuera de servicio.

4. La declaración de la procedencia definitiva por retiro por inutilidad en actos fuera del servicio así como la ejecución de tales actos de abstención de cubrir al quejoso los haberes y el reconocimiento del nivel a que tiene derecho, en su carácter de Capitán Segundo de Zapadores, y la oposición a que continúe con la prestación de sus servicios en el Ejército Mexicano.

5. La negativa de proporcionar al quejoso el tratamiento médico y los medicamentos que le son esenciales, para el adecuado tratamiento de la infección causada por el VIH.

1.4. Antecedentes del Quejoso.

1. El recurrente ingresó al Colegio Militar el 01 de septiembre de 1983 en carácter de cadete.
2. Una vez egresado del Colegio Militar, fue asignado al tercer batallón de ingenieros de combate, con sede en Santa Lucía, Estado de México.
3. En agosto de 2001 se le detectó el VIH, por lo que fue internado en la sala de infectología del Hospital Central Militar, y excluido de la promoción para ascender de grado.
4. El 23 de agosto de 2001 se le expidió un certificado médico del Hospital Central Militar, en el que se le declaró inútil en primera categoría, por el citado padecimiento.
5. El 19 de febrero de 2002, se comunicó al quejoso la declaración provisional de procedencia de retiro por inutilidad.
6. En contra de la determinación anterior el quejoso interpuso inconformidad.
7. El 07 de octubre de 2003 se le expidió otro certificado médico del Hospital Central Militar, en el que se le declaró inútil en segunda categoría, por padecer “seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, confirmada con las pruebas supletorias”.
8. El 04 de octubre de 2004 se le notificó al quejoso el oficio de 27 de agosto de 2004, mediante el cual se declaró la procedencia definitiva de retiro por inutilidad en casos fuera del servicio, lo que implicó su baja como activo del Ejército Mexicano, y se le dejaron de pagar los haberes a que tiene derecho, así como ya no se le proporcionó el servicio médico, que son esenciales para la salud.

1.5. El procedimiento.

El quejoso interpuso un amparo en contra de los actos citados y señaló como preceptos constitucionales violados los artículos 14 y 16, además indicó que no existía tercero perjudicado.

El 11 de noviembre de 2004, el Juzgado Quinto en materia Administrativa en el Primer Circuito, admitió la demanda a trámite y ordenó registrarla con el número 1757/2004.

En dos ocasiones se amplió la demanda para señalar como actos la baja de la dirección de ingenieros y la alta en situación de retiros.

El 17 de enero de 2006 se celebró la audiencia constitucional y el 17 de abril se dictó la resolución en la que sobreseyó el juicio.

El quejoso interpone el recurso de revisión, se admite y se registra bajo el número 305/2006, ante el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

El Director General de Ingenieros de la Procuraduría General de Justicia Militar dependiente de la Secretaría de la Defensa Nacional, interpuso recurso de revisión adhesiva.

El tribunal colegiado indicado, dictó resolución el 26 de marzo de 2007 en donde se determinó modificar la sentencia recurrida, sobreseer en el juicio y remitir los autos a la SCJN por tratarse de inconstitucionalidad de preceptos legales y por ser un tema controvertido.

El 19 de abril de 2007, el presidente en funciones de la SCJN asumió su competencia originaria para conocer del recurso de revisión interpuesto, el cual fue registrado con el número 307/2007.

El ministro presidente ordenó turnar los autos al ministro Juan N. Silva Meza, para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente.

1.6. Planteamiento del problema.

Determinar si los artículos 24 fracción IV y 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM son inconstitucionales, pues el quejoso argumentó que dichos preceptos eran violatorios de las garantías de igualdad, de no discriminación, de protección de la salud y de audiencia que tutelan los artículos 1º párrafos primero y tercero; 4º, párrafo tercero; así como 14, párrafo segundo de la CPEUM, pues se dictó en su contra una declaración de procedencia de retiro por inutilidad, al padecer “seropositividad a los anticuerpos contra el VIH, lo que implicó su baja como activo del ejército mexicano y se le dejaron de pagar los haberes a que tiene derecho, y se le privó del servicio médico, cuestiones que son esenciales para su salud.

1.7. Hipótesis.

Son inconstitucionales los artículos 24, fracción IV y 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM, por violar las garantías de igualdad, no discriminación, protección a la salud y de audiencia.

1.8. Argumentos del quejoso.

1. Manifiesta que los artículos 24, fracción IV y 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM, son violatorios de las garantías de igualdad, de no discriminación, de protección de la salud y de audiencia que tutelan los artículos 1º párrafos primero y tercero; 4º, párrafo tercero; así como 14, párrafo segundo de la CPEUM.

2. Que el artículo 24, fracción IV de la LISSFAM, viola la garantía de audiencia por no especificar lo que significan las expresiones “*inutilización*” y “*quedar inutilizado*” que se emplean en dicho precepto, como supuesto de procedencia del retiro, y por no hacer referencia a un estado de salud cierto y determinado que pudiera impedir en cada caso concreto a los agentes militares prestar sus servicios en el ejército.

3. Agrega que dicho precepto viola la garantía de audiencia y que sería menester que la ley definiera expresamente bajo qué casos y qué condiciones, debe considerarse que un militar queda inutilizado para seguir prestando sus servicios a las fuerzas armadas.

4. Que la inconstitucionalidad debe ser analizada conjuntamente con la del artículo 226, segunda categoría, fracción 45, el cual establece como causa de retiro de las fuerzas armadas mexicanas el que los militares posean seropositividad a los anticuerpos contra los VIH, que esté confirmada con pruebas suplementarias.

5. Tales preceptos son inconstitucionales porque vulneran el párrafo tercero del artículo primero de la constitución, pues se violenta el derecho de la protección a la salud, ya que seropositividad al VIH por sí misma, no es una razón válida para distinguir entre los militares infectados y los que no lo están.

1.9. Cuestiones a resolver.

a) Determinar en qué consiste los factores o características por las cuales debe considerar que un militar ha quedado inutilizado para el servicio activo.

b) Si el acto reclamado es violatorio de la garantía de audiencia.

c) Si es violatorio de la garantía de igualdad y de la no discriminación.

d) Si es violatorio a la garantía de protección a la salud.

e) Si son inconstitucionales los artículos 24, fracción IV y 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM.

A continuación procedemos a analizar los argumentos de la Corte para dar respuesta a cada punto anterior.

a) Determinar en qué consiste los factores o características por las cuales debe considerarse que un militar ha quedado inutilizado para el servicio activo.

En cuanto a distinguir en qué consiste el sentido de la palabra “*inutilizado*” el Alto Tribunal, expuso los siguientes argumentos:

1. Si bien la claridad de las leyes constituye un imperativo para evitar su ambigüedad, confusión o contradicción, también lo es, que ningún precepto de la Constitución exige que el legislador defina los vocablos o las locuciones que utilizan las leyes, por lo que, la inconstitucionalidad de una norma de carácter general no puede derivar de la deficiencia en la definición o lo irregular de la redacción, no obstante la Corte advirtió que la palabra “*inutilizado*” no es ambigua, confusa o contradictoria, por lo que acudió al diccionario donde la palabra inútil tiene un sentido castrense:

“Dicho de una persona: que no es apta para el servicio militar”, por lo tanto, el adjetivo “inútil” no genera inseguridad jurídica.

2. En base a una interpretación sistemática determinó que existen otros artículos que establecen parámetros por lo que un militar ha quedado “*inutilizado*”.

De dichos argumentos no podemos afirmar que se haya resuelto la cuestión en análisis, pues en la sentencia no encontramos ninguna argumentación relacionada con aclarar lo que se debe entender por “*inutilizado*”. Si bien concluye que sí están contemplados tales grados de afectación, no especifica si el quejoso al ser portador de VIH queda inutilizado para el servicio de las Armas.

Aduce, que de una interpretación sistemática sí están contemplados los grados de afectación a la salud, pero eso no significa que se haya resuelto lo correspondiente a quedar “*inutilizado*”. O bien, qué factores o características por las cuales deben considerarse que un militar ha quedado inutilizado para el servicio activo.

b) Si el acto reclamado es violatorio de la garantía de audiencia.

Respecto de este punto, la Corte declaró infundado el concepto de violación en ese sentido, debido a que el artículo 24 únicamente establece de forma limitativa las causas de retiro y eso no quiere decir que en tal precepto se deba prever el procedimiento administrativo a seguir para proceder a la separación, pues se tiene que interpretar de manera sistemática con el resto del sistema normativo del cual forma parte, y en contra del quejoso si se siguió un procedimiento de retiro con todas sus etapas procesales regulado en la LISSFAM.

Para esta determinación se transcribieron todos los artículos relacionados con dicho procedimiento y después se llegó a la conclusión de que el artículo 24, fracción IV, no viola la garantía de audiencia.

La Corte estuvo en lo correcto al llegar a dicha conclusión, pues utilizó el argumento de interpretar de manera sistemática todo el sistema y así establecer que sí se le habían otorgado al quejoso todas las formalidades esenciales del procedimiento para no dejarlo en estado de indefensión, ya que la autoridad responsable agotó el procedimiento que establecen los artículos 186 al 188 y 193 de la LISSFAM, para determinar la procedencia del mandamiento de autoridad consistente en el acto reclamado.

Para llegar a tal resultado también empleo el argumento de autoridad que se refiere al empleo de las jurisprudencias:

“AUDIENCIA, GARANTIA DE. OBLIGACIONES DEL PODER LEGISLATIVO FRENTE A LOS PARTICULARES.”

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. Tesis: P./J. 47/95.

c) Si es violatorio de la igualdad y de no discriminación.

La Corte planteó que el acto reclamado si fue violatorio de las garantías de igualdad y no discriminación y esto significó la concesión del amparo en base a las siguientes premisas:³⁵⁰

I. Suficiencia del planteamiento de inconstitucionalidad para abordar el estudio de fondo del asunto (causa de pedir).

II. Reconocimiento constitucional de un régimen de excepción en las fuerzas armadas.

III. Aplicabilidad de las garantías individuales de no discriminación por razón de salud para el legislador en materia castrense.

IV. Tratamiento del asunto como colisión entre principios constitucionales (Eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros en relación con las garantía de igualdad y de no discriminación por razón de salud).

V. Criterios para la solución de conflictos entre principios constitucionales: aplicabilidad de los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica.

VI. Examen de la constitucionalidad de la causa legal de retiro por inutilidad basada en la seropositividad a los anticuerpos contra el VIH (artículo 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM, publicado en el DOF el 9 de julio del 2003).

³⁵⁰ Ibid, p. 45.

Sin embargo, no se refiere a las razones concretas por las cuales se concedió el amparo, sino que en la sentencia en análisis, sólo se exponen distintas explicaciones sobre el actuar de la Suprema Corte, por ejemplo:

“El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio consistente en que la Ley de Amparo no exige como requisito esencial e imprescindible, que la expresión de conceptos de violación se haga a través de formalidades rígidas y solemnes...”³⁵¹

Al respecto consideramos que ese tipo de planteamiento, no es un argumento para justificar una decisión, sino que son explicaciones innecesarias dentro de resolución. Ya se sabe que la LA, no exige ninguna formalidad en la expresión de agravios y que se debe de tener por conceptos de violación todos los razonamientos expuestos en la demanda, por lo tanto, son de sobra dichas explicaciones, pues no sirven para justificar una sentencia. Además, en relación con las mismas, se transcriben múltiples jurisprudencias en forma de cita, que lo único que hacen, es complicar el entendimiento de la resolución y la crean voluminosa, sin que cumpla con la claridad que se requiere en toda decisión.

También sabemos que las fuerzas armadas tienen un régimen de excepción por la importancia de su funcionamiento para la sociedad, luego entonces, para que transcribir jurisprudencia al respecto.

Asimismo es obvio que los militares gozan de las garantías individuales consagradas en la constitución, por lo que, para encontrar las razones se tiene que hacer un análisis exhaustivo de la sentencia, situación que es incorrecta porque lo que se requiere es la claridad y concisión. De nada sirven tantas explicaciones que sólo hacen engorrosa e imprecisa la resolución.

En relación con el inciso IV que se refiere a: Tratamiento del asunto como colisión entre principios constitucionales (Eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros en relación con las garantía de igualdad y de no discriminación por razón de salud). En la sentencia se afirma que existe un choque de principios. Por un lado:

1. El principio de protección y salvaguarda de la eficacia del Ejército requiere la conservación de la disciplina militar y la posibilidad que las autoridades de dicho ámbito puedan establecer ciertas medidas de seguridad, exigir ciertas condiciones físicas, mentales y de salud a los integrantes del ejército.

Y por otro:

2. Las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud exigen que todos los gobernados, incluyendo a los miembros del ejército, se encuentran protegidos frente a medidas que impliquen tratamientos diferenciados

³⁵¹ Ibid, p. 46.

desproporcionales, arbitrarios y/o injustificados basados exclusivamente en dicho motivo.

Sin embargo no se proporcionan ningún argumento que justifique en qué consiste el conflicto de intereses constitucionales.

Si bien es cierto que los integrantes del ejército requieren ciertas condiciones físicas, mentales y de salud, también lo es que existe el interés constitucional de eficacia de las fuerzas armadas y de la integridad de sus miembros, de ahí, que el quejoso aún cuando este diagnosticado con VIH, tiene las garantías de igualdad y no discriminación por razón de su salud, por lo tanto, no existe el conflicto entre dichos principios.

d) Si es violatorio a la garantía de protección a la salud.

De acuerdo con el artículo 4º constitucional, en la parte conducente:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de la salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

En el caso que nos ocupa, de acuerdo con las autoridades responsables, en la ejecución de los actos reclamados, se declaró la procedencia definitiva de retiro por inutilidad por actos fuera del servicio y la abstención de cubrir al quejoso los haberes y el reconocimiento de nivel a que tiene derecho en su carácter de Capitán Segundo de Zapadores, así como la oposición a que continúe con la prestación de sus servicios en el Ejército Mexicano.

De manera particular las autoridades en comento emitieron una resolución en la cual se negaron a proporcionar al quejoso el tratamiento médico y los medicamentos que le son esenciales para el adecuado tratamiento de la infección causada por el VIH.

Dicha determinación sí atenta contra el derecho de la protección a la salud, pues todos los mexicanos tienen ese derecho incluyendo los miembros del ejército, por lo que, el legislador está en la posibilidad de establecer las previsiones necesarias para que la institución castrense tome las medidas preventivas y los mecanismos adecuados para que una persona, como el caso en análisis, se eviten riesgos de contagio, sin que se afecten las garantías individuales.

En cuanto a lo anterior se debe tomar en consideración que dentro del Ejército y Fuerza Aérea Mexicana, se tiene la posibilidad de desempeñar distintas clases de servicios que son:

I. De Arma.

II. De Servicio.

III. Auxiliares.

Por tanto, en lugar de haber declarado inutilizado al quejoso, se le debió de proporcionar o asignar otro trabajo que tuviera la posibilidad de desempeñarlo en base a su condición de salud.

Con el acto reclamado se afectó el derecho que tiene el quejoso, porque le suprimieron los derechos de seguridad social que en activo le corresponden.

La sola presencia de un padecimiento o enfermedad no impide necesariamente que un individuo se desempeñe con eficiencia en su trabajo, pues esto dependerá del grado de afectación que tenga y del tipo de actividad que realice, en consecuencia, si el quejoso se le diagnosticó, seropositividad a los anticuerpos contra el VIH, eso no significa que está impedido para realizar alguna actividad dentro del ejército, por lo tanto, las autoridades responsables sí violaron su garantía de protección a la salud, máxime que le impidieron gozar de sus prestaciones de seguridad social.

e) Si son inconstitucionales los artículos 24, fracción IV y 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM.

El contenido principal de la resolución en comento se encuentra en el punto VI³⁵² que se refiere al: Examen de la constitucionalidad de la causa legal de retiro por inutilidad basada en la seropositividad a los anticuerpos contra el VIH (artículo 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM, publicado en el DOF el 9 de julio del 2003).

En donde se determina que:

1. Es cierto que la diferenciación legal prevista en el artículo 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM, publicado en el DOF el 9 de julio del 2003, pretende perseguir, en principio, una **finalidad constitucionalmente legítima**, que se traduce en garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas.

2. Sin embargo, la diferenciación legal es inadecuada para alcanzar dicha finalidad constitucional legítima, porque la ciencia médica, reflejada en distintas normas nacionales y directrices internacionales, han demostrado la inexactitud de la decisión –cuando se pretende que en automático y desde la ley- de que los militares son inútiles y están incapacitados per se para formar parte del ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el VIH confirmada con pruebas suplementarias.

³⁵² Ibid, p. 69.

De estos dos párrafos se puede obtener la respuesta al caso planteado sin necesidad de utilizar toda argumentación que se empleo a lo largo de la sentencia en estudio, lo que nos permite asegurar que las sentencias deben ser concretas. Este asunto, de una forma simple y sencilla, se hubiera resuelto en base de los siguientes argumentos:

El artículo 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM, publicado en el DOF el 9 de julio del 2003, es inconstitucional porque a pesar de que una persona tenga seropositividad a los anticuerpos contra el VIH, tiene la posibilidad de seguir desempeñando su trabajo, ya que existen distintos estudios en los cuales el hecho de aislarlo no supone ningún beneficio para la salud pública.

1.10. Comentarios propios a dicha sentencia.

Contiene muchas explicaciones que pretenden establecer las premisas que sirven de base para examinar la cuestión de constitucionalidad, sin embargo, las consideramos innecesarias, porque complican el entendimiento de la resolución, eso significa que no es clara ni precisa, ni mucho menos concreta, pues sólo atiborran de conceptos y exageran el contenido de la sentencia, dando a entender que las partes no van a tener la capacidad intelectual suficiente para comprender el sentido de la resolución.

En la sentencia en comento existe multiplicidad de transcripción de jurisprudencias, que por un lado no son aplicables al asunto, porque se vierten para dar explicaciones, por otro, lo único que hacen es engrosar la resolución, como para demostrar que esta justificada, pero no cumplen ese objetivo, porque no se relacionan con el tema a resolver.

La sentencia tendría que decir: los artículos 24, fracción IV y 226, segunda categoría, fracción 45, de la LISSFAM, son inconstitucionales porque atentan contra la igualdad de las personas y discrimina a aquéllas que tengan seropositividad a los anticuerpos contra el VIH, pues le impide que se dedique a sus actividades y lo trata de aislar de la sociedad, debido a que por padecer esa enfermedad no significa que este inutilizado ni que deba aislarse.

En el Considerando SEXTO obra la siguiente afirmación:

“El planteamiento consistente en que el artículo 266, segunda categoría, fracción 45, de la Ley del instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el nueve de julio del dos mil tres, es violatorio de las garantías individuales de igualdad y de no discriminación por razón de salud, previstas en el artículo 1°, en relación con el artículo 4° constitucional, **es fundado y suficiente**”

para declarar la inconstitucionalidad de dicho numeral, por las siguientes razones”.³⁵³

Y continúa con la transcripción de distintos artículos de la constitución y de la LISSFAM, para después señalar:

“Antes de examinar la cuestión de inconstitucionalidad planteada, es preciso establecer las premisas que servirán de base a esos efectos, derivadas de las particularidades del asunto”.

Pero ya no expone las razones para declarar fundada la inconstitucionalidad del artículo 226 citado, por lo que, la sentencia, no contiene la claridad ni precisión de los argumentos que sirvieron de base para esa determinación.

Para efectos de claridad y precisión debieron haberse numerado las razones y de esta manera hacer más entendible la resolución.

Los razonamientos relevantes para la solución del caso fueron los siguientes:

“En efecto, el VIH y, en último término el SIDA, implican un proceso. La diferencia entre tener el virus y tener el síndrome, es cuestión de tiempo, ya que son dos estadios de la historia natural de un mismo proceso infeccioso. El desarrollo de dicho proceso no necesariamente genera que las personas que están implicadas en el sean –per se- agentes de contagio directo o individuos ineficaces para desempeñar las funciones requeridas dentro del ejército, en las etapas que componen el padecimiento general”.³⁵⁴

Entre el momento en que se produce la infección por VIH y el momento en que se manifiesta la sintomatología de SIDA, puede transcurrir un gran número de años en que el militar afectado puede estar en condiciones de continuar prestando sus servicios dentro de las fuerzas armadas, máxime que con los medicamentos actuales disponibles, la expectativa de vida puede llegar a prolongarse por un periodo de tiempo considerable.

La carencia de razonabilidad jurídica en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación realizada por el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad, pues la seropositividad a los anticuerpos contra el VIH no necesariamente implica incapacidad o peligro de contagio del individuo respectivo en el ejercicio de las distintas funciones de la fuerza armada.

La distorsión del concepto de inutilidad en la ley reclamada y su equiparación con la existencia de enfermedad o padecimiento, porque la causa constitucional admitida como justificante de baja, sólo puede ser la incapacidad del militar respectivo de continuar ejerciendo funciones dentro de las fuerzas armadas, y no

³⁵³ Ibid, p. 40.

³⁵⁴ Ibid, p. 76.

el mero padecimiento de una enfermedad, ni la seropositividad a los anticuerpos contra el VIH.³⁵⁵

1.11. Errores de la sentencia.

Tiempo:

En cuanto a que la impartición de justicia tiene que ser pronta, de ninguna manera se cumplió esta garantía. El juicio inicio el 11 de noviembre de 2004, con la admisión de la demanda ante el Juzgado Quinto en materia Administrativa en el Primer Circuito y concluyó con la resolución de la Corte de 24 de septiembre de 2007, lo que significa que transcurrieron tres años para resolverlo, en los cuales el quejoso no tuvo ningún apoyo económico ni ayuda en medicinas o tratamientos médicos, porque le fueron retirados por las actos reclamados, de ahí que, durante ese plazo de tiempo, quedó en desamparo.

Falta de claridad:

Existen párrafos que no son comprensibles por ejemplo:

“3. Además, la diferenciación legal combatida es **desproporcional**, porque es innecesaria para alcanzar la finalidad legítima perseguida, en razón a que existen alternativas a disposición del legislador para limitar, en todo caso, en menor grado (sin nulificar) las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, lo que evidencia el carácter injustificado de la decisión legislativa reclamada”.³⁵⁶

Su contenido no es claro, en primer lugar: qué debemos entender por “*diferenciación legal combatida*”, esto es un concepto muy ambiguo, en segundo lugar, tampoco es clara la explicación que se da de lo que es desproporcional y más adelante la conclusión a la que se llega y que se refiere a: “*lo que evidencia el carácter injustificado de la decisión legislativa reclamada*”, dicha frase no contiene ninguna explicación de tal evidencia ni mucho menos el “porqué” es injustificada, lo que pone de manifiesto la falta de claridad de la conclusión en comento.

Lo primero que debió verificar la Corte eran las actividades que realizaba el quejoso, para de esa manera, determinar si su enfermedad ocasionaba la inutilidad, pero en la sentencia no existe ninguna referencia a las actividades llevadas a cabo por el militar agraviado, y esto hubiera facilitado en exceso la resolución del caso, porque si ya no puede realizar sus actividades eso significa

³⁵⁵ Ibid, p. 80.

³⁵⁶ Ibid, p. 77.

que si está inutilizado, para efecto de igualdad y no discriminación, se le hubiera asignado otras tareas que sí pudiera desempeñar.

Tampoco existe en autos el grado de afectación que en su salud tiene el militar citado, porque de eso depende su eficiencia en su entorno laboral, y al tenerlo se podría determinar la gravedad del daño o el tipo de limitaciones que pueda tener para desempeñar su trabajo

Lo que sí es correcto en la resolución en comento es que la relación entre **VIH igual a retiro automático por inutilidad** es una medida desproporcionada que, por ende, resulta contraria a los principios de igualdad y de no discriminación por razón de salud constitucionalmente reconocidos.³⁵⁷

Esto se debe a que no necesariamente las personas con seropositividad a los anticuerpos contra el VIH sean ineficaces para desempeñar las funciones requeridas de las fuerzas armadas ya que inclusive se les puede asignar una área distinta para desarrollar sus aptitudes físicas.

Otro defecto que contiene la sentencia es la repetición de los argumentos:

En distintas partes de dicha resolución se repite el argumento: de que la inutilidad de los militares basada en la seropositividad es una medida desproporcionada, eso lo encontramos en las páginas 77, 78 y 79 de la sentencia en revisión.

1.12. Efectos de la sentencia de amparo.³⁵⁸

El amparo se concede para el efecto de que las autoridades responsables:

- a) Dejen insubsistente el procedimiento de retiro instaurado al quejoso.
- b) Se le reincorpore con todas las consecuencias legales activo de la Secretaria de la Defensa Nacional.
- c) Se le cubran los haberes caídos, con descuento, en su caso, de la cantidad que haya recibido por concepto de “*compensación de servicios*”.
- d) Se le siga proporcionando asistencia médica; sin perjuicio de que la autoridad correspondiente instrumente un nuevo procedimiento de baja, en el que mediante peritación medica se determine si el quejoso esta o no inutilizado materialmente en los términos de la ley para continuar con el servicio activo.

³⁵⁷ Ibid. p. 78.

³⁵⁸ Ibid, p. 85.

1.13. Soportes utilizados en la resolución del caso.

El empleo del diccionario para la definición de la palabra: “*inútil*”, “*inutilizado*”.

La interpretación sistemática de la norma impugnada, por lo que se recurrió a la búsqueda de distintos artículos de la LISSFAM, para determinar si otros preceptos establecían parámetros que diluciden la causa o condición por la cual debe considerarse que un militar ha quedado inhabilitado.

1.13.1. La jurisprudencia.

La utilización de la Jurisprudencia, fue un factor relevante para dar solución a este asunto, pero se abuso de ella, a lo largo de la resolución en estudio, contamos 20 criterios jurisprudenciales, de distintos temas, como: Formalidades esenciales del procedimiento, garantía de audiencia, garantía de seguridad jurídica, leyes su inconstitucionalidad, conceptos de violación, análisis constitucional, órdenes militares, garantías individuales, garantía de defensa, trasplante de órganos, garantía a la tutela jurisdiccional, etc, de las que se pudieron utilizar sólo las más relevantes y precisas, con la idea de aligerar el contenido de la sentencia.

1.13.2. La doctrina.

En la sentencia en estudio encontramos que se hace referencia a la doctrina y en lo conducente dice:

“En efecto, desde hace algún tiempo, parte de la doctrina elevó el siguiente cuestionamiento: ¿De qué sirve que la primera frase de un precepto relativo a una garantía constitucional proclame solemnemente un derecho, si una segunda frase admite restricciones por medio de ley?”.³⁵⁹

Sin embargo consideramos que es incorrecta tal información por lo amplia y vaga, ya que no se hace referencia a los distintos autores que han afirmado dicha aseveración ni mucho menos se explica porque es aplicable tal cuestionamiento.

³⁵⁹ Ibid, p. 58.

1.13.3. Normas legales utilizadas.

Constitución.

Ley de Amparo.

Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Norma oficial Mexicana Nom-010-SSA2-1993, para la prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley General de Salud.

Declaración de Derechos y Humanidad sobre el Virus de Inmunodeficiencia Humana y el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida, anexo al documento E/CN.4/1992/82 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Lineamientos que se relaciona con la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA (A/S-26/L.2), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

1.13.4. El uso de elementos de juicio provenientes de la ciencia.

Para resolver este asunto la propia Corte en base a la facultad a que se refieren los artículos 79 y 80 de CFPC, de aplicación supletoria a la LA, los cuales facultan a los tribunales a allegarse de distintos elementos para la solución de los casos, por lo que se contactaron a especialistas relacionados con el VIH quienes explicaron cómo se diagnostica la infección, cuáles son sus consecuencias y los avances que se tiene en la medicina al respecto, por lo que en esos datos se llegó a la conclusión que en la seropositividad (portador asintomático) no implica límites al trabajo físico y que a los individuos con dicha característica no se les debe excluir de ninguna actividad laboral y social ya que son capaces de realizar cualquier trabajo de los más exigentes, de ahí, que no ocasiona inutilidad.

También se utilizó el método de la ponderación para tratar dos principios constitucionales:

El de la eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros.

Con el principio de igualdad y no discriminación por razón de salud, sin embargo consideramos que fue incorrecto ese método porque el asunto no exigía su aplicación sino simplemente el uso de argumentos para justificar la inconstitucionalidad en comento.

1.14. El voto de minoría.

Los ministros Mariano Azuela Güitrón, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Genaro David Góngora Pimentel, no estuvieron de acuerdo con el criterio expresado por la mayoría del Tribunal en Pleno de la SCJN, y expresaron su oposición en base a los siguientes puntos:

a) La imposibilidad legal para resolver el recurso de revisión en el juicio de amparo indirecto considerando pruebas u opiniones científicas o técnicas no aportadas ante el Juez de Distrito.

Esta afirmación la basaron en que no era válido resolver el recurso de revisión de amparo en consideraciones derivadas de opiniones médicas que no se aportaron ante el Juez de Distrito, pues debió aplicarse el artículo 91, fracción II de la LA, por el cual sólo se tomaran en cuenta las pruebas aportadas ante el Juez del Distrito, por lo que, no tenía lugar la aplicación supletoria del CFPC.

Manifestaron que era incorrecto haber tomado en consideración las respuestas de científicos a un cuestionario que de manera personal formuló el ministro José Ramón Cossío Díaz, el porqué no fue materia de estudio en la sentencia recurrida ni conocido por las partes, por lo que esa información no puede considerarse cierta e indiscutible.

b) La constitucionalidad del artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la LISSFAM.

Los ministros en comento consideraron que en la constitución en su artículo 89, fracción VI, se pone de relieve la importancia de las funciones del ejército como son:

La obligación de enfrentar los conflictos armados, garantizar la seguridad interior del país y coadyuvar las situaciones de emergencia, y que para tales efectos es requisito gozar de un estado de salud que permita a los militares como aptos para desarrollar cualquier tarea.

Además argumentaron que el peticionario del amparo no ofreció prueba alguna para demostrar la inconstitucionalidad del precepto reclamado y tampoco demostró que a pesar de su padecimiento se encontraba apto para realizar las labores propias de un militar, como consecuencia se debió negar la protección constitucional solicitada y además estimaron que la sola infección por VIH produce

diversos trastornos en el individuo que lo padece, que lo imposibilitan para seguir prestando sus servicios a las Fuerzas Armadas.

Tales ministros concluyeron que el infectado por el VIH no sólo carece de salud sino, además, su estado le impide realizar las actividades propias de un militar aún las administrativas o que no involucren esfuerzo físico, pues esto es una causa de inutilidad razonable que impide a las personas infectadas por dicho virus, permanecer en el ejército.

Comentario al voto.

El criterio de la minoría se basó en el estricto apego a la ley, circunstancia que en un estado democrático no puede acontecer debido a que lo relevante es la protección de la dignidad humana entre las que están la no discriminación así como el derecho a la salud, debido a que todas las personas tienen derecho a recibir atención para mejorar su calidad de vida.

También con este voto observamos que existen diferentes criterios para resolver un asunto y por tal virtud se tiene que someter a votación en la cual predomino el criterio de la mayoría.

Independientemente de que se aplique un estricto apego a la ley en el sentido de que la prueba pericial no se ofreció desde el juicio de amparo, también lo es que en base del artículo 79 del CPCDF, el máximo tribunal puede allegarse de los elementos probatorios necesarios para resolver un juicio y normar su criterio y esto representaba un choque de principios que debió haber sido resuelto en el juicio en comento.

Por otro lado, consideramos que el acto reclamado sí constituye un acto discriminatorio y que además atenta contra el principio de la protección a la salud previstos en la constitución. Es discriminatorio debido a que por ser portador de VIH al quejoso se le relegó de su trabajo y además se le cancelaron todas las prestaciones que venía gozando dentro del ejército, y se atentó contra su salud porque se le negaron las atenciones médicas a las que tenía derecho.

Si bien es cierto por su estado de salud ya no estaba en la posibilidad de realizar las actividades propias de las fuerzas armadas pues su enfermedad se lo impedía, también lo es que pudo el ejército proporcionarle un trabajo que no requiriera esfuerzo físico y otorgarle todos los servicios médicos que necesitara y esta hubiera sido la mejor solución del asunto.

1.15. Voto concurrente.

El ministro José Ramón Cossío Díaz, formuló un voto concurrente, por el cual abundó en que las normas por las cuales una persona seropositiva al VIH, debe ser considerada "*inútil*" para el Ejército y debe ser puesta en situación de

retiro son inconstitucionales, además de que desarrolló con mayor detalle sobre el tema que más polarizó la discusión: “la legitimidad del uso de elementos de juicio provenientes de la ciencia y de otras disciplinas especializadas a la hora de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes”.³⁶⁰

Expresó que el mismo ordenamiento jurídico otorga a los jueces de constitucionalidad la posibilidad de incorporar nuevos medios probatorios necesarios para el esclarecimiento de la verdad, y que según el artículo 2 de la LA, faculta a los tribunales para realizar cualquier diligencia o valerse de cualquier persona, cosa o documento para conocer la verdad, sólo con la restricción de no practicar diligencias u ordenar pruebas que sean contrarias a la ley, ni lesionar su derecho a la igualdad, además, de acuerdo con el artículo 79 los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas en relación con las partes.

Agrega que los juzgadores de amparo pueden de oficio hacerse de los datos que necesiten para una adecuada impartición de justicia y que la Corte necesita de allegarse de información respecto de áreas de conocimiento en que los ministros no sean expertos.

Por esa razón se recurrió a especialistas para que explicaran y aportaran los elementos necesarios sobre el VIH y el SIDA, y así fundamentar la posición de los ministros.

Nosotros consideramos que fue correcta la posición del ministro Cossío Díaz, debido a que los juzgadores, deben de acercarse a los científicos o expertos en cualquier ciencia, arte o industria, para conocer más sobre la materia a resolver, y así tener mejores elementos argumentativos en la solución de los conflictos. ¿En qué momento lo pueden hacer? Antes de dictar sentencia, sin importar que las partes hayan o no ofrecido las pruebas correspondientes, porque lo que esta en juego es la constitucionalidad o no de un precepto, que afectaría a la sociedad en su conjunto. En el caso en estudio se resolvió respecto de un militar, pero el criterio obtenido va a tener repercusión en todos los ciudadanos civiles, de ahí que fue un atino allegarse de pruebas científicas para resolver el asunto. Los ministros ni ningún juzgador, ni jurista o abogado tenemos la capacidad de conocer de todo, siempre vamos a requerir del apoyo de los especialistas en las distintas materias, para la solución de las controversias, máxime en estas épocas de avances tecnológicos, médicos y en muchos ámbitos.

³⁶⁰ Ibid, p. 90

1.16. Conclusiones.

La garantía de igualdad prevista en el artículo 1° de la Constitución en donde se reconoce el principio de que todos los individuos son iguales, se relaciona con el artículo 4°, y ambos protegen la no discriminación por cuestiones de salud hacia las personas, pero también con el artículo 12 en el sentido de que los individuos, integrantes de la sociedad mexicana están colocados en un plano de igualdad social, por lo que es una prohibición por las autoridades de poder público otorgar distinciones que establezcan diferencia entre ellos.

Las garantías de igualdad y de no discriminación también incluyen las cuestiones de salud de manera que todos los gobernados e incluso los militares, estén protegidos frente a medidas que impliquen trato desigual.

Si un miembro del ejército mexicano padece el VIH no quiere decir que se encuentre deshabilitado para desempeñar las funciones de su puesto y mientras no esté afectado de su salud puede continuar en sus funciones.

El interés social no se ve afectado al otorgar la suspensión contra la declaratoria de procedencia de retiro de un miembro del ejército por haber adquirido el VIH, pues no constituye un peligro total e inminente debido a que ese virus no se contagia por la sola convivencia con una persona afectada.

2. SEGUNDO CASO:

b) DONACIÓN DE ÓRGANOS. INVALIDEZ DEL ARTÍCULO 24-A DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE NAYARIT. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

EXPEDIENTE: 10/2005

ANÁLISIS DEL CASO: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE SOLICITA LA INVALIDEZ DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 24-A DEL CÓDIGO CIVIL DE NAYARIT, EMITIDA Y PROMULGADA POR EL PODER LEGISLATIVO Y EL PODER EJECUTIVO DE NAYARIT, POR CONSIDERAR QUE TAL REFORMA VIOLABA LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 1º, 4º, PÁRRAFO TERCERO, 16, PÁRRAFO PRIMERO Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.³⁶¹

2.1. Razones.

Este caso en particular es elegido por la trascendencia social que tiene, pues la donación de órganos, aún y cuando se encuentra regulada en la Ley General de Salud (LGS), cuenta con poca orientación y proyección en la sociedad, pues la mayoría de los ciudadanos no saben que pueden ser donadores, no sólo de sus familiares, sino también de cualquier persona y que tal donación sólo tendrá lugar cuando exista el consentimiento expreso, ante Notario Público, sin fines de lucro, información concreta del procedimiento de donación así como sus alcances, con el consentimiento altruista, libre y consiente del hecho a ejecutar, y en su caso, el desistimiento del mismo antes de que proceda la donación.

De igual forma, es relevante el análisis en cuestión porque de ésta se desprende el esfuerzo por erradicar la discriminación, el lucro y tráfico de órganos de vivos o de cadáveres, en nuestra sociedad, así como la importancia de que los ciudadanos se encuentren informados de tal procedimiento ante las autoridades competentes.

³⁶¹ Sentencia de seis de noviembre de dos mil siete dictada en la Acción de inconstitucionalidad 10/2005, por la Ministra MARGARITA BEATRIZ LUNA RAMOS, Secretario ALFREDO VILLEDA AYALA.

2.2. El caso.

El 16 de mayo de 2005, el Procurador General de la República promovió acción de inconstitucionalidad ante la SCJN, por la cual solicitó la invalidez de la reforma al artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit, emitida y promulgada por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo de ese mismo Estado, por considerar que tal reforma violenta los preceptos constitucionales 1º, 4º, párrafo tercero, 16, párrafo primero, y 133.

El artículo del que se solicitó la invalidez dice:

Artículo 24-A. Toda persona capaz, tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco, siempre que tal disposición no le ocasiona una disminución permanente de su integridad física, ni ponga en peligro su vida.

Este precepto sólo permite a los familiares, ser los únicos beneficiados de la donación de órganos, lo que resulta discriminatorio, pues violenta lo establecido en los preceptos constitucionales enunciados.

Además, el Procurador argumentó que el artículo promovido para su invalidez, violenta lo establecido en el numeral 4º, párrafo tercero constitucional, puesto que restringe la donación de órganos sólo cuando existan fines terapéuticos y a favor de un familiar hasta el cuarto grado de parentesco, pero tal condición vulnera la seguridad y derecho a la salud y agrava el problema de mortandad entre personas que necesitan un donante y por el hecho de limitar hacerlo sólo entre familiares, deja sin esperanza a otros ciudadanos enfermos que necesitan una donación, lo cual también representa discriminación indirecta.

2.3. Antecedentes reconocidos para este caso.

Para determinar la acción de inconstitucionalidad que tratamos, la Corte recordó que tenía como antecedente de estudio el amparo en revisión 115/2003, que resolvió no limitar la donación de órganos sólo entre parientes, pues consideró que no sólo en las relaciones afectivas de parentesco existe la solidaridad de donar, y permitir que las personas carentes de todo vínculo familiar ejercieran su derecho a donar sus órganos, no significaba que se estaba en presencia del tráfico de órganos como se establecía en el artículo 333, fracción VI de la LGS, precepto impugnado por el amparo en revisión en comento.

Por otro lado, el artículo 333, fracción VI de la LGS, mencionado, carecía de toda objetividad y constitucionalidad, ya que el mismo dejaba al desamparo a aquellos enfermos solicitantes de un órgano para sobrevivir por el simple hecho de estar

prohibida la donación de un, prácticamente extraño, por lo que, el Tribunal en Pleno decidió que la limitante de donación establecida en el artículo 333, fracción VI de la LGS, no tenía sustento constitucional y, por consiguiente, cualquier persona compatible con el enfermo, tenía la libertad de donar gratuitamente alguno de sus órganos, desde luego, sin ser afectado en su salud y bajo el cumplimiento de las normas de salud establecidas para estos casos, todo, en cumplimiento del artículo 4° constitucional y en virtud de la escasa disponibilidad de órganos para trasplante.

También es de observarse, al ser procedente el amparo en revisión 115/2003, que la Corte Máxima, atacó, tanto la discriminación para los efectos de donaciones así como reforzó lo planteado por el legislador constitucional, al velar para que la salud y su seguridad lleguen a todos los ciudadanos mexicanos, sin tomar en cuenta sus recursos económicos o de otro índole, y así cumplir con el objetivo enmarcado en el artículo 4° de la Constitución Federal, respecto a la protección a la salud.

2.4. El procedimiento.

El Procurador General de la República promovió el 16 de mayo de 2005, acción de inconstitucionalidad ante la SCJN, en éste solicitó la invalidez de la reforma al artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit, emitida y promulgada por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo de ese Estado, por considerar que tal reforma violenta los preceptos constitucionales 1°; 4°, párrafo tercero; 16, párrafo primero y 133.

El 17 de mayo de 2005, el Presidente del Alto Tribunal ordenó formar y registrar el expediente con el número 10/2005 y designó a la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos como instructora en el procedimiento, quien ordenó dar vista al órgano legislativo que emitió la norma impugnada y al Ejecutivo que la promulgó para que rindieran los informes respectivos, quienes lo hicieron en tiempo y forma.

La SCJN, determinó que era competente para resolver la acción de inconstitucionalidad planteada, que tal acción se encontraba interpuesta dentro del plazo que establece el artículo 105, fracciones I y II de la Constitución Política y, que el Procurador General de la República tenía la legitimación promoverla. Así mismo, tanto el Ejecutivo Local como el Congreso del Estado de Nayarit, tenían legitimación pasiva y estaban plenamente representados.

El Procurador General de la República, interpuso los conceptos de invalidez que creyó asertivos para evidenciar la inconstitucionalidad del artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit.

2.5. Planteamiento del problema.

Determinar si el artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit, es inconstitucional, en base a que dicha norma restringe que otras personas, que no sean familiares, donen sus órganos, debido a que terceras personas por cuestiones de altruismo, solidaridad, o afecto con el enfermo, pueden también disponer de sus órganos para donarlos, por tanto tal numeral restringe los derechos de todo ser humano a la salud y por consiguiente a la vida.

2.6. Hipótesis.

Es inconstitucional el artículo 24-A del Código Civil de Estado de Nayarit, por violentar la garantía y derecho a la protección de la salud, consagrada en el artículo 4° de nuestra Carta Magna.

2.7. Argumentos del quejoso.

El Procurador General de la República sostuvo que el artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit, es violatorio de la garantía y protección a la salud, que consagra el párrafo tercero del artículo 4° de la Constitución Federal, porque priva a los ciudadanos a donar parcialmente sus órganos, previo diagnóstico de salud, a un tercero.

Agregó que muchas personas mueren por la falta de donantes, y que esa situación se agrava al limitar la posibilidad de sólo a familiares del paciente.

Que el trasplante de órganos es pieza clave en la protección a la salud de todo individuo.

Manifestó que otras personas estarían dispuestas a donar sus órganos, por altruismo, solidaridad o afecto.

2.8 Cuestiones a resolver.

Determinar si el artículo 24-A del Código Civil del Estado de Nayarit, es inconstitucional, porque restringe el derecho de realizar donación de órganos, sólo para familiares del paciente hasta el cuarto grado de parentesco.

2.9. Fundamentación.

La sentencia se encuentra debidamente fundamentada, pues contiene los artículos en los que se basó para dictarla.

Artículos:

105, fracción II, inciso c) de la Constitución. La Corte conocerá de la acción de inconstitucionalidad.

LGS. Artículos: 1, 2, 3, 320, 321, 323, 327, 329, 333, fracción VI, 461, 462 y 462 Bis. Sin embargo, podemos comentar que su fundamentación es excesiva, porque se basa en transcripción de dichos artículos, pero no se vierte ninguna explicación del porqué son aplicables.

2.10. Errores en la sentencia.

Tiempo:

La acción de inconstitucionalidad se presentó el 16 de mayo de 2005 y se resolvió el 6 de noviembre de dos mil siete, dos años cinco meses después, lo que significa de la justicia de la Corte es lenta, y no cumple con el requisito de prontitud ni expedites que consagra la constitución en el artículo 17.

El abuso de transcripciones:

En el Tercer Resultando³⁶² se transcribe todo el concepto de invalidez que adujo el Procurador General de la República, lo que hace que la sentencia sea abultada, lo que resulta innecesario, pues implicó 30 páginas, que representa casi el 25% de la sentencia, cuestión que se pudiera eliminar o bien resumir en dos o tres páginas, donde constaran sólo los argumentos más importantes.

Misma situación que se presentó en el Quinto Resultando³⁶³ en donde se transcriben los informes que rindieron los órganos Legislativo y Ejecutivo del Estado de Nayarit, otras 15 páginas más, por lo que son 45 páginas, que no tiene sentido transcribir.

Lo más grave al respecto, está contenido en la transcripción de la exposición de motivos de reforma al derecho de protección a la salud, de 22 de diciembre de 1982, que se transcribe de la foja 61 a la 75, y no conforme con dicha

³⁶² Ibid, p. 2.

³⁶³ Ibid, p. 31.

transcripción, de la página 76 a la 107, se copió el dictamen de las Comisiones Unidas Primera de Puntos Constitucionales y de Salubridad de la Cámara de Senadores, y su aprobación, así como dictamen de 27 de abril de 2004, sobre el proyecto de decreto de la reforma al artículo 333 de la LGS, lo que implica que la sentencia en comento esta formada, en su mayoría, de reproducciones que sólo engrosan la resolución, siendo que debería sólo contener lo más significativo. Dicha sentencia contiene 79 páginas de transcripciones de un total de 143, lo que significa que casi el 50% de páginas son reproducciones.

Falta de claridad:

Se utiliza en repetidas ocasiones la afirmación: que la norma impugnada es discriminatoria, pero no se exponen argumentos para confirmar tal aseveración.

Repetición de argumentos:

Se insiste demasiado en que el Estado tiene el deber de proporcionar los medios jurídicos y administrativos para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, según sus necesidades y no a sus recursos páginas 107,108, 121 y 124, lo que hace que la sentencia sea repetitiva.

2.11. Efectos de la sentencia de amparo.

Se declaró inconstitucional y como consecuencia la invalidez del artículo 24-A del Código Civil para el Estado de Nayarit, pero sólo en la porción normativa que dice "... de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco...", frase en la cual se contiene la limitación que se estima contraria a dicho precepto de la Norma Fundamental.

2.12. Soportes utilizados en la resolución del caso.

En la sentencia en estudio se hace referencia a un I. "Marco constitucional para resolver el asunto"³⁶⁴ en donde se describen los alcances que el Tribunal Pleno ha definido respecto del párrafo tercero del artículo 4° constitucional y transcribe la jurisprudencia al respecto, para en seguida mencionar el origen de las llamadas garantías sociales, como el derecho a la protección de la salud, en base a la exposición de motivos de dicha reforma, de 22 de diciembre de 1982,

³⁶⁴ Ibid, p. 58. Lo subrayado es mío.

que se transcribe de la foja 61 a la 75, y no conforme con dicha transcripción, de la página 76 a la 107, se copió el dictamen de las Comisiones Unidas Primera de Puntos Constitucionales y de Salubridad de la Cámara de Senadores, y su aprobación, por lo que, la sentencia en análisis contiene, casi 50 páginas, de los antecedentes legislativos que dieron lugar a la protección de la salud.

Por otro lado, el hecho de anotar la exposición de motivos de la reforma a la Constitución en materia de salud, y los dictámenes citados, no constituye “El Marco constitucional”, este debió haberse basado en todos los artículos de la Carta Magna que hacen referencia a la igualdad, libertad, seguridad, no discriminación, derecho a la salud, que son los artículos 1°, 3°, 4°, 14 y 16.

Sin embargo, para el verdadero contenido de una sentencia, es inadecuado, copiar los antecedentes de una reforma, tan sencillo que hubiera sido, sólo afirmar que la constitución contiene el derecho a la protección de la salud, como una garantía individual y social, que constituye un presupuesto de la dignidad de la persona y que el Estado tiene la responsabilidad de proporcionar, mediante un sistema nacional de salud eficiente, que brinde a la población toda la atención médica que requiera.

De manera simple, con que se hubiera indicado que la constitución en su artículo 4°, reconoce que: “Toda persona tendrá derecho la protección de la salud”, era más que suficiente para motivar el derecho que tiene las personas a la protección de la salud. De nada sirven tantas transcripciones que sólo atiborran de cuestiones innecesarias una sentencia, que complican su lectura y entendimiento.

De acuerdo con lo anterior los soportes utilizados en la solución de este asunto fueron:

La exposición de motivos de la reforma, al artículo 4° de la Carta Magna de 22 de diciembre de 1982.

El dictamen de las Comisiones Unidas Primera de Puntos Constitucionales y de Salubridad de la Cámara de Senadores, y su aprobación.

El dictamen de 27 de abril de 2004, sobre el proyecto de decreto de la reforma al artículo 333 de la LGS.

2.12.1. La jurisprudencia.

Se utilizaron las siguientes:

“Salud. El derecho a su protección como garantía individual consagra el artículo 4° Constitucional...”

“Trasplante de órganos entre vivos. El artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud, que lo permite únicamente entre personas relacionadas por parentesco, matrimonio o concubinato, transgrede los derechos a la salud y a la vida consagrados en el artículo 4° de la constitución federal.

“Leyes Generales. Interpretación del artículo 133 constitucional. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentran apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la ‘Ley Suprema de la Unión’.

“Facultades concurrentes en el sistema jurídico mexicano. Sus características generales.”

“Acción de inconstitucionalidad. La suplencia de los conceptos de invalidez opera aun ante la ausencia de los mismos”.

“Acción de inconstitucionalidad. Es procedente el concepto de invalidez por violaciones indirectas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siempre que estén vinculadas de modo fundamental con la ley reclamada”.

2.12.2. Uso de Antecedentes.

En el punto II. Violación directa a la garantía del derecho a la protección de la salud. Que obra en la página 108 de la resolución en análisis, para la solución al caso, se utilizó también un criterio anterior de la Corte al resolver el amparo en revisión 115/2003, y se transcribe la parte considerativa, de la foja 109 a la 121, situación que vuelve hacer repetitiva, lo que significa una incorrecta forma de argumentar.

En el inciso III se refiere a: Violación a la LGS; y en este apartado se vierten distintos argumentos con la finalidad de justificar que se transgredió con la ley impugnada a la LGS, sin embargo debe considerarse que el quejoso en ninguna parte de su acción de inconstitucionalidad hizo referencia a que la norma tachada de inconstitucional trastocaba dicha ley general, por lo que todos los argumentos que se vierten en este apartado resultan ociosos y por consecuencia innecesarios.

2.13. La solución del caso.

El Pleno de la SCJN, por unanimidad de diez ministros presentes, declaró la invalidez del artículo 24-A del Código Civil de Estado de Nayarit por ser contrario

al párrafo 3 del artículo 4° de la Constitución exclusivamente a la porción normativa que dice: "...de un familiar, hasta el cuarto grado de parentesco...".

Los argumentos que dieron solución al caso, se vierten en las fojas 122 a la 124 y son los siguientes:

- a) La falta de razonabilidad de la limitación a los trasplantes entre personas sin parentesco.
- b) La prohibición introducida en el artículo 24-A del Código Civil de Estado de Nayarit es contraria al párrafo 3 del artículo 4° de la constitución que establece que "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud", pues tal precepto secundario impide a las personas disponer parcialmente de su cuerpo, con fines terapéuticos a favor de personas con las que no tengan parentesco.
- c) El lazo familiar no es el único vínculo de solidaridad que propicia el deseo de libre disposición corporal.
- d) Coartar el deseo filantrópico de que cualquier persona pueda donar sus órganos, por amistad, gratitud, afecto o bien cualquier otra cuestión altruista, lesiona la garantía que protege el párrafo tercero del artículo 4° constitucional.
- e) No se puede privar a un receptor de la posibilidad que otras personas que no sean sus familiares le donen sus órganos.

2.14. Votos concurrentes.

El ministro Silva Meza señaló que no compartía la resolución del Tribunal en Pleno en el sentido de que únicamente se declarara la invalidez de la porción del artículo 24-A del Código Civil de Estado de Nayarit, sino que se debía incluir la totalidad del contenido normativo del dicho código, pues de no ser así la Corte asumía funciones legislativas al dejar vigente un precepto que permite cualquier donación.

El ministro José Ramón Cossío Díaz.

El ministro sintetizó sus diferencias con la decisión del Pleno en tres temas:

- a) Una limitación irrazonable a la donación de órganos.

En este tema consideró que el argumento señalado en la resolución consistente en que " la disposición legal reclamada constituye una norma discriminatoria y carente de razonabilidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (...) porque priva a quienes no cuenten con parientes donantes la posibilidad de ser receptores de órganos de otros sujetos que, bajo los principios

de gratuidad y respeto a su integridad corporal, otorguen su consentimiento para llevar a cabo trasplantes de algún componente de su cuerpo con fines terapéuticos”, es únicamente explicativo, no justificativo ya que describe la limitación introducida por la norma cuestionada.

Que la justificación viene inmediatamente después cuando se dice: “...esta limitación infringe el deber del Estado de proporcionar los medios jurídicos y administrativos para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud...”

Además señaló que el análisis de tales argumentos esta poco desarrollado y que hubiera sido más claro proceder a identificar los distintos objetivos al servicio de los cuales se encuentran las normas examinadas, para después constatar si había adecuación y proporcionalidad.

b) El derecho a la salud como derecho constitucional vinculante.

En este apartado el ministro expresó que la acción de inconstitucionalidad debió resolverse conforme con lo que en el argot judicial se conoce como “interpretación directa” de la constitución.

c) Los efectos de la invalidez.

Al respecto manifestó su oposición a que sólo se haya declarada inválida una porción del artículo en pugna, pues se debió declarar la invalidez de todo el precepto y dejar que la legislatura del Estado de Nayarit relegislara todo el artículo.

Sin embargo, tal ministro no expone sus argumentos que dice hubiera sido recomendable utilizar, sólo se dedica a realizar sus observaciones pero no aporta los argumentos adecuados para el mejoramiento de la sentencia en cuestión.

No obstante, ambos ministros tienen razón en que se debió invalidar todo el precepto, para que se planteara de forma en que se protegieran los intereses de los donantes y receptores, con pleno respeto a la constitución y a LGS, tomando en consideración que la donación para llevarla a cabo, no se limita sólo a los familiares, sino a cualquier persona, quienes de manera solidaria, altruista, por afecto, gratitud o amistad, pueden donar sus órganos.

2.15. Conclusiones.

En esta sentencia podemos observar que la argumentación que utiliza la Corte para justificar sus decisiones es repetitiva, carente de método, abuso de jurisprudencias, falta de claridad y además se utilizan demasiadas transcripciones de exposición de motivos y dictámenes que bien pudieron eliminarse para conseguir que la sentencia sea concreta.

De una forma concisa la resolución pudiera sólo contener los siguientes argumentos:

No debe limitarse la donación de partes del cuerpo al círculo familiar sino que todo individuo puede favorecer a otro al ofrecerle alguno de sus órganos, bajo las condiciones prevista en el orden jurídico federal de manera particular en el artículo 333 de la LGS.

El artículo de referencia es violatorio del artículo 1° de nuestra Máxima Ley Federal, pues contiene un grado de discriminación al establecer que las donaciones de órganos sólo tendrán lugar entre familiares hasta el cuarto grado, sin que verse la importancia que tiene la vida de cualquier ser humano. No se puede prohibir que cualquier otra persona, done sus órganos, siempre y cuando lo haga por afecto, solidaridad, amistad, compañerismo, altruismo, o cualquier otra característica de ese tipo, de manera que se evite el lucro y el comercio de órganos.

Al existir una escasa disponibilidad de órganos para trasplantes y un alto número de necesitados, cualquier persona puede ser donador, siempre y cuando sea compatible con el receptor, con lo cual se protegen los valores más precisados que son: la salud y la vida. Además de cumplir con los requisitos legales que establece la LGS.

La norma impugnada es discriminatoria porque priva a quienes no cuentan con familiares que les donen, la posibilidad de ser receptores de órganos de otras personas.

Las personas tienen la libertad de disponer de sus órganos en los términos legales.

Todas las personas tienen derecho a la salud, por lo que si requieren de un órgano, les puede ser donado por cualquier persona que se compatible, con la finalidad de mejorar o salvar su vida.

3. TERCER CASO.

RECTIFICACIÓN DE ACTA POR REASIGNACION DE CONCORDANCIA SEXO-GENÉRICA. AMPARO DIRECTO CIVIL 6/2008.³⁶⁵

3.1. Razones.

El motivo por el cuál se escogió esta sentencia para su análisis, es debido a la trascendencia y novedad del tema, ya que no se había presentado ningún caso de cambio de sexo, con la finalidad de que se rectificara el acta de nacimiento, pero no sólo consistente en una anotación marginal, sino que abarcara una nueva acta para que no se discrimine a la persona que cambio de sexo y de esta manera se respete su derecho a la privacidad.

El tema de la transexualidad es un tabú que existe dentro de nuestra sociedad que pocos quieren tratar, pero con las reformas al CC y al de CPCDF, sobre la reasignación de concordancia sexo-genérica de 10 de octubre de 2008, poco a poco se abre para evitar la discriminación y reivindicar los derechos individuales de las minorías afectadas con ese tipo de problemática, porque les va a permitir alcanzar un mejor bienestar emocional y social.

3.2. El caso.

El 19 de septiembre de 2005 se presentó en Oficialía de Partes Común Civil Familiar del Tribunal de Justicia del Distrito Federal, una persona que demandó en la vía ordinaria civil entre otras las siguientes prestaciones:

- 1) La rectificación de su acta de nacimiento en lo relativo a la mención registral de nombre, a fin de cambiar su nombre de ***** por el de *****.
- 2) La rectificación de su acta de nacimiento en lo relativo a la mención registral del sexo masculino por el de femenino, a fin de adecuar su acta a la realidad social y jurídica.
- 3) Que no se publique, ni expida, constancia alguna que revela el origen de la condición de la persona y se levante una nueva acta atendiendo el derecho de privacidad de la persona.

³⁶⁵ Sentencia de 6 de enero de 2009, dictada por el Ministro SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ, Secretaria: LAURA GARCIA VELASCO.

El asunto se conoció por el Juzgado Décimo de lo Familiar del Distrito Federal, quien dictó sentencia el 12 de junio de 2007 ordenando que se rectificara el acta mediante una anotación marginal con el cambio de nombre y como sexo el femenino, pero fue improcedente por lo que hace a que no se publicara, ni expidiera constancia alguna que revelara la condición de su persona y se levantara una nueva acta.

La inconforme presentó recurso de apelación correspondiéndole a la Primera Sala Familiar del Tribunal citado y por sentencia de 16 de octubre de 2007 confirmó la sentencia de primera instancia.

Contra tales resoluciones la quejosa promovió amparo directo por considerar que violaban los artículos 1, 4 y 16 de la Constitución y le correspondió conocer al Octavo Tribunal Colegiado de Materia Civil de Primer Circuito.

3.3. Autoridades.

Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Juez Décimo de lo Familiar del Distrito Federal.

3.4. Facultad de atracción.

El 6 de febrero de 2008 el quejoso solicitó que se ejerciera la facultad de atracción y el ministro José Ramón Cossío Díaz decidió hacer suya la solicitud para que se examinara la posible atracción.

La Primera Sala de la SCJN, por unanimidad de cuatro votos, decidió ejercer la facultad de atracción para conocer de ese amparo directo, formándose y registrándose con el número 6/2008.

3.5. Planteamiento del problema.

Consiste en determinar si el artículo 138 del CC es inconstitucional, por estimar que vulnera las garantías de igualdad, no discriminación, privacidad, derecho a la salud y a la dignidad, consagradas en los artículos 1º, 4º, 14 y 16 de la constitución.

3.6. Hipótesis.

Es inconstitucional el artículo 138 del CC, debido a que transgrede las garantías de igualdad, no discriminación, privacidad, derecho a la salud y a la dignidad, consagradas en los artículos 1°, 4°, 14 y 16 de la Ley Fundamental.

3.7. Argumentos del quejoso.

Solicita la rectificación de su acta ante el Juez de lo Familiar mediante una demanda en juicio ordinario civil, en cuanto a rectificar su nombre y sexo en virtud de habersele diagnosticado médicamente un estado intersexual denominado “seudohermafroditismo femenino”, como consecuencia de una deficiencia enzimática y virilización de órganos sexuales externos.

Que fue sometida a un tratamiento hormonal inducido o tratamiento de reasignación hormonal feminizante, ya que su aspecto físico, psicológico y social, son de una mujer.

Que se sometió a una cirugía de reasignación sexual en 1999 y fue diagnosticado como una persona transexual por un médico sexólogo y psicoterapeuta, al haber atravesado disforia de género o sea discordancia entre sus características biológicas del sexo de nacimiento y su sentido de pertenecer al género femenino.

Afirma que es conocido con nombre de mujer y que así se desenvuelve en su vida familiar, laboral y social, por lo que es indispensable la rectificación de su acta de nacimiento, por la evidente discordancia en su documento de identidad que reflejan un nombre y sexo que no corresponden a su realidad sexual, lo que le genera múltiples problemas para acreditar su personalidad.

Que el Juez de Primera Instancia ordenó rectificar el acta de nacimiento mediante una anotación marginal con el nombre de mujer y como sexo el femenino, pero no se le concedió que se levantara una nueva acta.

3.8. Estructura argumentativa.

Para dar la solución a este asunto, la Corte realiza una interpretación sistemática, pues analiza el contenido de los artículos 134, 135, 136, 137, 138, y 138-Bis del CC, y los artículos 103, 104, 106, 107, 108 y 57 del Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal. Primero se transcriben dichos preceptos y después se hace un análisis de su contenido proporcionado una explicación del

mismo para llegar a la conclusión de que las rectificaciones de los datos contenidos en el acta del estado civil se puede variar el nombre o algún dato esencial que afecte al estado civil, la filiación, la nacionalidad, el sexo y la identidad de la persona, con la finalidad de adaptar el acta a la verdadera realidad social del individuo, pero deben anotarse al margen del acta respectiva.

Posteriormente define distintos conceptos relacionados con sexo (biológico u orgánico y sexo jurídico o legal), identidad sexual, identidad de género, estados intersexuales y transexuales.

Más adelante, se realiza el estudio de los derechos fundamentales en juego (dignidad humana, igualdad y no discriminación, derecho a la intimidad, derecho a la vida privada y a la propia imagen, libre desarrollo de la personalidad humana, derecho a la salud) y se justifican mediante explicaciones de lo que cada concepto significa para concluir que todos estos derechos están consagrados en la constitución y que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana previsto en el artículo 1° de la constitución y sólo a través de su pleno respeto se puede hablar de un ser humano en toda su dignidad.

3.9. Errores de la sentencia.

Tiempo:

El juicio inicio el 19 de septiembre de 2005 y concluyó por sentencia de 6 de enero de 2009, tres años cuatro meses después, lo que representa mucho tiempo en la solución del asunto, y de nueva cuenta comprobamos que la administración de justicia no es expedita ni pronta.

Exceso de transcripciones:

En el Considerando Tercero,³⁶⁶ que obra a fojas 9 a 41, se transcribe la sentencia dictada por el Juez Décimo Familiar.

En el cuarto hace referencia a una aclaración de sentencia.

En el quinto considerando se transcribe lo correspondiente a dicha aclaración y a la apelación interpuesta, terminándose hasta la página 49.

El sexto considerando se transcribieron los conceptos de violación, lo que significa que de la página 9 hasta la 56 se hace referencia solamente a recopilaciones de los antecedentes del asunto y es excesivo, puesto que casi la mitad de la sentencia verse sobre dichas transcripciones, que lo único que hacen es engrosar

³⁶⁶ Ibid, p. 9.

la resolución sin que sean relevantes, pues bastaba con copiar o resumir en dos o tres hojas dichos antecedentes.

En la página 65 de afirma:

“Sentado lo anterior, deben declararse infundados los argumentos en los que se aduce la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil para el Distrito Federal, por considerar que su aplicación en el caso concreto viola los principios de igualdad y no discriminación así como los derechos a la dignidad y a la salud, en atención a las siguientes consideraciones:...”

Y se anotan distintos argumentos para confirmar la afirmación de que son infundados, sin embargo, todos los argumentos que se vierten más adelante, se hacen para señalar que la sentencia impugnada es inconstitucional, lo que significa que existe una grave contradicción en la sentencia en estudio, pues primero dice que: son infundados los argumentos en los que se aduce la inconstitucionalidad del artículo 138 del CC, y después, en la página 66 se afirma que la sentencia deviene inconstitucional.

Si los argumentos expuestos por el quejoso son infundados, lo que debió haberse declarado es la constitucionalidad del artículo 138 citado y negar el amparo, pero los argumentos que se adujeron por posterioridad se refieren a una situación contraria en el sentido de declarar la inconstitucionalidad de dicho precepto.

Lo que hace inconstitucional al artículo 138 del CC, es la omisión en que incurre al no prever, en concreto, el supuesto que se refiere a sujetos transexuales, sin embargo, en el amparo no se decretó la inconstitucionalidad de dicho precepto sino sólo la inconstitucionalidad de la sentencia, por lo que se ordenó que se emitiera otra, ordenando que se expida una nueva acta de nacimiento, haciendo las anotaciones en el acta primigenia.

3.10. Efectos de la sentencia de amparo.

Se concedió la protección constitucional para el efecto de que la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, deje sin efecto la sentencia reclamada y ordené al Director del Registro que expida una nueva acta de nacimiento, haciendo las anotaciones correspondientes en el acta primigenia la cual quedará reservada.

3.11. Soportes utilizados en la resolución del caso.

El análisis mediante una interpretación sistemática.

Para determinar el verdadero sentido del artículo 138 multicitado, se tuvo que recurrir a distintos artículos del CC y al Reglamento del Registro Civil.

3.11.1. Integración.

Como el artículo 138 del CC, no prevé las consecuencias de la rectificación de actas del registro civil tratándose de sujetos transexuales, se tuvo que realizar en la aplicación de dicho artículo una labor de integración para colmar esa laguna legal con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales del quejoso.

3.11.2. Definición de Conceptos.

Para resolver el caso en cuestión se recurrió al análisis de los siguientes conceptos: sexo (biológico u orgánico y sexo jurídico o legal), identidad sexual, identidad de género, estados intersexuales y transexuales, por considerarse necesarios para comprender la problemática, y recurriendo a distintos autores en diversas disciplinas como la medicina, la biología, la sexología, la sociología, la antropología, la psicología y la siquiatria por vincularse a la personalidad humana.

3.11.3. Instrumentos internacionales utilizados.

Declaración universal de los derechos humanos.

Convención americana sobre derechos humanos (pacto de San José de Costa Rica).

Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

De estos ordenamientos se transcribieron distintos preceptos para después relacionarlos con el artículo 1° de la constitución.

Derecho comparado.

También se utilizó la legislación de distintos países en los que se prevé el cambio jurídico de sexo, como son:

Ley Sueca, Alemana, Italiana, del Reino Unido, la ley de Reconocimiento de Género (Gender Recognition Act.), la ley Holandesa, de España y de Argentina.

Jurisprudencia Internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de España se tomaron en cuenta las sentencias emitidas por la Sala Civil del Tribunal Supremo; de Francia, Colombia, de Perú, de Chile, de las cuales se desprende que existe una tendencia a aceptar que las personas transexuales, dada su especial condición, deben tener una mayor protección respecto de sus derechos fundamentales.

Todos estos soportes le proporcionaron a la sentencia una correcta fundamentación, porque se analizó el desarrollo de la protección a las personas transexuales, quienes tienen el derecho de un mejor desarrollo de su personalidad.

3.12. La solución del caso.

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad implica el reconocimiento a la identidad sexual y a la identidad de género, pues a partir de éstos es que el individuo se proyecta a sí mismo y dentro de la sociedad, por lo tanto, la “reasignación sexual” constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad y es una expresión de la individualidad de la persona lo que influye de manera decisiva en su proyecto de vida y en sus decisiones.

Es contrario a los derechos fundamentales: libre desarrollo de la personalidad e identidad sexual, mantener legalmente a una persona en un sexo que no siente como propio, de ahí que, si por los avances médicos le permiten aproximarse a los caracteres morfológicos típicos del sexo con el que psicológica y emocionalmente se identifica y que además vive como propio en sus distintos ámbitos de vida social y privada, se le debe permitir que en su acta aparezca como la persona que es, pues ya que esto le va a permitir alcanzar el equilibrio o armonía entre su cuerpo y su psique, lo que se va a reflejar en un estado de bienestar integral.

De no permitirse la rectificación del acta y expedir una nueva, ocasiona que este tipo de personas revelen su condición transexual, lo que origina actos discriminatorios hacia su persona, tanto en sus aspectos laborales como en sus relaciones sociales y lo que menos se quiere es que lleven una vida cotidiana que esté afectada por rechazo y vulneración a su derecho a la intimidad y a la vida privada.

El Estado debe proteger a los individuos en su esfera de su intimidad, su vida privada y su propia imagen, impidiendo injerencias arbitrarias en dicho ámbito, sobre todo tratándose de personas transexuales, dada su especial condición.

El hecho de que una persona cambie de identidad por su nombre y sexo, no implica que se extingan o modifiquen sus obligaciones o responsabilidades, pues le serán exigibles en los términos de las leyes aplicables, debido a que se establecieron con independencia del sexo legal en el que se le había registrado.

La protección de los derechos fundamentales de una persona transexual no significa la desprotección de terceros o del orden público.

3.13. Votos Particulares.

El ministro Sergio Armando Valls Hernández consideró que el artículo 138 del CC, sí es inconstitucional porque vulnera los derechos fundamentales del quejoso, pues limitaba la rectificación del acta de nacimiento a la anotación marginal de la misma, lo que impone la obligación de manifestarse mediante un documento que contiene su condición sexo-genérica, lo que evidencia su condición de persona transexual, situación que va en contra de sus derechos fundamentales de dignidad humana, igualdad y no discriminación, intimidad, vida privada y propia imagen, libre desarrollo de la personalidad humana y salud.

El ministro José Ramón Cossío Díaz manifiesta; que le correspondía hacer a la Corte, era permitir que la propia Sala responsable diera cuerpo a los efectos del amparo interpretando e integrando el ordenamiento de conformidad con el tercer párrafo del artículo 14 constitucional y 19 del CC, sin instarla a aplicar obligatoriamente unas normas determinadas que no estaban en vigor cuando inició el caso o por lo menos sin darle la oportunidad de desarrollar el argumento que pueden aplicarse justificadamente al mismo.

También opina que existen motivos para decir que el artículo 138 del CC, citado es inconstitucional porque su aplicación genera irremediablemente una condición de estigmatización social.

La ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, no comparte la constitucionalidad del artículo 138 del CC, y argumenta que la inconstitucionalidad de dicho precepto deviene en virtud de que un individuo que pretende su reasignación sexual, en ejercicio de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, requiere que no sólo en base a un tratamiento hormonal y/o quirúrgico se le rectifique su nombre y sexo mediante un anotación al margen de su acta de nacimiento original, sino también requiere que tal rectificación sea protegida.

Agrega, que la rectificación de acta de nacimiento por reasignación sexual y la anotación marginal no es discriminatoria, sus consecuencias sí lo son, pues se ventila una cuestión atinente a la vida privada del individuo, de ahí que no se protege el derecho fundamental de la dignidad humana.

El ministro Genaro David Góngora Pimentel, opina que el artículo 138 del CC, es inconstitucional porque al establecer una situación general incluye a los transexuales, siendo esta generalidad la que provoca una cuestión de discriminación.

El ministro Juan N. Silva Meza, asevera que dicho ordinal sí vulnera los derechos fundamentales involucrados, por lo que es inconstitucional, al obligar al Juez del Registro Civil a realizar la anotación marginal de cambio de sexo-género en el acta original, con el argumento de dar continuidad a la situación jurídica de quien desee cambiar su condición en este sentido, y dicho artículo no permite la opción de expedir un acta distinta, cuando así lo pida el solicitante y esto conlleva a una incidencia discriminatoria.

3.14. Opinión personal.

No estamos de acuerdo en que dicho precepto sea inconstitucional, lo que sucede es que presenta una laguna legal, pues omite que en caso de rectificación de acta de una persona transexual se debe expedir una nueva acta para que no se le discrimine, pues dicho precepto es una norma que obliga a la generalidad de las personas que solicitan rectificaciones de su acta de nacimiento y mediante su anotación marginal se corrige, pero tratándose de personas transexuales la sola anotación marginal sí implica una discriminación y por tal razón, se le debe de expedir una nueva, aunque se reserve la anterior como un antecedente.

3.15. Conclusiones:

La sentencia en comentario contiene una correcta justificación debido a que resolvió con acierto el conflicto planteado, además de que se encuentra bien fundamentada y motivada, es clara en sus definiciones y se utilizaron los soportes jurídicos adecuados.

Efectivamente, con la anotación marginal en el acta de nacimiento, de la persona transexual se vulnera su derecho a la identidad personal y a la vida privada, por lo que es necesario expedirle una nueva acta que contenga los datos con los que originalmente fue registrada al nacer con el cambio de su nombre y sexo para que de esta manera se le permita llevar una nueva vida sin que sea motivo de discriminación.

CONCLUSIONES:

PRIMERA: Los artículos 14, 16 y 17 constitucionales se encuentran íntimamente relacionados entre sí, pues consagran el acceso a la jurisdicción, la garantía de audiencia y de legalidad, como principios rectores de la seguridad jurídica, que debe tener todo gobernado, por tanto, las autoridades, de cualquier tipo, tendrán que emitir sus resoluciones apegadas a un procedimiento legal, con la debida motivación y fundamentación.

SEGUNDA: Los artículos 14 constitucional y 19 del CC, dejan en manos del juzgador la tarea de la motivación de la sentencia y le imponen el uso del criterio racional, de la sana crítica y la valoración en conciencia.

TERCERA: La sentencia es el documento donde consta todo el análisis realizado por el juez, para llegar a su objetivo, *“la decisión”*, y para llegar a ella, ha recorrido un largo camino de justificación.

CUARTA: La sentencia es una herramienta valiosa para educar a los operadores del derecho, pues enriquece la disciplina con los argumentos que en ella se exponen, ya que puede servir de base para solucionar otros asuntos.

QUINTA: La justificación y la motivación son sinónimos, consisten en las razones que llevaron a decidir al juzgador en la forma en que lo hizo. Expresar las razones de derecho y los motivos de hecho que tomó en consideración para dictar la sentencia y representan la garantía de una justicia bien administrada

SEXTA: Si la sentencia cumple con los requisitos de coherencia, congruencia, justificación y fundamentación, quiere decir que es una resolución racional.

SÉPTIMA: Con la obligación de motivar las sentencias se superó el principio de la libre convicción, por lo que, con la motivación, se abre un camino hacia la cultura de la democracia que lleva a la virtud de la justicia.

OCTAVA: La fundamentación, no sólo implica anotar en la sentencia los preceptos legales aplicables, sino también la jurisprudencia, doctrina, derecho comparado, valoraciones, interpretaciones, y todos los elementos racionales que se pueden emplear para justificar una decisión jurídica.

NOVENA: La seguridad jurídica que puede brindar una sentencia, depende de la justificación que se encuentre en el razonamiento jurídico empleado para llegar a la decisión.

DÉCIMA: La lógica sigue siendo parte sustancial en la justificación de las decisiones de los jueces, sin embargo, por sí sola no es suficiente para justificar una decisión judicial, el juez tendrá que utilizar todas las formas posibles de justificación para estar en la posibilidad de afirmar que su sentencia es racional.

DÉCIMA PRIMERA: La racionalidad, la experiencia del juez, su buen juicio, su sentido de la justicia, su inteligencia en la apreciación de argumentos complejos, su perspicacia, su valentía para defender sus propias convicciones, su imaginación para desentrañar entre sus conocimientos las premisas y las razones adecuadas para solucionar el problema jurídico que se le plantea, son elementos en los que nos podemos basar para que una solución jurídica sea correcta.

DÉCIMA SEGUNDA: El juicio judicial es muy complejo, variado en sus elementos y procesos, porque se compone de una serie de juicios particulares: primero se forma el juicio respecto de la cuestión a resolver, después sobre los hechos del asunto, más adelante respecto de las pruebas y su valoración y al final respecto de la aplicación del derecho. Todas estas deliberaciones forman la motivación y fundamentación de la sentencia.

DÉCIMA TERCERA: Un buen juez será aquél que se esfuerce para aplicar el derecho y obtener un fallo justo, tomando en cuenta todos los puntos de vista, sean del actor, del demandado y los suyos propios. Pero deberá hacerlo, lo más objetivo posible, con el dominio de sus sentimientos e inclinaciones, si esto se logra, permitiría agigantar el papel del juez.

DÉCIMA CUARTA: La metodología que emplea el juez es normativa, debido a que utiliza reglas del procedimiento para que su trabajo sea eficaz, no obstante esas reglas, son perfectibles, porque puede dictar su sentencia en base a la razón o a la experiencia.

DÉCIMA QUINTA: El hecho de utilizar la jurisprudencia, es una condición necesaria en la motivación, pero no suficiente. La parte que hace falta, son los razonamientos que debe el juez desarrollar y expresar en la sentencia, basándose en la riqueza del orden jurídico.

DÉCIMA SEXTA: La Corte no cumple con los requisitos que se establecen en la Constitución para las sentencias.

DÉCIMA SÉPTIMA: En las decisiones relevantes que se analizaron, da la impresión que los ministros se esmeran en dictar sentencias extensas y por virtud de su tamaño consideran que está justificada, sin embargo, es incorrecta esa apreciación, porque no se puede decir que una sentencia es motivada por razones cuantitativas, a mayor número de hojas, más precedentes, más transcripción del desarrollo del proceso o de los escritos de las partes, o empleo de doctrina, no

significa mayor motivación, esta consiste en presentar en la sentencia mejores razones justificativas de la decisión.

DÉCIMA OCTAVA: No se puede saber a ciencia cierta la causa de los errores contenidos en las sentencias, pero se pueden evitar, si el juez analiza el asunto a conciencia, esto significa que debe cuidar todos los puntos finos de su actividad.

DÉCIMA NOVENA: Se tiene que mejorar el razonamiento de los jueces, proporcionándoles cursos de argumentación jurídica, estudios sobre principios constitucionales, redacción, gramática, los usos de los argumentos, ética, valores morales y actualizarlos en jurisprudencia e interpretación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio Aulis. *Lo racional como lo razonable*, Madrid, CEC, 1991.

- *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*. Alicante, Doxa núm. 8, 1990.

Alchourrón Carlos E. y Bulygin Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea. 1993.

Alexy Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra, 2007.

Andrés Ibáñez Perfecto y Robert Alexy. *Jueces y ponderación argumentativa*. México, UNAM, 2006.

Andrés Ibáñez Perfecto. *Los hechos en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2007.

Aragoneses Alonso Pedro. *Sentencias Congruentes*, Madrid, Aguilar, 1957.

- *Técnica procesal*, Madrid, 1955.

Arellano García Carlos. *Derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1981.

Arteaga Nava Elisur. *Garantías individuales*, México, Oxford, 2009.

Atienza Manuel. *Para una teoría de la argumentación jurídica*, Alicante, Doxa núm. 8, 1990.

- *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 2003.

Barragán Julia. *La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica*. Alicante, Doxa núm. 8, 1990.

Bayón Mohino Juan Carlos. *La normatividad del derecho; deber jurídico y razones para la acción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Becerra Bautista José. *El proceso civil en México*, México, Porrúa, 1986.

- *Introducción al estudio del derecho procesal civil*, México, Cárdenas Editor, 1985.

Bentham Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*, México, Jurídica Universitaria, Vol, 1, 2002.

Bergholtz Gunnar. *Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas*, Alicante, Doxa núm. 8, 1990.

Bielsa Rafael. *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

Bobbio Norberto. *Iusnaturalismo y positivismo en El problema del positivismo jurídico*. Trad. Ernesto Garzón, México, Fontamara, 1991.

- *Positivismo jurídico en El problema del positivismo jurídico*. Trad. Ernesto Garzón, México, Fontamara, 1991.

Brandi de Portorrico Sandra T. *Aproximaciones a la moral y el derecho*, Buenos Aires, Chilavert, 2007.

Briseño Sierra Humberto. *El juicio ordinario civil*, México, Trillas, 1988, Volumen II.

Bunge Mario. *La ciencia, su método y filosofía*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1973.

Calamandrei Piero. *Appunti sull sentenza come fatto giuridico*, Revista de Derecho Procesal, 1932, Tomo I.

- *Proceso y democracia*, Buenos Aires, Ejea, 1960.

Calsamiglia A. prólogo del libro de Dworkin Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.

Caracciolo Ricardo. *Paradigmas de decisión judicial*. Versión preliminar, entregada por el autor en el Seminario XVIII "Eduardo García Máynes", octubre 2008 en el ITAM.

Carnelutti Francesco. *Derecho procesal civil y penal*, trad. Enrique Figueroa Alfonzo, México, Pedagógica Iberoamericana, 1994.

- *Las miserias del proceso penal*. México, TSJ del DF, 2001.

Castro Máximo. *Curso de procedimientos civiles*, Buenos Aires, Albatros, Tomo II.

Chiovenda Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. E, Gómez Orbaneja, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, Vol. I.

Corominas Joan. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Madrid, Gredos, 1961.

Couture Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978.

Dehesa Dávila Gerardo, *Elementos indispensables de retórica*, SCJ, México, 2008.

De la Plaza Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*, Madrid, Revista de derecho privado, 3ª ed., tomo I. 1951.

Del Vecchio Giorgio. *Los principios generales del derecho*, trad. Juan Ossorio Morales, Barcelona, Bosch, 1948.

De Pina Rafael y José Castillo Larrañaga. *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1999.

Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, Madrid, Espasa Calpe, 22ª ed., tomo I y II, 2001.

Diciotti Enrico. *Sobre inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Doxa núm. 20, 1997.

Díez-Picazo Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Ariel, 1993.

Dworkin Ronald. *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.

Escrive Joaquín. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998.

Esser Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencia del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961.

Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier. *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. Apéndice C. Los juicios de valor en la decisión judicial. México, TEPJF. 2006

- *Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley*, en La función judicial, ética y democracia. Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (compiladores), TEPFJ, Gedisa e Itam, Barcelona, 2003

Ferrater Mora, J. *Diccionario de filosofía*, Madrid, Alianza, 1990.

Fix-Zamudio Héctor. *Enciclopedia jurídica mexicana, voz sentencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa UNAM. Tomo VI.

Flores Imer B. *La técnica jurídica en la aplicación del Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XLV, mayo-agosto 1995, núm. 201-202.

Galván Rivera Mariano. *Curia filípica mexicana*, México, imprenta de Juan R. Navarro, 1850.

García Amado Juan Antonio. *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*. Anuario de la filosofía del derecho, núm. 3, 1986.

- *Teorías de la tópic jurídica*, Oviedo, Civitas, 1988.

García Figueroa Alfonso. *Palabras..., Palabras, palabras, palabras... De lo que el derecho le dice a los jueces*. Revista Jueces para la democracia, núm. 36, nov. 1999.

Garzón Valdés Ernesto. *Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas*, Doxa núm. 14, 1993.

Gascón Abellán Marina y Alfonso J. García Figueroa. *La argumentación en el derecho*. Perú, Palestra, 2005.

Gascón Abellán Marina. *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*. 2ª ed. Madrid-Barcelona, Marcial Pons. 2004.

Goldschmidt James. *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, T.S.J.DF. 2003.

Gómez Lara Cipriano. *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1983.

Góngora Pimentel Genaro. *Introducción al estudio del juicio de amparo*, México, Porrúa, 1992.

Gorphe Francois. *Las resoluciones judiciales*, México, TSJDF, 2002

Guasp Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, M. Aguilar Editor, 1948.

Haba P. Enrique. *Racionalidad y método para el derecho ¿eso es posible?*, Doxa núm. 7, 1990.

Herrera Flores Joaquín. *Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos*. Anuario de filosofía, núm. 4, 1987.

Iglesias Vila Marisa. *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1999.

Kelsen Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynes, México, UNAM, 1988.

Larenz Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona, Ariel, 2001.

Maldonado Adolfo. *Derecho procesal civil*, México, Antigua Librería Robledo, 1947.

Marroquín Zaleta Jaime Manuel. *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, México, Porrúa, 2009.

Monlau Pedro Felipe. *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Buenos Aires, El Ateneo, 1941.

Montesquieu (Carlos Luis de Secondat). *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 2007.

Moreso J.J., P.E. Navarro y M. C. Redondo. *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*. Alicante, Doxa núm. 11, 1992.

Navarro E. Pablo, *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho*, Alicante, Alicante, Doxa núm. 14, 1993.

Nettel Ana Laura. *La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial*. México, Isonomía núm. 5, octubre, 1996.

Nino Carlos S. *Respuesta a J.J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo*. Alicante, Doxa núm. 13, 1993.

Nozick Robert. *La naturaleza de la racionalidad*. Barcelona, Paidós, 1995.

Ovalle Favela José. *Derecho Procesal Civil*, México, Oxford, 8ª ed. 1999.

- *Garantías constitucionales del proceso*, México, McGraw-Hill, 1995.

Pallares Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 1979.

Peczenik Aleksander. *Derecho y razón*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003.

Perelman Ch, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. trad. Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988.

Perelman Ch. y L. Olbrechts-Tyteca. *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*. trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989.

Petit Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano*, trad. D. José Fernández González. México, Porrúa, 1990.

Popper Karl. *La lógica de la investigación científica*. México, Red editorial iberoamericana (REI), 1991.

Portela Mario Alberto. *Argumentación y Sentencia*, Alicante, Doxa núm. 21-II, 1998.

Prieto Castro Leonardo. *Exposición del Derecho procesal civil de España*, Zaragoza, Librería General, Tomo I.

Puy Muñoz Francisco. *La decisión*. Santiago de Compostela, Anuario de filosofía del derecho, 1984.

Radbruch Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wesceslao Roces, México, FCE, 1974.

Recasens Siches Luis. *Tratado de Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1983.

Redondo María Cristina. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, CEC, 1996.

Robles Gregorio. *La decisión en el derecho y la tónica jurídica*, Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica, Madrid, CEC, 1985.

Rocco Alfredo. *La sentencia civil*, Mariano Ovejero México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002.

Rodríguez Aguilera Cesáreo. *El lenguaje jurídico*, México, Colofón, sin año.

- *La sentencia*. Barcelona, Bosch, 1974.

Rodríguez Boente Sonia Esperanza. *La justificación de las decisiones judiciales*, España, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

Rodríguez Mourullo Gonzalo. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, 1988.

Rojas Caballero Alberto. *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2009.

Ruthers Bernd, *Teoría del derecho, concepto, validez y aplicación del derecho*, México, Ubijus, 2009.

Savigny Von Friedrich Karl, *Metodología jurídica*, trad. de J.J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1979.

Segura Ortega Manuel. *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.

Taruffo Michele. *La motivación de la sentencia civil*, trad. Lorenzo Córdova Vianello, México, TEPJF, 2006.

- *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2005, 2ª ed.

Toulmin Stephen E. *Los usos de la argumentación*, trad. María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona Península, 2007.

Toulmin Stephen. *Razones y causas*. En Chomski, N. Toulmin S. Watkins y otros. *La explicación en las ciencias de la conducta*, trad. Daniel Quezada Madrid, Alianza, 1974.

Viehweg Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964.

Vigo Rodolfo. *Razonamiento justificatorio judicial*, Alicante, Doxa núm. 21 vol. II, 1998.

Weston Anthony. *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 1999.

Wróblewski Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*, trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2003.

Zagrebelsky Gustavo. *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón. Madrid, Trotta, 9ª ed., 2009.

Legislación:

Constitución Política de la Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

IUS 2012, Jurisprudencia y Tesis Aisladas, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Poder Judicial de la Federación.