PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE TABASCO
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

"LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESTADO DE TABASCO A TRAVÉS DE PRINCIPIOS"

TRABAJO DE TESIS ELABORADO POR:

FRANCISCO ALONSO TRUJEQUE DE LA CRUZ

DEDICATORIA

A Dios: ***por permitirme existir.***

A mis abuelos y padres: ***por su ejemplo para vivir la vida, amor y respeto.***

A mi esposa: ***por su decidido apoyo moral y por compartir su vida conmigo.***

A mis hijos: ***por darme la felicidad inigualable de ser padre.***

A mis hermanos: ***por su incondicional apoyo moral.***

Al Dr. Lenin Méndez Paz: ***por su valioso asesoramiento en la construcción de esta investigación.***

A mi Universidad: ***por contribuir grandemente a mi formación académica.***

A quienes de una u otra manera me apoyaron en la culminación del presente trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO
INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

1. La interpretación jurídica en el Derecho Romano---------- 3
2. La interpretación jurídica en los siglos XII y XIII---------- 5
3. El método interpretativo de la ley en los siglos XIV y XV (corriente de Los comentadores) y en los siglos XVI y XVII. Surgimiento de la filosofía.---------- 6
4. El período de los holandeses---------- 7
5. ¿Qué es método?---------- 9
6. Concepto general de método---------- 9
7. Concepto de método jurídico---------- 9
8. Raíces del vocablo interpretación y su concepto desde el punto de vista doctrinario---------- 10
9. Elementos del proceso interpretativo---------- 13
    a. Elemento literal ---------- 13
    b. Elemento lógico---------- 14
    c. Elemento sistemático---------- 14
    d. Elemento teleológico---------- 15
    e. Elemento histórico---------- 15

    Elemento sociológico---------- ---------- 29

    argumento sedes materiae---------- 29

    argumento a rúbrica ---------- 30

    argumento sistemático en sentido estricto---------- 30

    argumento psicológico---------- 30

argumento de la no redundancia---------- 31
argumento pragmático---------- 31
argumento teleológico---------- 31
argumento histórico---------- 32
argumento por el absurdo---------- 32
argumento apagógico o de reducción al absurdo---------- 33

CAPÍTULO SEGUNDO
PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y CERTEZA. SUS DIFERENCIAS

1. Principio de seguridad jurídica---------- 34
2. Principio de legalidad---------- 38
3. Positivismo jurídico y silogismo judicial---------- 41
4. Fundamento constitucional y legal en materia penal de la Interpretación jurídica en México y los métodos de interpretación que utiliza la Suprema Corte de Justicia de la Nación---------- 51

CAPÍTULO TERCERO
CRÍTICAS A LA LÓGICA TRADICIONAL

1. Axiología o estimativa jurídica---------- 56
2. Principales críticas a la lógica tradicional y al positivismo jurídico---------- 59
3. Un caso resuelto fuera de la lógica tradicional ---------- 81
4. Otro caso más. *Derecho a la vida. Interpretación de la ley. Transplante de órganos*---------- 84

CAPÍTULO CUARTO

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL POR PRINCIPIOS

1. La forma en que los servidores públicos judiciales que tienen la tarea de resolver problemas jurídicos interpretan la ley penal en el Estado---------- 87
2. Algunos casos prácticos resueltos acorde a las prescripciones legales, pero que pudieron ser resueltos de una forma más justa conforme a principios---------- 89
3. La justicia como principal ideal de la ciencia jurídica---- 113
4. Necesidad de concientizar a los encargados de administrar justicia en el Estado, de la importancia que tiene interpretar la ley penal a través de principios-- 116
5. Necesaria la reforma al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al precepto 2 del Código de Procedimientos Penales en vigor del Estado de Tabasco---------- 126

Conclusiones---------- 128
BIBLIOGRAFÍA---------- 129
LEGISLACIÓN---------- 131
DECRETO---------- 131
DICCIONARIOS---------- 131
HEMEROGRAFÍA---------- 132
ANEXOS

INTRODUCCIÓN

Es indudable que los principios de libertad y justicia están en relación con la realidad social y, por ello, deben encaminar la interpretación y la aplicación que de la ley hacen los jueces, pues como se verá en la presente investigación, la tarea de éstos es completamente diversa de la de actuar como porta voces de la ley. Su función no es meramente mecánica.

Con este trabajo el suscrito pretende dar un panorama general de la evolución de la interpretación jurídica y su íntima relación con la teoría de la argumentación jurídica, que indudablemente juega un papel muy importante dentro de la función que tienen los encargados de administrar justicia.

En nuestro estado, a virtud del sistema jurídico imperante, quienes tienen dicha tarea, muchas ocasiones recurren a diferentes métodos interpretativos para aclarar el sentido de la ley penal, o simplemente tratan de buscar un método que podría llevarlos a solucionar el problema sometido a su jurisdicción; empero, algunas veces no es así, simplemente porque la legislación positiva es superada por la realidad social y no ofrece una solución justa del caso. Sin embargo, aún cuando se sabe lo injusto que es aplicar determinado precepto legal a un caso determinado, se hace, y la justificación de tal proceder, es porque el hecho respectivo encuadra en el supuesto legal, y además, para no incurrir en responsabilidad oficial, pasando por alto el verdadero ideal o fin de la ciencia del derecho: LA JUSTICIA.

En el desarrollo del presente trabajo de investigación, se consultó diversos autores que tratan de la materia de interpretación de la ley y de la teoría de argumentación para justificar resoluciones de índole judicial, además se emplearon algunos métodos del conocimiento científico como lo son: análisis, síntesis, inducción, deducción y el histórico; así como la técnica de encuesta y de investigación documental, para tratar de demostrar la aplicación mecánica de la función jurisdiccional de quienes se encargan de administrar justicia en el Estado debido a la interpretación gramatical a la que constantemente se recurre y, a su vez comprobar que tal forma de interpretación es ineficaz , porque no resuelven el problema de la mejor manera.

Lo más importante del presente trabajo radica en la propuesta de interpretar la norma jurídico-penal por medio de principios, cuando el caso concreto así lo amerite.

No pretendo establecer de tajo que se abandone el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, sino que éstos puedan sacrificarse por elemental justicia, cuando nos encontremos ante un caso difícil, para el cual la ley penal no ofrece ninguna solución o la que ofrezca, no sea justa. Además, que los dos principios citados no constituyen el valor supremo hacia el cual está encaminada la ciencia jurídica.

El tema en cuestión es muy complejo, pero dada su importancia en la labor diaria de quienes tienen tal función de administrar justicia en el Estado de Tabasco y, porque no soy el único que me he percatado de que aplicar mecánicamente la ley no resuelve todos los casos de la mejor manera, es la razón por la que he tomado la decisión de tratar de desarrollar esta investigación, plasmando casos reales que permiten conocer las opiniones de compañeros que tienen la misma función en torno a dicho tema, las cuales fueron de mucho apoyo para el desarrollo del mismo y que agradezco de antemano.

Interpretar la ley penal mediante principios, en casos difíciles, es una tarea muy delicada y que para ello es necesario reformar la Constitución Política del País y el Código Procesal Penal vigente en el Estado, además, de que debe capacitarse debidamente a quienes tenemos la tan delicada pero honrosa tarea de impartir justicia, pero creo que bien vale la pena para poder servir de la mejor manera a la sociedad.

CAPÍTULO PRIMERO

INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

"El derecho aparece como intento de realización de
una cierta idea de justicia de un cierto sistema de valores"
Sánchez Vázquez, Rafael *[*]

1. la interpretación jurídica en el Derecho Romano.

Sánchez Vázquez nos señala que Aristóteles el primero que distinguió dos tipos de razonamientos en sus escritos de lógica: *Los analíticos* son los que parten de premisas necesarias y concluyen, por medio de inferencias válidas, a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas; *y los dialécticos* que enseñan a razonar metódicamente sobre toda clase de objetos mediante proposiciones simplemente probables. De acuerdo con el autor en cita, los razonamientos dialécticos son: la tópica, la retórica y las refutaciones de los sofistas.[1]

El autor Rafael Sánchez Vázquez, en su obra "Metodología de la Ciencia del Derecho"[2], cita que el antecedente histórico de la interpretación jurídica, se encuentra en el Derecho Romano. Al respecto, pontífices y jurisconsultos interpretaban la ley de las XII tablas, que era conocida de todos y la cual reglamentaba el Derecho Público y Privado, por eso los romanos la consideraron con la fuente propia de su derecho. La ley, por excelencia, y todo lo que de ella deriva es calificado de *legitimun*. Sin embargo, sus disposiciones, muchas veces demasiado concisas, tenían necesidad de ser interpretadas: era útil perfeccionarlas y llenar sus lagunas. Era menester por otra parte, fijar las normas de los actos jurídicos y los detalles del procedimiento, del cual la ley de las doce tablas no había determinado más que líneas generales y casos de aplicación. Era el procedimiento de la *Legis actiones*, que según comenta el autor en cita, consistía en formalidades simbólicas y palabras solemnes. Estando todo minuciosamente regulado, la menor omisión llevaba consigo la pérdida del proceso. Esta elaboración lenta, pero contínua, llamada *interpretatio*, era desde

---

[*] Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho,* 5ª. edición, Porrúa, México 2001, p. 2.
[1] Poder Judicial de la Federación, *La Jurisprudencia en México, antecedentes del razonamiento jurídico judicial*, Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2002, p. 319
[2] Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.,* p. 301.

luego, la obra exclusiva del colegio de los pontífices. En efecto, aunque colocados, en apariencia, por sus funciones religiosas, fuera de la esfera del Derecho privado, los pontífices estaban obligados a tocar una multitud de materias jurídicas que tenían conexión con el *jus sacrum*: la adrogación, la devolución de los *sacra privata* en caso de sucesión, la *confarreatio*, la determinación de las *res religiosae* y otras. De ahí la necesidad para ellos de ser al mismo tiempo jurisconsultos y la influencia que fueron los primeros en ejercer sobre el desenvolvimiento del Derecho.

Por su parte, Tamayo y Salmorán, señala que los dos momentos que han tenido gran relevancia para la interpretación jurídica son: *la Interpretatio* y *los glosadores.* Son en ellos donde se encuentran prácticamente todos los antecedentes de la regla de la hermenéutica[3].

a). *Interpretatio*. En roma los pontífices de manera exclusiva realizaron la tarea de interpretar el derecho. Tarea que después fue asumida por los jurisconsultos. Hombres entendidos en derecho[4].

De lo anterior, se puede decir que los primeros jurisconsultos fueron sacerdotes y ello, no puede sorprender, pues según Guillermo Floris Margadant, el derecho primitivo nace siempre en íntima relación con la religión y la magia, y, aun en épocas posteriores, conserva algo de ambas cosas. Inclusive, cuando la cultura comienza a decaer y el Derecho a degenerar, renace a menudo esta conexión entre Derecho y Religión, como lo demuestra la edad media con sus juicios de Dios. Así vemos en la Roma arcaica que eran los sacerdotes quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de contratos y los ritos procesales. Así el colegio sacerdotal designaba cada año a uno de los miembros para que diera consultas jurídicas al público basándose en estas fórmulas monopolizadas por el sacerdocio y registradas en los *libripontificiales*[5].

Con la finalidad de satisfacer nuevas necesidades, los sacerdotes, mediante la *interpretatio,* cambiaron por mucho, el sentido original de las XII tablas. Así la *interpretatio prudentium,* se convirtió en una fuente del Derecho,

[3] Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, Harla UNAM, México, 1997. p. 357.
[4]Ibidem, p. 358.
[5] Floris Margadant, Guillermo, *Derecho Romano*, 7ª. edición, México, 1977, p. 53.

pues fue el método con el que se convirtió en derecho consuetudinario (sino scripto), en una de las formas del *ius scriptum*.

La *interpretatio* no se concretó sólo a la aplicación de las XII tablas. La actividad interpretativa de los jurisconsultos romanos se hizo patente también cuando aparecen los *leges* y los edictos pretorianos[6].

De lo dicho podemos afirmar que la tarea interpretativa de las leyes (XII tablas) correspondió respectivamente a los pontífices y jurisconsultos, pero tal labor interpretativa no podía alejarse mucho de la letra de la ley y cuando ésta no regulaba determinada situación, dicha laguna debía ser resuelta por la interpretación de los pontífices y jurisconsultos. Sin embargo, debido al formalismo en dicha tarea fue que los sacerdotes adaptaron el sentido de la ley de las XII tablas a los nuevos requerimientos del pueblo. De lo que puede advertirse que desde entonces existe la inquietud por adaptar las leyes a las exigencias de los individuos.

2. La interpretación jurídica en los siglos XII y XIII.

Rafael Sánchez Vázquez, advierte durante dichos siglos la hermenéutica estaba a cargo de *Los glosadores*, quienes se dedicaban al estudio del Derecho Justiniano (aunque también, en alguna medida al Derecho Canónico y Germánico). Este antecedente histórico acerca de la interpretación jurídica se ubica en los siglos XII y XIII, iniciándose este período en Bolonia bajo Irnerio (Werner) y se cerró con Acurcio[7].

Su método se distingue por realizar anotaciones de carácter aclaratorio (entre las líneas o al margen) para explicar el sentido del texto *glosae.* Para ellos, es decir, para los *glosadores* no hay más derecho que el *corpus iuris civile* según Tamayo y Salmorán[8]. A este respecto, apunta Juan BMS Vallet de Goytisolo[9], presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en un discurso de 13 de noviembre de 1995, que *los glosadores,* aun teniendo el *corpus iuris*

[6] Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.,* p. 359.
[7] Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.,* p. 302.
[8] Ibidem, p. 360.
[9] Vallet de Goytisolo, Juan BMS, "Panorámica general de la interpretación jurídica", *Revista Equiprudentia,* Poder Judicial del Estado de Chihuahua, número 1, 1996, p. 5.

civile, como *ius commune ratione imperii,* vivían en un mundo pluralista, políticamente escalonado y socialmente estructurado dentro de la unidad espiritual religiosa que guiaba la iglesia, por tanto, en su exégesis de aquel cuerpo de leyes romanas, no podían entender que aquel cuerpo fuera un sistema absolutamente cerrado, dado que partían de la subordinación del derecho humano divino. Por ello, tampoco se plantearon una separación entre la moral y el derecho.

Señala Tamayo y Salmorán que "aunque los glosadores conciben la idea de que solamente explican el sentido del texto, las glosas le permiten trazar antagonismos y paralelismos entre las diversas reglas, lo cual representa un grado de sistematización que se aleja de una mera interpretación literal"[10], es decir, se dejaba ver en ese entonces, la ofensiva contra ese tipo de interpretación, pues aún cuando realizaban su labor interpretativa en base al *Corpus Iuris Civile,* es decir, en base a la exégesis de dicho ordenamiento legal, no lo estimaban como algo absoluto, ya que admitían la relación entre moral y derecho, es decir, que los glosadores desde ese entonces permitían la interpretación de la ley en base a juicios de valor .

3. El método interpretativo de la ley en los siglos XIV y XV (corriente de los comentadores) y en los siglos XVI y XVII. Surgimiento de la filosofía.

Otro de los antecedentes de la interpretación lo tenemos en los siglos XIV y XV según Sánchez Vázquez[11], donde se desarrolla la *corriente o escuela de los comentaristas*, de la cual Bartolo y Baldo son unos de sus principales exponentes. Esta escuela, señala Sánchez Vázquez, siguiendo a Savigny, se distingue por emplear el método escolástico para comentar el Derecho Romano, o, las más de las veces, la interpretación que hicieron de él los glosadores.

Los comentaristas, en mayor grado que los glosadores tienden a separarse del análisis literal. En efecto, los comentaristas aspiran a la construcción de una teoría general[12]. Hernández Gil, señala que esta escuela no fue muy trascendental para la evolución del Derecho. Se limitó a estudiar cuestiones secundarias,

[10] Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.,* p. 360.
[11] Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit., p*. 303.
[12] Ibidem., p. 361 .

llevando a cabo divisiones y subdivisiones, sometiéndose a argumentos de autoridad sin un espíritu crítico. Sin embargo, son los Comentaristas quienes comienzan a separarse de la exégesis en la interpretación de la ley.

Es preciso establecer que existe posterior a la corriente de los comentaristas, el período histórico de la interpretación legal, el comprendido en los siglos XVI y XVII, denominado la época de los *humanistas franceses*. Esta corriente no pensaba en considerar a la jurisprudencia como un sistema[13].

4. El período de los holandeses.

Cabe señalar como último período de la interpretación jurídica, el comprendido en los siglos XVII y XVIII denominado *el periodo de los holandeses*. Este período advierte Tamayo y Salmorán se caracteriza porque en éste surgió la filosofía. El siglo XVIII fue la era del racionalismo; entonces se creía posible determinar un cuerpo de normas universalmente válidas e inmodificables aplicable a todos los países, a partir del conocimiento de la naturaleza del hombre. Un ejemplo típico de esta concepción es el Código de Napoleón[14]. Apunta Vallet de Goytisolo [15], Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1995, que en el siglo XVIII, se entendió que la ley dimana de la voluntad de César o de Demos y que constituye todo el derecho, reductible a códigos promulgados por los legisladores. De esos códigos debería extraerse la solución de todos los casos que se presentaran. Con ello se redujo al mínimo el significado de la interpretación y advierte el mencionado Vallet de Goytisolo, que desaparece el puente que clásicamente formaba la *interpretatio*, que desde la justicia natural llevaba a la solución justa, es decir, la interpretación pierde el hilo que la mantenía vinculada a la justicia natural y con el positivismo legalista según señalaban Hobbes y Locke, la ley se convirtió en el único punto de partida inicial de la interpretación, puesto que en ella se mantenía viva e imperativa la voluntad del legislador, a la cual el intérprete debía obedecer dócilmente. En esta época,

[13] Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.*, p. 304.
[14] Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1984, pp. 124-125.
[15] Vallet de Goytisolo, Juan BMS, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

señala Beccaria[16]citado por el Poder Judicial de la Federación, que surgió el movimiento codificador, donde el Código representó la viva expresión del racionalismo, lo que trajo como consecuencia que la interpretación y la aplicación del derecho se convirtieran en meras operaciones racionales; de esta forma la tópica y las técnicas argumentativas para persuadir, dejaron de ser los métodos de resolución de casos concretos y el juez se convirtió en un lógico. De esta forma, en los siglos XVII y XVIII predominó en la interpretación el dogma de la razón. Como ejemplo cabe citar la escuela de la exégesis en Francia y, fue hasta el siglo XIX, en que aparecieron los métodos de interpretación que, empleados a través de procedimientos lógicos, buscan conservar la figura técnica del juez, desarrollándose la dogmática jurídica, según señala Hernández Gil[17]. A esta nueva construcción de la ciencia jurídica surgida en Alemania, se le llamó *jurisprudencia de conceptos*, la cual se ajustó al modelo de la lógica formal a partir de construcciones científicas, lo que trajo como consecuencia que nuevamente se identificara al razonamiento jurídico con las matemáticas.

En este período existió un retroceso en el abandono de la lógica formal para la interpretación de las leyes, pues el sentido de las mismas, se redujo a la letra de los códigos promulgados por los legisladores.

No obstante lo anterior, afirma Vallet de Goytisolo que fue en el siglo XX, en que se empezaron a sentir las estrecheces del concepto restringido de la interpretación y se produjo desde ese entonces, una franca rebelión contra el positivismo legalista, tema que será nuestro objeto de estudio en el capítulo tercero de este trabajo.

Ahora bien, una vez precisados los antecedentes de la hermenéutica jurídica, para los fines de este trabajo conviene abordar el estudio de lo que es método e interpretación, los elementos del método y las escuelas o corrientes que se han avocado al estudio de la interpretación jurídica.

[16] Poder Judicial de la Federación, *op. cit., nota 1,* p. 320.
[17] Idem.

5. ¿Qué es método?

Delimitación etimológica, gramática y filosófica del vocablo método.

Sánchez Vázquez, citando a Sebastián Yarza, señala que etimológicamente la palabra método se forma de dos raíces griegas, a saber: *meta*, que es el medio o modo, o instrumento que sirve para hacer alguna cosa y *odos*, camino, ruta, manera de hacer algo [18].

El maestro Rafael Sánchez Vázquez, señala que el término método tiene las acepciones gramaticales siguientes: a). Modo de decir o hacer con orden una cosa, b). Modo de obrar o proceder; hábito o costumbre que cada uno tiene y observa.

En cuanto al sentido filosófico, apunta Sánchez Vázquez, en su obra "Metodología de la Ciencia del Derecho", que Ferrater Mora señala que: a) El método existe en función de su operatividad, ya que resulta ser, el medio más adecuado para alcanzar el saber. b) El concepto de método juega un papel trascendental en el área del conocimiento humano y c) En atención al aspecto teleológico, se tiene un método cuando se tiene un cierto camino para alcanzar un cierto fin, propuesto de antemano como tal.

6. Concepto General de método.

Método es la manera de alcanzar un objetivo de conocimiento de manera ordenada y coherente[19].

7. Concepto de método jurídico

Según Hans Kelsen el método del Derecho es normativo pero no por crear normas sino porque trata de captarlas o de comprenderlas dirigiéndose a la realidad, tiene además las características de ser puramente formal o conceptual.

[18] Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.*, p. 2.
[19] Ibidem, p. 5.

En donde se libere a la ciencia jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas, evitando con ello un sincretismo metódico[20].

Como puede advertirse Kelsen[21] rechaza la idea de unir a la ciencia del Derecho con otras disciplinas, como podría ser la moral. Fue un positivista legalista.

Sánchez Vázquez[22], considera que el método jurídico sirve para aclarar y precisar qué es lo que se quiere en cuanto al problema gnoseológico del derecho y estima que no debe sujetarse a un aspecto único como lo es el *derecho*, sino también debe sujetarse a otros elementos como son: el gramatical, filosófico, lógico, histórico, sociológico, económico y político, que más adelante analizaremos en este trabajo.

Los métodos de interpretación son sólo diversas técnicas para fijar un determinado sentido de la norma jurídica, con fines de individualización de la misma[23].

Para los efectos de este trabajo, no sólo basta con saber los que es método, sino que conviene precisar qué se entiende por interpretación y sobre todo por interpretación jurídica, pues no sólo es suficiente saber el camino a seguir para alcanzar un objetivo, sino también qué significa lo que queremos alcanzar, por eso pasaremos a abordar el análisis de la interpretación.

8. Raíces del vocablo *interpretación* y su concepto desde el punto de vista doctrinario.

Interpretación proviene del latín *interpretatio* (onis) y ésta, a su vez del verbo *interpretor* (aris, ari, atus, sum) que significa: ´servir de intermediario´, ´venir en ayuda de´; y en este último sentido, por extensión: ´explicar´. En un sentido

[20] Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.*, p.7.
[21] Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho,* Porrúa, novena edición, México, 1997.
[22] Ibidem, p. 8.
[23] Colegio de Secretarías del Poder Judicial de la Federación, "Breve Estudio Sobre la Interpretación Jurídica", revista "Colegio de Secretarías", número 1, del mes de octubre de 1997, México, p.18.

general interpretar significa ´explicar´, ésclarecer´, y por ende, ´descifrar´ (el sentido de alguna cosa).[24]

Gramaticalmente interpretación es la acción o efecto de interpretar, el cual proviene de la raíz latina *interpretare* que posee las siguientes acepciones: "explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad. Traducir de una lengua a otra, sobre todo cuando se hace oralmente. Explicar acertadamente o no, acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos"[25].

Apunta Kelsen, que la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. En el caso en que más se piensa cuando se habla de interpretación, es en el caso de la interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto.[26]

Por su parte, Larenz dice que "interpretar" es un hacer mediador por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático.[27]

Letizia Gianformaggio identifica al término interpretación como la búsqueda y/o el hallazgo, del Derecho de un texto.[28]

Afirma Guastini[29] que el vocablo interpretación puede denotar bien una actividad (actividad interpretativa), o bien el resultado o producto de esa actividad. Señala que en sentido estricto interpretar se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. En un sentido amplio se emplea para referirse

---

[24] Diccionario Jurídico Mexicano, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Porrúa, 7ª. edición, México 1994, p. 1793.
[25] Diccionario de la Lengua Española, "Real Academia Española", 2da. edición, Madrid, España, 1992, p. 94.
[26] Kelsen, Hans, "La interpretación", *Antología sobre argumentación e interpretación jurídica, Instituto de la Judicatura Federal, escuela judicial, vol. I*, México, 2002, p. 98.
[27] Larenz, Karl, "La interpretación de las leyes", *Antología sobre argumentación e interpretación jurídicas, Instituto de la Judicatura Federal, escuela judicial", Vol. II*, México, 2002 p. 87.
[28] Gianformaggio, Letizia, "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", *Antología Sobre Argumentación e Interpretación Jurídicas, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial*, Vol. II, México, 2002, p. 243.
[29] Guastini, Ricardo, *Interpretación jurídica y decisión judicia*l, en Vázquez Rodolfo (comp.), doctrina jurídica contemporánea, México, 1998, pp.19, 21 y 22.

a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias.

Tamayo y Salmorán[30] afirma que interpretar consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos (objeto significado). De ahí que interpretar consista en un acto de significación, esto es, un acto por el cual se asigna un significado específico a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras. El acto de significación es siempre expresado en un lenguaje.

Wróblewski señala que la interpretación se relaciona con el discurso jurídico-práctico, con la determinación del significado de los textos legales y a menudo influye en la calificación de los hechos a los que se aplican las reglas legales. En el discurso teórico-jurídico, en el nivel de la dogmática jurídica, la llamada *interpretación doctrinal*, se utiliza con frecuencia para sistematizar el derecho en vigor y para construir conceptos jurídicos.[31]

Para Atienza, la hermenéutica designa típicamente una actividad (parcialmente) creativa; tiene que ver con determinar el significado de lo que en algún aspecto relevante no es claro o es indeterminado. Dicho de manera aproximativa , se puede decir que la interpretación añade algo nuevo, previamente no reconocido, a aquello que se interpreta. [32]

Para Ramón Soriano, la interpretación jurídica en un sentido amplio, es la indagación del significado de la norma empleando criterios literarios y conceptuales.[33]

Enrique Quiroz Acosta, secretario ejecutivo de administración del Consejo de la Judicatura Federal, señala que la interpretación de un lenguaje es descubrir

---

[30] Tamayo y Salmorán, Rodolfo, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, en Vázquez, Rodolfo (comp.), doctrina jurídica contemporánea, México, 1998, p. 92.

[31] Wróblewski, Jerzy, "Constitución y teoría general de la interpretación jurídica", *Antología sobre la argumentación e interpretación jurídicas, Instituto de la Judicatura Federal, escuela judicial*, Vol. I, México, 2001, p. 135.

[32] Atienza, Manuel, "Los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos", Revista Isonomia, número 6, abril de 1997, p. 8.

[33] Soriano, Ramón, *Compendio de teoría general del derecho*, 2a. edición, Ariel, Barcelona, 1993, p. 245.

el significado que se le otorgó, asigne o incorpore a los elementos que componen el propio lenguaje.[34]

Tamayo y Salmorán abundando sobre el tema sostiene que interpretar es determinar o asignar el sentido a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras. Es a través de la interpretación por la cual se incorpora el sentido a los signos, objetos o acontecimientos, éstos carecen de un significado en sí, por lo tanto el sentido ni se busca ni se descentraría.[35]

Higareda Bernal, en un artículo que se publicó en la revista "Eaquitas" advierte que Castán Tobeñas señala que la interpretación jurídica es una actividad de indagación del verdadero sentido y, por ende, el contenido y alcance de las normas jurídicas, en relación con los casos que por ella hayan de ser reglados.[36]

Para el citado Higareda Bernal, la hermenéutica jurídica es una operación mental o intelectiva mediante la cual se encuentra el significado, sentido y alcance de una norma jurídica, de una ley o del derecho, con el objeto de aplicarlos a un caso determinado, teniendo siempre como fin último el del Derecho: la justicia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que la interpretación judicial, también conocida como interpretación usual, es aquella que llevan a cargo los órganos jurisdiccionales como actividad siempre necesaria y previa para la correcta aplicación del derecho.[37]

9. Elementos del proceso interpretativo.

a. Elemento literal.

También se le llama filosófico. Castán Tobeñas citado por el Pode Judicial de la Federación, señala que es la primera etapa del proceso interpretativo. Como la ley se expresa con palabras, el intérprete ha de empezar por obtener el significado verbal que resulte de ellas, según su natural conexión y las reglas

[34] Quiroz Acosta, Enrique, "La interpretación en el sistema jurídico mexicano", *Revista del instituto de la Judicatura Federal,* México, núm. 3, diciembre de 1998, p. 305.
[35] Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit., nota 2,* pp. 151 y 153.
[36] Higareda Bernal, Gilberto, "Visión general de la interpretación constitucional", *Revista Eaquitas,* México, núm. 20, abril de 1994, p. 81.
[37] Poder Judicial de la Federación, *op. cit., nota 1,* p. 339.

gramaticales. Díez Picazo señala que el elemento literal, es la letra o el tenor del texto en el cual se encuentra encerrada la norma jurídica. Aragonéses estima que según este medio de interpretación, el interprete ha de tratar de conocer el significado verbal de las palabras.

Este elemento exige que la interpretación de las normas se realice en atención al sentido propio de las palabras.[38]

b. Elemento lógico.

Castán Tobeñas, dice que hay que distinguir dos aspectos, el *lógico interno* y el *lógico externo*, ya que la interpretación lógica, se realiza con los elementos mismos de la fórmula legislativa (lógica interna) y con los elementos que radican fuera de ésta fórmula, pero que la circundan y forman el presupuesto de la misma (lógica externa). Pero el elemento lógico no debe desvincularse del sistemático, pues existen autores que han considerado que tales sistemas forman un solo sistema de interpretación.

En la obra editada por el Poder judicial de la Federación titulada "La Jurisprudencia en México", se cita a Linares Quintana quien señala : "...El elemento lógico ayudará al intérprete a desentrañar, por medio del razonamiento, el pensamiento real y psicológico del legislador al tiempo de dictar la ley..."[39]

c. Elemento sistemático.

Comenta Recaséns Siches que para Giraldo Ángel y Giraldo López, la interpretación sistemática parte de la premisa de que el Derecho constituye un sistema, de manera que la norma debe ser comprendida teniendo en cuenta su funcionalidad dentro del mismo. Toral Moreno, dice que la norma que ha de interpretarse trata de entenderse en relación con el *conjunto de ordenamiento*

[38] Poder Judicial de la Federación, *op. cit., nota 1,* p. 349.
[39] Idibem., p. 350.

jurídico[40]*.* Lo que Karl Larenz[41] denomina *criterio de conexión de significado de la ley.*

Este elemento es de mucha importancia en la práctica del Derecho, pues la función normativa de las normas tiene una textura abierta como lo señala Ramón Soriano[42], por lo que el intérprete y aplicador de la misma debe delimitarla, es decir, el argumento que debe utilizar será el *sedes materiae*, o sea, que su argumento será en función del lugar que ocupa la norma en el ordenamiento jurídico.

d. Elemento teleológico.

Según diversos autores como Charles Perelman y Ramón Soriano, este elemento de interpretación, debe tratarse desde dos posiciones doctrinarias, como *elemento teleológico subjetivo*, con el que se pretende determinar los fines que tomó en cuenta el legislador para crear la norma y, como *elemento teleológico objetivo,* con el cual se busca indagar los fines de la norma considerando a ésta como una entidad separada de su fuente directa.

Ramón Soriano, afirma que este criterio de interpretación lejos de un análisis literario y conceptual, intenta explicar el espacio normativo en razón del fin de la norma[43].

e. Elemento histórico.

El interpretar históricamente, implica recurrir a los antecedentes históricos y de la evolución jurídica que precedió a la formación de la ley. Castán Tobeñas, señala que las disposiciones legales, suelen ser reproducción, modificación o desarrollo de un derecho preexistente.

---

[40] Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1956, p. 152.
[41] Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, p. 356.
[42] Soriano, Ramón, *Compendio de teoría general del derecho*, 2ª. edición, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 245-328.
[43] Idem., p. 328.

Respecto a este elemento, en la obra editada por el Poder judicial de la Federación titulada “La Jurisprudencia en México”, se hace referencia a Savigny quien señala que dicho elemento cumple la función de conocer el estado del derecho existente sobre una determinada materia en la época en que la ley ha sido dada[44].

f. Elemento sociológico.

Castán Tobeñas refiere que el factor social debe ser considerado para indagar la función de la norma y que en caso de duda y en cuanto no sea incompatible con el texto y el sentido de la ley apreciado este último en relación con el espíritu que muestre el conjunto de la legislación vigente- se ha de dar a aquella la interpretación que mejor cuadre a las exigencias, tendencias y fines prácticos de cada momento. Dicho de otra manera, hoy en día no bastan, para realizar cumplidamente la función interpretativa, los elementos gramaticales y lógicos, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del elemento sociológico, integrado por aquellos factores ideológicos, morales, etc., que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico.[45]

g. Elemento económico.

Rafael Sánchez Vázquez nos dice que este elemento es un auxiliar de la interpretación jurídica, porque las relaciones jurídicas regulan relaciones sociales de producción. Es decir, se normativizan relaciones económicas, de propiedad, entre compradores y vendedores, trabajadores y patrones[46], etc.

---

[44] Poder Judicial de la Federación, *op. cit.,* p. 352.
[45] Castán Tobeñas, José, *Teoría de la aplicación, investigación del derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1947, pp 248 y 249.
[46] Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.,* p. 313.

h. Elemento político.

Gilberto Jiménez, citado por Sánchez Vázquez en su obra *Metodología de la ciencia del derecho,* considera que el elemento político es un elemento de la interpretación, porque los problemas constitucionales son problemas de poder, esto es, políticos. Y desde este punto de vista es claro que los factores políticos influyen en la interpretación de la ley constitucional y el intérprete no puede pasarlos por alto según criterio de Sánchez Vázquez. [47]

i. Elemento comparativo.

El maestro Rafael Sánchez Vázquez, cita en su obra "Metodología de la Ciencia del Derecho" al tratadista Fix Zamudio, quien considera que el elemento comparativo tiene por objeto establecer la sistematización de los estudios jurídicos comparativos a fin de que puedan utilizarse de manera funcional y, en este sentido posee similitud con otras perspectivas metodológicas, tales como la historia, la filosofía, la lógica jurídica, etcétera.[48]

10. Escuelas o corrientes de los métodos de interpretación jurídica.

Cabe señalar que existen diversas escuelas que tratan de explicar la interpretación del derecho, tal como lo refiere Gilberto Higareda Bernal, quien destaca las siguientes:

a). La de la ***exégesis***, cuyo principal exponente lo es A. Duranton, esta escuela considerada la voluntad del legislador como la pauta suprema de interpretación. Niño y Zertuche García identifican esta corriente como auténtica o legislativa, pues la interpretación la realiza el órgano encargado de elaborar las leyes[49];

b). La escuela ***histórica alemana*** de la cual el principal representante lo es Savigny, floreció en Alemania, estima que para interpretar y conocer el derecho,

[47] Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.,* p. 321.
[48] Ibidem, p. 322.
[49] Higareda Bernal, Gilberto, *op. cit.,* p. 91.

es necesario poseer un conjunto de principios que se manifiesten en sólidas bases que permitan argumentar jurídicamente; es el método de la jurisprudencia.[50]

c). La ***Jurisprudencia dogmática,*** representada principalmente por Von Ihering, la cual estima que el problema de la interpretación de la ley, se convierte en una parte del problema general de la determinación, formulación y aplicación del derecho en general[51];

d). La escuela denominada ***Jurisprudencia de conceptos***, cuyo representante más ilustre lo es Bernard Windscheid, para esta corriente el problema de la interpretación de la ley es parte de su metodología. El derecho legislado constituye la mayor parte del derecho positivo;

e). La de ***Jurisprudencia de intereses,*** cuyo principal exponente es Philipp Heck, que estima que el Juez para interpretar el derecho debe ponderar los intereses que han tenido lugar en la creación de la ley. Esta corriente tuvo lugar en Alemania tal como nos dice Recaséns Siches y dicho exponente subraya especialmente el análisis de los varios intereses en juego o en conflicto en los problemas jurídicos. Esta corriente rescata a la interpretación del conceptualismo, para demostrar su dimensión práctica y operativa;

f). La escuela ***Científica francesa***, representada sin duda alguna por Francois Geny, que estimaba que había que buscar conceptos ajenos a la oscuridad de la ley y;

g). La escuela del ***Derecho libre,*** de la cual los principales representantes son Hermann Kantorowitz y Eugen Ehrlich, que señalaba que los procedimientos de intepretación (o integración), son en gran medida ficticios, se basan en suposiciones inconsistentes, inspirándose en conseguir el resultado deseado, es lo que nos dice Tamayo y Salmorán.[52] se le conoce también como"movimiento del derecho libre". Libre jurisprudencia.[53] Cita Recaséns Siches que Stammler señala como antecedente de este movimiento, las sentencias del Magistrado francés Magnaud, famosas en el siglo XX, quien consideraba que la ley debía interpretarse humanamente y, de que el juzgador debía guiarse en sus juicios por

[50] Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit., nota 1*, pp. 368, 369.
[51] Ibidem, pp. 370 y 371.
[52] Ibidem, pp. 363 y 384.
[53] Ibidem, p.52.

la solidaridad humana; y aplicaba esos criterios a cada uno de los casos civiles o penales sometidos a su jurisdicción, para lo cual a veces se apartaba discrecionalmente de lo determinado por las leyes positivas, sin tratar de disimularlo; sin embargo –comenta dicho autor- que Magnaud o como era conocido también "el buen juez" no logró elaborar las razones por las cuales se apartaba a veces de lo ordenado por la ley.

Se han postulado combinaciones de métodos, como: *Lógica-histórica*, busca el sentido pretendido por el legislador; *Lógico-sistemática*, se entiende la ley como un todo; *Integración*, se busca la respuesta en el mismo ordenamiento; *Heterointegración*, se busca la respuesta fuera de su contenido; *Autointegración*, la misma norma señala la forma de interpretar, utiliza la analogía y los principios generales del derecho.

Ahora bien, no sólo basta descubrir el sentido de la norma, sino que su aplicación a un caso concreto debe justificarse debidamente, es decir, deben señalarse las razones o motivaciones que conllevan a una toma de decisión y, ello sólo es posible a través de la argumentación jurídica, pero resulta necesario saber cuando menos someramente los antecedentes de la misma.

11. Antecedentes de la argumentación jurídica.

Comenta Manuel Atienza[54] que es precisamente la conciencia de la insuficiencia de la Lógica, lo que dio origen a partir de los años cincuenta, a lo que solemos entender hoy en día como "teorías de la argumentación jurídica", estimándose como precursores de las actuales teorías de la argumentación jurídica a Viehweg, Chaim Perelman y Toulmin, mientras que las obras de MacCormick y Robert Alexy representan –en consideración de dicho autor- lo que puede denominarse "la teoría estándar".

[54] Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 235.

12. Concepto de argumento y teoría de la argumentación jurídica desde el punto de vista de diversas posiciones doctrinarias.

La teoría de la argumentación jurídica es un tema que ha venido adquiriendo gran importancia para los estudiosos de la filosofía del Derecho, pues constituye una corriente de ésta, que inició después de la Segunda Guerra Mundial.

"Argumento" según Manuel Atienza, desde el punto de vista lógico, es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de una de ellas (las premisas) se sigue (n) otra(s) (la conclusión).[55]

Por su parte, Letizia Gianformaggio, señala que "argumento", es un período compuesto por varias proposiciones ligadas por vínculos de subordinación, y también eventualmente coordinación, y tales que una de ellas se suponga inferida de las otras, que se aducen garantía de su aceptabilidad.[56]

Ahora bien, en virtud de lo antes dicho, podemos establecer que la práctica del derecho consiste en argumentar, pero argumentar jurídicamente; así podemos decir que un juez al resolver un caso concreto debe tomar una decisión "jurídica", aun cuando existan varias posibilidades, porque como dice Aulis Aarnio, el Juez tiene la obligación de dar una sola respuesta a cada caso[57], pero para ello debe interpretar los textos jurídicos, no de una manera azarosa o basándose en la irracionalidad, sino todo lo contrario, debe basarse en el Derecho. Así, en el sistema del estado de derecho la certeza jurídica se realiza por medio de la división de poderes, la igualdad formal entre los ciudadanos, la separación entre el derecho y la moral y el modelo formalista del razonamiento jurídico (silogismo).

En este contexto tenemos que la teoría(o las teorías) de la argumentación jurídica tiene (n) como objeto la reflexión, obviamente, las argumentaciones que se producen en textos jurídicos.[58]

---

[55] Atienza, Manuel, "Argumentación jurídica", *Antología sobre argumentación e interpretación jurídica, metodología del trabajo judicial. Instituto de la Judicatura Federal. escuela judicial*", Vol. I, México, 2002, p. 106.
[56] Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *La Novelle Rhétorique. Traité de I'Argumentation*. pp. 25 1-258.
[57] Aulis Aarnio, "La Tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Antología sobre Argumentación e Interpretación jurídica, Metodología del Trabajo Judicial. Instituto de la Judicatura Federal. Escuela Judicial*, Vol. I, México, 2002, p. 229.
[58] Ibidem, p. 112.

Cabe mencionar que para Manuel Atienza existen tres campos jurídicos en los que se realizan argumentaciones, a saber: a) el de la producción y establecimiento de normas jurídicas, b) El de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, ya sea por órganos administrativos o por simples particulares y, c) el de la dogmática jurídica.

Ahora bien, para poder argumentar con respecto a un texto (jurídico, literario, etc.), debe primeramente interpretarse el mismo; pero el intérprete debe valerse para ello de los diversos métodos de interpretación que existen.

Se ha dicho que un "argumento" es un encadenamiento de proposiciones, de las que de unas se siguen otras. En una inferencia válida deductivamente puede establecerse que si las premisas son verdaderas, también necesariamente verdadera es la conclusión. Este tipo de argumento deductivista es también aplicable a los contextos jurídicos; así tenemos que el juez como aplicador del derecho decide un caso concreto en una operación lógica a partir de una premisa mayor (la norma a aplicar) y de una premisa menor (los hechos considerados probados) se llega a la conclusión (sentencia). Esquematizando lo dicho se obtiene que: siempre que se den las circunstancias X, debe ser la consecuencia jurídica Y, en el caso C, se da la circunstancia X, por lo tanto, en el caso C debe ser la consecuencia jurídica Y.

Sin embargo, la lógica deductiva, no es el único mecanismo del cual se puede hacer uso para el control racional de las decisiones jurídicas, según señala Manuel Atienza. Así Viehweg presenta la *tópica* como un estilo de argumentación alternativa al método deductivo, entendiéndose por *tópica* siguiendo a Otte, tres cosas diferentes: (1) una técnica de búsqueda de premisas, (2) una teoría sobre la naturaleza de las premisas y, (3) una teoría del uso de estas premisas en la fundamentación jurídica[59]. Perelman por su parte, configura los argumentos retóricos como argumentos completamente diferentes- es decir, como reglas de inferencias propias – a los analíticos o deductivos. Y Toulmín construye una "lógica operativa" que se opuso a la lógica Aristotélica. Sin embargo, Manuel Atienza, señala que ninguno de los citados autores ha logrado establecer una

[59] Robert Alexy, "Teoría de la argumentación jurídica", *Antología sobre argumentación e interpretación jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Vol. I, México, 2002, p. 51

verdadera teoría de la argumentación jurídica. Pero quienes si lo han logrado en décadas posteriores, son otros autores, de entre los cuales destacan Wróblewski en 1974, Alexy y MacCormick, en 1978, Peczenick en 1984 y Aarnio en 1987.[60]

Alexy y MacCormick, sostienen que en los casos simples, la tarea del juez consiste en realizar una inferencia deductiva lo que Wróblewski, llamó *justificación interna*, que se refiere a la validez de una inferencia en base a premisas dadas (lógica deductiva). Es decir, la toma de decisión judicial para resolver los casos, es deductivista, lo que Aulis Aarnio llama *silogismo aristotélico* (modus ponens)[61]. La primera premisa consiste en la base normativa de la decisión (premisa normativa), la segunda describe el hecho del caso (premisa fáctica). La forma lógica de la inferencia garantiza que la conclusión (decisión normativa) se siga de las premisas. Así tenemos que toda decisión jurídica puede *ex post* ser escrita en la forma de un silogismo. Sin embargo, las decisiones jurídicas para casos difíciles, no pueden ser tomadas mediante la lógica deductiva, sino que requiere algo más allá de la lógica en sentido estricto, advierte Alexy, de lo cual se ocupa la *justificación externa*. Dworkin señala que entratándose de casos difíciles, el operador del derecho no se debe conformar con recurrir sólo a las normas positivadas, pues en muchos casos no resuelven el problema, sino a directrices y principios, es decir, a estándares que no funcionan como normas, sino que tienen que ver con la moralidad, pues aún cuando tales estándares o principios no tienen fuerza jurídica como las normas o reglas, si dan al juzgador razones morales para decidir los casos difíciles, incluso trágicos como señala Atienza, de una u otra manera.

En la decisión de un caso difícil se debe tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica puede aceptar esa solución y esa justificación.[62]

De lo anterior, se obtiene que en la dogmática interna el criterio es la aceptabilidad por el consenso; la tesis interpretativa válida es aquella que alcanza el consenso de la comunidad jurídica. Esta aceptabilidad no es sólo fáctica, sino

[60] Atienza, Manuel, *op. cit., nota 3,* p. 107.
[61] Aulis, Aarnio, *op. cit.,* p. 233.
[62] Ibidem, p. 240.

racional, lo que quiere decir que a aquélla se llega a través de un discurso racional. La aceptabilidad racional es además fuente de legitimidad social.[63]

Ahora bien, tomando en cuenta a A. Aarnio, la tesis argumentativa más adecuada es aquélla que se basa en razones que convencen a la sociedad, que es aceptada por ésta, siendo esta aceptabilidad social la condición de su legitimidad. Por lo que la corrección de las decisiones jurídicas depende de la satisfacción de dos criterios de racionalidad: la racionalidad – L, que sigue las reglas lógicas de inferencia deductiva y la racionalidad – D, que sigue las reglas del discurso argumentativo.[64]

Larenz, señala Robert Alexy, habla del reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador.[65] De lo que se advierte la influencia de la moral en la aplicación de la ley.

MacCormick y Alexy consideran de gran relevancia a la lógica formal y se han esforzado por explicar cual es el papel que juega en la argumentación jurídica y como ya se dijo, están de acuerdo en que la tarea argumentativa del juez se reduce a efectuar una inferencia argumentativa; pero para los casos más difíciles, es necesario recurrir a la justificación externa de determinada decisión jurídica, basándose tal justificación en una racionalidad práctica, que consta tanto de principios lógicos (como por ejemplo, el principio de la no contradicción), como de otros criterios adicionales. En el caso de MacCormick dichos criterios, pueden sintetizarse en los principios de universalidad, de coherencia y de aceptabilidad de las consecuencias. En el caso de Alexy, la argumentación jurídica se entiende como caso especial del discurso práctico racional. Eso quiere decir que en la argumentación jurídica deben respetarse las reglas del discurso práctico general (por ejemplo, la regla que prohíbe la contradicción, la que exige la sinceridad o la que establece que el discurso debe estar abierto a todos y en condiciones de igualdad, sin que exista coerción interna o externa al discurso), pero también otras reglas peculiares del discurso jurídico (por ejemplo, la obligación de utilizar argumentos dogmáticos si ello es posible, de respetar los precedentes, o de dar

[63] Soriano, Ramón, *op. cit.*,p 299.
[64] Idem.
[65] Robert Alexy. *op. cit.,* p. 41.

cierta prioridad a la interpretación semántica sobre la teleología, la histórica, etc,).[66]

Por su parte, Chaim Perelman citado por Manuel Atienza, considera al razonamiento jurídico como paradigma de razonamiento práctico.[67] Parte de la distinción básica de origen aristotélico entre razonamientos analíticos o lógico-formales, por un lado, y razonamientos dialécticos o retóricos, por el otro, y sitúa su teoría de la argumentación en este segundo apartado. Su objetivo fundamental es el de ampliar el campo de la razón más allá de los confines de la ciencia deductiva y de las ciencias inductivas o empíricas, para poder dar cuenta también de los razonamientos que se producen en las ciencias humanas, en el Derecho y en la Filosofía. Lo que a él le interesa concretamente, es la estructura, la lógica de la argumentación, y no, por ejemplo, los aspectos psicológicos de la misma.

Como se ha visto un razonamiento lógico-deductivo, o demostrativo, implica que el paso de las premisas a la conclusión, es necesario: si las premisas son verdaderas, entonces también lo será, necesariamente, la conclusión. Sin embargo, según señala Perelman, en su obra que realizó en colaboración con Olbrechts-Tyteca titulada “La nouvelle rhétorique, Traité de l´argumentation”, los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión, por eso, en la argumentación es fundamental la referencia a un *auditorio* al que se trata de *persuadir.*

Perelman[68] contempla la argumentación, como un discurso; como un proceso en que todos sus elementos interaccionan constantemente y esto, es lo que la distingue también de la concepción deductiva y unitaria del razonamiento de Descártes y de la tradición racionalista. En su obra citada, Perelman y Olbrechts-Tyteca, dividen el estudio de la argumentación en tres partes: los presupuestos o límites de la argumentación; los puntos o tesis de partida; y las técnicas argumentativas, o sea, los argumentos en sentido estricto.

[66] Kelsen, Hans, *op. cit.,* pp. 108 y 109.
[67] Atienza, Manuel, *op. cit. nota 2,* p. 67.
[68] Ibidem, p. 68.

Advierte Atienza[69] que Perelman, al estudio de las técnicas y razonamientos propios de los juristas, lo llama *lógica jurídica*, la cual no la considera una rama aplicada al Derecho, porque los razonamientos jurídicos no pueden reducirse en absoluto a razonamientos lógico-formales, sino una rama de la retórica, pues la argumentación jurídica es el paradigma de la argumentación retórica. El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, la lógica jurídica (la judicial), no se presenta como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del Derecho y de su funcionamiento dentro de la sociedad. Perelman entiende que el paso de las premisas a la conclusión, se produce de una forma distinta en la argumentación. Mientras que en el silogismo el paso de las premisas a la conclusión es necesario, ello no puede suceder cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión, dicho paso no puede ser de ninguna manera necesario, pues de ser así, no estaríamos ante una decisión.

En su obra citada, Perelman propone una concepción tópica del razonamiento jurídico. Un argumento jurídico debe convencer no a un auditorio particular, porque sería entonces, un argumento débil, que no puede concebirse en una decisión judicial, sino dicho argumento jurídico debe convencer al auditorio universal, que Aarnio llama "la humanidad ilustrada" para que pueda ser considerado un argumento fuerte, pero ello depende también de diversos factores, como la intensidad de aceptación del argumento por un auditorio, la relevancia del argumento para los propósitos del orador y del auditorio, la posibilidad de ser refutado por el auditorio.

La argumentación la considera Manuel Atienza[70], como un acto de lenguaje complejo que solo cabe realizar (en sentido propio) en situaciones determinadas; concretamente en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo), cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema ha de resolverse con medios lingüísticos (por tanto, sin recurrir a la coacción física).

[69] Atienza, Manuel, *op. cit., nota 2*, pp. 82 y 83.
[70] Atienza, Manuel, *op. cit., nota 3*, p. 108.

El autor en cita, trata de construir un modelo de argumentación jurídica que permita reconstruir racionalmente el proceso de argumentación en un caso díficil, partiendo de que la argumentación jurídica tiene lugar en aquéllos contextos en los que se trata de resolver un problema jurídico y señala, que el primer paso es identificar el problema, el segundo paso es determinar si el problema surge por una insuficiencia o exceso de información, posteriormente hay que construir hipótesis de solución para el problema, luego hay que justificar dicha hipótesis y por último, dar una justificación interna (deducción).[71]

Para el suscrito argumentar jurídicamente es proporcionar las razones que permitan justificar una determinada decisión que a su vez, debe apoyarse no sólo en el derecho positivo, sino en los casos difíciles, hasta en el derecho natural que resulta de rango superior a aquel.

13. Métodos de argumentación.

Para justificar el sentido de una resolución judicial, es evidente que tenemos que recurrir a argumentos, pero éstos deben llevar cierta ordenación o coherencia y para ello, es necesario apoyarse en métodos que permitan realizar de la mejor manera dicha tarea. A continuación se analizarán los métodos de argumentación más conocidos que hay y su acepción, según la doctrina:

a. Argumento por analogía

Para los juristas este argumento justifica trasladar la solución legalmente prevista para un caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que es semejante al primero[72], es lo que nos dice Manuel Atienza, porque comparte con éste ciertas características esenciales o la misma razón.

Tamayo y Salmorán[73] advierte que la expresión “analogía jurídica” indican la operación realizada por el intérprete para aplicar a un caso no previsto por el

[71] Atienza, Manuel, *op. cit., nota 3, p*. 109 y 110.
[72] Atienza, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*”, Madrid, 1986, p. 29.
[73] Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit., nota 1,* pp. 352, 353.

orden jurídico las disposiciones jurídicas (legislativas o consuetudinarias) destinadas a regir casos similares. Es un procedimiento de integración del derecho.

Por lo tanto, podemos decir que se recurre al argumento por analogía, para justificar una decisión jurídica, cuando existe laguna en el ordenamiento jurídico.

b. Argumento a Fortiori.

Tarello G. expresa que es un procedimiento discursivo por el que "cada norma jurídica que predica una obligación u otra calificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga otra norma que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentran en situación tal que merecen, con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada establece para el primer sujeto o clase de sujetos.[74]

Kalinowski G., nos ilustra con las siguientes características:

1. Exige como condición previa para su utilización, el silencio del legislador para la hipótesis dudosa.
2. Más que un argumento interpretativo en sentido estricto, es un método de integración para llenar lagunas legales.[75]
3. Se basa en la "mayor razón" y en la presunta voluntad del legislador.
4. La "mayor razón", es el núcleo del argumento *a fortiori*.

Sigue diciendo Tarello G. que en este tipo de argumento se presupone en primer término, un precepto formulado por el legislador en el que se establece una consecuencia jurídica para un determinado supuesto de hechos y, en segundo lugar, existe otro supuesto de hecho diferente, que no previó el legislador pero que

[74] G. Tarello, *Línterpretazione della lege*, en –fernández Abad, Luis Javier y Estremera Cebrian, Raúl (comps), "Interpretación y argumentación jurídica. Varios autores. Trabajos del seminario de metodología jurídica", Vol. I, Prensas universitarias, España, 1995, p. 96, texto en copias.

[75] G. Kalinowski,"*Interpretation juridique et logique de propositions normatives*, en logique et analyse, p. 135, texto en copias.

tiene cercanía con el primer supuesto, al cual debe aplicarse la misma consecuencia jurídica con mayor motivo.

c. Argumento a contrario.

Siempre que cabe el argumento *a simili* sobre el que descansa el razonamiento analógico, cabe también el argumento *a contrario*. Ante una laguna legal se puede optar, o bien por el argumento *a simili,* cuando existe un pequeño defecto o descuido en el sistema jurídico (si el legislador hubiese regulado el supuesto en cuestión, lo hubiere hecho de manera similar a la regulación prevista para otro u otros supuestos semejantes) o bien por el argumento *a contrario*, (si el legislador ha regulado supuestos semejantes en un determinado sentido y en este caso concreto se ha abstenido de hacerlo, es porque lo ha querido así).

Atienza Rodríguez nos dice, respecto a este tema, que la ciencia jurídica suele sostener el punto de vista de que el argumento *analógico* y el argumento *a contrario* están vínculados entre sí, en el sentido de que en los supuestos en que se razona por analogía aparece la posibilidad del argumento *a contrario* y viceversa. La función que cumple es la de hacer frente a la existencia de lagunas. [76]

Tarello citado por Ezquiaga Ganuzas, considera que el argumento *a contrario,* es un argumento por el que, dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto, se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que, comprenda a sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo.[77]

Rasgos característicos:

1. Es considerado un instrumento de la interpretación literal.
2. Sirve para motivar interpretaciones restrictivas, entendidas como aquéllas que limitan los significados posibles de un texto, de tal modo,

[76] Atienza , Manuel, *op. cit.* p. 91.
[77] Ezquiaga Ganuzas, J.,*La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñate, IVAP, 1987, p. 165.

que no todos los sugeridos por la redacción o por otros datos extratextuales son adoptados.

3. Este argumento se basa en la voluntad del legislador racional

d. Argumentos sistemáticos.

La interpretación sistemática es aquella que intenta dotar a un enunciado de comprensión dudosa de un significado sugerido, o no impedido, por el sistema jurídico del que forma parte. Por esta razón el concepto de argumento sistemático reenvía automáticamente al concepto de sistema. Entre los argumentos sistemáticos podemos señalar:

***Argumento a cohaerentia**:* para Javier Ezquiaga es aquel por el que dos enunciados legales no pueden expresar dos normas incompatibles entre ellas.[78]

Este argumento sirve tanto para rechazar los significados de un enunciado que lo hagan incompatible con otras normas del sistema, como para atribuir directamente un significado a un enunciado, ya que el argumento justifica no sólo la atribución de significados no incompatibles y el rechazo de significados que impliquen incompatibilidad, sino la atribución de aquel significado que haga al enunciado lo más coherente posible con el resto del ordenamiento.

Argumento sedes materiae.

Según Francisco Javier Ezquiaga, el argumento *sedes materiae* es aquel que por la atribución de significado aún enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización topográfica de una disposición proporciona información sobre su contenido

[78] Ezquiaga Ganuzas, J., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, en Vázquez, Rodolfo (comp.), doctrina jurídica contemporánea, México, 1998, p. 179.

***Argumento a rúbrica*.**

Francisco Javier Ezquiaga, menciona a L. Bonaretti, quien considera que este argumento consiste en atribuir a un enunciado un significado sugerido por el título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que aquel se encuentra. Su justificación es exactamente la misma que la del argumento sedes materiae: de la misma forma que se presume como un atributo del legislador racional que dispone lógicamente las materias tratadas, se presume asimismo que traduce correctamente sus intenciones en los títulos de las leyes y de las divisiones que realiza en su actividad legislativa.[79]

Argumento sistemático en sentido estricto.

Es aquel que para la atribución de significado a una disposición, tiene en cuenta el contenido de otras normas, su contexto.

El fundamento de esta apelación y lo que justifica su empleo es, al igual que en el resto de los argumentos sistemáticos, la idea de que las normas forman un sistema que obtiene su coherencia del diseño racional realizado por el legislador y de los principios que, como consecuencia de ser un producto racional, lo gobiernan según Sánchez Vázquez.[80]

Argumento psicológico.

Francisco Javier Ezquiaga[81], citado por Rodolfo Vázquez, señala que el argumento psicológico es aquel por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, del concreto legislador que históricamente la redactó (trabajos preparatorios).

[79] Ezquiaga Ganuzas, J., *op. cit. nota 2*, p. 180.
[80] Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 182.
[81] Ibidem, p. 181.

Argumento de la no redundancia.

Chaim, Perelman, citado por Sánchez Vázquez, en su obra "La Lógica jurídica y la nueva retórica", señala que partiendo del principio de la no redundancia en el ordenamiento jurídico, según el cual cada disposición legal debe tener una incidencia autónoma, un particular significado, y no constituir una mera repetición de otras disposiciones legales, el argumento de *la no redundancia* justifica que, entre dos (o más) significados posibles de un enunciado, sea rechazado aquel (o aquellos) que supongan una mera repetición de lo establecido por otra disposición del ordenamiento.[82]

Argumento pragmático.

Es un argumento consecuencialista[83] es lo que nos dice Rodolfo Sánchez Vázquez al establecer que consiste en justificar un significado a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan, o la inconveniencia de otro significado posible de un enunciado por las consecuencias desfavorables que de él se derivan.

El argumento pragmático justifica que cuando hay dos (o más) significados posibles de un mismo enunciado, de los cuales uno le da alguna efectividad mientras que el otro (o los demás) lo convierten en inútil, optar por el primero.

Argumento teleológico.

Sánchez Vázquez, en su obra *Metodología de la ciencia del derecho,* afirma que este argumento consiste en justificar la atribución de un significado apelando a la finalidad del precepto, por entender que la norma es un medio para un fin. El fundamento del argumento es, por tanto, la idea de que el legislador racional está

[82] Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p . 183.
[83] Idem.

provisto de unos fines de los que la norma es un medio, por lo que ésta deberá ser interpretada teniendo en cuenta esos fines.[84]

Argumento histórico.

Además señala Sánchez Vázquez, que el argumento histórico sirve para justificar atribuir a un enunciado un significado que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el enunciado actual regula.[85]

Podemos decir que el argumento histórico busca la adaptación de la norma positiva a las necesidades que imperan en una sociedad, teniendo en cuenta la evolución histórica de la misma.

Argumento por el absurdo.

Es aquél que justifica rechazar un significado de un enunciado por las consecuencias absurdas a las que conduce; es lo que refiere G. Tarello, según cita Rodolfo Vázquez.[86]

Para Francisco Javier Ezquiaga[87], el problema fundamental del argumento es establecer el parámetro que permita concluir en lo absurdo de las consecuencias a las que conduce el significado que es rechazado y es aquí donde el postulado del legislador racional despliega toda su capacidad justificativa. El razonamiento *ad absurdum* no puede considerarse un argumento autónomo, sino un esquema *ad excludendum* del que se vale el postulado para rechazar, mientras utiliza otro argumento interpretativo, toda atribución de significado que implica poner en cuestión la imagen de racionalidad del legislador; cualquier interpretación que conduzca a resquebrajar alguno de los atributos que se predican del legislador racional será considerada absurda y rechazada.

---

[84] Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 183.
[85] Ibidem., p. 184.
[86] Ibidem, p. 185.

[87] Idem.

Argumento apagógico o de reducción al absurdo.

Este argumento intenta demostrar la verdad de una tesis determinada dando un rondeo; probando que la contradictoria de la tesis es opuesta a otra tesis considerada verdadera.

Es cierto que todos los elementos del proceso interpretativo y los diversos tipos de métodos argumentativos para justificar una resolución jurídica, son de relativa importancia, pero el suscrito considera difícil o muy arriesgado señalar sólo a uno de tales métodos como el más idóneo para ser aplicado a los problemas jurídicos en aras de llegar a la solución más justa; pues los mismos estudiosos de la materia advierten que no existe un sólo método considerado como el más adecuado en la aplicación jurisdiccional, incluso la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la imposibilidad o complejo de encontrar un método argumentativo idóneo, ha postulado combinaciones de métodos, pero no se ha dado cabal solución al problema planteado; sin embargo, el sustentante estima que todos los métodos de argumentación analizados en párrafos precedentes pueden ser aplicados para la solución de los problemas jurídicos, según sea el caso.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA y CERTEZA. SUS DIFERENCIAS

1. Principio de seguridad jurídica

Uno de los principales problemas al analizar los principios generales del derecho consiste precisamente en establecer en qué consiste la certeza jurídica y en qué la seguridad jurídica, pues la gran mayoría de los tratadistas conciben bajo la misma idea tales términos, lo que resulta incorrecto, ya que aún cuando ambos vocablos tienen su base en los preceptos legales, tienen un rasgo que los distingue.

El principio de seguridad jurídica lo tenemos implementado en nuestro sistema jurídico en el precepto 14, de la Constitución Política del País, en su párrafo segundo, que textualmente dice:

> "...*Nadie podrá ser privado de la vida, 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...*"[88]

En cuanto a la *certeza jurídica* Terán Mata, citado por Azúa Reyes, en su obra "Los principios Generales del Derecho", señala que se trata de: "una garantía de estabilidad que exige la existencia de reglas eficaces, implica una dirección objetiva de la vida social que excluya criterios subjetivos y arbitrariedades, pues la incertidumbre pugna con la exigencia del orden".[89]

Por su parte, Azúa Reyes dice que *certeza jurídica* consiste en un estado subjetivo del gobernado, que conoce sus posibilidades de actuar, sus limitaciones en la conducta y las consecuencias que el derecho establece, tanto en el caso de actuar dentro de ese ámbito, como en el de traspasarlo.[90]

---

[88] Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,* Porrúa. S.A. de C.V., décimo octava edición, México, 2004, p. 237.
[89] Azúa Reyes, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, Porrúa, S.A., México, 1986, p. 152.
[90] Ibidem, p. 153.

El autor en cita para diferenciar la certeza jurídica de la seguridad jurídica, señala que en éste último además del conocimiento de la norma, se requiere de la eficacia. Así un individuo se halla en estado de certeza cuando sabe el contenido de la ley, sabe lo que le es permitido y lo que no, y se halla en estado de seguridad no sólo cuando conoce los preceptos legales, sino cuando puede afirmar que el Estado lo respalda, con la fuerza pública si fuere necesario, y que sus derechos se transformarán en realidades.[91]

De lo anterior, podemos decir que el conocimiento de las disposiciones jurídicas que rigen en una sociedad determinada, se traduce en la certeza de la que venimos hablando, en tanto que la eficacia en la aplicación de tales disposiciones, refleja la seguridad jurídica.

En relación a la seguridad jurídica Franz Scholz, citado por García Máynez, señala que dicho término parece haber nacido a mediados del siglo XIX, pero su origen no puede precisarse con rigor. Se desenvolvió con la noción de estado de derecho. Desde hace varias décadas dicho término se aplica como algo firme, no sólo en el ámbito de la jurisprudencia y la literatura jurídica, sino en el uso lingüístico de la vida diaria.[92]

Por su parte, Enrique Díaz-Aranda[93] identifica la certeza jurídica o seguridad jurídica como "mandato de concreción" o "garantía de taxatividad" y agrega que la certeza presupone el conocimiento seguro y claro de algo, lo que aplicado al derecho penal significa el conocimiento seguro y claro de las normas penales. Por tanto, el legislador está obligado a crear normas jurídicas entendibles para sus destinatarios con el fin de que puedan "evitar" su comisión y para concebirlo debe describir claramente las características de la conducta prohibida, el bien jurídico protegido y la sanción a imponer.

Citando al sociólogo Teodor Geiger, García Máynez en su obra "Filosofía del Derecho", señala que las dos dimensiones de la *seguridad jurídica,* son: la seguridad de orientación o certeza del orden, se da cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen un conocimiento adecuado de los contenidos

---

[91] Azúa Reyes, Sergio T, *op. cit.*, p. 154.
[92] García Máynez, Eduardo. *Filosofía del derecho*, 8ª. edición, Porrúa, México, 1996, p. 477.
[93] Díaz-Aranda, Enrique, *Derecho penal, parte general, conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social,* Porrúa, México 2003, p. 51.

de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas y, no hay seguridad cuando nadie sabe a qué atenerse y seguridad de realización o confianza en el orden, respecto de la cual señala que una cosa es conocer los derechos y obligaciones otorgados o impuestas por las normas en vigor, y otra confiar en que los primeros serán ejercitados y las segundas habrán de cumplirse,[94] lo que señalamos que se le denomina eficacia.

De lo anterior, podemos afirmar que en sus dos dimensiones, *seguridad jurídica* se refiere no sólo al conocimiento de las normas por parte de sus destinatarios (quienes deben cumplirlas), sino también la eficacia del sistema que abarca tales normas, ello a través del cumplimiento de las mismas y de la correcta aplicación de ellas por parte de los órganos del poder público. Por tanto, dicho principio de seguridad jurídica estatuido en nuestra Constitución Política, en su artículo 14, es de suma importancia, pero debe tenerse en cuenta que la realidad jurídica nos ha rebasado, porque la aplicación exegética de la ley en algunos casos, por lo regular difíciles, no resuelve los problemas humanos y ante ello, es viable para el logro del fin del derecho (la justicia), recurrir a otra forma de interpretación.

Así tenemos que Luis Recasés Siches[95], admite la importancia que tiene en todo orden jurídico el principio de seguridad y de certeza, pero también refiere que no es el valor primordial hacia el cual se enfoca el derecho, al señalar:

> *"Es verdad que la principal motivación que en la vida humana social incita a la creación del derecho es el deseo de establecer para determinadas relaciones sociales, reputadas de máxima importancia, un orden de relativa certeza y seguridad; el deseo de saber a qué atenerse con alguna certeza respecto de tales relaciones, y de tener la seguridad de que esas normas ciertas serán cumplidas necesariamente, o, por lo menos, aplicadas de modo forzoso, esto es, con impositividad inexorable. Aclara que certeza y seguridad no es el valor supremo hacia el cual se encamina el derecho. Por el contrario, con el derecho se aspira a realizar valores mucho más altos en*

[94] García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 478.
[95] Recaséns Siches, Luis, *op. cit.,nota 1*, p. 14.

la jerarquía axiológica, se aspira a cumplir con las exigencias de la justicia y también con las del séquito de otros valores por la justicia implicados".

Tanto certeza como seguridad son principios de relativa importancia tal y como lo afirma Recaséns Siches, pero no son los valores de mayor importancia al que aspira la ciencia jurídica, pues ésta tiende a alcanzar valores más elevados que cumpla con sus principal exigencia: *la justicia*. Punto de vista que el suscrito comparte, pues como se verá más ampliamente en el último capítulo de este trabajo, pueden presentarse casos difíciles en los que el operador del derecho encuentre problemas para la interpretación de una norma jurídica conforme lo ordena el artículo 14, de la Constitución General de la República y lo que realmente es justo y evidentemente que debe optar por el fin último del derecho.

Afirma Recaséns Siches en su obra *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, que certeza y seguridad son los valores funcionales que todo derecho realiza por su mera existencia, sea cual fuere su contenido, pero advierte que no debe exagerar dicha observación de sus límites correctos, pues el derecho sólo nos puede dar según dicho tratadista, un relativo grado de certeza y seguridad, un *mínimum indispensable de certeza y seguridad para la vida social,*[96] pues no hay nada absoluto en la vida humana.

El valor intrínseco de un orden jurídico no puede hacerse depender simplemente de los actos de obediencia y aplicación de sus preceptos, sino que está condicionado por la rectitud de los últimos, es decir, un orden sólo es valioso cuando realiza eficazmente los valores que le dan sentido. Por eso, afirma García Máynez, que tiene mucha razón Hans Heckel cuando dice: "*El derecho es primariamente, un orden obligatorio de la vida común; más el orden, como tal, todavía no tiene nada qué hacer con la justicia*", pero añade: "*Que como orden de la vida en común, el derecho tiende hacia la justicia y debe estar a su servicio"*.[97] Franz Scholz, afirma García Máynez, advierte que entre seguridad y justicia hay un nexo inescindible y señala que *seguridad* significa un estado jurídico que protege en la más perfecta y eficaz de las normas los bienes de la vida; realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuenta con las instituciones necesarias para

[96] Recaséns Siches, Luis, *op. cit, nota 1,*. p. 15.
[97] García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 479.

dicha tutela y goza de la confianza en quienes buscan el derecho, de que éste será justamente aplicado.[98]

Es evidente que la seguridad jurídica se encuentra íntimamente relacionada con el principio de legalidad estipulado en el precepto 16, de la Constitución Política del País, que en su parte conducente dice:

> "...*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...*"[99]

Por lo que es claro que el principio de seguridad jurídica, como ya se dijo, se encuentra ligado con el de legalidad, pues como más adelante se verá, en la tesis jurisprudencial bajo el rubro: "GARANTIA DE LEGALIDAD, QUE DEBE ENTENDERSE POR", dicho principio es una garantía que forma parte de la genérica de seguridad jurídica; por tanto, resulta necesario asentar lo que debe entenderse por legalidad y como lo define la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. Principio de legalidad

Gustavo Zagrebelsky señala que este principio, en general, expresa la idea de la ley como un acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior "razón de estado", ni la inaplicación de parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales).[100]

Los términos de legalidad y legitimidad son en principio equivalentes o sinónimos.

---

[98] García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 481.
[99] Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, *op. cit.*, p. 245.
[100] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta Comunidad de Madrid, 1995, p. 24.

Así tenemos que el vocablo *legitimidad* proviene de “legítimo” que a su vez deriva del latín *legitimus* (a, um). El adjetivo latino *legítimus* , en el lenguaje común significa “conforme con las reglas”, “bien construido”. En la literatura jurídica *legitimus* significa: “conforme a derecho”, “justo”, así lo define el diccionario jurídico mexicano.[101]

El principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor; esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho.[102]

Para Díaz-Aranda[103] dicho principio de legalidad debe interpretarse en el sentido siguiente: para la autoridad lo no permitido expresamente en la ley está prohibido. Llevando dicho principio al derecho penal significa que el Estado no podrá imponer ninguna pena al ciudadano a menos que haya realizado una conducta prevista como delito en una ley anterior a la comisión del hecho.

Al tratar del principio de legalidad, debe hacerse alusión a la fórmula latina *nullum crimen nulla sine lege* el cual señala Díaz-Aranda, proviene del pensamiento de Feuerbach quien consideró que el derecho penal debe sustentarse en tres principios fundamentales, a saber: a) la imposición de cada pena presupone una ley anterior (*nulla poena sine lege)*; b) la imposición de una pena está condicionada a la realización de una conducta prohibida (*nulla poena sine crimine*), y c) la conducta está prohibida legalmente cuando existe una ley que ordena imponer una pena a quien la realice (*nullum crimen sine poena legali)*.[104]

El principio en análisis lo encontramos en la Constitución Política del País, en el artículo 16, primer párrafo, que ya fue copiado a la letra en párrafos anteriores.

En sí el principio de legalidad se refiere a la aplicación exacta de la ley y nuestro máximo tribunal en el país ha estimado que forma parte del de seguridad jurídica, en la tesis jurisprudencial aislada consultable a página 263, tomo XI,

---

[101] Diccionario jurídico mexicano, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Porrúa, 7ª. edición, México, 1994, p. 1941.
[102] Ibidem,. p. 2535.
[103] Díaz-Aranda, Enrique, *op. cit.*, p. 51.
[104] Ibidem, p. 57.

enero de 1993, octava época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, del Semanario Judicial de la Federación, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

"*GARANTIA DE LEGALIDAD, QUE DEBE ENTENDERSE POR."*

" La constitución federal, entre las garantías que consagra a favor del gobernado, incluye la de legalidad, la que debe entenderse como la satisfacción que todo acto de autoridad ha de realizarse conforme al texto expreso de la ley, a su espíritu o interpretación jurídica; esta garantía forma parte de la genérica de seguridad jurídica que tiene como finalidad que, al gobernado se proporcionen los elementos necesarios para que esté en aptitud de defender sus derechos, bien ante la propia autoridad administrativa a través de los recursos, bien ante la autoridad judicial por medio de las acciones que las leyes respectivas establezcan; así, para satisfacer el principio de seguridad jurídica la Constitución establece las garantías de audiencia, de fundamentación y motivación, las formalidades del acto autoritario, y las de legalidad"

El principio en comento, se refiere según Orellana Wiarco[105], a la exacta aplicación de la ley, o sea, lo que la ley prevé como delito y sanción (pena o medida de seguridad) puede ser aplicada al individuo; además debe reunir tres requisitos fundamentales, a saber: a) que sea previa, b) escrita y, c) estricta.

Ahora bien, el aludido artículo 14, de nuestra Constitución, en su párrafo tercero, nos impone una interpretación auténtica de la ley penal, ya que si determinada conducta no se ajusta exactamente al texto legal, no será considerada delictiva, lo que puede llevarnos en algunos casos, generalmente difíciles a tomar decisiones injustas. Pero ello se debe precisamente al positivismo legalista que impera en nuestro sistema jurídico y por ende, a la concepción mecánica en la aplicación de la ley penal; por lo que pasaremos a analizar dicha corriente para tener una panorámica general respecto de la misma.

[105] Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal, parte general*, México, Porrúa, 2000, p. 9

3. Positivismo jurídico y silogismo judicial

Azúa Reyes nos dice que el positivismo es un fuerte movimiento ideológico producido a mediados del siglo XIX como reacción a las tendencias metafísicas y se confina en los datos de la experiencia. Se aleja de las alturas más elevadas del espíritu y trata de analizar los hechos inmediatos a la realidad. El positivismo "no admite más que el saber positivo que parte y termina en la experiencia sensible", niega la existencia de lo incongnocible, pretende suprimir la metafísica del conjunto sistemático del saber humano, pero sin embargo llega a constituir una metafísica del positivismo.[106]

El mismo autor refiere que el creador del movimiento positivista es el matemático y filósofo francés Augusto Comte, quien en su doctrina de la Ley de los Tres Estadios sostiene que la humanidad ha pasado por tres estadios: teleológico, metafísico y positivo, siendo en este último en el que el hombre se tiene a los hechos y los explica por el conocimiento (empirismo) de sus leyes, es el estado más avanzado de la humanidad.[107]

Para Azúa Reyes[108] las características generales para el positivismo en sus diversas variantes son a) Seguridad en la validez de la ciencia. b) Admisión de las leyes naturales absolutamente constantes y necesarias. c). Uniformidad de las estructuras de la realidad. d). Continuidad en el tránsito de una ciencia a otra. Y e). Tendencia a la matematización y al mecanismo.

Gustavo Zagrebelsky[109] señala que las separaciones ley-derechos-justicia y principio-reglas, encuentran su unidad en la aplicación judicial del derecho, una *actio duplex* de la que las concepciones positivistas de la jurisdicción han ocultado durante mucho tiempo una de las partes. En dichas concepciones señala el referido autor la realidad a la que el derecho se aplica aparece siempre como ensombrecida y privada de todo valor, ya sea que se razone bajo un silogismo judicial, donde el hecho que se cualifica jurídicamente constituye la premisa menor

---

[106] Azúa Reyes, Serio T., *op. cit.,* p. 69.
[107] Ibidem, p. 70.
[108] Idem..
[109] Zagrebelsky, Gustavo, "Los Jueces y el Derecho", *Antología sobre argumentación e interpretación jurídicas, Instituto de la Judicatura Federal, escuela judicial,* Vol. I, México, 2002, p. 1.

y la norma o regla jurídica la premisa mayor, o en términos de *subsunción* del supuesto de hecho concreto en el supuesto de hecho abstracto, o en otros términos similares.

Hubo un tiempo en que la citada forma carente de todo juicio valorativo, constituía realmente el modelo de la aplicación judicial del derecho; sin embargo, todavía en la actualidad en las más diversas sedes relacionadas con el derecho, creación, ejecución, aplicación o estudio, hay muchos que conciben el derecho como un arsenal de moldes jurídicos –las normas- que se aplican sobre la realidad.

Cita el autor de referencia que el positivismo no permitía en la antigüedad la influencia de la interpretación, sino que las exigencias del derecho se contenían en la regla jurídica, la cual era aplicada de manera mecánica, al señalar lo siguiente:

> *según la concepción positivista tradicional, en la aplicación del derecho la regla jurídica se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho. Exactamente eso significaban la interpretación y los criterios (o cánones) para la misma elaborados por el positivismo. Como, además una vez terminada la regla, su aplicación concreta se reducía a un mecanismo lógico sin discrecionalidad –y en caso de que hubiese discrecionalidad se afirmaba la ausencia de derecho- se comprende que los problemas de la aplicación del derecho viniesen íntegramente absorbidos en los de la interpretación"*[110]

Sin embargo, Zagrebelsky no comparte esa postura al igual que el suscrito, por la razones que se expondrán en su momento, inclinándose dicho autor por interpretar la norma jurídica, pero mediante el método que el mismo caso concreto le sugiera; además de que señala: "*el derecho escrito en las leyes sirve para proporcionar a los casos la regla que les corresponde, pero carece de poder exclusivo para determinarla*"[111]. A este respecto, se abundará más en el capítulo siguiente.

Higareda Bernal al tratar respecto de las tendencias interpretativas, señala que en consonancia con la evolución de los países, en cuanto a su organización

[110] Zagrebelsky, Gustavo., *op. cit.*, *nota 2*, p. 1.
[111] Ibidem, p. 6.

política, y consecuentemente con sus respectivos regímenes constitucionales, han exigido técnicas de interpretación de las leyes fundamentales, entre ellas la técnica de **jurisprudencia mecánica:** la cual "atribuía a los tribunales una función precisamente mecánica: descubrir y determinar los hechos de acuerdo con ciertas categorías legales preexistentes, aplicables a la situación fáctica materia del proceso; y, extraer la decisión como conclusión del silogismo. Esta operación no requería ninguna reflexión estimativa o valorativa de los hechos, sino un simple examen de pruebas, el encuadramiento de la conducta en el proceso aplicable y la conclusión decisional. Esta corriente se origina a principios del siglo XIX y se basa en el criterio de que el derecho positivo es único y se encuentra en la ley escrita; provenía a su vez del Derecho Romano que rechazaba todo comentario de particulares a la ley.[112]

Por su parte, Hans Kelsen, se inclina completamente por interpretar la norma jurídica atendiendo únicamente a la voluntad del legislador o sentido gramatical del texto, es decir, que su teoría de la interpretación se encuentra vinculada a la del orden jurídico y desconoce la existencia de las lagunas legales. Es decir, que para Kelsen, el método interpretativo válido es el exegético, el cual según Ducci Claro, citando a Julien Bonnecase, dicho método llevado al extremo, coloca al derecho, de un modo absoluto, en manos del Estado, entrando así al positivismo del derecho si, la ley es la única fuente de las decisiones jurídicas.[113]

Citando a Kelsen, el tratadista Eduardo García Maynez, refiere: "*Desde el punto de vista del derecho positivo, tanto vale prescindir del texto de la ley para atenderse a la voluntad presunta del legislador, como observar estrictamente el texto de la norma para no tener que preocuparse de la problemática voluntad del legislador que la creó"*.[114]

Resulta tan influenciada del positivismo jurídico la tesis de la interpretación de Kelsen que García Maynez señala comentando dicha teoría, que cuando una persona hace valer determinada pretensión jurídica, hay que examinar si tal

[112] Higareda Bernal, Gilberto, *op. cit.*, p. 81.
[113] Ducci Claro, Carlos, *Interpretación jurídica general y en la dogmática chilena*, editorial jurídica de Chile, p. 221.
[114] García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, S.A., cuadragésimo tercera edición, 1992, p. 353.

pretensión tiene o no apoyo en la ley y de esa forma debe concluirse de que no hay auténticas lagunas, ya que si los preceptos legales no conceden al sujeto la facultad de exigir algo, quiere decir que su pretensión debe ser rechazada y la solución debe estar basada en la ley, de acuerdo con el principio de que todo aquello que no está prohibido se encuentra permitido.

Decíamos que el autor vianés niega la existencia de lagunas en la ley en su teoría de la interpretación, considerando que todo lo que no se encuentra en la legislación es por que no fue voluntad de quien la creó regular tal situación de derecho. A ese respecto, García Meynez citando a Kelsen, dice:

> "*Cuando se habla de las lagunas, lo que quiere expresarse es que las soluciones posibles consideránse injustas, en cuanto se piensa que si el legislador hubiera tenido presente el caso especial, lo habría reglamentado en forma completamente diversa de aquella o aquellas que del texto de la ley se infieren. La laguna no es más que la diferencia entre el derecho positivo y un orden tenido por mejor y más justo. Pero una vez conocida la naturaleza de estas lagunas, compréndase que no puede pensarse en llenarlas por medio de la interpretación. La interpretación no tiene aquí la función de aplicar la norma, sino, al contrario la de eliminarla, para poner en su lugar otra mejor y más justa, es decir, la deseada por el encargado de la aplicación"*[115]

Kelsen considera a las lagunas como algo ideológico y que cuando el operador del derecho las detecta, no debe atender a la forma de integrar la ley o de suplir la situación jurídica respectiva, pues estima que dicha situación el legislador no quiso regularla, ya que si así lo hubiera querido lo hubiera regulado en el texto normativo, lo que quiere decir que faltan las premisas lógicas para el silogismo que constituye la aplicación de toda ley.

Está tan arraiga la teoría de Kelsen al derecho positivo y a la aplicación silogística de la norma, que se le considera como el principal representante de la **corriente formalista de la interpretación,** la cual considera que la actividad de interpretación fija los límites de su marco en la aplicación de las normas jurídicas; así, el juez puede optar por cualquiera de las posibilidades que le da la norma

[115] García Máynez, Eduardo, *op. cit., nota 2,* p. 354.

dentro de la ley, ejercer un acto de voluntad, y en tal sentido crear normas individuales; se trata de determinar, como aplicando una norma general y abstracta a un hecho concreto, el intérprete obtiene la norma individual y concreta que debe aplicar.[116]

La teoría pura del derecho se refiere al derecho positivo en general y no una teoría sobre un orden jurídico específico; sólo quiere tener un conocimiento de lo que es derecho y porque desea excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto determinado como jurídico. Diría Kelsen, quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños, al considerar al derecho como una ciencia específica delimitado frente a la naturaleza. De ahí que el citado autor rechace que el derecho deba ser conforme a su naturaleza, moral, de que un orden social inmoral no constituye derecho**.**[117]

Afirma el autor en cita, que el fundamento de validez de un orden normativo (rige el comportamiento humano), se encuentra en la norma fundante básica, es decir, el fundamento de validez de una norma, sólo puede encontrarse en la validez de otra norma superior, y ésta última encuentra validez en otra superior y presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden.[118]

Para Kelsen una norma jurídica no vale por tener un sentido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera por una norma fundante básica presupuesta. De ahí que cualquier contenido que sea, pueda ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica.[119]

La función de la norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo. La fundamentación de la validez de una norma

[116] Higareda Bernal, Gilberto, *op. cit.,* p. 100.
[117] Kelsen, Hans, *op. cit., nota 2*, p. 15.
[118] Ibidem,, p. 202.
[119] Ibidem, p. 205.

positiva (esto es: impuesta mediante un acto de voluntad), que obliga a determinada conducta, se efectúa con un procedimiento silogístico. En este silogismo la **premisa mayor** es una norma considerada objetivamente válida (o mejor: el enunciado de semejante norma), según la cual debe uno comportarse obedeciendo las órdenes de una determinada persona, es decir, comportarse conforme al sentido subjetivo de esos actos imperativos. También identificada tal premisa como *la norma genérica*.[120] La **premisa menor** afirma el hecho de que esa persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera o, como señala García Maynez, la premisa menor está constituida por el juicio que declara realizado el supuesto de la mayor; la **conclusión** afirma la validez de la norma: uno debe comportarse de esa determinada manera.[121]

Ahora bien, uno de los problemas de la teoría positivista del derecho que advierte Kelsen, es precisamente el relativo a la validez y eficacia de la norma, pues entre tales conceptos debe haber correspondencia, ya que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden su validez cuando cesan de ser eficaces; y que por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente de la realidad natural, puesto que la norma jurídica positiva, para tener validez, tiene que ser implantada por un acto real.[122] pero hay que recalcar que según Kelsen, las normas de un orden jurídico positivo valen porque la norma fundante básica es presupuesta como válida, pero el orden jurídico no pierde su validez porque una norma aislada pierda su validez.

La teoría pura del derecho como ya se dijo, fue formulada por Kelsen y un numeroso grupo de juristas de la llamada escuela vienesa. Citando a dicho tratadista, Carlos Ducci Claro, señala que el derecho es una disciplina autónoma y debe apartarse de cualquiera mezcla con otras ciencias, incluso éticas o sociológicas. Las consideraciones teleológicas o los ideales de justicia son posibles, pero no forman parte de la teoría del derecho.[123] Todo derecho –legislado o consuetudinario- deriva formalmente de la voluntad del Estado. No hay más derecho que el derecho positivo y todo derecho deriva de la voluntad del

[120] García Máynez, Eduardo, *op. cit., nota 2,* p. 321.
[121] Ibidem, p. 210.
[122] Kelsen, Hans, *op. cit., nota 2*, pp. 221 y 222.
[123] Ducci Claro, Carlos, *op. cit.,* p. 35.

Estado: hay una absoluta y total identificación del Estado con el derecho. El Estado es idéntico al ordenamiento jurídico y, considerado como sujeto, no es más que la personificación del mismo.[124]

La corriente iuspositivista consiste en fundamentar los derechos en la sola positivación de los mismos, esto es, en el acto normativo, que los hace formar parte del *hábeas jurídico* de un estado; así tendrán una fuerza coercitiva que los haga ser cumplidos y respetados.[125]

Advierte Beuchot y Saldaña que el peligro que corre el iuspositivismo es que está en manos del positivador, y puede estar al servicio de un individuo o grupo. Y, si viene otro positivador, podrá positivar leyes injustas, o podrá despositivar los derechos humanos, sin encontrar recurso alguno que oponer, ni siquiera de tipo moral. A este respecto, los citados autores citando a Bobbio, señalan que éste reconoce que el iuspositivismo tiene la falla de dejarnos inermes frente al que cancela o despositiva los derechos humanos. Por eso se siente uno impulsado a ensayar y pulsar las otras alternativas. Y la otra alternativa es el iusnaturalismo.[126]

Luis Recaséns Siches,[127] analizando la corriente positivista, la cual por cierto crítica severamente, señala que desde las Constituciones de Justiniano declaraban que la obra legislativa de dicho emperador era perfecta, prohibían todo comentario privado y reducían la función del juez a términos casi mecánicos (concepción mecánica de la función jurisdiccional), reservando sólo al emperador la interpretación y resolución de las dudas que pudiera suscitar el sentido de la ley. El tratadista en cita afirma que todo derecho positivo (consuetudinario, jurisprudencial, legislado, contractual, institucional, etc.) es tal derecho positivo en cuanto podemos referirlo a la voluntad del Estado. Esta es, pues, la única fuente formal de las normas jurídicas positivas vigentes. Y es así porque toda norma positiva, sea cual fuere su origen efectivo, constituirá derecho vigente en la medida en que deba ser aplicada, impuesta por el estado, es decir, por sus

[124] Ducci Claro, Carlos, *op. cit.*, p. 36.
[125] Beuchot, Mauricio y Saldaña Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, UNAM, México, 2000, p. 14.
[126] Ibidem,, p. 15.
[127] Recaséns siches, Luis, *op. cit.*, p. 190.

órganos,[128] que son los individuos que tienen como función aplicar o ejecutar el derecho según señala Tamayo y Salmorán. Dicho autor afirma que la interpretación positiva aparece como el acto de significación mediante el cual el órgano determina el significado de los materiales jurídicos (como parte del lenguaje jurídico) que él tiene que aplicar a fin de continuar el proceso progresivo (gradual) de creación del derecho, el cual se inicia en la Constitución y se termina en el último acto individualizado de ejecución y destaca el mencionado autor, que la interpretación positiva o auténtica juega un papel definitivo en el procedimiento de creación del orden jurídico, pues el órgano aplicador al decidir el significado que guarda el lenguaje jurídico que aplica, decide el curso subsecuente del derecho.

Recaséns Siches, advierte que para la escuela de la exégesis la totalidad del derecho positivo se identifica por completo, exhaustivamente, con la ley escrita. El profesor Bugnet dijo: "no conozco el derecho civil, enseño solamente el Código Napoleón"; Laurent escribía: "los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos. Más que para que los códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el código...Diría que deben resignarse a ella".[129]

En cuanto a la concepción mecánica de la jurisprudencia, el jurista alemán Kantorowicz citado por Recaséns Siches en su obra *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, señala que:

> *La opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un funcionario de cierta categoría, con carrera, que se encuentra sentado en su celda, armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. En esta celda se halla sólo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto, y, de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta, que solo él domina, llegar a la solución predibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta".*

[128] Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 3ª. edición, Porrúa, México, 1986, p. 285.
[129] Recaséns Siches, Luis, *op. cit., nota 1,* p. 199.

De lo anterior se desprende que Kantorowicz se refiere a la aplicación mecánica de la ley por parte del jurista o juez, llegando a la solución del problema jurídico que quiere el legislador o que por lo menos, él considera que esa es la solución que aquel pretende, destacando con ello, un derecho deshumanizado y netamente positivista, fuera de toda valoración.

El *common law* consideraba al derecho a mediados del siglo XIX, constituido por un conjunto de reglas que desde tiempo inmemorial existen permanentemente, salvo las modificaciones de esas reglas que el legislador ha introducido en medida limitada por medio de leyes. Mientras que el legislador está autorizado para modificar el derecho, los jueces carecen en absoluto de tal facultad. La misión de los jueces es solamente la de aplicar el derecho. La función de los jueces consiste en descubrir, no en crear, el derecho.[130] De acuerdo al *common law* la concepción mecánica de la función judicial era la misma que predominaba en los países latinos, donde regía un derecho codificado y legislado: la subsunción de los hechos que originaron el proceso bajo la norma general, para extraer de ésta, por vía de silogismo, la conclusión que debe formular la sentencia.

García Máynez[131] señala que *positividad* es el atributo de las normas creadas o reconocidas por los órganos del estado con el propósito de regular, ya sus propias tareas, ya el comportamiento de los particulares.

Para Ronald Dworkin[132] el positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan coexistir a cualquier forma de legislación; es decir, rechaza la idea de que a los individuos o a los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad. De lo que se puede deducir que es dable que los individuos que conforman una determinada comunidad, tengan derechos legales diversos a aquellos que se encuentran reconocidos en la legislación (positivados) o que sean producto de una decisión o una práctica explícita.

---

[130] Recaséns Siches, Luis, *op. cit., nota 1,* p. 205.
[131] García Máynez, Eduardo, *op. cit., nota 1,* p. 269.
[132] Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª. edición, Ariel, traducción de Marta Gustaviano, Abril 2002, Barcelona, España, p. 36.

La doctrina dominante respecto a la aplicación de las normas generales y abstractas a casos concretos, como ya se ha dicho es la del silogismo. García Máynez citando a Karl Engisch señala que éste denomina a la inferencia consistente en subsumir un hecho bajo el supuesto de una norma, "subordinación" y refiere que a través de la interpretación de las leyes determinados grupos de casos son subordinados a la norma como premisa mayor y, de esta suerte se obtienen juicios normativos especiales, por medio de un razonamiento en que la premisa mayor es el juicio normativo general inmediatamente obtenido de la ley, la premisa menor la subordinación de grupos especiales de casos a las notas constitutivas del supuesto de la premisa mayor y, la conclusión el juicio normativo especial que puede ser aplicado a la especie.[133]

La lógica deductiva sólo nos suministra criterios de corrección formales, pero se desentiende respecto de las cuestiones materiales o de contenido que, naturalmente, son relevantes cuando se argumenta en contextos que no sean los de las ciencias formales (lógica y matemática).[134] A partir de premisas falsas señala Atienza, se puede argumentar correctamente desde el punto de vista lógico; y por otro lado, es posible que un argumento sea incorrecto desde el punto de vista lógico, aunque la conclusión y las premisas sean verdaderas, o por lo menos, altamente plausibles.

Citando a Kelsen, Manuel Atienza, señala que aquel en su obra *La teoría general de las normas* sostuvo enfáticamente que la inferencia silogística no funciona en relación a las normas. Pero dice que las reglas de la lógica se aplican al silogismo teórico que se basa en un acto de pensamiento, pero no al práctico o normativo (silogismo en el que al menos una de las premisas y conclusión son normas) que se basa en un acto de voluntad (en una norma)**.**[135]

Juan Vallet de Goytisolo, afirma que la interpretación entendida como intelección de la ley, desemboca en su aplicación al hecho, efectuada por un simple silogismo. En él esta interpretación de la ley constituía su premisa menor, que en la conclusión debía ser subsumida, en la mayor. Con el positivismo

[133] García Máynez, Eduardo, *op. cit., nota 1,* p. 287.
[134] Atienza, Manuel, *op. cit., nota 2,* p. 32.
[135] Ibidem, p. 33.

legalista la ley se convertirá en único punto de partida inicial.[136] Tan es así, que Walter Frisch Philipp, citando a Larenz, señala que en la actividad judicial de estructuración de la sentencia se engrosa el esqueleto teórico del silogismo, y en el modo de éste cristalizan los aspectos metodológicos. En las sentencias judiciales las premisas mayor y menor se encuentran en los puntos considerativos, la primera en la parte atinente a la aplicación de las disposiciones legales y la segunda en la constatación de los hechos del caso y la valoración de las pruebas, en tanto que la conclusión se presenta en los puntos resolutivos.[137]

Ahora bien, teniendo claro qué debe entenderse por principios de legalidad y de seguridad jurídica que impera en nuestro sistema jurídico, así como la concepción mecánica de la función jurisdiccional en base a la lógica deductiva que todavía impera en nuestro país, conviene analizar el fundamento constitucional de la interpretación en México y los métodos interpretativos que más utiliza nuestro máximo tribunal.

4. Fundamento constitucional y legal en materia penal de la interpretación jurídica en México y los métodos de interpretación que utiliza la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La forma de interpretar la ley en materia penal, se encuentra dada por nuestra Constitución Política, la cual por así disponerlo ella misma es la norma fundamental a la cual deben sujetarse los demás ordenamientos jurídicos (artículo 133). Ello en atención al principio de supremacía constitucional.

El precepto 14, de la Constitución Política del País, en su párrafo tercero, contiene la forma de interpretar la ley en materia penal, pues establece:

> "*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"*[138]

[136] Vallet de Goytisolo, Juan BMS, *op. cit., pp.* 7 y 8.
[137] Frisch Philipp, Walter, González Quintanilla José Arturo, *Metodología jurídica en jurisprudencia y legislación*", Porrúa, México, 1992, p. 49.
[138] Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo I, Porrúa, décima octava edición, México, 2004, p. 237.

Por su parte, el precepto 2, del Código de Procedimientos Penales en vigor en el Estado de Tabasco, literalmente dispone:

> *"Regirá el principio de legalidad estricta en la constitución de los órganos persecutorios y jurisdiccionales, el desarrollo del proceso y la emisión de la sentencia. El Ministerio Público, el defensor y el órgano jurisdiccional estarán sometidos al imperio de la ley en el ejercicio de sus atribuciones, y serán sujetos de aplicación de sanciones en el supuesto de incumplimiento o desvío en el desempeño de las funciones que les corresponden".*[139]

De lo anterior de desprende que de acuerdo al principio de la tipicidad, no hay pena si no hay delito y, no hay delito si no están sus elementos en la ley; cada uno de los elementos del tipo señalados en la ley deben cumplimentarse en los hechos probados, sin que sea posible que para sancionar una conducta se aplique una situación similar (analogía), ni un razonamiento comparativo de cualquier índole derivado de una norma.[140]

Del citado texto del párrafo tercero del artículo 14, Constitucional, se advierte que en el ámbito penal, la conducta sólo debe castigarse cuando está prevista como delictiva en la expresión gramatical de la ley; descartándose métodos interpretativos que pueden ser aceptados en otras materias, verbigracia el analógico. Dicho párrafo, según García Máynez,[141] no contiene una regla de interpretación, sino una norma que prohíbe la aplicación analógica de penas, relativamente a hechos no considerados como delictuosos.

En la máxima "Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente", contiene dos garantías individuales, a saber: no ser penados más que por los hechos previamente definidos por la ley como delitos, garantía criminal (*nullum crimen sine lege poenali*), no ser penado con penas ni en clase ni en medida diversas de las establecidas previamente por la ley para el hecho en cuestión, garantía penal (*nulla poena sine praevia lege poenali*).**[142]**

---

[139] Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Tabasco, a partir del día 1ro. de mayo de 1997, publicado en el periódico oficial suplemento 5679, del 1ro. de febrero de 1997.
[140] Quiroz Acosta, Enrique, *op. cit.,* p. 305.
[141] García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 379.
[142] Ibidem, p. 380.

El párrafo tercero del artículo en comento, marca un principio fundamental que constituye una garantía individual, en la especie de seguridad jurídica del que ya hablamos en párrafos precedentes.

Como puede desprenderse del tercer párrafo del precepto en análisis, sólo se considerará delito aquella conducta prevista como tal en la ley, de lo que se deduce que en nuestro país el estado de derecho se encuentra sustentado en el principio de legalidad, lo que conlleva a establecer que el método interpretativo de la norma más recurrido en nuestro Estado lo es precisamente el exegético o literal, y debido a ello, aplicamos la ley penal de una manera mecánica, lo cual como se verá en el capítulo siguiente, no resuelve de manera satisfactoria los problemas humanos y por eso, dicho método ha sido duramente criticado por reconocidos juristas.

Es verdad que la suprema Corte de Justicia de la Nación ha tratado de solucionar los problemas relativos al sentido que debe darse a una norma legal, a través de diversos métodos de interpretación, entre los cuales destaca: el literal, el lógico, el sistemático, el histórico, el teleológico y el genético-teleológico, lo que revela el interés de llevar a la población una mejor impartición de la justicia y el ajustamiento a las modernas corrientes de la materia.[143] Inclusive a fin de evitar que la aplicación de la ley sea puramente mecánica, muchos Códigos modernos aceptan la institución del *arbitrio judicial,* que le permite al juzgador moverse dentro de cierto margen de libertad y tomar en consideración las circunstancias especificas de cada hecho delictuoso sometido a su decisión.

Para mayor ilustración de lo dicho, en cuanto al sentido que debe darse a la norma legal, es pertinente transcribir el criterio jurisprudencial consultable a página 117, tomo VII, novena época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto son del tenor literal siguiente:

"...*INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O POR EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados*

[143] Higareda Bernal, Gilberto, *op. cit.,* p. 14.

Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico.."..

Es innegable la gran importancia que tienen los principios de seguridad jurídica y legalidad implementados en nuestra Constitución Política General en sus artículos 14 y 16, respectivamente; y este último principio también se encuentra contemplado en el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Tabasco, en su precepto 2; sin embargo, considero que no debemos abusar de los mismos, pues como ya se vio en este capítulo tales principios no constituyen el fin último de la ciencia jurídica (LA JUSTICIA), sino que son medios para la consecución del mismo, siendo los valores reconocidos por el sistema jurídico, los que le dan sentido al orden jurídico.

Los principios analizados evidentemente que inspiran a derecho positivo; empero, en modo alguno podemos hacer de lado los valores que, de una u otra manera se encuentran reconocidos por nuestro sistema jurídico; valores que encuentran su razón de ser en el iusnaturalismo.

CAPÍTULO TERCERO
CRÍTICAS A LA LÓGICA TRADICIONAL.

"Ni esclavo de las fórmulas legales,
ni libre que no se guía por ningún criterio en sus tareas,
eso debe ser un jurisconsulto"
Reynoso Dávila, Roberto *[*]

En el capítulo anterior se hizo alusión a lo que debe entenderse por legalidad, certeza y seguridad jurídica, así como el enfoque que debe darse a cada uno de tales términos en la aplicación del derecho, pero estimamos que ello atiende a una aplicación silogística de la norma al caso concreto, lo que como ya hemos dicho, en algunas ocasiones (generalmente en casos difíciles como refiere Dworkin o trágicos como señala Atienza), no puede conducir a un resultado satisfactorio, es decir, a una resolución justa; por tanto, dicha forma de interpretar y aplicar la norma legal (a través del silogismo jurídico), ha sido objeto de innumerables críticas por parte de tratadistas de reconocido prestigio, que han evidenciado de alguna u otra manera, que tal forma de interpretación de la ley (entre ellas la penal), no es la más deseable en un caso determinado (difícil) y han propuesto diversas formas de interpretar, pero que tampoco han resuelto el problema de la mejor manera.

El suscrito comparte la idea de que la hermenéutica jurídica no debe basarse en formulismos, es decir, que el operador del derecho, no debe interpretar la norma en forma mecánica bajo el temor de violentar el principio de legalidad o certeza, sino que cuando el caso así lo amerite, debe interpretar conforme a principios como pugna Ronald Dworkin porque en mi opinión es una forma de interpretar la ley penal que puede llevarnos en casos excepcionales a un mejor resultado. Pero antes de entrar a analizar las diversas críticas que se han formulado en torno a la lógica tradicional, estimamos pertinente abordar aunque sea de manera somera, un tema que va de la mano con las variadas ofensivas que se han dado contra la referida lógica, el análisis de la axiología o estimativa jurídica.

[*] Reynoso Dávila, Roberto, *La fuerza vinculatoria de la ley*, Porrúa, México, 1948, p. 55.

1. Axiología o estimativa jurídica.

La Estimativa o axiología jurídica según Recaséns estudia filosóficamente los valores en los que el Derecho debe inspirarse; pero, al llevar a cabo este cometido, no debe moverse exclusivamente en la región de las ideas axiológicas puras, sino que, por el contrario, debe considerar esos valores como guías para elaborar precisamente los contenidos de las normas jurídicas, esto es, de un cierto tipo de normas con especiales características (por ejemplo, con la nota de impositividad inexorable o coercitiva) que los hombres elaboran para su vida social[144]. La Estimativa o axiología jurídica ha sido denominada también por algunos autores como "Derecho Natural".

La principal motivación del ordenamiento jurídico se encuentra definitivamente fuera de todo texto legislativo (norma escrita), pues tal ordenamiento debe inspirarse en principios que conlleven a criterios de verdad y de justicia como fin último del Derecho, ya que tales principios operan por encima del Derecho positivado para colmar sus vicisitudes.

Márquez González en relación a lo antes dicho, afirma:

"*...que la explicación acerca de lo que sea el fundamento último del derecho, la razón de ser suprema del ordenamiento jurídico se encuentra, decididamente, fuera del texto legislativo, de la codificación normativa...";* además, agrega que el ordenamiento jurídico debe inspirarse en un conjunto de principios al señalar: "*...que existe la posibilidad de comprobar la bondad de una ley sometiéndola a una* ***medida última de referencia****, a un cierto conjunto de principios esenciales y comunes que actúe sobre ella para imponer, a despecho de la actitud que la propia norma asuma, un criterio final de validez y juicio que, por ende, conlleve la característica de conservarse aproximadamente incólume a pesar de las variaciones y vicisitudes que operen sobre la norma cuestionada. Esta medida última de referencia se constituye entonces en un criterio más o menos absoluto y universal de Verdad y de Justicia que, sin substantividad propia, opera siempre sobre el derecho positivo para limar y afinar sus asperezas que*

[144] Recaséns Siches, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, novena edición, México 1986, p. 163.

son, en último término, producto lógico e inevitable del roce abrupto y áspero con una realidad social compleja...".[145]

Ahora bien, al hablar de axiología jurídica necesariamente debemos referirnos al Derecho Natural, respecto del cual es muy difícil dar un concepto universal, pero sin embargo, se le conoce comúnmente como la corriente que estima que el Derecho no puede resultar simplemente equiparado, en modo alguno, al sólo imperativo formal del poder establecido o, como dice José Antonio Márquez González, el Derecho Natural es "*el sistema trascendente de normas de valoración del derecho positivo".*

Con el Derecho Natural se ha pretendido hacer frente a los problemas prácticos que presenta el Derecho legislado, pretende salvaguardar el valor de la justicia, tan es así, que Goldschmidt, señala Márquez González, afirma que en el siglo XIX empieza a realizarse la transformación del Derecho Natural en el valor de la justicia, transformación que cobra conciencia teórica en el siglo actual.

Para Villey, el Derecho Natural, no adopta la forma de un Código acabado de normas, inmediatamente utilizables, sino que por el contrario, nace de la experiencia, como el antiguo Derecho romano.[146]

Messner afirma que el Derecho Natural forma parte de una manera substantiva del propio ordenamiento jurídico.[147]

Conviene ahora, distinguir entre lo que es Ley Natural y el Derecho positivo. A este respecto, Márquez González[148] afirma que la Ley Natural es promulgada por Dios y atiende a fines comunes a todos los hombres, sin exclusión; en tanto que el Derecho positivo es creado por los hombres directamente y sólo se dirige a una sociedad específica. La Ley Natural es buena y justa inmutable y cognoscible a priori; en tanto, que la Ley Positiva puede frecuentemente, ser injusta, es comúnmente variable y no puede conocerse sino a posteriori.

En opinión de Hervada citado por Javier Saldaña, la Ley Natural es "*el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o*

---

[145] Márquez González, José Anotonio, *Los enfoques actuales del derecho natural,* Porrúa S.A., México 1985, p. 26.
[146] Ibidem, p. 49.
[147] Ibidem, p. 52.
[148] Ibidem, p. 60.

inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona".[149]

Por su parte, Legaz Lacambra, citado por Márquez González, afirma "*el Derecho en su realidad última no se agota en una norma jurídica"*, ya que la realidad social es muy compleja y de ninguna manera puede reducirse a la realidad sociológicamente vivida, existen, en efecto, "*contenidos ideales de conciencia"* que poseen una cierta vigencia y no necesariamente están prescritos por una autoridad determinada.[150]

Miguel Reale, estima que el fundamento del Derecho reside precisamente en un derecho de carácter natural que se traduce en una serie de "constantes valorativas o axiológicas" que dan sentido al fenómeno jurídico y señala: "[...]*como puede verse, si aceptamos la concepción tradicional del Derecho Natural, no colocamos el problema en meros términos lógico-formales, sino que, por el contrario, lo situamos en términos axiológicos".*[151]

De lo dicho en párrafos anteriores, podemos afirmar que quienes admiten la existencia de valoraciones o estimativas jurídicas en el campo de la ciencia jurídica, no admiten una separación entre el Derecho y la moral, pues tampoco puede separarse de manera nítida el Derecho que es y el que deber ser (el hecho y el valor), pues el paso de uno al otro ya no es considerado como un paso falso o falaz, como señala la falacia naturalista. Incluso, advierte Beuchot y Saldaña, que quienes tenían desconfianza en dicho paso, han acabado por aceptar que es inevitable y que además, lo damos de continuo, pues así también lo han estimado Norberto Bobbio, Hart y Dworkin.

Cita Reynoso Dávila, que G. Renard afirma que el derecho no puede separarse de la moral, ni tampoco por consiguiente, las formas jurídicas de los fundamentos filosóficos del Derecho. El derecho no es una máquina que sirve para todo.[152]

---

[149] Beuchot, Mauricio y Saldaña, Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, UNAM, México, 2000, p. 66.
[150] Márquez González, José Antonio, *op. cit*., p. 77.
[151] Ibidem, p. 85.
[152] Reynoso Dávila, Roberto, *La misión del juez ante la ley injusta*, Porrúa, México 1999, p. 13.

El camino que persigue el Derecho Natural es el de la justicia, este valor es su inspiración y es el que debe movernos en la aplicación del Derecho Positivo; sin embargo, en algunos casos concretos puede suceder que no se satisfaga tal valor con el derecho legislado, ya sea porque éste no sea casuístico o porque siéndolo contiene lagunas o porque sencillamente no regula debidamente el caso concreto y, ante ello, en mi concepto, debe recurrirse a estimaciones valorativas, pues la axiología jurídica juega, como se ha dicho un papel ineludible dentro del campo del derecho, y en especial, desde mi punto de vista, en la interpretación, pues no se conforma con concebir una aplicación mecánica de la ley. Así Paulino Machorro Narváez, quien fuera diputado constituyente en 1917, profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional y Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su obra "*Derecho Penal Especial",* afirma: "*en nuestro concepto, la teoría axiológicas debe vivificar vigorosamente al Derecho, sacándolo del atolladero del mecanicismo amoral".*[153]

2. Principales críticas a la lógica tradicional y al positivismo jurídico.

Varias han sido las críticas a la lógica deductiva o tradicional y que a mi criterio tienen sustento porque la ciencia jurídica, contrario a lo que afirmaban diversos positivistas (Kelsen, Norberto Bobbio, etc), no debe ser ajena a estimativas de valor, porque precisamente ello es lo que conllevaría en un caso concreto y difícil, como dice Márquez González, a una verdadera justicia como fin último de la ciencia jurídica. La lógica deductiva ha perdido mucho terreno, que el mismo Bobbio lo admite, tal y como lo advierten Mauricio Beuchot y Javier Saldaña, en su obra "*Derechos Humanos y Naturaleza Humana",* al afirmar que Bobbio señaló que la pretensión de *Wertfreiheit (o de que el derecho está libre de valoración)* es ya insostenible, y en su participación en el simposio "*Las Ciencias Humanas en Italia hoy",* habla del descrédito en el que ha caído el positivismo, pues los juristas no usan a los filósofos del derecho (positivistas).[154] Herbert Hart desea conciliar el formalismo y el empirismo al distinguir entre punto de vista

[153] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.,* p. 10.
[154] Ibidem., p. 37.

interno (lógico-formal) y punto de vista externo (sociológico) y admite que el Derecho debe contener un mínimo de Derecho Natural, es decir, de estimativa jurídica, de juicios de valor.

Higareda Bernal, señala que la jurisprudencia mecánica que no es más que la relativa a la interpretación y aplicación mecanizada de las normas jurídicas, ha recibido numerosas críticas porque omite advertir los fines que obviamente persigue todo ordenamiento jurídico y el substrato social que la produce,[155] pero también debe resaltarse que la lógica deductiva no es viable en la interpretación de los contenidos jurídicos, porque el Derecho no es sólo lógica, sino algo más.

Así tenemos que uno de los principales críticos de la lógica tradicional en el campo de la interpretación jurídica, Luis Recaséns Siches, en esencia pugna por expulsar la lógica formal del campo práctico del derecho y que la interpretación jurídica se base en el "logos de lo humano" o de lo "razonable". Este profesor parte de la idea de que el Derecho positivo es *una forma de vida humana objetivada de carácter normativo*, lo que a criterio de dicho autor, supone en rigor, que debe existir un juicio de valor, una estimación, que hace que se elija una determinada norma de conducta y no otra y advierte, que la mera noción de Derecho Positivo aunque no contiene dentro de sí el ideal jurídico, lo presupone, pues todo acto de preferencia implica una valoración. El preferir aplicar una determinada norma jurídica y notar a un caso concreto, es en sí una valoración; le otorgamos más valor a una que a otra y por eso la elegimos.

El citado autor en su obra *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho,*[156] señala que reconocidos juristas en Alemania, Francia, Los países británicos, Hispanoamérica y en los Estados Unidos de Norteamérica, han sostenido que la vida del Derecho no es un mero asunto de lógica, ni debe ser así y además, advierte que las sentencias de los tribunales casi nunca pueden explicarse como mera deducción lógica de lo dicho en las normas generales pre-existentes.

[155] Higareda Bernal, Gilberto, *op. cit.*, p. 112.
[156] Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, p. 26.

Recaséns Siches[157] señala que el filósofo inglés Jeremías Bentham, creador del utilitarismo en el Derecho, rechaza en cierta forma el método deductivo para la creación del Derecho, pero en su sistema utilitarista no existe un enjuiciamiento crítico de tales métodos para el desenvolvimiento de la función judicial. Pugna este autor por juzgar las leyes desde el punto de vista de los *efectos reales* que producen y así señala que las leyes buenas o justas serían aquellas que al ser aplicadas producen efectos buenos, mientras que las malas o injustas son las que llevadas a la práctica producen efectos malos; además, dicho tratadista inglés creía que tenía un criterio objetivo para calificar tales efectos, mediante su idea de la *utilidad,* según la cual bueno es lo que produce placer y malo lo que causa dolor, y desde el punto de vista social, bueno o justo es lo que tiende a aumentar la suma total de felicidad de todos o por los menos, el mayor número de los individuos.

Advierte Recaséns que Rudolph Von Ihering critíca la jurisprudencia de conceptos principalmente la desarrollada en su país por los pandectistas y advierte que los contenidos del Derecho deben estar determinados por el propósito de llevar a realización práctica determinados fines. En sí dicho autor, propugna por sustituir el tipo conceptualista de jurisprudencia por una que se encuentre basada en *resultados (wirklichkeitsjurisprudenz).*[158] Señala Ihering que el derecho como ha llegado a nosotros en sus formas legislativas, viene a ser como el diseño de una máquina, pero el motivo de la existencia de una institución y de su forma, se halla en el fin que se propone lograr, relacionada con las necesidades de una época determinada.

Este autor crítica la lógica deductiva que sostiene que los contenidos de la norma jurídica son de índole *alógica.* Y en su obra "*El fin en el Derecho"*, afirma que "el fin es el creador de todo Derecho; que no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico".[159] Para Ihering el Derecho no es un fin en sí mismo, sino el medio para lograr tal propósito.

[157] Recaséns Siches, Luis, *op. cit.,* pp. 33, 34.
[158] Ibidem, p. 35.
[159] Ibidem, p. 41.

Recaséns citando a Oliver Wendell Holmes, hizo importantes aportaciones en cuanto a la filosofía sobre la creación del Derecho, pues afirmaba que la vida real del mismo no ha consistido en lógica sino en experiencia. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones en que la acción política se ha inspirado e incluso los prejuicios que los jueces tienen al igual que todas las otras gentes, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres.[160]

Como puede verse, Holmes no comparte la aplicación silogística de la norma jurídica, más bien pugna por la adecuación de la misma a la época que se vive, a la influencia o tendencia política y hasta consideraba que los prejuicios del aplicador de las normas juegan un papel muy importante en dicha tarea.

Señala Recaséns Siches, en su obra "*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho",* que Holmes afirmaba que la lógica no es la única fuerza operante en el desenvolvimiento del Derecho y advierte que el papel de la lógica en dicho campo, ha sido exagerado, porque esto satisface el anhelo de certeza y tranquilidad de la mente humana. Pero esa idea, como ya se dijo en el capítulo anterior, es una ilusión, y la tranquilidad no constituye el destino del hombre.[161] Lo es la justicia.

Holmes advierte la presencia del proceso lógico en la aplicación de la norma, pero también señala que ello no es muy útil cuando se nos presenta un caso difícil o problema grave como lo llama él, al señalar:

> "*Claro que hay también un proceso lógico de extracción de consecuencias de las premisas sentadas. Pero cuando en la práctica jurídica se plantea un problema grave, este problema no consiste en desarrollar tales inferencias, lo cual parece siempre algo obvio y sin dificultad. El problema consiste entonces en sentar las premisas correctas, tanto las premisas de principio como las relativas a los hechos".*

Ahora bien, el autor en mención citando a Francois Gény señala que fue éste quien puso de manifiesto en Francia, que la ley no es la expresión de un

[160] Recaséns siches, Luis, *op. cit.*, nota 1, p. 43.
[161] Ibidem, p. 44.

principio lógico, sino una manifestación de voluntad y por ello era necesario descubrir el propósito del legislador, pero advierte que la experiencia demuestra cumplidamente que la ley escrita es incapaz de resolver todos los problemas suscitados por las relaciones sociales, ni siquiera aquellos casos que parecen caer de lleno dentro del ámbito de lo previsto por la ley, porque incluso en esos casos es necesario investigar las realidades sociales concretas, para que la aplicación de la ley a ellas produzca los resultados intentados por el legislador.[162]

Karl Larenz admite la posibilidad de resolver conflictos en contra de la interpretación literal de las normas, tan es así que refiere: "*Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente".* Pero Alexy señala que existe la posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma en casos especiales.[163]

En sí la teoría de Gény, se basa en la interpretación de la ley a través de la libre investigación científica, que lo guiará en caso de laguna legal o cuando el orden previo no le ofrece una única solución, sino varias, respecto de cuál de ellas es la que debe elegir.

Fue Stammler quien se ocupó de señalar como antecedente del movimiento del *Derecho libre* las sentencias del Magistrado francés Magnaud quien fue llamado *el buen juez*, pues partía de los principios de que la ley debe interpretarse humanamente y que el Juzgador debe guiarse en sus juicios por la solidaridad humana; y aplicaba esos criterios a cada uno de los casos penales o civiles sometidos a su jurisdicción, para lo cual a veces se apartaba discrecionalmente de lo determinado por las leyes positivas, sin tratar de disimularlo.[164] sin embargo, no logró dar una explicación teórica suficiente de su modo de juzgar y por ello, en ocasiones su resolución daba la impresión de que violaba la obediencia que el juez debe al Derecho Positivo.

Kantorowicz por su parte entiende por Derecho Libre las convicciones predominantes que tiene la gente en un cierto lugar y tiempo sobre lo que es justo y tal Derecho Libre tiene algo en común con el Derecho Natural: el no ser un

[162] Recaséns Siches, Luis, *op. cit., nota 1,* p. 46.
[163] Robert, Alexy, *op. cit*., p. 38.
[164] Ibidem, 52 y 53.

Derecho Estatal; además es independiente de éste y pueden colmar las lagunas legales. Este autor señala Recaséns, se opone a la lógica jurídica de la hermenéutica tradicional, porque dicha lógica no puede indicar el límite de lo ilícito y tampoco ayuda en la búsqueda de la solución justa.[165]

Kantorowicz desaprueba la lógica tradicional que afirma que nunca debe fabricarse Derecho Positivo por medio de una "jurisprudencia de conceptos" y afirma que el movimiento del Derecho Libre tiende con todas sus fuerzas hacia la meta más alta de toda juridicidad: *la justicia.*

En Alemania se desenvolvió un movimiento en contra de la lógica tradicional, llamado "jurisprudencia de intereses", pues se ocupaba de los principios que los jueces debían seguir para dictar sus sentencias. Citando a Max Rümelin, Recásens afirma que las palabras y los conceptos empleados por el legislador son tan sólo medios para llevar a cumplimiento los resultados que emanan de aquellos juicios de valor o estimaciones.[166] Los jueces en Alemania, antes y después de la promulgación del Código Civil, se han referido en sus sentencias a las ideas de "lo razonable", lo "justo", "la conformidad con la naturaleza de las cosas" y "la buena fe". En cierta forma la tesis de Rümelin se asemeja a la de Recaséns, en cuanto debe interpretarse conforme a la racionalidad (práctica) Esta escuela, a diferencia de las escuelas tradicionales del siglo XIX subraya especialmente el análisis de los varios intereses en juego o en conflicto en los problemas jurídicos, lo que ya había señalado Ihering al afirmar que el Derecho no es creado por conceptos sino por los fines que persigue, es decir, por intereses. De cierta manera la corriente que se analiza estimaba pertinente la interpretación conforme a estimaciones de valor. Se dejaba influenciar por la llamada axiología jurídica.

La jurisprudencia de intereses se niega a confinar al juez a una mera función de conocimiento; y además, rechaza el método de llenar las lagunas mediante el uso de conceptos clasificatorios, sino que propugna que la directriz

[165] Recaséns Siches, Luis, *op. cit., nota 1,* p. 55.
[166] Ibidem, p. 58.

hoy en día es y debe ser la adecuación de los resultados a las necesidades prácticas de la vida.[167]

Afirma Recaséns[168] que Philipp Heck el más importante representante de la escuela en comento, señala que el juez no sólo debe limitarse a aplicar normas jurídico-positivas hechas y terminadas, sino que también tienen que elaborar normas jurídicas en el que obedezca el criterio valorativo de intereses establecido en la legislación vigente.

Ya se habló respecto a las aportaciones que en el campo de la interpretación de las normas jurídicas, hizo el destacado magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, quien sentó a fines del siglo XIX las bases de "*jurisprudencia sociológica*", abriendo paso a la idea de que la labor del operador del derecho no era un simple proceso lógico, sino también debe basarse en un conocimiento sociológico de las realidades actuales que le permitan realizar normas generales e individuales inspiradas en los criterios de justicia.

Cabe destacar que al igual que Holmes, Benjamín Cardozo, otro ilustre magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos, también advirtió que los procedimientos lógicos deductivos no ayudaban eficazmente a resolver los problemas humanos, aún cuando la ley o Constitución contengan una norma que parezca cubrir sin duda el caso planteado, pues también allí debe interpretarse y no aplicar mecánicamente la ley. Al respecto, señala Recaséns citando a Cardozo que ni siquiera en tales casos la función del juez debe ser mecánica y de mera rutina, pues siempre se plantea el problema de interpretar la norma pertinente para el litigio planteado y afirma que la tarea interpretativa es siempre algo más que el mero buscar y descubrir un sentido.[169] Hay que buscar la solución justa.

No obstante lo anterior, señala Siches[170], que Cardozo no trata de deslindar al juez de su deber de obediencia al Derecho Positivo. Se trata de que cuando el juez haya de decir hasta qué punto las normas existentes han de ser interpretadas

---

[167] Recaséns Siches, Luis *op. cit., nota 1,* pp. 61 y 62.

[168] Ibidem, p. 59.
[169] Ibidem, p. 71.
[170] Ibidem, p.75.

extensiva o restrictivamente, debe inspirarse por las ideas de justicia y bienestar social, las cuales determinarán el método adecuado de interpretación y aclarará la dirección y alcance de esas normas.

Otro partidario de la "jurisprudencia sociológica" es Roscoe Pound, quien ha hecho hincapié sobre la legitimidad y la necesidad de recurrir a criterios axiológicos. A este jurista le preocupó mucho el problema de hallar normas justas, adecuadas para las nuevas situaciones sociales, que no estaban previstas en la tradición histórica del *common law.* Pugnó tanto porque la función jurisdiccional se realice en base a estimativas jurídicas, que dijo: "*Quiérase o no, reconózcase o no, lo cierto es que la actividad judicial comprende siempre una valoración".*[171]

En cambio, John Dewey filósofo norteamericano del siglo XX, señala que la lógica deductiva debe ser abandonada como instrumento principal y decisivo para llegar a la sentencia judicial y debe substituirse por una lógica de previsión de probabilidades, más que de deducción de certidumbres.[172] Aboga porque las reglas del Derecho Positivo no deben ser inmutables, sino que deben ser adaptadas a la nuevas situaciones sociales que se vayan dando. Deben ser cambiantes para adecuarlas a la realidad jurídica,

Apunta Siches, que el movimiento realista norteamericano ha llevado a cabo la más demoledora crítica de la concepción mecánica de la función judicial como un silogismo. Tal movimiento se ocupa por averiguar el derecho real y éste no es más que el dictado por los tribunales, que tiene que ver indudablemente con lo que los jueces hacen.

Según afirma el autor en cita, Jerome Frank refiere que en muchas escuelas de Derecho se enseña que la sentencia consiste en aplicar una norma a unos hechos determinados (silogismo), pero señala que el Derecho no es un sistema constante, uniforme, igual, sino que, por el contrario, es mudable y tiene un dimensión esencialmente plástica, de adaptación a nuevas situaciones y circunstancias. El Derecho de nuestros días lejos de poseer una seguridad estática, encaminada a la conservación de las viejas situaciones establecidas, tiende hacia una especie de seguridad dinámica.

[171] Recaséns Siches, Luis, *op. cit., nota 1,* p. 78.
[172] Ibidem, p. 82.

El autor en cita, aún cuando comparte la idea de que el Derecho es cambiante porque se encuentra en función con la sociedad, que por su misma naturaleza evoluciona, pero propugna por mantener la seguridad jurídica, pero una seguridad jurídica dinámica.

Algo que crítica Frank de la lógica formal, es que sólo trata de la corrección de la inferencia, pero no suministra criterio para elegir entre las varias premisas posibles. Ocurre, sin embargo, que muchas veces la exhibición de un razonamiento lógico en la sentencia oculta el problema principal, el cual consiste precisamente en la elección de los principios, en el que advierte Frank influyen las convicciones personales del juez,[173] o prejuicios como decía el Magistrado Oliver Wendell Holmes.

Se ha dicho que el Derecho no puede tener plena uniformidad, continuidad y certeza, pues para que así sea, dice Frank, es necesario que todos los jueces fueran iguales, que tuvieran idénticos hábitos mentales y emocionales. Algo que no es deseable, pues no se desea que los jueces sean insensibles a los cambios sociales y actúen como un mecanismo automático.

Jerome Frank dice que la uniformidad, la continuidad y la certeza que se le atribuye a la ciencia jurídica, es algo ilusorio, pero los juristas nos empeñamos en ello, así los jueces ocultan dicha verdad cuando disfrazan sus innovaciones, a veces radicales, bajo la apariencia de una interpretación de una norma establecida, interpretación que se reviste con el ropaje de un pseudo-razonamiento lógico, para presentar el fallo como fiel aplicación de una norma vieja, mediante argucias formalistas.[174] Dicho jurista trata de acabar con tal ilusión refiere Siches en su obra "*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*", mostrando que la seguridad jurídica constituye la supervivencia de un complejo infantil y busca también mostrar que la dimensión de la incertidumbre no es un mal catastrófico como se ha supuesto erróneamente, sino que constituye una de las dimensiones que hace posible el logro de una mayor justicia, así como el adelanto progresivo del Derecho.

[173] Recaséns Siches, Luis, *op. cit., nota 1*, p. 103.
[174] Ibidem, p. 108.

Siches dijo alguna vez que la certeza jurídica en el campo de la aplicación de la norma, es el valor funcional del Derecho, pero agrega que no constituye el valor supremo en que éste debe inspirarse y, por su parte Jerome Frank señala que la certeza de la que se ha dotado a la ciencia jurídica, es algo ilusorio.

Advierte el jurista en comento, que es necesario darse cuenta que se ha exagerado mucho el grado de seguridad que el derecho puede proporcionar, y se han exagerado mucho los beneficios de la certeza, así como los males de la incertidumbre. No es verdad que exista plena certeza ni siquiera en los sistemas legislados rígidos.[175]

El filósofo García Bacca, demostró que la lógica pura no puede ser aplicada al campo del Derecho. El análisis de las normas jurídicas de cualquier clase pone de manifiesto que en el campo del Derecho nunca podríamos hallar auténtica lógica; y que por el contrario, lo que encontramos son elementos y estructuras "logoides", lo que Recaséns Siches denominada "lo razonable", es decir, algo que tiene que ver con la lógica, pero no con la lógica pura, sino con una especie de *lógica práctica o humana.*[176]

Por su parte, Chaim Perelman de origen Belga, condena el pensamiento silogístico y matematizante en el campo del Derecho y propugna una forma de razonamiento más elevado, que es la *deliberación* sobre las *argumentaciones* presentadas en los casos jurídicos.[177] Por su parte Karl Engirch propone una lógica material, no formal.

Cita Siches que otro jurista que ha hecho aportaciones contra la ofensiva de la lógica deductivista, es precisamente Thomas Cowan, en relación a la individualización de la norma, señala que tal individualización la lleva a cabo el juez a través de *sentimientos;* por ejemplo, sentimientos de la justicia, de la equitativa resolución de la disputa, de la mejor ordenación de las relaciones humanas, de tal manera que se consiga la mínima cantidad posible de dolor, sufrimiento y pérdida, y los procedimientos óptimos para alcanzar tales resultados.[178] El jurista en mención, añade que la mente del juez no opera, ni

[175] Recaséns Siches, Luis, *op. cit., nota 1*, p. 111.
[176] Ibidem, p. 118.
[177] Ibidem, p. 119.
[178] Ibidem, p. 127.

podrá nunca operar, como una computadora electrónica. La decisión no necesita obedecer deducciones lógicas de los principios de razón que inspiren al ordenamiento jurídico. Aboga porque la decisión que tome el juez se base en el logro de los fines y propósitos que se busca con el Derecho, lo que es más poderoso que el fetichismo de la lógica formal.

Zagrebelsky[179] al escribir "*Los Jueces y el Derecho*", comenta que la historia demuestra que la solución judicial a los casos jurídicos depende de la asunción de criterios de sentido y de valor que precede a la interpretación de los textos legislativos. Este autor crítica el silogismo en la praxis judicial y advierte que el mismo caso concreto nos conlleva al método interpretativo a utilizar en la solución de los problemas jurídicos, pero además señala que las exigencias de los casos son más relevantes que la voluntad del autor de la ley y pueden, incluso, invalidarla, al afirmar: "*Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida*"[180]

Se ha dicho que la forma de interpretación de los contenidos jurídicos ha sufrido cambios y, que se está superando la aplicación silogística de las normas jurídicas basada en el positivismo jurídico que, está vigente en nuestro sistema jurídico, pero ello quiéramos o no, sólo en un reducido rango, pues todavía no existen o por lo menos no existen los suficientes jueces o aplicadores del Derecho que se atrevan a resolver casos difíciles en base a principios y que permitan el cambio de la interpretación de la norma jurídica silogística por una hermenéutica que resuelva el caso de una mejor manera atendiendo precisamente a estimativas de valor; por tanto, sólo hasta que nos demos cuenta de algunos hechos (como el que la aplicación mecánica de la ley no basta) como comenta Zagrebelsky, podemos llegar al cambio referido.

En relación con lo dicho, Gustavo Zagrebelsky, señala:

---

[179] Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit. ,nota 2*, p. 14.
[180] Ibidem, p. 4.

"*si se tienen en cuenta algunos hechos –que hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución; que, por consiguiente, la apelación a la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en nociones de contenido variable y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica- se comprenderá que se ha introducido en el ordenamiento jurídico una fuerza permanente orientada al cambio".* Transformación que debe inspirarse siempre en el logro de la justicia.

Las críticas que se han dado contra la lógica tradicional se han agudizado hasta nuestros días, tanto que algunos estudiosos de la materia han considerado que la interpretación lógica es ficticia y se torna ilusoria (recuérdese a Recaséns Siches y a Frank). Así comentando a Alf Ross, Luis Gómez Romero, en su artículo titulado "*¿jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda",* que escribió para la revista *Juez,* refiere que la idea de una interpretación puramente lógica, libre de todo pragmatismo, es una ilusión, es decir, fuera de todo contexto jurídico. Por su parte Hart, también admite en cierta forma la idea de que el Derecho positivo ha perdido fuerza en la aplicación jurisdiccional, al señalar que en todo ordenamiento jurídico, siempre habrá casos en los que el Derecho no puede proporcionar una solución correcta, de manera que el juez debe ejercer su poder jurídico creador.[181] Sin embargo, la discrecionalidad judicial que las legislaciones le otorgan al órgano jurisdiccional, en mi concepto, algunas ocasiones, no resuelven de la mejor forma el problema planteado, porque en nuestro sistema jurídico, tal discrecionalidad no puede sobrepasar los límites de la ley, es decir, lo prescrito por las normas jurídicas positivas, lo que me permite pensar que el positivismo jurídico subsiste aún con la discrecionalidad judicial.

Gómez Romero, criticando la aplicación silogística del derecho, señala:

[181] Gómez, Romero, Luis. "*¿Jueces guerrilleros*? La interpretación judicial desde la izquierda", *Revista Juez*, México, número 4, 2004, p. 16.

la vetusta imagen del juez como intérprete privilegiado del único sentido de la ley y, en consecuencia, como productor natural y mecánico de certeza jurídica, aún corresponde con la forma en que los jueces se perciben a sí mismos, en buena medida debido a las inercias en la formación jurídica" y agrega un comentario de Andrés Ibáñez, en el sentido de que el juez en estos años, padece, en la materia, un cierto síndrome de burgués gentilhombre, es decir, un mal conocimiento o incluso desconocimiento de la verdadera calidad de los instrumentos interpretativos que emplea, por ejemplo, cuando pondera en la aplicación de principios sin plena conciencia del alto margen de discrecionalidad que se abre ante él y la necesidad de justificar adecuadamente su uso y, advierte que tales comentarios no están fuera de contexto, pues estima que es virtualmente idéntica en la judicatura federal mexicana, entre los funcionarios que ocupan una situación intermedia en el contexto de la carrera judicial, pues de un estudio empírico realizado por el Instituto de la Judicatura Federal, se advierte que los secretarios de juzgado, tribunal y de la corte, resultan ser fiel a la ley. Podríamos decir que se contentan con una interpretación literal de la misma.

En ese sentido, González Plascencia[182] apunta: *"[...] los resultados de la investigación [...] a nivel hipotético aún, constituirían el perfil organizacional del poder judicial de la federación (sic), en la mirada de los secretarios de juzgado, tribunal y de la corte. De acuerdo con su apreciación el juzgador federal es fiel sin más a la ley [y] al estado [...] se ajusta a un modelo de juez funcionario que vale más en la medida en la que es experimentado y virtuoso, y [...] prefiere un modelo laboral sostenido en la "confianza" y la lealtad de los colaboradores.*

Advierte Gómez Romero en un artículo que escribió para la revista *Juez, titulado "¿jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda"*, que una cultura excesivamente formal de la interpretación judicial, paradójicamente, contribuye a generar y perpetuar el tipo más peligroso de juez (gentilhombre diría Andrés Ibáñez), esto es, aquel que opera desde una falsa conciencia de los perfiles reales de su propio poder.

Manuel Atienza, considera que en los casos fáciles puede justificarse una decisión a través de un mera deducción (silogismo jurídico), pero cuando estamos en presencia de un caso difícil, el problema se torna más complejo y estima conveniente justificar la decisión a través de principios. Postura que también comparte Ronald Dworkin como se verá en líneas subsiguientes.

En relación con lo anterior, el referido autor dice:

[182] Gómez Romero, Luis, *op. cit.,* p. 18.

la justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos fáciles (y supuesto que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido y puede identificar cuáles son esas reglas válidas a través de la aceptación de criterios de reconocimiento compartidos), la justificación consistirá en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, cuya conclusión ni es una decisión, sino una norma", pero agrega que: "*en los casos difíciles la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica deductiva, deben añadirse los de la llamada razón práctica que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc.*[183]

El autor en cita, refiere que por "caso trágico" debe entenderse aquel supuesto en relación con el cual no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de algún valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico o moral.

Por otra parte, hay quienes señalan que las normas sólo tienen carácter instrumental tendientes a la busca de la justicia, entre ellos podemos citar a Federico de Castro, Emilio Betti y Casals Colldecarrera, quienes coinciden en considerar a las leyes como instrumentos para llegar a la consecución de la justicia, para aquellos que no profesan el positivismo legalista.

En la revista *Equiprudentia* que edita el Poder Judicial del Estado de Chihuahua Juan BMS. Vallet de Goytisolo, cita al filósofo Arthur Kaufmann, quien entiende que la determinación del Derecho no puede efectuarse con un silogismo, porque además de la necesidad de que sea iluminada por un principio, se requiere de un proceso de concreción que es comprensible sólo a partir de las cosas y sus legalidades o estructuras, y para ello señala: "*es preciso recorrer a aquellos momentos de la conformación normativa que posibilitan una ordenación hacia los fines, valores y metas del derecho".*[184] Kaufmann al igual que muchos de los tratadistas citados, no comparte la aplicación silogística de la ley (concepción mecánica de la función jurisdiccional), sino más bien pretende que la interpretación de la norma debe hacerse de tal forma que conlleve a la realización de los fines y valores de la ciencia jurídica.

[183] Atienza, Manuel, *op. cit., nota 1*, p. 9.
[184] Vallet de Goytisolo, Juan BMS, "Panorámica General de la Interpretación Jurídica", *op. cit.*, pp. 33, 34.

La argumentación jurídica –dice Manuel Atienza[185] va más allá de la lógica jurídica, pues los argumentos jurídicos pueden ser estudiados también desde una perspectiva que no pertenece a la lógica; por ejemplo, desde una perspectiva psicológica o sociológica, o bien, desde una perspectiva no formal, que a veces se denomina "lógica informal" y otras veces "tópica", "retórica", "dialéctica", etc.

Chaim Perelman, que es citado por Atienza en su obra "*Las razones del Derecho",* señala que la lógica jurídica no constituye una rama de la lógica formal aplicada al Derecho, porque para Perelman, los razonamientos de índole jurídico no pueden verse reducidos a razonamientos lógico-formales, sino que es más bien, una rama de la retórica, incluso advierte que la argumentación jurídica es el paradigma de la argumentación retórica y, haciendo alusión a Aristóteles que afirmaba que el papel de la lógica es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, mientras la lógica jurídica lo que pretende es mostrar la aceptabilidad de las premisas y la lógica judicial, se presenta no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del Derecho y su funcionamiento en la sociedad. Pero refiere Atienza, que Perelman va más allá porque a diferencia de Aristóteles (quien consideraba la estructura del razonamiento dialéctico igual al del silogismo), refiere que el paso de las premisas a la conclusión se da de una forma distinta en la argumentación, porque el paso de un argumento a la decisión que se tome, no puede darse en modo alguno de una manera lógica, porque entonces no sería una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o no tomar ninguna decisión.

Atienza[186] afirma que el juez no puede contentarse con efectuar sólo una simple deducción silogística al resolver un caso concreto, sino que debe remontarse a la "intención" del legislador, pues lo que cuenta es el fin social perseguido por éste, de ahí que se vea obligado a salirse de los esquemas de la lógica formal y a realizar diferentes técnicas argumentativas en la investigación de la voluntad del legislador. Agregando, que el razonamiento jurídico no es ya una simple deducción silogística, ni tampoco la búsqueda de una solución equitativa,

[185] Atienza, Manuel, *op. cit., nota 2*, p. 46.
[186] Ibidem, p. 84.

sino la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el Derecho.

Para Siches, como se dijo, la interpretación del Derecho no debe hacerse en base a la lógica tradicional, porque ésta resulta insuficiente para resolver el problema concreto o nos puede llevar a una solución no esperada y, propone una interpretación por medio del *logos de lo razonable* o *de lo humano*, porque considera que existen otros razonamientos distintos de la lógica tradicional, los cuales nos van a suministrar el modo correcto de resolver el problema; por lo que tales razonamientos nos conducen al campo del logos, al campo de la lógica, pero no de la lógica tradicional. A este respecto, Siches afirma:

> *Cuando experimento que los métodos de la lógica formal tradicional son incapaces de darme la solución correcta de un problema jurídico, o que me llevan a un resultado inadmisible, frente a esos métodos no opongo un acto de arbitrariedad, un capricho, sino que opongo un razonamiento de un tipo diferente, que es precisamente el que nos pone en contacto con la solución correcta, la solución justa, es la razón aplicable al caso; es la razón que nos permite dominar el problema. En cambio la otra lógica, la físico-matemática, se muestra incapaz de dar la solución correcta al caso planteado.*[187]

Carlos I. Massini, citado por Sánchez Vázquez, critica al silogismo por considerar que el ordenamiento legal no es lo suficientemente completo, porque una norma jurídica no puede tener carácter universal.

Hemult Coing, advierte: *La aplicación de la ley no puede proceder nunca de un modo exclusivo en la forma de la inferencia puramente lógica, subsumiendo una determinada actividad vital bajo los conceptos generales de la ley. La aplicación de la ley es más bien siempre valoración de los hechos según los juicios de valor contenidos en el derecho.*[188]

Perelman refiere que proclamar la omnipotencia del legislador y en la creencia en su infalibilidad, es tener una falsa apreciación de la realidad, ya que existen lagunas en algunas leyes, las cuales no puede suplir sino mediante formas de razonamiento que no sean las de la lógica formal.

Citando a Perelman, Sánchez Vázquez[189], refiere que en una sociedad democrática es imposible mantener la visión positivista (exegética) según la cual el Derecho no es otra cosa que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano.

---

[187] Recaséns Siches, Luis, *op. cit., nota 1*, p. 133.
[188] Sánchez Vázquez, Rafael, *op. cit.*, p. 199.
[189] Ibidem., p. 99.

Para funcionar de una forma eficaz, el Derecho debe ser aceptado y no sólo impuesto a través de la coacción.

Por su parte, Díaz-Aranda[190] advierte que aún cuando existen abogados prácticos que consideran que el Derecho penal sólo es el Código Penal y que basta con un análisis gramatical o exegético del texto de la ley para establecer si una conducta es o no delito. Sin embargo, estima dicho penalista que la dogmática creadora e integradora del Derecho, debe prevalecer sobre la exégesis, pues si se atiende sólo a esta última forma de interpretación, sólo bastaría con aprenderse el Código penal de memoria con un buen método de nemotecnia para ser penalista y así, el Derecho penal se convertirá en una simple aplicación de un artículo que debería describir exactamente la conducta que se ha realizado para ser considerada como delito, como si se tratara de una plantilla de dibujo que debe ajustar exactamente al dibujo que se tiene enfrente. Y señala que ello explica porqué en países como México, en los cuales se sigue mayoritariamente esta idea, el Código penal y las leyes penales son reformados continuamente para contemplar casuísticamente las conductas punitivas.

El autor en cita, señala que no debemos recurrir a la interpretación exegética de la ley, sino que tal tarea debemos dejársela a la dogmática jurídico-penal, pues ésta no se limita nada más al análisis gramatical del texto legal (normativo) y su sistematización, sino que atiende a sus fines y a su funcionamiento en la realidad social.

Por su parte, Dworkin,[191] quien es uno de los principales críticos del positivismo jurídico y de las teorías realistas, considera que las teorías semánticas como el positivismo limitan nuestro lenguaje negándonos la oportunidad de ver el derecho inflexible, dependiendo del contexto o del sentido. El autor en cita, señala que ha habido críticas a la citada corriente positivista, críticas que se les denomina de izquierda, porque creen –quienes realizan tales críticas- que el formalismo del positivismo obliga a los tribunales a sustituir una justicia sustantiva y más rica, que socavaría la política social conservadora, por un tenue sentido de la justicia procesal puesta al servicio de una política determinada y porque creen que el

[190] Díaz-Aranda, Enrique, *op. cit.*, pp. 32 y 33.
[191] Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

auténtico derecho no está constituido por decisiones deliberadas que son las únicas que considera el positivismo, sino también por la moralidad consuetudinaria y difusa. Sin embargo, advierte, que ninguna de las corrientes contra el positivismo sostiene que la teoría teoría dominante falla porque rechaza la idea de que los individuos pueden tener derechos contra el Estado que sean previos a los derechos creados por la legislación positiva.

La teoría del positivismo jurídico que defiende Hart, constituye el blanco perfecto de la crítica de Dworkin, quien considera insuficiente o no viable la sola norma jurídica para la solución de casos difíciles y propone aludir a estándares que no son propiamente normas y que denomina principios. Haciendo una diferencia entre lo que debe entenderse por éste y por directriz política; entendiendo por *directriz política* un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado y por *principio* entiende al estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.[192] Pero también señala la diferencia entre *principios* y *norma jurídica.* Los primeros tienen una dimensión de peso o importancia del que carecen las segundas, pero no son vinculantes. Respecto de los primeros podemos decir, que puede darse un conflicto entre principios y debe elegirse el más importante, el que tenga más peso; situación que no puede darse en las normas, pues cuando una entra en conflicto con otra, debe sustituirse una por otra.

Por su parte, Robert Alexy adopta un concepto de principio cercano al de Dworkin, y señala que la diferencia entre *principios* y *reglas,* no es simplemente una diferencia de grado, sino de tipo cualitativo y conceptual. *Las reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno, y en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida entonces es obligatorio hacer lo que ordena. La forma característica de aplicación de las reglas es, por ello, *la subsunción.* En cambio, *los principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, son *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos

[192] Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 72.

en diversos grados. La forma característica de aplicación de los principios es *la ponderación.*[193] En sí Alexy pugna por un modelo de principios para justificar las reglas del discurso, cumpliendo tal modelo una función explicativa pero en sentido débil.

Advierte Dworkin que estamos completamente rodeados de principios, pero donde parecen tener mayor peso es en los casos difíciles, en donde juegan un papel de suma relevancia en los argumentos que fundamentan juicios relativos a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Además, agrega, que podríamos tratar a los principios como a las normas y, decir que algunos son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica.

Se ha dicho que la principal característica de las normas jurídicas, es que son vinculantes, ello porque existe un poder (órganos del Estado) que puede hacerlas valer (cumplir). Sin embargo, dice Dworkin que un principio también puede ser vinculante y el juez debe tenerlo en cuenta y si bien es verdad, no se puede, generalmente, demostrar el peso de un principio, porque es discutible por naturaleza, como sí se puede demostrar la validez de una norma (acta del congreso o en una resolución judicial), también es cierto, que se puede defender determinado principio y su peso, apelando a una amalgama de prácticas y otros principios en la cual cuenten la implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas.

Cuando se nos presenta un caso difícil, generalmente recurrimos a la famosa "*discrecionalidad jurídica",* pero como ya dije antes, tal discrecionalidad de la que dota al juez, el derecho, no resuelve el problema en la mayoría de los casos, pues de acuerdo con nuestro sistema jurídico, no podemos ir más allá de lo estrictamente prescrito en la ley y, por ello, estimo conveniente, que en tales casos, se permita interpretar la ley a través de principios reconocidos por nuestro mismo sistema jurídico.

[193] Atienza, Manuel. *Las Razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid de 1993, p. 204.

En relación con lo anterior, Dworkin dice:

> *El positivismo se detiene precisamente al borde de esos casos enigmáticos y difíciles que nos obligan a buscar teorías del derecho. Cuando estudiamos estos casos el positivista nos remite a una doctrina de la discreción que no nos dice nada ni nos lleva a ninguna parte. Su imagen del derecho como sistema de normas ha ejercido tenaz influencia sobre nuestra imaginación, por obra tal vez de su misma simplicidad. Si nos desembarazamos de este modelo de las normas, quizá podamos construir otro que se ajuste más a la complejidad y la sutileza de nuestras propias prácticas"*[194]

Además, agrega que una vez que los principios y directrices sean aceptados como derechos, y por lo tanto como estándares que los jueces deben seguir en la determinación de obligaciones jurídicas, de ello se seguirá que ciertas normas deban su fuerza, por lo menos en parte, a la autoridad de principios y directrices políticas, es decir, no exclusivamente a la regla maestra de reconocimiento (Hart).

Dice el autor en cita, que los casos difíciles aparecen cuando un litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, y entonces el juez debe hacer uso de la discreción judicial para resolver el caso (legislar), pero agrega, que cuando lo haga, debe actuar como representante del legislativo, promulgando el derecho que, en su sentir, promulgaría éste de verse enfrentado con el problema, pero ello debe hacerlo a través de argumentos no políticos (que justifican una decisión política), sino de principios.[195] Además, agrega, que las decisiones judiciales rutinarias, que se limitan a imponer los términos inequívocos de alguna ley válida, siempre se justifican por argumentos de principio, aun cuando la ley como tal, haya sido generada por una directriz política.

Dworkin, pugna por concebir al Derecho en relación con la moral, que aquel acuda a principios de justicia material, pues considera que junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen (legislativo o de otra índole), sino por su fuerza argumentativa. Por tanto, la literalidad de la norma puede desatenderse cuando viole un principio.

---

[194] Dworkin, Ronald, *op. cit*., p. 101.
[195] Ibidem., p. 148.

Atienza[196] al analizar su propuesta de una argumentación jurídica comprometida con una ideología política y moral, advierte que: *puede muy bien darse el caso de que el jurista –juez- tenga que resolver una cuestión y argumentar a favor de una decisión que es la que él estima como correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que esa no es la solución a que lleva el Derecho positivo.*

Si el derecho actual se compone de reglas y principios, cabe decir, señala Zagrebelsky,[197] que las normas legislativas son prevalentemente *reglas,* mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente *principios.* El autor citado, señala que a las reglas se obedece, en tanto que a los principios se presta adhesión. Estos nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión o apoyo o de disenso o repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto; en tanto las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente.

Zagrebelsky, señala que en presencia de *los principios* la realidad expresa valores y el derecho funciona como si rigiese un derecho natural; además, según el pensamiento Iusnaturalista, el paso del ser al deber ser resulta posible, porque se asume a la justicia como valor. Los principios no determinan el ordenamiento nadamás a través de derivaciones deductivas que imiten torpemente a las ciencias lógico-formales.

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas,[198] señala que en los países de habla inglesa, la consideración de que el sistema jurídico no se haya sólo integrado por *reglas* sino, además, por *principios*, se ha acrecentado, tan es así, que Zagrebelsky[199] considera que si el Derecho sólo estuviera compuesto por *reglas* "*no sería insensato pensar en la maquinización de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta".* Pero en la medida en que el Derecho contenga principios, la aplicación

[196] Atienza, Manuel, *op. cit*., nota 2, p. 251.
[197] Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit., nota 1*, pp. 109 y 111.
[198] Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato. *Las Razones del derecho natural*, Abaco de Rodolfo de Palma, p. 26.
[199] Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.,* pp. 295 y 296.

de éstos, es distinta al de las normas y requiere que cuando la realidad exija de nosotros una “reacción”, se “tome posición” ante ésta de conformidad con ellos.

La aplicación mecanizada de la ley, se debe, como ya se ha dicho, al positivismo que impera en nuestro sistema jurídico, pero la ley puede no ser justa en algunos casos; por ello, debe, en mi concepto abandonarse cuando el caso concreto así lo requiera, para una solución justa, así Rabbí Baldi, señala:

> *No nos sirva ya la idea de que la ley es la ley (o sea, el derecho es la ley), ni la invitación a desarrollar una ciencia jurídica que no sería sino mera glosa de esa ley. Es preciso plantear la actividad jurídica como el esfuerzo por dar razón de una determinada solución ética a problemas de la convivencia social. Se trata de positivar exigencias jurídicas buscando para ellas respaldo entre el arsenal de razones (valores, principios, normas) que el ordenamiento jurídico nos ofrece.*

En la misma esencia del Derecho gravita un fondo ético. Así Reynoso Dávila afirma que es absurdo pretender concebir el Derecho como un mero esquema formal de imposición inexorable de comportamientos humanos, sin vinculación a la realización de valores y agrega: definir el Derecho como algo meramente formal, vacío de todo contenido, resulta inconcebible,[200] pues, según Francesco Carnelutti, el Derecho positivo no es todo el Derecho y según algunos, no es el verdadero Derecho,[201] pues la función del operador del Derecho no se centra exclusivamente dentro de los Códigos, sino que es más amplia como la misma vida social.

El jurista Reynoso Dávila,[202] considera que los titulares de los órganos del Estado, sin apartarse del cumplimiento estricto de su función jurídica, pueden adoptar en la solución de los conflictos al través de la hermenéutica jurídica, posiciones aparentemente contrarias a los textos legales, cuando éstos por su abstracta generalidad pugnan contra los principios básicos en los cuales se sustenta el orden social, especialmente los de carácter ético y sociológico. Es decir, este jurista pugna por el valor de las normas en función de su contenido (ético y sociológico).

En la actualidad el órgano jurisdiccional no debe conformarse solamente con una voluntad presumida o dada por fórmulas, sino que más bien debe buscar

[200] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.*, p. 28.
[201] Ibidem, p. 30.
[202] Ibidem, p. 32.

la interpretación más equitativa al caso concreto, que le permita decidir de la mejor forma. Pero en casos difíciles, desde mi punto de vista, debe hacerse a través de principios que permita el logro de una resolución justa.

El sistema hermenéutico que tomase en exclusividad el método de la pura lógica, esclavizaría al jurista a fórmulas y a palabras que reducirían su delicada función a la labor de un técnico de gabinete sin conocimiento directo de la vida.[203]

3. Un caso resuelto fuera de la lógica tradicional.

Para dar un panorama respecto de la ineficacia de la lógica formal en la aplicación de casos jurisdiccionales, resulta conveniente hacer hincapié en un caso que ha sido resuelto por Magistrados de los Estados Unidos y que es citado por Ronald Dworkin, en su obra "*El Imperio de la Justicia",* el cual a continuación pasó a resumir en líneas subsiguientes*.*

El caso Elmer

Elmer asesinó a su abuelo (lo envenenó), en Nueva York en 1882. (10) Sabía que el testamento de su abuelo le dejaba la mayor parte de su fortuna pero sospechaba que el anciano, que acababa de volver a casarse, cambiaría el testamento y no le dejaría nada. El crimen de Elmer fue descubierto; Elmer fue condenado y sentenciado a un término de años en prisión. ¿Tenía derecho a la herencia que el último testamento de su abuelo le proporcionaba? Los herederos universales bajo el testamento, aquellos con derecho a la herencia si Elmer moría antes que su abuelo, eran las hijas del abuelo. Sus nombres no fueron registrados de modo que las llamaré Goneril y Regan. Ellas iniciaron una demanda al albacea del testamento pidiendo que la propiedad pasara entonces al poder de ellas en lugar de Elmer. Afirmaban que como Elmer había matado al testador, el padre de ellas, la ley no le otorgaba nada a Elmer.

El derecho sobre los testamentos figura, en su mayor parte, en estatutos especiales, llamados a menudo estatutos de testamentos, que estipulan la forma

[203] Reynoso Dpavila, Roberto, *op. cit.,* p. 91.

que debe tener un testamento para ser considerado válido ante la ley: cuántos y qué tipos de testigos deben firmar, cuál debe ser el estado mental del testador, cómo puede el testador revocar o cambiar un testamento una vez otorgado, etcétera. El estatuto de testamentos de Nueva York, al igual que la mayoría de estatutos en vigor en aquella época, no contenía nada explícito sobre—si una persona instituida en el testamento podía heredar según sus términos si ésta había asesinado al testador. El abogado de Elmer sostenía que como el testamento no violaba ninguna de las cláusulas explícitas del estatuto, éste era válido y como Elmer era instituido heredero en un testamento válido, debía heredar. Declaró que si la corte fallaba a favor de Goneril y Regan estaría cambiando el testamento y **sustituyendo sus propias convicciones morales por la ley.** Todos los jueces del Tribunal Superior convinieron en que su decisión debía estar de acuerdo con la ley. **Ninguno negó el hecho que si el estatuto de testamentos, correctamente interpretado, otorgaba la herencia a Elmer, debían ordenarle al albacea que se la entregara**. **Ninguno dijo que en ese caso se debía reformar la ley en el interés de la justicia**. No estaban de acuerdo sobre la solución correcta del caso, pero su desacuerdo (o al menos eso parece al leer sus opiniones) era sobre cuál era la ley en realidad y sobre qué requería el estatuto cuando se lo leía como correspondía.

Los jueces no estuvieron de acuerdo sobre el impacto de estas palabras en los derechos legales de Elmer, Goneril y Regan porque no estaban de acuerdo en cómo interpretar el verdadero estatuto en las circunstancias especiales del caso.

La opinión disidente, escrita por el juez Gray, argumentaba en favor de una teoría de legislación más popular entonces de lo que es ahora. A veces, está teoría se denomina de interpretación «literal", a pesar de que ésta no es una descripción muy clarificadora. Propone que se dé a las palabras de un estatuto lo que podríamos llamar su significado fuera de contexto, es decir, el significado que les asignaríamos si no supiéramos nada sobre el contexto de su uso o de las intenciones de su autor. Este método de interpretación requiere que no se haga ninguna aclaración con respecto al contexto en el lenguaje general, de modo que el juez Gray insistió en que el verdadero estatuto, construido correctamente, no contenía ninguna excepción para asesinos. Votó a favor de Elmer.

En relación a tal forma de interpretación, agrega Dworkin que los estudiantes de derecho que en la actualidad leen su opinión (juez Gray) sienten un desprecio por esa forma de interpretar un estatuto a partir de un texto; dicen que es un ejemplo de **jurisprudencia mecánica**. Pero el argumento del juez Gray no tenía nada de mecánico. Hay mucho que decir (parte de lo cual sí lo dijo) sobre su método para interpretar un estatuto, al menos en el caso de un estatuto de testamentos. Los testadores deben saber el tratamiento que recibirán sus testamentos cuando ya no tengan vida para poder ofrecer nuevas instrucciones. Tal vez, el abuelo de Elmer hubiera preferido que su propiedad pasara a Goneril y Regan en el caso de que Elmer lo envenenara. O quizá no: podría haber pensado que Elmer, a pesar del asesinato, seguía siendo un mejor objeto para su generosidad que sus hijas. Sería aconsejable que en el futuro los jueces aseguraran a sus testadores que el estatuto de testamentos será interpretado en la llamada forma literal, de modo que los testadores puedan efectuar los arreglos que deseen, con la confianza de que sus disposiciones, por divertidas que parezcan, serán respetadas. Además si Elmer pierde su herencia sólo porque es un asesino, es un castigo más además de la cárcel, por su crimen. Un principio importante de la justicia es que el castigo por un crimen determinado debe ser establecido con anterioridad por la legislatura y no aumentado por los jueces una vez cometido el crimen. Todo esto (y mucho más) puede decirse a favor de la teoría del juez Gray sobre cómo leer un estatuto de testamentos.

Apunta Dworkin, que el Juez Earl quien escribía por la mayoría, utilizó una teoría de legislación diferente, que otorga a las intenciones de los legisladores una influencia importante sobre el estatuto real. «Es un canon familiar de construcción", escribió Earl, "que una cosa que se halla dentro de la intención de los hacedores de un estatuto esté dentro del estatuto como si estuviera dentro de la carta; y una cosa que está dentro de la carta del estatuto no está dentro del estatuto, a menos que esté dentro de las intenciones de los hacedores. (Noten cómo se apoya en la distinción entre el texto que denomina "carta" del estatuto y el estatuto verdadero, al que denomina «estatuto" en sí.) Pensó que sería absurdo suponer que los legisladores de Nueva York que originariamente promulgaron el estatuto de testamentos hayan querido que los asesinos heredaran y, por esa

razón, el estatuto verdadero que promulgaron no contenía esa consecuencia.

Debemos tener cuidado al plantear lo que el juez Earl quería decir sobre el rol que la intención debe jugar en la construcción de estatutos. No quiere decir que un estatuto no pueda tener una consecuencia que a los legisladores no se les haya ocurrido. Esto es demasiado fuerte como para ser una regla general: ningún legislador puede tener en mente todas las consecuencias de cualquier estatuto por el que vota y probablemente los legisladores no contemplaron el caso de los asesinos. No tenían el propósito que éstos heredaran, pero tampoco que no lo hicieren. El propósito de Earl era que un estatuto no tuviera ninguna consecuencia que los legisladores habrían rechazado si la hubiesen contemplado. Quería que los jueces debían interpretar un estatuto que se acercara a los principios de justicia y aplicó al caso Elmer el principio de que "*nadie debe aprovecharse de sus propios errores",* por lo que el estatuto del testamento tendría que leerse para negar la herencia a alguien que ha matado para obtenerla. Este fue el criterio que prevaleció en la mayoría y se negó la herencia a Elmer.

Si bien el caso de Elmer es de naturaleza civil, consideramos pertinente hacer alusión al mismo, en estas líneas para los efectos de evidenciar que bajo el principio de "*nadie debe aprovecharse de sus propios errores",* se resolvió dicho caso, considero de una forma justa, por encima de la literalidad de la ley.

4. Otro caso más

A continuación se relatará un asunto relacionado con un fallo dictado por la Corte suprema de Justicia de la Nación de Buenos Aires, Argentina, en 1980.

Derecho a la vida . Interpretación de la Ley. Transplante de órganos.

El asunto trata de la ablación de un órgano vital (riñón) de Claudia G. Saguir y Dib a su hermano Juan I. Saguir y Dib, quien padecía ensuficiencia renal crónica y necesitaba para seguir viviendo, de dicha intervención quirúrgica y era precisamente su hermana en cita quien podía donar tal órgano, ya que los exámenes clínicos realizados en centros especializados señalaban que era la única dadora posible porque tenía un estudio de compatibilidad del tipo "A" (histoidéntico)., pero el transplante no podían llevarlo a efecto los médicos, porque la donante era menor de 18 años y requerían autorización judicial.

La asesora de menores, presentó a la jueza, su dictamen en el que aconsejó negar la autorización solicitada por los padres de Juan I. Saguir Dib, argumentando que la menor no estaría con capacidad para evaluar las gravísimas consecuencias de la ablación de un órgano vital.

Los padres de los menores impugnaron el dictamen médico y las conclusiones de la asesora de menores, basándose en consideraciones éticas y legales, pero la jueza dictó sentencia denegando la autorización en comento.

Sentencia que también fue apelada y confirmada por la Sala “A” de la cámara en lo civil. Resolución contra la que se interpuso el recurso extraordinario federal, apelándose entre otras cosas, el derecho natural que tiene el ser humano a la vida, a la subsistencia y a la integridad, pero ni en el recurso ni en ninguna parte del proceso, se invocó la inconstitucionalidad de la leyes aplicadas por los jueces; declarándose el aludido recurso improcedente, argumentándose que los argumentos de los apelantes aparecen más como la desesperación comprensible ante lo que parece una irrazonable negativa de los jueces, que una crítica concreta y razonada al basamento del fallo, el cual se estructura en el irrenunciable principio de la esclavitud de los jueces a la ley.

Dicha sentencia fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual consideró que el meollo del asunto radicaba en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del Derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos. Consideró que debía evitarse que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma condujera a vulnerar derechos fundamentales de la persona y prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto, lo cual iría en contra de afianzar la justicia. Estimó que era el *derecho a la vida* lo que se encontraba en juego, **primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva.**

La cuestión radicaba en valorar el derecho a la vida y el derecho a la

integridad corporal. Sin que se pase por alto que la dadora le faltaban dos meses para cumplir 18 años y poder dar por sí su consentimiento para que se realizara el transplante, sin necesidad de autorización judicial; sin embargo, durante ese lapso podría fallecer el receptor.

La Corte Suprema tenía claro que aplicar la ley de forma mecánica, podría ser injusto y además, ello es incompatible con la naturaleza misma del Derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia.

Ordenando la Corte dejar sin efecto la sentencia recurrida y atento a la urgencia del caso, autorizó a la menor Claudia G. Saguir y Dib, a que se le practicara la ablación de uno de sus riñones para ser implantado a su hermano. Para una mejor comprensión, se agrega como anexo copia fotostática de la publicación del fallo 302:1284 (1980).

Como puede verse, la aplicación mecánica de la ley, en algunas ocasiones, no resuelve de la mejor manera el problema jurídico de que se trate, debiéndose recurrir a principios que se basan en el derecho natural que se encuentran reconocidos por la misma legislación. En mérito de lo anterior, es como en el capítulo siguiente, analizaremos algunos casos reales cuya solución más aceptable encuentra cabida fuera de la aplicación silogística de la ley.

CAPÍTULO CUARTO

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL POR PRINCIPIOS

"La administración de justicia requiere jueces comprometidos en la defensa de las libertades públicas, con un profundo sentido de justicia, valientes y justos que asuman con dignidad la libertad que la ley les otorga para decidir"

Narváez Osorio, Guillermo *[*]

Hasta aquí se han señalado los diversos métodos interpretativos de los textos jurídicos, así como las diferentes corrientes que existen acerca de los mismos, la influencia que tuvo y sigue teniendo en algunos países como el nuestro y por ende, en nuestro Estado, el positivismo jurídico en la materia, el abuso del legalismo en salvaguarda del principio de seguridad jurídica, las múltiples críticas de las que ha sido objeto la referida corriente positivista, lo cual nos ha servido mucho para dejar asentado que en algunos casos sometidos a la jurisdicción de una autoridad judicial, puede resultar insuficiente el contenido de cierta norma jurídica o bien, puede incluso, conducirnos a una solución del caso no del todo justa, lo que indudablemente pondría en entredicho la verdadera misión del juez como tal, pues como bien dice Reynoso Dávila: "*la justicia es la estrella polar que debe guiar siempre, sin excepciones, la función del jurista".*[204]

1. La forma en que los servidores judiciales que tienen la tarea de resolver problemas jurídicos interpretan la ley penal en el Estado

A través de una encuesta realizada por el suscrito a treinta servidores judiciales, de los cuales diez son hombres y veinte mujeres, que tienen la importante tarea de administrar justicia en nuestra Entidad dentro del Poder Judicial, logré darme cuenta que queramos o no, estamos tan influenciados por el positivismo jurídico que al interpretar los contenidos legales, lo hacemos de tal manera que no nos apartamos en ningún momento de las prescripciones de la ley

[*] Narváez Osorio, Guillermo, *Informe de labores primer semestre 2001*, Poder Judicial del Estado de Tabasco.

[204] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.*, p. 2.

(de una forma literal), aún cuando hagamos uso del famoso *arbitrio judicial*, pues éste solo puede tener el alcance que la misma ley le concede.

Lo anterior, como ya se ha dicho, tiene justificación porque nuestra Constitución Política, así lo ordena en su arábigo 14, tercer párrafo, que literalmente dice:

> *"...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate..."*[205]

Sin embargo, reitero, que hay casos por llamarlo así, difíciles o trágicos diría Atienza, en los que la ley puede no ofrecernos una solución justa y como consecuencia, no convenza al auditorio universal como advierte Perelman, es decir, a la sociedad y, por ende, no se alcance el objetivo buscado por el orden jurídico "el bien común".

En nuestro Estado, de acuerdo a la encuesta a que hice referencia en líneas precedentes, los encargados de interpretar la norma jurídica y aplicarla a los casos concretos, no nos atrevemos a interpretar la ley penal por medio de estimaciones valorativas, aún cuando aceptamos que hemos tenido casos en los que la ley no nos ofrece la solución justa, porque somos fieles a la letra de la ley, independientemente de que existan diversos métodos para desarrollar la labor interpretativa, y de los cuales en nuestros proyectos o resoluciones hacemos uso; sin embargo, por ningún motivo nos apartamos de la ley cuando la misma no nos ofrece una solución justa o la que nos da no es las más justa.

La mayoría de los encuestados expresó conocer el contenido del precepto 14, de nuestra Carta Magna, en lo relativo a la forma de interpretar la ley penal y además, aceptó que en sus proyectos de resoluciones o en éstas, aplica el silogismo jurídico; sin embargo, admitieron que en la práctica judicial en alguna ocasión se han encontrado frente a algunos asuntos que no ha sido justo decidirlo conforme a las prescripciones legales; por lo que no en todos los casos se debe

---

[205] Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.,* p. 237.

ser legalista, porque la seguridad jurídica no debe sobreponerse al principio de justicia.

De la encuesta realizada a jueces y a secretarios de estudio y cuenta, así como auxiliares de Magistrados dentro del ámbito penal, y de la práctica del suscrito dentro de la administración de justicia, me he dado cuenta que se conoce el contenido del precepto 14, de la Constitución Política del País en cuanto a la manera de interpretación de la ley penal, así como que dada quien tiene conocimiento acerca de la legalidad y de la corriente del positivismo jurídico, así como de la ineficacia del silogismo judicial a la que se recurre de manera constante, debido a que somos legalistas aún cuando no queramos y por ello, constantemente, sino es que en todos los casos que tenemos a nuestra consideración, recurrimos como ya se dijo, al silogismo jurídico sin importarnos que la solución que nos ofrece la ley sea o no justa y si bien, a veces recurrimos a la jurisprudencia o a diversos métodos interpretativos (sistemático, lógico, histórico, teleológico, etc.), para interpretar la norma penal, ello, desde mi punto de vista, en algunos casos, no resuelve el problema satisfactoriamente, porque no puede ir más allá de lo que la ley prescribe y si ésta no ofrece una solución justa, seguimos en lo mismo; por lo que estimo pertinente, al igual que todos los encuestados, para una mejor administración de justicia en nuestro Estado, recurrir a la interpretación y resolución de los problemas jurídicos a través de principios, cuando la solución que se considere justa no se encuentre en la ley escrita.

2. Algunos casos prácticos resueltos conforme a las prescripciones legales, pero que pudieron ser resueltos de una forma más justa conforme a principios

A continuación me voy a permitir exponer algunos asuntos prácticos que han sido resueltos por algunos de los que de una u otra forma, estamos encargados de administrar justicia en el Estado, en nuestra labor diaria dentro del Poder Judicial.

Primeramente voy a hacer alusión al precepto hoy derogado 131, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Tabasco, cuyo texto, en lo conducente decía:

> *"...Si no hay detenido y se trata de delitos cometidos con dolo, cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, sanción no privativa de la libertad o alternativa que incluya una sanción diversa de la prisión, el Ministerio Público dispondrá de dieciocho meses para integrar la averiguación y ejercitar la acción, contados a partir de la formulación de la denuncia o la querella. En los demás casos, tratándose de delitos dolosos, el plazo al que se refiere este párrafo será de cinco años. En el supuesto de delitos culposos, el plazo se reducirá en seis meses. Los plazos previstos en este artículo se entienden sin perjuicio de las reglas de prescripción establecidas en el Código Penal. Si transcurren los plazos antes señalados sin que se ejercite la acción, se archivará la averiguación con efectos definitivos, bajo las reglas correspondientes al no ejercicio de la acción penal..."*[206]

La anterior transcripción legal, en opinión del suscrito, dejó muchos casos impunes, es decir, sin solución justa, pues tanto la primera como la segunda instancia del Tribunal Superior de Justicia del Estado, por lo que hace a los delitos culposos, interpretaba tal artículo de la forma siguiente: que el plazo que tenía el agente del Ministerio Público investigador para integrar y ejercitar la acción penal, era de doce meses, pues según se interpretaba dicho precepto, disponía que debía reducirse el plazo de dieciocho meses para el delito sancionado con más de ocho años de prisión, entratándose de ilícitos de índole culposa, por lo que la autoridad ministerial tenía un año contado a partir de la presentación de la denuncia o querella, para integrar debidamente sus diligencias de averiguación previa y ejercitar la acción penal respectiva ante la autoridad jurisdiccional que le correspondiera conocer del caso; de tal forma que si lo hacía después de dicho

[206] Decreto número 172, de fecha 18 de octubre de 2002, del suplemento al periódico oficial del Estado, número 6279, de fecha 9 de noviembre del referido año.

término (un año), debía decretarse por el Tribunal respectivo, el archivo definitivo de la causa por ejercicio extemporáneo de la acción.

La citada forma de interpretar (literal) el numeral en cita, dio cabida a que diversos asuntos que el suscrito tuvo la oportunidad de conocer y realizar el proyecto de resolución, quedaran sin alcanzar una solución justa, pues en muchos de esos casos, no obstante de que las pruebas recabadas durante la averiguación previa, al ser valoradas conforme a los preceptos que consagran la valoración jurídica de la prueba, permitieran acreditar hasta el momento procesal determinado (pedimento de orden de captura o resolución de la situación jurídica en caso de consignación con detenido), el cuerpo del delito de que se tratara, así como la probable responsabilidad penal del consignado o consignados, el juez de primera instancia o en su caso, la Sala que estuviere conociendo del asunto con motivo de apelación, procedían a decretar el archivo definitivo de la causa bajo las reglas del no ejercicio de la acción penal, precisamente porque ésta acción, según la interpretación literal del artículo en comento, había sido ejercitada de manera extemporánea.

La anterior forma de interpretación, se justificaba precisamente en el principio de certeza jurídica a que se hizo alusión en el capítulo segundo de este trabajo, que por disposición del artículo 14 de la Constitución Política del País, impera en la materia. Sin embargo, desde mi punto de vista tal forma de interpretar la ley por salvaguardar el aludido principio, no era la que permitía resolver justamente el problema, pues en los casos, en que los medios probatorios acreditaban la existencia del delito y la probable responsabilidad penal del activo (requisitos de los artículos 16 y 19, de la Constitución General de la República), había que pensar la situación en que quedaban los derechos de la parte ofendida, y cabe hacer alusión que en algunos asuntos se trataba de delitos que dejan huella material o psicológica (homicidio culposo, lesiones culposas o daños culposos). No es justo que por un tecnicismo hallamos dejado de hacer justicia, además la principal causa que influyó en los legisladores para que por decreto de fecha 18 de octubre de 2002, se haya derogado el multireferido precepto 131, del Código Procesal Penal Local, fue la confusión que creaba dicho numeral con los

plazos de la prescripción de la acción penal, pero considero, que si nuestra legislación, partiendo de la Carta Magna, nos permitiera resolver conforme a principios, hubiéramos podido anteponer al principio de certeza jurídica, el de justicia, y no recurrir después de tantos casos impunes, a derogar el precepto como finalmente se hizo mediante el decreto número 172 aludido. El daño ya está hecho.

Para los efectos de este trabajo sería ocioso pretender plasmar todos los proyectos de resolución que fueron aprobados por los Magistrados integrantes de la Tercera Sala Penal, en los que se resolvió de la forma aludida en líneas precedentes y que por las razones aludidas, era lo correcto atendiendo al principio de legalidad, pero me permitiré transcribir la parte conducente de uno de ellos, en el que después de copiar el citado precepto 131, del Código Procesal Penal Local, se dijo:

> *"En efecto, de este dispositivo legal, se obtiene que entratándose de delitos culposos, el plazo que tiene el Agente del Ministerio Público Investigador para integrar y ejercitar la acción penal, será de dieciocho meses, si el delito no está sancionado con más de cinco años de prisión, mismo plazo de dieciocho meses que se reducirá en seis meses y en el caso que nos ocupa, como bien lo argumentó el a quo, el órgano investigador ejercitó acción penal en contra de----, por el ilícito de DAÑOS CULPOSOS, cometido en perjuicio de -----, cuando ya había fenecido el plazo establecido por el numeral 131 en cita, esto es, los doce meses, contados a partir de la presentación de la querella respectiva y, tomando en consideración que el ilícito de DAÑOS CULPOSOS, que se le atribuye al inodado, está sancionado por el numeral 175, fracciones II y IV, en relación con el 61 y 62, del Código Penal, la penalidad máxima de dicho delito es de cuatro años, tal y como se deduce del numeral 62 en cita, que señala que los delitos culposos se sancionarán con una penalidad cuyo mínimo será de tres meses y el máximo equivalente al mínimo de la sanción asignada para el correspondiente delito doloso y que en el caso lo es de cuatro años de prisión, de acuerdo a lo dispuesto por la fracción IV, del invocado artículo 175, del Código Penal vigente; por lo tanto, al no rebasar la pena de prisión de cinco años el delito que se le imputa al inculpado ----, nos encontramos en el primer supuesto a que se refiere el numeral 131, del Código Procesal en vigor, pero como se trata de delito culposo, los dieciocho meses a que se refiere la primera hipótesis, deben reducirse en seis meses; por lo que el órgano investigador tenía un año para integrar sus diligencias de averiguación y ejercitar acción penal, lo cual evidentemente no hizo dentro de dicho plazo, pues fue el día ocho de enero del año dos mil, en que los ofendidos interpusieron su querella por los daños que le*

fueron ocasionados a sus vehículos automotrices, en contra de---- y es hasta el día veintitrés y no veinte de enero del año dos mil uno, como erróneamente lo sostiene el a quo y la disconforme, en que el agente del Ministerio Público investigador formalmente ejercitó acción penal en contra de----, por el indicado delito de DAÑOS CULPOSOS"

Otro caso en los que se ha actuado de forma injusta pero en base a la legalidad y certeza jurídica que impera en nuestro sistema jurídico, es el relativo a la diligencia de identificación, confrontación y reconocimiento prevista en el capítulo sexto, del título tercero, del libro segundo, del precepto 97 al 100.

Se conoció a virtud del respectivo recurso de apelación, un asunto en el que estaba acreditado el cuerpo de los delitos de DAÑOS, LESIONES y ROBO EN PANDILLA, así como la probable responsabilidad penal de los activos, en su comisión, pues existía la denuncia de los ofendidos (tres personas), la fe de daños al vehículo de uno de ellos y en el que iban abordo cuando fueron interceptados por los activos, la fe ministerial del vehículo en el que andaban éstos (cuyas características coincidían perfectamente con las proporcionadas por los ofendidos), la fe ministerial de las lesiones que éstos presentaron y que le fueran ocasionadas por los inculpados, el dictamen médico que el perito oficial suscribió en su favor, así como la diligencia de identificación, confrontación y reconocimiento llevada a efecto ante la Representación Social, en donde los ofendidos, atrás de la cámara de hetshell, lograron identificar perfectamente a sus atacantes dos días después de los hechos, describiendo la forma en que vestía cada uno de ellos y la conducta delictiva que desarrollaron el día del evento.

La segunda instancia, estimó que con los referidos medios probatorios se acreditaba la corporeidad de los delitos, más no así la probable responsabilidad penal de los activos en su comisión, porque la diligencia de identificación, confrontación y reconocimiento, no reunía todos los requisitos del numeral 98, del Código Procesal Penal en vigor, pues como eran varios (tres) activos, debieron realizarse tres diligencias por separado tal y como lo ordena el citado precepto, lo cual no se hizo, pues se llevó a efecto sólo una y en la misma los ofendidos identificaron y reconocieron a los inculpados; por lo que al no tener valor la citada diligencia por una deficiencia técnica en su desahogo, sólo se tenían las querellas de los ofendidos que se estimaron insuficientes jurídicamente para demostrar la

probable responsabilidad penal de los activos y se ordenó su inmediata libertad (cabe hacer hincapié que éstos no radicaban en este Estado).

De lo anterior, se desprende que, por una deficiencia técnica se dejaron impunes varios ilícitos. Se interpretó la ley penal de manera literal, pero bien, en aras de cumplir con el fin supremo del Derecho "la justicia", pudo habérsele otorgado valor indiciario a la citada diligencia y así estimar de manera probable y circunstancial, acreditada la responsabilidad de los activos, máxime que al ser detenidos andaban en un vehículo cuyas características coincidían perfectamente con las que habían proporcionado los pasivos al momento de interponer sus querellas, así como sus características físicas.

***** *Caso de los artículos 206 y 207, del Código Penal en vigor en el Estado de Tabasco*.

A continuación me permitiré extractar parte de algunos trabajos realizados por funcionarios del Poder Judicial del Estado y que fueron analizados por el Doctor Javier Saldaña Serrano, en la maestría de Derecho Judicial que impartió el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en colaboración con el Tribunal Superior del Estado,[207] en los que a su juicio, debió resolverse conforme a principios y no a lo descrito en la ley penal. Empezaré por hacer alusión a un trabajo en el que se consideró que uno de los derechos fundamentales de todo ser humano es el derecho a la vida y que debe preservarse sobre todas las cosas[208]; sin embargo, existen otros dos derechos que son considerados igualmente fundamentales para el desarrollo armónico que todo humano debe tener y que son el derecho a la salud y a la familia, y es en estos dos últimos en los que se desarrolló dicho trabajo.

El autor de dicho trabajo señala que siempre ha sostenido y compartido lo concluido en clase; respecto de que no todo debe de ser de estricto derecho o derecho positivo en la aplicación y ejercicio de nuestra profesión; pues los jueces y

[207] Convenio número 14311-1161 suscrito por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, para la impartición de la maestría en derecho judicial, de fecha 10 de octubre del año 2003.

[208] Trabajo elaborado por el Licenciado Juan Adán Rodríguez Ocaña, con nombramiento de Juez Penal de Primera Instancia en el Estado de Tabasco.

aplicadores de las normas legales pueden crear y hacer valer los principios de justicia; principios fundamentales que muchas de las veces aún dándonos cuenta lo desatendemos y nos volvemos totalmente aplicadores del derecho positivo; ya que por ningún motivo queremos apartamos de lo dispuesto en la norma ignorando que con tal proceder lejos de hacer justicia muchas de las veces atropellamos a ésta. Poniendo por encima la aplicación irrestricta de la norma.

Analiza el autor del trabajo en cita, el caso de los artículos 206 y 207, del Código Penal del Estado que literalmente establecen:

> "...*Artículo 206. Al que no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de las personas con las que tenga ese deber legal, se le aplicará prisión de seis meses a dos años, multa de cincuenta a doscientos cincuenta días multa y suspensión de uno a cinco años de los derechos de familia en relación con aquéllos*...".
>
> "...Artículo 207. *Si la omisión mencionada en el artículo anterior ocurre en incumplimiento de una resolución judicial las sanciones se incrementarán en una tercera parte*...".

El primer precepto describe la regla general que se requiere para encuadrar el elemento típico del delito; pero en el segundo se prevé un aumento de sanción que implica considerar al delito como calificado.

Considera preciso destacar que en nuestro Estado, el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, acorde a lo dispuesto por el artículo 115, del ordenamiento procesal penal vigente en la Entidad, es un delito de querella y en todos los delitos de querella procede el perdón; sin embargo, también existe una norma contradictoria en nuestro ordenamiento procesal penal específicamente en el artículo 145*,* último párrafo que establece "...*Para los efectos de este artículo, se entiende por calificativa, toda hipótesis que de actualizarse implique un aumento en la sanción prevista para cualquier delito*. De lo que se desprende que acorde a este último precepto, toda hipótesis que implique un aumento en la sanción se considera una calificativa; y tomando en cuenta que el artículo 207 del mismo Código, establece un incremento en la sanción, lo que conlleva aplicando estrictamente dicho artículo, a que un delito de

querella como lo es el que se viene analizando de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar se califique y como consecuencia de ello se le niegue al implicado el beneficio de su libertad provisional, aún cuando éste repare los daños dentro de la instrucción del procedimiento y cuente con el perdón de la ofendida, pues al ser calificado ya no opera el perdón en dicho ilícito que por su naturaleza es de querella.

Justifica lo anterior, el criterio emanado de la circular número 0036 de fecha veintiocho de mayo del año dos mil dos, aprobada por unanimidad por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado, en el que les ordena a los jueces que no procede el sobreseimiento por virtud del perdón; agilicen los trámites para dictar sentencia misma que se dicta única y exclusivamente para cumplir la “norma procesal” y fijar antecedente en el sentenciado (circular que se adjunta como anexo a este trabajo). Lo anterior se traduce en que muchas veces dentro de la instrucción encontramos ofendidas que no sólo se dan por reparada de los daños sino que le otorgan el perdón a sus esposos, concubinos y padres de sus hijos con la finalidad de que éstos puedan obtener su libertad y no perder el trabajo, que a final de cuenta es con el que obtienen los recursos para proporcionar los alimentos que en muchas ocasiones por desidia o por cuestiones circunstanciales o imprevistos que surgen dejan de aportar oportunamente; lo que los conlleva a ser procesados por el delito en comento en las modalidades contenidas en los artículos 206 y 207, del Código sustantivo de la materia; privándolos de su libertad sin derecho a fianza y sin que proceda el sobreseimiento por virtud del perdón otorgado por la propia ofendida; y es ahí donde las ofendidas quienes fueron las que en un principio solicitaban el ejercicio de la acción penal con la finalidad de que le repararan los daños, al ser satisfechos éstos y ver al padre de sus hijos privado de su libertad y muchas veces a punto de perder su trabajo, son ellas mismas quienes les piden a los jueces les concedan fianza para que no se queden sin trabajo sus respectivos obligados alimentarios (esposos, concubinos etc.) y es donde muchas veces, el juez o aplicador de las normas queda entrampado entre el derecho y la justicia; pues aún cuando no debe perderse de vista que el derecho a la familia y a la salud de los que todos tenemos, tienen una estrecha vinculación

con el derecho que tienen todos los acreedores alimentarios a una correcta y sana alimentación, pues como el mismo artículo 304, de nuestro Código Civil establece que la obligación de dar alimentos es recíproca, tanto el que los da tiene a su vez derecho a pedirlo, y comprende comida, vestido, habitación, y respecto de los menores los gastos necesarios para una buena educación.

Muchas de las veces cuando se está frente a un caso en particular como el que se comenta, tanto jueces como Magistrados se van a la irrestricta aplicación de la norma positiva negándoles el beneficio de la libertad provisional bajo caución y a su vez declaran inoperante el sobreseimiento por virtud del perdón otorgado por la propia ofendida; conllevando lo anterior, a no sólo privar de la libertad que es otro derecho fundamental de todo ser humano, sino que además, se le ocasiona trastornos y contratiempo laborales, que muchas de las veces terminan privándolos también del derecho al trabajo; luego entonces, como una opinión muy particular señala quien elaboró el trabajo que dichos dispositivos emanados de una estricta aplicación del derecho positivo se contraponen a los principios fundamentales que emanan de los derechos a percibir alimentos; pero estos cambios no deben de venir únicamente de ciertas personas; sino los mismos deben de venir de arriba hacia abajo proponiendo que haya una apertura de las instancias superiores para que no nada más en los casos en que se menciona apliquen irrestrictamente la ley; sino que se debe usar el sentido común, yo diría más bien apreciaciones con contenido ético, impregnados de valoraciones, pues no debemos de perder de vista que el derecho a percibir alimentos se deriva del derecho a la vida siendo este un derecho originario cuya procedencia es un mero hecho biológico dignificado por el hombre y su propia naturaleza.

El derecho a la vida propio de todos los hombres en cualquier momento y circunstancia es un derecho natural del cual se derivan las demás normas; por ello considera que los cambios resultan necesarios y los criterios deben ser más abiertos a fin de no privar a quienes menos culpa tienen de la estricta aplicación de la norma y que en el caso en particular lo son los acreedores alimentarios; pues son a éstos a quienes a final de cuentas perjudicamos con tal forma de interpretar la ley, pero advierte el citado jurista que tales cambios, como se concluyó en

clase, deben de venir de arriba hacia abajo; pues nuestros superiores muchas de las veces resuelven a través de las constancias procesales, pero es necesario que tengan presente que en variadas ocasiones los principios deben de prevalecer por encima de las normas.

Concluyéndose:

“Es innegable la obligación de proporcionar los alimentos por parte de quienes tienen ese deber legal (padre, esposo, concubino, etc.) pues es un acto de elemental justicia, cuyo fundamento está en la dignidad misma del ser humano. Es un deber moral que se deriva del sistema de valores morales, también es un deber jurídico porque forma parte de un conjunto racional de normas declaradas como obligatorias por el poder público a fin de coordinar en forma objetiva las relaciones entre varios sujetos, pero entre ambas respuestas del ser humano al deber jurídico y al deber moral, existe un vínculo fundamental que se ubica dentro del derecho natural, dado que si bien es cierto la voluntad es la fuente del derecho positivo, de los deberes y obligaciones que de él emanan, es también la voluntad la que debe de prevalecer en una norma; pues en el ejemplo referido, si bien es cierto, existe la voluntad del acreedor alimentario de exigir los alimentos; también lo es, que existe la voluntad de este acreedor alimentario de darse por reparado de los daños y otorgar el perdón a su obligado con la finalidad de que proceda el sobreseimiento de la causa penal y a su vez resulta innegable que satisfecho lo anterior adquiera la libertad el procesado. Cosa que no sucede en nuestro Estado en base a lo dispuesto en la norma y que lejos de favorecer la voluntad del peticionario de alimentos le quebranta la voluntad de perdonar con la finalidad de que (su esposo, concubino, padre de sus hijos) no pierda el trabajo y por ende, pueda seguir cumpliendo con su deber de proporcionar alimentos.

La figura típica delictual de sustracción de menores, del que tenía la custodia el padre, por parte de su madre, no constituye delito.

El caso a estudio, fue presentado por otro alumno en la maestría de derecho judicial.[209]

Por cuestiones institucionales y profesionales, se omitirán los nombres de las personas implicadas en este asunto.

hecho: La ciudadana ----, el día nueve de enero del año dos mil cuatro, madre de las menores ----, de apellidos ---- (de tres y cuatro años de edad), pero sin poseer la tutela de éstas, las sustrajo de la guarda y custodia legítima que ejercía el padre de las menores, debido a que tal y como le fue ordenado en sentencia definitiva de fecha doce de enero de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el juzgado civil de primera instancia de Paraíso, Tabasco, en el Juicio de divorcio necesario, que entabló el padre de las niñas de nombre ----, donde se declaró disuelto el vínculo matrimonial y se condenó a la inculpada a la pérdida de la patria potestad de las menores en comento, otorgándose ésta al padre de las menores, así como la guarda y custodia, situación que era del pleno conocimiento de la activo.

Pruebas desahogadas en la causa:

1. Declaración del denunciante ----, quien dijo: que su ex esposa ----, es la persona que el día nueve de enero del año actual (2004), sin poseer la tutela de las menores ----, de apellidos ----, de tres y cuatro años de edad respectivamente, las sustrajo de su custodia legítima, reteniéndolas sin el consentimiento del pasivo, a quien correspondía ejercer la patria potestad de dichas menores, tal y como fue ordenado en sentencia definitiva, dictada por el juzgado civil de primera instancia de ----------, en el juicio de divorcio necesario promovido por el hoy agraviado, resolución en la cual se declaró disuelto el vínculo matrimonial y se condenó a la hoy inculpada a la pérdida de la patria potestad de las menores en comento, y esta le fue otorgada al ofendido, así como la guarda y custodia.

[209] Trabajo elaborado por el Licenciado Moisés Palacios Hernández, con nombramiento de Juez Penal de Primera Instancia en el Estado de Tabasco.

2. Requerimiento Ministerial de entrega de las menores, realizada en la ciudad de ----------, de fecha dieciocho de enero del año dos mil cuatro, en la que la requerida acusada, se negó a entregar a las menores ----, de apellidos ----, a su padre.

3. Testimonios de cargo de ---- y ----, quienes se conducen en similares términos al ofendido, manifestando que el día viernes nueve de enero del año dos mil cuatro, aproximadamente a las trece horas, caminaban rumbo a su trabajo, pero al pasar por el jardín de niños “Elpidio López Escobar”, observaron que la señora ----(acusada), se encontraba parada a un costado sobre la banqueta cerca de un vehículo (describen las características del mismo) que se encontraba estacionado frente al templo Centro Evangelístico “Lirio de los Valles”, en el boulevard Leandro Rovirosa Wade y que esta señora junto con otra de aproximadamente cincuenta años de edad, acompañada de una persona del sexo masculino, tomaron a las menores ----, de apellidos ----, en la puerta del citado lugar, llevándolas a donde se encontraba la hoy inculpada, y ya con ellas las subieron al vehículo citado, por lo que tomaron el número de placas del vehículo, que saben que el ofendido ------- tiene a las menores bajo su custodia, pues desde hace aproximadamente diecinueve años lo conocen.

4. Copia certificada de la sentencia definitiva y auto de ejecutoria dictados en el juicio de divorcio necesario promovido por el ofendido ----, en contra de la acusada ----, resolución en la cual se declaró disuelto el vínculo matrimonial y se condenó a esta última a la pérdida de la patria potestad de las menores en comento, y ésta le fue otorgada al ofendido.

5. Copia certificada de las actas de nacimiento de las menores ----, en las que consta que la primera de las citadas tiene tres años de edad, y la segunda tiene cuatro, siendo hijas del ofendido y acusada.

6. Declaración de la acusada, quien negó los hechos que se le atribuyen, manifestando que no sustrajo a las niñas, sino que las encontraron en la calle cerca de la puerta de su casa, muy sucias y descuidadas de salud.

7. Careos entre la acusada con el querellante y los testigos de cargo, en donde todos se sostuvieron en sus dichos y no se obtuvo nada relevante.

8. Opinión pericial del psicólogo Marco Antonio Ruiz Ortiz, quien recomendó que las menores, por contar con tres y cuatro años de edad, deba encontrarse asistidas por su madre, ya que es necesario el afecto de ésta para con ellas, por la dependencia natural y psicológica que se mantiene entre ellas, la cual empieza a interrumpirse a partir de los siete años de edad; por ello se recomienda que no se separe a las menores de su madre. Respecto a la C. ----(acusada), se encuentra bien orientada en sus tres esferas espacial, temporal y personal; así como tampoco se le identificó patología alguna, por la cual se pudiera considerar psicológicamente afectada.

La norma jurídica: El hecho fue encuadrado en la hipótesis contenida en el artículo 2O9bis, del Código Penal vigente en el Estado de Tabasco, que dice:

> "...*Cuando el ascendiente o pariente consanguíneo colateral, sin limitación de grado o por afinidad, hasta el cuarto grado, de un menor, lo sustraiga del domicilio donde habitualmente reside o de algún otro lugar, en el que por razón de su educación, atención medica, psicológica o equivalente, se encuentre, lo retenga o impida que regrese a su domicilio, o lo cambie de éste injustificadamente, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia, o en desacato de una resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre o a quien legalmente le corresponda convivir con el menor, se le aplicará una pena de uno a tres años de prisión y de cincuenta a trescientos días de multa*...".

La resolución tomada: Se dictó sentencia definitiva en contra de la acusada, por el delito de sustracción de menores, condenándola a un año de prisión y a entregar a las menores a su padre, teniendo el juez de primera instancia por acreditado el cuerpo del delito y la responsabilidad penal de la acusada, con la imputación del ofendido y con las testimoniales de cargo.

La crítica del mismo juez que resolvió: En el caso particular, considero que a pesar de haberse acreditado en el expediente los elementos que integran el cuerpo del delito de sustracción de menores, así como la plena responsabilidad de la acusada, conforme a los lineamientos establecidos en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado; dado que se

demostró que la mencionada acusada ejecutó la conducta que se establece como punible, así como la plena responsabilidad penal ya que se advierte así de lo sostenido por los testigos de cargo; empero -en concepto del Juez- debió absolverse a la acusada aplicando los principios naturales de la maternidad, de necesidad afectiva y de cuidado, tanto de la madre, como de las menores, en razón de que es la madre de las menores quien las sustrajo y retuvo.

Estima quien presentó el trabajo en análisis, que no debe dejarse de valorar, que en la relaciones afectivas entre madre e hijos, aquella se hace indispensable para los menores y éstas para la madre, ya que es innegable que por razones de la naturaleza así es desde el principio de los tiempos, la naturaleza de la madre es velar por el cuidado de sus hijos, cuidándolos y proveyéndolos de todo cuanto necesitan, hasta de lo mas mínimo, precisamente por ese sentimiento único, con el que son dotadas todas las madres del mundo (yo diría que la mayoría), por su simple sentimiento; tampoco puede negarse que existe ese principio universal del afecto que una madre tiene por sus hijos, de manera innata y que por tal razón tiene dicho principio especial regulación en materia civil familiar, ya que ésta es el pilar fundamental de una familia, de donde se tiene (o al menos así debería ser) que ningún dolo puede tener una madre al sustraer a sus hijos y procurar su cuidado, porque el dolo como principio del derecho penal, es la conciencia que se tiene de que la conducta realizada es constitutiva de delito y se ejecuta ésta con el fin de producir un daño, perjuicio o menoscabo en perjuicio de alguien, lo que no acontece en el caso a estudio.

Ahora bien, en cuanto a estimar que el padre tenía la guarda y custodia de las menores de manera legal, no es menos verdad que ningún agravio se le irroga con la conducta que se juzga, pues no hay ningún daño que pueda irrogarle, que la propia madre de las menores las tenga bajo su cuidado, es decir, aquí existen dos principios por ponderar, el derecho de un padre, para el cuidado y la custodia de las menores, y el de la madre de ellas, para el mismo fin; de ahí que es cierto, ambos tienen derecho a los hijos, regla que no se encuentra escrita, como una norma prescriptiva; empero, es un principio de derecho natural, sin embargo, tampoco existe causa patológica visible, ni afectación psicológica de la madre que

la incapacite para darle los cuidados a sus hijas y afecto, máxime que se debe atender la recomendación del psicólogo, para proteger la salud psicológica de las menores.

También debe sopesarse, que por mera naturaleza, el hombre no está capacitado para otorgar los cuidados que una madre puede darle a sus hijos, por muy padre que sea, no es su función natural, aunque el juez civil le haya otorgado la guarda y custodia de las menores; porque además, es quien debe procurar los medios de subsistencia de éstas, por ende, no estaría en condiciones para realizar estas actividades.

Sin embargo, esta no es la razón fundamental por la que se debe tomar una absolución para la procesada, sino que –según opina el juez- lo es en realidad el sentimiento, porque nadie puede de manera cruel alejar a unas menores de tres y cuatro años de edad del amor de su madre, porque como es sabido, siempre estuvieron apegadas a la mamá, desde su nacimiento y es inhumano, realizar tal actividad, lo que tampoco se pone a prueba, ya que dichas menores resentirán la ausencia de la madre en los primeros años de sus vidas; situación que se recrea de igual manera hasta en las especies de animales no pensantes, al pretender alejar los hijos de éstos cuando todavía no alcanzan su desarrollo individual en lo que a sus sentimientos y cuidados, le proporciona la madre, como sucede en el presente caso.

El Tribunal Superior de Justicia del Estado, actuando en Salas Colegiadas analizó la apelación siguiente:

Este trabajo fue presentado en la maestría de Derecho Judicial, por una funcionaria judicial, secretaria de estudio y cuenta adscrita a la Cuarta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado[210]y trata del delito de homicidio, en el que el sentenciado solicitó al Tribunal de Alzada su libertad condicional en base a una enfermedad grave incurable.

[210] Trabajo elaborado por la Licenciada Abelina Arévalo de los Santos, con nombramiento de secretaria de estudio y cuenta del Poder Judicial del Estado de Tabasco.

Al efecto, el artículo 110, del Código Penal en vigor, textualmente señala: "...*Al que prive de la vida a otro, se le impondrá prisión de 8 a 20 años*...".

Antecedentes de la sentencia de primera instancia:

El sentenciado ----, privó de la vida a otro sujeto y conforme a la teoría positivista, resultó penalmente responsable del delito de homicidio, que se le atribuye, imponiéndole conforme a los lineamientos del numeral 110, del Código Penal en vigor y de acuerdo a la magnitud de culpabilidad media que se le estimó conforme a la forma de ejecución del delito y peculiares del antes citado, 14 años de prisión, sin derecho a beneficio conforme a la disposición de los artículos 73 y 76, de la Ley Sustantiva aplicable y, de acuerdo con el arábigo 34, párrafo séptimo de la misma Ley, pagará reparación de daños, así como será amonestado para evitar su reincidencia e inhabilitado de sus derechos políticos y prerrogativas de ciudadano, conforme a las disposiciones de los artículos 39, 41 al 43, de la referida Ley Sustantiva.

Antecedentes de la apelación:

Por escrito de fecha ----, el condenado impugnó la sentencia definitiva condenatoria, apelando a los principios generales del derecho, razón por la cual en sus agravios, expone lo siguiente:

Los derechos humanos son universales y extienden su alcance a todo ser humano, son indivisibles e independientes y por ello debe darse igual atención y protección de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales.

Los derechos humanos son esenciales para las respuestas a aquellos entes infectados de VIH (SIDA); es sabido que esta enfermedad es la principal causa en el mundo actual, de la mortandad humana, pues el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida hace que el ser humano se vuelva proclive a adquirir infecciones o causar ciertos tipos de cáncer; enfermedad que como sabemos se trasmite en la sangre, en el semen, el líquido pre-seminal, las secreciones vaginales y la leche maternal, pero no se contagia.

El diagnóstico de laboratorio que se realizó al sentenciado, hace algunos meses, detectó una proteína específica del VIH (SIDA); mismo diagnóstico que

resultó en la prueba de conteo de linfocitos, glóbulos blancos y la carga viral, exámenes que dieron respuestas positivas a la citada enfermedad.

Los resultados médicos se demostraron en autos y fueron ofrecidos por la defensa, provenientes de la institución médica del Sector Salud del Estado; pese a ser dictámenes oficiales, fueron ratificados por los galenos que los suscribieron y en los mismos se advirtió la enfermedad irreversible mortal que padece el sentenciado. Asimismo, la parte acusadora, inconforme con los dictámenes médicos, ofreció el peritaje oficial de la Procuraduría General de Justicia en el Estado, corroborando así sin lugar a dudas la enfermedad del VIH (SIDA) que padece el sentenciado.

A lo largo del procedimiento se recabaron informes médicos del interno recurrente, mismos que se agregaron a los autos y sus resultados no se oponen a la libertad condicional que solicitaba, aun cuando se constatara su mala conducta; situación que no acontece en el caso concreto; sin embargo, impera el estado de salud del penado, el cual es con evolución progresiva desfavorable, lo que ha originado que en muchas ocasiones haya tenido que ser internado en centros hospitalarios y excarcelado por dichos lapsos de tiempo, por ello hace ver que tiene motivos suficientes para obtener la libertad condicional que solicita, en razón de la probable evolución de su enfermedad, la cual requiere medidas médicas y no dilatorias hasta que su muerte sea inminente, permitiendo de esta manera que las personas de su entorno más cercanas puedan disfrutar de un periodo de tiempo de convivencia antes de que le llegue el deterioro fatal.

Conforme a lo expuesto, el sentenciado pidió al juez, como uno de los contenidos del derecho fundamental, a la tutela efectiva de la justicia, en virtud de que la resolución judicial dictada en su contra considera que es arbitraria e irrazonada por no efectuar una valoración correcta de pruebas, pues en sus conclusiones de inculpabilidad en la que tácitamente admite su responsabilidad penal, apela a la humanidad y conciencia de quien resolvió su situación jurídica, solicitando el beneficio para sustituir la prisión en razón de la enfermedad que padece; ello da lugar al recurso de apelación que promovió solicitando a la Sala la revaloración de pruebas para obtener la concesión de la libertad condicional, aún

cuando legalmente no cumple con los requisitos del artículo 73, de la Ley Penal en vigor; sin embargo, apela al principio de humanidad en razón de sufrir una enfermedad grave e irreparable, solicitando su excarcelación anticipada.

Al efecto, el apelante cita que el juez de primera instancia, resolvió los autos reconociendo la legalidad de la ley, que nadie pone en duda el fundamento de los beneficios que comprende el articulo 73, de La Ley Penal en vigor en el Estado de Tabasco; sin embargo, también dice el inconforme que no debe ser tratado como medio o cosa, sino como fin o persona y ante ello, apela a la justicia moral para obtener su libertad condicional, por tratarse de un enfermo muy grave con padecimiento incurable.

Por su parte, el día ----, el Tribunal Superior de Justicia en el Estado declaró: la postura que adoptó el A quo, es conforme a la legalidad de la ley; sin embargo, la enfermedad que padece el sentenciado (VIH- SIDA) es grave e incurable, desarrollada con pronósticos de fallecimiento a corto plazo por lo que acorde con la finalidad humanitaria se puede adelantar la excarcelación a algún momento anterior al de la muerte inminente.

De esta manera, la sentencia condenatoria es obvio que da motivo a la libertad condicional de quienes padecen una enfermedad muy grave e incurable, tiene su fundamento en el riesgo para la vida, integridad corporal y salud del sentenciado, respecto de su permanencia en el centro carcelario; desde luego que deben tomarse en cuenta los requisitos del numeral 76, de la Ley Penal en vigor, para obtener la libertad condicional, salvo que la pena de prisión mayor de 3 años deniega todo beneficio; empero la liberación anticipada del reo en el caso concreto, es factible porque la estancia en prisión ciertamente constituye un peligro seguro para su vida, por lo que en interpretación de la norma su excarcelación no puede garantizar la sanidad del mal incurable según diagnóstico, pero permite su mejoría relativa y su evolución lenta, con menos contagios y además, podrá recibir el tratamiento médico adecuado para el caso, incluso el cambio de ambiente coadyuvará positivamente en el aspecto psicosomático en la vida del sentenciado, mientras que su permanencia en la cárcel incidirá

negativamente en el período terminal de la vida, cuyo concepto es indeterminado porque puede ser mas o menos largo.

Entonces nos encontramos ante un reo infectado de VIH(SIDA), con pronóstico a corto plazo de fallecer, según se desprende de los informes médicos, enfermedad que no quiere decir que el sentenciado ha perdido su conducta delictiva; sin embargo, de los estudios socioeconómicos se desprende que goza de acogimiento familiar, que debido a su enfermedad ha gozado de permisos de salida y su conducta en el penal se ha desarrollado con normalidad, hace vida social, resulta adaptado al medio, y ante la razón de su enfermedad solicita la concesión o ventaja del beneficio de la libertad condicional sustentado en derechos fundamentales constitucionales consagrados en el artículo 5, capítulo 2:

Derecho a la Salud

Contemplado como un derecho social fundamental que guarda estrecha relación con el derecho a la vida, pues toda persona debe tener acceso a los satisfactores necesarios; tener acceso preferente a los servidores de salud; recibir orientación y capacitación en materia de salud, nutrición e higiene, así como a todo aquello que favorezca su cuidado personal.

Derecho a la integridad física, psíquica y moral.

Toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: tiene derecho a una vida con calidad; al disfrute pleno, sin discriminación ni distinción alguna, de los derechos que ésta y otras leyes consagran; a una vida libre sin violencia; respecto a su integridad física, psico-emocional y sexual; a la protección contra toda forma de explotación; recibir protección por parte de la comunidad, la familia y la sociedad, así como de las instituciones federales, estatales y municipales; a vivir en entornos seguros, dignos y decorosos, que cumplan con sus necesidades y requerimientos.

Asimismo, tiene derecho:

A un ambiente sano.

Luego entonces, tratándose el sentenciado de un enfermo grave con padecimiento incurable, debió concedérsele la libertad condicional, prevaleciendo la extensión genérica de la norma aplicable, interpretándola, pues es claro que el

numeral 76, del Código Penal en vigor, establece que para determinar cualquiera de los beneficios contenidos en el diverso 73, de la misma Legislación Sustantiva, se requiere ponderar la personalidad del reo, su historial individual, familiar, social y delictivo y la duración de las penas; sin embargo, la constatación de la existencia de la enfermedad grave con padecimientos incurables, ciertamente debe prescindir de estos requisitos valorativos, aplicando de antemano los derechos fundamentales del hombre, cediendo así la legalidad ante las razones de carácter humanitario; por ello, el juez de primera instancia, debió aprobar la libertad condicional, sin la necesidad de ser tan legalista, sólo tomando en consideración los diversos dictámenes médicos que constituyen los autos, aceptando de esta manera la tutela de la justicia; aunado este padecimiento moral, a la buena conducta del penado y a su pronóstico individualizado y favorable de reincorporación social.

De este modo, el A quo, debió referirse a las necesidades sanitarias del reo, para recibir adecuada atención médica y el apoyo familiar o de otro tipo, así como suponer el riesgo intolerable contra la seguridad ciudadana carcelaria, ante la inseguridad pública y desconocimiento educacional de que la enfermedad VIH (SIDA) no se contagia con el simple contacto físico.

Entonces se debe estimar, que los médicos consideran que el sentenciado, es un enfermo de SIDA, con pronóstico grave y letal a corto plazo; que ese mal es progresivo, solamente con una conducta positiva y un buen uso de algún permiso penitenciario previo, supone un beneficio singular o especialmente extraordinario, el cual se extiende a vivir en libertad esa última etapa de su vida, que incluso puede ser de larga duración, por lo que en el caso, ese beneficio condicional para suspender la corporal se enlaza directamente con bienes y derechos constitucionales consagrados que permiten no dilatar la fase terminal de la enfermedad; por todo ello, acreditada la presencia de la enfermedad grave denominada VIH (SIDA), da lugar a que el sentenciado cumpla con los requisitos para acordar la libertad condicional, misma que solicita en su recurso de apelación, petición que se incorpora al recurso contra el denegado beneficio, siendo procedente única y exclusivamente en este caso, el cual se resuelve sobre

dicha pretensión para evitar así que estando interno en el centro penitenciario, deje de tomar la medicación adecuada a su enfermedad.

Así se resume, que el presente caso revela la presencia del VIH (SIDA),enfermedad gravísima con sufrimientos incurables patentes, el reo tiene 28 años, se debilita físicamente e indudablemente delictivamente, su pronóstico de vida es relativamente corto y el ambiente familiar es de acogida; en el penal está sometido a una presión psicológica por parte de sus compañeros quienes ya saben de su enfermedad, el lugar es inhumano para cumplir con las formas de readaptación, circunstancias que serían cruel y la reorientación no tendría sentido para salir de prisión, para agonizar y morir; debido a su debilitamiento físico por la presencia del virus, corre el riesgo de infecciones comunes, por lo que siendo el centro carcelario de gran concentración humana, quizás con un porcentaje de su población también infectada de ese mal, con posibilidad de consumir drogas y al margen de la falta de higiene, no es el lugar indicado para preservar la salud del reo, por lo que ante este argumento iusnaturalista, es positivo concederle la LIBERTAD CONDICIONAL por causas de enfermedad grave-mortal, enlazada directamente con el derecho a la integridad física (la salud), el derecho a la vida y el derecho a un ambiente sano; además, el artículo 22 Constitucional, prohíbe las penas inhumanas.

De esta manera, el razonamiento del juez de primera instancia, fue endurecido conforme a la aplicación estricta de la ley, en tanto que la resolución de la Sala, fue humanitaria, concediendo la LIBERTAD CONDICIONAL al sentenciado, para que sus días de vida restantes se llevaran a cabo en un buen ambiente familiar y sobre todo reciba protección de su salud.

Ahora bien, el caso a estudio, pudo haber sido resuelto incluso conforme al Derecho positivo, sin necesidad de recurrir a argumento iusnaturalistas como se hizo, pues es de advertirse que el precepto 58, del Código Penal vigente en el Estado, en su fracción II, textualmente dispone:

> "*Artículo 58. El juez podrá prescindir de la imposición de alguna o algunas de las penas o medidas de seguridad previstas en este Código, de manera total o parcial, si la imposición resulta notoriamente innecesaria e irracional*

en los casos siguientes: II. Cuando el agente presente senibilidad o padezca enfermedad grave e incurable avanzada.".

De lo que se deduce que al haberse acreditado fehacientemente que el reo padecía una enfermedad grave e incurable avanzada, pudo haberse solicitado en base a tal precepto, que el sentenciado terminara de compurgar su pena con reclusión domiciliaria.

No obstante lo anterior, la forma en que interpretó la ley penal la Cuarta Sala, al haberse solicitado así por el interesado, permite demostrar que fuera de la legalidad podemos hallar también resoluciones justas o, más justas.

*****Ahora, quiero hacer hincapié respecto de un asunto que me tocó la oportunidad de conocer y emitir el proyecto de resolución correspondiente. En dicho caso, el sentenciado con fundamento en lo dispuesto por los numerales 98 y 102, del Código Procesal Penal en vigor, le solicitaba al juez de origen, decretara la prescripción de la pretensión punitiva de tres causas penales que se le habían instruido por diversos delitos, pero sólo por una de ellas se abrió el incidente diverso de prescripción, ya que fue la única que se encontró registrada en el libro de Gobierno que se lleva en dicho juzgado y, como tal proceso no se encontraba en el casillero de prescripción respectivo, el juez solicitó a la encargada del archivo judicial tal proceso; sin embargo, en este departamento tampoco se encontró registro alguno de dicho proceso; por lo que el juez ordenó abrir el incidente de reposición de autos y solicito informe a la dirección General de Prevención y Readaptación Social del Estado, al Procurador General de Justicia del Estado y a los Presidentes de las cuatro Salas Penales que forman parte del Tribunal Superior de Justicia del Estado, para que en auxilio y colaboración de dicho juzgado remitieran a la brevedad posible, cada una de las constancias que obraran en sus departamentos y relacionadas con la citada causa penal.

El director del departamento de Control de Procesos de la Procuraduría General de Justicia del Estado y los Presidentes de las cuatro Salas Penales del Tribunal Superior de Justicia, remitieron informe al juez en el sentido de que en los

archivos de sus respectivos departamentos no se encontró constancia o registro alguno relacionado con la causa número ----.

La jefa del departamento de Registro y Control de Penados del Centro de Prevención y Readaptación Social del Estado, informó al juez de la causa que sólo existía en sus archivos el oficio número 66, de fecha nueve de enero del año dos mil cuatro, que dicho juzgado le había enviado y en el que le informaban respecto de la causa número ----, que se le había instruido al incidentista, por el delito de lesiones, y que había garantizado su libertad provisional bajo caución el día veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, y el día veinticinco de ese mismo mes y año, se dictó formal prisión en su contra, siendo el día veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve, que le fue revocada su libertad provisional, dejándose la causa en el casillero de prescripción.

El juez de primera instancia, resolvió: que se había acreditado plenamente la existencia del proceso ----, precisamente con el oficio antes referido, pero estimó que tal documento era insuficiente para tener por repuestos los autos y por ello, estaba imposibilitado para proveer respecto a la prescripción o no de la pretensión punitiva, en la aludida causa penal.

La Sala confirmó la postura del A quo, aún cuando (el suscrito y el Magistrado ponente), no estábamos de acuerdo, precisamente porque es evidente que el proceso aludido que se le instruyó al incidentista, ya ha prescrito, si tomamos en cuenta que es del año de mil novecientos ochenta y ocho y que se trata del delito de lesiones, que no es calificado, tan es así que, conforme al oficio número 66 de fecha nueve de enero del año dos mil cuatro, al que ya hemos hecho alusión, se desprende que el inculpado (incidentista) había garantizado su libertad caucional el día veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, la cual incluso, le fue revocada el veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y nueve; por lo que por *elemental justicia* debió declararse prescrita la pretensión punitiva en dicho proceso penal, pues no es correcto que se tengan registrados antecedentes penales por causas que no son imputables al incidentista, pues éste no es culpable de la pérdida del proceso que no se pudo reponer.

***** Cabe aquí señalar, un asunto en el que se le imputaba a una señora joven el hecho punible de haberse robado unos pañales desechables para bebé y biberones de una tienda (supermercado). Al respecto, sólo había un señalamiento que era el de uno de los vigilantes de dicha tienda, quien decía haberla visto cuando había pasado por el área de cajas llevando los objetos hurtados y sin pagarlos; la inculpada negó haber tenido la intención de robarse los objetos, pues dijo que los pagaría. Como la inculpada fue detenida en flagrancia y se recuperaron los objetos, el representante legal de la tienda, no quería que se ejercitara acción penal en su contra. Sin embargo, la juez ratificó la detención y le dictó formal prisión; por lo que cuando la Sala conoció del asunto, la inculpada tenía ya tres meses privada de su libertad, no obstante de que al rendir su declaración preparatoria dijo tener un hijo de meses de edad, a quien tenía la obligación de mantener, pues era mamá soltera.

La Sala revocó la formal prisión estimando insuficiente jurídicamente el señalamiento del vigilante de la tienda, pero en el fondo nos impulso más que el derecho positivo, el sentido humanitario, pues al ser madre la inculpada con la obligación de alimentar a su hijo menor, es obvio que debía ver la forma de obtener lo necesario para alimentar a su hijo y vestirlo, máxime que ya había pasado tres meses en prisión y el representante legal de la tienda ofendida no quería nada en su contra.

Cabe recordar en estas líneas, una sentencia dictada por el juez Magnaud el 4, de marzo de 1898, en el llamado *caso Luisa Ménard*[211]*,* apoyado en razones iusnaturalistas, pues en ausencia de artículo concreto sobre el estado de necesidad en el Código francés, apeló a consideraciones sociológicas y a la perturbación del ánimo causada por el hambre, aplicando por analogía la circunstancia de fuerza irresistible. Motivó críticas de juristas, pero elogios de filósofos y sociólogos y por eso fue llamado "*el buen juez*".

Luisa Ménard reconoció haber robado pan en una tienda, manifestando que llevó a cabo tal conducta por tener a su cargo un hijo de dos años para el que nadie le presta auxilio y desde hacía algún tiempo estaba sin trabajo, a pesar de

[211] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.,* p. 116.

buscarlo; era bien considerada en su pueblo y pasaba por laboriosa y buena madre; la beneficiencia de Charly semanalmente le daba un pan de dos kilos y dos libras de carne, para ella, su madre e hijo. Cuando cometió el robo no tenía dinero y los comestibles que recibió estaban agotados hacia treinta y seis horas, que ni ella ni su madre habían comido durante ese lapso, dejando al niño la poca cantidad de leche que había en la casa.

En la sentencia se consideró por "*el buen juez"* que era lamentable que en una sociedad bien organizada, una madre de familia, pueda estar falta de pan sin su culpa, considerándose que deben interpretarse humanitariamente las inflexibles prescripciones de la ley y que el hambre es susceptible de privar, a todo ser humano, de una parte de su libre albeldrío y de aminorar en él, en gran medida, la noción del bien y del mal; que un acto ordinariamente reprensible, pierde mucho de su carácter fraudulento, cuando el que lo comete obra impulsado por la imperiosa necesidad de procurarse un alimento de primera necesidad.

El fallo fue de libertad y aunque hubo apelación, el mismo fue confirmado por adición de nuevas circunstancias favorables a Ménard: el ofendido era su sobrino; cuando los guardias llegaron a la casa de la acusada poco después de cometido el delito, las seis libras de pan robadas habían sido devoradas; Ménard suplicó a los policías y su sobrino que le dieran un día para reembolsar el precio del pan.

3. La justicia como principal ideal de la ciencia jurídica

En el punto número 1, de este capítulo, nos remitimos a Roberto Reynoso Dávila, para señalar el papel tan importante que juega "*la justicia*" en el campo del Derecho y en la ardua tarea del jurisconsulto, al señalar que ésta es la estrella polar que debe guiar siempre, sin excepciones, la función del jurista, pues sólo alcanzando tal finalidad (justicia), puede afirmarse sin ningún temor, que el juez ha resuelto un caso concreto conforme a las exigencias de la comunidad para la cual está llamado a servir.

Puede acontecer que el operador del derecho en alguna ocasión encuentre dificultad para decidir un asunto sometido a su consideración, porque recurra al silogismo jurídico como generalmente se hace en nuestro Estado y la adecuación del hecho a la norma implique realmente una injusticia, lo que acarrearía un verdadero problema: optar por la aplicación de la ley injusta o bien, por la solución justa. Ante tal problema, considero que el juez debe inclinarse decididamente por lo último, pues debe ponderar la importancia que tiene para la sociedad el que se cumpla con el principio inspirador del ordenamiento jurídico: *LA JUSTICIA,* aun cuando con ello, no se esté dando cabal cumplimiento a los contenidos jurídicos en salvaguarda de la seguridad jurídica estipulada en el artículo 14, de la Constitución Política del País, pues debe recordarse que este último principio (seguridad o certeza) no es el valor supremo hacia el cual se encamina el Derecho, como bien afirma Recaséns Siches, en su obra "*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho",* tal y como ya se dijo en otro apartado. Pero para que lo anterior ocurra, debe reformarse el precepto en cita, para los efectos de que se permita interpretar la ley penal de dicha manera.

Definitivamente estimo de que en caso de que encontremos contraposición entre una ley escrita, es decir, el derecho positivo y el principio de justicia, debemos optar por cumplir con este último, aun cuando con tal actitud, tengamos que recurrir a estimaciones de valor, pues como bien señala Reynoso Dávila[212] en la ciencia del derecho gravita ineludiblemente un fondo ético, pues no debe concebirse el derecho como mero esqueleto formal de imposición inexorable de comportamientos humanos, sin vinculación a la realización de valores, pues tal jurista advierte que los preceptos de la moral social están por encima de los preceptos legales. Además, al resolver un problema jurídico de la forma establecida estaríamos cumpliendo con uno de los mandamientos del abogado a que hace alusión el destacado jurista Eduardo J. Couture, específicamente con el cuarto, que textualmente dice:

> "*Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, lucha por la justicia".*

[212] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit*., p. 2.

En relación con lo dicho en el párrafo anterior, el citado autor Reynoso Dávila, en su libro *La Misión del Juez ante la Ley Injusta,* ha dicho:

> *"los titulares de los órganos del Estado, sin apartarse del cumplimiento estricto de su función jurídica, pueden adoptar, en la solución de los conflictos ante ellos presentados, al través de la hermenéutica jurídica, posiciones aparentemente contrarias a los textos legales, cuando éstos por su abstracta generalidad pugnan contra los principios básicos en los cuales se sustenta el orden social, especialmente los de carácter ético y sociológico".*[213]

La tarea del juez no se encuentra limitada en forma absoluta a la ley, está en el mismo plano que ésta. El juez no es un servidor pasivo, es más bien un colaborador en la difícil misión de administrar justicia. A este respecto, recuérdese que el Magistrado francés Pablo Magnaud, al dictar sus sentencias se apartaba de la rigidez de los textos legales para hacer justicia y por ello, fue llamado *el buen juez,* pues partía de los principios de que la ley debe interpretarse humanamente y de que el juez se debe guiar en sus juicios por la solidaridad humana.

En mi opinión, el principio de justicia debe estar por encima de todos los demás, incluso del de seguridad, cuando la ley escrita se encuentra en pugna con los intereses de la comunidad. En este sentido, nuestro autor Reynoso Dávila, afirma que en todas las situaciones debe imperar la tesis de sacrificar la seguridad que realiza el cumplimiento de las leyes, cuando éstas están en abierta pugna con los más sagrados intereses sociales. Pues citando a Gabriel García Rojas, dice: "*que la seguridad no es un valor en sí mismo como meta: no es un valor-meta, es un valor-consecuencia. No es productora de normas, sino producida".*[214]

Algunos de los encuestados por el suscrito y que laboran para el poder judicial del Estado, afirmaron que debe preferirse interpretar la ley penal a través de principios, cuando el contenido de la misma se encuentre en pugna con la justicia; lo que el suscrito comparte por las razones que se han venido manifestando; además, de que al decidirse un caso en dicho sentido se estaría optando por el mal menor. Así Reynoso Dávila,[215] sin pretender restarle importancia a los textos legales, señala que la ley no es sino una guía de razón

---

[213] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.*, p. 32.
[214] Ibidem, p. 68.
[215] Ibidem, p. 56.

para proveer al juzgador de los elementos necesarios para el cumplimiento de su función. En principio, el intérprete debe acatarla en sus términos, ya que así cumple con una de las primordiales finalidades del Derecho: *la seguridad*. Pero en los casos en que el acatamiento de la ley produjese tremendas injusticias, es preciso, con suma prudencia, aquilatar el mal que produciría el acatamiento de la ley y el mal que produciría su transgresión y decidirse por el mal menor. Esta sería una actitud de plena juridicidad.

4. Necesidad de concientizar a los encargados de administrar justicia en el Estado, de la importancia que tiene interpretar la ley penal a través de principios

Ahora bien, la interpretación de la ley penal en el Estado de Tabasco, no constituye de ninguna manera, una tarea fácil para quienes tenemos el deber de impartir justicia de alguna u otra forma y menos aún, si lo hiciéramos a través de la forma que se propone en esta investigación, es decir, por medio de principios en casos difíciles como diría Dworkin y Manuel Atienza.

Para lograr impartir justicia correctamente a través de estimativas de valor (con contenido ético) considero que es necesario que se cuente con recurso humano suficientemente preparado para ello, con una honda convicción del valor JUSTICIA, como fin primordial del Derecho, pues como afirma el tratadista Reynoso Dávila, es la justicia la estrella polar que debe guiar siempre la función de todo jurista.

No basta para cumplir con las exigencias de la sociedad de que se imparta justicia como debe ser, el que se tengan jueces netamente legalistas que rechacen la idea de encontrar la solución a los problemas jurídicos sometidos a su consideración, en normas de tipo moral, pues por encima de las leyes positivas existe un orden superior que es el que le da vida a la ciencia jurídica. Al respecto, debe recordarse lo que en una ocasión dijera Paulino Machorro Narváez, quien fuera Diputado constituyente en 1917 y Ministro del máximo tribunal de nuestro país, en su obra "*Derecho Penal Especial",* de que la teoría axiológica debe

vivificar vigorosamente al Derecho, sacándolo del atolladero del mecanicismo amoral"[216]. Por lo que considero que las leyes positivas, en el fondo, están impregnadas de contenido ético.

El jurisconsulto –advierte Reynoso Dávila- es un servidor de la Justicia y los profesores del Derecho faltarían al más esencial de sus deberes si no enseñan más allá de la legalidad, el culto y el amor a la justicia.[217] Y agrega que en el campo de la interpretación de la ley es en donde destaca la calidad de un buen juez. El jurista no debe ver los textos legales como dogmas teológicos que no le cabe rehuir.[218] Con esto, se deja ver que Reynoso Dávila, aboga porque en la interpretación de los textos legales, un buen juez puede apartarse de lo que disponen tales textos. Considero que ello puede acontecer cuando no se encuentre la solución justa en las fórmulas legales y, debe por ello, el jurista acudir a estimaciones valorativas.

Indudablemente que en nuestra labor interpretativa de la ley penal, como dice Zagrebelsky, cuando el caso (difícil) así lo amerite, debemos recurrir a estimativas de valor, pues los aplicadores de tal ley, deben tener siempre en cuenta que el Derecho emana de contenidos de tipo moral, es decir, encuentra su razón de ser en tales contenidos. Así, el multireferido Roberto Reynoso Dávila, advierte: "...*La ley está supeditada a un orden superior. En él deben inspirarse los jueces y los magistrados para dictar sus sentencias y dirimir las controversias. El Derecho es emanación de la moral social...".*

Advierte el autor en cita, que cuando el ordenamiento legal es deficiente por la inevitable imprevisión del legislador o cuando las soluciones propuestas por las leyes, para los conflictos que surgen en la vida jurídica, desvirtúan los fines esenciales del Derecho y pugnan abiertamente con los elementales principios de Justicia, entonces el juzgador actúa necesariamente al margen de la legalidad, ya que sólo así puede dar plena satisfacción a las necesidades imperiosas del orden social.[219] Ello confirma aún más lo que hemos venido sosteniendo, en el sentido

[216] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.*, p. 10.
[217] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.*, p.14.
[218] Ibidem,p. 15.
[219] Ibidem., p. 45.

de que cuando encontremos en conflicto los contenidos jurídicos con los principios de justicia, aquellos deben ceder ante ésta que constituye el principal fin del Derecho.

Francesco Carnelutti, destacando la crisis de las leyes escritas, en su obra "*la crisis del Derecho*", afirma: "*El Derecho positivo no es todo el Derecho; por el contrario, según algunos, no es el verdadero Derecho",*[220] pues la función del jurista no se desarrolla sólo dentro de los Códigos o Leyes, sino que considero, es más amplia. La función judicial encadenada a la frialdad deshumanizada de los Códigos, conlleva a injusticias y el juez que se haya ante una ley injusta, señala Reynoso Dávila, sólo tiene dos salidas: a) aplicar la ley cometiendo la injusticia o, b) renunciar al cargo. Evidentemente que ninguna de las dos alternativas parece del todo satisfactoria, pues la primera deshumizaría a la ciencia jurídica por completo y la segunda opción, no se concibe con la verdadera tarea del juez o si éste o el encargado de aplicar la ley, tiene necesidad de su trabajo.

Hasta aquí, he tratado de evidenciar que el Derecho no está peleado con la moral y que ésta no debe sucumbir en la tarea interpretativa ante las leyes escritas no sólo penales, sino de cualquier materia, pues es de orden superior; empero, como ya dije en líneas precedentes, para lograr que se interprete la norma penal por medio de principios de una forma correcta, de tal manera que convenza a la sociedad para la cual los encargados de administrar justicia estamos llamados a servir con ahinco, es necesario que se cuente con recurso humano consciente de su verdadera misión como jurista (hacer justicia). De ahí la enorme importancia que tiene la selección de los juristas a quienes se encomiende la función de juzgar. Considero que deben ser personas profundamente conocedoras de la ciencia del Derecho, con amplia madurez de criterio para que con plena prudencia sopesen las circunstancias de los casos que se les encomienden resolver y, sobre todo, deben tener una profunda intuición de la justicia, pues como dice Reynoso Dávila, es siempre reflejo de una acrisolada honestidad personal**.** Y agrega éste que la lucha en los tribunales no es una lucha por la solución legal, sino por la solución justa; sin embargo, esta última, algunas veces sucumbe ante aquellas.

---

[220] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.,* p. 30.

No se puede encomendar la tarea de juzgar a quienes carecen de la intuición de la justicia y consideran que la función del juez es meramente mecánica y silogística ante los textos legales, o sea, deshumanizan la función del juzgador.[221]

Definitivamente que la concepción mecánica de la función jurisdiccional no soluciona todos los problemas jurídicos, pues no debe perderse de vista que la ciencia jurídica no es una ciencia exacta en la que las fórmulas te pueden dar la solución esperada o que la sociedad espera, pues estimó, que ello, sólo se logra con un juez que tenga conciencia de su verdadera función: administrar justicia, pero para ello, quien tenga dicha investidura debe ser una persona con una cultura general y con una honda intuición de lo que es JUSTICIA.

Quien está llamado a servir a la sociedad y solucionar los problemas jurídico-penales sometidos a su consideración, debe ser preparado para cumplir con la delicada tarea que tiene encomendada, pero debe ser una persona no solamente conocedora de la ley penal, que se encaja en los contenidos de éste y como tal es fiel a la misma y no mira más allá para solucionar los problemas jurídicos, sino que debe tener además una cultura general que le permita conocer y palpar la problemática social y las ciencias de la naturaleza humana, para tener así un conocimiento pleno de los casos que se le plantean, pues si bien es cierto, que los Códigos de la materia penal, nos permiten un conocimiento de lo antijurídico que puede ser una conducta, también lo es, que en ocasiones, no nos ofrecen una solución justa o bien, la que nos ofrece no es del todo justa y por ello, estimó que la ciencia jurídica no posee su mayor fuerza en las leyes escritas, sino en la intuición de justicia que tenga el operador del Derecho, a tal grado que, en busca de ésta, pueda incluso, si el caso lo amerita, desatender la ley escrita.

El abogado que no sea inferior a su misión no sólo debe estar provisto de ciencia, sino que debe ser, sobre todo, una conciencia, que en la interpretación del Derecho sepa poner una probidad, una rectitud, un carácter superior a toda malicia, a todo interés meramente pecuniario; el Derecho evidentemente, no está todo en la fórmula de los Códigos, sino que su fuerza más pura brota de aquel

[221] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.*, p. 3.

austero sentimiento de lo justo que debería ser para el abogado inseparable vademécum profesional.[222]

Reynoso Dávila, señala que por encima de las leyes positivas, están leyes no escritas e inmutables que integran un orden superior y a las que deben ajustarse los legisladores terrenos y que constituyen lo que se ha denominado "*Derecho Natural"* y advierte Dávila[223] que cuando las leyes escritas se encuentren en oposición al supremo Derecho, debemos considerarlas no obligatorias, puesto que no tienen ningún fundamento de obligar fuera de una arbitraria imposición de la fuerza.

La misión del juez es buscar a los conflictos que se le plantean, soluciones que satisfagan los intereses sociales y contribuyan a la realización del bien común. Cuando dichas soluciones no encuentran su apoyo en las leyes, debemos considerar que éstas son deficientes y salvar estas deficiencias omitiendo la ritualidad del absoluto y estricto cumplimiento de la legalidad.[224]

Con el presente trabajo, no pretendo que abandonemos por completo el principio de legalidad reconocido por nuestro sistema jurídico, sino que como lo he manifestado, hagamos conciencia de que podamos apartarnos de la ley, cuando el caso concreto no encuentre en aquella la solución que esperamos (justa). Debemos seguir interpretando y aplicando la ley penal conforme a dicho principio, pero no debemos abusar del Derecho legislado a tal grado de infringir la libertad del juez, porque éste como figura central del Derecho, debe estar provisto de libertad para apreciar los casos jurídicos sometidos a su jurisdicción y poder resolver no mecánicamente, sino conforme a lo que es justo.

Francesco Carnelutti, en su obra "Arte del Derecho", afirmó:

"*No os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede conseguir sin reglas legislativas, pero no sin jueces. El hecho de que en la escuela europea continental la figura del legislador haya sobrepujado en otro tiempo a la del juez ES UNO DE NUESTROS MÁS GRAVES ERRORES. Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas reglas legislativas con buenos jueces, que no malos jueces con buenas reglas legislativas. No llegaré*

[222] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.*, p. 16.
[223] Ibidem, p. 20.
[224] Ibidem, p. 95.

hasta el extremo de aconsejarlos repudiéis el Derecho legislado, pero tengo la conciencia tranquila al encomendaros que no abuséis como nosotros hoy lo estamos haciendo. Y, sobre todo, cuidad mucho de la dignidad, del prestigio, de la libertad del juez, y de no atarle demasiado en corto las manos."[225]

Es necesario crear conciencia en los jueces de la noble pero difícil tarea que tienen encomendada: "ADMINISTRAR JUSTICIA", lo que sólo puede acontecer si tienen en claro qué es la justicia, si tienen una amplia cultura de la sociedad y de la naturaleza y, no deben ver a la ciencia jurídica como una mina de oro, con la que pueden llegar a hacerse ricos no importándoles el prestigio, la dignidad, la honestidad y muchos otros valores que deben siempre tener en mente, pues de su labor depende, en algunos casos, un valor de relativa importancia como lo es la libertad de una persona.

Cabe recordar en estas líneas, lo que Carlos Franco Sodi, quien fuera Procurador General de Justicia y Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, le dijera a un recién graduado en la ciencia del Derecho:

"*Medita sobre tu inmensa responsabilidad. Has escogido la carrera del Derecho, tu profesión te impone un postulado en bien de la sociedad y de la patria: el apostulado de la Justicia. Piensa que debes sacrificarte, que con el título no te han dado tus padres, tus maestros y tu escuela, una lámpara de Aladino que pondrá a tus pies inmensas riquezas, sino que te han armado caballero, a la usanza de los viejos caballeros andantes, como ese buen y olvidado Quijote que todos deberíamos llevar metido muy dentro del corazón. Piensa en esto, reflexiona, y si a caso no tienes valor suficiente para emprender la ruda tarea, y deseas, en cambio, comodidad y riqueza, guarda el pergamino en que consta tu Licenciatura en cualquier rincón de tu casa, y lánzate enseguida, por otros senderos; pero por Dios, por tu patria y por tus padres, no seas otro más a prostituir la Justicia".*[226]

Es tiempo que quienes tenemos la labor de administrar justicia, lo hagamos como debe ser y, si en alguna ocasión encontramos a ésta en conflicto con el Derecho, optemos por aquella que es el fin último de la ciencia jurídica, porque optar por la ley escrita injusta (recuérdese el caso del precepto derogado 131, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Tabasco y el caso de Luisa Ménard) sólo por cumplir con el principio de legalidad y de certeza jurídica o por

[225] Reynoso Dávila, Roberto, *op. cit.*, p. 52.
[226] Ibidem, p. 8.

cuestiones de tipo personal, atenta directamente contra la verdadera misión del juez; además, el día en que por azares del destino nos encontremos ante un problema jurídico en el que no nos toque la tarea de decidir el caso, sino que seamos parte ofendida o inculpada, y el juez decida conforme a la ley injusta y dicha resolución nos perjudique por ser si no ilegal, sí injusta, no nos quejemos por ello, pues como dice Emmanuel Kant, citado por Reynoso Dávila, en su obra la misión del juez ante la ley injusta: "*el que se arrastra como gusano, no se queje de ser pisoteado*".[227]

Es indudable que debe concientizarse a los encargados de procurar y administrar justicia, de la suma importancia que tiene recurrir a los principios reconocidos en nuestro sistema jurídico, sobre todo al de justicia, cuando el caso sometido a su jurisdicción no encuentre en la ley su mejor solución; sin embargo, también debe tener en consideración el operador jurídico, además de los principios de legalidad y seguridad jurídica que ya se vieron, los principios de irretroactividad, de intervención mínima, de fragmentariedad, de culpabilidad, de peligrosidad, de presunción de inocencia, de proporcionalidad, de necesidad, de necesidad y de humanidad o dignidad de la persona, que operan en materia penal, los cuales a continuación pasaremos a definir.

Principios que operan en materia penal:

a). Principio de irretroactividad. Plantea la posibilidad de aplicar la nueva ley a supuestos acaecidos en fecha anterior. Se encuentra estipulado en el artículo 14, de la constitución Política del País, que reza: "*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".*[228]

b). Principio de intervención mínima. También se le conoce como principio de *extrema ratio*[229]que significa que la regulación penal sólo aparece justificada en la medida en que se necesaria a los objetivos de la convivencia.[230]

---

[227] Reynoso Dávila, Roberto, *op. Cit.,* p. 25.
[228] Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. Cit.* p. 237.
[229] Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano,* 4ª. edición, México, Porrúa, 2001, p. 99.
[230] Idem.

Orellana Wiarco, señala que este principio debe ser para algunos juristas, piedra angular, pues excederse en su empleo da lugar a un Estado represivo o totalitario, pues pone en peligro la estabilidad de la sociedad y al propio Estado.[231]

c). Principio de fragmentariedad. Se refiere a que en materia penal, sólo pueden ser constitutivas de delito aquellas conductas previstas como tales en los tipos delictivos de la ley penal, según nos dice Malo Camacho,[232]por lo que en materia penal no es admisible la integración, atento al principio de legalidad, que se refiere a la exacta aplicación de la ley penal.

Por su parte Orellana Wiarco, en relación a este principio señala que el derecho penal debe circunscribirse a proteger los valores más importantes o fundamentales de la sociedad y el individuo, frente a los más graves ataques.[233]

d). Principio de culpabilidad. Se expresa de la manera siguiente: *no hay pena sin culpa.*

Culpabilidad es el reproche que puede hacerse al autor de una conducta delictiva. Nos referimos a una persona como culpable cuando la responsabilizamos de un delito, cuando pudo decidir libremente, con conciencia de lo antijurídico de su actuar y tenía la posibilidad de conducirse en tal forma que no hubiera violado la ley.[234]

e). Principio de peligrosidad. Según Wiarco[235]por peligrosidad debe entenderse la posibilidad o potencialidad que tiene un individuo de realizar conductas lesivas, eventos socialmente dañosos. La peligrosidad implica el uso de las medidas de seguridad, las que al igual que las penas, deben tener límites, no deben aplicarse aerbitrariamente.

f). Principio de presunción de inocencia. Es una garantía individual que se encuentra en el artículo 20, de la Constitución Política del País, en donde se contienen algunas medidas que deben respetarse en el procedimiento judicial, como el de no incriminarse a sí mismo, es decir, que puede negarse a declarar el

---

[231] Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal, parte general,* México, Porrúa, 2000, p. 13.
[232] Malo Camacho, Gustavo, *op. Cit.,* p. 100.
[233] Idem.
[234] Idem.
[235] Ibidem, p. 16.

inculpado en relación a los hechos que se le atribuyen, tiene derecho a que lo asista un abogado, a conocer quién o quienes lo acusan y declaran en su contra.

Señala Wiarco, que el Estado a través de sus instituciones (procuración y administración de justicia) puede afectar al individuo en su persona; por lo que para un justo equilibrio frente a dicho poder del Estado, la misma Constitución consagra garantías individuales entre las que se encuentra, la de "presunción de inocencia".[236]

g). Principio de proporcionalidad. implica la relación de necesaria proporción que debe existir entre el tipo delictivo y la pena prevista, es decir la proporción que debe existir entre la lesión a los bienes jurídicos ocasionados por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable.[237]

h). Principio de necesidad. Se refiere a que la pena además de ser adecuada a la culpabilidad, debe ser necesaria para responder a las exigencias de la prevención general y prevención especial.[238]se constata en el momento de imponer la pena, al individualizarse la pena, la cual sólo debe ser necesaria para los fines de la misma, en beneficio de la sociedad y del propio delincuente, la que se requiera para su readaptación.

i). Principio de humanidad o de dignidad de la persona. Es un límite material a la potestad punitiva del Estado. La dignidad de la persona es un valor absoluto fundado sobre todo, en las ideas del iusnaturalismo y del racionalismo.[239] Se refiere dicho principio a que al aplicar una pena deben respetarse los derechos humanos.

Se dice que es un límite a la potestad punitiva del Estado, porque éste al hacer uso del *ius puniendi* no debe atentar contra la dignidad de la persona.

La "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano" de 1789 de la Revolución Francesa; la "Declaración universal de los derechos del hombre" de la Organización de las Naciones Unidas en 1948; la "Convención americana de derechos y deberes de los Estados", de 1948; la "Convención americana de

[236] Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. Cit.*, p.18.
[237] Malo Camacho, Gustavo, *op. Cit.*, p. 101.
[238] Ibidem, p. 19.
[239] Ibidem, p. 102.

derechos humanos" o Pacto de San José de 1969, destacan entre los documentos más importantes que consignan disposiciones que protegen la libertad individual, y la dignidad de la persona, como son la prohibición de la tortura, de las penas y tratos inhumanos, crueles, degradantes o infamantes.[240]

Al respecto, nuestra Constitución Política en su artículo 22, señala: "...*Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales...*"[241]

Por su parte, el precepto 20, fracción II, de la misma Constitución, prohíbe sancionar toda incomunicación, intimidación o tortura para obligar a una persona a confesar la comisión de un delito, al establecer:

"*...No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura...*"[242]

j). Principio de la autonomía ética de la persona. Supone el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación responsable del individuo, que significa respeto por la propia vida y por la de los demás.[243]

k). Principio de la incolumidad de la persona. Se refiere al respeto a la integridad física, con la prohibición de penas como la tortura, los azotes, la mutilación, etc.[244]

l). Principio de debido juicio legal o de jurisdiccionalidad. Implica al derecho penal procesal que señala el marco jurídico al que se debe sujetar el procedimiento penal, como límite de la potestad punitiva del Estado. Tiene su razón de ser en el principio *nulla poena sine iuditio,* que significa que no hay pena sin el debido juicio legal o garantía de jurisdiccionalidad.[245]

---

[240] Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *op. Cit.,* p.19.
[241] Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. Cit.* p. 408.
[242] Ibidem, p. 353.
[243] Malo Camacho, Gustavo, *op. Cit.,* p. 103.
[244] Ibidem, p. 20.
[245] Ibidem, p. 112.

m). Principio de ejecución de la pena. Vinculado con el principio de dignidad de la persona. Define los límites formales dentro de los que ha de ser impuesta la pena por el juzgador y ejecutada por la autoridad competente.[246]

Insisto en que es necesario que se tenga conocimiento de los aludidos principios que rigen la materia penal, por parte de los operadores jurídicos; empero considero de mayor relevancia jurídica el principio de justicia que a mi juicio, es el inspirador de todos los demás principios, pero que puede chocar en alguna ocasión con el de legalidad y, es éste el que debe ceder ante aquel.

5. Necesaria la reforma al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y al precepto 2 del Código de Procedimientos Penales en vigor

Para poder interpretar la ley penal en la forma que se plantea en esta investigación, a través de principios, resulta indispensable que se reforme el precepto 14, tercer párrafo, de la Constitución Política del País, que literalmente dice:

> *"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate".*[247]

Advierto que es necesaria tal reforma si queremos interpretar la ley penal mediante principios en un futuro, espero no muy lejano; para que se incluya en una parte de dicho precepto constitucional, tal forma de interpretación, pero siempre que el caso concreto así lo amerite. Claro que es una tarea difícil, porque no será en todos los casos que se interprete de tal manera, pues es necesario que debe seguir imperando en nuestro sistema jurídico el principio de legalidad y el de certeza jurídica y sólo en casos "difíciles" se permita sacrificar si es necesario, tales principios en aras de llegar a la solución justa del caso concreto.

---

[246] Malo Camacho, Gustavo, *op. Cit.,* p. 112.
[247] Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.,* p. 237.

Lo anterior, como ya indiqué, no es una tarea fácil, porque insisto, debe contarse con recurso humano altamente preparado para ello; lo que implica que quienes tenemos el encargo de administrar justicia poseamos una amplia cultura y sobre todo una honda intuición de lo que es JUSTICIA.

No pretendo hasta ahora, en esta modesta investigación, señalar la forma en que podría quedar redactada la reforma o adición al artículo 14, de nuestra Carta Magna, sino hacer hincapié que ello es necesario, para poder interpretar la ley penal a través de principios en casos excepcionales, los cuales tampoco pretendo enunciar, pues sería muy atrevido de mi parte, ya que cada asunto o problema jurídico tiene sus propios matices y debe apreciarse e interpretarse de la mejor forma, pues como dice Gustavo Zagrebelsky, el mismo caso nos dará el método interpretativo para solucionarlo; es decir, cuando estemos ante un caso difícil puede ser de mucha utilidad interpretar la ley conforme a principios como el de justicia, equidad, etcétera.

Por último, debo mencionar que nuestra legislación procesal penal también sería objeto de modificaciones, precisamente en su precepto 2, que literalmente dice:

> *"Regirá el principio de legalidad estricta en la constitución de los órganos persecutorios y jurisdiccionales, el desarrollo del proceso y la emisión de la sentencia. El Ministerio Público, el defensor y el órgano jurisdiccional estarán sujetos al imperio de la ley en el ejercicio de sus atribuciones, y serán sujetos de aplicación de sanciones en el supuesto de incumplimiento o desvío en el desempeño de las funciones que les corresponden".*[248]

Es en base a los aludidos artículos 14 Constitucional y 2 del Código Adjetivo de la materia en vigor en el Estado de Tabasco, que quienes tenemos la importante labor de administrar justicia, al momento de interpretar la ley penal, no nos queremos apartar del texto legal, para no incurrir en responsabilidades en el ejercicio de nuestras funciones, pero ya es tiempo que vayamos haciendo brecha y veamos al derecho sólo como un instrumento para alcanzar su fin: LA JUSTICIA.

[248] Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Tabasco, a partir del día 1ro. de mayo de 1997, publicado en el periódico oficial suplemento 5679, del 1ro. de febrero de 1997.

CONCLUSIONES

a) Las críticas realizadas a la hermenéutica jurídica entendida como función mecánica (silogismo), han demostrado su ineficacia para la solución de los problemas jurídicos
b) Los principios de seguridad y certeza jurídicos se encuentran reconocidos por nuestro sistema jurídico, pero no constituyen el fin del derecho.
c) La interpretación es de relevante importancia en la tarea jurisdiccional, pero debe aplicarse un método de principios en ciertos casos difíciles para los que la ley penal no ofrece una solución o la que ofrece no es justa.
d) Debe prepararse a los operadores del derecho de forma tal que puedan identificar cuando un caso se torna difícil y recurrir a principios basados siempre en una honda intuición de la justicia.
e) Para interpretar la ley penal por principios como el de justicia, equidad, etc, resulta necesario reformar en ese rubro, el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el precepto 2 del Código de Procedimientos Penales en vigor en el Estado de Tabasco.

BIBLIOGRAFÍA

- *Antología sobre argumentación e interpretación jurídicas, Instituto de la Judicatura Federal, escuela judicial", Vol.I*, México, 2002.
- *Antología Sobre Argumentación e Interpretación Jurídicas, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial*, Vol. II, México, 2002.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*", Madrid, 1986.
- AZÚA REYES, Sergio T., *Los principios generales del derecho*, Porrúa, S.A., México, 1986.
- BEUCHOT, Mauricio y SALDAÑA Javier, *Derechos Humanos y Naturaleza Humana*, UNAM, México, 2000.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Teoría de la aplicación, investigación del derecho* Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1947.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal, parte general, conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, Porrúa, México 2003, 421 pp.
- DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica general y en la dogmática chilena*, editorial Jurídica de Chile.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª. edición, Ariel, S.A., traducción de Marta Gustaviano, Abril 2002, Barcelona.
- EZQUIAGA GANUZAS, J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñate, IVAP, 1987.
- *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, en Vázquez, Rodolfo (comp.), doctrina jurídica contemporánea, México, 1998.
- FRISCH PHILIPP, Walter, trad. González Quintanilla José Arturo, *Metodología jurídica en jurisprudencia y legislación*", Porrúa, México, 1992.

- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del derecho*, 8ª. edición, Porrúa, 17. México, 1996.
- *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, cuadragésimo tercera edición, 1992.
- GÓMEZ ROMERO, Luis. "*¿Jueces Guerrilleros*? La Interpretación Judicial desde la Izquierda", *Revista Juez*, México, número 4, 2004.
- G. TARELLO, *Línterpretazione della lege*, en –fernández Abad, Luis Javier y Estremera Cebrian, Raúl (comps), "Interpretación y argumentación jurídica. Varios autores. Trabajos del seminario de metodología jurídica", Vol. I, Prensas universitarias, España, 1995.
- G. KALINOWSKI,*"Interpretation juridique et logique de propositions normatives*, en logique et analyse, p. 135.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986, 364 pp.
- FLORIS MARGADANT, G, *Derecho Romano*, 7ª. edición, México, 1977, 530p.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *derecho penal mexicano,* 4ª. edición, México, Porrúa, 2001.
- MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Anotonio, *Los enfoques actuales del derecho natural*, Porrúa, México 1985.
- ORELLANA WIARCO, Octavio alberto, *Curso de derecho penal, parte general,* México, Porrúa, 2000.
- PERELMAN y L. Olbrechts-Tyteca, *La Novelle Rhétorique. Traité de I'Argumentation*.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *La Jurisprudencia en México, antecedentes del razonamiento jurídico judicial*, México, 2002, 936 pp.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. *Las Razones del Derecho Natural*, Abaco de Rodolfo de Palma.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1956.
- *Tratado general de filosofía del derecho*, 3ª. edición, Porrúa, S.A., México, 1986.

- REYNOSO DÁVILA, Roberto, *La Misión del Juez ante la Ley Injusta*, Porrúa, México 1999.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho, 5ª. edición,* Porrúa, México, 2001.
- ORIANO, Ramón, *Compendio de teoría general del derecho*, 2a. edición, Ariel, Barcelona, 1993.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Harla UNAM, México, 1997.
- *El derecho y la ciencia del derecho,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1984, pp. 124-125.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), Interpretación jurídica y decisión judicial, doctrina jurídica contemporánea, México, 1998, 300 pp.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta Comunidad de Madrid, 1995.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, pp. 237, 353, 408.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES VIGENTE EN EL ESTADO DE TABASCO, *Centro de información y documentación jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado,* 2005.

DECRETO

Suplemento al 6279, Villahermosa, Tabasco, Decreto 172, 18 de octubre de 2002.

DICCIONARIOS

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Porrúa, 7ª. edición, México 1994, p. 1793.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Real Academia Española*, 2da. edición, Madrid, España, 1992, p. 94.

HEMEROGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, *Los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos*, Revista Isonomia, número 6, abril de 1997, p.

Colegio de Secretarías del Poder Judicial de la Federación, “Breve Estudio Sobre la Interpretación Jurídica”, revista “Colegio de Secretarías”, número 1, del mes de octubre de 1997, México, p.18.

HIGAREDA BERNAL, Gilberto, “Visión general de la interpretación constitucional”, *Revista Eaquitas,* México, núm. 20, abril de 1994, p.81.

QUIROZ ACOSTA, Enrique, “La interpretación en el sistema jurídico mexicano”, *Revista del instituto de la Judicatura Federal,* México, núm. 3, diciembre de 1998, p. 305.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan BMS, “Panorámica general de la interpretación Jurídica”*, Revista Equiprudentia,* Poder Judicial del Estado de Chihuahua, número 1, 1996, p.5

ANEXOS

Fallo: Saguir y DIB
Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación.
Fecha: 6.11.1980

Publicación: Fallos: 302:1284 (1980)

TEMA: DERECHO A LA VIDA. INTERPRETACION DE LA LEY. TRASPLANTE DE ORGANOS: DERECHO A LA VIDA. INTERPRETACION DE LA LEY. TRASPLANTE DE ORGANOS

Corte Suprema, noviembre 6-980.
Saguir y Dib

Opinión del Procurador General de la Nación.

A fs. 30 se presentaron Juan Saguir y Nelida A. Dib de Saguir, por sus propios derechos, en su carácter de padres de la menor Claudia G. Saguir y Dib y solicitaron la autorización judicial para que dicha menor donara uno de sus riñones a su hermano Juan I. Saguir y Dib. Fundamentaron su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, que sólo sobrevive mediante un tratamiento artificial de hemodiálisis y que ha sido trasplantado en el año 1975 con un riñón de su madre, operación que tuvo sólo relativo éxito, toda vez que el riñón injertado funcionó en los 6 meses posteriores en un 35 %, pero a partir de ese momento solamente lo hizo en un 11 %. Afirmaron que de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único dador posible era C. G., quien tenía un estudio de compatibilidad del tipo "A" es decir: histoidéntico. Como fueron informados por los médicos que el trasplante no podría realizarse sin la previa autorización judicial, por ser la donante menor de 18 años, es que efectúan esa presentación.

A pedido de la jueza, a fs. 34/41, se produjo un dictamen de los médicos forenses, cuyas conclusiones a esa época resultan las siguientes: 1) El estado de J. I. S. es de crónica gravedad, no obstante debe tolerar físicamente una espera hasta el día 30 de diciembre de 1980 (fecha en que la donante cumplirá los 18 años), sin que se practique dicho trasplante; 2) El peligro de muerte existe en el paciente desde que se diagnosticó la enfermedad, causa de la insuficiencia renal bilateral; 3) Para evaluar las consecuencias inmediatas y futuras, al realizar la ablación de un riñón de una menor de 17 años, debe considerarse: a) Si la menor posee suficiencia renal en cada uno de sus riñones, por lo que se deberá hacer el estudio de éstos por separado, luego de descartar que no es portadora de riñón único; b) De todos modos, la dadora quedará con una debilitación permanente de una función de vital importancia para su futuro como mujer; 4) El porcentaje de éxito respecto a la parte técnico-quirúrgica puede ser alto, no pudiendo informar lo mismo respecto al futuro y a la evolución. A este respecto, según las estadísticas del VIII Informe del Registro de Trasplantes para el año 1968-69, al año de sometido a la operación, había un 78 % de éxito y a los dos años un 75 %. Sólo las 2/3 partes de los pacientes receptores efectuaron una actividad normal; 5) De acuerdo a la ley de trasplantes cardíacos, es el Centro Unico Coordinador de Ablación e Implante (CUCAI), perteneciente a la Secretaría de Estado de Salud Pública, el que puede disponer de los órganos cadavéricos para su trasplante.

A fs. 51 se produjo el dictamen de la asesora de Menores quien, con fundamento en el art. 13 de la ley 21.541, por considerar que en el caso concreto la menor no estaría capacitada para evaluar las gravísimas consecuencias de la ablación de un órgano tan vital como un riñón, ni tampoco sus progenitores, trastornados emocionalmente por el sufrimiento de su otro hijo y con base en las conclusiones del peritaje médico, aconsejó negar la autorización solicitada.

A fs. 65 los padres de los menores impugnaron el dictamen médico y las conclusiones de la asesora de Menores, efectuando extensas consideraciones de contenido médico en cuanto a la necesidad inminente de un trasplante y a los escasos riesgos que se provocarían en el dador. Invocaron asimismo argumentaciones de tipo ético y legal.

A fs. 78 obra un nuevo dictamen de los médicos forenses quienes insistieron en su posición anterior, desaconsejando la autorización.

A fs. 82 hay un resumen de historia clínica del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos en donde se informa respecto al estado actual del enfermo y se llega a la conclusión de que refleja una tendencia al desmejoramiento progresivo.

A fs. 85 la jueza interviniente dictó sentencia y, con fundamento en la minoría de edad de la pretensa donante y lo dispuesto por los arts. 55 y sigts. del Cód. Civil y los arts. 11, 12 y 13 de la ley 21.541, resolvió denegar la autorización para que la menor done uno de sus riñones.

Apelada dicha sentencia, a fs. 99 se produjo un nuevo informe del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos sobre la salud del menor, en el que se afirmó que la posibilidad del trasplante renal debía ser evaluada de inmediato. no aportándose nuevos elementos de juicio.

El asesor de Menores de Cámara, por razones coincidentes con las de la asesora de Menores de 1ª instancia y de la jueza interviniente, solicitó el rechazo de la autorización.

A fs. 101/105, por el voto de la mayoría de la sala A de la Cámara en lo Civil, fue confirmada la sentencia. El vocal doctor de Igarzábal, en su voto en disidencia, sostuvo una posición favorable a la concesión de la autorización.

Contra este último pronunciamiento, se interpuso a fs. 108/116 recurso extraordinario federal. Los fundamentos de dicha apelación son: 1) Que la Cámara de Apelaciones se apartó y negó el derecho natural del ser humano a la vida, a la subsistencia y a la integridad. Se afirma al respecto que el art. 13 de la ley 21.541 no prohíbe la donación de órganos en vida a los menores de 18 años sino que -se argumenta- éstos pueden donar igualmente un órgano, aunque previo consentimiento de sus padres y autoridad judicial. Se invoca el art. 19 de la Constitución Nacional. Finalmente, se expresa que no existe mayor diferencia entre una menor de 18 años recién cumplidos y, como en el caso de autos, una menor de 17 años y 8 meses de edad. 2) Que los jueces se apartaron de la ley 21.541, toda vez que se basaron en el dictamen de médicos no especialistas y desecharon la opinión del equipo de médicos que habría de operar a los menores, que son los únicos autorizados por la mencionada ley, para efectuar los trasplantes. 3) Que existe arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que -se arguye- aquélla sólo tiene fundamento aparente toda vez que los jueces, dicen los recurrentes, se basaron para arribar a sus conclusiones en fundamentos dogmáticos y extralegales. Afirmar, además, que pese a haber existido una entrevista personal entre la donante y el tribunal, este último arribó a la conclusión denegatoria de la autorización, pero sin expresar las razones fundamentales que tuvo para llegar a esa conclusión final. Invocan violación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y, por ende, solicitan que V. E. otorgue la autorización solicitada.

A fs. 117 el a quo, por considerar que la cuestión debatida en autos suscitaba gravedad institucional, concedió el recurso extraordinario

A fs. 118 vta. se me corrió vista de la apelación extraordinaria, respecto de la cual paso a expedirme.

En mi opinión, los jueces de la causa han resuelto el caso de autos efectuando una inteligencia posible de normas de estricto derecho común como son las contenidas en la ley 21.541 y las relativas a la capacidad y discernimiento de las personas contenidas en el Código Civil.

En efecto, no considero aceptable la posición de los recurrentes en cuanto sostienen que el art. 13 de la ley 21.541 no prohíbe la ablación de órganos de un ser vivo en menores de 18 años. El sentido y alcance de dicho artículo se encuentra claramente explicado en el mensaje de elevación de la mencionada ley cuyos párrafos pertinentes transcribo a continuación: "... Uno de los aspectos sobre los que no se advierten discrepancias importantes entre quienes han abordado el estudio de esta materia, es el relativo a la disposición de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas vivas, cuya supervivencia se trata de asegurar, por lo que la cuestión no ofrece dificultades verdaderamente importantes en el plano conceptual..." No obstante, en ese orden creemos que los antecedentes estudiados señalan adecuada atención en lo relativo a los menores de edad, punto que consideramos verdaderamente crucial dadas las especiales características de inestabilidad emocional, dependencia de influencias externas, inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos, etc., etc., circunstancias todas que hacen de ellos, sujetos que requieren muy especial protección jurídica. Esa protección debe extremarse a todos los efectos previstos en el proyecto.

A esa firmísima convicción se debe la actitud restrictiva adoptada al eliminar como posibles dadores a los menores de edad.

Como se puede observar, tales conclusiones no derivan de una afirmación dogmática de los jueces carente de sustento legal, sino de las propias palabras del legislador, que, como lo afirmó la Cámara, va aún más allá de la norma concretada en definitiva y se refiere a la prohibición a los "menores de edad".

A mi parecer, pues, los argumentos del apelante aparecen, más como la desesperación -comprensible- ante lo que creen una irrazonable negativa de los jueces, que una crítica concreta y razonada al basamento del fallo, el cual, estructurado en el irrenunciable principio de la esclavitud de los jueces a la ley, no observo que se haya visto conmovido por los agravios contenidos en el remedio federal intentado.

Por otra parte, es del caso señalar que ni en el recurso extraordinario ni en ninguna otra oportunidad del proceso se ha invocado la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicadas por los jueces.

No dejo de advertir, empero, que el argumento de los recurrentes, respecto a que dentro de apenas 2 meses y 10 días la menor podrá decidir por sí misma y efectuar la donación -pudiendo la demora resultar fatal- conmueve al ánimo de quien no tenga plena conciencia de los principios básicos sobre los que se asienta el orden jurídico vigente en nuestra sociedad, pero carece de fuerza de convicción si se tiene presente que no es tarea de los jueces juzgar la bondad de las leyes ni atribuirse el rol del legislador y crear excepciones no admitidas por aquél.

Hoy son 17 años y 8 meses, ¿cuál será mañana la edad exceptuada?

Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia (Radbruch, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", p. 36).

Por las consideraciones expuestas, opino que la apelación extraordinaria de fs. 108/116 debe ser declarada improcedente. - Octubre 20 de 1980. - *Mario J. López.*

Buenos Aires, noviembre 6 de 1980.

Considerando:

1°) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de 1ª instancia que no hizo lugar a la

a) Desde el punto de vista inmunológico la compatibilidad entre dador y receptor es buena; uno y otro son histoidénticos, lo cual permite la viabilidad del trasplante y aleja la posibilidad del rechazo.

b) De no haber rechazado luego de la operación, el receptor podría llevar una vida normal y el "medio interno" se soluciona con la operación de trasplante.

c) Se puede descartar que el receptor tenga en la actualidad alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente al nuevo riñón.

d) Que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte.

e) Que por la experiencia personal del declarante le constan casos de personas que han vivido hasta 13 años con riñón trasplantado, pero la experiencia mundial registra casos de personas que han vivido 25 años, no pudiendo registrarse mayores lapsos porque tales operaciones comenzaron a realizarse hace aproximadamente 25 años.

f) Que con anterioridad al trasplante se reactualizarán los exámenes inmunológicos a fin de asegurar la improbabilidad del rechazo, así como también, se volverán a evaluar la situación del receptor en cuanto a su osteopatía, polineuropatía, estado cardiovascular, etc., y también el estado anatómico y funcional de los órganos urinarios a fin de determinar su capacidad de funcionamiento. La última vez que examinó al paciente -alrededor de mes y medio- llegó a la conclusión que se estado físico era capaz de soportar la operación y el post-operatorio.

g) Con respecto a la dadora, expresa el declarante que: "... los riegos de la intervención que requiere la ablación son remotos dado el estado de salud de la menor. La internación en general es de una semana. La vida de los dadores con un sólo riñón es plenamente normal y no significa ninguna invalidez. Los inconvenientes podrían derivar de un accidente que sufriera en el único riñón. El riñón subsistente no está especialmente expuesto a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos. La dadora podrá llevar vida normal en su matrimonio y maternidad".

h) Agrega el médico en su declaración que, a su juicio, la menor donante es plenamente consciente de las implicancias de la ablación y que su decisión se muestra como totalmente libre, apreciación que coincide en un todo con la obtenida por los suscriptos en la detenida conversación que mantuvieron a solas con la menor y posteriormente con sus padres, según acta de fs. 128. Asimismo dejan constancia los suscriptos de su convencimiento de que no media inestabilidad emocional en la menor donante en cuanto a su firme y serena decisión, como tampoco inexperiencia para valorar las consecuencias de sus actos ni dependencia de factores externos: basta señalar su espontánea manifestación de que, sin conocimiento de sus padres, concurrió a hacerse todos los exámenes y análisis necesarios para establecer su compatibilidad para el trasplante de un riñón a su hermano y, al concluirse que aquélla era total, sólo entonces comunicó a sus progenitores la decisión de donar su riñón, circunstancia ésta que luego ratificaron sus padres. Con lo expuesto precedentemente en este párr. h) se puede dar por satisfecha, con intervención de los órganos jurisdiccionales, la especial protección jurídica de la menor referida en el art. 11 y en la nota de elevación del proyecto de la ley 21.541.

No existiendo en autos prueba fehaciente que haga poner en duda la opinión del equipo especializado que realizaría el trasplante, como primera conclusión de lo expuesto en este considerando, cabe afirmar -dentro de la limitación propia de las previsiones humanas en cuestión tan delicada como la que aquí se trata- que en tanto el menor J. I. está en una situación actual y permanente de riesgo de muerte, la ablación del riñón a su hermana C. G., aparte de ofrecer sólo riesgos remotos propios de toda intervención quirúrgica, no le produciría ninguna

Se trata, pues, de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico y de la medida de protección que el legislador ha considerado digno de revestir a uno y otro.

La cuestion radica entonces en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico.

9°) Que en cuanto a lo primero baste con hacer remisión al consid. 5° de la presente y a la conclusión de su último párrafo, de lo que cabe deducir que frente al derecho a la vida del receptor en riesgo permanente de muerte se opone el derecho a la integridad corporal de la dadora, que se puede admitir no está prácticamente amenazado.

10) Que en cuanto a lo segundo cuadra reconocer, por cierto, que el límite de edad establecido en el art. 13 de la ley 21.541 es una de esas presunciones rígidas de la ley, exigida por la naturaleza del derecho y la técnica jurídica.

Sin embargo, cabe observar en primer lugar que la norma citada no prohíbe suplir la ausencia del citado requisito de edad por el asentimiento expreso de sus padres -como ocurre en el caso- o por la venia judicial. situación que no puede dejar de tenerse especialmente en cuenta en las singulares circunstancias de autos en que a la dadora le faltan sólo dos meses para llegar a cumplir los 18 años y en ese lapso la vida de su hermano receptor está expuesta permanentemente al riesgo de muerte. Frente a esta última situación, el tribunal no puede dejar de expresar su convicción de que cumplidos esos dos meses la menor mantendría su consentimiento, argumento corroborante que sólo adquiere validez, por cierto, frente al derecho a la vida de su hermano gravemente amenazado en ese lapso. Nada indica razonablemente que en sólo dos meses la madurez psicológica, el grado de discernimiento, responsabilidad y estabilidad emocional de la dadora (v. nota de elevación del proyecto) pueda experimentar un cambio relevante.

En este orden de ideas cabe recordar lo dispuesto en el art. 921 del Cód. Civil en cuanto al discernimiento de los menores adultos y los arts. 58 y 62 relativos al modo y alcance de suprimir los impedimentos de la incapacidad y que la representación se extiende a todos los actos de la vida civil que no fueren exceptuados, con lo cual cobra fuerza la razón "supra" expuesta sobre la base de que la ley 21.541 no prohíbe a los padres completar el asentimiento de la menor dadora (conf. art. 19, inc. 3 "in fine", ley 17.132). Por lo demás, conforme a lo expresado en el consid. 5° apart. h) y en el presente, es válido concluir que se encuentran reunidos los requisitos de los actos voluntarios previstos en el art. 897 del Cód. Civil

Por otra parte, debe recordarse que la capacidad de las personas es la regla y la incapacidad la excepción y que éstas han de ser expresas y de interpretación restrictiva, principio que, conforme a las excepcionales particularidades de esta causa, tantas veces reiteradas "supra" y a las normas jurídicas citadas, ha de ser tenido especialmente en cuenta en la solución de este caso, máxime frente al consentimiento de los padres y a la intervención de la autoridad jurisdiccional.

11) Que aparte del fin primordial de la ley de la materia a que se hizo referencia en el consid. 8°, es particularmente digno de tenerse en cuenta que del art. 13 de la ley 21.541 surge que ésta tiende a proteger el núcleo familiar más íntimo y natural, lo que tiene su raigambre constitucional en el art. 14 bis de la Carta Magna en cuanto enuncia la garantía de "la protección integral de la familia"; en este aspecto de la cuestión no sería razonable desconocer la relevancia que tiene en el caso la conformidad con el trasplante de parte de ambos progenitores y de los hermanos, dadora y receptor. Tampoco cabe prescindir de la ejemplar generosidad, muestra de amor fraterno y unión familiar que implica la espontánea decisión de la dadora, con suficiente

cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos. t. 241, p. 277 -Rev. La Ley, t. 93, p. 449, con nota de Nerva).

La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doct. de Fallos citados en los consids. 2° y 4° y Fallos, t. 234, p. 482; t. 241, p. 277 y t. 249, p. 37).

Ello es congruente con el reconocimiento de valor fundamental del gesto de virtud, solidaridad familiar y amor fraternal que representa la voluntaria ablación de un órgano propio, precedido por el no menor ejemplo materno. Los hechos probados en la causa descartan todo interés subalterno, pues no se trata sólo de disminuir el dolor sino de intentar la conservación de la vida de un hermano después de agotados los otros recursos de la ciencia (art. 2°, ley 21.541).

Contribuye a fundar esta solución la calificación de los trasplantes de riñón como "técnica corriente" (art. 2°, ley 21.541 y art. 2°, dec. reglamentario 3011/77), que el paciente J. I. S. y D. haya estado sin éxito en espera de un riñón cadavérico desde el mes de agosto de 1978, y asimismo, el brevísimo tiempo faltante para que C. G. S. y D. cumpla la edad que le permitiría decidir por sí sola la ablación, circunstancia esta última que no autoriza a suponer una modificación sustancial de su madurez psicológica y estabilidad emocional. Las particularidades indicadas en el consid. 3° han sido corroboradas por el doctor R. al declarar que el citado J. I. S. y D. estará expuesto al mismo riesgo de muerte en los 2 meses próximos, que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas, y que el tratamiento de diálisis a que está sometido, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte.

Además, no existen en autos datos ciertos que pongan en duda la opinión del equipo médico especializado respecto a la viabilidad de la operación. Por el contrario, en la referida audiencia el jefe del equipo propuesto para efectuar la ablación, suministró información suficiente respecto a la viabilidad del trasplante desde el punto de vista inmunológico por ser dadora y receptor histoidénticos, precauciones que se toman antes de su realización e inexistencia en el receptor de alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente el nuevo riñón. Fundamentalmente, en lo que concierne a la dadora, informó que son remotos los riesgos de la ablación dado su estado de salud, normalidad de la vida de los dadores con un solo riñón, no estar expuesto específicamente el riñón subsistente a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos, y la posibilidad de la dadora de llevar vida normal en su matrimonio y maternidad.

Por último, las distintas constancias y actuaciones de la causa han permitido al tribunal convencerse de que no media en la donante inestabilidad emocional ni, como se ha dicho, inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos, satisfaciéndose con la intervención de los órganos jurisdiccionales la especial protección jurídica del menor aludida en la nota de elevación de la ley 21.541.

discernimiento -según se dijo "supra"-, actitud que el derecho no puede reprobar si se tienen presentes los fundamentos morales del orden jurídico.

12) Que no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doctr. de Fallos citados en los consids. 2° y 7° y Fallos, t. 234, p. 482 -Rev. La Ley, t. 82, p. 690, con nota de Próculo)

13) Que la conclusión a que se arriba guarda validez en tanto se cumplan previamente al trasplante, con resultados favorables, los exámenes y estudios a que se hizo referencia en el apart. f) del consid. 5°, sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias, y subsistiendo la facultad de revocar su decisión por parte de la dadora, conforme al 2° párrafo del art. 13 de la ley 21.541.

Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se deja sin efecto la sentencia recurrida, y, atento a la urgencia del caso, se autoriza a la menor C. G. S. y D. a que se le practique la ablación de uno de sus riñones para ser implantado a su hermano J. I. S. y D. en las condiciones establecidas en el consid. 13 (art. 16, 2ª parte, ley 48). - *Adolfo R. Gabrielli.* - *Abelardo F. Rossi.* - *Pedro J. Frías (según su voto).* - *Elías P. Guastavino (según su voto).*

Voto de los Dres. Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino.

Considerando: 1°) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de 1ª instancia que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor C. G. S. y D., en representación de aquélla, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano J. I. Contra esa decisión aquéllos dedujeron el recurso extraordinario de fs. 108/116 en el cual sostienen que el fallo del a quo es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del art. 13 de la ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2°) Que como lo pone de relieve el auto de fs. 117, media en el caso interés institucional. Por estar afectadas la integridad corporal de la dadora y la vida y salud del receptor, no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza (doctrina de Fallos, t. 257, p. 132 -Rep. La Ley, t. XXIV, p. 1375, sum. 187-, entre otros). Todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte (doctrina de Fallos, t. 260, p. 114 -Rev. La Ley, t. 117, p. 551).

3°) Que según resulta de autos, el menor J. I. S. y D., nacido el 31 de diciembre de 1960, padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente, debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el art. 3° de la referida ley, informa a fs. 99: "Creemos que la posibilidad del trasplante renal debe ser evaluada de inmediato, dado la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos".

4°) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (art. 13, ley 21.541), que no ha sido atacada de inconstitucional, ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las particulares circunstancias de la causa, pues la admisión de soluciones notoriamente injustas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos, t. 255, p. 360; t. 258, p. 75; t. 281, p. 146; causa "Mary Quant Cosmetics Limited c. R. L. Salvarezza" del 31 de julio de 1980). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, t. 234, p. 482 -Rev. La Ley, t. 82, p. 690, con nota de Próculo).

5°) Que importa destacar que la regla general -fundada en el esencial respeto a la libertad y a la dignidad humana- es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos, y ello con más razón respecto a los derechos de la personalidad.

Las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico (art. 19, Constitución Nacional, 53 y 62, Cód. Civil). No pueden, por lo demás, extenderse por analogía los impedimentos o restricciones de la capacidad. Aun las denominadas incapacidades de hecho deben estar consagradas en normas legales y no han de establecerse irrazonablemente, sino conforme a los valores humanos trascendentes y con arreglo a las garantías de la Constitución Nacional.

Como ya se ha dicho, en el caso se trata de armonizar la integridad corporal de la dadora con la vida y la salud del receptor. Todos ellos son derechos de la personalidad que preexisten a cualquier reconocimiento estatal. El Estado y sus leyes, sin embargo, no se desentienden de los mismos. Por su naturaleza se acentúa la protección en múltiples aspectos, se sanciona su violación y se dilucidan cuestiones dudosas y conflictivas.

La existencia de tales derechos ha sido reconocida ya en la nota al art. 2312 del Cód. Civil, cuando dice: "Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc...", y también han sido objeto de numerosas normas legales posteriores.

Mientras algunos derechos de la personalidad humana tienen un régimen minuciosamente previsto en las leyes, otros, por el contrario, se caracterizan por su imprecisión. Las dificultades son causadas por la falta de sistematización de las normas respectivas y, desde otro punto de vista, por los adelantos de la ciencia y de la técnica, que suscitan riesgos y generan, al mismo tiempo, esperanzas de mejorar la salud y el bienestar general.

6°) Que C. G. S. y D. nacida el 30 de diciembre de 1962 goza de discernimiento conforme a los arts. 127 y 921 del Cód. Civil. No surge de autos que ella padezca de ignorancia, error o dolo que obsten a su intención, ni que se encuentre afectada su libertad con relación al acto de ablación en vida que motiva la causa. En la audiencia de comparecencia personal, se pudo verificar también que la referida menor ha comprendido cabalmente el significado y trascendencia del acto a que quiere someterse y que no ha sido objeto de influencias externas para valorar las consecuencias de sus actos; circunstancias que fueron corroboradas en la audiencia de fs. 131 por el tribunal. De todo ello cabe concluir que se encuentran reunidos los elementos de los actos voluntarios establecidos en el art. 897 del mismo cuerpo legal y que está satisfecha la exigencia del art. 11 de la ley de trasplantes en cuanto se refiere a la comprensión del acto.

7°) Que el art. 13 de la ley 21.541 establece, en lo que aquí interesa, que: "Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuese con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...".

Tanto la reducción del límite respecto a la regla general de mayoría de edad, como la autorización de trasplantes directos entre seres humanos vivos encuentra justificación en los principios de solidaridad familiar y protección integral de la familia, pues tal especie de práctica quirúrgica sólo es lícita respecto a los integrantes de aquélla en su sentido más genuino y directo. El citado precepto legal únicamente contempla la hipótesis de dación de órgano dispuesta por el menor que tiene 18 años, por sí mismo. La cuestión a decidir es si resulta arbitrario interpretar que una persona muy próxima a alcanzar dicha edad -faltándole para ello menos de 4 meses al tiempo de la sentencia recurrida- no pueda disponer válidamente la cesión de un riñón, con asistencia de los padres o de los jueces, en las graves circunstancias de autos, donde deben conciliarse los derechos personalísimos de dos hermanos: el derecho a la vida del receptor y el derecho a la integridad corporal de la dadora, justificando la defensa de aquél un amplio respeto de la voluntad del donante.

Ante todo debe observarse que la norma no prohíbe que si el dador tiene menos de 18 años se complete su falta de edad por el consentimiento de sus padres o la venia judicial. Si bien por principio la incapacidad para realizar actos de carácter personalísimo no sería susceptible de ser superada por los representantes legales, corresponde señalar que dicha regla no se opone a que la voluntad de ciertos incapaces -voluntad que en el caso existe conforme lo expuesto en el consid. 6°- y que es esencial a los fines de resolver lo discutido, sea integrada mediante el asentimiento de sus progenitores o autorización judicial. Tal lo que surge, por ejemplo, del art. 10 de la ley 2393 para la celebración del matrimonio y del art. 19, inc. 3°, de la ley 17.132, e inclusive -dejando a salvo lo concerniente a su valoración moral o validez constitucional- del art. 86, inc. 2° del Cód. Penal (texto según ley 21.338).

8°) Que si bien la ley 21.541 precisa las distintas condiciones que han de cumplirse para permitir el trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no debe omitirse que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos (conf. art. 2° de dicha ley). Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho de la persona humana preexistente, como se ha dicho, a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes.

9°) Que la plena satisfacción de la garantía constitucional de protección integral de la familia instituida por el art. 14 bis de la Ley Suprema -"ratio" del precepto legal analizado y en cuya perspectiva debe final y fielmente ser aplicado-, los principios generales a que se ha hecho referencia en los consids. 4° y 5°, la solución legal para casos de cierta similitud como son los recordados anteriormente e inclusive la literalidad misma del art. 13 de la ley 21.541 que no prohíbe suplir la falta de edad por medio de la autorización paterna o judicial, conducen de acuerdo a los criterios previstos en el art. 16 del Cód. Civil y la índole especial de los derechos en juego atento las muy particulares circunstancias de esta causa, a una solución opuesta a la adoptada por el a quo. En efecto, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas,

10) Que la solución alcanzada, siempre que los estudios inmediatamente previos a la operación sean favorables, es sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias, y sin defecto, asimismo, de la facultad de revocar o arrepentimiento que establece el art. 13, 2° párrafo, de aquella ley.

Por ello, habiendo dictaminado el Procurador General, se deja sin efecto el fallo apelado; y, atento a la urgencia del caso se autoriza a la menor C. G. S. y D., a que se le practique la ablación de uno de sus dos riñones para ser implantado en su hermano J. I. S. y D. en las condiciones establecidas en el consid. 10 (art. 16, 2ª parte, ley 48). - *Pedro J. Frías.* - *Elías P. Guastavino.*

PERIODICO OFICIAL

ORGANO DE DIFUSION OFICIAL DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO.

PUBLICADO BAJO LA DIRECCION DE LA SECRETARIA DE GOBIERNO
Registrado como correspondencia de segunda clase con fecha 17 de agosto de 1926 DGC Núm. 0010826 Características 11282816

Epoca 6a.	Villahermosa, Tabasco	9 DE NOVIEMBRE DE 2002	Suplemento 6279

Vigente a partir 9/Dic./2002

No. 17369

DECRETO 172

LIC. MANUEL ANDRADE DÍAZ, GOBERNADOR DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO, CON FUNDAMENTO EN LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 51 FRACCIÓN I DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA LOCAL; A SUS HABITANTES SABED.

Que el H. Congreso del Estado, se ha servido dirigirme lo siguiente:

LA QUINCUAGESIMA SÉPTIMA LEGISLATURA AL HONORABLE CONGRESO DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO, EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES QUE LE CONFIERE EL ARTICULO 36 FRACCIÓN I DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA LOCAL; Y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que con fecha primero de mayo de 1997 entró en vigor el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tabasco y con posterioridad se han realizado importantes reformas a la Constitución General de la República, por lo que es importante revisar las disposiciones del Código referido, para derogar, modificar o adicionar las necesarias a fin de ajustarlo al marco constitucional actual.

SEGUNDO: Que el Código de Procedimientos Penales vigente, señala una serie de términos para que el Ministerio Público ejercite la acción penal, mismos que son diferentes a los que regulan la prescripción de la acción penal y que al ser materias estrechamente relacionadas han producido criterios distintos por parte de los tribunales, creando confusión entre las autoridades y los ciudadanos acerca de los términos para la integración de una averiguación previa y el ejercicio de la acción penal. En tal razón se considera pertinente derogar el artículo 131, para que prevalezcan las disposiciones del capitulo de prescripción del Código Penal.

TERCERO: Que de las ponencias presentadas en la consulta ciudadana, destaca la de reformar el último párrafo del artículo 224 del Código referido, que actualmente obliga a señalar la cantidad que corresponda a la multa máxima como requisito para conceder la

tiene éxito, ordena que se cite al testigo por edictos publicados en el Boletín Judicial y en otro periódico de mayor circulación en el lugar en donde se sigue el proceso; disposición que retrasa considerablemente el trámite de los juicios y que no produce ningún beneficio, pues cuando la policía no logra ubicar a un testigo para citarlo a declarar, la publicación en el periódico no produce ningún efecto y si demora el trámite del proceso, en perjuicio de las partes, por lo que se modifica esta disposición para que la publicación se ordene únicamente cuando el juez considere que puede producir algún resultado favorable y además para que la policía que investigue el domicilio del ausente, sea aquella en la que estuvo ubicado el último domicilio de la persona que se pretenda localizar.

DÉCIMO. Que el Código de Procedimientos Penales establece en el Título Sexto, Capítulo Tercero el recurso de apelación y en el Capítulo Quinto de ese mismo título, el recurso de reposición de procedimiento, considerándose que no es correcto tramitar dos recursos contra un mismo acto, dado que la reposición del procedimiento puede y debe decretarse de oficio por las Salas Penales que integran el Tribunal Superior de Justicia, cuando al conocer del recurso de apelación adviertan que hubo violación al procedimiento que dejó sin defensa al procesado, o afecte de algún modo a las otras partes, por lo que se estima que la reposición del procedimiento pueda estudiarse y decretarse en el trámite del recurso de apelación, modificándose en consecuencia el Capítulo V del Título Sexto del Código, y adicionándose lo relativo a la reposición del procedimiento al recurso de apelación, a efecto de evitar la duplicidad de recursos sobre el particular.

DÉCIMO PRIMERO. Asimismo y toda vez que se propone adicionar en el capítulo relativo al recurso de apelación, las hipótesis que contenía el denominado "Reposición del Procedimiento", resulta pertinente modificar la denominación de los capítulos y reformar los artículos del 207 al 212, a efectos de que en los artículos del 207 al 210 se agregue lo que se preveía en los artículos 208, 209 y 210. Por lo tanto, el artículo 211 contendría lo que actualmente contempla el artículo 207 y del 212 al 220 quedan con la misma redacción actual. En virtud de ello, como se suprime el capítulo V denominado "Reposición del Procedimiento", y en consecuencia se cambia la denominación de los capítulos, por lo que el título respectivo queda integrado por siete denominados de la siguiente manera: Capítulo I, "Reglas Generales", Capítulo II, "Revocación", Capítulo III, "Apelación", Capítulo IV, "Nulidad"; Capítulo V, "Denegada Apelación"; Capítulo VI, "Queja" y Capítulo VII, "Anulación de la Sentencia Ejecutoria".

DÉCIMO SEGUNDO. De igual manera, toda vez que actualmente el artículo 252 en su fracción II, establece que se suspenderá el proceso de oficio, o a petición de parte, cuando exista obstáculo procesal o se advierta la falta de un requisito de procedibilidad para la persecución de delito, se considera pertinente suprimir la frase relativa a la falta de un requisito de procedibilidad, en virtud de que no es apropiado ya que cuando falta dicho requisito, como puede ser ausencia de querella o de declaración de procedencia, no es dable ejercitar la acción penal, ni obsequiar en su caso un mandato de captura, pues dicho requisito debe quedar satisfecho durante la indagatoria. Asimismo, acorde al análisis integral del Código de Procedimientos Penales en vigor, se considera necesario reformar y adicionar otras disposiciones, quedando redactadas en la forma y términos que se derivan del mismo.

DÉCIMO TERCERO. Que por todo lo anteriormente expuesto y con fundamento en lo dispuesto en la fracciones I y IX del artículo 36 de la Constitución Política del Estado Libre y

Artículo 96. Si el testigo estuviere fuera del ámbito de competencia territorial del juzgador, se le examinará por exhorto dirigido al Juez de su residencia. Si se ignora ésta, se encargará a la policía del lugar donde esté ubicado el último domicilio del que se tenga conocimiento para que averigüe el paradero del testigo y lo cite. Si esta investigación no tuviera éxito, el Ministerio Público o el Juez, podrán hacer la citación mediante publicación en un periódico de los de mayor circulación.

En su caso, se agregará al expediente un ejemplar del periódico en la parte que contiene la inserción, de modo que se identifique el periódico, la fecha de publicación y la sección y página en la que ésta aparece.

Artículo 101. Cuando el inculpado lo solicite será careado en presencia del Juez con las personas que formulan imputaciones en su contra. Estas declararán en su presencia, si estuvieren en el lugar del juicio. En este caso, el inculpado podrá formularles las preguntas que desee y que resulten conducentes para su defensa. Asimismo, se practicarán careos entre quienes intervienen en el proceso cuando exista contradicción entre las respectivas declaraciones.

"....."

"....."

Si la víctima o el ofendido son menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro.

Artículo109. "....."

I. Cuidará de que la confesión se rinda con riguroso apego a las normas aplicables de este Código. No basta la confesión para acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad si no se halla corroborada con otras pruebas rendidas con arreglo a la ley;

De la II a la IV. "....."

Artículo 111. Se condenará al inculpado cuando se pruebe que existieron todos los elementos del delito que se le imputa y la responsabilidad correspondiente, y que no haya causas que excluyan la incriminación o extingan la pretensión punitiva. En caso de duda, se debe absolver.

Artículo 119. Iniciada la averiguación, el Ministerio Público o la autoridad que legalmente lo sustituya y actúe en su auxilio, adoptarán las medidas conducentes a probar la existencia de los elementos del cuerpo del delito en el caso que se investiga, las circunstancias en que se cometió éste, y la identidad y responsabilidad de quienes participaron en él, así como a salvaguardar los legítimos intereses del ofendido, asegurar las personas y cosas relacionadas con los hechos y, en general, desarrollar legalmente la averiguación, conforme a la naturaleza y finalidades de ésta.

En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito, un elemento subjetivo o normativo como elemento constitutivo esencial, será necesaria su acreditación.

La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes, se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito o que extinga la pretensión punitiva.

Artículo 138. Para comprobar la existencia de los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad ó del delito y la plena responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio Público y el Juez tendrán plena libertad para emplear los medios de prueba que estimen adecuados, según su criterio, aún de aquellos no comprendidos en la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

Artículo 145. "....."

"....."

De la I a la III. "....."

"....."

Para los efectos de este artículo, se entiende por calificativa, toda hipótesis que de actualizarse implique un aumento en la sanción prevista para cualquier delito.

Artículo 151. En la instrucción se ofrecerán, ordenarán y desahogarán, según corresponda, por instancia de las partes o de oficio, las pruebas conducentes al esclarecimiento de los elementos que integran el delito y de la responsabilidad del inculpado, y lo relativo a la existencia y cuantía de daños y perjuicios ocasionados por el delito, para los efectos de la acción reparadora. Asimismo, el juzgador observará las circunstancias del delito y del ofendido que deban ser tomadas en cuenta, conforme al Código Penal, para la individualización de las sanciones, en su caso.

Artículo 159. Cuando el Ministerio Público considere que deben modificarse los hechos por los que se hizo la consignación, y todavía no se ha ejecutado la orden de captura o presentación, lo hará saber al juzgador, modificando o ampliando, para ello, el ejercicio de la acción penal. Si la orden fue ejecutada, el Ministerio Público formulará el pedimento de modificación del cuerpo del delito o la ampliación mencionadas, del que se dará vista al inculpado cuando se le informe acerca de los cargos que se formulan en su contra, para que los conozca y pueda defenderse de ellos.

Artículo 163. En cuanto el detenido quede a disposición del juzgador, una vez radicada la causa el Juez procederá de inmediato a determinar si la detención fue realizada en los términos que prescribe la Constitución, y antes de que rinda declaración le hará saber el derecho que tiene a nombrar defensor o a defenderse por sí mismo, en los términos que

inculpado y su defensor, salvo que no comparezcan a pesar de haber sido citados legalmente. Cuando el ausente sea el defensor particular, el juez designará a un defensor de oficio.

Artículo 179. En sus conclusiones, que entregará por escrito, el Ministerio Público analizará los hechos punibles y la responsabilidad del inculpado, relacionando cada uno de los elementos del delito y de la responsabilidad con los medios probatorios que los acrediten en forma particular; formulará las consideraciones pertinentes acerca de la existencia y cuantía de daños y perjuicios causados por el delito; formulará las consideraciones jurídicas pertinentes para fundar sus pretensiones, invocando la ley, la jurisprudencia o la doctrina aplicables; analizará los datos que sea preciso tomar en cuenta para la individualización de las sanciones, conforme al Código Penal, y con este fundamento expreso hará el pedimento que corresponda.

Artículo 181. "....."

Las partes disponen de diez días para la presentación de conclusiones, plazo que se ampliará en un día más por cada doscientas hojas de que conste el expediente, sin exceder nunca de treinta días. En todo caso, el juzgador fijará, de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes, el tiempo con el que cuentan éstas para la presentación de conclusiones, tomando en cuenta para ello el plazo del que se dispone para la conclusión del proceso en los términos previstos por la fracción VIII del apartado A del artículo 20 de la Constitución General de la República. En todo caso, el juzgador certificará en el expediente la fecha inicial del plazo para la presentación de conclusiones y el momento en el que éste fenece, notificando personalmente a las partes.

"....."

Artículo 199. "....."

De la I a la II. "....."

III. Los autos de procesamiento, libertad, competencia, impedimentos, suspensión, continuación, acumulación y separación, los que rechacen incidentes, recursos o promociones por considerar que son frívolos o improcedentes; los que resuelven promociones relativas a la existencia del delito y la probable responsabilidad, así como las referentes a las causas extintivas de la pretensión, y aquellos en que se decidan cuestiones concernientes a la prueba e incidentes no especificados;

IV a V. "....."

Son apelables por el Ministerio Público los autos en que se niegue la orden de aprehensión, presentación o reaprehensión, los que otorguen órdenes de aprehensión o presentación por un delito distinto del señalado por el Agente del Ministerio Público, así como los que nieguen el cateo y cualesquiera medidas precautorias solicitadas por aquél, sin perjuicio de la apelación que pueden interponer el ofendido o su asesor legal cuando la medida se relacione con los intereses patrimoniales de aquél.

Artículo 204. Resuelto el punto al que se refiere el artículo anterior, el Tribunal citará al Agente del Ministerio Público, al inculpado si estuviere en el lugar, al defensor nombrado, al ofendido y a su asesor jurídico, para la audiencia de vista y abrirá un plazo de cinco días para el ofrecimiento de pruebas, que se desahogarán en aquella. Son admisibles todas las pruebas que no se hubiesen rendido en primera instancia, si quien las ofrece acredita, a satisfacción del tribunal, que no tuvo conocimiento o acceso a ellas. La documental pública es admisible en todo momento, hasta antes de que se dicte sentencia, sin perjuicio de acreditar su autenticidad en artículo especial, cuando fuese cuestionada.

Esta audiencia se realizará concurran o no las partes, salvo el Ministerio Público, el defensor y el asesor jurídico, pero cuando falte uno de los dos últimos o ambos, la Sala considerará la posibilidad y conveniencia de designar en el acto un defensor de oficio o un asesor legal público para que intervenga en la audiencia.

Artículo 207. En el recurso de apelación, la Sala podrá decretar la reposición del procedimiento a petición de la parte que no hubiese incurrido en la causa que la motive.

Las partes no podrán alegar agravios respecto a violaciones, con las que se conformaron expresamente o contra los que no intentaron los recursos procedentes, en su oportunidad; salvo que no hubieran tenido conocimiento de ellos cuando se causaron.

No obstante, si la Sala encuentra que hubo violación del procedimiento que dejó sin defensa al procesado y que sólo por torpeza o negligencia del defensor no fue combatida debidamente, podrá suplir la deficiencia y ordenar que se reponga dicho procedimiento.

Artículo 208. La Sala determinará la subsistencia de actos que no se hallen vinculados con el acto nulo que determina la reposición del procedimiento, y que satisfagan las condiciones que la ley dispone para que sean válidos.

Artículo 209. Habrá lugar a la reposición del procedimiento, a partir del acto en que se causó el agravio:

I. Por no haberse observado las garantías que concede al inculpado la Constitución General de la República y la particular del Estado, así como los derechos que derivan inmediatamente de éstas, en los términos previstos por el presente Código;

II. Por no designársele intérprete al inculpado que no hable o no entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señale la ley;

III. Por no haber sido citada alguna de las partes a las diligencias a las que tenga derecho a presenciar;

IV. Por no haberse recibido a alguna de las partes, injustificadamente, las pruebas que hubiese ofrecido con arreglo a la ley;

V. Por haberse celebrado el juicio sin asistencia del juzgador que debe sentenciar, de su secretario o testigos de asistencia y del Ministerio Público;

Artículo 213. "....."

"....."

CAPÍTULO VI
QUEJA

Artículo 214. "....."

Artículo 215. "....."

"....."

CAPÍTULO VII
ANULACIÓN DE LA SENTENCIA EJECUTORIA

Artículo 216. "....."

De La I A La V. "....."

Artículo 217. "....."

Artículo 218. "....."

Artículo 219. "....."

Artículo 220. Cuando una ley suprima un delito o modifique la naturaleza, duración, cuantía o modalidades de la sanción, quien pudiere resultar beneficiado por la nueva norma ocurrirá a la autoridad de la que dependa su situación jurídica para que ésta disponga la aplicación de la ley posterior más favorable. En estos casos, dicha autoridad podrá actuar de oficio.

Artículo 221. El sobreseimiento y la desacreditación de las pruebas que sirvieron para establecer los elementos del cuerpo del delito aparejan la conclusión del proceso y la libertad absoluta del inculpado. Aquél se resolverá en el principal y ésta se tramitará en incidente por separado. Asimismo, se dispondrá la libertad absoluta del inculpado cuando se esté en los casos previstos por los artículos 174 y 220.

"....."

"....."

Artículo 224. "....."

Si de lo actuado con posterioridad se desprende que la multa aplicable o los daños causados son mayores que los previstos originalmente, y que por lo tanto es preciso modificar la fijación de garantía para dar cumplimiento a lo estipulado en el primer párrafo de la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución General de la República, el Juez dispondrá que se eleve consecuentemente el monto de la caución. Cuando se

CUESTIONARIO PARA LOS SERVIDORES JUDICIALES QUE A DIARIO REALIZAN LA LABOR INTERPRETATIVA EN LA SOLUCIÓN DE LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU JURISDICCIÓN Y CUYAS RESPUESTAS ME SERÁN DE GRAN UTILIDAD EN LA REALIZACIÓN DE MI TESIS DE GRADO DE MAESTRO.

1. ¿Conoce el contenido del artículo 14, de la Constitución Política del País, en lo referente a la forma de interpretación de la ley penal?

2. ¿Qué entiende por legalidad?

3. ¿Qué entiende por positivismo jurídico?

4. ¿En las resoluciones o proyectos de resoluciones que realiza o revisa, aplícale silogismo jurídico?

5. En atención a lo dispuesto por el precepto 14, Constitucional ¿ha interpretado el Código Penal o Procesal Penal en forma diversa?

6. ¿En la praxis judicial se ha encontrado en alguna ocasión frente a un asunto que a su juicio no ha sido justo decidirlo conforme a las prescripciones legales?

7. ¿Le parece correcto ser el todos los casos que se someten a su consideración, legalista?

8. La seguridad jurídica es uno de los principios en los que se inspira nuestro sistema jurídico, pero ¿considera que es el principio supremo y puede sobrenonerse al de justicia?

9. ¿cree viable para una mejor administración de justicia en nuestro Estado, recurrir a la interpretación y resolución de los problemas jurídicos a través de principios, cuando la solución justa no se encuentre en la ley'

Dependencia: Tribunal Superior Justicia.
Depto: Comité de Compilación Sistematización y Publicación de Criterios Aislados y Criterios Jurisprudenciales.

CIRCULAR No. 036.

Villahermosa, Tab., 28 de mayo de 2002.

CC. JUECES PENALES, MIXTOS
Y DE PAZ DEL PODER JUDICIAL DEL
ESTADO DE TABASCO.
P R E S E N T E.

Comunico a ustedes que en sesión ordinaria de fecha cuatro de abril de dos mil dos, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, aprobó por unanimidad el siguiente acuerdo:

"...Cuando se esté en la hipótesis contemplada en el artículo 207 del Código Penal, relacionado con el delito de Incumplimiento de las Obligaciones de Asistencia Familiar, previsto por el diverso numeral 206 del citado cuerpo de leyes, no procede el sobreseimiento por virtud del otorgamiento del perdón; razón por la cual, en esos casos, es necesario que se agilice el trámite de las causas a fin de que las pongan inmediatamente a la vista de las partes para conclusiones, y en un término perentorio, dicten la sentencia correspondiente donde podrán analizar si se actualiza o no la excusa absolutoria prevista en el artículo 208, del propio ordenamiento punitivo. Con ello se busca que se cumpla la norma procesal y a la vez se fija el antecedente del sentenciado...".

Lo anterior para su observancia y cumplimiento obligatorio.

ATENTAMENTE.
SUFRAGIO EFECTIVO, NO REELECCIÓN.
EL MAGISTRADO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LIC. GUILLERMO NARVÁEZ OSORIO.

EL SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS

LIC. ROBERTO AUGUSTO PRIEGO PRIEGO

libertad provisional bajo caución al inculpado, lo cual impide al juzgador fijar discrecionalmente la cantidad que corresponda conforme a la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, y al no contener un mínimo resulta ser una multa excesiva.

CUARTO: Que a raíz de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 16 y 19, se suprimió el concepto tipo penal y se hace referencia ahora para la emisión de las órdenes de aprehensión o presentación y de los autos de formal prisión o de sujeción a proceso, al concepto cuerpo del delito; sin embargo, nuestro Código de Procedimientos Penales en sus artículos 12, 16, 109, 119, 132, 134, 137, 138, 159, 169, 171, 221, 233, 236, 254, 258 y 264 acorde a las disposiciones constitucionales de aquella época, todavía hace alusión al concepto tipo penal, por lo que es necesario modificarlos para hacer referencia al cuerpo del delito y definir qué debe entenderse por éste.

QUINTO: Que el Constituyente Permanente Federal determinó mediante reforma publicada el 21 de septiembre del año 2002, en el artículo 20 apartado B, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que el derecho de un procesado para carearse con quien deponga en su contra, se excluye cuando se trate de menores de edad y el proceso se siga por los delitos de violación o secuestro, lo que obliga a modificar el artículo 101 de nuestro Código Procesal Penal para establecer también esa excepción.

SEXTO. Que el Código de Procedimientos Penales tratándose de órdenes de aprehensiones negadas o de autos de libertad por falta de elementos para procesar, prevé la posibilidad de que el Ministerio Público promueva nuevas pruebas y solicite en su caso la reaprehensión o la presentación del inculpado, no obligando a que dichas probanzas sean desahogadas en presencia del inculpado por lo que preservando las garantías de éste, se considera pertinente adicionar el artículo 174 para que las nuevas pruebas que promueva el Ministerio Público serán desahogadas en presencia del inculpado y su defensor, salvo que no comparezcan a pesar de haber sido citados legalmente. Cuando el ausente sea el defensor particular, el juez designará a un defensor de oficio.

SÉPTIMO. Que en el Código no se define qué debe entenderse por calificativa para efectos de determinar si un delito es grave, lo que ha producido criterios diversos en detrimento de la seguridad jurídica de quienes son sujetos a un proceso penal, por lo que atendiendo los criterios doctrinales y jurisdiccionales, es necesario hacer la precisión correspondiente, en el sentido de que por calificativa debe entenderse toda hipótesis que de actualizarse implique un aumento en la sanción prevista para cualquier delito.

OCTAVO. Que el Código actualmente obliga al ofendido a estar presente en todas y cada una de las audiencias que se celebran en un proceso penal, con lo que se impone una carga innecesaria a quien fue víctima de una acción delictiva, por lo que es necesario modificar el numeral respectivo para determinar que el ofendido podrá comparecer a todas las audiencias y que se tomarán las providencias necesarias para garantizarle ese derecho, pero que su inasistencia no obligará a diferir la audiencia, ni le producirá ninguna sanción, salvo cuando sea estrictamente necesaria su presencia, lo que será determinado por el juez que conozca del asunto.

NOVENO. Que el Código de Procedimientos Penales para el desahogo de una prueba testimonial, obliga en aquellos casos en los que se desconoce el domicilio de quien deba declarar, a que se ordene a la policía investigar su paradero, y cuando esa investigación no

Soberano de Tabasco, el Honorable Congreso del Estado está facultado para expedir, reformar, adicionar, derogar y abrogar leyes y decretos para la mejor administración del Estado, planeando su desarrollo económico y social, se emite el siguiente:

DECRETO 172

ARTÍCULO ÚNICO. Se **reforman** los artículos 6, 12, primer párrafo; 16, segundo párrafo; 19, primer párrafo; 38, primer párrafo; 40; 67, primer y segundo párrafo; 75, segundo párrafo; 96, primer párrafo; 101, primer párrafo; 109, fracción I; 111; 119, primer párrafo; 122, primer párrafo; 132; 134, primer párrafo; 137, primer párrafo; 138, 151, 159; 163, primer y segundo párrafo; 169, primer párrafo; 171; 174, segundo párrafo; 179; 181, segundo párrafo; 199, fracción III y segundo párrafo; 204, primer párrafo; 207; 208; 209; 210; 211; 220; 221, primer párrafo; 224, segundo y tercer párrafo; 233; 236; 252, fracción II; 254, primer párrafo; 258 segundo párrafo y 264 primer párrafo; **se modifica** la numeración y denominación de los capítulos IV, V, VI, VII y VIII del Título Sexto, quedando al suprimirse el Capítulo V, el mismo integrado por siete capítulos denominados Capítulo I, "Reglas Generales", Capítulo II, "Revocación", Capítulo III, "Apelación", Capítulo IV, "Nulidad"; Capítulo V, "Denegada Apelación"; Capítulo VI, "Queja" y Capítulo VII, "Anulación de la Sentencia Ejecutoria".; **se adicionan** a los artículos 92, un tercer párrafo; 96, un segundo párrafo; 101, un cuarto párrafo; 137, un segundo y tercer párrafo; 145, un cuarto párrafo y al 204, un segundo párrafo; **y se deroga** el artículo 131; todos del Código de Procedimientos Penales del Estado para quedar como sigue:

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE TABASCO

Artículo 6. El Ministerio Público observará la más rigurosa objetividad en el desarrollo de la averiguación previa. En todo caso procurará el conocimiento de la verdad sobre los hechos constitutivos del delito y la responsabilidad de sus autores. Está obligado a recabar y desahogar con diligencia las pruebas sobre los hechos, la participación delictuosa y otros puntos sujetos a procedimiento, que sean pertinentes para establecer la verdad histórica y resolver, con este fundamento, lo que proceda sobre el ejercicio de la acción. En caso de duda razonable sobre la responsabilidad del indiciado, de modo que ésta pueda considerarse probable, el Ministerio Público ejercitará la acción penal. En su desempeño en todo el procedimiento, el Ministerio Público ajustará su actuación a los principios de legalidad y buena fe.

Artículo 12. En el ejercicio de sus atribuciones, el Ministerio Público recibirá las denuncias y querellas que se presenten por hechos probablemente delictuosos cometidos en el Estado de Tabasco, realizará las investigaciones conducentes a comprobar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, dictará las medidas convenientes para la protección del ofendido y la preservación de los legítimos intereses de éste y, en general, de las víctimas de la conducta delictiva, resolverá o solicitará el aseguramiento de objetos relacionados con el delito y la adopción de medidas precautorias, ejercitará la acción penal, aportará las pruebas de sus pretensiones, las relativas a la personalidad del inculpado, las correspondientes a la reparación del daño y requerirá la

aplicación de sanciones, propondrá la liberación de quienes resulten inocentes, hará las promociones y formulará los recursos pertinentes en el procedimiento judicial, y vigilará el debido cumplimiento de las sentencias.

"....."

"....."

Artículo16."....."

Igualmente, el ofendido podrá coadyuvar con el Ministerio Público, por sí o por medio de su representante particular y de su asesor jurídico, en la averiguación previa para el ejercicio de la acción penal. En tal virtud, en el proceso podrá entregar al tribunal las pruebas de que disponga para acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, o promover el desahogo de las diligencias probatorias respectivas, directamente o por conducto del Ministerio Público.

"....."

"....."

Artículo 19. La competencia en materia penal es improrrogable e irrenunciable. Sin embargo, cuando se hubiese ejercitado la acción penal con detenido ante Juez incompetente, y por las circunstancias del caso fuese imposible el inmediato traslado de aquél ante el que sea competente, quien recibió la consignación realizará válidamente los actos que se deban desarrollar hasta el auto de término constitucional, resolverá sobre la libertad provisional del indiciado, lo que corresponda acerca de la libertad de éste en el caso de detención irregular al que se refiere el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional, dictará el auto que proceda y pondrá el proceso y al indiciado en libertad o detenido según determine, así como los objetos relacionados con aquél, si los hubiere, a disposición de quien deba conocer.

"....."

Artículo 38. Serán nulas las actuaciones en las que no se hubiese cumplido alguna de las formalidades esenciales que la ley previene, independientemente del perjuicio que se pueda causar a cualquiera de las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23. Se consideran quebrantadas esas formalidades esenciales cuando se incurra en alguna de las violaciones constitucionales y legales a las que se refiere el artículo 209.

"....."

Artículo 40. No hay costas en materia penal. El erario cubrirá los gastos que ocasionen las diligencias practicadas por la autoridad que realiza la averiguación previa, así como las decretadas por los tribunales de oficio o a petición del Ministerio Público. Cuando el inculpado no pueda cubrir por sí mismo el costo de una diligencia que solicite, y el tribunal o el Ministerio Público, en sus respectivos casos, la estimen útil para el esclarecimiento de los

hechos motivo del procedimiento y para acreditar los elementos constitutivos del delito o la responsabilidad penal, o de los datos conducentes a la reparación de daños y perjuicios o la individualización judicial, podrán disponer que se practique con cargo al erario.

Artículo 67. Las audiencias serán públicas salvo que el tribunal en forma fundada y motivada determine que deban realizarse de otra forma, por razones de seguridad, orden o moral. Deberán concurrir el Ministerio Público, el inculpado y su defensor, el asesor legal del ofendido, y éste, en su caso. Cuando no concurra un Ministerio Público o el inculpado, el tribunal diferirá la audiencia, sin perjuicio de hacer uso de las correcciones y las medidas de apremio que estime pertinentes. Si el ausente es el defensor del inculpado o el asesor del ofendido, considerará la posibilidad y conveniencia de designar en el acto un defensor de oficio o un asesor legal público, según corresponda, para que intervenga en la misma audiencia o en la posterior que se determine. Si no se presenta el ofendido, a juicio del juez o la Sala, se realizará la audiencia, pero el tribunal de que se trate lo exhortará para que se presente en las subsecuentes y adoptará las medidas para garantizarle el derecho de comparecer y estar enterado de la marcha del proceso.

Cuando el inculpado estuviese impedido para concurrir a la audiencia, se negare a asistir o fuese expulsado por alterar el orden, el tribunal adoptará las medidas que juzgue adecuadas para garantizarle el derecho a comparecer, estar enterado de la marcha del proceso y ejercer su defensa.

"....."

Artículo75 "....."

Sólo estarán sujetos a prueba los elementos que integran el delito, los que acrediten la responsabilidad del inculpado, los datos que excluyan la incriminación penal, los elementos que establezcan la extinción de la pretensión punitiva, los pertinentes para la individualización judicial de las sanciones y la determinación de las consecuencias del delito, el valor de la cosa sobre la que recayó éste y el monto de los daños y perjuicios causados al ofendido, así como todos los datos de los que se pueda inferir, directa o indirectamente, la existencia o inexistencia de los hechos y las circunstancias mencionados.

"....."

"....."

Artículo92 ."....."

"....."

La prueba testimonial ofrecida para acreditar determinados hechos se desahogará en una sola audiencia, misma que se dará por terminada hasta que declaren todos los testigos ofrecidos y admitidos, salvo que se actualice la hipótesis prevista en el artículo 96 de este Código, en cuyo caso, declararán los testigos presentes y el testigo ausente será examinado por exhorto.

"....."

"....."

"....."

Artículo 122. El Ministerio Público cuidará que se preste al ofendido, a la víctima y al inculpado, la atención médica de urgencia que requieran con motivo de la comisión del delito, en su caso. Para ello, el Ministerio Público solicitará la intervención de las autoridades correspondientes.

"....."

Artículo 131. Derogado.

Artículo 132. El Ministerio Público ejercitará la acción penal, en forma motivada y fundada, cuando a su juicio se hayan comprobado los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, citando la jurisprudencia aplicable y solicitando, en su caso, la aprehensión o la presentación del inculpado. En el escrito de consignación precisará la fecha y hora en que se formule, puntualizará los hechos, examinará la responsabilidad que por ellos se atribuya, señalará las pruebas que acrediten aquéllos y ésta, relacionando cada elemento del cuerpo del delito, así como los datos en que se sustenta la probable responsabilidad, con los medios de prueba que los acrediten, formulará los señalamientos que procedan sobre las características y personalidad del inculpado y de la víctima, lo relativo a la existencia y monto de los daños y perjuicios causados, para los efectos de la reparación correspondiente, expondrá los elementos que sea debido tomar en cuenta para conceder o negar la libertad provisional y fijará el monto de la caución respectiva, señalará la filiación del inculpado, su domicilio o el lugar en el que pueda ser localizado y manifestará cuanto resulte pertinente para obtener del juzgador las resoluciones que legalmente correspondan.

Artículo 134. Cuando estén comprobados los elementos del cuerpo del delito y la participación del inculpado en los hechos y se considere que éste se halla en estado de inimputabilidad, el Ministerio Público podrá disponer, bajo su estricta responsabilidad, que sea internado en un establecimiento de salud, si esto es indispensable conforme a las circunstancias del caso, o lo entregará al cuidado de quienes tengan legalmente la obligación de hacerse cargo de él, quienes otorgarán para tal efecto la caución que fijará el Ministerio Público en forma individualizada. El Ministerio Público escuchará al defensor y recibirá las pruebas que éste promueva, conducentes a sostener los legítimos intereses del inculpado.

"....."

Artículo 137. Para comprobar los elementos del cuerpo del delito, se establecerá la adecuación de los hechos acreditados con los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

establece la fracción IX del apartado A del artículo 20 Constitucional y la garantía que le asiste para que el defensor comparezca y realice una defensa adecuada en todos los actos del proceso. Si el inculpado nombró defensor en la averiguación previa, este mismo en forma preferente, se tendrá por designado en el proceso, salvo que el propio inculpado resuelva otra cosa. Asimismo, se le auxiliará para lograr la presencia inmediata del defensor, a fin de que asuma la defensa.

Se recibirá la declaración preparatoria del inculpado en audiencia pública, dentro del plazo y con las garantías mencionadas en la fracción III del apartado A del artículo 20 constitucional.

"....."

"....."

"....."

"....."

Artículo 169. Dentro de setenta y dos horas contadas desde el momento en que el inculpado quedó a disposición de la autoridad judicial, y una vez tomada la declaración preparatoria, en caso de que el inculpado quisiere rendirla, se dictará auto de formal prisión si quedaron acreditados los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado. Para ello, se estará a lo dispuesto en el artículo 137.

"....."

"....."

Artículo 171. En los casos mencionados en los dos artículos precedentes, el auto de procesamiento que corresponda se dictará por los delitos que aparezcan comprobados, tomando en cuenta los hechos materia de la consignación y considerando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad correspondientes, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores.

Artículo 174. "....."

Si sólo se resuelve la libertad por falta de elementos, el Ministerio Público podrá impugnar la resolución judicial que la disponga o promover nuevas pruebas y solicitar, en su caso, la reaprehensión o la presentación del inculpado. La libertad tendrá carácter definitivo cuando transcurran dos años desde que se dispuso aquélla sin que se expida nueva orden de captura o presentación sin perjuicio de los plazos para que opere la prescripción. Las nuevas pruebas que promueva el Ministerio Público serán desahogadas en presencia del

VI. Por no haber sido adecuada la defensa del inculpado, salvo cuando baste con la suplencia de las deficiencias a que alude el artículo 196. Se entiende que la defensa no es adecuada, cuando el defensor se abstiene sistemáticamente de cumplir los deberes a su cargo; se limita a solicitar la libertad provisional del inculpado sin llevar adelante otros medios de defensa; no promueve las pruebas notoriamente indispensables para sostener los intereses de aquél, o no propone, siendo posible hacerlo, conclusiones que mejoren apreciablemente las consecuencias jurídicas del proceso sobre el inculpado;

VII. Por haberse condenado al inculpado por hechos distintos de los considerados en las conclusiones del Ministerio Público;

VIII. Por haberse negado a alguna de las partes los recursos procedentes, o por haberse resuelto la revocación en forma contraria a derecho; y

IX. Por haberse tenido en cuenta una diligencia que conforme a la ley sea nula si no fue posible impugnarla oportunamente mediante recurso de nulidad.

Artículo 210. Cuando la Sala encuentre que el Juez de primera instancia violó inexcusablemente la ley del procedimiento, pondrá los hechos en conocimiento del Consejo de la Judicatura o del Ministerio Público según corresponda, en virtud de la naturaleza de la violación.

Asimismo, la Sala impondrá una corrección disciplinaria al defensor que hubiese faltado a los deberes de su función, o dará vista al Ministerio Público si el incumplimiento es probablemente delictuoso. Si se trata de defensor de oficio, se informará, además, al superior jerárquico de aquél haciendo notar la negligencia o ineptitud de dicho defensor. En el caso de defensor particular, la Sala ordenará que se publique en el Boletín Judicial el nombre del defensor que incurrió en la falta, señalando ésta y el proceso en que se cometió.

CAPÍTULO IV
NULIDAD

Artículo 211. La nulidad de una actuación se reclamará en el acto o dentro de los tres días siguientes a la conclusión de aquélla. Se tramitará con efectos suspensivo y retentivo, y se substanciará en la forma prevista para los incidentes diversos.

Si se declara nulo el acto, quedarán invalidados igualmente los que deriven de él en forma directa. Se repondrá como legalmente corresponda y se realizarán de nueva cuenta los demás actos anulados.

CAPÍTULO V
DENEGADA APELACIÓN

Artículo 212. "....."

"....."

advierta que la multa o los daños son menores que los previstos con anterioridad, el Juez ordenará que se reduzca dicho monto, en la medida que corresponda.

Para fijar la cuantía de la multa, por lo que toca al otorgamiento de la libertad caucional, se estará a las circunstancias de ejecución del delito.

Artículo 233. Procederá la libertad del inculpado en cualquier estado de la instrucción, después del auto de procesamiento y hasta el cierre de aquélla, cuando queden plenamente desacreditadas las pruebas en las que se sustentó dicho auto, relativas a los elementos del cuerpo del delito o a la probable responsabilidad del inculpado, sin que hayan aparecido otras que prueben dichos extremos.

Artículo 236. La solicitud del Ministerio Público para que se conceda la libertad por desacreditación de pruebas implica petición de sobreseimiento cuando se pida en relación con las pruebas referentes a los elementos del cuerpo del delito. En consecuencia, se procederá conforme a lo previsto para la promoción respectiva.

Artículo 252. "..."

I. "..."

II. Cuando exista obstáculo procesal para la persecución del delito;

III a V." ...

Artículo 254. La suspensión fundada en la fracción I del artículo 252 no impide la práctica de diligencias para acreditar los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Estas diligencias se podrán repetir, si el juzgador lo estima pertinente, cuando se obtenga la captura del inculpado. La sustracción de cualquiera de los inculpados a la acción de la justicia, no impide que continúe el procedimiento en relación con los demás.

"..."

Artículo 258. "..."

En el curso de la averiguación, el ofendido podrá suministrar al Ministerio Público los datos o medios de pruebas que disponga y que contribuyan a la comprobación de los elementos del cuerpo del delito, la probable responsabilidad, los daños y perjuicios causados por el delito y la cuantía de éstos.

"..."

Artículo 264. El procedimiento y las medidas pertinentes en caso de inimputabilidad del agente cuando cometió el delito, se sustentan en la comprobación de los elementos del

cuerpo del delito correspondiente al delito que se le atribuya, así como de su participación en el hecho punible bajo cualquiera de los títulos previstos en el Código Penal como supuestos de responsabilidad delictuosa.

"....."

"....."

TRANSITORIOS

PRIMERO: El presente Decreto entrará en vigor a los treinta días siguientes de su publicación en el periódico oficial del Estado.

SEGUNDO: Se derogan todas las disposiciones legales y reglamentos que se opongan al presente Decreto.

DADO EN EL SALÓN DE SESIONES DEL PODER LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE VILLAHERMOSA, CAPITAL DEL ESTADO DE TABASCO, A LOS DIECISIETE DÍAS DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL DOS. DIP. JOAQUIN CABRERA PUJOL, PRESIDENTE.- DIP. DAVID GOMEZ CERINO SECRETARIO.- RUBRICAS.

Por lo tanto mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento.

EXPEDIDO EN EL PALACIO DE GOBIERNO, RECINTO OFICIAL DEL PODER EJECUTIVO, EN LA CIUDAD DE VILLAHERMOSA, CAPITAL DEL ESTADO DE TABASCO, A LOS DIECIOCHO DÍAS DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL DOS.

SUFRAGIO EFECTIVO. NO REELECCION

LIC. MANUEL ANDRADE DÍAZ
GOBERNADOR DEL ESTADO DE TABASCO

LIC. JAIME HUMBERTO LASTRA BASTAR
SECRETARIO DE GOBIERNO.