



Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

División de Estudios de Posgrado

Tesis para Obtener el Grado de:

**Maestro en Derecho con Opción Terminal en Derecho
Procesal Constitucional**

**“El Principio de Equidad y su Aplicación
en Sede Judicial”**

Presenta:

Lic. Raúl Alvarado Aguilera

Director:

Dr. en Derecho Héctor Pérez Pintor

Morelia, Michoacán

Febrero de 2014

Índice

| | Pág. |
|-------------------------------|-------------|
| Resumen..... | 5 |
| Palabras clave..... | 5 |
| <i>Abstract</i> | 5 |
| <i>Keywords</i> | 5 |
| INTRODUCCIÓN | 6 |

Capítulo Primero

Los Principios Jurídicos: Aproximación Conceptual

| | |
|------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1. ¿Qué son los Principios Jurídicos? | 11 |
| 1.2. Naturaleza de los Principios Jurídicos..... | 23 |
| 1.3. Epistemología de los Principios Jurídicos. | 27 |
| 1.4. Misión de los Principios Jurídicos..... | 31 |
| 1.5. Posición de los Principios Jurídicos en la Nomogénesis. | 32 |
| 1.6. Diferencia entre Principios y Reglas..... | 34 |
| 1.6.1. Hart y Dworkin. | 35 |
| 1.6.2. Ronald Dworkin..... | 38 |
| 1.6.3. Robert Alexy. | 40 |
| 1.6.4. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. | 46 |
| 1.6.5. A Guisa de Conclusión de la Distinción entre Reglas y Principios..... | 51 |
| 1.7. Conclusiones Preliminares. | 54 |

Capítulo Segundo

Los Principios Jurídicos y su Aplicación en Sede Judicial

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1. La Actuación de los Tribunales Jurisdiccionales. | 56 |
| 2.1.1. Jurisdicción como Administración de Justicia. | 59 |
| 2.1.2. Un Buen Juez, un Juez Justo. | 61 |
| 2.2. La Aplicación Judicial de los Principios Jurídicos en la Resolución de Conflictos. | 69 |
| 2.2.1. La Interpretación en la Labor Exegética de los Jueces. | 72 |
| 2.2.2. La Interpretación en el Ordenamiento Jurídico Mexicano. Incardinación de los Principios Jurídicos. | 78 |
| 2.2.3. El Espíritu de la Norma Jurídica y su Interpretación. | 80 |
| 2.3. Los Principios Jurídicos, Criterios para Orientar una Interpretación Jurídica. | 83 |
| 2.4. Los Principios Jurídicos, Criterios para Integrar Lagunas Normativas. | 88 |
| 2.5. Conclusiones Preliminares. | 95 |

Capítulo Tercero

Concepto del Principio Jurídico de Equidad

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1. Concepto de Equidad. | 99 |
| 3.2. ¿Por qué la Equidad es un Principio Jurídico? | 107 |
| 3.3. Etimología y Origen Formal de la Equidad. | 110 |
| 3.3.1. Grecia. | 110 |
| 3.3.2. <i>Aequitas</i> Romana: Una Justicia Igualitaria. | 113 |
| 3.3.2.1. <i>Ius Gentium</i> , Antecedente de la Equidad en Roma. | 114 |
| 3.3.2.2. La Equidad como <i>Benignitas</i> , <i>Humanitas</i> o <i>Pietas</i> | 118 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.3.3. La <i>Equity</i> Inglesa. | 120 |
| 3.3.3.1. Origen de la <i>Court of Chancery</i> | 124 |
| 3.3.3.2. Evolución de la <i>Equity</i> | 125 |
| 3.4. Diferencias entre el Principio de Igualdad y el Principio de Equidad. | 127 |
| 3.5. Conclusiones Preliminares. | 131 |

Capítulo Cuarto

El Principio de Equidad y su Aplicación en Sede Judicial

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.1. Marco Normativo. | 133 |
| 4.2. La Equidad en la Interpretación Jurídica: Lagunas Normativas y Lagunas Axiológicas. | 136 |
| 4.3. Tipos de Equidad Jurisdiccional. | 139 |
| 4.3.1. Equidad <i>infra secum dum</i> o <i>propter legem</i> | 139 |
| 4.3.2. Equidad <i>praeter</i> o <i>extra legem</i> | 141 |
| 4.4. La Actividad Jurisdiccional Aplicando Equidad. | 144 |
| 4.4.1. Formula Estructural del Juicio de Equidad. | 146 |
| 4.4.2. Motivación, Fundamentación e Impugnación de un Remedio de Equidad. | 150 |
| 4.5. Tipología Aplicativa de la Equidad. | 154 |
| 4.5.1. Equidad en la Esfera Judicial Internacional. | 154 |
| 4.5.2. Equidad en la Esfera Judicial Nacional. | 159 |
| 4.5.2.1. Equidad en el Derecho Privado: Su Aplicación en Materia de Contratos. | 160 |
| 4.6. Conclusiones Preliminares. | 172 |
| Conclusiones Finales. | 174 |
| Bibliografía. | 179 |

Resumen

En el siguiente ensayo se analiza el papel que desempeñan los Principios Generales del Derecho desde una perspectiva judicial; es decir, la influencia que ejercen en los fallos judiciales. En dicho contexto, se hace particular énfasis en el principio de equidad, su evolución histórica, concepto y operatividad en sede judicial. Así, la equidad es uno de los principios jurídicos que permiten al juzgador suavizar o atemperar el rigor de la letra estricta de la ley, atendiendo a circunstancias extrajurídicas involucrando la misericordia, la prudencia y la benevolencia.

Palabras clave

Principios generales del derecho, aplicación jurisdiccional, equidad, misericordia, prudencia, benevolencia.

Abstract

In the following essay the role played by the General Principles of Law from a judicial perspective is discussed; i.e. the influence they have on judicial decisions. In this context, a particular emphasis is made in respect the principle of equity, its evolution, its concept and its judicial applicability. Equity is one of the legal principles that allow the judge to soften or temper the rigour of the rigidity of the law, based on extralegal circumstances such as mercy, prudence and benevolence.

Keywords

General principles of the law, judicial application, equity, mercy, prudence, benevolence.

Introducción

En el ámbito jurídico los mandatos normativos no se encuentran aislados unos de otros, pues están vinculados entre sí¹. Así, pues, cualquier texto legal o código aparece integrado no por un único artículo o disposición legal o norma jurídica, sino por una multitud de ellas. Los imperativos normativos constituyen, pues, un *orden*.

En esta perspectiva, el término que usualmente se le atribuye a este “entramado de normas”, “ordenamiento jurídico” es mérito de la doctrina italiana. En efecto, es SANTI ROMANO quien por primera vez hace uso del vocablo². Sin embargo, KELSEN y los iuspositivistas son quienes crean una teoría completa sobre el ordenamiento jurídico, esto es, como conjunto unitario y sistemático de normas³.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no es simplemente la yuxtaposición de normas, sino que implica una serie de interrelaciones que lo convierte en un todo unitario y coherente, y desde el cual se puede dar respuesta a los principales problemas que el Derecho plantea⁴.

Por tanto, cuando se indica que el Derecho se conforma como un ordenamiento jurídico, significa que tiene una estructura que forma un sistema

¹ Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1998, p. 147.

² El autor parte de la idea de que el Derecho es un fenómeno organizativo. La obra, *L'Ordinamento Giuridico*, se publica en 1917.

³ Su uso se ha extendido, apareciendo, inclusive, en los textos legales con total normalidad, aunque no todos los teóricos lo aceptan pacíficamente. Ahora bien, que el ordenamiento jurídico tenga una estructura, acarrea evidentes implicaciones. De las más relevantes es que ese conjunto de normas está vertebrado por una serie de relaciones especiales entre las normas, formando entre ellas una estructura, una red jerarquizada vertical de normas. Estas relaciones son de *coordinación* entre normas de un mismo rango y de *subordinación* entre las de distinto rango de forma que las normas superiores limitan y enmarcan formal y materialmente la existencia de las normas inferiores Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *op. cit.*, p. 148.

⁴ Vid. MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 95.

donde existen relaciones especiales entre las normas. El sistema es, precisamente, lo que da la razón de ser a la propia norma jurídica⁵.

Por lo anterior, si un ordenamiento jurídico está compuesto por varias normas, resulta que los principales problemas conexos con la existencia de un ordenamiento son los que nacen de las relaciones de las diversas normas entre sí⁶.

La problemática que se presenta en el estudio del ordenamiento jurídico se integra por una serie de cuestiones. En primer lugar, se trata de saber si estas normas constituyen una unidad y en qué forma la constituyen; en segundo lugar, se trata de saber si el ordenamiento jurídico es realmente coherente en sus disposiciones⁷ y, en tercer lugar, determinar si dicho ordenamiento es completo⁸.

Así, por lo que corresponde a la cuestión de la unidad, su tarea consiste en encontrar un criterio en torno al cual ese conjunto de normas se constituya como un todo unitario y diferente a otros. A este respecto, resulta irresistible, cuando se habla de unidad del ordenamiento jurídico, no citar a KELSEN con su “norma fundamental”, y a HART con su “regla de reconocimiento”⁹.

Por otro lado, la “coherencia”, es una cualidad del ordenamiento jurídico que garantiza que cada situación reciba un único tratamiento normativo¹⁰; esto es, su tarea consiste en eliminar las antinomias.

Por último, la plenitud del ordenamiento jurídico¹¹ es una cualidad que implica que éste debe ser completo, de tal manera que pueda ofrecer al juez una solución para el caso sometido a su decisión, pues como indica PISÓN CAVERO, “el código es

⁵ La diferencia es que para la teoría tradicional, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas y para la nueva perspectiva, las normas jurídicas son aquellas que forman parte del ordenamiento jurídico.

⁶ Vid. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 152.

⁷ A este respecto, el problema que se discute es el de las antinomias jurídicas.

⁸ El problema fundamental que se analiza es el de las denominadas “lagunas del Derecho”.

⁹ Cfr. MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *op. cit.*, p. 95.

¹⁰ Cfr. MALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del Derecho, Principios del Ordenamiento Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 141.

¹¹ El mito de la plenitud tiene sus raíces en la historia jurídica occidental desde la realización del *Corpus Iuris Civilis*. Desde entonces, ha fascinado al jurista la posibilidad de tener en un código todo el conjunto posible de normas que pudiera utilizar para resolver los casos. Es decir, las codificaciones se basan en la ilusión de un ordenamiento jurídico pleno que recoge una regla para cada caso.

para el juez un prontuario que le debe servir infaliblemente y del cual no puede desprenderse”¹².

En este específico punto, los juristas se han percatado de que el ordenamiento jurídico no es pleno por varias razones¹³. Es insoslayable que la realidad social es cambiante y, por ende, surgen nuevas conductas no contempladas en el ordenamiento jurídico, o bien se plantean nuevas necesidades y problemas que requieren de respuesta jurídica.

Sin embargo, no debe pasar inadvertido que, aunque los ordenamientos jurídicos no contemplen todas las conductas de la intrincada vida social, no significa que no prevea las herramientas necesarias para hacer frente a aquellas situaciones donde el ordenamiento jurídico no contemple una respuesta directa a la controversia o cuestión planteada.

Es por ello que el legislador descubre e incorpora al texto legal la figura de los principios generales del Derecho.

En este contexto, la presente investigación se enfoca a la operatividad de los Principios Generales del Derecho, específicamente al principio de equidad.

No debe pasar inadvertido que la mayoría de la doctrina jurídica en nuestro país ha sostenido, en innumerables ocasiones, que dichos principios se encuentran contenidos en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁴, y que se aplicarán en defecto de ley y de jurisprudencia.

No obstante, lamentablemente, nunca se ha explicado la manera de aplicarlos a la realidad jurídica. Por tanto, uno de los problemas que plantean los principios generales del Derecho es que la norma jurídica sigue hablando de ellos como fuente supletoria del Derecho objetivo, pero no les da contenido, ni tampoco

¹² *Cfr.* MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *op. cit.*, p. 147.

¹³ La primera razón es, porque a medida que la codificación envejece muestra insuficiencias. Esto es así, porque con el paso del tiempo los códigos son objeto de análisis crítico de sus carencias y su incapacidad para adaptarse a la realidad social y, en consecuencia, muestran contradicciones entre las normas que los integran y, vacíos legales. Por lo anterior, han quedado bien patentes las carencias del dogma de la plenitud.

¹⁴ También es el caso del Código Civil Federal mexicano, así como el Código adjetivo civil michoacano.

explica cómo deben aplicarse en sede jurisdiccional. Por ello es un tema que requiere mayor explicación por lo que se refiere a su operatividad.

El informe de la investigación que realicé se presenta estructurado en torno a cuatro capítulos, cuyo contenido describo en los párrafos subsecuentes.

Definir qué debe entenderse por principios generales del Derecho es un tema polémico tanto en el ámbito teórico, como en la práctica por lo que se refiere a su operatividad. Por ello, se presenta un capítulo que, *grosso modo*, pretende otorgar un panorama teórico sobre los principios generales del Derecho.

En este capítulo, se analizan las teorías que pretenden definirlos, no siempre de manera clara y precisa, así como explicar la diferencia entre principios y reglas¹⁵. De igual manera se propone una definición de principios generales del Derecho, misma que servirá de base para la realización de la investigación que abordaré en los tres capítulos subsecuentes.

De manera breve y concisa se da un panorama del origen y evolución histórica del concepto “principios generales del Derecho” y de su aparición en el campo del Derecho positivo, concretamente su codificación.

Por otro lado, la investigación contiene un segundo capítulo, el cual pretende demostrar que los principios generales del Derecho se muestran como elementos imprescindibles a efectos de la interpretación y, sobre todo, en la integración de lagunas normativas. Lo anterior, para saber que su aplicación, por parte del dicasterio, incide en las decisiones judiciales.

En este contexto, cabe resaltar que el tema de los principios generales del Derecho es amplio, sin embargo, la presente investigación se enfocará al análisis del principio de equidad. Así, pues, se prevé un capítulo dedicado al análisis de los conceptos teóricos que se le han otorgado a este principio

Por último, pero no por ello menos importante y tomando en cuenta el panorama teórico que rodea el tema de los principios generales del Derecho *in*

¹⁵ Tema muy debatido en la teoría jurídica.

genere, y del principio de equidad *in species*, la investigación contempla un capítulo más dedicado al principio de equidad y a su aplicación por los tribunales jurisdiccionales.

Hecho lo anterior, la presente investigación finaliza con una serie de conclusiones a las que se llega, con base en un estudio de la bibliografía consultada, en las que se explica la operatividad jurisdiccional de los principios generales del Derecho y, específicamente, el principio de equidad.

Así, pues, esta investigación parte de la postura que considera a la equidad como aquel principio general de Derecho imprescindible en el que el juez necesariamente debe fundar su decisión judicial, ya sea en aquellos supuestos donde la norma la invoca para decidir el caso, o bien esta es oscura o no existe en el marco normativo; por ello, se considera que no sólo la norma jurídica funge como factor decisivo para la toma de decisiones judiciales, sino que el juez dispone también de los principios jurídicos para sentenciar.

Aunado a ello, la investigación que se propone, pretende determinar los factores que inciden en una decisión judicial fundamentada en principios jurídicos, específicamente en el principio de equidad.

Por lo anterior, el estudio de este tema es importante por la relevancia que juegan los principios en la resolución de conflictos, por ello, la tesis que se propone es jurídica proyectiva, ya que la investigación tiene como objetivo explicar el funcionamiento de una categoría epistemológica, como el caso de los principios jurídicos, partiendo de premisas actualmente vigentes.

Capítulo Primero

Los Principios Jurídicos: Aproximación Conceptual

SUMARIO: 1.1. ¿Qué son los Principios Jurídicos?; 1.2. Naturaleza de los Principios Jurídicos; 1.3. Epistemología de los Principios Jurídicos; 1.4. Misión de los Principios Jurídicos; 1.5. Posición de los Principios Jurídicos en la Nomogénesis; 1.6. Diferencias entre Principios y Reglas; 1.6.1. Hart y Dworkin; 1.6.2. Ronald Dworkin; 1.6.3. Robert Alexy; 1.6.4. Manuel Atienza y Ruiz Manero; 1.6.5. A Guisa Conclusión de Reglas y Principios; 1.7. Conclusiones Preliminares

1.1. ¿Qué son los Principios Jurídicos?

Definir a los principios generales del Derecho es el primer problema con el que se enfrenta quien pretende realizar una aproximación a los mismos, y que tiene dos cuestiones estrechamente relacionadas entre sí: determinar su concepto y saber claramente qué se entiende con esta expresión¹⁶.

Por citar un ejemplo, RODRIGUEZ BOENTE, sin dar contenido alguno, señala que “son instrumentos de autointegración del Derecho. Se obtienen vía inducción de normas de Derecho positivo que serían concreciones del principio, o bien se deducen de normas del ordenamiento más abstractas, como puede ser, por ejemplo, los valores, principios o derechos fundamentales contenidos en la constitución”¹⁷. Lo anterior, es prueba de que no existe definición unívoca, e incluso se llega a confundir con otras figuras jurídicas.

La gama de opiniones sobre lo que debe entenderse por “principios generales del Derecho” es muy diversa, y unos entienden que consisten en las *regulare iuris* o aforismos jurídicos, apotegmas lapidarios que jueces y abogados invocan retóricamente¹⁸, e incluso otros los entienden como lo del derecho

¹⁶ En su momento, Josef ESEER decía que se trataban de “pensamientos jurídicos generales” Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Actas/Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1993, p. 25.

¹⁷ Cfr. BOENTE RODRÍGUEZ, Sonia Esperanza, *Los Principios Generales del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, 2008, pp. 110 y 111.

¹⁸ *Pacta sunt servanda, audiat et altera pars*, etc.

romano, los “universalmente admitidos por la ciencia”, o los del derecho “justo o “natural”¹⁹.

En los siguientes párrafos, se tratará de dar respuesta a esta *vexata quaestio* de la tradición jurídica, para enseguida abordar las dificultades operativas de su aplicación en sede judicial.

Así, el ineludible punto de partida es el carácter plurisemántico –multívoco– del vocablo “principio”. Este aspecto lo abordan significativamente RUIZ MANERO y ATIENZA²⁰. Ambos juristas españoles enumeran por lo menos seis acepciones del término principio en el campo jurídico²¹.

En este sentido, debe resaltarse, en primer lugar, que para los dos iusfilósofos los principios son una clase de normas. Así, pues, afirman que un principio se refiere a “aquellas normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc.”²².

Por su parte, CABANELLAS, empleando el enfoque gramatical, indica que la voz “principio” puede entenderse como “primer instante del ser. Razón, fundamento, origen. Causa primera. Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte. Máxima, norma, guía”²³.

Derivado de lo anterior, es importante mencionar que para la investigación que se presenta, cuando se utilice el término “principios jurídicos o principios

¹⁹ Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 2013.

²⁰ Cfr. su obra *Las Piezas del Derecho*, Segunda Edición, Ariel, Barcelona, 2004.

²¹ Es decir, se puede destacar que los juristas españoles proponen una triple clasificación de principios. En la primera clasificación, ubican a los *principios en sentido estricto* y las *directrices o normas programáticas*. En la segunda, apoyándose en ALCHOURRÓN y BULYGIN, distinguen entre *principios primarios* y *principios secundarios*; esto es, entre normas dirigidas a guiar la conducta de la gente y normas dirigidas a guiar a las autoridades (creación o aplicación de normas). Finalmente, en la tercera, distinguen tanto a los *principios explícitos*, esto es, principios formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, como a los *principios implícitos*, que se extraen de los enunciados normativos del ordenamiento jurídico. Cfr. GUTIÉRREZ PARADA, Oscar, *Justicia Penal y Principio de Oportunidad*, Escuela Libre de Derecho, México, 2010, p.70.

²² Vid. RUIZ MANERO, Juan y ATIENZA, Manuel, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Segunda Edición, Editorial Ariel, España, 2004, pp. 23-50.

²³ Vid. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Torres, España, 2003, p. 359.

generales del Derecho”, se entenderá como aquellos elementos que dan origen y fundamento al Derecho.

Por tanto, la expresión “principios generales del Derecho” se refiere, de manera esencial, a los principios superiores²⁴ que informan todo el Derecho y no a los de un derecho nacional o a una rama de éste. Aunque estos últimos, a entender de DÍAZ COUSELO, “evidentemente tienen su importancia y a ellos debe acudir primeramente el intérprete para dar solución al caso concreto y específico. Sin embargo, indica “cuando tales principios específicos no le dan respuestas al operador jurídico para resolver la controversia que tiene ante sí planteada, entonces, indudablemente, debe recurrir a los principios generales, siendo los primeros aplicaciones de éstos, según el grado cultural de la comunidad a la que pertenece ese ordenamiento positivo”²⁵.

Así, pues, los principios jurídicos²⁶, comúnmente denominados “principios generales de Derecho”²⁷, constituyen uno de los conceptos jurídicos más discutidos en la doctrina jurídica²⁸.

En efecto, la pregunta suscita perplejidad, al menos desde una concepción positivista, pues sencillamente no cabe imaginar otra forma de producir normas

²⁴ En sentido de piezas *primigenias*, es decir, básicas y fundamentales de todo el entramado jurídico.

²⁵ Cfr. DÍAZ COUSELO, José María, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, p. 77.

²⁶ Existe la polémica que versa sobre la diferencia que debe existir entre la terminología: “principios jurídicos” y “principios generales del Derecho”; la controversia tiene un origen histórico, en el sentido de que en Italia, con anterioridad al Código Civil Albertino de junio de 1837, se hacía mención, concretamente, en el Código austriaco de 1811, a unos denominados “principios jurídicos”, de ahí surge, precisamente, la discusión si se trata de los mismos principios, o la diferencia en la terminología empleada por el Código austriaco implica una distinción de fondo. Sobre el particular, DEL VECCHIO señala que “[...] la variación respecto del Código austriaco no supone en realidad una diferencia, no sólo por la ausencia de una verdadera contradicción entre las dos fórmulas, sino, además, por el hecho de que no se pronunciara ninguna negación del Derecho Natural durante el debate que precedió a la adopción del nuevo término”.

²⁷ Cabe aclarar que en este ensayo se empleará la denominación “principios jurídicos”, por considerar dicho término más adecuado al contexto de la discusión iusfilosófica.

²⁸ Aunque existe la polémica de terminologías entre “principios jurídicos” y “principios generales del Derecho”, de acuerdo con SÁNCHEZ DE LA TORRE, estos últimos son una consecuencia jurídica de los primeros. Lo anterior, porque antes de los códigos, sólo podía hablarse de principios jurídicos. No obstante, con la codificación se introduce la expresión “principios generales del Derecho”. Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al., op. cit.* p.26.

que no sea la legislación²⁹. No procede decir aquí qué es el Derecho³⁰, pero de lo que no cabe duda es que el Derecho positivo se compone de enunciados lingüísticos a los que se les llaman leyes³¹.

Lo anterior explica por qué la doctrina de los principios jurídicos ha resultado siempre polémica en el ámbito iuspositivista, así como la afirmación de los defensores de esta última corriente, en que son elementos –en el mejor de los supuestos– “oscuros”³², “entidades reales o imaginarias, calificadas por las más disparatadas propiedades”³³, así como “realidades impenetrables”³⁴ o “germen de disparatadas operaciones”³⁵. Y es que, por definición, “los principios a los que refieren los ordenamientos jurídicos”³⁶ son verdades universales que constituyen la base de todo el entramado jurídico. Se trata de verdades que no se captan del mismo modo que se captan las normas o leyes, pero que, no obstante, existen”³⁷.

En este contexto, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos³⁸, la Ley de Amparo³⁹, así como el Código Civil Federal⁴⁰ y el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán⁴¹, y demás ordenamientos

²⁹ Cfr. BETEGON CARRILLO, Jerónimo, *et al.*, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Castilla la Mancha, Madrid, 1995, p. 311.

³⁰ Para la discusión teórica sobre el concepto y la naturaleza del Derecho, véase MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, pp. 14-54.

³¹ Cfr. BETEGON CARRILLO, Jerónimo, *et al.*, *op. cit.*, p. 312.

³² Vid. EZQUIAGA, Francisco, Javier, 1987. p. 69. Citado por BETEGON CARRILLO Jerónimo, *et al.*, *op. cit.*, p. 312.

³³ Vid. CODERCH, 1985, p. 444. citado por *idem*.

³⁴ Vid. RUBIO, 1986, p. 110. citado por *idem*.

³⁵ Vid. TARELLO, Giuseppe, 1980, p. 385. citado por *idem*.

³⁶ Especialmente las normativas de carácter civil o privado.

³⁷ Cfr. BETEGON CARRILLO, Jerónimo, *et al.*, *op. cit.*, p. 312.

³⁸ Artículo 14, párrafo cuarto, [...] “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva se dictara conforme a la letra o interpretación jurídica de la ley, y a falta de estos la sentencia se fundará en los principios generales del derecho”.

³⁹ Artículo 2 [...] “A falta de disposición expresa se aplicará en forma supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles y, en su defecto, los principios generales del Derecho.

⁴⁰ Artículo 19 del Código Civil Federal. “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”.

⁴¹ Artículo 573 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán “Toda sentencia debe ser fundada en ley; mas cuando la controversia judicial no se pueda decidir ni por el texto, ni por el sentido

civiles del Estado Mexicano⁴², coinciden al indicar que cuando una situación no se encuentra prevista en la ley –causando, en su defecto, un vacío legal– y que pese a haber aplicado estrictamente la norma, así como la jurisprudencia, la situación aún quedare sin respuesta, se deberá acudir a los principios jurídicos⁴³.

Ahora bien, es cierto que la doctrina jurídica tradicional menciona que los mecanismos nomogenéticos⁴⁴ son la legislación, la doctrina, la costumbre, la jurisprudencia y los principios jurídicos. Sin embargo, tanto la Constitución Federal Mexicana, el Código Civil Federal, como el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán no hacen referencia a todos los mecanismos nomogenéticos mencionados anteriormente. Sólo hacen referencia a la ley, a la interpretación de la ley (jurisprudencia) y a los principios jurídicos como nomogénesis del sistema jurídico mexicano.

natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias”.

⁴² Por ejemplo, el Código Civil para el Estado de Guanajuato en su artículo 17, el Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero en su artículo 20, el Código Civil del Estado Chihuahua en su artículo 18, el Código Civil para el Estado de Sonora en su artículo 20, el Código Civil para el Estado de Oaxaca, en su artículo 18, el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla en su artículo 23, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 19, el Código Civil del Estado de Durango en su artículo 19, el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco en su artículo 20, por mencionar algunos.

⁴³ Esto es, a los “principios generales del Derecho”.

⁴⁴ El término “fuente” ofrece una diversidad de acepciones dentro de las cuales figura el lugar de donde “emana” o “brota algo”. En este sentido, el término “fuente” es tomado del mundo natural para indicar la forma de producir el conocimiento de los criterios de Derecho. Vid. ADAME GODDARD, Jorge, *Una Introducción al Estudio del Derecho*, Fondo para la Difusión del Derecho/Escuela Libre de Derecho, México, 1989, p. 20. Es decir, se usa en sentido metafórico, ya que, sugiere que hay que investigar sus orígenes de donde nace el Derecho. Vid. DE BUEN L., Demófilo, *Las Normas Jurídicas y la Función Judicial*, Editorial Thomson Reuters/Civitas, Madrid, 2009, p. 121. Así, pues, normalmente, los juristas denominan “fuentes del Derecho” a los modos de producción normativa de un determinado sistema jurídico. De ahí, que “fuentes del Derecho” sean los hechos o procedimientos reconocidos dentro de un sistema jurídico como válidos para establecer normas jurídicas. Al respecto, PLANIOL dice: “las fuentes del Derecho son las diferentes formas por medio de las cuales se establecen las reglas jurídicas”. Vid. MARTINEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *op. cit.*, p. 160. Sin embargo, el término “fuentes del Derecho” no es apropiado para referirse a la creación de la norma jurídica. De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, “fuente”, “es un manantial de agua que brota de la tierra” Vid. página web <http://lema.rae.es/drae/?val=fuente>. En tal virtud, el término “fuente” se refiere al lugar de donde emana agua y no el Derecho. Por tanto, para referirse al origen de las normas jurídicas, es más preciso emplear la terminología “nomogénesis”, que se integran por dos términos latinos: “*nomos*” que significa Derecho y “*génesis*” que significa “creación” u “origen”, es decir, “origen del Derecho”.

Por tanto, de aquí se deduce una primera y fundamental conclusión, y es que, sin perjuicio de que en ocasiones la Constitución, las leyes o incluso la jurisprudencia reconozcan un principio, los “principios jurídicos” de los que hablan los ordenamientos civiles⁴⁵ no son ley, ni tampoco jurisprudencia y mucho menos costumbre, pues si lo fuesen ya no se aplicarían en defecto de ellos⁴⁶. Se tratan de un *ultimatum subsidium*⁴⁷.

Así, pues, existen posturas que proponen una definición respecto a los principios jurídicos. La mayoría de ellas gira en torno a dos de las corrientes filosóficas más importantes del entramado jurídico: la iusnaturalista y la positivista.

Para el iusnaturalismo, los principios jurídicos son aquellas ideas supremas, provenientes del Derecho Natural, que siempre deben preceder –como indica FEDERICO DE CASTRO al exponer las funciones de los principios jurídicos, específicamente la función “orientadora”– a la interpretación y a la aplicación del Derecho positivo y aplicarse directamente en ausencia de normatividad⁴⁸.

Como no hay una idea unitaria de Derecho Natural, los principios derivarán, según las distintas líneas explicativas de tal Derecho, del Derecho divino (para el iusnaturalismo escolástico), de la razón humana (para el iusnaturalismo racionalista) o de “la naturaleza de las cosas”⁴⁹.

Por el contrario, para la corriente positivista, los principios jurídicos “son enunciados jurídicos que se obtienen por inducción o generalización de las normas jurídicas positivas determinadas y pueden aplicarse, en su defecto, para

⁴⁵ Artículo 573 de la normativa procesal civil michoacana.

⁴⁶ Cfr. BETEGON CARRILLO, Jerónimo, *et al.*, *op. cit.*, p. 312.

⁴⁷ Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁸ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio de Derecho Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 99, citado por *Ibidem*, p. 36.

⁴⁹ Al respecto LARENZ, en su obra *Metodología de la Ciencia del Derecho*, indica que sobre tal concepto no se ha conseguido hasta ahora un general acuerdo o una delimitación clara, el mismo alude a la relación entre ser y deber ser, ser material y espiritual, realidad y valor. Se refiere a que “ciertos datos fundamentales pertinentes a la naturaleza corporal o a la anímica y espiritual del hombre, que no son variables o lo son sólo difícilmente y en amplios periodos, tienen que ser tenidos en cuenta por el Derecho positivo”. Vid. TARDÍO PATO, José Antonio, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, p. 44.

integrar las lagunas generadas por la ausencia en un caso particular de normas jurídicas positivas concretas⁵⁰.

Aunque también hay posiciones positivistas que niegan su existencia como normas jurídicas, o inclusive, como entidades jurídicas⁵¹.

Por otro lado, DWORKIN parte de la idea de que no sólo existen reglas en el Derecho, sino que existen unas directrices o pautas políticas que han de observarse, porque es una exigencia de la justicia, o de alguna dimensión de moralidad. Y en este ámbito incorpora a los principios jurídicos. Es decir, “son patrones extrajurídicos y vinculantes para el juez y por lo mismo, inclinan la decisión en una dirección”⁵². Dichas directrices son los principios jurídicos⁵³.

Asimismo, DWORKIN indica que tales principios son utilizados en determinados casos a los que llama *casos difíciles* (*hard cases*)⁵⁴.

Por su parte, ALEXY define a los principios jurídicos como “mandatos de optimización” que pueden ser cumplidos en diferentes grados⁵⁵. Asimismo, indica que los principios ordenan una conducta que deben cumplirse en la mayoría de las posibilidades jurídicas y fácticas. A diferencia de las reglas, que son normas que pueden ser cumplidas o no cumplidas.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Sobre esta línea, KELSEN los identifica como principios de la moral, la política y las costumbres que influyen en la generación del Derecho y en el contenido de las normas del Derecho positivo *Vid.* TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 46.

⁵² *Cfr.* ROSALES, Carlos Manuel, “Principios Rectores en Materia Electoral en Latinoamérica”, *Revista IIDH*, Enero-Junio, 2009, p. 269.

⁵³ *Cfr.* CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, *Nueva Introducción a la Teoría del Derecho*, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, S/F, p. 98.

⁵⁴ Al respecto, EZQUIAGA explica que el intérprete se encuentra ante un *caso difícil* cuando el significado *prima facie* del enunciado jurídico no es unívoco –no tiene el mismo significado para cualquier operador jurídico–, sea inconsistente –esto es, se contrapone a otro enunciado normativo del ordenamiento jurídico– o insatisfactorio –es decir, que choque *ab initio* con el principio de justicia–. Para esto, el jurista español divide a los casos difíciles en “dudas” y “controversias”. El primero se presenta cuando el significado que se le pretende dar al enunciado jurídico plantea dudas. El segundo, cuando el significado otorgado al enunciado normativo es controvertido o discutido por las partes en el proceso, entre el juez y las partes, entre el juez y otro juez –del mismo Tribunal o de otro, ya sea superior o inferior–. *Vid.* EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La Argumentación Interpretativa en la Justicia Electoral Mexicana*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 59.

⁵⁵ *Cfr.* CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, *op. cit.*, p. 98.

Al respecto, FERRARA señala que los principios jurídicos “son normas directivas o principios-guías o principios cardinales, ya que indican las orientaciones ético-políticas en las que se inspira un determinado sistema y que sirven para caracterizarlos desde el punto de vista ideológico”⁵⁶.

Por otro lado, MACCORMICK parte de que la teoría del Derecho y el razonamiento jurídico van de la mano, y los principios son primordiales para la adopción de la decisión jurídica. En este sentido, indica que “los principios son la racionalización de las reglas”⁵⁷.

A su vez, RIBÓ DURÁN indica que aunque ciertamente pueden considerarse como fuentes del derecho, los principios no lo son en el mismo sentido que lo son la ley y la costumbre. Contrariamente a estas dos últimas, que se manifiestan a través de normas jurídicas concretas, “los principios jurídicos se presentan como bases orientadoras de las que se deducen soluciones concretas para casos determinados”⁵⁸.

Para HOFFMANN estos principios consisten “en una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez; y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para liberarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante”⁵⁹.

Por su parte, el *Diccionario de la Lengua Española* define a los principios “generales de Derecho” (esto es, jurídicos) como “norma no legal supletoria de ella constituida por la doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y Tribunales”⁶⁰.

⁵⁶ Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p.48.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Cfr. RIBÓ DURÁN, Luis, *Diccionario de Derecho*, Segunda Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1995, p. 688.

⁵⁹ Vid. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Vigésima Edición, Tomo VI (P-Q), Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1981, p 417.

⁶⁰ Vid. PONS GONZÁLEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, Miguel A., *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo Segundo (H-Z), Editorial Aranzandi, Pamplona, 1984, p. 425.

Cabe mencionar a este respecto, la definición proporcionada por la Real Academia de la Lengua resulta poco atractiva para ELÍAS DE TEJEDA, puesto que la misma se presta a confusiones; y por ello realiza las siguientes consideraciones: “no son normas supletorias⁶¹, y ello debido a que no son los principios jurídicos opinión de uno o varios autores en materia jurídica, pues entonces poseerían cierta dimensión subjetiva, incompatible con la índole de ser fundamento objetivo del ordenamiento jurídico”⁶². Tampoco –agrega– “pueden ser reducidos a aforismos, si aforismo es, cual la propia Real Academia enseña, ‘sentencia breve y doctrinal que se propone como regla en ciencia o arte’, porque se torna a caer en la repetición de la doctrina y porque los principios jurídicos no son propuestos sino impuestos, no son regla de saber científico–artístico, antes, fundamentos obligatorios del ordenamiento jurídico”, y concluye afirmando que “amén de que bien es conocida por la universalidad de los juristas la diferencia que media entre los principios y las reglas o las máximas del Derecho, sin que parezca conveniente insistir en esta archisabida diferencia”⁶³.

Así, pues, en palabras de ELÍAS DE TEJEDA “semejante definición muestra que ni siquiera los juristas han conseguido escapar a la confusión que circunda todo cuanto afecta a los principios jurídicos, ni tampoco han esclarecido tal cuestión en grado admisible”⁶⁴.

Por otra parte, DE CASTRO afirma que “los principios jurídicos son como el aire en que jurídicamente se vive, cuya existencia no se advierte mientras no ésta en cuestión. Así, las reglas del Derecho Natural están por encima del Derecho positivo, pues son las que legitiman al Derecho del Estado”⁶⁵. Por tanto, agrega,

⁶¹ Recuérdese, en efecto, que algunos autores consideran a los principios jurídicos como normas no legales.

⁶² DE TEJEDA, Elías, *Los Principios Generales del Derecho en el Artículo I del Código Civil Reformado en 1973*, en Estudios, T.I, V.I, AAMN, 1977, p.77 y ss. Citado por PONS GONZÁLEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, Miguel A., *Diccionario de Derecho Civil*, op. cit., p. 425.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ Cfr. DE CASTRO, Federico, *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, Quinta Edición, 1970, p. 97. Citado por *Ibidem*, p. 426.

“los principios jurídicos, son el fundamento del ordenamiento jurídico, orientadores de la labor interpretativa y fuente subsidiaria en casos de insuficiencia de las demás normas”⁶⁶.

Para BETTI, los principios no son normas jurídicas ni preceptos obtenidos por inducción a partir de aquellas. Un principio –señala– “es un criterio supremo de evaluación, que inspira desde el punto de vista teleológico la *ratio iuris* de la formulación específica encerrada en la norma positiva”⁶⁷.

Por su parte, DEL VECCHIO indica que los principios jurídicos “son aquellas verdades supremas del derecho *in genere*, o sea de aquellos elementos lógicos y éticos que por ser de naturaleza racional y humana, son virtualmente comunes a todos los pueblos”⁶⁸.

Otras opiniones que considero relevantes se derivan de los partidarios de las corrientes institucionalistas⁶⁹. Los defensores de esta postura –como FORSTHOFF– consideran que en las instituciones jurídicas se integran los preceptos del Derecho positivo y las ideas jurídicas generales que las sustentan, los contenidos espirituales del Derecho. Por tanto, “los principios jurídicos son las ideas jurídicas generales que presiden o sustentan dichas instituciones jurídicas”⁷⁰.

Así mismo, han explicado los principios jurídicos a partir del denominado método o pensamiento tópico o aporético, como aquel orientado a la resolución, de forma analítica, de problemas concretos, mediante la argumentación obtenida de las reglas proporcionadas por la experiencia. Para tal dirección explicativa, los principios jurídicos han de conectar con los *topoi* o tópicos, es decir con las

⁶⁶Vid. DE TEJEDA, Elías, *Los Principios Generales del Derecho en el Artículo I del Código Civil Reformado en 1973*, en Estudios, T.I, V.I, AAMN, 1977, p. 77 y ss. Citado por *Ibidem*, p. 425.

⁶⁷ Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p.42.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁹ Por instituciones jurídicas se conciben, en este sentido, el conjunto de normas reguladoras de las unidades jurídicas básicas de un ordenamiento jurídico (expropiación, contrato, matrimonio, familia, etc.).

⁷⁰ Vid. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 52.

máximas o formulas obtenidas de la experiencia jurídica, al resolver casos concretos⁷¹.

Esta, y otras afirmaciones similares, parece responder a la cuestión formulada inicialmente. Cabe indicar, entonces, que los principios jurídicos son una categoría central del Derecho, fundamento de todo ordenamiento jurídico e ideas orientadoras en la labor interpretadora de las normas, además que sirven de fundamento a la organización y estructuración de las mismas⁷².

Por tanto, una respuesta próxima a la pregunta inicial sería que los principios jurídicos son verdades universales dictadas por la recta razón⁷³. En este sentido, los principios jurídicos son el soporte jurídico de todo el ordenamiento.

Ahora bien, respecto de la “recta razón”, considero que los principios jurídicos emanan de la *razón natural*, es decir, son producto de un razonamiento del hombre y a partir de ello informan las normas de carácter positivo⁷⁴. Es decir, los principios generales surgen de la propia naturaleza –racional– del hombre; son descubiertos por el operador jurídico y, *a posteriori*, se manifiestan –en sentido de incorporar– a través de enunciados lingüísticos jurídicos que integran los diferentes cuerpos normativos vigentes en un tiempo y lugar determinado. Lo anterior implica que a los principios se les da un uso concreto mediante su incorporación a normas jurídicas concretas.

En este último sentido se entiende la afirmación de que los principios jurídicos son “directrices”, cuyo principal objetivo es orientar al legislador, pero además, al juzgador en su modo de obrar, ya sea para crear la norma jurídica, o bien para integrar lagunas de ley y por ende resolver el caso no previsto en

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Vid.* HERRERO RAIMUNDO, José Ignacio F. *et al.*, *Diccionario Jurídico*, Segunda Edición, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 352.

⁷³ *Vid.* FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derecho de la A a la Z. Diccionario Jurídico*, Cuarta Edición, Editorial Thomson/Aranzadi, Navarra, España, 2006, p. 648.

⁷⁴ En mi opinión, los textos positivos sólo ejercen la función informadora del sistema jurídico nacional. La existencia de los principios jurídicos no depende de ellos.

determinada legislación. Por tanto, los principios son el “alma”⁷⁵ de todo ordenamiento jurídico y a su vez, los ordenamientos jurídicos son la materialización de los principios rectores del derecho, es decir, las normas jurídicas sólo son medios de manifestación de los principios generales del Derecho, cuya función es informar a la sociedad que un principio se ha incorporado a la legislación vigente.

Así, pues, con la expresión “principios jurídicos”, se hace referencia a elementos suprapositivos, que informan y dan fundamento al Derecho positivo, o sea una normatividad iusnaturalista que expresa la constante del Derecho, el fundamento de toda legislación positiva⁷⁶.

Es decir, con esta expresión se hace referencia a los principios supremos de todo el Derecho, y no a los de una rama en específica de él, porque entonces se tratarían de principios específicos⁷⁷. Como indica DE LOS MOZOS “no todos los que se llaman principios pueden ser tenidos por principios jurídicos o principios generales del Derecho”.

Lo anterior, lo explica muy acertadamente DEL VECCHIO cuando afirma que “cuando se habla de principios generales del Derecho no debe pensarse tan sólo en los de un sistema de Derecho nacional, sino que se habla de verdades supremas del Derecho *in genere*, o sea aquellos elementos lógicos y éticos del Derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a los pueblos”⁷⁸.

Por tanto –agrega–, “la afirmación de que los principios generales del Derecho son válidos para cada pueblo particular, además de ser una *contradictio*

⁷⁵ El *esprit* del Derecho.

⁷⁶ Cfr. DÍAZ COUSELO, José María, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, p. 74.

⁷⁷ La afirmación anterior, parte de una discusión doctrinal que plantea la diferencia entre principios generales del derecho y principios de una rama de derecho. En este sentido, juristas como ELÍAS DE TEJEDA y ORESTANO destacan que los primeros son los referidos a todo el Derecho y los segundos hacen referencia sólo a una institución jurídica. Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *op. cit.* p. 50.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 53.

in adjecto no corresponde a la creencia en una *ratio iuris* de carácter universal, que desde los romanos acá ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica⁷⁹.

A continuación se examinará, con mayor detalle, la naturaleza de los principios jurídicos.

1.2. Naturaleza de los Principios Jurídicos.

Anteriormente, se dijo que los principios jurídicos son verdades basadas en la razón y a su vez adecuados a la realidad. Por tanto, de algún modo, se pueden considerar como principios rectores que rigen toda conducta humana en el campo de la ciencia del Derecho⁸⁰.

Ahora bien, no se puede negar que el ser humano es sujeto del Derecho⁸¹ al ser un ente de naturaleza social. No obstante, pese a las diferencias culturales, económicas, políticas y sociales de cada nación, su raciocinio le permite diferenciar, entre lo bueno y lo malo, lo justo e injusto; su racionalidad le permite descubrir el principio jurídico rector que rige una conducta. Es decir, los principios

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ LARENZ los denomina principios jurídicos-éticos, en su obra *Metodología de la Ciencia del Derecho*.

⁸¹ Se debe recordar que el Derecho es producto de la inteligencia humana: ella es la que descubre, desarrolla y combina criterios en base a principios jurídicos que enuncian un comportamiento entendido como justo; por esto, el derecho también es llamado *jurisprudencia*, es decir, “de lo justo”, y la prudencia se entiende como un hábito de la inteligencia. Así, pues, el Derecho como conjunto de criterios, es obra de la inteligencia. No obstante, su efectivo cumplimiento es obra de la voluntad, es decir, para conseguir su cumplimiento, el poder político suele promulgar como leyes, aseguradas con una sanción, los criterios jurídicos definidos por lo juristas o prudentes, pero el hecho de ser promulgados como leyes, los criterios jurídicos no cambian de naturaleza, siguen siendo elaboraciones de la inteligencia humana, si bien presentadas en forma de mandatos del poder político. Entonces, se ve que la distinción entre Derecho Natural (obra de la razón) y Derecho positivo (obra de la voluntad), no tiene razón de ser: el derecho es siempre obra de razón, aun cuando su cumplimiento se asegura por la coacción del poder público. *Cfr.* “La Enciclopedia Libre Universal en Español”, disponible en http://enciclopedia.us.es/index.php/Principios_generales_del_Derecho [accesada el día 2 de febrero de 2013].

son entes de razón que expresan la conducta humana a seguir en cierta situación, con la finalidad de lograr el perfeccionamiento como ser humano⁸².

Así, pues, en palabras de PRECIADO HERNÁNDEZ, “los principios jurídicos tienen su origen en el Derecho Natural, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual”; que son obligatorios no porque estén reconocidos o sancionados por la autoridad política, sino porque definen un comportamiento que la razón descubre como necesario para el perfeccionamiento del hombre⁸³. Esta es la esencia de los principios, la razón de ser de un principio jurídico.

No obstante, el interés por los principios jurídicos debe atribuirse, sin lugar a dudas, al movimiento codificador moderno. En efecto, DE CASTRO destaca cómo fue precisamente el proceso codificador francés el que llevó a plantear la cuestión de la insuficiencia de la ley. Se necesitaba, entonces –como ahora–, recurrir a una regla subsidiaria y las proposiciones fueron variadas⁸⁴. Sin embargo, no fue hasta el Código Albertino de 1837 que la expresión “principios generales del Derecho” aparece en el contexto de una norma jurídica positiva⁸⁵.

Ahora bien, esa insuficiencia normativa –o laguna jurídica–, debe entenderse como aquel vacío normativo de un sistema jurídico, experimentada como falta de regulación jurídico-positiva para un determinado caso concreto, por parte de los operadores jurídicos encargados de decir o resolver de conformidad con el

⁸² Así, el principio jurídico de justicia indica el comportamiento que el hombre ha de tener con otros hombres, a fin de mantener la convivencia social; si cada quien tomara para sí mismo, lo que considerara propio, sin respetar lo suyo de cada quien, la convivencia civil degeneraría la lucha de todos contra todos: en tal estado de cosas, no podrían los hombres desarrollar su propia naturaleza, que es por esencia social. Este ejemplo explica como el principio de dar a cada quien lo suyo, se impone como obligatorio: su cumplimiento es necesario (con necesidad de medio a fin) para el perfeccionamiento del hombre. *Vid.* “La Enciclopedia Libre Universal en Español”, *loc. cit.*

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ La equidad natural, la ley natural, el derecho romano, los antiguos usos y costumbres, las máximas, las decisiones de los Tribunales, la jurisprudencia, el derecho común, los ejemplos, la ciencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

⁸⁵ *Cfr.* SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p. 28.

derecho vigente⁸⁶. O bien, como indica RECASÉNS SICHES, existe una laguna normativa cuando “por más que el juez busque y rebusque, por más que investigue no halla en el Derecho positivo una norma que sea aplicable al caso concreto planteado”⁸⁷.

Tal problema se resuelve, de acuerdo al artículo 19 del Código Civil Federal mexicano, estableciendo que “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de Derecho”. Es decir, esta disposición prevé el recurso a los llamados “principios generales del Derecho” (*principios jurídicos*), como uno de los procedimientos legalmente reconocidos⁸⁸ para integrar las lagunas del ordenamiento jurídico-positivo del país. Aunque no se trata de un texto original del legislador patrio, sino que es una copia del Código Civil italiano de 1865⁸⁹.

Quizás una de la primeras referencias a esos principios se encuentra en Aristóteles cuando dice: “La ley es o particular o común. Llamo ley particular aquellas normas escritas según las cuales se gobierna una ciudad; y ley común, a aquellas normas que, sin estar escritas, parecen ser admitidas por todos”⁹⁰.

Sin embargo, esta definición, por ser demasiado general, no basta para precisar adecuadamente el concepto de dichos principios, ya que existen al menos dos corrientes iusfilosóficas con relación a la naturaleza de éstos, que pueden, ambas, acoger la definición de Aristóteles⁹¹. Por eso, indica GUASP, “la expresión ‘principios generales del Derecho’ ha de manejarse con cuidado, lo que

⁸⁶ Vid. PETZOLD PERNÍA, Hermann, “Sobre la Naturaleza de los Principios Generales del Derecho”, disponible en web: www.enj.org [accesada el día 5 de julio de 2012].

⁸⁷ Cfr. DÍAZ COUSELO, José María, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, p. 74.

⁸⁸ El otro es la analogía.

⁸⁹ Cfr. DÍAZ COUSELO, José María, *op. cit.*, p. 74.

⁹⁰ La Retórica, Libro I, cap. 9, 1368b.

⁹¹ La iusnaturalista y la iuspositivista.

generalmente no sucede así, sino que, por el contrario, es empleada corrientemente sin gran inquietud de precisión”⁹².

Debe indicarse, en este particular punto, que no comparto la opinión de quienes sostienen que la expresión “principios generales del Derecho” tiene un origen positivista, que en la segunda mitad del siglo XIX fue el sustitutivo que esa corriente encontró para la idea del Derecho Natural. Ahora, que esa expresión iusnaturalista haya sido tomada por los positivistas, los cuales le dieron un sentido distinto del que tenía, no implica que ella y el concepto que enuncia sean de ese origen⁹³.

Por el contrario, comparto la tesis que sostiene que la expresión tiene su origen en la escuela clásica del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII, la cual sostuvo la validez absoluta de sus principios filosóficos, elaborando su doctrina en base a dos supuestos, en primer lugar, la validez ilimitada del conocimiento y, en segundo lugar, el considerar al hombre en el mismo plano que el de la naturaleza, afirmando que su esencia es la razón. Como consecuencia de ello, los principios jurídicos son verdades jurídicas supremas que provienen de un proceso intelectual del hombre y por tanto son anteriores a la formulación de una norma jurídica⁹⁴. Tal es, en mi opinión, su naturaleza.

Por lo anterior, se sostiene –y coincido plenamente– que los principios jurídicos tienen un doble papel, pues son el fundamento del Derecho positivo y, además, fuente en sentido técnico, pues subsidiariamente en ellos deberá apoyarse el juez para resolver el caso ante la falta de norma expresa, al comprobar la no aplicabilidad de las que integran el ordenamiento positivo, tanto cuando éste lo remite a los “principios generales del Derecho” como cuando guarda silencio sobre el problema. En palabras de DÍAZ COUSELO “se puede

⁹² Vid. PETZOLD PERNÍA, Hermann, *loc. cit.*

⁹³ Cfr. DÍAZ COUSELO, José María, *op. cit.*, p. 74.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 79.

afirmar que son más radicalmente fuentes que las consideradas tradicionalmente fuentes formales”⁹⁵.

1.3. Epistemología de los Principios Jurídicos.

Sobre el tema, existen dos posturas que exponen cómo es que los principios jurídicos son conocidos por los juristas.

Aunque los principios jurídicos constituyen uno de los enigmas de la literatura jurídica, autores de la categoría de ESSER⁹⁶ se refieren a ellos “como pensamientos jurídicos generales”. Es decir, como aquel conjunto de ideas que en un contexto jurídico cualquier hombre tendría para solucionar un problema en el campo del Derecho.

Para entender la naturaleza del principio jurídico, resulta importante señalar la aportación que hace sobre el tema VALLET DE GOYTISOLO cuando afirma que “el hombre está dotado por naturaleza de capacidad para poder, observando las cosas, los hechos y los actos mediante el sentido natural y el hábito de la sindéresis, para captar lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo equitativo y lo inicuo”⁹⁷.

Esto es, los principios jurídicos son captados por la *intellectus principiorum*⁹⁸, puesto que, como indica ARISTÓTELES en sus *Analíticos Posteriores*, “no se puede tener un conocimiento innato de los principios, ya que los principios no pueden formarse mientras no se tenga algún conocimiento o hábito denominado *intellectus principiorum* o entendimiento de los principios y la *synderesim*”⁹⁹.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 80.

⁹⁶ Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁷ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *¿Fuentes Formales del Derecho o Elementos Mediadores entre la Naturaleza de las Cosas y los Hechos Jurídicos?*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 57.

⁹⁸ Esto es, el entendimiento de los principios.

⁹⁹ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *op. cit.*, p. 52.

Así, pues, los principios jurídicos deben ser primeramente descubiertos y entendidos por el operador jurídico y, posteriormente, aplicar la *synderesim*¹⁰⁰ o razonamiento, considerada por el Estagirita como hábito natural¹⁰¹.

Lo anterior muestra las bases de la primera postura sobre el tema, es decir, la tesis que explica que los principios generales del Derecho son descubiertos, posteriormente reconocidos o declarados, y finalmente aplicados por los operadores jurídicos.

Esta corriente está representada por todos aquellos autores que, como LEGAZ LACAMBRA, se pronuncian abiertamente por la interpretación según la cual los principios jurídicos son elementos fundamentales de validez universal y absoluta, o sea, principios de Derecho Natural.

Otro de los cultivadores de esta primera corriente es LARENZ, quien considera que los principios jurídicos no son “establecidos”, sino que son “hallados” o “descubiertos”. Más exactamente “se adquiere conciencia de ellos por primera vez –a menudo en un caso ejemplar– por la doctrina o por un tribunal, que lo formulan en un *leading case*¹⁰², para encontrar después, con mayor o menor rapidez, reconocimiento en la conciencia jurídica de la época [...]. Así, pues, a la toma de conciencia y a la formulación de un principio de esta clase, sigue su esclarecimiento en el caso ejemplar, la delimitación de su alcance (frente a otros principios o frente a normas del Derecho positivo tenidas por inamovibles), y finalmente, su elaboración en una doctrina firmemente ensamblada”¹⁰³.

Y, por último, dentro de esta primera postura, se puede ubicar a VAN DER MEERSCH, que enfáticamente sostiene “que los principios generales del Derecho,

¹⁰⁰ De acuerdo con la Real Academia Española, la “sindéresis” consiste en la capacidad natural para juzgar correctamente.

¹⁰¹ Las denominadas leyes naturales son propiamente principios que se captan –indica VALLET DE GOYTISOLO– por el *intellectum principiorum* (entendimiento de los principios). Es decir, el autor explica que el entendimiento de los principios se sitúa en un plano ético-ontológico, cuyo conocimiento se adquiere a través de la razón.

¹⁰² Asuntos cuya temática jurídica involucra aspectos que son novedosos o que sirven para desarrollar el Derecho.

¹⁰³ Vid. PETZOLD PERNÍA, Hermann, *loc. cit.*

que son aplicables aún en ausencia de un texto, no son una creación jurisprudencial y no podrían confundirse con simples consideraciones de equidad. Ni tampoco son reglas consuetudinarias [...] ellos tienen valor de Derecho positivo; su autoridad y su fuerza no se vincula a una fuente escrita; ellos existen fuera de la norma que les da el texto cuando éste se refiere a ellos; el juez les declara; constata su existencia, lo que permite decir que la determinación de los principios generales del Derecho no autoriza una investigación científica libre [...]. Ellos (los principios) se forman fuera del juez pero, una vez formados, se imponen a él. El juez está obligado a asegurar su respeto¹⁰⁴. Por tanto, “cada uno de esos principios tiene una existencia autónoma como fuente de Derecho; el juez no tiene más que un papel “declarativo”, lo revela, lo interpreta y lo aplica”¹⁰⁵.

Contraria a esta primera tesis, existe una segunda postura que confiere a los principios jurídicos una fundamentación socio-cultural y, con ello revela el carácter eminentemente tópico o retórico de dichos principios.

Uno de los cultivadores de esta corriente es SILANCE, quien afirma que un principio jurídico “no tiene existencia propia. Es el juez quien le da fuerza y vida”¹⁰⁶. Además, indica que “el fundamento de la fuerza obligatoria de los principios generales se encuentra, pues, en la intervención del juez que les reconoce y que les da su poder jurídico”¹⁰⁷.

Otro exponente que se ubica en esta postura es FIORE, quien afirma que el juez, en la búsqueda de la solución para un determinado caso concreto, puede, en última instancia, “referirse a los principios generales del Derecho que viven en la conciencia común del pueblo, y que fijan y formulan después los juristas, los cuales interpretando las necesidades de la vida real, elaboran las reglas

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Idem.*

correspondientes a las nuevas y continuas relaciones que son el resultado del movimiento incesante y de las varias formas de la actividad humana”¹⁰⁸.

Así, pues, me inclino por la primera postura, en la que el juzgador debe acudir a la técnica jurídica y utilizar todos sus recursos para probar que la idea que pretende elevar a la categoría de principio jurídico es realmente tal y no una mera apreciación subjetiva¹⁰⁹. Lo anterior es así, pues los principios generales del Derecho tienen naturaleza racional, se fundan en la justicia común y no en un procedimiento metodológico, como el procedimiento legislativo.

Además, la existencia de los principios jurídicos no depende de la declaración que de ellos haga un grupo parlamentario – legislativo - , sino que su ámbito de existencia traspasa fronteras, pues la sustancia que los integra, por ser benigna, de justicia común y por atender a la razón, puede considerarse en relación a la acción que una persona, desde luego prudente y con los conocimientos necesarios, realizaría en un caso específico, pues como indica BETTI “un principio es un criterio supremo de evaluación, que inspira desde el punto de vista teleológico la *ratio iuris* de la formulación específica encerrada en la norma positiva”¹¹⁰.

Por tanto, lo que hace el operador judicial es confirmar el principio jurídico. No lo crea, sino lo descubre y posteriormente lo confirma y, de esa manera, se reconoce como tal por la colectividad. A través de su confirmación penetran a la positividad.

¹⁰⁸ *Idem*. Énfasis añadido.

¹⁰⁹ Cfr. BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los Principios Jurídicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 58.

¹¹⁰ Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *op. cit.* p. 42.

1.4. Misión de los Principios Jurídicos.

A menudo, por su carácter intangible (como no es el caso de otros elementos del ordenamiento jurídico), la doctrina científica se ha preguntado qué papel debe asignarse a los principios en el ordenamiento jurídico¹¹¹. Así, en un primer momento, se afirma que los principios jurídicos tienen como misión ser fuente del propio Derecho, es decir, actúan como mecanismos nomogenéticos y como mecanismos supletorios del Derecho.

Sobre este tema, DE CASTRO es quien amplía y dota a los principios generales de funciones mucho más amplias que la mera supletoriedad, que para el caso concreto pueden identificarse como las misiones que están llamadas a cumplir estos elementos del ordenamiento jurídico.

Así, pues, partiendo de lo sustentado por dicho autor, puede hablarse de tres funciones específicas que cumplen los principios jurídicos: en primer lugar, como fundamento del orden jurídico¹¹²; en segundo lugar, como orientadores de la labor interpretativa¹¹³; y, finalmente, en tercer lugar, como fuente¹¹⁴ en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre¹¹⁵.

Por otro lado, ÁLVAREZ SACRISTÁN identifica también tres misiones que deben satisfacer los principios jurídicos. La primera se refiere a una misión de *causalidad*, porque ellos son causa del origen de las normas jurídicas que integran un ordenamiento jurídico¹¹⁶.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 96.

¹¹² Implica que antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos. *Vid.* ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, *op. cit.*, p. 273.

¹¹³ Implica que al interpretar la norma jurídica, el operador debe inspirarse en los principios para garantizar una cabal interpretación. *Idem*.

¹¹⁴ Significa que quien va a colmar un vacío legal, debe inspirarse en los principios para que el Derecho se convierta en un sistema hermético. *Idem*.

¹¹⁵ *Cfr.* SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *op. cit.* p. 36.

¹¹⁶ Como se puede apreciar, este autor comparte la opinión de DE CASTRO, en cuanto a la tarea fundadora que este último le otorga a los principios.

La segunda, señala el autor, es de carácter *interpretativa*, porque cuando de lo que se trata es de identificar el sentido de las normas o existe confusión en ellas, se ha de hacer a la luz de los principios jurídicos¹¹⁷. Aspecto que en palabras de DE CASTRO se trata de una función orientadora.

Y por último, ÁLVAREZ SACRISTÁN agrega una más: que los principios responden a una misión *modernizadora*. Esto implica que, a pesar de haber sido invocados por los juristas hace más de dos mil años, tienen tanta importancia jurídica que pueden citarse en la actualidad para llenar lagunas o huecos donde la norma no ha sabido llegar¹¹⁸.

Lo cierto es que los principios jurídicos son aquellas verdades universales que aparecen para fundamentar al derecho objetivo¹¹⁹, y que existen para otorgar a los juzgadores una herramienta más para la toma de decisiones judiciales en caso de que el ordenamiento jurídico de que se trate, padezca un vacío legal. Por tanto, su misión primordial es lograr, en lo posible, la plenitud del sistema jurídico al cubrir lagunas en el Derecho.

1.5. Posición de los Principios Jurídicos en la Nomogénesis.

La doctrina no se ha mostrado unánime en señalar el lugar que ocupan los principios jurídicos en la jerarquía de mecanismos nomogenéticos. Si bien parece que de acuerdo a la mayoría de los ordenamientos jurídicos basados en la tradición romano-germánico, el orden de prelación destina a los principios generales del Derecho en último lugar y sólo se aplican en defecto de ley,

¹¹⁷ Vid. ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Gomylex, Bilbao, 2010, p. 18.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Tanto nacional como internacional (por ejemplo, el Estatuto de la Corte internacional de Justicia invoca como una de sus fuentes, en su artículo 38, a los principios generales del Derecho).

jurisprudencia y costumbre y, por ende, su posición tiene más bien carácter subsidiario¹²⁰.

No obstante, señala DE CASTRO Y BRAVO que, “las teorías más convincentes y congruentes son aquellas que manifiestan que los principios jurídicos, por su propia naturaleza, no están sometidos a una clasificación jerárquica, pues “son los inspiradores de todo el ordenamiento jurídico”¹²¹. Es decir, los principios jurídicos están fuera de la estricta subordinación jerárquica nomogenética, ya que han de ser tenidos en cuenta, antes, en y después de la ley, jurisprudencia y costumbre¹²².

Por tanto, DE CASTRO indica que la jerarquía de mecanismos nomogenéticos, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se trata sólo de una “regla practica”.

En sentido parecido, se pronuncia GARCÍA VALDECASAS al considerar que los principios jurídicos no son una fuente más, que viene detrás de las otras y que se coloca en último lugar; inclusive, no hay superioridad de la ley frente a ellos, toda vez que el sentido de aquélla debe ser conforme a éstos.

Por otro lado, buena parte de la doctrina positivista considera que la Constitución –la *Norma normarum*– es la “fuente” de las “fuentes” del Derecho.

Cierto es que la ley fundamental constituye, en la doctrina fundada en el sistema romano–germánico, la principal “fuente” y el elemento que da unidad a todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que los tribunales están obligados, cuando sea preciso, a su directa aplicación. A partir de lo anterior, DE LOS MOZOS señala que “la constitución es la fuente que inspira todo el ordenamiento jurídico”¹²³. A este respecto, en el supuesto de que se admita que los principios jurídicos han sido positivizados y por ende recogidos en la constitución, entonces

¹²⁰ Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et. al., op. cit.*, p. 65

¹²¹ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Segunda Edición, Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1949, pp. 405-424. Citado por *Ibidem*, p. 62.

¹²² *Idem*.

¹²³ *Ibidem*, p. 73.

se concluye que éstos han dejado de ser el último lugar en la jerarquía de “fuentes” y se trastoca su carácter supletorio, para entonces ocupar el primer lugar en la jerarquía de mecanismos nomogenéticos y, a su vez, adquiere en la *praxis* su carácter directo¹²⁴.

En tal virtud, y a través de un argumento basado en la propia doctrina positivista, resulta que los principios jurídicos se constituyen como el mecanismo nomogenético por excelencia de un ordenamiento jurídico.

A la misma conclusión se llega si se parte de una postura iusnaturalista, en el sentido de que los principios jurídicos, al ser por naturaleza *principios* creados mediante la *ratio* de carácter universal, son elementos mediante los cuales se inspira la creación de un ordenamiento jurídico y, por ende, en caso de insuficiencia de la ley o ante una norma injusta, el juez deberá acudir a ellos para subsanar el vacío legal o corregir el rigor de la ley.

Por tanto, los principios cumplen una función *ex iuris* y *post iuris*, misma que, en palabras de ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, se trata de una “superfuente o fuente de las fuentes”¹²⁵.

1.6. Diferencia entre Principios y Reglas.

A continuación se abordará, brevemente, la diferenciación entre principios y reglas, para poder entender la operatividad judicial de los primeros.

Casi toda la doctrina, con alguna excepción, coincide en afirmar que los principios jurídicos se tratan de normas jurídicas de carácter general; es decir, no existe diferencia sustancial entre principios y reglas.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 74

¹²⁵ Son, si se quiere, una fuente mediata, ya que la inmediata es la norma que inspiran o con cuyo fundamento principal se elabora la fuente próxima. *Vid.* ARCE, Joaquín y FLÓREZ VALDÉS, *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1990. Citado por SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et. al., op. cit.*, p.38

La distinción entre principios y reglas tiene como antecedentes una diversidad de teorías. No obstante, en esta investigación, sólo se comentarán las teorías que muestran más claridad en sus diferencias.

1.6.1. Hart y Dworkin.

HART, después de KELSEN, es considerado el representante más importante de la doctrina jurídica positivista. No obstante, su postura para con el Derecho dio lugar a uno de los debates que en la actualidad sigue cultivando críticas.

Sin duda alguna, la más famosa ha sido la expresada por DWORKIN. La crítica de este autor se puede resumir en dos argumentos. El primero, se basa en la crítica a la afirmación de que el Derecho es solo un complejo exclusivamente de reglas¹²⁶, sin atender a otras pautas en el Derecho que no son reglas, sino principios.

En esta línea, cuando HART afirma que todo el Derecho puede ser identificado a través de una regla de reconocimiento¹²⁷, DWORKIN considera que

¹²⁶ HART distingue entre normas primarias, que son aquellas que imponen deberes a los individuos y normas secundarias, que son aquellas que otorgan facultades a los particulares o a los órganos para crear, modificar y extinguir los efectos de las normas primarias.

¹²⁷ En su obra, *El Concepto de Derecho*, sostiene que la unidad del ordenamiento jurídico se mantiene a través de una regla de reconocimiento, que es el criterio último de validez desde el cual se puede identificar y reconocer a una norma como válida dentro de un ordenamiento y por tanto, como perteneciente al mismo. Cfr. GUIBOURG, Ricardo A., “Hart, Bulygin y Ruiz Manero: Tres Enfoques Para un Modelo”, disponible en http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10691/1/doxa14_20.pdf [accesado el día 8 de diciembre de 2013]. En este sentido, el profesor de Oxford pretende asignarle a la regla de reconocimiento un papel similar a la norma fundamental kelseniana, entendiéndola como criterio último de validez de las normas del ordenamiento jurídico y como criterio de la unidad del mismo. Pero ¿cuál sería, pues en HART el fundamento último de validez, es decir, lo que fundamenta la validez de la primera constitución? Este filósofo inglés entiende, que el reconocimiento debe ser entendido como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas y que engloba el reconocimiento de los particulares de obedecerlas. Por tanto, la regla de reconocimiento debe entenderse *como aquella que especifica alguna característica o características que han de poseer las demás normas para ser consideradas como reglas válidas del grupo*. La diferencia principal con KELSEN, es que HART busca el fundamento último de la validez y de la unidad del ordenamiento jurídico en el plano *fáctico y sociológico*. Así, pues, para el jurista Inglés, la regla de reconocimiento así entendida, no es necesario presuponerle ninguna de las características de las normas, puesto que ella misma es el criterio de validez y por tanto “no tiene ningún sentido predicar validez–invalidez del mismo criterio de validez. *Idem*. Lo anterior, así lo afirma RUIZ MANERO al exponer las características de la regla de reconocimiento en su obra *Jurisdicción* y

sería correcta esa determinación si el Derecho se conformará sólo de reglas, pero como también se conforma de principios, esta afirmación sencillamente es falsa. De hecho, el norteamericano afirma que la regla de reconocimiento, entendida como aquella que especifica las características que deben poseer las normas jurídicas para ser consideradas válidas en el ordenamiento jurídico, no sirve para identificar a los principios jurídicos, ya que para identificar a éstos sólo cabe el razonamiento material, es decir, *casum per casum*.

El segundo argumento parte del razonamiento judicial en los “casos difíciles”, entendidos como aquellos casos de insuficiencia de la ley. Para HART, este tipo de asuntos permiten el uso de la “discrecionalidad judicial” o “creación judicial del Derecho”. No obstante, para DWORKIN, esta postura es propia de una idea que gira en torno a un Derecho integrado únicamente de normas, porque si también

Normas, cuando señala que “la regla de reconocimiento es una regla última, en el sentido de que ella es la que proporciona el criterio de validez de todas las demás y no está sometida a ningún criterio de validez establecido por otras normas”. Asimismo, agrega que “al ser ella el criterio de validez, su validez es incuestionable, y por tanto su existencia no es como la de las demás, ya que consiste en un hecho fáctico o sociológico”. *Idem*. Por su parte, BULYGIN afirma que la regla de reconocimiento de HART hace referencia a una regla conceptual que hace las veces de axioma en el orden jurídico. En este sentido, para el jurista ucraniano la regla de reconocimiento se identifica con un axioma que no requiere justificación anterior, porque cada grupo o comunidad tiene sus razones para justificarla. *Idem*. Por otro lado, HART establece una distinción atendiendo a la aceptación o no aceptación de la regla de reconocimiento, distinguiendo entre “enunciados internos” y “enunciados externos”. Menciona que los que aceptan la regla de reconocimiento – enunciados internos– son aquellos juristas que suelen utilizar expresiones como “el Derecho dispone que [...]”, por tanto, aceptan las normas que componen al Derecho que se trata y no cuestionan la validez de sus normas. Por otro lado, los “enunciados externos”, que los atribuye a juristas que no aceptan la regla de reconocimiento y en consecuencia, no aceptan la validez de las normas que conforman al Derecho, puesto que no se sienten obligados o vinculados por él. Indica que los juristas que no comparten la regla de reconocimiento utilizan expresiones como por ejemplo: “En Inglaterra reconocen como Derecho cualquier disposición sancionada por la Reina en el Parlamento”, o “en Irlanda está prohibido el aborto”. *Cfr.* MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Madrid, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, 1998, p. 147. Por lo anterior, la regla de reconocimiento propugnada por el filósofo inglés, permite identificar que normas forman parte de un ordenamiento jurídico. En este sentido, la regla de reconocimiento de HART se identifica como una práctica judicial (textos revestidos de autoridad, promulgación legislativa, práctica consuetudinaria, precedentes judiciales, etc.) que proporciona criterios para determinar la validez de las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico y además, al ser aceptada por jueces y tribunales, su validez no debe ser cuestionada y mucho menos subordinada a otra regla. *Cfr.* GARCÍA HIGUERA, Rubén, *La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart*, Instituto de Derechos Humanos de Bartolomé de las Casas/ Universidad Carlos III de Madrid, disponible en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/9824/1/regla_reconocimiento.pdf [accesada el día 06 de agosto de 2012].

existieran principios no habría lugar a la discrecionalidad, pues cuando no hay regla aplicable al caso, siempre habrá un principio jurídico para aplicar¹²⁸.

Así, pues, cuando DWORKIN afirma que HART habla de discrecionalidad, indica que se refiere a la toma de una decisión judicial sin limitaciones jurídicas. Es decir, se le da oportunidad al juez de decidir el caso, atendiendo a criterios subjetivos o personales. Para DWORKIN, ello atenta contra la seguridad jurídica y la división de poderes, ya que el poder judicial no está legitimado para legislar. Por tanto, proponen la *tesis de la única respuesta correcta*¹²⁹. Esto último significa, que el operador jurídico, ante un caso difícil, no debe crear una regla *ex motu proprio*, sino que debe recurrir a los principios preexistentes al ordenamiento jurídico, los cuales debe descubrir y aplicar. Por tanto, el juez nunca tiene –ni podría válidamente tener– discrecionalidad.

Con posterioridad¹³⁰, HART daría respuestas a los argumentos de DWORKIN. En efecto, destaca “que fue un defecto en su exposición por no haberse detenido en los principios”, pero no está de acuerdo en la afirmación de DWORKIN de que la regla de reconocimiento no es apta para identificarlos.

En cuanto a la diferencia que existe entre normas y principios, HART afirma primeramente, que ambos son normas y que su diferencia es solamente de *grado* –que en palabras de AARNIO construye la “teoría débil” de la separación¹³¹–. Ello significa que las reglas tienen un grado de generalidad bajo y los principios un grado de generalidad relativamente alto, los principios son más generales que las reglas¹³².

¹²⁸ Cfr. PÉREZ JARABA, María Dolores, “Principios y Reglas: Examen del Debate entre R. Dworkin y H.D.L. A. Hart”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, Número 10, 2010, p. 17.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ En su obra *Post Scriptum al Concepto del Derecho*. Puede consultarse en HART, H.L.A., “Pos Scrítum al Concepto del Derecho” (Editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz), Instituto de Investigaciones Jurídicas/ UNAM, *Serie de Estudios Jurídicos*, Número 13, México, 2000.

¹³¹ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto y J. LAPORTA, Francis, *El Derecho y La Justicia*, S/F, p. 149.

¹³² Por ejemplo, de acuerdo a la teoría débil de la separación, un principio sería aquel precepto de la Constitución que consigna la libertad de creencia. y una regla sería, una norma que indicará que “todo recluso tiene derecho de apartar de sus creencias a otros reclusos”.

1.6.2. Ronald Dworkin.

La discusión acerca de los principios jurídicos y reglas arranca de un famoso artículo de DWORKIN, publicado en 1967¹³³, con el título “Modelo de las Reglas”¹³⁴. La pretensión fundamental de dicho ensayo era impugnar lo que este autor denominaba “la versión más poderosa del positivismo jurídico de HART”¹³⁵, según la cual, el Derecho está formado únicamente de reglas.

En este sentido, el norteamericano emplea dos argumentos para explicar la diferencia entre principios y reglas¹³⁶. Afirma que los principios y reglas se pueden distinguir por la forma de *aplicación* o por la forma del razonamiento judicial que los aplica.

El primer argumento señala que las normas se aplican de manera disyuntiva¹³⁷, esto es, se aplican o no se aplican, en el sentido de que lógicamente

¹³³ No obstante, señalan ATIENZA Y RUIZ MANERO “que los “principios jurídicos” son viejos conocidos de los juristas, pues, en efecto, antes de DWORKIN, esta cuestión no estuvo ausente del pensamiento jurídico. Así, por ejemplo, destacan las contribuciones de WINBURG en Austria, en la década de los cuarenta, y las de ESSER en Alemania en los cincuenta –quien formuló ya una distinción entre principios y reglas–, junto con las de BOBBIO en Italia o las de GARCÍA DE ENTERRÍA en España. Sin embargo, fue DWORKIN quien, con su crítica al positivismo jurídico inició verdaderamente un debate –que aún continua– con consecuencias, entre otras materias, en la dogmática y la metodología jurídicas, en el concepto de sistema jurídico, en la relación entre Derecho y moral y en la argumentación jurídica. Cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre Principios y Reglas”, en *Doxa*, No.10, 1991, pág. 101.

¹³⁴ Incorporado posteriormente como segundo capítulo de su obra *Los Derechos en Serio*, edición de 1978.

¹³⁵ Cfr. GARZAN VALDÉS, Ernesto y J. LAPORTA, Francis, *El Derecho y La Justicia*, S/F, p. 149.

¹³⁶ Dos son las críticas fundamentales de DWORKIN a la obra de HART. La primera crítica es entender al Derecho solamente como un conjunto de reglas, sin atender a otras pautas jurídicas presentes en el Derecho que no son reglas sino principios; por lo que corresponde a la segunda observación, DWORKIN critica a HART respecto del razonamiento judicial en los *casos difíciles*, es decir, la admisión por parte de HART de una textura abierta del Derecho que permite la “discrecionalidad judicial”, posición que critica DWORKIN, porque es propia de una idea del Derecho tan sólo constituida por reglas, mientras que si se ve el Derecho compuesto también por principios, en tiende DWORKIN, no habría lugar para discrecionalidad judicial alguna, pues cuando no hay regla aplicable al caso, siempre habrá un principio para aplicar. Vid. PÉREZ JARABA, María Dolores, *loc. cit.*, pp. 13-16

¹³⁷ Al respecto, PUIGPELAT MARTÍ ha criticado esta postura. En relación con la aplicación “todo o nada”, observa acertadamente que sería preciso enumerar todas las excepciones a una regla y existirán algunas que se fundamentarían en principios que no pueden ser previstas de antemano, por lo que se frustraría la aplicación disyuntiva de las reglas. Vid. PUIGPELAT MARTÍ, Francesca, Principios y Normas, *Anuario de Derechos Humanos*, 1990, pp. 231-247, pág. 233 en RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *Principios del Derecho y Razonamiento Jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid, S/F, p. 61.

no cabe una tercera posibilidad¹³⁸. Caso contrario resulta con los principios, donde no se da la dicotomía de “todo o nada”¹³⁹. Los principios jurídicos siempre deben ser aplicados.

El segundo argumento que emplea, consiste en que los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen. En este sentido, DWORKIN habla de una *dimensión de peso*¹⁴⁰ (*dimension of weight*) o importancia, que se muestra en las colisiones entre principios. Cuando hay una interferencia entre principios, el juez ha de resolver el conflicto tomando en cuenta el peso relativo de cada uno en el caso específico¹⁴¹, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor para otro caso específico diferente¹⁴². La regla no tiene esa dimensión¹⁴³, las reglas tienen igual peso o importancia.

¹³⁸ AARNIO dice que las reglas se pueden comparar a las vías del ferrocarril: o las sigues o no.

¹³⁹ Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *op. cit.*, p.98

¹⁴⁰ Con respecto al *peso* de los principios, PUIGPELAT MARTÍ plantea la posibilidad de principios que sean declarados inválidos, contrarios al ordenamiento jurídico; en estos casos no habrían de ser sopesados con otros principios del Derecho. Y por otro lado, indica, también fracasaría la dimensión de peso de los principios si en un ordenamiento jurídico se reconociera un principio absoluto. *Vid.* PUIGPELAT MARTÍ, Francesca, “Principios y Normas”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1990, pp. 231-247, pág. 233, citado en RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 61. Lo anterior, no tiene sustento alguno, porque los principios jurídicos no tienen una jerarquía vertical entre ellos, sino horizontal. Es decir, todos ellos están al mismo nivel, no obstante adquieren mayor peso unos de otros cuando se aplican tomando en cuenta las circunstancias que rodean el caso concreto.

¹⁴¹ *Vid.* TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 58

¹⁴² *Vid.* ALEXANDER, Robert, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, en *Doxa*, No. 5, 1988, p.141.

¹⁴³ Como ejemplo, DWORKIN aduce al caso *Riggs vs Palmer*, del que hubo de entender, a finales del siglo pasado, un tribunal del Estado de New York. El asunto era básicamente el siguiente: un nieto solicitaba al tribunal entrar en posesión de la herencia de su abuelo, lo que, de acuerdo con la ley testamentaria del Estado de New York, le correspondía. La peculiaridad del caso residía en que entre los atributos de dicho nieto se encontraba el de ser asesino del causante, circunstancia que la ley testamentaria aplicable no contemplaba como causa de exclusión de la sucesión: de acuerdo con las disposiciones jurídicas positivas, tal circunstancia debía considerarse, pues, como irrelevante. El tribunal negó al nieto, sin embargo, entrar en posesión de la herencia del abuelo apoyándose en el principio de que “nadie puede sacar provecho de su propia acción ilícita”. Como se observa, el ejemplo empleado por DWORKIN en defensa de su tesis no resulta del todo coherente, al menos en un par de puntos: según este autor, si una regla es válida, y se dan los hechos que la misma estipula, la aplicación de la regla soluciona, sin más, el caso. Pero en *Riggs vs Palmer* el tribunal no cuestionó la validez de las disposiciones sobre la sucesión aplicable, sino que más bien consideró que, en relación con las circunstancias del caso, el principio de *Nemine dolus sus prodesse debet* había de prevalecer sobre el principio de que “debe ser lo prescrito por las reglas jurídicas”; Por otra parte, según DWORKIN, los principios *per se* nunca determinan por completo el contenido de una decisión particular, mientras que en el

Básicamente, la distinción que hace DWORKIN entre reglas y principios consiste en que las normas jurídicas prescriben una conducta con su consecuencia jurídica. En tal virtud, se aplican o no se aplican, es válida o no es válida; en cambio, los principios carecen de dicha consecuencia, en razón de que se trata de planteamientos que ayudan a tomar posición entre los casos concretos. Son orientadores, estándares de conducta exigidos por la justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Por tanto, si un principio es superado por otro, el primero no desaparece¹⁴⁴. Por eso se dice que los principios son superiores a la norma¹⁴⁵.

Sin duda alguna, la tesis de DWORKIN sobre los principios ha sido una de las animadoras más destacadas de la discusión teórica y filosófica del Derecho de las últimas décadas, proyectándose sobre tópicos tan centrales en esta disciplina.

A continuación se examinará el postulado de ALEXY sobre esta temática de la distinción entre principios y reglas.

1.6.3. Robert Alexy.

Otra distinción clásica de principios y reglas es la que aporta ALEXY¹⁴⁶. Al respecto, señala el autor que “[...] tanto los principios como las reglas pueden concebirse como normas¹⁴⁷. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas¹⁴⁸. En términos generales, afirma que cuando

caso en referencia, parece que, una vez determinada por el tribunal la prevalencia del principio que impide sacar provecho del propio ilícito, el mismo vino a ser el fundamento único y completo de su decisión.

¹⁴⁴ Asimismo, DWORKIN distingue entre principios y directrices. Los primeros, los principios en sentido estricto, señala que son pautas que han de ser observados por que son exigencia de la justicia, equidad o alguna dimensión de la moralidad. Las directrices (*policies*) propone un estado de cosas que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en un rasgo político, económico o social de la comunidad.

¹⁴⁵ Vid. ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, *loc. cit.*, p. 269.

¹⁴⁶ En su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

¹⁴⁷ Vid. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 58

¹⁴⁸ Vid. ALEXY, Robert, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, *loc. cit.*, p.140.

mejor se percibe la diferencia entre reglas y principios es en el momento de colisión entre normas o entre principios¹⁴⁹.

No obstante, lo que expone ALEXY, en palabras de TARDÍO PATO, “viene a ser un desarrollo avanzado de la construcción de DWORKIN, especialmente en lo relativo a la determinación del principio prevalente en virtud de su peso relativo, mediante la denominada ponderación”¹⁵⁰.

En este sentido, ALEXY indica que las reglas (*regeln*) son normas que cuando se cumple el tipo de hecho y ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones (ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo)¹⁵¹. Por tanto, pueden ser llamados *mandatos definitivos*¹⁵², o lo que es lo mismo, normas que exigen un cumplimiento pleno, por tanto sólo pueden ser cumplidas o no¹⁵³.

Por otro lado, afirma que los principios jurídicos *son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas*¹⁵⁴. Es decir, los principios son *mandatos de optimización*, normas que pueden ser cumplidas en diferentes grados y que la medida ordenada de su satisfacción depende no únicamente de las posibilidades fácticas, sino también jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente

¹⁴⁹ Un conflicto de reglas, en efecto, “sólo puede ser solucionado, o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida, por lo menos una de las reglas”. En cambio, cuando un principio colisiona con otro, el juez no sólo no juzga sobre la validez, sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá, luego de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. Es decir, aplicará un principio, en el sentido de preferirlo, y no otro, dejando claro que su juicio de preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa, de modo que en otro caso posterior, frente a otras circunstancias, aplicaría el principio que ahora resulta postergado. *Cfr.* ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 88.

¹⁵⁰ La ponderación es un mecanismo frecuentemente utilizado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a partir de la segunda mitad del siglo XX. *Vid.* TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 66.

¹⁵¹ *Vid.* CIANCIARDO, Juan, “Principios y reglas: Una Aproximación desde los Criterios de Distinción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 108, Septiembre-Diciembre de 2003, México, p. 895.

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

¹⁵⁴ Esto significa, en palabras de TARDÍO PATO, que no siempre son aplicados a los casos concretos, sino que va a depender de las posibilidades fácticas y del peso específico, en tales casos, de los principios.

por los principios opuestos¹⁵⁵. Esto último significa que los principios dependen – y requieren– de la ponderación¹⁵⁶.

Lo anterior demostraría que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado¹⁵⁷.

Así, pues, la postura de ALEXY radica en que los principios jurídicos no contienen una referencia a los supuestos de hecho para su aplicación, mientras que la norma sí señala los supuestos de hechos para su aplicación¹⁵⁸. Diferencia que tiene similitud con el modelo de DWORKIN, cuando dice “[...] que los principios son razones que indican una dirección pero que no tienen como consecuencia necesaria una determinada decisión”¹⁵⁹.

Quizás el mejor modo de entender la postura de ALEXY consiste en partir de un ejemplo. Así, la norma X indica “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”¹⁶⁰. Por su parte, la norma Y indica que “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal [...]”¹⁶¹.

La norma X –para ALEXY– es un principio, la Y, es una regla. Las diferencias estructurales entre una y otra se advierten, según explica CIANCIARDO¹⁶², en que,

¹⁵⁵ Sobre este aspecto, cabe recordar la afirmación de ATIENZA y RUIZ MANERO de que los principios de los que habla ROBERT ALEXY son de tipo *programático o directriz*, pero no de principios en *sentido estricto*.

¹⁵⁶ Vid. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1995, pp. 19-22. Citado por ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, *op. cit.*, p. 270.

¹⁵⁷ Vid. RUIZ RUIZ, Ramón, “La Distinción entre Reglas y Principios y Sus Implicaciones en la Aplicación del Derecho”, disponible en http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf. [accesado el día 11 de septiembre de 2012].

¹⁵⁸ Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades. La primera es que la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aun cuando sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan a favor de una u otra decisión.

¹⁵⁹ Vid. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 70.

¹⁶⁰ Artículo 5.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

¹⁶¹ Artículo 8. 2. a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁶² Vid. CIANCIARDO, Juan, *op. cit.*, p. 895.

primeramente, las normas transcritas son distintas en cuanto a su fuerza deóntica. En efecto, por su propia índole, lo prescrito por la norma uno – el respeto de la integridad física, psíquica y moral – puede ser llevada a cabo en distintos niveles de cumplimiento. Lo que la norma ordena es que sea observado su mandato específico en la mayor medida posible, en otras palabras, que sea *optimizado*.

La norma Y, en cambio, ordena un algo que no admite distintos niveles de cumplimiento. Puede ser observado o no, no hay puntos intermedios: o el inculcado tiene la asistencia de un intérprete o no la tiene¹⁶³.

Sin embargo, cabe señalar que ATIENZA y RUIZ MANERO, al referirse a las diferentes acepciones del término “principio” en el campo jurídico, dan cuenta que ALEXY, cuando define a los principios como mandatos de optimización, sólo hace referencia a una clase de principios, a los de tipo programático y no a principios en *sentido estricto*, ya que estos últimos no pueden cumplirse en diferentes grados, porque su cumplimiento es pleno. Ambos autores indican que la diferencia entre principios en sentido estricto y principios programáticos, tomando en cuenta que se tratan de normas, radica en la *solución normativa de cada uno de ellos*.

En este sentido, señalan que, tanto los principios en *sentido estricto* como en sentido programático, tienen un supuesto de hecho estructurado de forma abierta (no se sabe a ciencia cierta cuándo aplicarse), la diferencia es que en los primeros se indica la conducta prohibida, su cumplimiento por tanto, es pleno¹⁶⁴.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ Por ejemplo, el artículo 1º, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece “[...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas [...]”.

Caso contrario acontece con el segundo tipo de principios, que sólo exigen lograr un estado de cosas, por tanto su cumplimiento debe ser en la mayor medida posible¹⁶⁵.

Así, pues, continuando con la tesis diferencial basada en el conflicto que propone ALEXY, se afirma que los conflictos entre reglas, que se producen cuando, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles entre sí, se solucionan o bien mediante la introducción de una “cláusula de excepción”¹⁶⁶ que determine la aplicación de la primera, salvo en los supuestos de la segunda, o bien mediante la declaración de una ellas como inválida¹⁶⁷, en virtud de las reglas tradicionales de validez¹⁶⁸, como el de especialidad¹⁶⁹, el de jerarquía¹⁷⁰ y el de temporalidad¹⁷¹.

Por otro lado, afirma ALEXY, el conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino *ponderando* a cuál principio se le debe dar un mayor peso específico, de acuerdo a las circunstancias del caso, sin que por ello el otro principio quede invalidado¹⁷².

¹⁶⁵ Ejemplo de ello es el artículo 4º de la propia norma constitucional federal mexicana, cuando establece “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia [...]”. En esta disposición, al principio general de igualdad se le está dando un uso, pero determinar qué elementos obligan a un tratamiento igualitario es algo que no señala la misma norma y, por tanto, su cumplimiento debe ser en la mayor medida posible. Estamos, por lo tanto, ante un principio “programático”.

¹⁶⁶ Siguiendo con el ejemplo citado, suponiendo que a la norma dos se le opone una norma tres que señala que “Durante el proceso, los inculpados de nacionalidad argentina no tienen derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, puesto que se presupone su conocimiento del idioma nacional”. El conflicto entre estas dos reglas se resuelve introduciendo en la regla dos una excepción que deje a salvo lo que establezca cada país respecto de sus nacionales. Así, por tanto, la norma dos establecería que: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpadado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal, salvo lo que establezca cada país respecto de sus nacionales”.

¹⁶⁷ Cfr. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 58

¹⁶⁸ *Vid., in genere*, GARCIA, Carlos, *Ponderación de Principios en Casos Concretos*, disponible en <http://es.scribd.com/doc/3053470/Ponderacion-de-Principios> [accesado el día 12 de septiembre de 2011].

¹⁶⁹ *Lex specialis derogat generalis*.

¹⁷⁰ *Lex superior derogat inferior*.

¹⁷¹ *Lex posterior derogat priori*.

¹⁷² *Vid.* ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *loc. cit.*, p. 89.

Es decir, la *ponderación*¹⁷³ es la forma característica para resolver un conflicto entre principios, mecanismo que no es utilizado para resolver conflictos entre reglas¹⁷⁴.

Ahora bien, para que la ponderación entre diversos principios siga siendo racional, el mismo autor formula una *ley de ponderación*¹⁷⁵. De esta forma, la medida de satisfacción o de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, depende del grado de importancia de la satisfacción del otro¹⁷⁶. Para el autor, la *ley de ponderación* en cuanto tal, no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudieran ser resueltos los casos. No obstante, el modelo de ponderación se vincula con la teoría de la argumentación jurídica racional¹⁷⁷, porque es a través de ella que el operador jurídico deberá expresar los motivos que lo obligaron a optar por un principio y no por el otro, mediante un razonamiento lógico-jurídico.

Por lo anterior, se puede concluir que los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de validez, mientras que las colisiones de principios, en la dimensión del peso específico de cada uno de ellos¹⁷⁸. Así, pues, el mecanismo para descubrir si un juez emplea –y cómo emplea– los principios es si utiliza criterios de ponderación¹⁷⁹. La pretensión de corrección exige que en un caso dudoso se lleve a cabo siempre una ponderación y, por lo tanto, se tomen en cuenta los principios cuando ello sea posible¹⁸⁰.

¹⁷³ La ponderación consiste en el *establecimiento de una relación condicionada de preferencia entre principios*. Cfr. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, 2011, p. 75.

¹⁷⁴ Cfr. ALEXY, Robert, *El Concepto y Validez del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 72.

¹⁷⁵ Los tres pasos de la ponderación –según ALEXY– son: 1) definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios; 2) definir cuál es el principio idóneo para el caso concreto; y, 3) justificar la necesidad de la intervención del principio seleccionado. Para llevar a cabo esta operación, ALEXY establece una escala de tres rangos (leve, medio y grave) para asignar el grado de afectación de un principio por un lado, y la satisfacción del otro principio, por otro. Es decir, si el grado de afectación por la aplicación de un principio es grave y el grado de afectación por la aplicación del otro principio en colisión es leve, entonces se opta por el segundo y viceversa. Cfr. GARCIA, Carlos, *loc. cit.*

¹⁷⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *loc. cit.*, p. 161.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 167.

¹⁷⁸ Cfr. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 58.

¹⁷⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *El Concepto y Validez...*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁸⁰ Cfr. SOBREVILLA, David, “El Modelo Jurídico de Reglas, Principios y Procedimientos de Robert Alexy”, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Número 4, abril 1996, pp. 98-113.

Veamos a continuación la aportación que hace a la temática en comentario ATIENZA y RUIZ MANERO.

1.6.4. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

Para ATIENZA y RUIZ MANERO los “principios jurídicos” son viejos conocidos de los juristas, pues, en efecto, mucho antes de las aportaciones de DWORKIN, esta cuestión fue abordada en las discusiones iusfilosóficas¹⁸¹.

Sin embargo, reconocen, fue DWORKIN quien con su crítica al positivismo jurídico inició verdaderamente un debate –que aún continúa– con consecuencias, entre otras materias, en la dogmática y la metodología jurídicas, en el concepto de sistema jurídico, en la relación entre Derecho y moral y en la argumentación jurídica¹⁸².

Al referirse¹⁸³ a los principios jurídicos, dan cuenta de las acepciones más significativas del concepto “principio” en el ámbito jurídico¹⁸⁴. A su vez, afirman

¹⁸¹ Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre Principios y Reglas”, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ Cfr. MANERO, Juan y ATIENZA, Manuel, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Segunda Edición, Editorial Ariel, España, 2004, pp. 23-50.

¹⁸⁴ Así, indican que “el concepto “principio”, en su primera acepción, es entendido como norma muy general, abarcando las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. Por ejemplo, el artículo 1654 del Código Civil michoacano cuando establece que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”. Como se observa, el anterior precepto normativo contiene propiedades muy generales con respecto a la materia de contratos. Sin embargo, distinto sería una norma que regula exclusivamente a los contratos de arrendamiento. Por ejemplo, el artículo 2279 de dicha normativa jurídica, cuando establece que “La renta será pagada en el lugar convenido y a falta de convenio, en la casa, habitación o despacho del arrendatario”. La segunda acepción de “principio” es en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, es decir, los términos no están claros. Por lo que respecta a la tercera acepción del término “principio”, los autores en comentario se refieren a una norma programática o directriz. Es decir, se trata de una norma que estipula la obligación de perseguir un determinado fin (*norma-fin*). Por ejemplo, el artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuando establece que “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución [...]”. Como cuarta acepción del término

que existe una triple clasificación de principios. La primera categoría se integra por los principios en *sentido estricto* y los principios *programáticos*¹⁸⁵. A la segunda categoría pertenecen los *principios primarios* y los *principios secundarios*¹⁸⁶.

Finalmente, a la tercera categoría adscriben los *principios implícitos* y *principios explícitos*¹⁸⁷.

“principio”, señalan los autores que se debe entender en el sentido de normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida), de una institución, etc. Por ejemplo, el artículo 4 de la Ley Fundamental mexicana, cuando establece que “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”, o el más específico de la norma póstica de la Constitución española de 1978, donde establece, en su primer apartado, que son “[...] valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. La quinta acepción, se refiere al concepto de “principio” en un sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. Por ejemplo, el artículo 14, párrafo IV, de la Constitución Política Federal, cuando establece “En los juicios del orden Civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho. [...]”. El sexto y último sentido que ATIENZA y RUIZ MANERO dan al término “principio” es el de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Por ejemplo, el principio específico de jerarquía normativa señalado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando establece “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

¹⁸⁵ Los primeros son normas de carácter muy general que expresan los valores de una comunidad. Así, citan como ejemplo, el artículo 14 de la Constitución española, cuando establece “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Lo anterior tiene una consecuencia jurídica cerrada: no discriminar. Es decir, exige un cumplimiento pleno. Los segundos, son normas de carácter general que expresan la deseabilidad de perseguir determinados fines. En este sentido, los explican citando el artículo 51.1 de la Constitución española, cuando establece “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. En este mandato, explican, no se ordena ni se prohíbe ninguna acción, sino que se establece un estado de cosas a conseguir, dejando libertad para la elección de los medios o acciones encaminadas a tal resultado (procedimientos eficaces), lo cual si puede cumplirse en diferentes grados. Incluso, consideran que la tesis de ALEXY se centra en principios de tipo programático. Lo anterior, porque según los autores españoles, los principios en sentido estricto no pueden ser cumplidos en grados ya que se integran de una consecuencia jurídica configurada en forma cerrada. A diferencia de los principios programáticos donde su consecuencia jurídica se configura de forma abierta porque dejan libertad para elegir los medios adecuados para lograr determinado resultado.

¹⁸⁶ Los primeros, son normas que se dirigen a guiar la conducta de las personas. Los segundos, son normas dirigidas a guiar la conducta de los poderes públicos, especialmente del juez.

¹⁸⁷ Los primeros son aquellos principios que se encuentran expresados en el ordenamiento jurídico positivo. Los segundos, son aquellos que se deducen de las normas jurídicas.

Así, pues, para estos autores tanto las reglas como los principios son normas¹⁸⁸, pero con diferente categoría. Para distinguir los principios y las reglas, ofrecen dos enfoques: el estructural y el funcional¹⁸⁹.

Desde un enfoque estructural, señalan ATIENZA y RUIZ MANERO, las normas se deben ver como entidades organizadas en una cierta forma¹⁹⁰. Es decir, parten de que las normas se estructuran con dos elementos¹⁹¹, el primero de ellos es *un supuesto de hecho* (“el que matare”, “el que robare”, etc.)¹⁹², y el segundo, una *consecuencia jurídica* (años de cárcel, el precio, etc.)^{193 194}.

Derivado de lo anterior, ambos autores consideran a los principios y a las reglas como normas, resulta entonces evidente que tanto los principios como las reglas poseen los dos elementos antes señalados. Sin embargo, señalan que existe una diferencia básica entre principios y reglas, y esa diferencia radica en el *supuesto de hecho*. Afirman que, mientras en las reglas las condiciones de su

¹⁸⁸ Asimismo, en dicha obra, destacan que existen diferentes tipos de reglas en un ordenamiento jurídico. Afirman que hay *reglas de fin*, que señalan ciertas metas a alcanzar por el destinatario que deberá elegir los medios adecuados –señalados por la misma norma- para lograrlas, y *reglas de acción* que son aquellas que ordenan una conducta cuyo cumplimiento es pleno. Para explicar la diferencia entre reglas de acción y reglas de fin, ATIENZA y RUIZ MANERO, señalan como ejemplo de *regla de fin*, el artículo 103.3 del Código civil español, cuando establece “Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 3ª Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio [...]”. En este contexto, se ordena al juez que disponga de uno de los medios propuestos en la norma para llegar a un estado de cosas o fin.

regla de acción al artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores –legislación española– que establece que “el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo”. En este contexto, se ordena al empresario a no discriminar.

¹⁸⁹ Vid. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁰ Cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre Principios y Reglas”, *op. cit.*, p. 107.

¹⁹¹ Aunque para PRIETO SANCHÍS son tres: el supuesto de hecho, el nexos, que es la copula del deber ser (será castigado, deberá pagar) y la consecuencia jurídica.

¹⁹² Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”/Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, p. 52.

¹⁹³ Cfr. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁴ Un ejemplo de dicha aproximación sería el artículo 1740 del Código sustantivo civil michoacano, mismo que establece: “El que sin causa se enriquece en detrimento de otro (supuesto de hecho), está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido (consecuencia jurídica)”.

aplicación se configuran en *forma cerrada*, en los principios se configuran de manera *abierta*¹⁹⁵.

Lo anterior significa, en palabras de PRIETO SANCHÍS, que “se trata de una regla cuando se sabe a ciencia cierta cuándo han de ser aplicadas y también sus posibles acepciones”¹⁹⁶.

A guisa de ejemplo, el artículo 298 del Código Penal Michoacano establece “El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y multa hasta cuarenta días de salario”. Del texto normativo se aprecian— es decir, resultan claras— las circunstancias de tiempo y modo para la aplicación de la sanción prevista en dicha norma. Es decir, el *supuesto de hecho se configura como cerrado* y por tanto se trata de una regla.

En cambio, indica PRIETO SANCHÍS, los principios, en ocasiones, carecen o presentan de forma fragmentaria el supuesto de hecho, es decir, se trata de aquellas normas que, incluso, eliminado los problemas de vaguedad o imprecisión, no se sabe a ciencia cierta cuándo aplicarlas¹⁹⁷.

Por ejemplo, el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia [...]”. Como se observa, el mandato constitucional —de carácter normativo, hay que añadir— está dando uso, *ab initio*, al principio general de igualdad. Por otro lado, carece de un supuesto de hecho, elemento característico de las normas. Y, además, en palabras de PRIETO SANCHÍS, no se sabe a ciencia cierta en qué momento se va aplicar dicha disposición. No señala las circunstancias de modo, tiempo y lugar para su ejecución. Es decir, el supuesto de hecho se *configura de forma abierta*.

¹⁹⁵ *Idem.*

¹⁹⁶ *Cfr.* PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley...*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁹⁷ *Idem.*

Cabe aclarar que esta última afirmación, en mi opinión, no es correcta, porque los principios jurídicos tienen muy bien definido el momento en que el operador jurídico debe hacer uso de ellos. En este sentido, se debe tener en cuenta el papel que desempeñan los principios en el entramado jurídico, por lo que el juez debe tenerlos presentes antes y durante la aplicación de una norma e, inclusive, cuando no exista norma aplicable al caso concreto¹⁹⁸.

No obstante, la diferencia estructural que hacen MANUEL ATIENZA y RUIZ MANERO comulga con la diferencia entre reglas y principios de tipo programático y no con principios en *sentido estricto*, como lo señalan los propios autores¹⁹⁹.

Por otro lado, también explican la distinción entre principios y reglas partiendo de un *enfoque funcional*, el cual se centra en el papel o función que las normas cumplen en el razonamiento jurídico. Para este enfoque, las normas son vistas como *razones para la acción*.

En este contexto, las reglas son consideradas *razones para excluir una deliberación* por parte del órgano jurisdiccional al dictar sentencia. Es decir, cuando se dan los supuestos de hechos o condiciones para aplicar la norma, el órgano jurisdiccional tiene el deber de aplicarlas y sobre ellas fundamentar su sentencia. Por tanto, el juez debe abstenerse de dictar el fallo atendiendo a su libre albedrío o a cuestiones subjetivas. En tal virtud es que se les consideran razones para la acción.

Caso contrario resulta con los principios, los cuales, desde este enfoque, *no son razones que excluyen una deliberación*, sino al contrario, la exigen mediante la *ponderación* en aquellos casos de conflictos entre principios²⁰⁰.

Con base en tal perspectiva ATIENZA y RUIZ MANERO llegan a afirmar, inclusive, que “los principios son menos que las reglas”²⁰¹, porque son menos

¹⁹⁸ Vid. Artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁹⁹ En líneas anteriores se comentó la diferencia que existe entre principios programáticos y principios en sentido estricto. Este último tipo de principios, además de contener un supuesto de configuración abierta – como los programáticos– señala expresamente la conducta prohibida. Cfr. *ut supra* p. 52.

²⁰⁰ Cfr. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 83.

concluyentes, ya que exigen la ponderación, lo que trae aparejado no ahorrar tiempo a la hora de decidir, como sí ocurre en las reglas²⁰². Pero, por otro lado, también afirman “que los principios son más que las reglas”²⁰³, porque al estar enunciados en términos más generales, entran en juego un mayor número de situaciones²⁰⁴.

Así, pues, para ambos autores, los principios son considerados una especie dentro del género de las normas jurídicas, que con base a ciertas peculiaridades se diferencian unas de otras.

1.6.5. A Guisa de Conclusión de la Distinción entre Reglas y Principios.

Una vez que se han analizado, si bien someramente, las principales posturas teóricas en torno a la distinción entre reglas y principios, es momento de adoptar mi posición personal.

En mi opinión, no puede concebirse que los principios y reglas pertenecen al género de las normas, porque la diferencia que media entre ambos conceptos, es que la regla se refiere, precisamente, a una norma creada bajo el procedimiento legalmente establecido para ello, mientras que los principios son verdades jurídicas universales, cuyo contenido inspira a la redacción de una norma jurídica, o bien su interpretación, a efectos de su aplicación en los casos concretos.

Si los principios fueran normas, ya no se aplicarían en defecto de ley o jurisprudencia o, en su caso, de costumbre.

Como se ha demostrado en los párrafos precedentes, las posturas teóricas como las sostenidas por ALEXY, ATIENZA y RUIZ MANERO, entre otros²⁰⁵, coinciden

²⁰¹ Cfr. MANERO, Juan y ATIENZA, Manuel, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, *op. cit.*, p.45

²⁰² Vid. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 83.

²⁰³ Cfr. MANERO, Juan y ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p.45

²⁰⁴ Vid. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 83.

²⁰⁵ En esta tesitura, ZAGREBELSKY, coincide también en afirmar, que el derecho se compone de dos elementos, los principios y las reglas. La diferencia entre ambos es su jerarquía en el entramado jurídico. Es decir, parte

que los principios tienen el carácter de normas, pero ubicadas en distintos rangos, y cuya diferencia puede apreciarse más bien, como enfoque estructural. De ello dan cuenta cuando tratan de explicar la diferencia con base a ejemplos. En este sentido, estos autores proponen, como ejemplo de principio, una norma constitucional, y como regla, una norma de creación legislativa (ley ordinaria).

Es evidente que los principios jurídicos no pueden ser identificados con alguna de estas normas, puesto que no son producto de un órgano facultado para legislar. Los principios no derivan su existencia de la voluntad de las instancias que tienen competencias legislativas. Al contrario, a partir de un razonamiento material del caso concreto, el operador identifica el principio y lo aplica, pero no lo crea.

Siguiendo la postura de AARNIO, la función práctica que realizan las normas es darle un uso específico a un principio jurídico. Por ejemplo, el enunciado contenido en el artículo 24 de la Constitución mexicana, dispone en términos generales, la libertad de culto. Este precepto incorpora al principio de libertad como base para formular su mandato. Es decir, declara o reconoce al principio de

de la idea de que principios y reglas son normas, pero con un nivel jerárquico distinto. Señala que “las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios, por eso, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”. Por ejemplo, cuando el artículo 353-R, de la Ley Federal del Trabajo indica “En el procedimiento de huelga el aviso para la suspensión de labores deberá darse por lo menos con diez días de anticipación a la fecha señalada para suspender el trabajo”, se trata de una regla. No obstante, cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica, en su artículo 123, fracción XVII, “Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros [...]”, se trata, entonces, de un principio. Por lo tanto, cuando exista un conflicto entre un principio y una regla, prevalecerán los principios en virtud de que estos últimos son superiores dentro del ordenamiento jurídico. *Vid.* ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 23. Es decir, el jurista italiano parte de la postura de que, por lo general, las reglas son las normas que vigilan el cumplimiento de los principios, y estos últimos son los preceptos constitucionales *Vid. ibidem*, p. 109. Es decir, lo anterior se puede interpretar, en el sentido de que los principios se tratan de acciones, mientras que las reglas imponen los lineamientos para realizar dichas acciones. No obstante, esta tesis es débil, además la cuestión no es pacífica, sino que, muy al contrario, ha dado lugar a una gran polémica doctrinal respecto a cuáles sean las características de cada una de estas clases de normas o sobre los criterios de distinción; es más, hay quienes critican esta distinción o, al menos, su relevancia, como es el caso, por ejemplo, de Luís Prieto Sanchís. *Vid.* RUIZ RUIZ, Ramón, *loc. cit.*

libertad. Por tanto, ya se convierte en una regla con determinada clasificación que deberá aplicarse a la comunidad, esto es, a las controversias sometidas al juez.

Con base en las anteriores posturas, se puede destacar que las características principales que diferencian a los principios de las reglas, son: que los principios tienen una dimensión de *peso*²⁰⁶, dimensión que las normas positivas no tienen; los principios no otorgan una solución determinada al operador jurídico, sino que proporcionan razones que orientan y explican al juez porque debe resolver el caso concreto de determinada manera, mientras que las normas no sugieren, sino que imponen la acción que debe seguir el operador jurídico para resolver el caso sometido a su conocimiento, por eso son reglas; en cuanto a los principios –en palabras de PRIETO SÁNCHEZ–, “no se sabe a ciencia cierta en qué momento deben ser aplicados”²⁰⁷, mientras que las normas jurídicas especifican los circunstancias de tiempo, modo y lugar para su aplicación. Sin embargo, en mi opinión, esta afirmación no es correcta, si se toma en cuenta que las funciones que desempeñan los principios jurídicos en el ordenamiento jurídico resultan fundamentales en la toma de decisiones judiciales y, además, la Ley Fundamental mexicana señala el momento oportuno para la subsunción de los principios jurídicos²⁰⁸.

Por último, los principios pueden obtenerse por vía de abstracción, como lo señalan los cultivadores del positivismo. Sin embargo, que se obtengan por vía de abstracción no significa que el jurista es quien los crea, ya que lo único que hace es utilizar la técnica deductiva para extraer de la norma el principio utilizado y, en consecuencia, positivizado en el texto legal.

²⁰⁶ *Cfr. ut supra*, el apartado 1.6.2., respecto a la postura de DWORKIN sobre las diferencias entre reglas y principios.

²⁰⁷ *Cfr. ut supra*, tema abordado en el apartado 1.6.4., de esta investigación.

²⁰⁸ *Vid.* Artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1.7. Conclusiones Preliminares.

Sin duda alguna, uno de los temas más polémicos de la filosofía jurídica es el tema correspondiente a los principios jurídicos, conocidos comúnmente como principios generales del Derecho. Se ha repetido innumerables ocasiones que dichos principios se encuentran contenidos en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁰⁹, y que se aplicarán en defecto de ley y de jurisprudencia.

No obstante, aquí se presenta el primer problema, y es que tanto la Constitución Federal, como los ordenamientos civiles del Estado mexicano, es común que la norma jurídica sigue hablando de ellos como fuente supletoria del Derecho objetivo, pero no les da contenido, ni tampoco explica cómo deben aplicarse ante vacíos legales.

Así, pues, existen varios juristas que enfocan sus definiciones a una de las dos corrientes más importantes de la filosofía jurídica²¹⁰, pero que, sin embargo, sólo se limitan a definirlos pero no explican su aplicación en sede judicial.

En este tenor, el tema de los principios jurídicos es polémico, pero sin embargo, la mayoría de los doctrinarios coinciden en el papel que estos desempeñan en el ordenamiento jurídico. Así, se afirma que los principios tienen una misión integradora, fundamentadora y orientadora con respecto al entramado jurídico. De lo cual se deriva que los principios son elementos que se toman en cuenta antes de crear la norma y al momento de aplicarla al caso concreto.

Al respecto, es importante resaltar, que los principios jurídicos no sólo juegan un papel subsidiario, sino que incluso, son mecanismos nomogenéticos por excelencia de todo el ordenamiento jurídico, ya que son elementos que deben tomarse en cuenta para crear cualquier norma jurídica, incluyendo a la Constitución.

²⁰⁹ También es el caso del Código Civil Federal mexicano, así como el Código Adjetivo Civil michoacano.

²¹⁰ Iusnaturalismo y positivismo.

Ahora bien, la doctrina jurídica ha desatado, a raíz de una obra publicada por el norteamericano RONALD DWORKIN, una polémica sobre si los principios y reglas son la misma cosa. En este sentido, existen diversas posturas que proporcionan criterios para diferenciar una norma de un principio jurídico. Estos criterios, pueden distinguirse entre *débiles* y *estrictos*.

Los primeros, parten de una diferencia gradual, como HART²¹¹. Los segundos, parten de una diferencia estructural, como el caso de DWORKIN, ALEXY y ATIENZA y RUIZ MANERO. Sin embargo, todos ellos, con excepción de DWORKIN, coinciden en configurar a los principios como una especie dentro del género de las normas jurídicas. Postura que considero totalmente falsa, porque si así fuera, los principios no se aplicarían en defecto de ley o de norma jurídica, como textualmente lo señala los ordenamientos jurídicos nacionales.

En cuanto a la aplicación de los principios jurídicos en sede judicial, el segundo capítulo se dedicará a la manera en que estos deben ser aplicados en el contexto jurisdiccional. Cabe recordar, que es una realidad que los ordenamientos jurídicos presentan deficiencias en su contenido, y que en ocasiones, no son coherentes, por la sencilla razón que se integran de una multitud de normas que en muchas ocasiones, se contradicen entre ellas generando antinomias.

Asimismo, aun cuando teniendo una cantidad exorbitante de ellas, existe un fenómeno social cambiante que permite la actualización de nuevas conductas en el quehacer cotidiano, lo que deduce que, en ocasiones, cierta conducta no está prevista en el cuerpo normativo, generando, entonces, un vacío legal. Además, a estos dos problemas se suma la obligación de los operadores jurídicos de resolver, sin ningún pretexto, el caso sometido a su conocimiento y a un más complicado resolverlo conforme a las leyes previamente establecidas. Un problema jurídico grave, pero no obstante posible de resolver a través de los principios jurídicos.

²¹¹ Incluso, GUSTAVO ZAGREBELSKY en su obra *El Derecho Dúctil*, afirma una diferencia gradual entre ambas figuras.

Capítulo Segundo

Los Principios Jurídicos y su Aplicación en Sede Judicial

SUMARIO: 2.1. La Actuación de los Tribunales Jurisdiccionales; 2.1.1. Jurisdicción como Administración de Justicia; 2.1.2. Un Buen Juez, Un Juez Justo; 2.2. La Aplicación Judicial de los Principios Jurídicos en la Resolución de Conflictos; 2.2.1. La Interpretación en la Labor Exegética de los Jueces; 2.2.2. La Interpretación en el Ordenamiento Jurídico Mexicano. Incardinación de los Principios Jurídicos; 2.2.3. El Espíritu de la Norma Jurídica y su Interpretación; 2.3. Los Principios Jurídicos, Criterios para Orientar una Interpretación Jurídica; 2.4. Los Principios Jurídicos, Criterios para Integrar Lagunas Normativas; 2.5. Conclusiones Preliminares.

2.1. La Actuación de los Tribunales Jurisdiccionales.

De los fines del Derecho, ninguno resulta tan focal ni tan directo como el principio de justicia. SANTO TOMÁS decía “el Derecho es el objeto de la justicia. No hay Derecho sin justicia, ni justicia sin Derecho”²¹².

Por su parte, LEIBNIZ identifica a la justicia con la piedad y, además, que ésta no puede existir sin el amor, la bondad y la sabiduría. De hecho, afirma que la justicia es “la caridad del sabio”²¹³.

Para la exégesis, la manifestación más concreta de la justicia en todo sistema social es la correcta aplicación de las leyes y la posibilidad de proteger su cumplimiento y respeto a través de instancias que permitan resolver las controversias, conflictos y diferencias que se susciten²¹⁴.

Así, pues, uno de los principales objetivos del Estado moderno, no sólo consiste en la obligación de crear tribunales suficientes para que resuelvan las controversias que se susciten, sino que es necesario que dichos tribunales

²¹² Cfr. ESTRADA SÁMANO, José Antonio, *Notas sobre Filosofía del Derecho*, Morevallado Editores, Morelia, 2002, p. 92.

²¹³ *Ibidem*, p. 93.

²¹⁴ Vid. ANDRADE MARTÍNEZ, Virgilio, “Balance y perspectivas de la justicia electoral en México”, en *Evolución Histórica de las Instituciones de la Justicia Electoral en México*, Ed. TEPJF, México, 2002, p. 601. Citado por ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, “Principios Rectores en Materia Electoral en Latinoamérica”, en *Revista IIDH*, Enero-Junio, 2009, p. 286.

administren justicia o resuelvan de manera pronta y expedita las cuestiones que se someten a su jurisdicción, pues así lo mandata el artículo 17²¹⁵ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior en virtud de que todo Estado Derecho²¹⁶ supone, como aspecto central, tal precepto constitucional, “pues veda la imposición violenta por propia mano de pretensiones jurídicas entre particulares y los remite a los tribunales”²¹⁷, donde a través de “un procedimiento judicial ordenado y libre de violencia, (pueden) dirimir su disputa y obtener una decisión vinculante”²¹⁸.

Pero no sólo la Ley Fundamental mexicana señala la obligación del Estado de crear instancias especializadas para resolver conflictos jurídicos, sino también, el acceso a la justicia tiene una dimensión de carácter internacional.

Así, por ejemplo, el artículo 14²¹⁹ del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²²⁰, el artículo 6²²¹ de la Convención Europea de

²¹⁵ Artículo 17. “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

[...]”.

²¹⁶ El primero en utilizar el término “Estado de Derecho” fue VON MOHL en 1832.

²¹⁷ Cfr. BENDA, Ernesto *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 768.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 768.

²¹⁹ Artículo 14.1. “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores [...]”.

²²⁰ Adhesión de México, el 24 de marzo de 1981.

²²¹ Artículo 6.1 “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los

Derechos Humanos de 1970, el artículo 10²²² de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el artículo 8²²³ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969²²⁴, contienen el derecho del ciudadano a un tribunal independiente, imparcial y legal que resuelva sus conflictos jurídicos²²⁵.

Es decir, el Estado tiene la obligación de brindar seguridad y protección a los derechos y libertades de la población; para esto, se necesita establecer un conjunto de leyes e instituciones, pues: “un Estado se justifica, si protege los derechos y libertades de los gobernados”²²⁶.

No obstante, la facultad para administrar justicia está regida por una jurisdicción²²⁷ y un órgano, el Tribunal, que en su conjunto conforman el Poder Judicial, el cual será encargado de aplicar y hacer respetar la voluntad de la ley a través de las sanciones correspondientes.

Por lo anterior, resulta importante abordar el tema de la jurisdicción, pues es un concepto que tiene relación con la administración e impartición de justicia, mismo que será tratado en el apartado siguiente de este capítulo.

menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia [...]”.

²²² Artículo 10. “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

²²³ Artículo 8.1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...]”.

²²⁴ Aprobada por México el 18 de diciembre de 1980.

²²⁵ Cfr. BENDA, Ernesto *et al.*, *op. cit.*, p. 768.

²²⁶ Cfr. NIETO, Santiago, *Interpretación y Argumentación jurídicas*, Editorial UNAM, México, 2003, p.134. Citado por ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, *op. cit.*, p. 286.

²²⁷ La palabra jurisdicción proviene del latín *iurisdictio*, que se forma de la locución *iudicare*, que significa “decir o indicar el derecho”. En el derecho romano, la *iurisdictio* era una más de las funciones del magistrado. Entre dichas funciones se distinguían tres: el *imperium*, la *iurisdictio* y el *imperium mixtum*. Al respecto, el *imperium* se otorgaba a los altos magistrados mediante la *lex imperium*, y daba a éstos el derecho de coerción, es decir, la facultad de utilizar la fuerza pública para ejecutar sus determinaciones. La *iurisdictio*, se refería a la definición de las controversias jurídicas. Por su parte, el *imperium mixtum* comprendía ciertas facultades en la administración de justicia, por eso se denominaba *mixtum*. Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, Sexta Edición, Editorial Oxford, México, 2008, p. 110.

2.1.1. Jurisdicción como Administración de Justicia.

La administración de justicia se configura como una tarea esencialmente de naturaleza estatal, que principalmente es desempeñada por los tribunales previamente establecidos²²⁸.

En este sentido, la imposición de la ley y las penas, corresponde básicamente al Poder Judicial²²⁹.

Sobre este aspecto, el término “jurisdicción” es fundamental sobre el tema. Así, la jurisdicción, “desde el punto de vista más general, [...] hace referencia al poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales o de otros órganos del Estado”²³⁰.

Sobre el particular, CASTRILLÓN dice que “etimológicamente la palabra jurisdicción se deriva de las raíces latinas *juris* que equivale a Derecho y *dicción*, que significa decir, por lo tanto es; *decir el derecho*”²³¹. Por ello, jurisdicción alude al poder que otorga el Estado a ciertos órganos para decir, aplicar e interpretar la ley.

En esta perspectiva, la jurisdicción es entendida como “el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”²³².

²²⁸ Si bien, la administración de justicia es una tarea principalmente desempeñada por el Estado, éste permite la participación de los particulares en la heterocomposición, como es el caso del arbitraje, de la mediación y de la conciliación.

²²⁹ Cfr. BENDA, Ernesto *et al.*, *op. cit.*, p. 773.

²³⁰ Cfr. PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2007, p. 127.

²³¹ Cfr. CASTRILLON Y LUNA, Víctor M., *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2007, p. 127.

²³² Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 346.

Constituye “una de las tareas principales de la jurisdicción [...] la de interpretar las norma jurídicas y la de fijar el sentido de las expresiones contenidas en tales normas”²³³ para resolver de fondo los problemas jurídicos.

Por lo que se considera como la “función soberana del Estado que tiene por objeto la solución de controversias de intereses de trascendencia jurídica, mediante la aplicación del Derecho al caso concreto controvertido”²³⁴.

Sin embargo, para tener una jurisdicción eficaz –afirma CASTILLO GONZÁLEZ– ésta debe estar revestida de ciertas atribuciones para que el dicasterio pueda ejercer sus funciones de manera óptima y se cumplan sus sentencias: “el de coerción, para procurarse los elementos que sean necesarios para su decisión, inclusive de otros órganos del Estado, el de documentación o investigación, para decretar y practicar pruebas y, el de ejecución, para hacer cumplir lo juzgado con el imperio del Estado”²³⁵.

Así, pues, CHIOVENDA afirma que el tribunal “es un órgano complejo de jurisdicción [...] (el cual) ejerce los poderes jurisdiccionales en los límites de las atribuciones que le están asignadas”²³⁶.

Pero no se debe olvidar que los tribunales son órganos estatales específicos y permanentes, con autonomía propia, emanan de la Constitución,²³⁷ cuya función pública consiste en realizar la actividad jurisdiccional, para administrar justicia, que es el fin supremo del Estado²³⁸.

No obstante, la jurisdicción requiere que su titular sea el responsable de administrar justicia, para ello, sostiene FERNÁNDEZ SEGADO, “en el estado de

²³³ Vid. ALFONSO JIMÉNEZ, Armando, *La Defensa No Jurisdiccional de los Derechos Humanos*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2010, p. 28.

²³⁴ Vid. GALVÁN RIVERA, Flavio, *Derecho Procesal Electoral*, Editorial Porrúa, México, 2006, p.116.

²³⁵ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, *Reflexiones sobre Derecho Electoral*, Editorial TEPJF, México, 2006. p. 30.

²³⁶ Vid. CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, Editorial Cárdenas, México, 1989, pp. 72 y73. Citado por ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, *op. cit.*, p. 286.

²³⁷ Vid. SHELDON, Charles H., *Essentials of the American Constitution*, Editorial West view, USA, 2001, pp. 2-10. Citado por *Idem*.

²³⁸ Vid. PINA, Rafael y CASTILLO, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1990, pp.59-60 y 101-103. Citado por *Ibidem*, p. 287.

Derecho, la función de juzgar debe estar encomendada a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su constitución e independencia esté expresamente desterrada”²³⁹.

Para esto, el juez debe llevar a cabo sus cometidos a través de un trabajo cuidadoso y razonado a través de principios jurídicos, cuyo contenido es fuente de inspiración en la labor interpretativa y aplicativa de la norma jurídica.

2.1.2. Un Buen Juez, un Juez Justo.

Aunque con este apartado no se pretende otorgar un análisis ontológico minucioso del tema, pues ello quedaría fuera de los objetivos de la investigación, considero importante señalar que la aplicación de los principios generales del Derecho depende no sólo del excelente conocimiento de la ciencia del Derecho por parte los impartidores de justicia, sino que también el juez debe ser un modelo de conducta intachable e irreprochable para la comunidad, pues su comportamiento fuera y dentro del campo jurisdiccional, en ocasiones puede influir en la imagen del Poder Judicial en su conjunto, en su respetabilidad y reputación.

Existen, pues, muchos modelos de jueces posibles. Para SALOMÓN, el juez debe ser inquisidor, arbitrario y discrecional y para el cual, la verdad depende de su autoridad²⁴⁰. Por otro lado, para DWORKIN, un juez es aquel que se encuentra capacitado para encontrar la respuesta correcta para resolver casos difíciles que siempre existen en el ordenamiento jurídico mediante el uso de principios y reglas²⁴¹. Para HART, el juez es aquel que se constriñe a los sectores de la racionalidad y que considera que puede hacer uso de la discrecionalidad²⁴².

²³⁹ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 761. Citado por *Idem*.

²⁴⁰ Cfr. PORTELA, Mario Alberto, “Argumentación y Sentencia”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 21, p. 338.

²⁴¹ *Idem*.

²⁴² *Idem*.

Sobre el particular, un ordenamiento jurídico se caracteriza por la existencia de un cierto tipo de reglas cuyo fin es establecer qué órganos y mediante qué procedimientos se debe determinar si una persona ha violado una norma de ese ordenamiento y, en su caso, cuál es la sanción que cupiere²⁴³.

Ahora bien, si se denomina juez a quien cumple la función de dichos órganos resultará que los jueces son una parte necesaria de todo ordenamiento jurídico moderno²⁴⁴.

En el Derecho mexicano, como en todos los ordenamientos pertenecientes a la familia del Derecho romano–germánico, el principal control institucional sobre la labor del juez, es su sometimiento a la Constitución y a la ley²⁴⁵.

En este sentido, frente al derecho constitucional que tiene el ciudadano para exigir del Estado que le haga justicia, los tribunales, expresa el artículo 11²⁴⁶ del Código Civil michoacano, tiene el deber inexcusable de resolver todos los asuntos de que conozcan y lo harán precisamente atendiendo al sistema nomogenético²⁴⁷ que el ordenamiento jurídico disponga²⁴⁸.

Lo anterior, se relaciona con el modelo de juez que DWORKIN, en su obra “Los Derechos en Serio”, llama “Hércules”, un juez que siempre dará la respuesta correcta a los “casos difíciles”.

Por lo tanto, la posibilidad de obtener justicia no depende sólo de la existencia de un cuerpo normativo, sino también de quienes estén encargados de

²⁴³ Cfr. MALEM SEÑA, Jorge F. “¿Pueden las Malas Personas Ser Buenos Jueces?”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 24, p. 5.

²⁴⁴ *Idem*.

²⁴⁵ Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La Argumentación Interpretativa en la Justicia Electoral Mexicana*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 18.

²⁴⁶ [...] “El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no eximen a los jueces de la obligación que tienen de fallar; pues en tales casos lo harán conforme a los principios generales de derecho”.

²⁴⁷ Este sistema de fuentes, se puede dividir en dos planos, el primero corresponde a un plano deontológico, consistente en la aplicación de la norma expresada en el texto normativo al caso concreto y, por el otro, se clarifica en un plano hermenéutico, consiste en la investigación del significado del precepto aplicable e interpretarlo con arreglo a los principios jurídicos Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos Ma. *La Equidad y el Arte de Juzgar*, Editorial Aranzandi, Pamplona, 1979, p. 71.

²⁴⁸ Sobre este aspecto, ENTRENA KLETT identifica a las fuentes como bóvedas legales que, “prelativamente, tiene el juez que agotar para alcanzar su decisión”. En el ordenamiento jurídico mexicano son la legislación, la jurisprudencia y los principios jurídicos. *Ibidem*, p. 72.

aplicar esa normatividad, es decir, de los jueces. Pues como indica PORTELA, “La sentencia es el acto jurisdiccional que pone fin a un conflicto dirimido en sede judicial. Requiere de un juicio previo sustanciado ante jueces imparciales, con ciertas garantías específicas y con todos los requisitos de la teoría y normativa procesales”²⁴⁹.

Así pues, el juez debe conocer la ciencia del Derecho²⁵⁰, “debe estar impuesto de ese conocimiento y, además, saber hacerlo efectivo para obtener, a través de su asesoramiento o de su decisión, un resultado justo”²⁵¹.

Para ENTRENA KLETT, quien considera como un arte la aplicación del Derecho, “el juez que dicta la resolución ‘justa’, es aquel profesional que, con el adecuado conocimiento del Derecho, tiene tan aguzado el sentido de la justicia, que aplicando las normas jurídicas consiguen el resultado justo al que aspiran los contendientes y la sociedad”²⁵².

Además, agrega, que “son los artistas técnicos y profesionales del Derecho [...], cuyo sentido de la justicia es la cualidad que los ha transformado en artistas del Derecho”²⁵³. Por tanto, “el juez debe representar y encarnar la conciencia social”²⁵⁴.

Por lo anterior, es que los jueces deben realizar su labor de manera idónea. Ello significa que los titulares de la función jurisdiccional deben contar con profesión y reputación (requisito de calificación) y, por otro lado, el aislamiento²⁵⁵ de los jueces en el proceso de toma de decisiones: forma de designación,

²⁴⁹ Vid. PORTELA, Mario Alberto, *op. cit.*, p. 333.

²⁵⁰ De aquí la máxima jurídica “iura novit curia” (Los jueces conocen la ley).

²⁵¹ Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos Ma. *op. cit.*, p. 83.

²⁵² *Ibidem*, p. 84.

²⁵³ *Idem*.

²⁵⁴ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *Equidad, Derecho y Justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces/Universidad Complutense de Madrid, S/F. p. 135.

²⁵⁵ Es decir, el Poder Judicial tiene que basar sus decisiones conforme a Derecho y sin presiones del Poder Político, pues es autónomo; es decir, el ejercicio jurisdiccional está restringido por normas jurídicas y no depende de la voluntad del Poder Político.

tenencia del cargo, remuneración asegurada, forma de destitución (requisitos de aislamiento)²⁵⁶.

En este contexto, para lograr una decisión justa, el juez no sólo debe ser un conocedor de la técnica jurídica²⁵⁷ sino, además, precisa constreñirse a una serie de normas jurídicas, morales y principios deontológicos –relativas a la conducta judicial– que permitan complementar los mandatos expresados en el entramado jurídico; por lo tanto, los operadores jurídicos no sólo deben estar formados en la ciencia del Derecho sino también en un conjunto de normas y principios que regulan la conducta judicial.

Así, el operador jurídico, *sine qua non* para el ejercicio de su labor debe conducirse con autonomía, imparcialidad, independencia, con apego a la legalidad, entre otras normas que rigen la conducta judicial²⁵⁸.

No obstante, se debe reconocer que la norma de conducta de imparcialidad, juega un papel fundamental en la labor jurisdiccional.

En este sentido, GALVÁN RIVERA indica, que “la imparcialidad es un producto de la voluntad de decidir o juzgar rectamente, con base en la experiencia, en la capacidad profesional y estar bien informado sobre el negocio que se va a resolver”.²⁵⁹

Por su parte, TRUJILLO afirma que “la imparcialidad se ha configurado tradicionalmente como una característica estructural del derecho. Se sitúa dentro

²⁵⁶ Vid. ANSOLABEHERE, Karina, *La Política Desde la Justicia*, Editorial Fontamara, México, 2007, p.98. Citado por ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, *op. cit.*, p. 287.

²⁵⁷ La técnica significa habilidad para hacer algo y también quiere decir oficio. Los griegos empleaban el término *tecné*, traducido como “arte”, para designar una habilidad para hacer algo. No obstante, se trata de una habilidad sujeta a reglas. Ahora bien, por lo que respecta al Derecho, la técnica jurídica consiste en el uso adecuado de un conjunto de medios, reglas o procedimientos que permiten alcanzar los fines que el Derecho persigue. Vid. MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Teoría del Derecho*, Editorial Oxford, México, 2006, p. 2008.

²⁵⁸ Vid. “Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial 2002”, disponible en <http://www.justiciacordoba.gob.ar/site/EticaJudicial/Doc/Reglas-Bangalore.pdf> [accesada el día 22 de marzo de 2013].

²⁵⁹ Cfr. ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, *op. cit.*, p. 288.

del juicio de autoridad y constituye un criterio interno de articulación, conectado con una exigencia de justicia en relación con los sujetos implicados”²⁶⁰.

Al respecto, se puede distinguir tres concepciones sobre la imparcialidad: “1) desde el punto de vista del hombre virtuoso, la imparcialidad consistiría en la capacidad de liberar bien; 2) la imparcialidad consistiría en la capacidad de deliberar bien en materia de relaciones subjetivas conectadas con la operación de la distribución; es decir, la virtud del que realiza un buen juicio de justicia; y, 3) la imparcialidad consistiría en una característica de la ley relativa a su justicia y sabiduría”²⁶¹.

De esta manera, “la imparcialidad no es fruto de una elección personal del individuo, como lo sería quizá si fuese una cualidad moral; es obra de una reglamentación que establece funciones y modalidades”²⁶².

Para fortalecer lo anterior, y para evitar que la labor del juez esté viciada de cuestiones subjetivas y se aparte de toda resolución justa, los ordenamientos jurídicos prevén las herramientas necesarias para no crear lazos de favoritismos entre las partes, pues no se puede ser juez y parte al mismo tiempo.

Para ello, los códigos adjetivos²⁶³ han establecido el procedimiento correspondiente a las causales de impedimentos y recusaciones para conocer de un asunto.

Es de resaltar que en el modelo actual del sistema judicial, la falta de conocimiento del Derecho y del cumplimiento de las exigencias que imponen la función jurisdiccional a los impartidores de justicia, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos da lugar a la responsabilidad de tipo penal, civil o administrativa.

²⁶⁰ Vid. TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, Editorial UNAM, México, 2007, pp.30 y 69. Citado por *Ibidem*, p. 287.

²⁶¹ *Idem*.

²⁶² *Idem*.

²⁶³ En el caso de Michoacán, puede verse el artículo 215 del Código de Procedimientos Civiles, Capítulo I y en el artículo 39, Capítulo II, del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Lo anterior, supone que el juez debe desprenderse de todo prejuicio, estar suficientemente actualizado, tener una visión crítica y, sobre todo, tener una consolidación de aspectos como eficacia y eficiencia en la administración de justicia²⁶⁴.

Por otro lado, y a diferencia de las normas que regulan la conducta judicial que todo juez debe seguir en su labor jurisdiccional, existe otra característica que tiene que ver propiamente con el juzgador como ser humano que es, y que se desarrolla en la dimensión de lo ético.

Al respecto, un buen juez –indica MALEM SEÑA– no sólo debe ser independiente, imparcial, honorable o en suma, cumplir con los criterios estándares de su profesión, sino que también deben mostrar un comportamiento moralmente idóneo ante la opinión pública; pues la confianza de ésta en la justicia descansa también en la compostura de los jueces²⁶⁵.

En efecto, no se trata de considerar al juez como sólo un experto en la aplicación de la técnica jurídica sino, además, un buen juez debe tener una conducta irreprochable ante la opinión pública. En caso contrario, “sus conductas como individuos desmerecerían la fuerza motivante de sus decisiones no sólo frente al sujeto sobre los que recaen sino también sobre el resto de los ciudadanos”²⁶⁶.

Por ello, “se les exige un carga mayor en su comportamiento privado que no sería exigible a un ciudadano común”²⁶⁷.

Por esta razón, “los jueces no únicamente debería evitar un comportamiento impropio, sino que deberían evitar al mismo tiempo toda

²⁶⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MELENDEZ, Roberto, *et al.*, *Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas*, Segunda Edición, México, 2010, p. 253.

²⁶⁵ Cfr. MALEM SEÑA, Jorge F., *op. cit.*, p. 23.

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ *Idem.*

aparición de incorrección; esto es, toda aparición de que realizan o se ven comprometidos en comportamientos o situaciones sociales impropias”²⁶⁸.

Lo anterior, sostiene el autor, porque un juez que se comporta incorrectamente en su vida privada también lo hará en el ejercicio de su profesión, ya que –afirma–, no podría mantener durante mucho tiempo una vida dividida, y tarde o temprano su faceta inmoral terminaría por imponerse en el ejercicio de la potestad jurisdiccional²⁶⁹.

Así, por ejemplo, señala, un juez que no obedezca la ley como ciudadano, estaría psicológicamente impedido de hacerla obedecer a otras personas. O bien, un juez que no realice los aportes jubilatorios a su empleada doméstica

²⁶⁸ Un “comportamiento idóneo” o “situaciones sociales impropias”, indica MALEN SEÑA, “es una noción que depende del contenido de normas morales y sociales u, por lo tanto, es doblemente parasitaria de la ética y del contexto político-social vigente”. Agrega, “lo que se considera impropio en un lugar o en un momento determinado puede no serlo en otro lugar o en una época diferente”. En este sentido, vale la pena citar algunos de los ejemplos utilizados por el jurista: “El caso del juez irascible. Supongamos un juez que todos los domingos, cuando juega el equipo de fútbol de cuyo club es socio se pasea detrás de las porterías sujetándose a la alambrada que separa el campo de juego de la tribuna y profiere gritos no únicamente de aliento a los jugadores de su club sino también de menosprecio, con iracundia y hasta en un tono agresivo hacia los contrarios. En el campo de fútbol, el comportamiento de este juez no se diferenciaría demasiado de las acciones de los energúmenos que muchas veces aparecen en los estadios. ¿Podría éste ser un buen juez?” CALAMANDREI diría que no. “Si yo fuera –sostiene– un asiduo concurrente a los partidos de fútbol y entre el público gesticulante reconociera a un magistrado de apelación que agitaba frenéticamente los brazos y sostenía a voz de cuello que el árbitro se había vendido, ¿cómo podría al día siguiente, al discutir una causa ante él, seguir teniendo confianza en su serenidad y en su equilibrio?”. O bien, el ejemplo del juez adúltero y el juez que se relaciona con prostitutas. “En ambos casos, las prácticas de estos jueces no constituyen delito alguno y éstos las realizan de forma pública y notoria. En el primer supuesto, son constantes y públicas las riñas y las recriminaciones con su cónyuge. En alguna que otra ocasión el juez ha sido encontrado manteniendo relaciones sexuales dentro de su automóvil en un aparcamiento público con una mujer que no era su esposa. En el segundo, el juez entra y sale de su domicilio a altas horas de la noche y aunque los escándalos rara vez se producen, los vecinos son conscientes del tipo de tráfico sexual que allí tiene lugar. El juez tiene la costumbre también de contratar prostitutas y llevar cintas de videos pornográficos a las fiestas de sus amigos. ¿Podrían estos jueces ser buenos jueces en el fuero de familia?”. Por último, el ejemplo de la jueza y la bailanta. Supóngase una jueza de alrededor de 45 años de edad, divorciada, y que decide acudir todos los viernes y sábados a la noche a una sala de fiestas –las populares bailantas–. En este establecimiento danza hasta altas horas de la madrugada junto a personas más jóvenes al ritmo de música tropical, como la lambada. El movimiento y el contacto físico en este tipo de bailes es tan conocido como manifiesto y la jueza, que se prodiga generosamente en el baile, lo hace, obviamente, en público. También paga las copas que consume tanto ella como las de sus jóvenes acompañantes, y dado el crédito que tiene en el establecimiento en virtud de su cargo de juez, el propietario de la bailanta suele ir a cobrar las deudas contraídas al juzgado que la jueza paga de su propio peculio sin problemas. Cfr. MALEM SEÑA, Jorge F., *op. cit.*, pp. 24-26.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 34.

difícilmente, se arguye, llegado el caso, condenará a otra persona que está en su misma situación a realizar tales aportes obligatorios²⁷⁰.

Lo mismo sucede con un juez acostumbrado a violar las normas de tránsito, difícilmente –se aduce– sancionaría adecuadamente a quienes violaran el código de circulación²⁷¹.

Sobre el particular, resulta aplicable la afirmación de CALAMANDREI cuando sostiene que “tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado [...]. Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe”²⁷².

Por otro lado, y a diferencia de las normas jurídicas de conducta judicial y del comportamiento que exige una conducta ética a través de la moral, resulta importante advertir que el juez, como ente impartidor de justicia, debe tener la virtud²⁷³ de la “prudencia”²⁷⁴.

Sobre el particular, un buen juez debe dictar sentencias justas, además, debe ser una persona virtuosa que realice –a través de éstas– actos justos y buenos; con actos justos, se quiere decir que el juez ejercita una virtud especial; esta virtud no es otra que la *phronesis* de ARISTÓTELES, que por ser virtud de lo agible permite que el juez no sólo se pronuncie con justicia a través de su

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ *Ibidem*, p. 35.

²⁷² *Cfr.* CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los Jueces Escrito por Abogados*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1989, pp. 261-262. Citado por MALEM SEÑA, Jorge F., *op. cit.*, p. 7.

²⁷³ Una virtud, para FALCÓN Y TELLA, “supone un hábito de lo bueno”. Mientras que el hábito de lo malo, lo denomina “vicio”.

²⁷⁴ La “prudencia” es una de las cuatro virtudes cardinales (las otras tres son justicia, templanza y fortaleza). Al respecto, decía SANTO TOMAS DE AQUINO, la prudencia “es lo máximo a que puede aspirar el hombre, o sea la total realización de las posibilidades humanas en el aspecto natural y sobrenatural”. *Vid.* Artículo Publicado en Agosto de 1993, en el Número 20, en *Prensa Rotaria*. Disponible en http://prensarotaria.com.ar/es/las_virtudes3.htm [accesada el día 29 de agosto de 2013].

sentencia, sino que también revele la naturaleza buena de su persona de honor y espíritu generoso²⁷⁵.

Por lo anterior, un juez prudente es aquel que sabe hacer lo que debe hacer en el contexto adecuado o correspondiente. Por ello, los jueces tienen que aprender, en el ejercicio de la práctica, el hábito de serlo.

Así, pues, un juez que se constriñe a las exigencias de la conducta judicial, al mismo tiempo que tiene un buen comportamiento tanto en su vida privada como en el ejercicio de la función pública y, además se maneja con prudencia en los debates jurídicos, no tendrá mayor problema en la interpretación y aplicación del Derecho positivo y sobre todo en la aplicación de los principios jurídicos para subsanar lagunas normativas²⁷⁶. Todo ello garantizará una decisión justa en la resolución de conflictos.

A continuación, y una vez señalado los parámetros que los operadores jurídicos deben seguir para juzgar con apego a la justicia y llevar a soluciones justas, en los párrafos siguientes se abordarán el tema correspondiente a la aplicación de los principios jurídicos en sede judicial.

2.2. La Aplicación Judicial de los Principios Jurídicos en la Resolución de Conflictos.

Uno de los problemas en la labor jurisdiccional resulta de la mecánica operacional de los principios jurídicos; es decir, conocer cómo y cuándo se aplican dichos principios.

²⁷⁵ Vid. “La Gaceta Jurídica”, disponible en http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Jueces-racionalidad_0_1811218943.html [accesada el día 29 de agosto de 2013].

²⁷⁶ Debe considerarse que el comportamiento privado y público de los juzgadores en la aplicación de los principios generales del Derecho, en caso de ausencia normativa, resulta importante, pues al momento de valorar las circunstancias del caso, pueden influir en la toma de decisiones.

Así, pues, como se mencionó anteriormente²⁷⁷, en la labor jurisdiccional los principios cumplen determinadas funciones para dar solución a determinadas hipótesis, entre ellas, la *función orientadora* en la interpretación de la norma jurídica, en caso de contradicción normativa o por falta de claridad y, la segunda, la *función integradora*, cuya tarea es subsanar los vacíos legal.

Ello ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando señala que “de conformidad con el artículo 219 del Código Federal de Procedimientos Civiles²⁷⁸, de aplicación supletoria a la materia de amparo, toda resolución judicial debe contener, entre otros requisitos, el fundamento legal en que se apoye; sin embargo, a falta del precepto legal aplicable, el juzgador de amparo puede invocar como fundamento de su determinación los principios generales de derecho [...], los cuales se encuentran consagrados en el artículo 14 constitucional, no debiéndose entender su aplicación restringida a la materia civil, sino a todos los asuntos jurídicos, por estimarse tales principios como la formulación más genérica de los valores establecidos por nuestro actual orden jurídico y cuya función no solo es el llenar las lagunas de la ley, sino coadyuvar en la interpretación y aplicación del derecho”²⁷⁹.

No obstante, se debe dejar claro que los principios jurídicos, *aunque tienen un carácter universal, su aplicación judicial es única y específica*. Es decir, la aplicación de los principios depende de las circunstancias peculiares que rodean el caso sometido a consideración.

Resulta, pues, evidente, destacar el papel que los principios jurídicos tienen en la resolución de conflictos y que su presencia ha auxiliado al juez, no sólo en la

²⁷⁷ Cfr. *ut supra* capítulo primero, apartado 1.4.

²⁷⁸ cuyo texto indica: “En los casos en que no haya prevención especial de la ley, las resoluciones judiciales sólo expresarán el tribunal que las dicte, el lugar, la fecha y sus fundamentos legales, con la mayor brevedad, y la determinación judicial, y se firmarán por el juez, magistrados o ministros que las pronuncien, siendo autorizadas, en todo caso, por el secretario”.

²⁷⁹ Vid. Jurisprudencia “Acuerdos Dictados por los Jueces de Amparo. Pueden Fundarse en los Principios Generales del Derecho a Falta de Precepto Legal Aplicable”. Localizable en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Tomo VIII, Noviembre de 1991, pág. 145.

interpretación de la norma, sino también cuando el ordenamiento jurídico no establece precepto legal específico que regule la situación que se pretende resolver.

En esta perspectiva analítica, es imprescindible plantear las siguientes cuestiones: ¿Cómo debe proceder el juez ante una ley omisa, confusa o contradictoria? ¿Bajo qué parámetros debe resolver un juez, cuando no existe norma jurídica aplicable al caso concreto?

Lo anterior ha sido resuelto por los especialistas estableciendo un orden de prelación de mecanismo nomogenéticos que deberán aplicarse sucesivamente en la solución del conflicto al final de las cuales se sitúa a los principios jurídicos²⁸⁰; pues “toda decisión jurídica debe estar fundada en alguna fuente del Derecho autorizada”²⁸¹.

Por ello, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que es obligación del juez remitirse a los principios jurídicos en caso de que la norma sea deficiente en cuanto a su aplicación al caso concreto²⁸². De ahí la importancia de tratar este tema y su relación con la aplicación del Derecho.

Sin embargo, aunque pareciera que el problema parece estar resuelto, en la actualidad no se precisa la mecánica operativa jurisdiccional de los principios jurídicos. Cabe resaltar que ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máxima instancia judicial del país, los ha definido y sólo se ha concretado a establecer que las funciones de los principios jurídicos son, a saber: “actúan como fuente que abrevia todas las prescripciones legales”, es decir, como fundamento de las

²⁸⁰ Las codificaciones civiles latinoamericanas no son ajenas a la figura de los principios jurídicos. Por ejemplo: Argentina (artículo 16 del Código Civil de 1869), Perú (Código Civil de 1936, título preliminar, fracción XXIII), Paraguay (artículo 6 del Código Civil de 1889), por mencionar algunos.

²⁸¹ Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 18.

²⁸² Artículo 14° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

normas jurídicas; “como orientadores de una interpretación” y como “mecanismos integradores de vacíos legales”. Sin embargo, no explica su operatividad²⁸³.

Resulta, pues, clara y evidente la necesidad de saber cuál es la verdadera función de éstos y cómo deben ser utilizados judicialmente.

A estos efectos, no puede soslayarse que su operatividad se despliega en el contexto de la interpretación. Lo cual se abordará rápidamente en los siguientes párrafos.

Las siguientes líneas, se dedicarán a explicar cómo debe proceder el juez ante estas situaciones.

2.2.1. La Interpretación en la Labor Exegética de los Jueces.

La interpretación judicial fue, entre los romanos, el medio más expedito para realizar el progreso de las instituciones jurídicas y ponerlas de acuerdo con los principios del Derecho Natural y de la Equidad²⁸⁴. Así, con los emperadores AUGUSTO y ADRIANO se otorgó a los jurisconsultos el poder de interpretación²⁸⁵, mismo que no sólo permitía la interpretación de las leyes, sino que conducía a la “creación” de la norma aplicable al caso en litigio²⁸⁶.

Sin embargo, la interpretación de la ley es una forma *sui generis* de la interpretación en general o, mejor dicho, uno de los múltiples problemas interpretativos, pues no sólo se pueden interpretar leyes sino, en general, toda expresión que encierre un sentido.

²⁸³ Vid. Tesis Aislada “Principios Generales del Derecho. Su Función en el Ordenamiento Jurídico”. Localizable en *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, III, Segunda Parte-2, enero-junio 1989, pág. 573.

²⁸⁴ Vid. PALLARES, Eduardo, *La Interpretación de la Ley Procesal y la Doctrina de la Reconvencción*, Editorial Botas, México, 1948, pp. 24 y 25.

²⁸⁵ Ley II, párrafo 5º, Título II, del Libro I, del Digesto.

²⁸⁶ Debe considerarse, que en las “Institutas” de JUSTINIANO, al tratar el tema de las fuentes de Derecho, se consideraba, entre ellas, las respuestas de los prudentes; “Las respuestas de los jurisconsultos son las sentencias y las opiniones de aquellos a quienes está permitido responder sobre cuestiones de Derecho [...]” Dichas opiniones tenían tanta autoridad, que los jueces estaban obligados a no apartarse de ellas Cfr. PALLARES, Eduardo, *op. cit.*, p.10.

Así, se habla, por ejemplo, de interpretación de una actitud, una frase, un escrito filosófico, un mito, por mencionar algunos términos²⁸⁷. Por ello, es imprescindible explicar el concepto “interpretar” para, posteriormente, iniciar el análisis de la “interpretación de leyes o textos normativos”²⁸⁸.

No obstante, en las siguientes líneas cuando se hable de interpretación, debe entenderse que se hará en el contexto jurídico.

Al respecto, dice WINSCHIED, “La interpretación puede hacerse o mediante libre indagación o por medio de normas jurídicas. Solamente la primera clase de interpretación es verdadera interpretación; la segunda es, indica, en sustancia, el establecimiento de un nuevo derecho, con la adición del precepto de que el derecho nuevamente establecido debe considerarse como ya contenido en una norma anterior”²⁸⁹.

Sobre el particular, no debe pasar inadvertido la tesis de PALLARES que identifica a la interpretación jurídica con la interpretación musical. A este respecto, sostiene “que de la misma manera que esta última es el fruto de las dotes artísticas y de la sensibilidad estética del interprete, y no hay manera de transmitirlo a quien carece de esos dones, [...] lo mismo puede decirse de la interpretación jurídica que presupone una intuición de la idea de justicia, lo que pudiera llamarse el sentido de lo jurídico, que es innato”²⁹⁰.

Por lo tanto, afirma, “las reglas de interpretación son de tal manera generales, que sólo suministran vistas de conjunto, cánones dentro de los cuales hay un amplio campo para que el intérprete ponga en juego su visión individual, y resuelva la dificultad concreta que cada caso presente”²⁹¹.

²⁸⁷ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Sexagésima Edición, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 325.

²⁸⁸ *Idem*.

²⁸⁹ Vid. PALLARES, Eduardo, *La Interpretación de la Ley...*, *op. cit.*, p. 24.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

²⁹¹ Por ello, sostiene, “si ello es verdad, entonces las doctrinas de la interpretación pierden la importancia que se les dio en el pasado. No puede haber una sistemática de la interpretación con valor indiscutible”. Vid. PALLARES, Eduardo, *La Interpretación de la Ley...*, *op. cit.*, p. 25.

Ahora bien, por lo que respecta sobre quién debe interpretar la ley, en el campo jurídico, no sólo las autoridades son capaces de interpretar leyes, de hecho cualquier persona puede hacerlo, aunque su interpretación pueda no tener la misma relevancia jurídica²⁹²; ya que, en última instancia, la interpretación que prevalece y que vincula, incluso en contra de la voluntad de los individuos, es la que lleva a cabo el poder político y, en el moderno Estado de Derecho que prevé la separación de las funciones del poder, es preponderadamente el Poder Judicial²⁹³.

Sin embargo, para PALLARES, esto depende del régimen político imperante en los diversos Estados²⁹⁴. De hecho, en la antigüedad, JUSTINIANO prohibió que los jueces fallaran de acuerdo con los precedentes judiciales o inspirándose en otras fuentes diversas de la ley; es decir, monopolizó la facultad de interpretación²⁹⁵.

Así, pues, desde el punto de vista del juez fiel a la ley, la interpretación se presenta como una actividad de conocimiento²⁹⁶ que consiste en “desentrañar el sentido de una expresión o un enunciado que está oscuro”²⁹⁷, se trata, pues, de “averiguar el verdadero significado de las leyes o la verdadera intención del

²⁹² Cfr. MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Joseph María, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 146.

²⁹³ *Idem*.

²⁹⁴ Cfr. PALLARES, Eduardo, *La Interpretación de la Ley...*, *op. cit.*, p.16.

²⁹⁵ Corpus Iuris, Ley XII, Título 45, Libro 7º.

²⁹⁶ Sobre el tema, MASSINI CORREAS indica que existe una cuestión fundamental y altamente controvertida: ¿es posible hablar de verdad en el caso de la interpretación jurídica? Al respecto, afirma que para responder a esta pregunta es conveniente, ante todo, precisar qué se entiende por el concepto “verdad”, y distinguirla de otras nociones cercanas, con las que suele confundirse, como por ejemplo con la “certeza”. Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad Jurídica e Interpretación del Derecho*, Editorial Porrúa/Universidad Panamericana, México, 2008, p. 118. A este respecto, LLANO —explicando la doctrina de TOMAS DE AQUINO, afirma que “la certeza no es lo mismo que la verdad, aunque ambas estén estrechamente conectada”. Indica, que la verdad es la conformidad el entendimiento con la cosa, y la certeza es una situación del sujeto, una seguridad”. *Idem*. Es decir, la certeza es el firme sentimiento de la conciencia de que la inteligencia está adecuada a la realidad de las cosas, se trata, pues de una consecuencia de la verdad.

²⁹⁷ Vid. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 325.

legislador”²⁹⁸. Lo anterior, para que los tribunales y demás operadores jurídicos, apliquen correctamente la norma a los hechos que rodean el caso.

Sin embargo, la interpretación de textos jurídico no resulta del todo fácil, pues existen ciertos problemas derivados de los términos utilizados en los enunciados lingüísticos que hacen más difícil la comprensión de los mismos.

Lo anterior, porque los textos normativos están formulados en lenguaje natural²⁹⁹ para facilitar precisamente la comprensión del mensaje a los receptores, es decir a los ciudadanos. Es por ello que todos los problemas que presenta este tipo de lenguaje, a la hora de poder determinar con precisión el significado de las expresiones utilizadas, se trasladan a la actividad de la interpretación jurídica, la cual consiste, precisamente, en la atribución de significado a los textos normativos³⁰⁰.

En ocasiones, las palabras empleadas en los textos jurídicos pueden tener varios significados, ya sea porque los términos varían por el transcurso del tiempo o, incluso, porque su significado es distinto según el contexto en que se habla, pues en ocasiones depende también de las personas que emplean las palabras; de su cultura, costumbres y educación. Estos problemas son *grosso modo* la ambigüedad³⁰¹ y la vaguedad³⁰².

²⁹⁸ Vid. GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica* [Trad. de Gascón Marina y Miguel Carbonell], Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 62.

²⁹⁹ Por ejemplo los idiomas que se utilizan para entablar comunicación en la vida ordinaria. Como el castellano, portugués, inglés, francés, etc.

³⁰⁰ Vid. MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Joseph María, *op. cit.*, p. 152.

³⁰¹ A menudo una palabra se usa con más de un significado. O lo que es lo mismo, no todas las palabras son usadas en todos los contextos para designar las mismas propiedades, con la misma connotación. Basta con observar un diccionario para comprobar la verdad de la anterior afirmación. Por ejemplo, la palabra “gato” significa en castellano un cierto tipo de animal doméstico o bien, se utiliza como un utensilio que sirve para elevar un vehículo. A este fenómeno se le conoce como ambigüedad. *Idem*. En tal virtud, una palabra o una expresión lingüística son ambiguas si tienen más de un significado. No obstante, existen dos clases de ambigüedades, a saber: la semántica y la sintáctica. Cfr. PRIETO SANCHIS, Luís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Editorial Trotta, 2005, Madrid, p. 249. Los problemas semánticos de interpretación, en un sentido restringido, son definidos por ROSS como aquellos que se refieren al significado de las palabras aisladamente o de las frases. Cfr. RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Editorial Plaza y Valdés/Universidad Iberoamericana de León, México, 2003, p. 180. En este sentido, la ambigüedad semántica se presenta cuando una misma palabra tiene distintos significado. Es decir, se habla de una ambigüedad homónima. No obstante, ésta puede ser resuelta por el contexto lingüístico en el que aparece la palabra en

Debe, entonces, asumirse que el lenguaje del Derecho es un lenguaje técnico o tecnificado, lo que supone que formula –o reformula– el significado de

cuestión y por la situación empírica en la que fue usada. Por ejemplo, si alguien dice “ayer estuve sentado en un banco en el parque”, es muy probable que en esta frase la palabra “banco” signifique “asiento largo y estrecho para varias personas”. En cambio, si esa misma persona afirmara “ayer fui a sacar dinero del banco”, parece que aquí “banco” significa “establecimiento público de crédito”. *Cfr.* MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Joseph María, *op. cit.* p. 152. Por otro lado, en cuanto a la ambigüedad sintáctica, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define sintáctica como lo “pertenciente o relativo a la sintaxis”. Entendiéndose por esta última, como “parte de la gramática que enseña a coordinar y unir las palabras para formar las oraciones y expresar conceptos”. *Vid.* Voz: “Sintaxis”, en “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sintaxis [accesado el día 20 de abril de 2012]. Al respecto, ROSS afirma que este problema está condicionado por el orden de las palabras dentro de la oración y de las relaciones que establecen al conectarse. *Idem.* Por lo tanto, la ambigüedad sintáctica es la que surge de la estructura u ordenación de las palabras y en particular del uso de los símbolos lingüísticos. *Vid.* PRIETO SANCHIS, Luis, *op. cit.*, p. 254. Esto sucede muchas veces con las frases adjetivales. La estructura sintáctica de estas oraciones permite que sean interpretadas en dos sentidos diversos, ambos correctos desde el punto de vista lingüístico. Por ejemplo, el artículo 152 del Código Civil español dice: “Cesará la obligación de dar alimentos [...] cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”. Se produce aquí una ambigüedad con el término “y las de su familia”. Por tal, cabe entender los padres e hijos, pero también quienes tienen una relación más lejana (los primos) o una “relación política” (los suegros), o incluso todas las personas que conviven bajo un mismo techo. *Vid.* MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Joseph María, *op. cit.*, p. 152.

³⁰² Se está ante un problema de vaguedad cuando se trata de responder a las preguntas ¿a qué cosas se refiere esta palabra?, ¿se puede designar con esta palabra un cierto objeto? La respuesta a estas preguntas depende de las propiedades que se hayan seleccionado como definitivas. Es decir, se trata de establecer cuáles son los objetos nombrados por una palabra. Puede suceder que la misma se refiera, sin duda alguna, a ciertos objetos; que sin duda no se apliquen a otros. Pero puede suceder, que haya otros objetos a los que es dudoso si la palabra se aplica o no. Cuando esto sucede, se dice que el significado expresado por la palabra es vago *Cfr.* MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Joseph María, *op. cit.* p. 152. La vaguedad es una imprecisión del lenguaje distinto al de la ambigüedad, ya que ahora no se desconoce el significado de una palabra, sino ante la indeterminación de la extensión o denotación de la palabra en relación con su connotación o intención. *Vid.* MARTINEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, p. 95. Se debe tener en cuenta que la ambigüedad es una propiedad de las palabras, mientras que la vaguedad es una propiedad de los significados. *Cfr.* MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Joseph María, *op. cit.*, p. 151. Vale la pena recordar un famoso ejemplo de HART, cuando en la entrada de un parque está un cartel que prohíbe la circulación de vehículos, las dificultades de interpretación no se plantean hasta que un vehículo pretende circular por el parque: es claro que no puede hacerlo un coche o un camión, es claro también que la prohibición no afecta a los peatones, pero ¿qué decir de los ciclistas y patinadores, o de los peatones que usan silla de ruedas con motor (o sea técnicamente un vehículo)? Lo mismo ocurre con expresiones como “joven”, “adulto”, “anciano”, “alto”, “bajo”, “calvo”. No se trata de un problema de ambigüedad. Simplemente, carece de sentido preguntarse a qué edad se deja de ser joven, cuantos cabellos hay que perder para ser calvo, o cuanto hay que medir para ser alto. *Idem.* Se debe tener en cuenta, además, que las repuestas a estas preguntas pueden variar teniendo en cuenta el momento en que se formulan y el contexto al que se refiere; es decir, estas preguntas no tienen respuesta concluyente, no se resuelven mediante una constatación, sino mediante una decisión más o menos compartida por la comunidad de hablantes. *Cfr.* PRIETO SANCHIS, Luis, *op. cit.*, p. 256.

palabras procedentes del castellano ordinario³⁰³. En principio, ello facilita la comunicación al seleccionar o perfilar el significado de las palabras³⁰⁴. Sin embargo, esta tecnificación también crea problemas³⁰⁵, ya que los términos, aunque están formulados en un lenguaje técnico, no dejan de ser un lenguaje natural para facilitar precisamente la comprensión del mensaje³⁰⁶. Por todo ello, la labor hermenéutica del texto jurídico se hace imprescindible, sin la cual no es posible la aplicación del Derecho³⁰⁷.

En esta hipótesis, resulta importante el manejo de los principios jurídicos por el juzgador, pues se debe recordar que éste no puede dejar de resolver alegando obscuridad o falta de claridad en los términos expresados por la gama de artículos que integran el texto jurídico, por lo que, en caso de que resulte que el cuerpo de la norma no coincida con el espíritu o razón de ser de la misma (lagunas axiológicas), y que por consiguiente su aplicación conlleve consecuencias injustas y se aparte de toda decisión equitativa, el juez deberá utilizar una interpretación basada en principios jurídicos.

Por ello, indica SUÁREZ, “cuando las palabras de la ley induzcan a injusticia o a otro absurdo parecido acerca de la mente del legislador, se ha de interpretar

³⁰³ Las palabras técnicas pueden pertenecer de forma casi exclusiva al mundo del Derecho (como ocurre en el lenguaje médico); por ejemplo, “enfiteuta” es una palabra castellana, pero de uso exclusivamente jurídico (derecho real por el cual se entrega en forma perpetua o por largo tiempo el dominio útil de un inmueble, reservándose el propietario su dominio directo a cambio del pago de un canon o pensión anual que le efectúa el enfiteuta), pues nunca se ha oído que alguien llame a otro “infiteuta” en una conversación ordinaria. En cambio, con frecuencia el Derecho emplea términos de uso común, pero les asigna un significado parcialmente distinto; así ocurre con “robo” o “asesinato”, que en el lenguaje común presentan un significado más amplio o vago que el Derecho. En todo caso, aunque sea un lenguaje tecnificado, no deja de ser un lenguaje natural y no puede asimilarse al lenguaje formal de la lógica o de las matemáticas. *Cfr.* PRIETO SANCHIS, Luís, *op. cit.*, p. 249.

³⁰⁴ *Idem.*

³⁰⁵ *Vid.* DE PISON CAVERO, José Martínez, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Universidad de la Rioja, 1998, p. 189.

³⁰⁶ *Idem.*

³⁰⁷ *Idem.*

en un sentido tal que, aun siendo impropio, sea justo y razonable, porque se presume que así es la mente del legislador”³⁰⁸.

Es así como los principios generales del Derecho intervienen en la interpretación jurídica, brindando una solución justa al caso sometido a su jurisdicción.

2.2.2. La Interpretación en el Ordenamiento Jurídico Mexicano. Incardinación de los Principios Jurídicos.

Como es sabido, la labor del juez en el ordenamiento jurídico mexicano, está constreñida al fiel apego a la Constitución federal y conforme a los parámetros que la misma indica.

Al respecto, el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que “[...] En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

Este precepto constitucional indica el actuar jurisdiccional del juez. Explica, *grosso modo*, que la aplicación de la norma –la subsunción– se ciñe a tres pasos; el primero, fidelidad a la letra de la ley; el segundo, realizando una interpretación jurídica y, el tercero, no habiendo ley aplicable, se resolverá conforme a los principios generales del derecho.

Sin embargo, se debe resaltar que la Ley Fundamental mexicana no confiere significado alguno sobre el concepto de “interpretación jurídica de la ley”, ni delimita los métodos que se deben emplear para llevarla a cabo³⁰⁹. Por ello –

³⁰⁸ Vid. SUÁREZ, Francisco, *Tractus de Legibus ac Deo Legislatore*, IV, I, 14. Citado por Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*, Editorial La Ley, 2011, p. 181.

³⁰⁹ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, “Una aproximación al Modelo de Interpretación de Jerzy Wróblewski” en BAEZ SILVA, Carlos, *et al.* (coords.), *Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas*, Segunda Edición, Editorial Laguna, México, 2010, p. 46.

indica CASTILLO GONZÁLEZ– “se suelen utilizar todas aquellas clasificaciones o métodos racionalmente idóneos para realizar una interpretación jurídica”³¹⁰.

En primer lugar, la interpretación en “sentido amplio” es comprender el significado *prima facie* o inmediato de un enunciado jurídico³¹¹. Es decir, cuando la norma jurídica es clara y no hay lugar a dudas sobre el significado asignado, entonces se aplica la norma conforme a la letra de la ley.

Lo anterior es así porque la interpretación de una norma jurídica requiere previamente de una mínima labor hermenéutica por parte del juez para comprender el significado del enunciado jurídico para, en su caso, conocer si el significado *prima facie* de la norma es claro y no presenta confusiones³¹².

Sobre este aspecto, indica FALCÓN Y TELLA “siempre que el juez aplica una norma jurídica a un caso de la realidad debe, como tarea previa o simultánea ineludible, interpretarla”³¹³.

Asimismo, afirma “que toda norma jurídica precisa de interpretación para su aplicación, no solo las normas oscuras –en las que esta necesidad es más evidente– sino también las claras, pues, frente a la máxima jurídica “*in claris non fit interpretatio*” o “*clara non sunt interpretanda*”, lo cierto es que para ver que algo resulta claro es preciso previamente hacer una, aunque mínima, tarea hermenéutica”³¹⁴.

En efecto, indica CASTILLO GONZÁLEZ “un sector mayoritario de la doctrina jurídica reconoce que, aunque el texto de la ley se considere claro, en principio, y, aparentemente, no deje lugar a dudas sobre su significado, en ocasiones resulta

³¹⁰ *Idem.*

³¹¹ Cuando la norma es clara, indica EZQUIAGA, entonces se trata de un caso fácil. Sobre este aspecto, afirma “que la norma es clara cuando el significado *prima facie* es unívoco, satisfactorio y consistente (que no entre en conflicto con ninguna otra norma del sistema jurídico). Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 63.

³¹² Pero, si de este primer conocimiento de la norma, resulta dudoso o poco claro su significado, entonces, necesariamente, el operador jurídico estará constreñido a realizar una labor hermenéutica más profunda del enunciado jurídico.

³¹³ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 135.

³¹⁴ *Idem.*

insuficiente para resolver todos los casos sometidos al juez, quien se ve impelido a desarrollar una actividad interpretativa”³¹⁵. Por tanto, “la máxima *‘in claris non fit interpretatio’*, en la moderna teoría de la interpretación, no tiene una aplicación estricta o rígida, ni fácilmente puede justificar la aplicación de la ley sin una debida motivación”³¹⁶.

Por otro lado, se puede hablar de una interpretación en “sentido estricto”; este tipo de interpretación se presenta cuando el significado *prima facie* de un enunciado presenta dudas o confusiones³¹⁷.

Esta interpretación es la segunda técnica, de acuerdo con la Constitución Federal, para que el operador jurídico pueda resolver el caso planteado³¹⁸; se trata de una labor hermenéutica más profunda que la del primer tipo³¹⁹.

Así, pues, para esta última, resulta necesario abordar el tema del *espíritu* de la norma jurídica. Mismo que será explicado a continuación.

2.2.3. El Espíritu de la Norma Jurídica y su Interpretación.

En párrafos anteriores se explicó que la interpretación en “sentido amplio” se presenta cuando el significado *prima facie* es claro y no presenta dudas, pero que independientemente de ello, el juez realiza una mínima labor hermenéutica para distinguir entre lo claro y lo confuso.

³¹⁵ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, “Una aproximación al Modelo de Interpretación de Jerzy Wróblewski” en BAEZ SILVA, Carlos, *et. al., op. cit.*, p. 45.

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ Cuando la norma no es clara, entonces se actualiza un caso difícil. Es decir, “cuando el significado *prima facie* no es unívoco, ni satisfactorio y ni tampoco consistente. Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 63.

³¹⁸ Artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “[...] En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley [...]”.

³¹⁹ Es decir, se trata de un caso difícil.

En igual sentido, se dijo que cuando resulta dudoso el significado del enunciado jurídico, entonces el juez debe realizar una interpretación en “sentido estricto”.

Cabe resaltar que la interpretación en “sentido estricto” opera atendiendo al papel que desempeña el espíritu de la norma jurídica. Para ello, se hace uso de una interpretación “declarativa” o bien, de una interpretación “correctora”.

No obstante, se debe dejar en claro, que cuando se habla del *espíritu de la norma* debe entenderse como la “razón de ser” de la norma, el “por qué” de su existencia.

Sobre el particular, para analizar el papel que desempeña en este contexto el *espirit* de la norma, no deben pasar inadvertidas las aportaciones que sobre el tema realiza FALCÓN Y TELLA.

En efecto, primeramente, afirma la autora, “la norma jurídica, al igual que el ser humano, consta de dos elementos, el ‘cuerpo’ y el ‘alma’, o lo que es lo mismo, el *corpus* y el *ánima*”³²⁰. Explica que “el ‘corpus’ viene constituido por la letra de la ley, el ‘anima’, por su espíritu o *ratio*’, y ambos elementos se dan en toda norma jurídica”³²¹.

Por tanto, en una interpretación en “sentido estricto” pueden darse dos situaciones: la primera, que al realizar una interpretación de la norma jurídica el *cuerpo* y el *espirit* coincidan y, la segunda, que no coincidan.

En el primer caso, cuando el espíritu coincide con la letra de la ley, pero no obstante, existen un grado mínimo de duda sobre el mismo³²², se puede hablar de una interpretación “estricta–declarativa”, que puede a su vez, ser “amplia” o “limitada”.

La primera se actualiza cuando de dos significados posibles para una norma jurídica, se acepta el significado más amplio. *A contrario sensu*, sucede con

³²⁰ Vid. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 132.

³²¹ *Idem.*

³²² No obstante, el espíritu y letra de la norma jurídica apuntan hacia una misma dirección.

la interpretación “limitada”, la cual se da cuando de dos significados posibles se acepta el más restringido³²³.

En cuanto a la segunda situación, es decir, cuando la “letra” y el “alma” no coinciden o simplemente son diferentes, entonces corresponde al dicasterio corregir la letra de la ley para adecuarla al espíritu. Por tanto, se trata de una interpretación “estricta–correctora”³²⁴.

En efecto, en la interpretación “correctora” el magistrado tendrá como objetivo corregir el rigor de la letra de la ley. Por tanto, deberá ser realizada conforme a los principios jurídicos, específicamente a través del principio de equidad, mismo que será abordado en páginas posteriores.

Por último, pero no por ello menos importante, no debe pasar inadvertido que la praxis ha obligado a los operadores jurídicos a utilizar todos aquellos métodos interpretativo y argumentativos que permitan conocer el *esprit* de la norma³²⁵.

Así, por ejemplo, en el caso mexicano, específicamente en materia electoral, se sigue la postura de WROBLEWSKI, quien distingue la interpretación gramatical³²⁶, funcional³²⁷ y sistemática³²⁸³²⁹. No obstante, si no es posible llegar a ello mediante estos medios, entonces el magistrado debe hacerlo con arreglo a los

³²³Por ejemplo, la palabra “hombre” se entiende que están comprendidos ambos géneros, el varón y la mujer, equiparándolo a ser humano o especie humana. Caso contrario, resulta con la interpretación estricta, que se aceptaría el término “hombre” para referirse sólo al género masculino, quedando excluido el femenino. *Idem*.

³²⁴ *Ibidem*, p. 138.

³²⁵ Por ejemplo, los propuestos en la legislación electoral mexicana basados en las técnicas de WROBLESKY, como el gramatical, sistemático y funcional.

³²⁶ Este método se caracteriza por aplicar, ante todo, las reglas gramaticales. Siguiendo este método, el intérprete deberá atenerse al significado o sentido que se desprenda de forma inmediata de la literalidad de las normas, es decir, de las palabras y los enunciados en que esas normas vienen expresadas, según el contexto lingüístico al que tales palabras o enunciados pertenecen. *Cfr.* DE CASTRO CID, Benito, *Manual de Teoría del Derecho*, Editorial Universitas, Madrid, S/F, p. 316.

³²⁷ Consiste en atribuir el significado al enunciado normativo atendiendo a los fines de la norma, más allá de su literalidad o de su sistematicidad. *Cfr.* EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *op. cit.* p. 135.

³²⁸ Es aquella que justifica otorgar a un enunciado jurídico dudado, un significado atendiendo al contexto del que forma parte. *Ibidem*, p. 109.

³²⁹ *Cfr.* CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, “Una aproximación al Modelo de Interpretación de Jerzy Wróblewski” en BAEZ SILVA, Carlos, *et al.*, *op. cit.*, p. 46.

principios jurídicos para otorgarle un valor justo al significado elegido para la norma jurídica.

Lo anterior configura es un modelo que permite colaborar con el dicasterio en sus funciones jurisdiccionales, pues una buena labor hermenéutica, por parte de los operadores jurídicos, es garante de una impartición y administración de justicia de calidad y de espíritu justo.

Ello es resumido por Ross cuando afirma que “el juez indaga primero en los hechos, luego indaga en el Derecho y por último escudriña su alma. Si las tres pesquisas apuntan en la misma dirección, su tarea será fácil, pero si divergen, no podrá ir muy lejos”³³⁰.

En párrafos posteriores, se abordará la manera en que los principios jurídicos intervienen en la función interpretativa del juzgador.

2.3. Los Principios Jurídicos, Criterios para Orientar una Interpretación Jurídica.

En el campo del Derecho, la mayoría de los problemas que se presentan en materia de interpretación gira en torno a las dudas acerca de cómo debe entenderse la norma expresada en un cuerpo normativo.

En ocasiones, la norma legislativa, desde el punto de vista gramatical, significa algo determinado; pero cuando se le relaciona, como necesariamente hay que hacer, dentro de un contexto, puede significar algo diferente³³¹, pues puede ocurrir que los vocablos que la integren posean acepciones múltiples o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase³³².

³³⁰ Vid. MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Joseph María, *op. cit.*, p. 189.

³³¹ Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor y CARPIZO, Jorge, *Algunas Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano*, UNAM, México, 1975, p. 47, citado por SÁNCHEZ VAZQUEZ, Rafael, *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 52.

³³² Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 129.

Para ello, la actividad exegética no sólo pretende desentrañar el significado de un término incorporado al enunciado jurídico, sino que, incluso, puede integrar el ordenamiento jurídico³³³ en situaciones de escasez normativa.

En este sentido, los principios jurídicos, dentro del contexto de la función interpretativa, desempeñan una actividad relevante en sede jurisdiccional, ya que todo precepto jurídico encierra un sentido, pero éste no siempre se halla manifiesto con claridad³³⁴.

Al respecto, BOBBIO comenta que la función interpretativa consiste en fijar, de acuerdo con alguno de los principios, el sentido de tal o cual expresión jurídica³³⁵.

En cuanto, a la interpretación de una norma jurídica, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado que “los preceptos de un ordenamiento legal deben interpretarse en el sentido de que no se contradigan; y para lograrlo, a fin de establecer su verdadero sentido y alcance, deben ser interpretados en relación con los demás de la misma Ley, armónicamente”³³⁶.

Es decir, según la percepción del Alto Tribunal, los principios jurídicos constituyen un factor determinante en la interpretación jurídica, pues la presencia de éstos, en forma consciente o inconsciente, incide en la configuración del ordenamiento jurídico³³⁷.

Por ello, la función interpretativa que realiza el juez no puede únicamente limitarse a la aplicación de la ley previamente determinada, sino que debe hacer un estudio profundo de los principios jurídicos, porque son ellos los que en última

³³³ Al respecto, García Máynez dice que: el párrafo cuarto del artículo 14 de la ley Fundamental Mexicana no es sólo regla de interpretación sino de integración y que a la letra señala: “[...] En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley [...]”. *Cfr. ibidem*, pp. 183-381.

³³⁴ *Ibidem*, p. 129.

³³⁵ *Cfr.* AZÚA REYES, Sergio, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986, p. 51.

³³⁶ *Vid.* “Los Principios Generales del Derecho y su Impronta en la Cultura de la Legalidad”, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf>. [accesado el día 15 de febrero de 2013].

³³⁷ *Vid.* AZÚA REYES, Sergio, *op. cit.*, p.18.

instancia se toman en consideración para resolver todas las cuestiones en las cuales el texto de la ley es oscuro, contradictorio e insuficiente, para solucionar la situación jurídica controvertida³³⁸, pues son la manifestación auténtica, prístina de las aspiraciones de la justicia de la comunidad³³⁹.

En mi opinión, la mejor manera de comprender el uso de los principios jurídicos en la práctica judicial, concretamente en la interpretación realizada por los jueces, es mediante un ejemplo muy sencillo.

Como se comentó anteriormente, uno de los problemas que se presenta en la *praxis*, específicamente en la labor interpretativa del operador jurídico, es el uso de términos ambiguos en los enunciados normativos.

Es sabido por los juristas que en muchas ocasiones se presentan problemas relativos a la sintáctica, sobre todo con las conectivas “y”, o bien “o”, ya que en ocasiones, cada una de ellas reflejan un contexto incluyente y, en otras, excluyente de ideas. Y que por tanto, estas dudas dan lugar a los llamados casos difíciles³⁴⁰.

Para solucionar lo anterior, los operadores jurídicos disponen de la interpretación gramatical, misma que se justifica a través de los argumentos del lenguaje común y del argumento *a contrario*.

Sin embargo, en toda interpretación jurídica, los principios jurídicos juegan un papel relevante para otorgar el significado a un enunciado normativo que plantea dudas.

Así, por ejemplo, suponiendo que una norma indicara: “los hombres y las mujeres mayores de sesenta y cinco años podrán pedir una pensión de viudedad”, en este contexto, suponiendo que el significado que se le otorgara a esta regla fuera atendiendo a que la conectiva “y” cumple una función de excluyente, se

³³⁸ *Idem*.

³³⁹ *Vid.* Tesis Aislada “Principios Generales del Derecho. Su Función en el Ordenamiento Jurídico”. Localizable en *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, III, Segunda Parte-2, enero-junio 1989, pág. 573.

³⁴⁰ Se está frente a un caso difícil, cuando el significado *prima facie* del enunciado normativo presenta dudas, no es unívoco o bien no es satisfactorio. *Vid. ut supra*.

entendiera “que todos los hombres tienen derecho a pedir una pensión de viudedad y sólo las mujeres mayores de sesenta y cinco años tienen derecho a pedirla”.

Como se observa, el significado otorgado al enunciado normativo para el caso concreto, partiendo de una interpretación gramatical, no es el más idóneo para efectos del Derecho.

En este sentido, dicha interpretación vulnera totalmente el principio de igualdad y de equidad. Por tanto, atendiendo a dichos principios jurídicos, la interpretación debe ir orientada a considerar al hombre y a la mujer indistintamente, sin hacer manifestaciones de favoritismos injustificados y, procurando, a través del principio de equidad, equilibrar la situación en los casos concretos.

Con este ejemplo, se observa la trascendencia que los principios jurídicos ejercen en la interpretación jurídica, como mecanismo para lograr materializar lo justo.

Otro ejemplo sería el derivado de la rúbrica “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789. Si bien es cierto que el espíritu de dicha Declaración coincide con la letra de la ley, pues ambos tienen como objetivo reconocer a la especie humana aquellos derechos naturales que tiendan a proteger el valor más importante, la dignidad.

Sin embargo, puede darse dos interpretaciones distintas atendiendo al término “hombre”.

Al respecto, la mecánica operativa del juez será determinar la extensión que otorgará a dicho término; debe elegir el significado del término realizando una interpretación “estricta-declarativa”, porque debe optar, entre los significados posibles, cuál de ellos será el definitivo.

Por un lado, puede aplicar el término “hombre” para generalizar a la especie humana o bien, puede limitarlo sólo al género “masculino”.

Es obvio que de una interpretación “declarativa–limitada” sólo serían reconocidos dichos derechos al género masculino y se excluiría al género femenino de ellos. No obstante, de una interpretación “declarativa-amplia”, se otorgaría los derechos indistintamente.

De lo anterior, es importante resaltar que para realizar una interpretación llámese gramatical, sistemática, declarativa o, correctora, el juez debe aplicar su racionalidad a través de los principios jurídicos y elegir, conforme a ellos, la interpretación o significado del enunciado normativo que regirá su actuación.

Por lo tanto, cuando el magistrado recurre a los principios jurídicos, siempre tendrá como objetivo que el uso de la ley sea el más justo, y después deberá justificar su racionalidad a través de un método interpretativo y argumentativo.

Es importante, entonces, retomar a los principios jurídicos para la interpretación jurídica, puesto que, en su más pura esencia, la norma debe ser creada bajo el influjo de los principios para destacar el *sentido axiológico* que entraña el Derecho, cuya finalidad es, siempre, la realización de la justicia en su sentido universal³⁴¹.

En consecuencia, la interpretación se basa en el postulado de que no hay leyes definitivas y en la necesidad de superar probables deficiencias que contenga la ley ante los cambios sociales³⁴².

Otro de los problemas a los que se enfrentan los operadores jurídicos es la insuficiencia normativa; es decir aquellos casos en que el propio texto normativo no le da respuesta al caso planteado.

Ante dicha situación, el intérprete cuenta con tres instrumentos para integrar la laguna normativa. Dos de ellos se deducen, en el contexto del ordenamiento jurídico mexicano, por exclusión del párrafo tercero del artículo 14 constitucional:

³⁴¹ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 129.

³⁴² Es así como en la mayor parte de las jurisdicciones norteamericanas y actualmente también en Inglaterra, según refiere DWORKIN con alguna frecuencia, han rechazado reglas establecidas por el *Common Law* desechándolas directamente o alternándolas en forma radical por desarrollos posteriores, haciendo que las leyes estén sujetas a interpretaciones y reinterpretaciones.

la analogía y la mayoría de razón. No obstante, si tales mecanismos exegéticos no le proporcionan la respuesta para el caso concreto, entonces el operador jurídico tiene que hacer uso de los principios jurídicos, tomando en consideración las circunstancias del caso concreto.

Ahora bien, ¿qué factores debe tomar en cuenta el operador jurídico para resolver conforme a los principios jurídicos, específicamente para aplicar el principio de equidad?

Las respuestas las abordaré en las siguientes partes que integran este ensayo.

2.4. Los Principios Jurídicos, Criterios para Integrar Lagunas Normativas.

El ordenamiento jurídico propende a la plenitud, consistente en la capacidad de habilitar una solución para todos los casos que puedan darse en la vida práctica³⁴³.

Como instancia fundamental de esa plenitud, se encuentra la prohibición del *non liquet*, que impide al juzgador inhibirse de decidir ante las dificultades o falta de claridad de un caso concreto. Lo anterior, en el entendido de que el ordenamiento es omnicompreensivo y dispone de los modos para articular una salida a cualesquiera conflictos que se sometan a su determinación³⁴⁴.

Sin embargo, aunque las codificaciones se basan en la ilusión de un ordenamiento jurídico pleno que recoge una regla para cada caso, es indudable que pese a las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, existen problemas que son comunes a todos; uno de ellos³⁴⁵ es el relacionado con las lagunas

³⁴³Vid. PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *La Equidad y Los Juicios de Equidad*, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 75.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 76.

³⁴⁵ El otro problema son las antinomias jurídicas.

normativas y la necesidad de dar una solución justa a cada uno de los conflictos llevados a conocimiento del órgano jurisdiccional³⁴⁶.

Y es que ningún código, por minucioso y casuístico que sea, puede prever ni dar solución a los innumerables casos que la práctica ofrece; además de que la vida se renueva sin cesar y nuevas necesidades se presentan que no caben dentro de la fórmula rígida e inflexible de la ley³⁴⁷.

Así, pues, el problema de las lagunas se plantea cuando el juez se encuentra frente a una norma que parezca que cubre el caso; pero al ensayar la aplicación de ésta al caso particular controvertido, se cae en la cuenta que la subsunción de la norma al mismo llevaría a resultados injustos o contrarios a los perseguidos por el sistema³⁴⁸.

Asimismo, se actualiza una laguna cuando por más que el juez busque y rebusque e investigue, no halla en el Derecho positivo previamente formulado, una norma que sea aplicable al caso concreto planteado; según RECASÉNS SICHES, en esta última situación se está ante una auténtica laguna³⁴⁹.

Sobre este aspecto, cabe hacer notar que el juez puede estar frente a dos tipos de lagunas; una laguna axiológica o “*de lege ferenda*”³⁵⁰, en el primer caso y, una laguna normativa³⁵¹ en el segundo.

Por su parte, BELADIEZ ROJO, contrario a las definiciones tradicionales de las lagunas normativas³⁵², define a una laguna como “la inexistencia de potestad que permita a la administración actuar”³⁵³.

³⁴⁶ Cfr. DÍAZ COUSELO, José María, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, p. 11.

³⁴⁷ *Idem*.

³⁴⁸ En este supuesto se trata de una laguna axiológica.

³⁴⁹ Vid. RECASÉNS SICHES, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, 1956, p. 250, citado en DÍAZ COUSELO, José María, *op. cit.*, p. 18.

³⁵⁰ Existe una norma aplicable al caso concreto, pero su aplicación acarrea consecuencias injustas.

³⁵¹ No existe norma aplicable al caso concreto.

³⁵² Como: “falta de norma jurídica aplicable al caso concreto”.

³⁵³ Vid. BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los Principios Jurídicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 113.

Sin embargo, existen opiniones que abogan por la plenitud del ordenamiento jurídico e inclusive, llegan a afirmar la inexistencia de lagunas normativas en el entramado jurídico.

Así, por ejemplo, BERGBOHM afirma que “no tiene sentido hablar de lagunas del Derecho porque si no existe una norma que regule un acto o una situación, quiere decir que dicho acto es jurídicamente irrelevante, que el legislador no le ha prestado la importancia necesaria para regularlo jurídicamente [...]”³⁵⁴.

Al respecto, resulta absurdo afirmar la inexistencia de vacíos normativos en el entramado jurídico, por la sencilla razón de que la sociedad está en un constante cambio, de tal manera que se actualizan nuevas conductas que muy probablemente no se hayan contemplado inicialmente en el texto legal vigente.

Así, pues, para hacer frente al tema de las lagunas jurídicas, BOBBIO siguiendo a CARNELLUTI, propone dos métodos de integración del ordenamiento jurídico, a saber: la heterointegración y la autointegración.

El primero consiste en subsanar las lagunas normativas recurriendo a criterios externos al Derecho³⁵⁵. El segundo, acudiendo a criterios dentro del mismo ordenamiento jurídico³⁵⁶.

³⁵⁴ Vid. MARTÍNEZ PISÓN CAVERO, José, *op. cit.*, p. 163.

³⁵⁵ Al respecto, es necesario hacer la aclaración que, tratándose de criterios externos al Derecho, debe entenderse como aquellos que salen absoluta y totalmente del campo jurídico. Por ejemplo, las cuestiones netamente personales. No obstante, juristas como MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ, indican, como ejemplo de procedimientos de heterointegración, al Derecho romano, al Derecho comparado o al Derecho Natural. Vid. MARTINEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., *op. cit.*, p. 111. Por otro lado, DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS señalan que “se habla de heterointegración cuando una rama o sector jurídico acudiese, para integrar sus lagunas, a otro sector jurídico”. En este sentido, señalan “Así, el Código de Comercio se remite al Código Civil y, en materia procesal, la Ley de lo Contencioso Administrativo se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p.150. En el ordenamiento jurídico mexicano, por ejemplo, el Código de Comercio remite al Código Civil Federal en su artículo 2 que a la letra señala “a falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal”. Al respecto, no se comparte la opinión de dichos juristas al colocar al Derecho romano, Derecho comparado o Derecho Natural, o bien, el recurso a otro sector jurídico distinto al que se cuestiona como procedimientos heterointegrativos. Los mecanismos a que hacen referencia no deben ser entendidos como tal, porque no traspasa los límites del campo jurídico. Es decir, se tratan de procedimientos supletorios y, por tanto, autointegrativos.

³⁵⁶ Cfr. MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., *op. cit.*, p. 111.

En el caso mexicano, la Ley Fundamental y demás ordenamiento jurídicos civiles de las entidades federativas, ofrece un cuadro completo de mecanismos nomogenéticos que garantizan al juzgador las condiciones para encontrar siempre la norma aplicable al caso concreto, entre ellos se encuentran, precisamente, los principios jurídicos.

Así, pues, el carácter integrador de los principios jurídicos se proclama en el artículo 14 de la Constitución Federal mexicana, cuando dice que los principios se aplicarán en defecto de ley o de interpretación jurídica, haciendo referencia a su aplicación directa para resolver un conflicto jurídico cuando no exista norma aplicable³⁵⁷.

Al respecto, GARCÍA MÁYNEZ indica que “el juez está vinculado a los textos legales, si éstos le brindan la solución que busca. No obstante, si la labor interpretativa revela al juez que el caso sometido a su decisión no está previsto en el ordenamiento jurídico, entonces tiene la obligación de colmar la laguna jurídica a través de los principios jurídicos”³⁵⁸.

Así lo mandata *expressis verbis* la Constitución Federal mexicana cuando establece “[...] se resolverá de acuerdo con los principios generales del derecho”, lo que significa que el recurso a ellos es el único procedimiento de integración autorizado por la ley fundamental³⁵⁹.

De ahí, entonces, los principios jurídicos se configuran como un recurso autointegrativo del ordenamiento jurídico, porque al estar expresados, en el caso mexicano en el texto legal, prohíben la discrecionalidad judicial; es decir, no permiten a los operadores jurídicos desplegar la libertad de decidir atendiendo a

³⁵⁷ Cfr. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 136.

³⁵⁸ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 129.

³⁵⁹ Artículo 14, cuarto párrafo.

criterios externos al Derecho³⁶⁰ o incluso, a criterios subjetivos cuando se presente una laguna normativa³⁶¹.

De hecho, el uso de principios generales del derecho, sobre todo el de equidad para subsanar vacíos legales, se ve reflejado usualmente en el ámbito internacional público, específicamente en el ámbito comercial. Por ejemplo, en el uso del arbitraje, cuando las partes convienen en que un tercero base su fallo atendiendo a la equidad y no al Derecho positivo.

Por otro lado, no debe pasar desapercibido que, en algunas legislaciones civiles como el código austriaco, el portugués, el italiano y el argentino, invocan la aplicación de la analogía en primer término y en su defecto, a los principios generales del Derecho como fuentes subsidiarias de la ley³⁶².

No obstante, esta posibilidad legal de recurrir a la analogía³⁶³ ha llevado a varios tratadistas a afirmar que la analogía y los principios generales del Derecho son una misma cosa³⁶⁴, o bien que la primera es uno de ellos³⁶⁵.

No obstante, se debe resaltar que tanto la analogía como la mayoría de razón, previstas por exclusión en el precepto constitucional citado, no son principios jurídicos, sino técnicas hermenéuticas que, “por no tener contenido propio, se diferencian substancialmente de los principios jurídicos”³⁶⁶.

Además, porque el procedimiento para que ambas técnicas tengan eficacia jurídica, requiere forzosamente la existencia de otra norma que prevea una

³⁶⁰ Es decir, atendiendo a cuestiones al ámbito jurídico. Por ejemplo, que el juez resuelva el caso sometiendo su decisión a una relación de carácter personal; es decir fuera de toda dimensión del campo jurídico.

³⁶¹ La referencia a los principios generales del Derecho en los ordenamientos jurídicos, hace posible el dogma de la plenitud. Es decir, aquella idea sobre un ordenamiento jurídico donde no hay caso que no esté jurídicamente regulado.

³⁶² Vid. CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Fuentes del Derecho Civil Español*, S/F, p. 40.

³⁶³ Tiene su origen en el Código Austriaco de 1811 y los Códigos Italianos de 1945 y 1967.

³⁶⁴ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, p. 129.

³⁶⁵ En el Derecho positivo mexicano, el artículo 14 Constitucional, párrafo tercero reconoce los recursos de la analogía y el de mayoría de razón, cuando los exceptúa de la materia penal.

³⁶⁶ Cfr. AZÚA REYES, Sergio T., *op. cit.*, p. 18

conducta semejante a la que se estudia³⁶⁷, elemento que no requieren los principios jurídicos en su función integradora.

Así, pues, el procedimiento de subsunción para los principios es directo, mientras que para la analogía es indirecto a través del caso semejante³⁶⁸. Lo mismo sucede con la técnica de la mayoría de razón. Es decir, ambas técnicas sólo se satisfacen plenamente con la existencia de otro caso previsto en el ordenamiento jurídico³⁶⁹. Por tanto, no se actualiza su uso para subsanar un vacío legal³⁷⁰.

Los principios jurídicos son importantes en el ámbito jurídico, pues fue precisamente la necesidad de encomendar la función integradora del mismo a un mecanismo distinto de la legislación. Lo que resulta de lo más idóneo, pues de este modo, el juez siempre podrá acudir a ellos cuando la ley no prevea la norma aplicable al caso concreto y se garantice el derecho que tiene el ciudadano para que el Estado le haga justicia.

Ahora bien, la creación de la norma jurídica por el juez no debe entenderse como la invasión de competencias del poder público, pues no se trata de crear una norma atendiendo a un procedimiento establecido en la Constitución federal y, que inclusive, corresponde al órgano legislativo su práctica. Si no que se trata de adecuar el caso específico a los principios jurídicos que dan origen al entramado normativo.

³⁶⁷ Por ejemplo, el Código Civil para el Estado de Michoacán, reconoce la figura de la analogía en el artículo 1025, el cual textualmente dice: “Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento”

³⁶⁸ Cfr. TARDÍO PATO, José Antonio, *op. cit.*, p. 44.

³⁶⁹ Además, la analogía no puede ser considerada como principio general del Derecho, porque se excluye del ámbito penal, donde por razones de seguridad tiene más vigencia la máxima jurídica *nullum crimen nulla pena sine lege parvia*. A contrario sensu sucede con los principios, ya que estos, si tienen aplicación en general, es decir en todas la materias que conforman el Derecho.

³⁷⁰ La analogía puede prevenir una laguna pero nunca subsanarla. Asimismo, constituye un factor determinante para la creación de un vacío legal, basta preguntarse ¿qué norma indica cuando existe una semejanza o similitud de un hecho con otro supuesto?

Lo anterior, se explica atendiendo a que toda conducta debe interpretarse a la luz de los principios jurídicos, toda vez que se tratan de verdades jurídicas que el ser humano tiene sobre los actos mediante un razonamiento justo.

En tal virtud, no debe caerse en la falacia de que la justicia es aquello que resulta justo para toda una comunidad, pues esto no puede ser así, por la sencilla razón de que la justicia no está sujeta a una democratización, sino que el juez debe impartir justicia atendiendo a las circunstancias del caso en particular. Por ello, se define a los principios jurídicos como verdades universales cuya aplicación es única y específica e irrepetible.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta, al momento de integrar el ordenamiento jurídico, los siguientes elementos:

- 1) El juez no sólo debe ser un conocedor de la técnica jurídica, sino también demostrar ser un buen ciudadano ante la opinión pública;
- 2) Debe cumplir con las exigencias éticas que la profesión le constriñe;
- 3) Debe fundamentar racionalmente el vacío legal. Lo anterior, explicando las razones que tuvo para confirmar la insuficiencia normativa del ordenamiento jurídico, para con el caso concreto;
- 4) El juez debe aplicar la técnica jurídica encontrando los detalles que rodean el caso para emprender la búsqueda de la justicia entre las partes, dando a cada quién lo que necesita;
- 5) El magistrado, debe descubrir al principio jurídico aplicable al caso concreto y razonar su decisión;
- 6) En caso de una posible colisión entre principios, el magistrado debe elegir de entre ellos el de mayor peso. Lo anterior, ponderando las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto. Una vez elegido el principio aplicable, el dicasterio debe fundar y motivar racionalmente su elección;
- 7) La decisión judicial debe ser de tal manera que afecte lo menos posible a las partes, pero, otorgando a cada una de ellas lo que necesita; y,

- 8) La decisión judicial debe ser de tal manera, que las partes perciban lo justo en ella y cuyos pedimentos se satisfagan apegados a la equidad.

Así, pues, la integración de lagunas jurídicas requiere de ciertos elementos para lograr, en aquellos casos de insuficiencia normativa, la resolución más justa entre las partes.

En este sentido, los principios jurídicos están presentes en todo momento en la mente del juzgador para resolver el caso sometido a su conocimiento. Por lo tanto, el juez debe tener la capacidad para descubrir el principio que permita fijar el parámetro que regirá la conducta no tipificada en la ley.

De esta manera, el juez, a través de un razonamiento basado en principios, respetará la prohibición del *non liquet* y garantizará el acceso a la justicia y desde esta óptica el ordenamiento jurídico sería pleno³⁷¹ y no existiría caso alguno que no tuviera respuesta en el mismo.

2.5. Conclusiones Preliminares.

Como conclusión de este capítulo, se ha señalado que el Derecho que toda persona tiene a que se le administre justicia, de manera pronta y expedita por los tribunales previamente establecidos mediante un juicio justo, es una prerrogativa no sólo de índole nacional sino incluso internacional.

En este sentido, se ha sostenido que la aplicación del Derecho positivo y, específicamente de los principios jurídicos para la resolución de conflictos, no depende únicamente de un cuerpo normativo sino también depende de un conjunto de órganos jurisdiccionales que los aplican, lo jueces.

³⁷¹ La plenitud ha sido una vieja aspiración, un ideal por el que se debe luchar, ya que ello implica una mayor perfección del ordenamiento, aun a sabiendas de que, como tal ideal, siempre va a resultar inalcanzable, ya que la sociedad genera en su interior una serie de distorsiones y desavenencias que no pueden solventarse con suficiente antelación por las normas del ordenamiento jurídico *Vid.* MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *op. cit.*, p.101.

En este sentido, se indicó que no basta que los juzgadores se manifiesten como sabedores de la técnica jurídica, sino también que se rijan por normas que regulan la conducta judicial y, que además demuestren, ante la opinión pública, ser personas con una conducta intachable y prudente.

Lo anterior es así, porque no se puede concebir a los impartidores de justicia como hombres sin apego a la ley y sin respeto a su vida privada, pues derrumbarían la confianza que todo ciudadano muestra ante los órganos jurisdiccionales y por ende, se dudaría de la eficacia para aplicar los principios jurídicos en caso de insuficiencia normativa, pues se requiere la debida preparación del juzgador tanto en la técnica jurídica como en los aspectos éticos y morales que rijan su conducta.

Por otro lado, se ha señalado que una de las máximas aspiraciones de los ciudadanos es que su libertad se rija con estricto apego a la ley, pero que dicha ley sea justa. Es decir, que exista certidumbre sobre su fiel apego a la dignidad humana.

Para esto, el legislador por años ha intentado configurar un código que prevea toda conducta que se vive en una sociedad. Para ello, se han expedido un sinnúmero de textos legales que buscan acaparar todo comportamiento humano susceptible de regulación.

Sin embargo, hablar de plenitud del ordenamiento jurídico es complicado, por no decir imposible, pues la sociedad es mutable y está en constante cambio, actualizando nuevas tecnologías, ciencias y conductas, que en su momento, tal vez, no se creía posible su materialización.

Ahora bien, la sociedad debe regirse por un conjunto de reglas, principios, instituciones, categorías, mecanismos y conceptos que garanticen una armonía entre los habitantes, erradicando el caos, y ello será través de la ciencia del Derecho.

Así, pues, una de las funciones³⁷² del Derecho es precisamente resolver conflictos en la sociedad, pero dicha función debe estar plenamente garantizada por el Estado para con los gobernados, pues así lo obliga el artículo 17 de la Constitución Política mexicana.

No obstante, aunque la libertad se rige por una serie de reglas, hay momentos en que una norma no es clara o es confusa o sencillamente no existe norma aplicable al caso en concreto; es decir, existe un vacío legal en el entramado jurídico.

Sobre este aspecto, el legislador ha dispuesto en la Ley fundamental el procedimiento para subsanar la ausencia normativa.

Así, el entramado jurídico coincide en que, en aquellos casos cuando la norma jurídica sea poco clara o sea susceptible de varios significados, entonces el juez deberá interpretar la norma a la luz de los métodos racionalmente idóneos para elegir su significado, pero, si aun así el caso quedará sin respuesta, entonces el juez debe acudir a los principios jurídicos.

³⁷² Otras de las funciones que realiza el Derecho son: una función integradora, de resolución de conflictos, de orientación social, de legitimación del poder, distributiva, educativa, represiva y promocional. Al respecto, la función integradora se asocia con la idea de orden, de control social y, en definitiva, con la idea de una sociedad pacífica y sin conflictos, al entender que el Derecho tiene como función mitigar los elementos potenciales del conflicto. Esta es la función principal para la denominada “concepción funcionalista” en sentido estricto. También, el Derecho cumple una función de resolución de conflictos. Esta función tiene su origen cuando se da un conflicto de interés entre sujetos que intervienen en una relación, y cada uno permanece en sus diferentes pretensiones, entonces es el Derecho es el que resuelve el conflicto y restituye la situación anterior al conflicto. Otra de las funciones que realiza la ciencia del derecho, es la función orientadora. Esta consiste en que toda norma jurídica, tiene siempre un carácter persuasivo, en cuanto que, al estar dirigida a personas libres, éstas pueden orientar sus conductas y expectativas de acuerdo con un cuadro normativo que les puede reportar certeza y seguridad, y evitar ciertos perjuicios. Por otro lado, la función distributiva se concreta al reparto de bienes económicos y de oportunidades sociales. En cuanto a la función educativa que cumple el Derecho, esta se actualiza porque todas las normas sociales, aunque no sean jurídicas, cumplen siempre una función educadora [...]. Por lo que vea a la función represiva y promocional, está consiste en que el Derecho no premia las acciones que se adecuan a las normas jurídicas, sino que sanciona o castiga las acciones antinormativas. Y por último, el Derecho cumple una función de legitimación del poder. Esto es porque el Derecho y Poder se interrelacionan y complementan sustancialmente El Poder sede su soberanía proporciona al Derecho el aparato coactivo necesario, el Derecho. Y este último, a su vez, proporciona al poder una organización y sobre todo una legitimación, en cuanto que es el Derecho el que determina las instancias y organismos de poder que deben decidir en cada caso, atribuyéndole competencias y fijando procedimientos a seguir en cada caso. *Cfr.* MARTÍNEZ ROLDAN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1998. p. 9.

Sin embargo, como se explicó en párrafos anteriores, los principios no pueden tener un papel meramente supletorio en la resolución de conflictos, sino que ellos están presentes en todo momento porque incluso, al otorgar a través de la interpretación un significado a un enunciado normativo se toman en cuenta y por lo que ve a su aplicación en aquellas situaciones de escasas normativa, es imprescindible el uso de estos para resolver el conflicto, aun cuando el texto normativo guarde silencio en su remisión.

Por lo anterior se puede considerar que el uso de los principios jurídicos es directo y no supletorio, porque su uso es fuente de toda interpretación e integración del ordenamiento jurídico.

Así, pues, los principios jurídicos en los sistemas jurídicos modernos han permitido garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico³⁷³ y, con ello, ser garante de un proceso justo para los justiciables.

³⁷³ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El Desbordamiento...*, op. cit., p. 228.

Capítulo Tercero

Concepto del Principio Jurídico de Equidad

SUMARIO: 3.1. Concepto de Equidad; 3.2. ¿Por qué la Equidad es un Principio Jurídico?; 3.3. Etimología y Origen Formal de la Equidad; 3.3.1. Grecia; 3.3.2. *Aequitas* Romana: Una Justicia Igualitaria; 3.3.2.1. *Ius Gentium*, Antecedente de la Equidad en Roma; 3.3.2.2. La Equidad como *Benignitas*, *Humanitas* o *Pietas*; 3.3.3. La *Equity* Inglesa; 3.3.3.1. Origen de la *Court of Chancery*; 3.3.3.2. Evolución de la *Equity*; 3.4. Diferencias entre el Principio de Igualdad y el Principio de Equidad; y, 3.5. Conclusiones Preliminares.

“Sin embargo hemos reconocido que las personas no son justas como Dios las quiere por haber observado la Ley, sino por la fe en Cristo Jesús”.

San Pablo³⁷⁴

3.1. Concepto de Equidad.

El tema de la equidad es un reto difícil de asumir por la amplitud del tema. CASTÁN TOBEÑAS afirma que “el tema de la equidad, pavoroso por las cuestiones que plantea, es de difícil exposición, además, por las oscuridades que han acompañado siempre al concepto de que se trata, concebido variamente y con gran indeterminación”³⁷⁵, y es que, agrega el autor, “el concepto de equidad se utiliza en la doctrina con extrema lasitud”³⁷⁶, además, la falta de interés de dar un significado técnico al principio de equidad³⁷⁷, ha dado lugar a una infinidad de definiciones sobre este principio jurídico.

³⁷⁴ Vid. Carta del Apóstol San Pablo a los Gálatas, 2, 16.19-21.

³⁷⁵ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *La Idea de Equidad y su Relación con Otras Ideas, Morales y Jurídicas, Afines*, Discurso leído en la apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1950, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 9, Citado por Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Actas/Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1993, p. 146.

³⁷⁶ *Idem.*

³⁷⁷ *Idem.*

En la actualidad, en el lenguaje castellano las palabras españolas que inician con el prefijo “equi” expresan igualdad entre los conceptos subsiguientes³⁷⁸. Por ejemplo, en palabras como “equiángulo”, de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia*, hace referencia a “las figuras y sólidos cuyos ángulos son todos iguales entre sí”³⁷⁹.

Lo mismo sucede con la palabra “equilibrar”, que significa, según la Real Academia, “disponer y hacer que una cosa no supere a otra, ni la exceda, manteniéndolas proporcionalmente iguales”³⁸⁰. Es, pues, la idea de proporción e igualdad la que impregna el afijo “equi”³⁸¹.

Ahora bien, cuando al afijo “equi” se yuxtapone el sufijo “dad”, ello eleva, en el lenguaje español, el contenido ideológico de la raíz al grado superlativo; así, “bondad” y “maldad”, expresa lo mejor y lo peor³⁸². Es decir, otorga un significado abstracto de cualidad. De ello que, en sentido etimológico, equidad suponga tanto como lo más igual, lo más proporcional³⁸³.

Lo anterior puede dar lugar a confusiones, porque puede considerarse a la equidad y a la igualdad como sinónimos, lo cual es totalmente erróneo³⁸⁴.

Antes de continuar con la exposición del tema, debe hacerse la siguiente aclaración, y es que la igualdad hace referencia a características personales, o bien, a normas que establecen como debe efectuarse una distribución³⁸⁵.

³⁷⁸ Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos, *La Equidad y el Arte de Juzgar*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1979, p. 24.

³⁷⁹ Voz: “Equiángulo”, en “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=equiangulo> [accesado el día 10 de junio de 2013].

³⁸⁰ Voz: “Equilibrar”, en “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=equilibrar> [accesado el día 10 de junio de 2013].

³⁸¹ Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 24.

³⁸² *Idem.*

³⁸³ *Idem.*

³⁸⁴ No debe pasar inadvertido que el principio de igualdad puede, además, confundirse con el de proporcionalidad. No obstante, indica OPPENHEIM, refiriéndose a ella, que esta implica la “fijación de derechos y obligaciones para una persona desde un punto de vista cuantitativo dentro de una misma situación jurídica”. Es decir, se contextualiza en el plano de los números. Cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 113.

³⁸⁵ *Idem.*

Lo anterior debido que por naturaleza, los seres humanos no son iguales entre sí, no se nace en un mismo plano de necesidades, talento, belleza, riqueza, etc., es por ello, que el Derecho, con base en el principio de igualdad, debe crear un ambiente adecuado entre la sociedad; por eso se habla de igualdad del hombre y la mujer ante la ley –mismos derechos y mismas obligaciones–³⁸⁶.

Así pues, el tema de la equidad debe tratarse con mucho cuidado por el peligro que encierra sus interpretaciones.

Aunque la equidad, como principio jurídico, ha tenido a través de la historia distintas interpretaciones, puede asegurarse que su tratamiento en el pensamiento de la humanidad, ha estado presente en todo momento³⁸⁷.

Los conceptos emitidos sobre la equidad son variados, en cuanto que es una materia muy influida por la posición jurídica-filosófica adoptada, por lo que existe un número importante de autores que le otorgan determinados significados.

Al respecto, pueden citarse las palabras que Alonso Quijano, personaje principal de la inmortal obra de CERVANTES, *Don Quijote de la Mancha*³⁸⁸, le dirige a Sancho Panza, cuando este último se postula para gobernar la ínsula Barataria: “cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor fama del juez riguroso que la del compasivo”³⁸⁹. Además, agrega, “si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia”³⁹⁰.

Para el *Diccionario de la Real Academia* la equidad es “Bondadosa templanza habitual. Propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del

³⁸⁶ En el lenguaje jurídico, el principio de igualdad se expresa, generalmente, bajo las expresiones: “Toda persona”, “todo individuo”, y “nadie”. *Idem*.

³⁸⁷ *Cfr.* ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 24.

³⁸⁸ Publicada en 1605.

³⁸⁹ *Vid.* DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel, *El Ingenioso Hidalgo, Don Quijote de la Mancha*, Edición IV Centenario, Editorial Castilla, Madrid, 1947, Capítulo XLII, p. 747.

³⁹⁰ *Idem*

deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley”³⁹¹.

Por otro lado, existen posturas que identifican a la equidad con la igualdad; es decir, como una “justicia igualitaria”. Esta tesis se remonta a la Roma clásica y es base de la *Equity* inglesa³⁹². En esta postura, se ubican PLATÓN y CICERÓN, quienes identifican el principio de justicia con el de igualdad³⁹³. De hecho, CICERÓN define al Derecho positivo como la “*aequitas constituta*” (Top. 2,9)³⁹⁴. Además, se suman a esta postura, SAN ISIDRO DE SEVILLA, RAIMUNDO LULIO y el mexicano OSCAR RABASA³⁹⁵.

Ahora bien, hay quienes identifican a la equidad como una “justicia benévola”. En esta postura se ubican los juristas del siglo V en adelante³⁹⁶. Con los emperadores cristianos, la equidad es la aplicación de la norma como arte de lo bueno y lo justo, presidido por la caridad, que constituye un *praeceptum maius*³⁹⁷. Se trata pues, indica MARTÍNEZ DE VELASCO, de la equidad del *bonus iudex*³⁹⁸.

No obstante, GONZÁLEZ NAVARRO, en relación con lo anterior, indica “que aplicar una solución de equidad no significa en ningún modo emplear un criterio de benevolencia; se trata, simplemente, de hacer justicia, o si se quiere, de llegar a la justicia del caso”³⁹⁹.

³⁹¹ Voz: “Equidad” en “Diccionario de la Real Academia”, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=EQUIDAD> [accesado el día 6 de abril de 2013].

³⁹² A este respecto, cabe recordar que la *aequitas* romana, tenía como objetivo tratar tanto a los extranjeros como a los ciudadanos romanos de la misma manera; ya que su derecho estricto estaba única y exclusivamente dirigido a los “*civis*”.

³⁹³ Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 26.

³⁹⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *La Equidad en el Derecho Privado. Derecho y Justicia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 41.

³⁹⁵ Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 26.

³⁹⁶ *Idem.*

³⁹⁷ Cfr. MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *op.cit.*, p. 44.

³⁹⁸ *Idem.*

³⁹⁹ Cfr. GONZALÉZ PÉREZ, Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Quinta Edición, Editorial Aranzandi, Barcelona, 2009, p. 49.

La definición de equidad, para el cristianismo, se indica en el CÓDIGO CANÓNICO⁴⁰⁰ –*Codex Iuris Canonici*–, en el canon 19, que la define como “*iustitia dulcore misericordiae temperata*”⁴⁰¹; es decir, “una justicia moderada o temperada por la misericordia”⁴⁰². Así, pues, se trata de un concepto basado en aspectos religiosos que reflejan la majestad de Dios⁴⁰³.

Para la cultura jurídica judía, siguiendo la línea canónica-cristiana, se desarrolla al principio de equidad como benignidad⁴⁰⁴.

A este respecto, MAIMÓNIDES, máximo exponente judío del tema, indica que “la aplicación de la ley, al igual que el tratamiento médico, debe ser particularizada para cada individuo concreto conforme a su condición”⁴⁰⁵.

Asimismo, para el Derecho islámico la equidad se identifica con *Adle* e *Insaf*⁴⁰⁶. Algunas escuelas islámicas⁴⁰⁷ consideran a la equidad, inclusive, como un atributo de la divinidad⁴⁰⁸.

La equidad, a nivel divino –indica HASSAN AFCHAR–, “supone tener en cuenta todas las circunstancias antes de juzgar, no tener perjuicios”⁴⁰⁹. En el plano humano, la equidad es la búsqueda de la senda justa de corazón⁴¹⁰.

Es decir, sigue la filosofía aristotélica que considera a la equidad como una virtud humana, pues el hombre equitativo debe tener en cuenta la debilidad

⁴⁰⁰ A este respecto, Juan Pablo II, en su discurso de presentación del *Codex* de 1983, refería que se trataba de una legislación que tiene el amor como su mandamiento patrimonial. Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *Equidad, Derecho y Justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces/Universidad Complutense de Madrid, S/F. p. 66.

⁴⁰¹ Comentario al Canon 19, en CHIAPPETTA, Luigi, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento Giuridico-Pastorale*, I, Libri I-II, Terza Edizione, Bologna, 2011, p. 41.

⁴⁰² La “Misericordia”, es juzgar con el corazón.

⁴⁰³ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁰⁴ Vid. CASTAN TOBEÑAS, José, *La Idea de Equidad en las Letras Españolas*, citado por *Ibidem*, p. 118.

⁴⁰⁵ *Idem*.

⁴⁰⁶ Vid. HASSAN, Afchar, *Equity in Musulman Law loc. cit.*, Citado por *Ibidem*, p. 121

⁴⁰⁷ Escuelas como *Hanafi*, fundada por ABÚ HANIFA (600-767) en Siria y luego en Irak; la Escuela *Maliki*, fundada por el teólogo y jurista MALIK N. ANAS (718-796) en Medina; la Escuela *Xafi*, fundada por MAMAD IBN IDRIS AL-XAFI’I (768-820); la Escuela *Hanbalí*, fundada por MAMAD IBN HANBAL (780-855). Cfr. PLATA-PUYANA, José Fernando, *La Rigidez del Derecho Islámico, loc. cit.*, pp. 181-183.

⁴⁰⁸ Vid. HASSAN, Afchar, *Equity in Musulman Law, loc. cit.*, p. 121.

⁴⁰⁹ *Idem*.

⁴¹⁰ *Idem*.

humana, tomar menos de lo que a uno le corresponde, recordar la ventajas y no los agravios, ser tolerante con los errores y preferir el consenso a la litigiosidad, a imitación siempre del modo divino de obra⁴¹¹.

Por su parte, HASHIM KAMALI identifica a la equidad, en el derecho musulmán, con el término “*Istihsan*”⁴¹², y la considera como justicia natural que autoriza apartarse de las reglas jurídicas, cuando éstas son inequitativas⁴¹³⁴¹⁴.

Por otro lado, existen autores que sitúan la esencia de la equidad en el Derecho Natural.

El máximo exponente de ello es SANTO TOMAS DE AQUINO, pues indica que “lo equitativo es mejor que lo justo legal, pero está contenido en lo justo natural”⁴¹⁵; es decir, explica ENTRENA KLETT, “para él la ley humana debe sujetarse a la ley divina, a la ley natural y al bien de la comunidad; estar ajustada a la ley natural supone los siguientes acondicionamiento: justa, posible, conforme a la naturaleza, apropiada a las costumbres del país y conveniente al lugar y al tiempo”⁴¹⁶.

⁴¹¹ Cfr. CASTAN TOBEÑAS, José, *La Idea de Equidad en las Letras Españolas*, citado por FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p.118.

⁴¹² Significa literalmente algo para considerar preferible. En su sentido jurídico, *Istihsan* es un método de ejercer opinión personal con el fin de evitar cualquier rigidez y falta de equidad que podría resultar de la aplicación literal de la ley. Es como un concepto que se encuentra cerca de la equidad en el derecho occidental. Sin embargo, la equidad en el derecho occidental se basa en la ley natural, mientras que *Istihsan* esencialmente se basa en la ley divina. Cfr. HASIM KAMALI, Mohammad, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Third Revised and Enlarged Edition, The Islamic Texts Society, Cambridge, 2003, pp. 323-349.

⁴¹³ Cfr. HASHIM KAMALI, Mohammad, *Equity and Fairness in Islam*, Edition The Islamic Texts Society, Cambridge, 2005, pp. 11-15.

⁴¹⁴ El papel de la equidad, en su función creadora en el Derecho musulmán está muy ligado a presupuestos de orden teológico. Así, en el pensamiento mahometano, el Derecho es hijo de la revelación. Antiguamente, en la interpretación y aplicación del Derecho, el juez debía atenerse a la palabra de Alah o a la conducta del profeta, pero al no estar delimitadas, de modo preciso, las normas religiosas y las jurídicas se hacía necesario un singular esfuerzo para transportar a la vida del Derecho los principio del *Coran*. Las escuelas jurídicas islámicas utilizan diversos procedimientos que coinciden en apelar a la equidad como fuente del Derecho para suplir lagunas de las restantes fuentes. Entre estos procedimientos de equidad puede señalarse el de *ichtihad* o *istislah* y el de *istihsan*. Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El Desbordamiento...*, *op. cit.*, p. 176.

⁴¹⁵ Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 31.

⁴¹⁶ *Idem*.

Uno de los juristas contemporáneos que comparten esta tesis es ELÍAS DE TEJEDA, quien afirma que la equidad “es aquella justicia superior que no está inscrita en la norma positiva; es salirse de la norma positiva para corregirla apelando a lo que está por encima de ella: al Derecho Natural, inherente a la ley natural”⁴¹⁷. Agrega, “la equidad es el mismo Derecho Natural, en suma”⁴¹⁸.

De igual manera se cita, como integrante de esta postura, a VALLET DE GOYTISOLO, quien afirma que “la equidad va así de la mano de la recta razón, que juzga de la verdad de las cosas y de su justicia con el riguroso método del Derecho Natural clásico en todos sus grados de aplicación”⁴¹⁹.

Por otro lado, existen posturas que consideran a la equidad como una justicia extralegal; es decir, una herramienta que utiliza elementos extrajurídicos para juzgar, utilizando su plena discreción.

Dentro de esta posición, se encuentra VON THUR, quien considera a la equidad como “aquel modelo de justicia adoptado por el juez cuando sea llamado a ejercer su discreción”⁴²⁰.

En este contexto, hay quienes identifican al principio de justicia (en sentido estricto) con la equidad. A este respecto, se puede identificar a LEGAZ como parte de esta postura, pues afirma que se trata de “una dimensión ontológica de la propia justicia”⁴²¹.

Igualmente, JOHN RAWLS se sitúa en esta postura, pues identifica a la equidad como un procedimiento reflexivo que lleva a la justicia y que implica la “eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento, dentro de la estructura de un práctica, de un apropiado equilibrio entre pretensiones rivales”⁴²².

⁴¹⁷ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Elias de Tejada, un Jurista Extremeño*, Cáceres, 1978, p. 32.

⁴¹⁸ Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 32.

⁴¹⁹ *Idem.*

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 23.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 29.

⁴²² Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 194.

Una postura más, que en lo personal comparto, es aquella que considera a la equidad como “justicia del caso concreto” o “concretistas”.

Esta postura tiene sus antecedentes en ARISTÓTELES, quien en la *Ética a Nicómaco*, desarrolla el concepto de *epieikeia*. En este sentido, los cultivadores de esta postura comulgan con la idea de que la equidad, es un principio que consiste en adaptar la ley a las peculiaridades del caso concreto.

A este respecto, CASTÁN TOBEÑAS acuña, en mi opinión, una de las definiciones más completas de la equidad. El autor define a la equidad como “criterio de determinación y de valoración del Derecho que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida, con sentido flexible y humano el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias”⁴²³.

Indica, pues, que “es el criterio de justicia, individualizado y adecuado a las peculiaridades de cada caso concreto, pero adaptado a los principios generales del Derecho”⁴²⁴.

A entender de MARTÍNEZ DE VELASCO, la equidad es “el equilibrio conseguido por el juez, dentro de los límites que en cada caso concreto le permite la ley, utilizando un criterio objetivo de proporción relativa en la ponderación y articulación de los intereses juzgables en conflicto”⁴²⁵.

Por su parte, STAMMLER define a la equidad como “la norma elegida por el juez como justa para tratar un caso litigioso”⁴²⁶.

⁴²³ Vid. *La Idea de Equidad y su Relación con otras Ideas Morales y Jurídicas Afines*, Madrid, 1950, p. 33, Citado por ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 17.

⁴²⁴ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *La Idea de la Equidad en su Relación con Otras Ideas Morales y Jurídicas Afines* (Discurso de apertura de Tribunales), Madrid, 1950, citado por GONZALÉZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.*, p. 47.

⁴²⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *op. cit.*, p. 54.

⁴²⁶ Vid. *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1930, citado por ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 23.

Sin embargo, esta definición no es la más adecuada para definir a la equidad, pues no se trata de seleccionar la norma del texto normativo, sino de apartarse del texto positivo. La equidad debe entenderse como un principio jurídico que corrige el rigorismo formal de la ley, atendiendo a las circunstancias fácticas que rodean el caso en concreto y a la moderada solución que de ellos examine el operador jurídico, procurando, siempre, conseguir el equilibrio de necesidades entre las partes.

Así, pues, “se trata de indicar cuál es del Derecho para cada uno, o sea, que es lo que pertenece a cada uno, en qué medida y, por lo tanto, cual es la solución del caso que se presenta”⁴²⁷.

Se puede concluir señalando lo que indica ENTRENA KLETT: “hay quienes identifican a la equidad con el principio de justicia; otros, como un medio para determinar el Derecho justo y, otros más, como la adaptación de la ley a las peculiaridades de las personas, de las cosas, del tiempo y del lugar”⁴²⁸.

Sin embargo, explica el autor, “dichas definiciones no son de todo diferentes, sino que ellas se complementan, pues en la primera se expresa el concepto último, filosófico y medular de la equidad; en la segunda es una visión jurídico procesal y la tercera no es más que una regla práctica en desarrollo de la anterior”⁴²⁹.

3.2. ¿Por qué la Equidad es un Principio Jurídico?

Se ha dicho en apartados anteriores⁴³⁰, que los principios jurídicos son verdades universales que tienen su origen en la naturaleza racional del ser humano, y que tienen diversas misiones, tales como ser informadores de las

⁴²⁷ Vid. BAURA, Eduardo, *Interpretación de la Ley Canónica en el Arte Jurídico*, Pontificia Universidad de la Santa Cruz, S/F, p. 1.

⁴²⁸ Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 23.

⁴²⁹ *Idem.*

⁴³⁰ *ut supra*, Capítulo I.

normas, integradores del ordenamiento jurídico, coadyuvantes en la interpretación de la norma positiva y fundadores de la normatividad positiva.

En este sentido, el principio de equidad se trata de una verdad, pues, como se dijo anteriormente, consiste en la adecuación del intelecto a la realidad de las cosas⁴³¹, es decir, se trata de una idea cuyo contenido, razonable y humano, no es debatible, pues lleva impresa el signo de lo justo natural. No tiene límites fronterizos para su aceptación. Se trata, pues, indica HESSEN, de un “conocimiento cierto”⁴³².

Por tanto, la equidad es un principio, pues su naturaleza racional no hace más que confirmar su existencia como uno de tales.

Por otro lado, un principio tiene la característica de ser jurídico. Esto es, los principios generales del Derecho, sólo se limitan al campo del Derecho. No se trata de principios generales de las matemáticas o de principios generales de medicina. Se trata de principios que rigen la naturaleza social del ser humano.

En este contexto, la equidad, en el campo jurídico, resulta fundamental en la aplicación de la norma jurídica, pues el dicasterio debe hacer uso de ella en la toma de decisiones judiciales, dado que garantiza el correcto uso del Derecho.

Asimismo, se indica que son universales. Esto resulta de que los principios jurídicos, independientemente del trato que se les otorgue en determinado espacio geográfico, lo cierto es que son los pilares fundamentales para la realización del Derecho.

A este respecto, la equidad resulta importante en la función jurisdiccional, pues una decisión equitativa, garantiza un juicio justo en cualquier tiempo y lugar. Así, principios jurídicos como el de libertad, igualdad, justicia y equidad, configuran un Derecho justo en todo ordenamiento jurídico existente.

⁴³¹ Es decir, a las circunstancias particulares del caso concreto.

⁴³² Para J. HESSEN, la “verdad” es un conocimiento cierto. Así, afirma “un conocimiento es verdadero cuando su contenido concuerda con el objeto representado”. En este sentido, agrega, “el concepto de la ‘verdad’ es el concepto de una relación” [...] “Se encuentra en la concordancia de la imagen con el objeto”. *Cfr.* HESSEN, J., *Teoría del Conocimiento*, Tercera Edición, Editores Mexicanos Unidos, México, 1993, p. 27.

Al respecto, no está demás observar la historia; el origen de muchos de los episodios, numerosos de ellos bélicos y trágicos, tienen como objetivo lograr el respeto a los principios de igualdad, libertad, equidad y justicia⁴³³, pues en reiteradas ocasiones, el ser humano, por la ambición de poder, ha sobrepasado su respeto y, con ello, ha puesto en peligro el bienestar social e inclusive la propia sobrevivencia de la humanidad.

Esto confirma que la idea de principio jurídico, como verdad jurídica universal, no tiene fronteras, pues todo principio jurídico se considera como un rayo de luz que permite configurar un puente entre Derecho Natural y Derecho positivo, a tal grado que, si el segundo no se ajusta al primero será un ordenamiento jurídico injusto y no conllevaría a una adecuada realización del Derecho⁴³⁴.

Por otro lado, el principio de equidad cumple con las funciones que la doctrina jurídica les ha adjudicado a los principios jurídicos.

Como parte de las funciones que los principios jurídicos desempeñan, la equidad cumple con la característica de ser *informadora de las normas positivas*, pues el legislador en todo momento debe tenerla en cuenta para redactar las reglas cuyo contenido sea un Derecho o una obligación justa o equitativa.

Asimismo, se considera que *integra* el ordenamiento jurídico, pues los operadores jurídicos cuentan con esta herramienta para apartarse de la injusticia que la norma estricta ocasiona y dar una solución justa al caso sometido a su consideración. Así, el magistrado puede incluso resolver, conforme a equidad, cuando el texto jurídico no prevé una ley aplicable al caso concreto⁴³⁵. Por lo que cumple una función integradora del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, al ser la equidad un principio jurídico, resulta *fundamentadora* del ordenamiento positivo, pues todo cuerpo normativo debe

⁴³³ Por ejemplo, en México la independencia de 1810 y la revolución Mexicana de 1910. A nivel internacional, la Revolución francesa de 1789.

⁴³⁴ O bien, estaría en contra del principio de justicia.

⁴³⁵ O si la prevé, ésta es injusta (laguna axiológica).

fundarse en principios jurídicos. En este sentido, la equidad cumple con dicha función, pues fundamenta todo lo expresado en el texto normativo.

Así, pues, la equidad se constituye como un auténtico principio jurídico (o principio general del Derecho) toda vez que, dada su naturaleza, es inaceptable que se le niegue tal reconocimiento.

3.3. Etimología y Origen Formal de la Equidad.

Resulta importante abordar, aunque sea brevemente, la dimensión etimológica e histórica del principio jurídico de la equidad, así como de su aparición en el contexto jurídico positivo. Ello con el objetivo de reflexionar no sólo en torno de su trascendencia histórica, sino fundamentalmente analizar las causas esenciales de su descubrimiento y aplicación.

Afirma PEÑARANDA QUINTERO que “desde los primeros acontecimientos jurídicos de la humanidad, la equidad ha significado *luz*, e incluso se podría afirmar que esa luz de la equidad ha acompañado al hombre desde que éste tuvo la posibilidad racional de hacer el bien y evitar el mal”⁴³⁶.

Dicha afirmación nos remite, por lo tanto, a la “*epieikeia*” griega, pasando por la “*aequitas*” romana y cristiano-canónica, hasta llegar a las concepciones de hoy en día⁴³⁷, como se esboza en los siguientes párrafos.

3.3.1. Grecia.

Los primeros antecedentes sobre la equidad, aunque sólo se trate de una teoría formal, se remontan a la antigua Grecia, específicamente con ARISTÓTELES.

⁴³⁶ Vid. PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón, “Principio de Equidad Procesal”, en *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 21, 2009.1, p. 2.

⁴³⁷ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 35.

El concepto de *epieikeia*, empleado por el Estagirita, se identifica con el principio de equidad, término que procede del griego “*eikos*”, que significa “lo que es razonable, moderado, por oposición a la estricta aplicación de la ley”⁴³⁸.

En efecto, explica PUY MUÑOZ, la equidad “no mitiga el rigor de la ley, pues en sentido propio no la aplica⁴³⁹, sino lo que hace es impedir que alguien sea rigurosa e injustamente tratado al aplicársele la ley de manera general y demasiado estricta, cuando su caso cae fuera de los genéricamente previsto en él”⁴⁴⁰

Ya lo indicaba CICERÓN⁴⁴¹ en la máxima jurídica “*summum ius, summa iniuria*”⁴⁴² una aplicación demasiado rigurosa del derecho es fuente de injusticia—⁴⁴³.

Es claro que el pensamiento aristotélico parte de la imperfección intrínseca de la ley que, al expresarse de modo general, no puede captar todas las exigencias de la realidad contingente, por lo que a veces resulta más conveniente una solución distinta de la prevista por la ley⁴⁴⁴.

Al respecto, ARISTÓTELES planteó el problema de la *epieikeia* en dos de sus obras fundamentales: la *Ética a Nicómaco* y la *Retórica*⁴⁴⁵. En la primera, lo

⁴³⁸ Vid. PREISKER, voz: “*Epieikeia-epieikes*”, en el *Grande Lessico del Nuovo Testamento*, Trad. It., Brescia, 1967, p. 705, citado por *Ibidem*, p. 39.

⁴³⁹ Vid. PUY MUÑOZ, Francisco, voz: “Equidad”, en *Gran Enciclopedia...*, citado por *Ibidem*, p. 38.

⁴⁴⁰ *Idem*.

⁴⁴¹ Vid. RICCOBONO, S., “*Ius est Ars Boni et Aequi*”, en *Ann. Catania*, 1947, IL-L, p. 223 y ss.; Voz “*Aequitas*”, en *Nuovo Digesto Italiano*, T. 1, Torino 1937, pp. 210 y ss.; “*Humanitas*”, en *Atti Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto* (Verona, 27-29 noviembre 1948), 1951, vol. II, pp. 207 y ss.; “*La Definizione del ‘Ius’ al Tempo di Adriano*”, *Ibid.*, 1948, LIII-LIV, p. 5 y ss. Citado por ROBLES VELASCO, Luis Mariano, “*Aequitas y sus Relaciones con la Equity: Diferencias, Similitudes e Influencias*”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, Madrid, 2013, p. 295.

⁴⁴² Vid. STROUX, Johannes, “*Summum Ius Summa Iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte des Interpretatio Iuris*”, en *Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80 Geburtstag*, B.G. Taubner, Leipzig-Berlín, 1926, *Ibidem*, p. 297.

⁴⁴³ Cfr. ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *op. cit.*, p. 297.

⁴⁴⁴ Vid. BAURA, Eduardo, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴⁵ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 175.

equitativo viene equiparado a lo justo, pero no a lo justo legal (*dikaion politikón nomikon*), sino que implica una corrección o superación de la ley⁴⁴⁶.

Sobre el particular, PÉREZ LUÑO sostiene que en dicha obra, “la equidad aparece como un criterio hermenéutico encaminado a la aplicación del Derecho al tenor de las circunstancias del caso, contribuyendo a mitigar los efectos de la generalidad y abstracción del precepto normativo”.

Así, pues, se puede decir que es en esta obra cuando se declara la labor interpretativa del principio de equidad para con el Derecho positivo.

Por lo que ve a la segunda, la Retórica, el Estagirita observa que la valoración de las acciones según la equidad, surge a causa de una laguna de la ley escrita⁴⁴⁷. Por lo tanto, es en esta obra cuando se plantea a la equidad como mecanismo nomogénico, como principio creador del Derecho positivo cuando existe una laguna de ley escrita.

Por lo anterior, se concluye que ARISTÓTELES, con el termino *epieikeia* hacía referencia a una justicia individualizadora, es decir a “la adaptación de la ley a las singularidades del caso”⁴⁴⁸. Además, de que supone preferir un árbitro antes que aun juez, porque los tribunales deciden según la ley, mientras que el árbitro lo hace según la equidad; y el árbitro ha sido inventado para dar fuerza a la equidad⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ A juicio de Aristóteles, la naturaleza de la equidad es la de integrar la ley en lo que ésta tiene de insuficiente a causa de su generalidad. Así, pues se concluye con la afirmación de que cuando las circunstancias son indeterminadas también debe serlo la norma, como lo era la barra de Lesbos que se adapta a la superficie de la piedra. De aquí se dedujo la definición de que la equidad es “la justicia del caso concreto” y, además, con ello se identificó a la equidad con la aplicación benigna y moderada de la ley, que cristalizó en el famoso brocardo “*aequitas est justitia dulcore misericordiae temperata*”. Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁴⁷ Vid. ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 1374, a-b. Sobre el Significado de la equidad en la Retórica. Vid. F. D’ Agostino, *Epieikeia. II tema dell’equità nell’antichità greca*, Giuffrè, Milano, 1973, pags. 89 y ss. Citado por *Idem*.

⁴⁴⁸ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁴⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 175.

3.3.2. *Aequitas* Romana: Una Justicia Igualitaria.

La equidad presenta un desarrollo importante en el pueblo romano, pues se concebía como excepción al *ius strictum*⁴⁵⁰. El concepto, generado en el año 250, entraña, a diferencia de la *epikeia* griega, la inaplicación del *ius*⁴⁵¹.

Etimológicamente, el término “*aequitas*” deriva del sánscrito “*aikatuan*”, que significa “unidad” o “semejanza”, y del latín “*aequus*”, que significa “igual”⁴⁵². Es por ello que, para los romanos, la *aequitas* refería a la “igualdad” y era utilizada como sinónimo de *ius*⁴⁵³.

SANTO TOMAS acoge la idea aristotélica de la *epikeia* con el vocablo latino *aequitas*. El Aquinatense parte, pues, de la experiencia de que la ley humana formulada con generalizaciones, no puede prever todos los casos, por lo que, en ocasiones, es necesario apartarse del texto legal para hacer justicia, lo que es propio de la equidad⁴⁵⁴.

Por lo anterior, la *aequitas* en el pueblo romano viene a ser expresivo de rectitud e igualdad en el trato⁴⁵⁵. Así, en una acepción inicial, significa que “el Derecho tiene como fin otorgar igual protección a intereses iguales y semejantes que la merezcan, así como que el Derecho debe ser el mismo para todos los individuos que integra la sociedad”⁴⁵⁶.

De esta manera, la *aequitas* aparece como una representación de la justicia en cuanto aspiración social común frente a una determinada relación jurídica

⁴⁵⁰ Indica FALCÓN Y TELLA que, “toda la historia del Derecho romano se cifra en un constante esfuerzo por superar el “*ius strictum*” con el “*ius aequum*”. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁵¹ Cfr. SABELLI, Eduardo Héctor, “Equidad y Control de Constitucionalidad”, p. 4, disponible en <http://www.cebac.com.bo/descargas/Equidad%20y%20Control%20de%20Constitucionalidad.pdf> [accesada el día 13 de mayo de 2013].

⁴⁵² Vid. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁵³ Por eso, CICERÓN afirmaba que “*ius civile est aequitas constituta*”. Vid. SABELLI, Eduardo Héctor, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁵⁴ Vid. BAURA, Eduardo, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁵⁵ Vid. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁵⁶ Así, parece entenderlo la máxima inglesa “*equality is equity*” (igualdad es equidad) Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 49.

regulada por el Derecho, es decir, se habla de una equidad identificada como justicia igualitaria⁴⁵⁷. En ello se asemeja la máxima inglesa “*equality is equity*” (igualdad es equidad)⁴⁵⁸.

Se debe considerar, que la concepción de la equidad en la época clásica romana, se identifica con la denominada *isonomía* en Grecia⁴⁵⁹, que deriva de los términos *isos* –igualdad– y *nomos* –norma–, esto es “igualdad jurídica para todos”; se trata de una igualdad formal ante la ley, donde ésta debe aplicarse a todos sin ninguna consideración en específico porque refleja la voluntad de “todos”⁴⁶⁰.

3.3.2.1. *Ius Gentium*, Antecedente de la Equidad en Roma.

En los primeros años, los romanos basaban su derecho en costumbres; es decir, se trataba de un Derecho consuetudinario. Sin embargo, con el paso del tiempo, la suma de todas esas costumbres configuró el Derecho civil, propio de los ciudadanos romanos⁴⁶¹.

Posterior a la constitución de la República, en respuesta a las quejas de los plebeyos, se redactó⁴⁶² la ley de las XII Tablas⁴⁶³ y, precisamente con ella se puede decir que se originan los primeros antecedentes de la equidad, cuando GAYO advierte las *iniquitates* en dicha ley –máxima expresión legislativa en el

⁴⁵⁷ Cfr. ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *op. cit.*, p. 295.

⁴⁵⁸ *Idem.*

⁴⁵⁹ Este concepto surge en Grecia, cuando la costumbre de las ciudades se codifica por los sabios legisladores. Cfr. GÓMEZ SAMANO, Sebastián, “Justicia y Equidad: de Themis a Dike, de Isonomia a la Epikeia y de éstas al Filein”, en *Serie Ética Judicial*, No. 26, Febrero 2013/ Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, p. 28.

⁴⁶⁰ *Idem.*

⁴⁶¹ El desarrollo del *ius civile* queda confiado a la actividad interpretadora de los prudentes. Las XII Tablas, la *interpretatio* y el proceso legal (*legis actio*) son sus tres pilares. Cfr. RIBAS ALBA, José María y SERRANO-VICENTE, Martín, *El Derecho en Roma*, Editorial Comares, Granada, 2010, p.56.

⁴⁶² Esta Ley fue redactada en doce tablas, entre los años 450 y 451 a.C., para atender las reclamaciones de los plebeyos, que deseaban igualarse en libertad a los patricios.

⁴⁶³ Con relación al tema, puede consultarse la siguiente página web <http://www.unav.es/hAntigua/textos/docencia/roma/practicass/didrom18.htm> [accesado el día 17 de julio de 2013].

Derecho romano primitivo⁴⁶⁴ – que, por su carácter excesivamente formal y rígido, hacía necesario su modulación para adecuarla a la vida cotidiana y real⁴⁶⁵.

Cabe recordar que, para ejercitar una acción en Roma⁴⁶⁶, los litigantes para plantear su caso⁴⁶⁷ tenían que ajustarse al procedimiento de la “*legis actio*”⁴⁶⁸. En este procedimiento⁴⁶⁹ predominaba la oralidad y consistía, básicamente, en dos fases: la primera, llamada fase *in iure*⁴⁷⁰, que se desarrollaba entre los litigantes y en presencia del *pretor*, cuya finalidad era fijar los términos jurídicos de la controversia – es decir, la *litiscontestatio*⁴⁷¹. En esta fase, el *pretor* se limitaba a denegar o no la acción intentada por los litigantes y, remitir el caso al *iudex*⁴⁷².

La segunda, llamada *apud iudicem*⁴⁷³, se desarrollaba ante el juez que conoce los hechos, recibe las pruebas y las argumentaciones de los litigantes y dicta sentencia⁴⁷⁴. Sin embargo, como el procedimiento era oral, las partes debían recordar exactamente lo dicho en la primera fase, pues un mínimo detalle daba lugar a perder el litigio.

⁴⁶⁴ Cfr. PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *La Equidad y Los Juicios de Equidad*, Editorial Difusión, Madrid, 2010, p. 27.

⁴⁶⁵ Cfr. ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *op. cit.*, p. 295.

⁴⁶⁶ Época arcaica del Derecho romano, antes de las XII Tablas.

⁴⁶⁷ Las acciones sólo podían plantearse por *cives* y contra *cives*.

⁴⁶⁸ Las acciones se presentan como un conjunto reglamentado de ritos solemnes y orales que no se deben realizar incorrectamente so pena de perder el litigio. Cfr. RIBAS ALBA, José María y SERRANO-VICENTE, Martín, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁶⁹ Cuyo origen se remonta hasta antes de las XII Tablas.

⁴⁷⁰ La primera etapa del procedimiento de la *legis actio*, consistía en plantear de manera oral, por parte de los litigantes, el caso ante el *pretor*. Los litigantes al plantear el asunto debían ser muy precisos en las palabras que empleaban, pues si estas no encuadraban en los términos establecidos en el *ius civile*, el *pretor* desechaba la acción. No obstante, si las palabras encuadraban en los términos de la ley, el *pretor* debía darle trámite y remitir el caso al *iudex* (segunda etapa) para que dictara sentencia.

⁴⁷¹ Culminaba con la elección del juez.

⁴⁷² Este procedimiento era tan formalista que, si se empleaba un término o palabra distinta a la que se preveía para ejercitar la acción, los litigantes podían perder el juicio.

⁴⁷³ Que tenía lugar en las plazas públicas.

⁴⁷⁴ Durante esta etapa se ofrecían cinco acciones: *legis actio sacramento* (las partes juraban ante el pretor tener una acción que intentar; es decir solemnidad verbal), *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (acción por la cual elegía al juez que conocería del caso), *legis actio per conditionem* (una vez elegido el juez, se daba a las partes 30 días para llegar a un acuerdo), *legis actio per manus iniectioem* (se perseguía el cumplimiento de una sentencia condenatoria) y *legis actio per pignoris capionem* (consistía en un procedimiento especial para ciertos casos, como el embargo). Cfr. RIBAS ALBA, José María y SERRANO-VICENTE, Martín, *op. cit.*, pp. 55-56.

Por otro lado, el pueblo romano padecía el problema derivado del tráfico jurídico, sobre todo en la cuestión de la administración de justicia, pues el Derecho de cada comunidad sólo tenía vigencia para sus ciudadanos y no para los extranjeros o “*peregrini*”⁴⁷⁵ que habitaban en territorio romano.

El problema se resolvió atendiendo a que, para la mitad del siglo III a. C., las relaciones comerciales de Roma fueron en aumento y, con el fin de dar protección jurídica a los extranjeros, se tuvo la necesidad de crear un magistrado especial para procesos entre extranjeros y, entre estos y ciudadanos romanos: el *pretor*⁴⁷⁶ –*pretor inter peregrinos* o *peregrinus*⁴⁷⁷, llamado así para diferenciarlo del *pretor urbano* – que resolvía conflictos exclusivamente entre ciudadanos romanos a través del Derecho civil–⁴⁷⁸.

La creación de esta figura trajo consigo la jurisdicción del *ius gentium*, un Derecho basado en la “*aequitas*” y en la *fides*⁴⁷⁹ cuya finalidad –afirma KASER–, surge para “superar las asperezas y rigideces del Derecho civil”⁴⁸⁰ y, que a diferencia de la ley escrita, es más humano y razonable⁴⁸¹. La función del *pretor peregrino* era que a través del procedimiento formulario o *per formulas*⁴⁸², debía encontrar el remedio necesario para resolver los conflictos sometidos a su decisión, sin apearse al formalismo del *ius civile*⁴⁸³.

Así, la diferencia entre el *pretor urbano* y el *pretor peregrino* consistía en que el primero sólo se limitaba a analizar sobre ejercitar o no la acción de los

⁴⁷⁵ Cfr. KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Quinta Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1999, p. 83.

⁴⁷⁶ Debe considerarse que, el pretor al inicio de su cargo, emitía un edicto cuyo contenido expresaba las “*formulas*” conforme a las cuales regiría sus funciones, formando así precedentes. Dicho edicto sólo tenía vigencia por un año. Posteriormente, la compilación de todos ellos dio lugar, al derecho honorario o pretoriano.

⁴⁷⁷ Instituido en el 242 a. C.

⁴⁷⁸ Cfr. KUNKEL, Wolfgang, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁷⁹ Es decir, en la confianza.

⁴⁸⁰ Cfr. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁸¹ En línea, disponible en la siguiente página web <http://evolutionhomo.blogspot.mx/2008/10/el-derecho-romano.html> [accesado el día 17 de julio de 2013].

⁴⁸² En este procedimiento, la condena, a diferencia de la *legis actio*, siempre era pecuniaria.

⁴⁸³ Función semejante a la del Lord Canciller en el sistema del *Common Law*.

litigantes ante el *iudex* para que éste resolviera⁴⁸⁴, mientras que el segundo, el *pretor peregrino*, proponía, asesorado por jurisconsultos, a través de un documento llamado “*formula*”, sin necesidad de apegarse al formalismo y rigorismo del *ius civile*, la posible solución del caso concreto al *iudex*.

Sin embargo, con el paso del tiempo, el *pretor peregrino* comenzó a funcionar como, por decirlo de alguna manera, tribunal de impugnación ante la falta de autorización del *pretor urbano* de los casos planteados por los litigantes, por no ajustarse a los formalismos del *ius civile* y, además, por la severidad en el tratamiento de la condena⁴⁸⁵. Así que, afirma FALCÓN Y TELLA, se facultó a los ciudadanos romanos, mediante la *Lex Aebutia*⁴⁸⁶, para dirigirse al *praetor urbanus* a través del procedimiento formulario⁴⁸⁷, en vez de utilizar el arcaico proceso de las *legis actiones*⁴⁸⁸.

De esta forma, el *ius pretorianus* acabó interviniendo en nuevos tipos de casos y relaciones jurídicas sobre la base de la *aequitas*⁴⁸⁹. Esto dio lugar a la aparición de un *ius novum* que permitía aplicar una nueva forma de Derecho a casos contemplado en la ley⁴⁹⁰ cuando se consideraba que su regulación en ésta, contravenía el interés social general⁴⁹¹.

⁴⁸⁴ Curiosamente, este procedimiento tiene semejanza con los *writs* en la formación del *Common Law*, en Inglaterra.

⁴⁸⁵ Semejanza evidente con el sistema jurídico inglés, pues ante los reclamos constantes del pueblo por su derecho al acceso a la justicia ante los Tribunales Reales, el Rey crea una nueva jurisdicción, el tribunal de cancillería o de *equity*, pues los tribunales del *Common Law*, se mostraba demasiado rígidos y formalistas a través del precedente.

⁴⁸⁶ Es una ley de fecha incierta de la que sólo se tiene noticia, a decir de FUENTESECA DEGENEFFE, por el dicho de GAYO IV 30, y de GELLIUS 16, 10 y 8. De estos pasajes únicamente se puede deducir que esta *lex* desempeñó un papel importante en el paso desde las *legis actiones* hasta el procedimiento formulario. Cfr. FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita, “El Significado de la *Lex Aebutia* en el Ordenamiento Procesal Romano”, disponible en <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/2007/Fuenteseca.pdf> [accesado el día 3 de mayo de 2013].

⁴⁸⁷ Caso semejante sucede en Inglaterra con las *Judicature Acts*, de 1873 a 1875.

⁴⁸⁸ Consistió en un procedimiento rígido donde el papel del magistrado estaba limitado por la costumbre y cuya única función era denegar o no la acción a quien pretendía ejercerla inmerecidamente y, además exclusivo de los “*cives romani*” Cfr. ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *op. cit.*, Nota al pie 61, p. 300.

⁴⁸⁹ *Idem.*

⁴⁹⁰ *Idem.*

⁴⁹¹ Cfr. PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *op. cit.*, p. 29.

Después de una larga evolución, el procedimiento formulario quedó totalmente incorporado al *ius civile* en el periodo postclásico y en el justineano⁴⁹².

3.3.2.2. La Equidad como *Benignitas, Humanitas o Pietas*.

Por otro lado, con la llegada y el triunfo del Cristianismo, en la última época del imperio en el Derecho romano postclásico⁴⁹³, la *aequitas* es retomada como la aplicación benigna y humana de la ley⁴⁹⁴, presidida por la caridad⁴⁹⁵, es decir, toma el nombre de “*humanitas*”, “*benignitas*”, “*pietas*” o “*charitas*”⁴⁹⁶.

De esta forma, indica ROBLES VELASCO, “a merced de la influencia cristiana y canónica, la equidad adopta la forma de una virtud humanitaria y un modo de impartir justicia de forma benévola y moderadora”⁴⁹⁷. Por ello, la equidad cristiana, frente a la equidad romana, se dota de un marcado contenido teológico de aquélla, como reflejo de la voluntad de Dios⁴⁹⁸.

No obstante, “la concepción cristiana de la equidad se manifiesta en el concepto de equidad canónica⁴⁹⁹, principalmente en la Patrística y en la Escolástica”⁵⁰⁰.

Al respecto, destaca el pensamiento de SANTO TOMÁS DE AQUINO, quien define a la equidad como “la virtud que, prescindiendo de la letra de la ley, sigue las exigencia de la justicia y el bien común”⁵⁰¹.

Lo anterior, indica SUÁREZ –explicando el concepto de equidad del Aquinatense–, se trata de “una interpretación jurídica en contra del tenor literal de

⁴⁹² Vid. MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁹³ Cfr. ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *op. cit.*, p. 302.

⁴⁹⁴ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁹⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁹⁶ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁹⁷ Cfr. ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *op. cit.*, p. 303.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 304.

⁴⁹⁹ Para el Código Canónico, la equidad es “*benigna interpretatio o iustitia dulcere misericordiae temperata*”. *Ibidem*, p. 44.

⁵⁰⁰ Cfr. GRANDE YAÑEZ, Miguel, *et al.*, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁰¹ *Idem*.

la ley, de acuerdo con la ‘presunta voluntad’ benigna del legislador”⁵⁰². Es decir, “se presume que el legislador, si hubiera tenido presente la circunstancia concreta en la que se debía aplicar la ley, eximiría de su cumplimiento literal”⁵⁰³.

De igual manera, resulta claro exponente de la equidad canónica el Decreto de GRACIANO^{504 505}, quien señala un límite al deber de obediencia de los fieles respecto a los sacerdotes, en el caso de que se trate de obedecer un mandato injusto⁵⁰⁶. A este respecto, prescribe una jerarquía en las normas jurídicas, situando en primer lugar a la *aequitas*, como la *voluntas Dei*, en segundo la *iustitia* como *aequitas in voluntate hominis*, y en tercer lugar, el *ius* como *talís voluntas redacta in praeceptionem*, jerarquía que será retomada por SAN AGUSTÍN y luego por la Escolástica bajo las expresiones de *Aequitas*, como *Lex Aeterna*, la *Iustitia* como *Lex Naturalis* y el *Ius* como *Lex Positiva*⁵⁰⁷.

Por su parte, SAN ISIDORO DE SEVILLA⁵⁰⁸ establece, a su vez, una especie de distinción entre la justicia, la equidad y la misericordia: la justicia dictaría las sentencias; la equidad las corregiría, si bien permaneciendo dentro del Derecho; y, finalmente, la misericordia conduciría a una indulgencia que trasciende al Derecho⁵⁰⁹.

Así, pues, la Equidad en el apogeo del cristianismo, se concibe como la caridad que debe mostrar el juzgador frente a sus semejantes, configurándose “como una excepción a la ley por motivos extrajurídicos”⁵¹⁰ o “como una justicia suavizada por la dulzura de la misericordia”^{511 512}.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 131.

⁵⁰³ *Idem*.

⁵⁰⁴ Cfr. GRACIANUS, *Dictum* post c. 90, C. XI, q. 3. Citado por ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *op. cit.*, p. 304.

⁵⁰⁵ Para mayor detalle, puede consultarse la siguiente página web <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/tesiMarcelo.pdf> [accesada el día 3 de mayo de 2013].

⁵⁰⁶ Cfr. ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *op. cit.*, p.304.

⁵⁰⁷ *Idem*.

⁵⁰⁸ C. 10 de la D. XLV. *Idem*.

⁵⁰⁹ *Idem*.

⁵¹⁰ Por ejemplo, religiosos.

⁵¹¹ “*Iustitia dulcore misericordiae temperata*” Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 66.

3.3.3. La *Equity* Inglesa.

Como se explicó anteriormente, las dificultades de la vida social en Roma y la ineficacia del *ius strictum* tuvo como consecuencia la estructuración de un nuevo Derecho basado en la *aequitas* o equidad. Caso semejante aconteció, en la Edad Media en Inglaterra, con la creación de los tribunales reales⁵¹³.

A la salida de los romanos⁵¹⁴, Inglaterra fue invadida por razas de origen germánico, por lo que el territorio se encontraba dividido por regiones independientes unas de otras, regiones pobladas por sajones, anglos, jutos y daneses⁵¹⁵. Cada pueblo tenía su propio Derecho formado por leyes de carácter consuetudinario y, aunque entre ellos existían rasgos similares, es cierto que también existían diferencias⁵¹⁶.

Asimismo, después de la fallida invasión de los daneses en el siglo VIII, la idea de la existencia de órganos que impartieran justicia en cada pueblo comenzó a dar sus primeros antecedentes con ALFREDO “El Grande”⁵¹⁷, pues dividió el territorio en condados, dando lugar a los órganos jurisdiccionales denominados *County Courts*⁵¹⁸.

⁵¹² La misericordia es definida por Santo Tomás, en la *Summa Theologica*, como “misericordioso es como decir que alguien tiene miseria en el corazón, en el sentido de que le entristece la miseria ajena como si fuera propia [...] siempre que por miseria entendamos cualquier defecto (defectos de naturaleza racional), y los defectos no desaparecen si no es por la perfección de alguna bondad”. *Vid.* DE AQUINO, Santo Tomás, (presentación Damián Byrne), *Suma de Teología*, Cuarta Edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001, p. 265.

⁵¹³ En el siglo XIV.

⁵¹⁴ No obstante la ocupación romana a Inglaterra a cargo de CLAUDIO en el año 43 de nuestra era, y que duró más de trescientos años hasta el año 407, cuando los romanos abandonaron la isla, la influencia del Derecho romano fue escasa. *Cfr.* MORINEAU, Marta, *Una Introducción al Common Law*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Autónoma de México, México, 2004, p.12.

⁵¹⁵ *Idem*.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 10.

⁵¹⁷ Rey de los Sajones.

⁵¹⁸ Se trata del primer antecedente que da lugar a los ingleses el Derecho a la justicia. Se trataba de tribunales que aplicaban las costumbre locales y, sus procedimientos de prueba pueden ser considerados como bárbaros.

No obstante, después de la batalla de Hastings en el año 1066⁵¹⁹, GUILLERMO “el Conquistador”, Duque de Normandía⁵²⁰, asciende al trono inglés con el título de GUILLERMO I y unifica, bajo una Corona, a los antiguos reinos anglosajones⁵²¹.

Posteriormente, con ENRIQUE II, para lograr un mayor control en la administración Real, se logró el establecimiento de tres tribunales reales⁵²² con sede en la ciudad de Londres, los llamados tribunales de *Westminster*, que fueron el Tribunal del Tesoro (*Court of Exchequer*), para asuntos hacendarios, el Tribunal del Banco del Rey (*Court of King’s Bench*) para asuntos penales, y el Tribunal de Causas Comunes (*Court of Common Pleas*), con jurisdicción civil⁵²³.

Cabe resaltar que estos tribunales no se crearon para impartir justicia a los particulares o al pueblo, como las *County Courts*, sino que su fin consistía en tener mayor control en la administración Real, específicamente en el pago de impuesto y sólo tenían acceso a ellos el Rey y su Consejo. No se trataba, pues, de una jurisdicción “ordinaria”.

Sin embargo, ante los constantes reclamos del pueblo sobre la administración de justicia encomendada a las *County Courts*, pues atendían a procedimientos bárbaros para juzgar un conflicto –como las *ordalías*⁵²⁴ y el duelo, entre otros–, los particulares empezaron a plantear sus quejas ante el Rey

⁵¹⁹ Quien derrota al rey de Inglaterra, el rey sajón HEROLDO II.

⁵²⁰ Quién desconocía totalmente las costumbres inglesas.

⁵²¹ Un aspecto importante del reinado de GUILLERMO I, corresponde al interés de centralizar la administración de justicia. *Cfr.* MORINEAU, Marta, *op. cit.*, p. 13.

⁵²² En un inicio, los tribunales reales funcionaron como tribunales de excepción frente a los tribunales locales de los condados o pueblos (*Cunty Courts*). *Ibidem*, p. 15.

⁵²³ A consideración de THEODORE PLUCKNETT, dichos tribunales quedaron perfectamente delineados para el reinado de Eduardo I, en los años 1272 -1307. *Idem*.

⁵²⁴ También llamadas “juicio de Dios”. Consistían en un medio de prueba para establecer la inocencia de un inculpado, utilizando la tortura. Las pruebas generalmente estaban relacionadas con el fuego, siendo las principales el sostener una barra de hierro candente o meter y mantener las manos en una hoguera. En ocasiones se obligaba al acusado a permanecer cierto tiempo debajo del agua. Todos aquellos que sobrevivían o no resultaban demasiado dañados, era por la intervención de Dios, y entonces eran puestos de nuevo en libertad y no recibían castigo alguno. Disponible en <http://morwenedhwen.wordpress.com/2008/04/15/las-ordalias-o-juicios-de-dios/> [accesado el día 3 de julio de 2013].

–*The Fountain of all Grace and Justice*– para solicitar que los tribunales reales resolvieran sus asuntos, actuando entonces como tribunales de impugnación.

Ante los tribunales del *Common Law*, los litigantes pretendían convencer a los jueces de que la resolución que dictaran debía ser razonada a través de medios de convicción menos barbáricos, que era preferible la aplicación del precedente judicial que una decisión emanada de los tribunales de jurisdicción ordinaria basada en elementos probatorios de carácter primitivos.

Sin embargo, para solicitar que los tribunales reales intervinieran para solucionar un conflicto, se exigía pagar a un “canciller” –el funcionario de más alto rango del palacio– un *writ*⁵²⁵ o autorización legal⁵²⁶.

Al poco tiempo, y tomando en consideración que muchas de las demandas⁵²⁷ para la que los particulares solicitaban autorización eran semejantes, los *writs* se estandarizaron⁵²⁸, y se estableció una lista de ellos, los denominados “*brevia formata*”⁵²⁹ –procedimiento que se asemeja a las “formulas” elaboradas por el *pretor*, en la época del procedimiento formulario en Roma⁵³⁰–, los cuales estaban a disposición de los litigantes⁵³¹, previo pago de derechos a la Cancillería⁵³².

⁵²⁵ Al respecto, FALCÓN Y TELLA indica que “el término “*writ*” tiene en castellano diversas acepciones: “mandamiento, provisión, orden o decreto”, originariamente dictado por el rey y que con el paso del tiempo dejaron de ser órdenes del monarca para convertirse en autos o mandamientos de los jueces. Además, es una institución fundamental del Derecho inglés medieval –que se remonta a los tiempos de Enrique II, y constituye el origen de las acciones procesales–. *Vid.* FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 93.

⁵²⁶ *Vid.* MORINEAU, Marta, *op. cit.*, p.16.

⁵²⁷ Para el siglo XII, el Canciller había redactado alrededor de setenta y cinco tipos de *writs*, cuyo número creció considerablemente durante los dos siglos siguientes. *Idem.*

⁵²⁸ *Idem.*

⁵²⁹ Por ello, se comparaba a la *equity* emanada de los *writ* con la tienda de un zapatero que tiene todo tipo y clase de hormas para los pies, donde cualquiera puede encontrar más tarde o más temprano lo que le venga bien, ya sea grande ya pequeño. Este sentimiento de desconfianza frente a la equidad, es lo que dio lugar al aforismo del *pie del canciller* (*the chancellor foot*), que se atribuye al famoso jurista del siglo XVII John Selden. *Cfr.* ROBLES VELASCO, Luis Mariano, *op. cit.*, p. 310.

⁵³⁰ *Vid.* MORINEAU, Marta, *op. cit.*, p. 16.

⁵³¹ Eran como tipo formatos o machotes, que sólo debía completar con los datos particulares del caso. Los litigantes debía cuidarse de escoger el *writ* adecuado, pues si se equivocaban, el juez podía rechazar el asunto. *Idem.*

⁵³² *Cfr.* FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 93.

Para 1285, al Canciller sólo se le autorizó –por mandato del Estatuto de *Westminster II*⁵³³– emitir *writs* cuando los hechos del caso fueran similares a los de una situación contemplada en un *writ* anterior⁵³⁴, previo consentimiento del Rey y de su Consejo⁵³⁵.

Así, pues, con el paso del tiempo los tribunales reales, para garantizar a los particulares una justicia de calidad, ampliaron su jurisdicción⁵³⁶ a todo el territorio, sustituyendo, gradualmente, las *County Courts*⁵³⁷.

Los jueces reales, para resolver los asuntos, buscaron lo que había en “común” en las costumbres locales, para así crear un derecho unificado, reglas que serían aplicables a todo el país; es decir, se convertiría en reglas de un “Derecho común” aplicables a todo el territorio y a todos los pobladores, y así surge el sistema judicial del *Common Law* o la *Comune Ley*⁵³⁸.

Por lo anterior, como afirman TORRES ZÁRATE Y GARCÍA MARTÍNEZ, “el *Common Law* no se presenta como un sistema orientado a proteger los Derechos, sino que consiste, esencialmente, en las reglas de procedimiento consideradas propias a asegurar en casos cada vez más numerosos la solución de litigios conforme a la justicia”⁵³⁹.

⁵³³ Capítulo 24 del II Estatuto de Westminster en 1528. *Idem.*

⁵³⁴ *Vid.* MORINEAU, Marta, *op. cit.*, p. 16.

⁵³⁵ *Cfr.* FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 93.

⁵³⁶ *Cfr.* LANGBEIN, John H., *et al.*, *History of the Common Law*, Aspen Publishers/Wolters Kluwer, New York, 2009, p. 92.

⁵³⁷ *Vid.* MORINEAU, Marta, *op. cit.*, p. 15.

⁵³⁸ *Idem.*

⁵³⁹ *Vid.* TORRES ZÁRATE, Fermín y GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, “Common Law: Una Reflexión Comparativa entre el Sistema Inglés y el Sistema Estadounidense”, p. 76, disponible en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/62/68-05.pdf> [accesada el día 8 de agosto de 2013].

3.3.3.1. Origen de la *Court of Chancery*.

Para el siglo XIV, las quejas sobre los errores en la administración de justicia civil y penal del *Common Law*⁵⁴⁰ aumentaron de manera exorbitante, por lo que los particulares, al no obtener justicia de los tribunales reales, comenzaron a llevar las quejas al Rey, quien a su vez las turnaba al “Lord Canciller” –quien era considerado como el guardián de la conciencia del Rey (*the keeper of the king’s conscience*) –⁵⁴¹, para que resolviera los asuntos que los tribunales reales se rehusaban a tratar.

Para encargarse de estos asuntos y dar respuesta a las quejas, el Canciller tuvo que crear un nuevo órgano jurisdiccional, que fue el Tribunal de Cancillería (*Court of Chancery*)⁵⁴²; es decir, un Tribunal que permitiera la impugnación de aquellas decisiones del Tribunal del *Common Law*, cuyas consecuencias implicaban la realización de una injusticia⁵⁴³.

Por lo tanto, cuando se acudía a los tribunales de *equity*, se trataba de convencer a los jueces de que la aplicación de estricto derecho del precedente judicial conllevaría a una injusticia de imposible reparación. Por lo tanto, tendían a buscar un “remedio” en conciencia más que la aplicación estricta de la ley. En este contexto, el Tribunal de *Equity* resolvía tomando en consideración las circunstancias particulares del caso y daban más importancia a la intención (buena fe) que a la forma⁵⁴⁴.

Por lo anterior, la *equity* nace como rama complementaria del *Common Law*, para remediar situaciones que este último, por su carácter rígido y formal, fue

⁵⁴⁰ Cfr. LANGBEIN, John H., *et al*, *op. cit.*, p. 271.

⁵⁴¹ Por eso se habla de una jurisdicción de conciencia. Vid. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁴² Vid. MORINEAU, Marta, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁴³ Vid. CASTAN, José, “La Equidad y sus Tipos Históricos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Junio de 1950, pp. 697-751.

⁵⁴⁴ Cfr. TORRES ZÁRATE, Fermín y GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, *loc. cit.*, p. 77.

incapaz de resolver⁵⁴⁵ –función semejante al *Ius Pretoriano* para con el *Ius Civile* romano–.

Sin duda alguna, el origen de la *equity* no está alejado de las circunstancias que dieron lugar a la *aequitas* en Roma. En este sentido, se debe resaltar que en ambos sistemas, la equidad resulta igual en su aplicación. No obstante, existe la diferencia que, en el sistema inglés, la equidad era aplicada por un Tribunal distinto al del *Common Law* y, mientras que en el sistema romano, por el mismo tribunal.

Asimismo, resulta importante señalar que, en ambos sistemas jurídicos, los jueces dejan de ser, de acuerdo a la frase de Montesquieu “la boca de ley”, y se transforman en verdaderos jueces de equidad.

3.3.3.2. Evolución de la *Equity*.

En un principio, durante el periodo de formación de la *Court of Chancery*, los cancilleres eran eclesiásticos⁵⁴⁶. Algunos eran obispos e incluso cardenales versados en la administración eclesiástica⁵⁴⁷. Por tanto, era frecuente que recurrieran al Derecho Canónico, específicamente a la *aequitas* romano-canónica^{548 549}.

Sin embargo, es con ENRIQUE VIII⁵⁵⁰ que el cargo de Canciller ya no será asumido por un eclesiástico, sino por prácticos del Derecho, por abogados⁵⁵¹, provocando la evolución del sistema.

⁵⁴⁵ Vid. MORINEAU, Marta, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁴⁶ Cfr. LANGBEIN, John H., *et al.*, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁴⁷ *Idem.*

⁵⁴⁸ Aunque, en lugar de usar este término, se utilizaban términos como la buena conciencia (*good conscience*), buena fe (*good faith*), o buena razón (*good reason*). Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁴⁹ Así fue que algunos elementos del Derecho romano se introdujeron inevitablemente en el Derecho inglés. Vid. MORINEAU, Marta, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁵⁰ Vid. ENTRENA KLETT, Carlos, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁵¹ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 94.

En este sentido, fue precisamente con Lord NOTTINGHAM –sucesor de THOMAS MORE– en 1673, cuando se consolida este nuevo sistema⁵⁵² con su tratado sistemático de la *equity*, al que título *Prolegomena*⁵⁵³. Sin embargo, es Lord ELDON en 1827, uno de los grandes abogados de la *Equity*⁵⁵⁴, quien a decir de JILL E. MARTIN, “sus decisiones eran sabias, minuciosas, claras y exhaustivas”⁵⁵⁵, que llevó a la *Equity* a su máximo esplendor⁵⁵⁶.

Otro acontecimiento importante en la evolución del sistema del *Common Law* tiene lugar en 1873 y 1875, ya que se produce una reorganización de los tribunales mediante las “*Judicature Acts*”⁵⁵⁷.

Con ellas se suprime la distinción formal entre las cortes del *Common Law* y de la *Equity*, otorgando competencia a todas las jurisdicciones inglesas para aplicar indistintamente las reglas de ambas ramas del Derecho inglés⁵⁵⁸.

Así, con estas leyes se establece que el *Common Law* y la *Equity* serán administrados por los mismos tribunales, pero siempre dando preferencia a la equidad en caso de conflicto⁵⁵⁹.

Actualmente, a pesar de la unificación procesal, siguen subsistiendo ciertos rasgos propios de las dos modalidades diferentes de procedimientos⁵⁶⁰. Uno de ellos es el carácter “oral y dispositivo”, propio del Tribunal del *Common Law* y, la

⁵⁵² Cfr. MARTIN, Jill E., *Modern Equity*, Sweet and Maxwell Ltd, 16th. Edition, London, 2001, p. 12.

⁵⁵³ En ella se habla de una “nueva conciencia” del Canciller, al referirse a factores externos y objetivos, de carácter civil y político, frente a la “conciencia moral” propugnada por los cancilleres eclesiásticos, afirmando con ello la subordinación de la “equity” al Derecho –*equity follows the law*–. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, Nota al pie 26, p. 95.

⁵⁵⁴ Cfr. MARTIN, Jill E., *op. cit.*, p. 12.

⁵⁵⁵ *Idem.*

⁵⁵⁶ Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 96.

⁵⁵⁷ *ibídem*, p. 98.

⁵⁵⁸ Vid. DAVID, René y JAUFFRET–SPINOSI, Camille, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (Trad. Jorge Sánchez Cordero), Decima Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2010.

, p. 226.

⁵⁵⁹ Cfr. TORRES ZÁRATE, Fermín y GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, *loc. cit.*, p. 78.

⁵⁶⁰ Vid. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 98.

otra, que se juzga atendiendo a un procedimiento “escrito e inquisitivo”, inspirado en el Derecho Canónico, que corresponde a la *Court of Chancery*⁵⁶¹.

De ahí, entonces, la *Equity* conoce de aquellos asuntos basados en la confianza, los (*trusts*), como los fideicomisos, los testamentos, los contratos, entre otros. Es decir, la *Equity*, se relaciona con el plano de la buena fe⁵⁶². Mientras que en el *Common Law*, su competencia se extiende al ámbito público, como la materia penal la responsabilidad civil, por mencionar algunos.

Por último, es de resaltarse que tanto el *Common Law* como la *Equity*, son sistemas jurisprudenciales, el primero originado en los tribunales reales, y el segundo, en el Tribunal de Cancillería o Tribunal de Equidad⁵⁶³.

3.4. Diferencias entre el Principio de Igualdad y el Principio de Equidad.

En la doctrina es usual identificar como sinónimos a los principios de equidad e igualdad. Sin embargo, resulta importante señalar que ambos principios son diferentes.

Desde la Revolución francesa, la igualdad ha sido uno de los principios más importantes y quizá sea hoy en día el principio más controvertido⁵⁶⁴ y más vulnerado.

⁵⁶¹ *Idem.*

⁵⁶² Sin embargo, aquí debe hacerse una aclaración. Si bien es cierto, tanto el principio general de equidad como el principio específico de buena fe conllevan la necesidad de examinar las circunstancias que concurren en el acto concreto, afirma SAINZ MORENO que “las diferencias entre una y otra radican, simplemente, en los distintos planos en que operan: la equidad opera en relación con la norma que se aplica y es interpretada; el principio específico de buena fe, en relación con los actos jurídicos, con los derechos que se ejercitan y las obligaciones que se cumplen”, es decir, opera en función de la conducta del sujeto. *Vid.* SAINZ MORENO, “La Buena Fe en las Relaciones de la Administración Pública con los Administrados”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 89, pp. 293 y ss., y SANZ GANDASEGUI, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cuarta Edición, 2008. Ambos citado por GONZALÉZ PÉREZ, Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Editorial Thomson-Aranzadi, Quinta Edición, Madrid, 2009, p. 49.

⁵⁶³ *Cfr.* TORRES ZÁRATE, Fermín y GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, *loc. cit.*, p. 78.

⁵⁶⁴ *Vid.* PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 5.

El término “igualdad” proviene del griego “*isotes*” y del latín “*aequitas*” y se refiere, en términos generales, a una relación cualitativa⁵⁶⁵.

La igualdad describe una relación comparativa entre dos o más objetos o personas que poseen o carecen al menos una característica relevante en común⁵⁶⁶.

Por lo tanto, supone una relación tripartita entre dos o más objetos o personas y una o varias cualidades⁵⁶⁷. De aquí aquella fórmula aristotélica “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”⁵⁶⁸. Por ello es que los seres que pertenecen a una misma categoría o se hallan en idéntica situación deben ser tratados del mismo modo⁵⁶⁹.

En este sentido –indica PÉREZ PORTILLA– “igualdad” e “igual” son predicados incompletos que plantean necesariamente la pregunta ¿iguales con respecto a qué?”⁵⁷⁰. Por ejemplo, una manzana y una naranja tienen diferencias, pero son iguales en su peso⁵⁷¹, o bien, hombre y mujer son física y sexualmente diferentes, pero son iguales en su condición humana; es decir, el principio de igualdad prohíbe la diferenciación no justificada.

Y es que, como señala RUIZ CARBONELL, “no es cierto que la igualdad sea una ley de la naturaleza, dado que ésta no tiene nada de igual, por tanto la igualdad no es una realidad objetiva o empírica anterior al Derecho [...], (pues) depende de la elección de las propiedades, criterios o rasgos considerados como relevantes entre los que se compara”⁵⁷².

⁵⁶⁵ *Idem*.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁶⁷ Es decir, *a* y *b* son iguales porque comparten cierto aspecto. *Vid.* PÉREZ PORTILLA, Karla, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶⁸ La igualdad nunca ha sido entendida como tratar a todos bajo cualquier circunstancia de la misma manera. Se reconoce que hay diferencias entre las personas que, algunas veces, requieren distinciones en las leyes. *Ibidem*, p. 19.

⁵⁶⁹ *Cfr.* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 191.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁷¹ *Idem*.

⁵⁷² *Cfr.* RUIZ CARBONELL, Ricardo, “El Principio de Igualdad entre Hombres y Mujeres. Del ámbito Público al Ámbito Jurídico-Familiar”, p. 11, disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10750/RuizCarbonell.pdf?sequence=1> [accesada el día 20 de julio de 2013].

A este respecto, FALCÓN Y TELLA afirma que “en cuanto individuo el hombre se considera en su aspecto más puramente cuantitativo, como “uno”, de igual valor [...]. Como persona, cada hombre y cada mujer son un mundo no equiparable [...]”⁵⁷³.

Cabe recordar aquel pasaje bíblico, cuando Dios al crear al hombre dijo “hagamos al ser humano a nuestra Imagen, como semejanza Nuestra [...]”⁵⁷⁴, lo que supone que los seres humanos no son iguales, pues sólo muestran semejanzas entre ellos y ante Dios. Por lo anterior, sólo son iguales en cuanto que provienen de un ser divino.

Por su parte, WESTEN concibe a la “igualdad” como una idea vacía que depende de elementos para comparar y de un criterio preestablecido para poder hablar de igualdad o de desigualdad⁵⁷⁵.

Por lo anterior, y limitando la igualdad al campo jurídico, ésta se constituye en un principio que garantiza a los sujetos la titularidad de aquellos derechos llamados “universales” o “fundamentales”⁵⁷⁶, pues la posesión o carencia de ellos será la pauta para identificar la igualdad o desigualdad en su tratamiento⁵⁷⁷. Es decir, se trata de la “isonomía” griega y la “*aequitas*” romana⁵⁷⁸.

Sobre el particular, DEVIS ECHANDÍA, refiriendo al contexto jurídico, específicamente al Derecho procesal, sostiene que la igualdad es garante de que “en el curso del proceso las partes deben gozar de iguales oportunidades para su

⁵⁷³ Vid. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 269.

⁵⁷⁴ Vid. *Gen.* 1:26-27.

⁵⁷⁵ Cfr. PÉREZ PORTILLA, Karla, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁷⁷ Las personas no son iguales entre en sí, ni están situadas en una posición de igualdad por naturaleza –en lo que se refiere a talento, belleza, inteligencia, voluntad, riqueza, etc.–. Por tanto, si las personas son diferentes en necesidades, habilidades y talentos, un tratamiento igual sería inadecuado y no haría más que contribuir a perpetuar la desigualdad. Es por ello que se debe dar un tratamiento adecuado a los “diferentes”. Por ejemplo en materia fiscal, a las personas se les da un tratamiento proporcional, para situar en un plano de igualdad a “todos” aquellos que tienen una misma capacidad contributiva. Vid. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 268.

⁵⁷⁸ De hecho, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, manifiesta su propósito en “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, así como en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. Cfr. DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel, *Constitucionalismo Universal: La Internacionalización y Estandarización de los Derechos Humanos*, AD-HOC, Buenos Aires, 2009, p. 35.

defensa [...]”⁵⁷⁹, lo que para el autor “consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, base de la organización de los Estados Modernos”. Además, sostiene que no se “deben aplicar procedimientos más desfavorables a unas personas que a otras por hechos similares, ni porque el país se encuentre en estado de sitio o de emergencia se deben aplicar procedimientos diferentes a los comunes previstos por la ley para los mismos ilícitos”⁵⁸⁰.

De hecho, el *Diccionario de la Real Academia* define a la equidad como “principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”⁵⁸¹. Así, pues, “no son aceptables [...] los privilegios, al menos en relación con la raza, fortuna o nacimiento de las personas”⁵⁸².

Así que la igualdad es un principio jurídico que garantiza que el contenido de la norma legislada contenga un tratamiento adecuado y justo, pues su función es “poner al igual con otra persona o cosa”⁵⁸³; es decir, fija un criterio razonable para determinar hasta qué grado es tolerable una diferencia.

Por lo que respecta al principio de equidad, éste no tiene nada que ver con cuestiones de comparación, como el principio de igualdad, sino que este principio actúa sobre la norma jurídica. El principio de equidad consiste en la adaptación del precepto jurídico a las circunstancias particulares del caso concreto, pues la aplicación estricta de la norma conllevaría a una resolución injusta⁵⁸⁴.

El principio de equidad es una herramienta de la que dispone el juzgador para tener certeza de que la aplicación de la norma fue correcta. La equidad no va a determinar o garantizar que el contenido de la norma sea igualitario, pues dicha tarea le corresponde al principio de igualdad, sino que va a velar por un juicio sin

⁵⁷⁹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Fernando, *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Editorial Ibáñez/Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1981, p. 13.

⁵⁸⁰ *Idem*.

⁵⁸¹ Vid. Voz “Igualdad”, en “Diccionario de la Real Academia Española”, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=igualdad> [accesada el día 20 de julio de 2013].

⁵⁸² Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Fernando, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁸³ Voz: “Igual”, en *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, Tomo V I, México, 1986, p. 1910.

⁵⁸⁴ Por ejemplo, en un caso de bancarrota o reparto de bienes, un tratamiento equitativo –no proporcional–, sería el adecuado para llegar a la igualdad.

diferencias, moderado, razonado, basado en las circunstancias que rodean el caso; es decir, debe juzgar equitativamente las cosas, condiciones y personas que se comparan.

En tal virtud, el principio de equidad es una herramienta supletoria, como todo principio jurídico, en aquellos casos donde la norma, al ser muy rigurosa su aplicación al caso concreto, se alejaría totalmente de una solución justa, pues en estos casos y a través de la equidad, el operador jurídico puede apartarse de ella y juzgar con misericordia. Entonces, así, el juez cumple con la primera función de un principio jurídico, específicamente el de la equidad integradora⁵⁸⁵.

No obstante, es necesario señalar que, sin duda alguna, el principio de equidad coadyuva al pleno cumplimiento del principio de igualdad. Así, pues, en el contexto jurídico, la labor del juez al utilizar el principio de equidad “será hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso”⁵⁸⁶.

3.5. Conclusiones Preliminares.

La equidad, como principio jurídico, aún carece de una definición técnica. No obstante, aunque se han formulado un número importante de ella en el transcurso del tiempo, la mayoría de los juristas coinciden en que la equidad permite al juzgador apartarse de la letra de la ley.

Es decir, permite al operador jurídico elegir, entre las categorías jurídicas positivas, cual norma resulta más adecuada para el caso en concreto.

No obstante, la equidad, desde los romanos, ha tenido una similitud con el principio de igualdad, como el caso de la *aequitas* romana. Pero la realidad es que son principios jurídicos distintos que coadyuvan uno al otro para lograr la plenitud del principio de Justicia.

⁵⁸⁵ La segunda es una equidad interpretativa.

⁵⁸⁶ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Fernando, *op. cit.*, p. 13.

Asimismo, en párrafos anteriores, se explicó, *a grosso modo*, el origen histórico y sobre todo conceptual que, los sistemas jurídicos, como el *romano-germanico* y el *common law*, tenían sobre un nuevo Derecho que surgía de la propia naturaleza racional humana para superar las deficiencias que el Derecho estricto, imperante del momento, mostraba ante la solución de los casos sometidos a su conocimiento.

El establecimiento de la *Court of Chancery* en Inglaterra y el cargo del *Pretor Peregrini* en la Roma clásica, son los primeros antecedentes del reconocimiento y desarrollo del principio de equidad, cuya aplicación fue trascendental para el desarrollo jurídico.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que, tanto en el sistema jurídico inglés como en el romano-germánico, la equidad tiene un origen semejante, pues dicho principio fue descubierto para garantizar un juicio justo.

En ambos sistemas jurídicos, para solucionar el conflicto sometido a su conocimiento, los jueces emitían el remedio atendiendo a las circunstancias específicas del caso, pues el texto normativo no preveía nada sobre el caso planteado o, si lo establecía, éste era muy severo e incluso bárbaro en cuanto su procedimiento.

Se debe hacer notar que, para ambos sistemas jurídicos, la aplicación del principio de equidad, permitió que las sentencias que emitían sus órganos jurisdiccionales estuvieran más cerca de la justicia.

Asimismo, queda claro que la equidad se configura, atendiendo a su naturaleza racional y a las características que cumple dentro de un ordenamiento jurídico, como un principio jurídico.

Por lo anterior, cuando una sentencia se apega más a la equidad, entonces está más cerca de la justicia.

Capítulo Cuarto

El Principio de Equidad y su Aplicación en Sede Judicial.

SUMARIO: 4.1. Marco Normativo; 4.2. La Equidad en la Interpretación Jurídica: Lagunas Normativas y Lagunas Axiológicas; 4.3. Tipos de Equidad Jurisdiccional; 4.3.1. Equidad “*Infra, secundum o propter legem*”; 4.3.2. Equidad “*praeter o extra legem*”; 4.4. La Actividad Jurisdiccional Aplicando Equidad; 4.4.1. Formula Estructural del Juicio de Equidad; 4.4.2. Motivación, Fundamentación e Impugnación de un Remedio de Equidad; 4.5. Tipología Aplicativa de la Equidad; 4.5.1. Equidad en la Esfera Judicial Internacional; 4.5.2. Equidad en la Esfera Judicial Nacional; 4.5.2.1. La Equidad en el Derecho Civil: su Aplicación en Materia de Contratos; y, 4.6. Conclusiones Preliminares.

4.1. Marco Normativo.

Se comentó anteriormente que, en el ordenamiento jurídico mexicano, los principios jurídicos tienen su fundamento positivo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵⁸⁷. Por lo tanto, la equidad, al ser un principio jurídico, tiene un fundamento constitucional⁵⁸⁸.

Asimismo, en la misma sede constitucional⁵⁸⁹, precisa que toda persona tiene derecho a un juicio justo. Así que, para llegar a ello, el juez debe ser prudente en el análisis del enunciado normativo y considerar si éste lleva a consecuencias justas, pues de lo contrario, deberá no seguir el formalismo rígido de la ley y resolver conforme a equidad.

Por su parte, el Código Nacional de Ética Judicial reconoce que “cuando las normas jurídicas concedan discrecionalidad al juez, éste debe orientarse por

⁵⁸⁷ Artículo 14, párrafo cuarto, constitucional.

⁵⁸⁸ Artículo 14, párrafo primero, que a la letra dice: “[...] En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

⁵⁸⁹ “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho [...]”.

principios de justicia, equidad y proporcionalidad, fundando y motivando su decisión”⁵⁹⁰.

Por otro lado, y siguiendo la filosofía aristotélica del hombre equitativo, el Código Civil Federal mexicano señala que “cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro”⁵⁹¹.

En el mismo tenor, pero específicamente en materia de contratos, el mismo cuerpo normativo establece los lineamientos que debe seguir el juzgador para llegar a una solución justa, pues indica que “cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas (las dudas)⁵⁹² recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses”⁵⁹³.

Pero agrega el texto normativo, “si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo”⁵⁹⁴.

Lo anterior, puede considerarse como una guía que induce al juez a actuar de manera equitativa ante la controversia.

Así, el juzgador cuando se encuentre frente a un caso donde existan dudas o incluso no exista la norma aplicable sobre tal situación, debe transformarse en un juez equitativo, procurando en todo momento resolver de la manera más

⁵⁹⁰ Artículo 12.4.

⁵⁹¹ Artículo 20.

⁵⁹² Énfasis añadido.

⁵⁹³ Artículo 1857.

⁵⁹⁴ Solución que también prevé el Código Civil para el Estado de Michoacán en materia de contratos, en el artículo 1024.

benigna y equitativa posible la controversia, pues así tendrá como resultado una sentencia justa.

Por otro lado, la Ley General para la Igualdad entre el Hombre y la Mujer, ha declarado a la equidad como principio rector de dicha Ley⁵⁹⁵.

Esta Ley mexicana de carácter federal, es un claro ejemplo de cómo la equidad coadyuva en la consecución del objetivo primordial del principio de igualdad –como se dijo anteriormente- lograr un trato digno y sin favoritismo injustificado del ser humano⁵⁹⁶.

Por otro lado, en el plano internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁵⁹⁷ reconoce a toda persona el derecho a un juicio justo⁵⁹⁸.

En esta misma línea, aunque no expresamente con el término de “equidad”, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, específicamente en el artículo 38, apartado 2, indica que la Corte tiene la facultad para decidir un conflicto *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren⁵⁹⁹. Lo que se traduce en la facultad de este órgano jurisdiccional para apartarse del Derecho positivo internacional.

Lo anterior, es muestra que la equidad no sólo tiene un tratamiento nacional y estatal, sino incluso internacional.

La equidad es, pues, un principio jurídico que permite al juzgador apartarse del rigor del Derecho escrito cuando éste se muestra demasiado riguroso o suave en el otorgamiento de derechos, obligaciones y sanciones.

En este sentido, la aplicación de este principio jurídico en sede judicial, garantiza certidumbre jurídica a los ciudadanos, pues el reconocimiento de la

⁵⁹⁵ Artículo 2 de la Ley General para la Igualdad entre el Hombre y la Mujer, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 6 de marzo de 2012.

⁵⁹⁶ *Cfr. ut supra*, Capítulo III.

⁵⁹⁷ “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

⁵⁹⁸ Artículo 10, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁵⁹⁹ Aunque dicho Estatuto hace una distinción entre principios generales de Derecho y la equidad (*aequo*), lo cierto es que esta última pertenece a los primeros.

equidad tanto en ámbito nacional como internacional, es el marco de referencia básica para la función jurisdiccional.

En líneas posteriores, se explicará la manera en que la equidad es aplicada en sede judicial.

4.2. La Equidad en la Interpretación Jurídica: Lagunas Normativas y Lagunas Axiológicas.

El ámbito aplicativo de la equidad en los órganos jurisdiccionales se hace presente en las técnicas interpretativas y argumentativas utilizadas por los operadores jurídicos en la toma de decisiones judiciales.

Lo anterior es así porque, en ocasiones, habrá en el entramado jurídico, normas cuyo contenido se aleje de todo ideal de justicia y se muestren como reglas-barbáricas (lagunas axiológicas) o bien, que no exista la norma indicada para tratar el conflicto (lagunas normativas), entonces, en este caso, el juzgador deberá solucionar la controversia, como si el legislador estuviera presente.

Lo anterior lo señalaba SUÁREZ al decir que “cuando las palabras de la ley indujan a injusticias o a otro absurdo parecido acerca de la mente del legislador, se ha de interpretar en un sentido tal, que aun siendo impropio, sea justo y razonable, porque se presume que así es la mente del legislador”⁶⁰⁰.

Es importante indicar que, en el primer supuesto, el juzgador, para solucionar el caso, debe, en un primer momento, descubrir el espíritu de la norma interpretando en equidad.

En este sentido, el juzgador debe tener siempre presente que el espíritu de la norma debe ser equitativo, nunca promover un tratamiento injusto, pues el legislador tuvo presente la equidad en la creación de la normatividad positiva.

⁶⁰⁰ Vid. SUÁREZ, F. *Tractus de Legibus ac Deo Legislatore*, IV, I, 14. Citado por Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El Desbordamiento...*, op. cit., p. 181.

Si a través de una interpretación literal, el juzgador advierte inequidades, entonces debe alejarse del texto de la norma y emplear una interpretación correctora en cualquiera de sus modalidades⁶⁰¹.

Lo anterior, porque a entender de GÓMEZ SÁMANO, “se ha dejado de concebir al juez como un aplicador mecánico de la ley que únicamente subsume la norma aplicable al caso; es decir, ha dejado de ocupar aquel papel pasivo y secundario, como se concibió en el siglo XIX”⁶⁰². Así, “actualmente puede decantarse por diferentes caminos a la hora de decidir, ya sea interpretando una norma de diversos modos, o bien seleccionando o dando primacía a una fuente de Derecho sobre otra”⁶⁰³.

Esto es así, pues toda ley humana positiva, por su naturaleza, es susceptible de errores e incluso puede estar viciada de intereses personales que conllevan a un tratamiento injusto y fuera de todo razonamiento lógico.

La equidad, por tanto, debe dar noticia de un tratamiento misericordioso, benigno y humano. Sin embargo, es pertinente dejar claro que con el término benignidad, no se quiere dar a entender que todas las resoluciones deben acarrear mayores beneficios, sino que, incluso en algunas ocasiones, las decisiones judiciales deben tener un contenido más severo que la sanción señalada en el texto normativo. Por lo que benignidad debe entenderse en el sentido de que la resolución sea de calidad y garante de las consecuencias por ella derivadas.

Se dice, pues, que la equidad debe ser aplicada con misericordia. El juzgador debe ser misericordioso al juzgar el caso. Debe remediar el conflicto con amor puro, desinteresado⁶⁰⁴. Debe dejar a un lado intereses personales o

⁶⁰¹ *Cfr. ut supra*, Capítulo II.

⁶⁰² *Cfr.* GÓMEZ SAMANO, Sebastián, “Justicia y Equidad: de Themis a Dike, de Isonomia a la Epikeia y de éstas al Filein”, *Serie Ética Judicial*, No. 26, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013, p. 59.

⁶⁰³ *Idem.*

⁶⁰⁴ Uno de los sentimientos a los que la humanidad no deja de aferrarse es el amor. Se dice – indica FALCÓN Y TELLA – “que el amor es, junto con el odio, uno de los motores que mueven el mundo”. Sobre el particular, sostiene la autora que se debe tener en cuenta que el juez puede, como ser humano que es, experimentar este

prejuicios. Su decisión debe ser guiada por la justicia común, conforme a las circunstancias que rodean el caso y encontrar el mejor remedio para sus semejantes. Sólo de esa manera la equidad será aplicada correctamente.

Por lo anterior, no debe resultar sorprendente la dificultad que surge al aplicar la equidad. El ser humano, siempre está inmerso en un mundo corrupto, donde los malos hábitos (vicios) están presentes en cualquier momento. Por eso se dice que la equidad es un tratamiento noble que sólo un juez virtuoso puede aplicar correctamente⁶⁰⁵.

La equidad se configura pues, como un principio jurídico movido por la misericordia, cuyo contenido no tiene nada de extrajurídico, pues sólo se trata de juzgar el caso concreto de manera inmotivada o desinteresada, apartándose del rigorismo que prevé el texto positivo, y así estar en posibilidad de crear el remedio pertinente y justo.

Por lo que ve a las lagunas normativas, afirma la doctrina jurídica que el juzgador, por mandato de ley, no debe dejar de juzgar alegando oscuridad o falta de normatividad. El juzgador, debe garantizar un juicio justo a sus semejantes, pues todos son dignos de ello.

complejo sentimiento en el desempeño de su función. Ahora bien, resulta claro que dejarse guiar por el odio en la toma de decisiones atenta contra el principio de justicia y, en consecuencia, contra toda teoría de la equidad. Pero, señala ¿qué ocurre con el amor? ¿Puede un sentimiento de empatía y ternura hacia alguna de las partes mover la decisión del juez, o éste debe ser un tercero imparcial, frío, objetivo y distante en el desempeño de su función? Resulta, pues, que la jurista habla de un amor “*agape*”, diferente al “*eros*” o “*philia*”, un amor desinteresado, espontáneo, inmotivado y creativo, que no se mueve por las cualidades del objeto amado. Es un amor donde el sujeto no busca su propio bien, sino el de su prójimo. El *agape*, sostiene, no comienza discriminando entre la gente digna de ser amada y la que no lo es, entre el amigo y el enemigo, sino que se dirige a ambos. En último término, afirma la autora, este tipo de amor descansa en la idea de que todos los hombres son hermanos e igualmente dignos de justicia. Cfr. FALCÓN Y TELLA, María José, *op. cit.*, p. 278.

⁶⁰⁵ Esto permite formular la clásica pregunta: ¿un juez malo puede ser justo? En mi opinión no, porque la equidad debe ser aplicada con misericordia, con amor y con prudencia, por lo que un juez “malo” o “con malos hábitos”, entiéndase como deshonesto, movido por intereses personales, imprudente, etc., jamás puede llegar a ser un juez justo, pues contradice toda la teoría de la equidad. Por ende, es muy difícil que llegue a la aplicación correcta de este principio jurídico

Por tanto, el juez frente a un caso no previsto en el cuerpo normativo debe remediarlo conforme al principio de equidad. Es decir, el juzgador debe convertirse en un “arquitecto jurídico”. Crear la norma justa para dar un tratamiento equitativo único y específico.

Este procedimiento jurídico, creador de la norma justa en sede jurisdiccional, de igual manera debe moverse con misericordia. No debe tener en cuenta cualidades superficiales, pues puede arrojar a un juicio viciado, injusto.

En párrafos siguientes se abordará la tipología de la equidad, con el objetivo de dar a conocer los distintos ámbitos donde la equidad es aplicada.

4.3. Tipos de Equidad Jurisdiccional.

El uso de la equidad, en sede jurisdiccional, resulta fundamental en la toma de decisiones judiciales.

Así, pues, la equidad puede dividirse, para efectos jurisdiccionales, en dos tipos: la equidad *infra secum dum* o *propter legem* y la equidad *praeter* o *extra legem*, según sea el caso.

En los siguientes párrafos, se analizarán ambos tipos.

4.3.1. Equidad *infra secum dum* o *propter legem*.

Este tipo de equidad es aquella interpretación que “sigue a la ley”. Es decir, se trata de aquellos casos donde el problema no se debe a la falta de norma positiva, sino al posible mandato injusto en ella contenido, o bien a la poca claridad de su contenido. Se trata, pues, de hacer frente a las llamadas lagunas axiológicas, mediante una función interpretativa.

Esta dimensión de la equidad es importante en la labor jurisdiccional, porque en palabras de STAMMLER, “toda norma de Derecho tiende siempre a

reflejar el Derecho justo, y ello obliga a descartar de su interpretación aquellos sentidos que conducirían a un resultado inicuo”⁶⁰⁶.

En este sentido, el juzgador debe interpretar la norma otorgándole el significado más equitativo a su contenido. Ejemplo claro de ello es lo señalado en el Código Civil Federal mexicano, específicamente en el numeral 1857, citado anteriormente⁶⁰⁷, donde el texto legal remite al operador jurídico a llevar a cabo una interpretación *infra secum dum*, pues, a *grosso modo*, declara que cuando en materia de contratos existan dudas en las reglas establecidas para su tratamiento y si estas dudas recaen sobre ciertas circunstancias, el juez debe resolver, atendiendo a favor de la menor transmisión de derechos e intereses o bien, a favor de la mayor reciprocidad de intereses, según sea el caso.

Así, el juzgador, primeramente, debe operar atendiendo a una interpretación amplia del enunciado normativo⁶⁰⁸. Esto tiene como objetivo que el juzgador declare, *prima facie*, si el texto de la norma es claro o bien es dudoso; de lo que se trata, pues, es determinar si el espíritu coincide o no con la letra de la norma.

Ahora bien, si el enunciado normativo es dudoso y puede dar lugar a un uso incorrecto del Derecho o a una injusticia, entonces el juzgador debe realizar una interpretación estricta, ya sea declarativa o correctora⁶⁰⁹, pero atendiendo al principio de equidad.

Por lo tanto, la equidad en su función *infra secum dum*, opera cuando no obstante existe la norma que regula el caso, pero ésta se muestra injusta en lo mandado y su aplicación puede dar lugar a injusticias.

Se trata pues, a entender de PÉREZ LUÑO, de una dimensión hermenéutica donde la equidad aparece como un *topos*, como un conjunto de procedimientos

⁶⁰⁶ Vid. STAMMLER, R., *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin –Leipzig, Segunda Edición, 1923, pág.268. Citado por Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 176.

⁶⁰⁷ Cfr. *ut supra*.

⁶⁰⁸ Cfr. *ut supra*, Capítulo II.

⁶⁰⁹ *Idem*.

encaminados a la aplicación de los medios hermenéuticos en la interpretación del Derecho positivo, empleando la técnica de la argumentación para adecuar la norma a las circunstancias del caso⁶¹⁰.

Con lo anterior, el juzgador puede separarse del rigorismo y formalismo de una norma positiva injusta y resolver conforme al principio jurídico de la equidad.

Por lo tanto, queda al prudente arbitrio del órgano jurisdiccional determinar si la norma expresada en el cuerpo normativo, atendiendo a las consecuencias que para el quejoso tuviera el que se le aplicara, resulta justa o injusta en el caso concreto⁶¹¹.

No obstante, el juez, contra la obligatoriedad de aplicar la ley positiva preexistente, aunque esta sea injusta, puede dictar una resolución fundada en equidad en contra de una ley escrita y, entonces, se actualiza una equidad *contra legem*, lo que llevaría al operador jurídico a hacer uso de la equidad *extra legem*.

4.3.2. Equidad *praeter* o *extra legem*.

Se debe recordar que en el sistema europeo continental, la prohibición del *non liquet* resulta fundamental para el acceso a la justicia, pues ningún juzgador puede dejar de resolver un conflicto alegando oscuridad o falta de ley aplicable.

Así, para hacer frente a la inexistencia normativa, existe la equidad identificada como *praeter legem*, la cual tiene una función creadora del

⁶¹⁰ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 176.

⁶¹¹ Sobre el particular puede citarse la jurisprudencia cuyo rubro señala: “Conceptos de Violación en Amparo Directo. El Estudio de los que Determinen su Concesión debe Atender al Principio de Mayor Beneficio, Pudiéndose Omitir el de Aquellos que Aunque Resulten Fundados, No Mejoren lo ya Alcanzado por el Quejoso, Inclusive los que se Refieren a Constitucionalidad de Leyes”. “De acuerdo con la técnica para resolver los juicios de amparo directo del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, con independencia de la materia de que se trate, *el estudio de los conceptos de violación que determinen su concesión debe atender al principio de mayor beneficio, pudiéndose omitir el de aquellos que, aunque resulten fundados, no mejoren lo ya alcanzado por el quejoso, inclusive los que se refieren a constitucionalidad de leyes [...]*”. Localizable en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Febrero 2005, p. 5 del Tomo XXI. [Énfasis añadido].

ordenamiento jurídico; es decir, su función opera cuando no existe norma jurídica exactamente aplicable al caso sometido a la jurisdicción del juez. Cuando se trata, pues, de una laguna normativa.

A este respecto, de lo que se trata es de dar un tratamiento justo en el momento. Aquí es cuando la equidad, como principio jurídico, comienza su labor creadora.

El juez debe, para solucionar la controversia, convertirse en un juez mandatado por principios jurídicos, específicamente por el principio de equidad. Debe convertirse en un “arquitecto del Derecho”.

En este sentido, el juez debe juzgar el caso con una misericordia razonada. Debe juzgar a las partes de manera desinteresada, procurando emitir una solución benigna, tratando de perjudicar lo menos posible a las partes y, sobre todo, dando más importancia a la intención que a la forma.

A este respecto, cabe mencionar lo expresado en el Código Civil para el Estado de Guerrero, en cuanto a la interpretación de contratos en su artículo 1655, cuyo enunciado normativo versa: “la falta de alguna disposición especial, la declaración negocial (sic) deberá ser integrada en armonía con la voluntad que las partes habrían tenido si hubiesen previsto el punto omiso, o bien con los dictados de la buena fe y de la equidad”⁶¹².

No obstante, resulta importante mencionar que este tipo de equidad no sólo resulta aplicable a las funciones de los órganos jurisdiccionales, sino incluso a las de los órganos legislativos, pues una interpretación jurídica basada en la equidad sobre determinados hechos, permite al legislador crear la norma correcta para su tratamiento o regulación.

En este sentido, si el legislador se constriñe a la creación de normas teniendo en cuenta siempre el principio de equidad, el contenido de las mismas

⁶¹² Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, vigente.

será justo; lo cual traerá como consecuencia que el juez otorgue un tratamiento equitativo a los casos sometidos a su competencia.

Así, pues, el juicio al que el legislador previamente debe atenerse al iniciar el procedimiento legalmente establecido para la creación de la norma positiva, es el utilizado por el juez en sede jurisdiccional, pues debe poner principal atención a las circunstancias específicas que llevaron a tal conducta a una regulación positiva, y así formular el enunciado normativo correspondiente⁶¹³.

Por lo tanto, cuando el procedimiento legislativo se base en la equidad, tendrá como consecuencia la creación de una norma justa. Pues se puede afirmar que la equidad, en su función integradora del ordenamiento jurídico, actúa como vigilante en el procedimiento legislativo, ya que los principios jurídicos son el puente entre el Derecho objetivo y el Derecho justo natural.

No obstante, se debe subrayar que la diferencia entre la norma creada por la actividad legislativa y el remedio creado jurisdiccionalmente por el juez empleando el juicio de equidad, consiste en que en el primer caso se crea una norma de aplicación general y abstracta y, en el segundo supuesto, se trata de crear un remedio cuya aplicación es concreta; es decir, tiene una aplicación única y específica.

Así, pues, la equidad en su aspecto creativo, se presenta como una de las fuerzas generadoras de la experiencia jurídica⁶¹⁴. Esta dimensión, sostiene PÉREZ LUÑO, “supone, antes que nada, la penetración de las exigencias y principios éticos en el Derecho positivo”.

En los siguientes párrafos se abordará el tema correspondiente a la estructura intelectual que debe seguir el juzgador para operar conforme a la equidad.

⁶¹³ Sería irresponsable no decir que muchas de las normas creadas por el legislativo son motivadas por intereses personales de unos cuantos y que, en algunos casos, el análisis de las circunstancias que dan origen a la norma y su análisis equitativo pasan desapercibidas por la mente del legislador. Sin embargo, decir esto, más que apearse a la realidad, sería pesimista invocarlo y declararlo, pues conllevaría a dar poco esperanza al funcionamiento correcto del Derecho positivo.

⁶¹⁴ *Cfr.* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 176.

4.4. La Actividad Jurisdiccional Aplicando Equidad.

De acuerdo con la división de poderes⁶¹⁵, el Poder Judicial⁶¹⁶, en un sistema democrático y republicano, es el encargado de la administración e impartición de justicia mediante las técnicas de interpretación y argumentación jurídicas, a fin de buscar siempre el espíritu de una justicia pronta y expedita⁶¹⁷.

Así, se ha dicho por algunos doctrinarios que la justicia es uno de los principios más generales del Derecho⁶¹⁸. Sobre este aspecto, resulta conveniente detenerse un poco para matizar sobre el particular.

Aunque no se comparte la opinión de la existencia de una jerarquía de principios jurídicos, es cierto que el principio jurídico de justicia es la correcta realización del Derecho, es la meta que todo procedimiento jurisdiccional aspira mediante un proceso justo⁶¹⁹.

Sin embargo, se debe dejar claro que el principio de justicia depende del buen funcionamiento de otros principios jurídicos⁶²⁰, pues sin ellos sería imposible su pleno cumplimiento.

Lo anterior es así, porque la dimensión de los principios jurídicos actualiza un sistema metanormativo donde todos los elementos que lo integran –o sea los principios jurídicos– se configuran como una especie de engranaje jurídico, de tal manera que uno funciona con el auxilio de otro, todo ello para obtener un fin común, lo justo.

⁶¹⁵ Teoría perfeccionada por LOCKE y MONTESQUIEU durante los siglos XVII y XVIII. En México, el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce la división del poder público: “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial [...]”.

⁶¹⁶ El Poder judicial encuentra su reconocimiento en el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶¹⁷ *Vid.* Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶¹⁸ Por ejemplo, FERRER MAC-GREGOR y SÁNCHEZ GIL, en su obra *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y La Nueva Ley de Amparo*.

⁶¹⁹ *Cfr.* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y La Nueva Ley de Amparo*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México 2013, pp. 82 y 83.

⁶²⁰ Como el de igualdad, libertad y equidad, por mencionar algunos.

Por otro lado, antes de entrar de lleno al tema, resulta importante tener en cuenta que la relación entre el Derecho positivo y la equidad no es entre un ordenamiento jurídico y un fenómeno exterior, pues es importante hacer hincapié en que la equidad no se puede separar de la ley, sino que condiciona ella⁶²¹, de hecho, prima antes de la norma jurídica legal; es decir, primero esta ley, luego entonces, si esta se muestra injusta para resolver el caso, la equidad es el principio jurídico idóneo para fundamentar la decisión que resolverá el conflicto.

Con justa razón, indica MAITLAND, refiriéndose a la equidad, que se trata de "no destruir la ley sino de cumplirla"⁶²².

Así, pues, la equidad tiene como objetivo la correcta aplicación de la ley en un caso particular, a fin de evitar decisiones que son reflejo de injusticias. Su función es la de construir la interpretación de una regla de Derecho en el contexto de una situación concreta y equilibrar todos los elementos de la relación entre las partes, pues la equidad da vitalidad a la ley y hace cumplir los requisitos de las circunstancias de cada caso⁶²³.

Por otro lado, la doctrina afirma que la equidad sólo es aplicable cuando el texto normativo lo determine. En mi opinión, considerar esta afirmación como cierta sería considerar al Derecho positivo por encima de los principios jurídicos aun cuando él mismo ha sido creado a través de estos, entre ellos la equidad.

Asimismo, se debe hacer notar que cuando el texto jurídico remite a la equidad para resolver determinado asunto, es una confesión de que el cuerpo normativo no es pleno y que duda de la solución propuesta para el caso de que se trata.

⁶²¹ Cfr. MANFRED LACHS, "Commemorative Speech at the United Nations General Assembly", (12 October 1973). Citado por JASENTULIYANA, Nandasiri, *Perspectives on International Law*, Kluwer Law International, London, 1995, p. 23.

⁶²² *Idem.*

⁶²³ *Idem.*

Por lo tanto, considero que no necesariamente se requiere que el texto normativo autorice dicha aplicación, pues el uso de este principio está determinado para aquellos casos donde la norma se muestra injusta o sencillamente no exista, con independencia de la autorización –en sentido de remisión– *expressis verbis* a los principios.

De esta forma, el operador jurídico, sabio y prudente, podrá identificar estos supuestos y actualizar la aplicación de la equidad.

En los siguientes párrafos, se tratará lo relativo a la aplicación de la equidad en sede judicial.

4.4.1. Formula Estructural del Juicio de Equidad.

El tema de la estructura y aplicación de la equidad en el ámbito jurisdiccional, sobre todo en su función *extra legem*, debe ser abordado en esta investigación, pues su aplicación ha sido muy poco comentada por la doctrina jurídica.

Es interesante la opinión que sobre el tema expresa PRIETO DE PAULA CONCA, al identificar la aplicación de este principio jurídico como “juicio de equidad”, para diferenciarlo de un juicio de Derecho positivo, es decir, de aquel juicio limitado por las normas positivas⁶²⁴.

Al respecto, debe indicarse que un “juicio”, de acuerdo con PLATAS PACHECO, “es una afirmación, o bien, una negación”⁶²⁵ y, “juzgar”, afirma, “es la operación mental que corresponde al juicio”⁶²⁶. Y es que juzgar, a entender de PÉREZ LUÑO, es un acto de razonamiento, pues dice que “la razón es la facultad

⁶²⁴ Vid. PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *La Equidad y los Juicios de Equidad*, Editorial Difusión, Madrid, 2010, p. 105.

⁶²⁵ Cfr. PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho: Lógica Jurídica*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2007, p. 65.

⁶²⁶ *Idem*.

humana por excelencia, aquella distingue al ser humano de otros seres y le confiere, precisamente, el atributo de la humanidad”⁶²⁷.

No obstante, “juicio” en el campo del Derecho –y en sentido amplio–, “se utiliza como sinónimo de procedimiento, o secuencia ordenada de actos a través de los cuales se desenvuelve todo un proceso; en sentido restringido se emplea la palabra para designar sólo una etapa del mismo y un solo acto: la sentencia, es decir, la conclusión del mismo”⁶²⁸.

Sobre el particular, y en lo que se refiere a este apartado, el término “juicio” se empleará como secuencia ordenada de actos que tienen como objetivo conseguir una decisión jurídica justa, a través de la racionalidad del juez.

En esta línea, siguiendo a PRIETO DE PAULA CONCA, la fórmula que el operador jurídico debe, para decidir emplear un juicio de equidad, al igual que para emplear un juicio de Derecho positivo, seguir las siguientes etapas: un juicio histórico, otro lógico, y por último, uno de valor. Prácticamente todos ellos constituyen una etapa preliminar en el juicio de equidad.

Por lo que ve a la primera, el juicio histórico, el objeto es conocer los hechos que se juzgan⁶²⁹. Sobre ello, el juez debe valorar minuciosamente los hechos expresados por las partes en conflicto, incluso aquellos que el juez de Derecho positivo no tomaría en cuenta para rendir su decisión judicial por no considerarlas jurídicamente trascendentes.

El segundo acto, el juicio lógico, al igual que en el juicio de Derecho positivo, el juez inicia un procedimiento lógico de selección de la norma positiva abstracta preexistente que subsuma el caso en cuestión⁶³⁰.

Sin embargo, aquí es donde comienza a tener efectividad el juicio de valor en el juez, es decir, el tercer acto, pues el titular de la función jurisdiccional debe decidir si la norma preexistente es aplicable a las particularidades del caso.

⁶²⁷ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 150.

⁶²⁸ Cfr. PLATAS PACHECO, María del Carmen, *op. cit.*, p. 67.

⁶²⁹ Vid. PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *op. cit.*, p. 155.

⁶³⁰ *Ibidem.* p. 107.

Si el resultado arroja que el juicio de Derecho positivo no es el apropiado para alcanzar una solución jurídica justa, será cuando el juicio de equidad se revele pertinente⁶³¹.

Una vez que el juez decide emplear un juicio de equidad, ya sea porque la norma es injusta, para entonces apartarse de la *letra fría* de la ley, o porque no existe normatividad, por lo que deberá crear el remedio justo, ahora debe valorar con *prudencia y misericordia* las circunstancias específicas del caso, pues no existe normatividad existente a la cual someterse.

Así, pues, cuando el juez formula la expresión “vista la situación x, considero que la solución más equitativa es la y”⁶³²; podría ser la frase más cercana a la indicación de que el dicasterio juzga conforme al principio de equidad.

Lo anterior, “podría tratarse entonces de que un ‘juicio de equidad’ se configura como un silogismo entimemático o retórico”⁶³³; y es que, indica el autor: “Aristóteles identificaba a los ‘juicio de equidad’ como ‘juicios entimemáticos’, donde la decisión del juez derivaría única y exclusivamente del conocimiento del caso, y no del examen de coincidencia lógica entre el caso y la norma positiva preexistente que lo regula”⁶³⁴.

Es decir, que “frente al sistema lógico ordinario por el que se adecua la realidad abstracta y genérica de la norma a la realidad fáctica, a través de un proceso deductivo”⁶³⁵, el juicio de equidad opera en sentido inverso, como un proceso inductivo; desde el análisis del caso concreto se consigue como consecuencia el remedio, la premisa desde la que se realizará retrospectivamente el silogismo jurídico ordinario⁶³⁶.

⁶³¹ *Idem.*

⁶³² *Ibidem*, p. 85.

⁶³³ *Idem.*

⁶³⁴ *Idem.*

⁶³⁵ Desde la premisa general se concluye la consecuencia particular; es decir, una determinación lógico–deductiva de una norma previa.

⁶³⁶ *Cfr.* PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *op. cit.*, p. 86.

Por lo tanto, el juicio de equidad, como juicio entimemático, actúa “al igual que un silogismo jurídico tradicional⁶³⁷, con la salvedad de que la premisa mayor puede no existir con antelación al juicio, sino que se crea para que derive de ella, de forma lógica e intelectual, la consecuencia”⁶³⁸.

Por ello, concluye el autor, “no debe calificarse, como en ocasiones se ha hecho al silogismo entimemático o retorico como silogismo acéfalo⁶³⁹”, pues la equidad posibilita una interpretación partiendo de las exigencias concretas de la experiencia jurídica⁶⁴⁰.

Luego, entonces, el juicio de equidad, a diferencia del juicio lógico-positivo o normativo que juzga conforme a normas positivas preexistentes, no tiene un marco normativo previo conforme el cual guiarse, sino su guía para crear el remedio justo son las circunstancias del caso, la razón, la justicia común, la caridad y la misericordia. Por ello, GOING afirma que “una decisión es equitativa cuando [...] tiene en cuenta las especiales circunstancias del caso decidido y la situación personal de los interesados en el mismo”⁶⁴¹.

⁶³⁷ De acuerdo con la lógica aristotélica, el silogismo es la expresión del raciocinio, se compone de proposiciones llamadas premisas, y la conclusión. Premisa mayor, la norma preexistente; premisa menor, el hecho y, la conclusión, la adecuación de la premisa menor a la premisa mayor. *Cfr.* PLATAS PACHECO, María del Carmen, *op. cit.*, p. 99.

⁶³⁸ *Vid.* PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *op. cit.*, p. 100.

⁶³⁹ Para el autor en cita, un juicio acéfalo implicaría incurrir en el libre albedrío, modalidad de determinación proscrita en Derecho. *Idem.*

⁶⁴⁰ *Cfr.* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *op. cit.*, p. 176.

⁶⁴¹ *Vid.* GOING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Editorial Espasa, Barcelona, 1961, p. 128. Citado por GÓNZALEZ PÉREZ, Jesús, *El Principio General...*, *op. cit.*, p. 48.

4.4.2. Motivación, Fundamentación e Impugnación de un Remedio de Equidad.

Se dice, porque así lo mandata la Constitución Federal mexicana, que toda sentencia judicial debe ser fundada y motivada⁶⁴². De aquí se siguen las siguientes cuestiones necesarias: ¿es posible fundamentar la sentencia de un juicio de equidad, si este juicio carece de normatividad previa? ¿es necesario motivar el remedio emitido en un juicio de equidad?

Es debatible la cuestión sobre si la resolución con la que finaliza un juicio de equidad debe estar motivada o si, por el contrario, la motivación sólo es propia del juicio de Derecho positivo⁶⁴³.

La doctrina jurídica ha sido unívoca al indicar que la motivación de una resolución consiste en dar a conocer las razones que orillaron al juez a decidir en determinado sentido.

Sobre el tema, GRANDE YAÑEZ sostiene que si se acepta al juicio de equidad como un juicio subjetivo, entonces sería una incongruencia lógica indagar por su motivación y tratar de dar una justificación objetiva a una decisión que es por esencia subjetiva⁶⁴⁴.

Así que, afirma el autor, “lo único que puede exigirse al juicio de equidad es que sea congruente con el caso concreto, que no sea pura intuición y arbitrariedad”⁶⁴⁵.

Sobre este tema, PRIETO DE PAULA CONCA indica que “motivar una resolución no es otra cosa que exponer con claridad las razones, no

⁶⁴² Artículo 16: “[...] 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 [...]”.

⁶⁴³ Vid. PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁴⁴ Vid. GRANDE YAÑEZ, Miguel, *et. al.*, *Justicia y Ética de la Abogacía*, Editorial Dykinson, Madrid, S/F, p. 140.

⁶⁴⁵ *Idem.*

necesariamente de índole jurídica, que han llevado a dictarla, lo que es pertinente tanto en un juicio de Derecho positivo como en un juicio de equidad”.

Al respecto, el citado autor sostiene que en un juicio de equidad “al tratarse de una expresión del leal saber y entender del juzgador, es importante que se explique la forma en que llego a la conclusión”⁶⁴⁶.

Por lo tanto, indica, “el razonamiento debe ser mostrado y demostrado a las partes en la controversia”⁶⁴⁷ y, además, el juzgador debe “justificar también la bondad o justicia de esos criterios, lo cual exige “una suerte de metajustificación” que no se precisa en un juicio de Derecho positivo”⁶⁴⁸.

Afirmación que comparto plenamente con el autor, pues el resolver una controversia fundándose en el principio de equidad, no debe quedar sólo en una expresión del mismo en la resolución que llegare a darse, pues no debe pasar inadvertido que a final de cuentas se trata de un fruto personal del juez, movido por el sentido de la justicia común y misericordia; es decir, no se trata de declarar la voluntad de una ley jurídica preexistente, como en el caso de un juicio de Derecho positivo, sino de explicar las circunstancias peculiares del caso que enlazan la realidad con el sentido de la justicia y que motivaron el acto decisorio.

Además, de que por razones de seguridad jurídica y de que se trata de un requisito que debe contener todo fallo judicial, el operador jurídico debe exponer a las partes los argumentos que tuvo para sustentar y justificar su actuar jurisdiccional, pues en última instancia el juzgador debe convencer a las partes e identificarse como un conocedor del Derecho - *iura novit curia*-⁶⁴⁹.

Por otro lado, y por lo que respecta a la fundamentación de las sentencias, en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, no es otra cosa que citar el o los artículos que sirvieron de guía al juzgador para dictar su resolución.

⁶⁴⁶ Vid. PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *op. cit.*, p. 100.

⁶⁴⁷ Vid. DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Consciencia*, citado en *Idem*.

⁶⁴⁸ *Ibidem*. p. 130.

⁶⁴⁹ El Juez es conocedor del derecho.

No comparto, sin embargo, la postura que exige el cumplimiento de este requisito de forma en un juicio de equidad. Ello es fácilmente comprensible pues no existe normatividad expresa que indique procedimiento alguno para su aplicación.

Lo anterior porque el principio de equidad atiende a la razón, a la justicia común y a la misericordia, así como a las circunstancias únicas y específicas del caso⁶⁵⁰, “pues en un juicio de equidad es el juez quien prevalece sobre la norma”⁶⁵¹ y no viceversa.

No obstante, considero que, en el contexto jurídico mexicano, este requisito formal –propio del juicio de Derecho positivo– se satisface en un juicio de equidad, invocando la normativa constitucional⁶⁵², específicamente el artículo 14, párrafo cuarto, pues de su contenido se advierte el reconocimiento de los “principios generales del Derecho” y, por ende, la equidad, al ser un principio jurídico, tiene fundamento constitucional.

Ahora bien, en materia de impugnabilidad de la resolución emitida en un juicio de equidad, se advierte el debate sobre la posibilidad de que ésta pueda ser objeto de recurso⁶⁵³. Y es que “el hecho de que la equidad no sea una norma jurídica, ni los dictados de la misma sean generales, sino nacidos de la conciencia individual del juzgador ha provocado que mucho autores hayan considerado que las decisiones adoptadas en equidad no son, en general, apelables ni casables”⁶⁵⁴.

No obstante, PRIETO DE PAULA CONCA se resiste a afirmar “que cualquier juicio, por más equitativo que sea, no podrá atentar contra el orden público”⁶⁵⁵, lo

⁶⁵⁰ Por ello se dice que es “la justicia del caso concreto”.

⁶⁵¹ Vid. GRANDE YAÑEZ, Miguel, *et. al.*, *op. cit.*, p. 134.

⁶⁵² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 19 de julio de 2013.

⁶⁵³ Cfr. PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁵⁴ *Idem.*

⁶⁵⁵ Vid. GRANDE YAÑEZ, Miguel, *et. al.*, *op. cit.*, p. 134.

que supone que, para este autor, es posible su impugnación en este único supuesto.

Por el contrario, a entender de GRANDE YAÑEZ, “lo que distingue básicamente al juicio de equidad del juicio de Derecho (positivo) es que éste, debiendo adecuarse a la observancia de la normas de Derecho positivo objetivamente identificables, está naturalmente sujeto a la revisión *in iure*; en el juicio de equidad el que juzga actúa según su propia conciencia y sin la obligación de la observancia estricta de la norma, sustraído, en consecuencia, a la posibilidad de revisión ulterior por el juez superior”⁶⁵⁶.

Asimismo, el citado autor sostiene que la sentencia dada en equidad no puede ser impugnada, pues indica que “el juez de equidad puede aplicar una norma jurídica, pero la aplica para el caso en concreto”⁶⁵⁷.

En otras palabras, explica, “un caso que dé lugar a un juicio de equidad podría ser sometido a un nuevo juicio, pero no a una ulterior verificación de la corrección del primer juicio”⁶⁵⁸.

En mi opinión, los remedios del juicio de equidad sólo podrán ser revisados cuando de su resolución se advierta que trasgrede el orden público⁶⁵⁹; es decir,

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 140.

⁶⁵⁷ *Idem*.

⁶⁵⁸ *Idem*.

⁶⁵⁹ El concepto de “orden público” lo define TRIAS, como el “conjunto de reglas legales que establecen las ideas particulares que, admitidas en un país determinado, son consideradas como afectas a los intereses del mismo”. *Vid.* TRIAS DE BES, “Le Droit International Privé en Espagne, en la Vie Juridique des Peuples”, París, Bibliothèque Espagne Delagrave, 1934, p. 342, disponible en http://files.uladech.edu.pe/docente/09166196/Derecho_Internacional_Privado/Sesion_13/Contenido.pdf. [accesado el día 10 de diciembre de 2013]. Por otro lado, ha sido definido como “un mecanismo a través del cual el estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad”. *Vid.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Hacia una Definición Mexicana de ‘Orden Público’”, disponible en <http://www.imarbitraje.org.mx/estudios/Definicion%20de%20Orden%20Publico.pdf>. [accesado el día 12 de diciembre de 2013]. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que dicho término “se perfila como concepto indeterminado, de imposible definición, cuyo contenido solo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración” e indica que, en todo caso, para darle significado, “el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social”. *Vid.* Jurisprudencia “Suspensión, Nociones de Orden Público y de Interés Social para los Efectos de la.” Localizable en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo IV, julio-diciembre de 1989,

sólo que se advierta arbitrariedad en su contenido, pues es inaceptable que se someta a revisión la manera en que el juez valoró las circunstancias específicas que dieron lugar al conflicto, pues entonces el juicio de equidad perdería su esencia, pues se trata de un fallo a conciencia, y además sería incongruente someter la decisión “a una revisión posterior por parte de un elemento ajeno a dicha conciencia”⁶⁶⁰.

A continuación, se expondrá la tipología aplicativa de la equidad resaltando los ámbitos judiciales donde tiene lugar su aplicación.

4.5. Tipología Aplicativa de la Equidad.

A efecto de identificar cómo se ha procurado emplear la equidad en sede judicial, se considera conveniente explorar, *grosso modo*, la aplicación de la equidad en diferentes ámbitos en lo que se despliega la función jurisdiccional. De esa manera, se iniciará por la aplicación de la equidad en el ámbito de la jurisdicción internacional y posteriormente en la esfera jurídica nacional, específicamente en el derecho privado.

4.5.1. Equidad en la Esfera Judicial Internacional.

La equidad es a veces ridiculizada como una norma "sin contenido", que puede considerarse como una licencia para el ejercicio de la arbitrariedad judicial.

Segunda Parte-1, p. 53. Por lo anterior, el juzgador al emitir su decisión en equidad deberá tener en cuenta no contravenir regla alguna que otorgue un beneficio a la comunidad o producir un daño que de otra manera no resentiría; por tanto, cuando se cause un daño a la colectividad dicha decisión es susceptible de ser impugnada.

⁶⁶⁰ Vid. GRANDE YAÑEZ, Miguel, *et. al.*, *op. cit.*, p. 134.

No obstante esta crítica, indica JASENTULIYANA, ignora el "contenido" dado a la equidad por los eruditos y los tribunales internacionales, los procedimientos arbitrales y las propias organizaciones internacionales⁶⁶¹.

Así, pues, el autor afirma que lejos de ser no legal, la equidad ha llegado a representar un conjunto de principios destinados a la crítica de la ley y a promover la justicia entre las naciones, particularmente en situaciones de escasez moderada⁶⁶².

Y es que la equidad, sostiene el autor, "proporciona un medio por el cual las normas de Derecho, las disposiciones de los tratados y otras fuentes del derecho pueden tomar un respiro necesario a fin de hacer frente al desafío de la situación específica que surja entre dos o más estados o en las relaciones internacionales en general"⁶⁶³.

La problemática que plantea la equidad a efectos de su aplicación en las controversias planteadas en relaciones internacionales, puede sintetizarse con la afirmación de MELIUS DE VILLIERS, Presidente del Tribunal Supremo de Orange, que entendía a ésta como "sentimiento cierto y espontaneo de los justo y de lo injusto, que se manifiesta en la apreciación de un caso concreto"⁶⁶⁴.

No obstante, la Corte Internacional de Justicia⁶⁶⁵ ha señalado que "cualquiera que sea el razonamiento jurídico del juez, sus decisiones tienen que

⁶⁶¹ Cfr. JASENTULIYANA , Nandasiri, *Perspectives on International Law*, Kluwer Law International, London, 1995, p. 23.

⁶⁶² *Idem.*

⁶⁶³ *Idem..*

⁶⁶⁴ Asunto Gran Bretaña vs Transvaal, 2 de abril de 1895, citado por H. LA FONTAINE, *Pasicrisie Internationale (1794-1900)*, Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux, Berne, 1902, rééd. Par P.M. Eisemann, Nijhoff, La Haye, 1997, pp. 471-474.

⁶⁶⁵ La Corte Internacional de Justicia, es el máximo órgano judicial de la organización de las Naciones Unidas. Fue creada en 1945 por la Carta de las Naciones Unidas (firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco California) y comenzó a funcionar en 1946. Tiene su sede en la Haya y está encargada de decidir las controversias jurídicas entre Estados (cabe resaltar que también está facultada para emitir opiniones consultivas). En cuanto su estructura, dicho órgano judicial se integra de quince magistrados, los cuales son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, cumplen un mandato de nueve años. Asimismo, se rige por su Estatuto (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) y los idiomas oficiales son el francés y el inglés. *Vid.* Disponible en <http://www.un.org/es/icj/> [accesada el día 12 de diciembre de 2013].

ser, por definición, justas, es decir, equitativas”⁶⁶⁶. No obstante, “para tener acceso a la Corte se requiere, además, que los Estados sean “parte en el Estatuto” (artículo 35.1), condición que el artículo 93 de la Carta de la Naciones Unidas atribuye *ipso facto* a “todos los miembros de las N.U.”⁶⁶⁷.

En este sentido, en el ámbito internacional, especialmente en el orden público, los conflictos entre Estados pueden ser solucionados de dos maneras: ya sea jurisdiccional o extra jurisdiccional con la figura del “arbitraje”.

Aunque no se pretende hacer en este apartado un análisis extensivo del principio de equidad en el derecho internacional, específicamente en el ámbito público, además de que no es materia de análisis de estudio de la presente investigación la solución extra jurisdiccional, sobre el particular, GRANDE YAÑEZ sostiene que la equidad tiene su máxima expresión en esta última⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ Vid. *Affaire du Plateau Continental de la mer du Nord*, CIJ, *Recueil* 1969, p. 48, par. 88. Citado por BERMEJO GARCÍA, Romualdo, “Lugar y Función de la Equidad en el Nuevo Derecho Internacional”, p. 172, disponible en http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21056/1/ADI_VII_1983-84_08.pdf [accesado el día 22 de agosto de 2013].

⁶⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., *et al.*, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Thomson, Pamplona, 2008, p. 979.

⁶⁶⁸ Es importante señalar que la solución de conflictos internacionales entre Estados, no sólo se constriñe en sede jurisdiccional, sino que también las partes pueden someter su conflicto a un tercero extra jurisdiccional, mediante un procedimiento “arbitral”, pues como afirma SORENSEN, “los tribunales arbitrales, aunque no se encuentran constituidos del mismo modo que la Corte Internacional, y no están establecidos por un tratado multilateral como ésta, dictan sus laudos sujetos a los mismos resguardos procesales, y por ese motivo tiene alta autoridad. Vid. SORENSEN, Max, *op. cit.*, p. 178. Lo anterior, está previsto en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 33.1. de la Carta), el cual establece que “las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”. De igual manera, los convenios de la Haya para la solución pacífica de los conflictos internacionales de 1899 (art. 15) y de 1907 (art. 37) disponen que “el arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre Estados por medio de jueces de su elección y sobre la base del respeto del Derecho. El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena de a la sentencia arbitral”. Así, pues “esta definición por lo elementos que comporta (con independencia de la matización que su evolución en algún caso merezca), sirve de percha para caracterizar la forma y alcance del convenio de arbitraje, los sujetos capaces de concertarlos, el órgano arbitral, el Derecho aplicable y el procedimiento y los efectos jurídicos de la sentencia arbitral”. Vid. REMIRO BROTONS, Antonio, *et al.*, *Derecho Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 695.

En tal virtud, se confirma el reconocimiento internacional del arbitraje como medio de solución de conflictos. Sin embargo, este el procedimiento no es propiamente jurisdiccional. Sobre el particular, puede citarse el arbitraje que surgió por la disputa de la “Isla Pasión” o *Clipperton*, cuyos litigantes fueron México y Francia y

En este contexto, por lo que ve a la vía jurisdiccional para solucionar las controversias de ámbito internacional entre dos o más Estados, la Corte Internacional de Justicia, está facultado ex artículo 38.2 de su Estatuto, para dirimir una controversia conforme al Derecho internacional o bien *ex aequo et bono*, si así lo consideran pertinente las partes⁶⁶⁹.

No obstante, por el tema que se trata, resulta importante comentar el procedimiento por consideraciones de equidad, llamado por el Estatuto como “de la amigable composición”, consiste en la renuncia por ambas partes al Derecho objetivo; es decir, las partes abdican de sus derechos tal y como son protegidos por la ley, pero no de sus derechos tal y como se desprenden de la naturaleza de las cosas⁶⁷⁰.

En este caso, el juez puede actuar completando la regla de derecho o atemperando dicha regla, o bien hasta ignorarla por completo, pues las partes han estado de acuerdo en que su rigurosa aplicación habría de conducir a resultados

el árbitro el rey de Italia, Víctor Manuel III, quien favoreció con su laudo, que data del 31 de enero de 1931, al gobierno francés. Fue positivo para Francia, pues se consideró que la isla era *res nullius* (latinismo que significa “cosa de nadie”) en 1958, cuando aquel país tomó posesión virtual de ella. Vid. SAÍD, Alberto y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Isidro M., *Teoría General del Proceso*, Editorial Iure, México, 2006, p. 53. Así, pues, el arbitraje internacional es definido por GRANDE YAÑEZ, como “aquél procedimiento que tiene por objeto arreglar con carácter definitivo y obligatorio las controversias entre los Estados mediante órganos por ellos elegidos, ya sea por aplicación del Derecho Internacional público o en su caso, cuando las partes lo convengan expresamente por consideraciones de equidad”. Vid. GRANDE YAÑEZ, Miguel, *et al.*, *op. cit.*, p. 138. Por lo anterior, las partes cuando es su voluntad someterse al procedimiento arbitral para dirimir sus diferencias, pueden optar, como en el procedimiento jurisdiccional, por la aplicación del Derecho internacional o bien, por una decisión fundada en equidad.

⁶⁶⁹ Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas; Adopción: 26 de junio de 1945; Diario Oficial de la Federación de 17 de octubre de 1945): “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”. Énfasis añadido.

⁶⁷⁰ Vid. GRANDE YAÑEZ, Miguel, *et al.*, *op. cit.*, p. 138.

injustos. Por ello, el juez internacional debe resolver conforme a la razón, la misericordia y la justicia común.

Así, pues, las decisiones que emite la Corte, ya sea fundamentándose en el Derecho Internacional como en la equidad, ex artículo 59 del citado ordenamiento internacional, se expresa que la decisión es obligatoria para las partes en litigio y respecto del caso que se ha decidido. Tiene carácter de cosa juzgada⁶⁷¹.

Sin embargo, no debe pasar inadvertido que existen límites a la decisión *ex aequo et bono* ejecutado por la Corte Internacional, que se generaliza en la

⁶⁷¹ Sin embargo, es importante señalar que la solución de conflictos internacionales entre Estados, no sólo se constriñe en sede jurisdiccional, sino que también las partes pueden someter su conflicto a un tercero extra jurisdiccional, mediante un procedimiento “arbitral”, pues como afirma SORENSEN, “los tribunales arbitrales, aunque no se encuentran constituidos del mismo modo que la Corte Internacional, y no están establecidos por un tratado multilateral como ésta, dictan sus laudos sujetos a los mismos resguardos procesales, y por ese motivo tiene alta autoridad. Vid. SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Sexta Reimpresión de la Primera en Español, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998. p. 178. Lo anterior, está previsto en la Carta de las Naciones Unidas (artículo 33.1. de la Carta), el cual establece que “las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”. De igual manera, los convenios de la Haya para la solución pacífica de los conflictos internacionales de 1899 (art. 15) y de 1907 (art. 37) disponen que “el arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre Estados por medio de jueces de su elección y sobre la base del respeto del Derecho. El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral”. Así, pues “esta definición por lo elementos que comporta (con independencia de la matización que su evolución en algún caso merezca), sirve de percha para caracterizar la forma y alcance del convenio de arbitraje, los sujetos capaces de concertarlos, el órgano arbitral, el Derecho aplicable y el procedimiento y los efectos jurídicos de la sentencia arbitral”. Vid. REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al., Derecho Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 695.

En tal virtud, se confirma el reconocimiento internacional del arbitraje como medio de solución de conflictos. Sin embargo, este el procedimiento no es propiamente jurisdiccional. Sobre el particular, puede citarse el arbitraje que surgió por la disputa de la “Isla Pasión” o *Clipperton*, cuyos litigantes fueron México y Francia y el árbitro el rey de Italia, Víctor Manuel III, quien favoreció con su laudo, que data del 31 de enero de 1931, al gobierno francés. Fue positivo para Francia, pues se consideró que la isla era *res nullius* (latinismo que significa “cosa de nadie”) en 1958, cuando aquel país tomó posesión virtual de ella. Vid. SAÍD, Alberto y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Isidro M., *Teoría General del Proceso*, Editorial Iure, México, 2006, p. 53. Así, pues, el arbitraje internacional es definido por GRANDE YAÑEZ, como “aquel procedimiento que tiene por objeto arreglar con carácter definitivo y obligatorio las controversias entre los Estados mediante órganos por ellos elegidos, ya sea por aplicación del Derecho Internacional público o en su caso, cuando las partes lo convengan expresamente por consideraciones de equidad”. Vid. GRANDE YAÑEZ, Miguel, *et al., op. cit.*, p. 138. Por lo anterior, las partes cuando es su voluntad someterse al procedimiento arbitral para dirimir sus diferencias, pueden optar, como en el procedimiento jurisdiccional, por la aplicación del Derecho internacional o bien, por una decisión fundada en equidad.

obligación de respetar el orden público internacional en sus decisiones⁶⁷². Así, por ejemplo, se prohíbe la venta de armas de destrucción masiva, la trata de personas y cualquier otra práctica que atente contra la dignidad humana.

Lo anterior, sólo es enunciativo, pues el objetivo de este subtema es únicamente ilustrativo, pues resulta importante mencionar que la equidad no tiene sólo un ámbito aplicativo nacional, sino incluso internacional.

Ahora bien, en párrafos siguientes, se abordará el tema de la equidad y su aplicación en el ámbito nacional, concretamente, en el Derecho Civil mexicano.

4.5.2. Equidad en la Esfera Judicial Nacional.

Recurrir a la equidad en la esfera judicial privada nacional debe ser una obligación que todo operador jurídico precisa seguir.

Se debe recordar, que existen normas generales que se aplican a hechos particulares, pero si estos hechos exceden del marco normativo, el juez no puede dejar de fallar (prohibición del *non liquet*), y lo tendrá que hacer atendiendo a razones de equidad.

Así, pues, la equidad tiene lugar en la interpretación del enunciado jurídico, cuando exista ausencia normativa, e incluso cuando el mismo texto normativo remite a ella para dar solución a una controversia.

En materias como civil y mercantil, por mencionar algunas, la equidad se presenta como indispensable en aquellos supuestos donde las circunstancias lo requieran.

⁶⁷² Es necesario aclarar que el concepto “orden público”, es un concepto vago. No obstante, la doctrina ha diferenciado entre “orden publico interno” y “orden público internacional”. El primero, puede explicarse señalando que desenvuelve en el ámbito local; son reglas que protegen ciertos intereses fundamentales en una comunidad contra actos judiciales. Por lo que respecta al orden público internacional, puede definirse como un conjunto de valores que, en el ámbito internacional, son considerados como fundamentales (se basa en el *ius cogens*). su finalidad es impedir la aplicación de un acto que vulnere la paz internacional. Por ejemplo, una decisión que permita la venta de armas de destrucción masiva.

En este sentido, la investigación que se presenta sólo abordará, en párrafos siguientes, el ámbito aplicativo de la equidad en el Derecho privado mexicano.

4.5.2.1. Equidad en el Derecho Privado: Su Aplicación en Materia de Contratos.

La aplicación de la equidad en el ámbito privado se utiliza usualmente en materia de contratos. En la legislación civil mexicana, la equidad puede aparecer expresamente referida en el texto legal⁶⁷³, o bien no puede estar expresada en el mismo⁶⁷⁴, pero explícitamente se entiende que, por justicia, tiene que hacer uso de este principio jurídico.

Tanto en la doctrina angloamericana⁶⁷⁵ como en la doctrina continental, en caso de incumplimiento del contrato lo legalmente normal es obtener su disolución, o bien su ejecución forzosa, es decir, ordenar su cumplimiento⁶⁷⁶.

En el *Common Law*, cuando el contrato presenta dudas o bien prevé cláusula injustas, es tarea de los jueces otorgar un remedio que coloque a las partes en una situación equitativa, en una situación semejante a la que tendrían las partes si se hubiera ejecutado voluntariamente el contrato⁶⁷⁷.

Así, en la tradición jurídica angloamericana, el operador jurídico puede modificar el contrato cuando se haya incorporado a su texto una cláusula injusta o leonina, incluso modificar alguna restricción expresada que haga imposible su cumplimiento.

⁶⁷³ Por ejemplo, los artículos 2395 del Código Civil Federal y 1556 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

⁶⁷⁴ Artículos 1916 del Código Civil Federal y 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

⁶⁷⁵ No pasa inadvertido que en el sistema angloamericano, la *equity* es aplicada en cuestiones basadas en la *bona fides*.

⁶⁷⁶ Cfr. MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *La Equidad en el Derecho Privado*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p. 147.

⁶⁷⁷ *Idem*.

Además, el juez, actuando conforme a equidad, puede, aún en casos en que el demandante tiene derecho a la ejecución y no solicita la indemnización por daños, ordenar de oficio el pago de ellos⁶⁷⁸.

No obstante, en la doctrina jurídica continental, se enseña en el Derecho Civil, que una regla fundamental en los contratos es su obligatoriedad⁶⁷⁹. De aquí la máxima jurídica “*pacta sun servanda*”, la cual establece que los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos⁶⁸⁰.

En este contexto, en el sistema tradicional continental lo justo es aquello que está expresamente señalado en un documento, pues para ello, defienden los cultivadores de la postura positivista, existe previamente un acuerdo de voluntades –voluntad contractual⁶⁸¹– que permite imponer determinadas obligaciones, tanto para el acreedor como para el deudor, en caso de la ejecución o no del contrato y, además, porque el documento ha sido elaborado de acuerdo a la normatividad vigente correspondiente.

Tal constituye la razón por la cual los jueces continentales deben ceñirse a lo expresamente señalado en el contenido del documento, sin hacer alteración o modificación alguna, pues es voluntad de las partes que dicho documento sea entendido de tal forma.

Lo anterior, bien lo señala SÁNCHEZ LORENZO cuando se refiere a los contratos como “los acuerdos, pactos y cláusulas establecidas entre las partes

⁶⁷⁸ Sin embargo, a decir de MARTÍNEZ DE VELASCO, esta posición es controvertida y, a veces, se mantiene exactamente la opinión contraria, es decir, que en tal supuesto el demandante puede elegir entre la ejecución específica o la resolución (sic) sólo en este caso con indemnización de daños, aun cuando exista una cláusula en el contrato establezca la compensación de daños como único remedio, pero no puede solicitar a la vez los dos remedios, de modo que, si opta por la ejecución, no puede pedir daños y viceversa. Cfr. MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁷⁹ Cfr. ROJINAS VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, Vigésimocuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 168.

⁶⁸⁰ *Idem.*

⁶⁸¹ Mutuo consentimiento para crear derechos y obligaciones entre dos partes.

contratantes las que determinan, entre ellas, el régimen de sus respectivas obligaciones”⁶⁸².

Por su parte, el Código Civil Federal establece que “en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse [...]”⁶⁸³.

Así, pues, para los cultivadores del positivismo, el juez está obligado a fallar de acuerdo a lo expresado en el contrato y a lo señalado en la ley positiva.

Sin embargo, en el citado ordenamiento jurídico, de aplicación supletoria en el Estado mexicano, prevé la posibilidad de apartarse del formalismo positivo y recurrir a la equidad para llegar a una solución justa, pues en ocasiones, el incumplimiento de un contrato se debe a ciertos acontecimientos que imposibilitan al deudor a cumplir con su acreedor. Por ejemplo, cuando un acontecimiento ajeno no imputable al deudor impide su cumplimiento; es decir, por caso fortuito, o bien cuando debido a la voluntad de un tercero, el deudor no da cumplimiento exacto de la obligación, por caso de fuerza mayor.

Sin embargo, este incumplimiento faculta a los interesados a exigir la prestación de manera jurisdiccional y, además, de acuerdo a la legislación civil mexicana⁶⁸⁴, el derecho a los afectados a que se le cubran los daños y perjuicios⁶⁸⁵ ocasionados por el incumplimiento.

Al respecto, vale la pena recordar que la equidad es un principio jurídico que sirve para atemperar, moderar y suavizar el rigor de la ley y adaptarla a las circunstancias específicas del caso; pero si la ley misma remite expresamente a la

⁶⁸² Vid. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Contractual Comparado. Una Perspectiva Europea y Transnacional*, Editorial Thomson, Navarra, 2009, p. 443.

⁶⁸³ Artículo 1832.

⁶⁸⁴ Artículo 2104 del Código Civil Federal y 1269 del Código Civil para el Estado de Michoacán

⁶⁸⁵ De acuerdo con RAFAEL DE PINA, “se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación, y por perjuicios la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento. Vid. DE PINA, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Décimoprimer Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p.184.

equidad como medio para juzgar, entonces los jueces deben fundamentar el fallo exclusivamente en ella⁶⁸⁶.

Sin duda alguna, la aplicación de la equidad en sede jurisdiccional se muestra en la decisión judicial que deriva del incumplimiento de obligaciones contractuales.

Precisamente es aquí donde el juzgador deberá emitir su decisión tomando en cuenta las circunstancias peculiares que orillaron al incumplimiento, procurando ser equitativo. Sobre el particular, el artículo 1916 del Código Civil Federal⁶⁸⁷, indica que “[...] El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso [...]”.

Lo anterior, es ejemplo de que la equidad puede no estar expresamente referida en el ordenamiento jurídico; no obstante, le indica al juez que debe sentenciar en términos de este principio jurídico, pues debe tener en cuenta las circunstancias del caso.

En este contexto, se sabe que el incumplimiento de un contrato da lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios, pero esta sanción no puede ser el único remedio para tener por cumplida una obligación, pues los contratos pueden incorporar una cláusula penal⁶⁸⁸ en caso de incumplimiento, pues así lo expresa el artículo 1840 del Código Civil Federal, el cual indica que “pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida [...]”⁶⁸⁹.

Por tanto, en la formalización del contrato, las partes pueden convenir en señalar una cláusula penal para el caso de incumplimiento.

⁶⁸⁶ Resulta claro que en ausencia normativa, no es necesario la remisión expresa de la ley para subsanar el vacío normativo. *Cfr.* MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁸⁷ Así como el artículo 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

⁶⁸⁸ Que no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal.

⁶⁸⁹ Artículo 1007 del Código Civil para el Estado de Michoacán

La cláusula penal se define como “aquella en las que las partes anticipan las consecuencias del incumplimiento”⁶⁹⁰. En este sentido, dicha cláusula opera bastando el incumplimiento, sin tener que probar los daños y perjuicios el acreedor y, además, el deudor no podrá eximirse de satisfacerla⁶⁹¹.

Sobre este punto, cabe resaltar que la cláusula penal puede ser tanto sancionadora como liquidatoria, diferencia que no hace la legislación civil mexicana. Sobre el particular, MARTÍNEZ DE VELASCO indica que, sólo en la pena sancionadora el juez puede resolver conforme a razones de equidad, mientras que en la liquidatoria, no procede que el juzgador reduzca una pena en equidad, sino por razones aritméticas; “porque se trata de un cálculo anticipado pretendidamente proporcionado a la cuantía del daño efectivo causado por el incumplimiento”⁶⁹²; es decir, en este último, el juez sólo declara el sentido de la cláusula y la aplica.

Sin embargo, el artículo 1840 del código Civil federal⁶⁹³, al no distinguir entre ambas, en mi opinión, admite que el juez puede aplicar la equidad ya sea en una sanción liquidatoria o bien sancionadora.

Por lo tanto, el juzgador puede reducir la pena en la misma proporción a la que fue cumplida –en el supuesto de que el deudor cumplió en parte con su obligación–, pero si esta reducción no pudiera ser exactamente proporcional, la ley remite al juzgador a que la reduzca de manera equitativa, atendiendo a la naturaleza y circunstancias de la obligación, según se desprende de los artículos 1845 del Código Civil Federal y 1012 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

Pero cabe aclarar, que si se expresa en el contrato una cláusula penal⁶⁹⁴, el acreedor no podrá reclamar daños y perjuicios, pues así lo mandata el artículo 1846 del Código Civil Federal⁶⁹⁵.

⁶⁹⁰ Vid. MÉJAN CARRER, Luis Manuel C., *Contratos Civiles, Ayuda de Memoria*, Editorial Oxford, México, 2004, p. 7.

⁶⁹¹ Artículo 1842 del Código Civil Federal y 1009 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

⁶⁹² Cfr. MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁹³ Y el artículo 1007 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

Lo anterior tiene su razón de ser, pues de lo que se trata es de evitar el enriquecimiento injusto que, en caso contrario, se originaría en el acreedor al cobrar la parte correspondiente a los daños y perjuicios originados por el incumplimiento y, además, la cantidad originada por la pena convenida⁶⁹⁶. Por ello, corresponde al juez evitar dicha injusticia.

Así, pues, cuando se presenta este tipo de situaciones, la ley otorga al juzgador la facultad para modificar la pena; es decir, puede reducir judicialmente la pena señalada⁶⁹⁷, pero sólo si se cumple parte de la obligación contraída⁶⁹⁸; Lo anterior es así, pues resultaría injusto si se aplica en su totalidad la pena aun cuando se ha cumplido parcialmente con la obligación.

Se debe resaltar que el juzgador debe ser prudente al otorgar esta reducción, pues si el juez aprecia especial mala fe en el deudor, rebeldía a entregar la prestación íntegra, resistencia dar la calidad exigida o, en defecto de pacto, la calidad media, pues en estos casos no sería equitativo su moderación⁶⁹⁹.

En tal virtud, el juez puede y debe, en mi opinión de oficio⁷⁰⁰, modificar la pena atendiendo a razones de equidad, e incluso intervenir en la alteración judicial de dicha cláusula cuando no sólo el cumplimiento fue parcial, sino también cuando

⁶⁹⁴ El uso de las cláusulas penales en el Derecho Romano fue muy frecuente, en el derecho provincial, de manera especial, y no solamente en los contratos, sino también en los testamentos en los que eran corrientes las disposiciones *poenae nomina*, destinadas a constreñir a los herederos o legatarios al cumplimiento de un acto determinado, bajo la amenaza, en el caso de no realizarlo, del perjuicio consiguiente que dicha pena significaba. *Vid.* DE PÍNA, Rafael, *op. cit.*, p.206.

⁶⁹⁵ Artículo 1013 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

⁶⁹⁶ *Cfr.* MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁹⁷ No obstante, la ley guarda silencio sobre la posibilidad de ampliarla.

⁶⁹⁸ Artículo 1844 del Código Civil Federal y 1011 del Código Civil para el Estado de Michoacán. Sin embargo, se entiende, explícitamente, que se excluye la posibilidad de que una pena sea rebajada en equidad en el caso de incumplimiento total, aun cuando esta sea excesiva.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 90.

⁷⁰⁰ Debe ser de oficio, pues de acuerdo al artículo 1844 del Código Civil Federal y 1011 del Código Civil para el Estado de Michoacán, señalan que “si la obligación fuere cumplida en parte, la pena se *modificara* en la misma proporción”. En este sentido, se intuye que el término “modificará”, es un imperativo para el juez que debe acatar, independientemente de que le sea o no solicitado por el deudor. Por tanto, aunque el derecho civil sea de estricto derecho y se trata de una relación donde las partes fijan los términos para obligarse, en este supuesto, y a tendiendo a cuestiones de caridad, misericordia y justicia común, el juez debe hacerlo de oficio.

el incumplimiento fue total, pues el juzgador, por sentido común, puede valorar si la pena resulta excesiva o leonina⁷⁰¹ o bien, muy baja, para el caso concreto⁷⁰².

En estos casos, puede tener aplicación el artículo 2395 del Código Civil Federal⁷⁰³, el cual indica que “[...] cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal”.

En estos casos, el texto legal obliga al juez a juzgar conforme a razones de equidad, atendiendo a las circunstancias especiales del caso sometido a su jurisdicción.

Por otro lado, también existe la teoría de la imprevisión, *rebus sic stantibus*, teoría que pretende rebasar la obligatoriedad de los contratos y que permite, motivándose en causas extraordinarias imposibles de haber sido previstas en un inicio, modificar las cláusulas que lo integran⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Por ejemplo, puede fijar un interés abusivo, como sanción por su incumplimiento.

⁷⁰² Sobre el particular, en el Derecho Común Europeo, concretamente en la directiva CEE 93/13, de data 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos que celebran los comerciantes o los profesionales directamente con los consumidores en el mercado de la Unión, se establece que no son vinculantes las cláusulas que imponen al consumidor que incumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionalmente elevada. *Cfr.* MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *op. cit.*, p. 96.

⁷⁰³ Artículo 1556 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

⁷⁰⁴ Esto tiene su reconocimiento en el artículo 1796 y 1796 bis del Código Civil del Distrito Federal, *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de fecha 23 de julio de 2012. El artículo 1796 establece que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente. Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo”. Asimismo, el artículo 1796 bis, indica “En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato [...]”.

Fue precisamente en el Derecho Canónico donde tuvo nacimiento esta teoría fundamentada en la equidad y la buena fe⁷⁰⁵, pues a decir de RIPERT, fue aceptada por el Derecho canónico porque tiene un fundamento ético de primer orden⁷⁰⁶.

Sin embargo, este autor considera que deben ser causas extremas, imposibles de prever por el deudor, que alteran la situación normal y que económicamente lo imposibilitan para cumplir⁷⁰⁷.

Esta teoría se origina en atención a que los contratantes pactan tomando en consideración situaciones normales y que precisamente en atención a esas situaciones, determinan sus compromisos⁷⁰⁸.

Sin embargo, puede suceder que dichas condiciones cambien notoriamente por causas generalmente imposibles de prever y que afecten la economía de una colectividad, como sucede con las crisis económicas o con las guerras⁷⁰⁹.

Es de justicia común que en estos casos, la obligatoriedad de los contratos no funcione, sino que se modifique en función de la equidad, porque de cumplirse estrictamente el contrato originaría la ruina del deudor⁷¹⁰; ya que para satisfacer la prestación tendría que hacer un sacrificio patrimonial desproporcionado en relación con el que hubiera hecho en situaciones normales⁷¹¹.

Lo anterior muestra que, en ocasiones, no todo lo legalmente expresado es justo. Es por ello que el juzgador continental, por justicia común y caridad, en algunos casos debe apartarse de la letra de la ley, de aquellas cláusulas cargadas

⁷⁰⁵ Cfr. ROJINAS VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

⁷⁰⁶ *Ibidem.*, p. 172.

⁷⁰⁷ *Idem.*

⁷⁰⁸ *Ibidem.*, p. 218.

⁷⁰⁹ *Idem.*

⁷¹⁰ De hecho, puede darse el caso de una imposibilidad absoluta de cumplimiento, pero en este caso el deudor queda librado, porque a lo “imposible nadie está obligado”. *Ibidem.*, p. 215.

⁷¹¹ Por ejemplo, por virtud de la guerra determinados materiales alcanzan precios de diez o veinte veces del valor normal.

de vicios expresadas en los contratos⁷¹², o cuando las circunstancias del caso lo estimen pertinente, pues de llegar a ejecutarse puede producir injusticias.

Precisamente aquí, sin duda alguna, es donde resulta de aplicación fundamental el principio de equidad, sobre todo en el cumplimiento y ejecución de este tipo de contratos pues las circunstancias originales que le dieron origen han cambiado exageradamente, incluso hasta llegar a imposibilitar su cumplimiento.

Los problemas se presentan, cuando “con posterioridad a la celebración de un contrato se realizan acontecimientos extraordinarios e imprevisibles⁷¹³, cuya consecuencia es un cambio radical en las circunstancias bajo las cuales se contrató y que origina, para una de las partes, una onerosidad excesiva en las prestaciones a su cargo”⁷¹⁴.

Esta situación se presenta únicamente en los contratos de larga duración, cuyo cumplimiento no es inmediato, bien cuando éste se haya establecido para la ejecución total o, cuando la misma se realice periódicamente, como sucede en los de tracto sucesivo⁷¹⁵, pues contienen en sí mismos un cierto grado de imprevisibilidad⁷¹⁶.

Así, pues, durante el lapso comprendido entre la celebración del contrato y la ejecución del mismo, puede ocurrir sucesos que hagan cambiar de manera esencial las circunstancias que originaron, no sólo la decisión de contratar, sino también la de obligarse en los términos de la manifestación de voluntad⁷¹⁷.

⁷¹² Debe considerarse que un “contrato”, es un convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos. Por tanto, un contrato es ley para las partes firmantes. *Vid.* Artículo 959, del Código Civil para el Estado de Michoacán.

⁷¹³ *Cfr. ut supra*, subtema 4.5.2.1., de este capítulo.

⁷¹⁴ *Vid.* CARRERAS MALDONADO, María, “Revisión del Contrato por Cambio Extraordinario e Imprevisible de las Circunstancias”, p. 37, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1022/6.pdf> [accesado el día 16 de diciembre de 2013].

⁷¹⁵ *Idem.*

⁷¹⁶ *Cfr.* MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *op. cit.*, p. 96.

⁷¹⁷ *Vid.* CARRERAS MALDONADO, María, *loc cit.* p. 37.

Cabe aclarar que estas circunstancias, de acuerdo al artículo 1828 del Código Civil Federal⁷¹⁸, deben ser de carácter insuperable, a tal grado que debe haber una incompatibilidad de una ley de la naturaleza o de una norma jurídica que constituya un obstáculo insuperable para la realización de la obligación.

Sumado a lo anterior, la legislación civil federal, en su artículo 1829, aclara que “no se considera imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él”⁷¹⁹, en todo caso se trataría de circunstancias extraordinarias, que sólo a través de un sacrificio desproporcionado el deudor puede vencer, pero que no obstante tendría solución en términos del principio de equidad⁷²⁰.

Ante ello, existen opiniones contradictorias que se pronuncian en el sentido de que el juez debe dejar el contrato sin efectos o caso contrario, que debe obligar al deudor a que cumpla con la obligación convenida, o bien que debe llevar a cabo una revisión del mismo para adaptarlo a las circunstancias, para evitar consecuencias injustas⁷²¹.

Aunque en la legislación mexicana, el problema de la revisión y, en su caso, de la adaptación del contrato por variación de circunstancias no está regulado por disposición alguna, en mi opinión, lo justo es, y atendiendo a alguna dimensión de moralidad y equidad, que el juzgador opte por la revisión judicial del contrato y lo

⁷¹⁸ Artículo 994 de la legislación sustantiva civil michoacana.

⁷¹⁹ Así lo estipula el artículo 1829 del Código Civil Federal.

⁷²⁰ Al respecto, los artículos 1796 del Código Civil Federal y 962 del Código Civil Michoacano, señalan que los contratos desde que se perfeccionan, obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, y porque no, conforme a la equidad. Lo anterior, tiene como objetivo evitar la ruina del deudor, modificando en términos de equidad el exacto cumplimiento de la prestación, cuando existan obstáculos que sólo podrían ser superados con sacrificios totalmente desproporcionados a la contraprestación que haya recibido el obligado. *Cfr.* ROJINAS VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 401.

⁷²¹ Este problema no fue omiso en la Edad Media. Los canonistas consideraron que cuando había cambios en las circunstancias en las que se contrató y esto originaba que una de las partes se perjudicaría, tal situación la consideraban como usura, ya que esta no se limitaba al excesivo interés, sino a toda ventaja injusta derivada aun de los contratos libremente pactados. Además, pensaban que era inmoral exigir el cumplimiento estricto porque había lesión y ésta debía evitarse tanto cuando se presentaba al contratar, como cuando sobrevení a circunstancias posteriores. *Ibidem*, p. 38.

adapte a las circunstancias del caso, pues el dejarlo sin efectos sería injusto para alguna de las partes y se cometería de igual manera una injusticia.

Por ello, la solución de rescindir el contrato, “si bien puede ser equitativa en el caso, sin embargo resulta inconveniente, pues lo más benigno no es decretar la ineficacia del mismo, sino permitir que permanezca aunque modificado”⁷²².

Y es que la modificación, que en su caso haga el juzgador, puede significar una rebaja suficiente de la prestación principal o bien, un aumento correlativo y compensatorio de la contraprestación, pues de lo que se trata es de restablecer el antiguo equilibrio en las prestaciones originadas de la relación contractual⁷²³.

No obstante, es necesario señalar que, el juzgador puede actuar en términos de equidad no sólo en aquellos casos donde se presenten circunstancias que hagan imposible la realización de la obligación, sino también en aquellas situaciones que, por circunstancias extraordinarias y no imposibles, no permitan el cumplimiento exacto de la obligación convenida.

Lo anterior, pues del artículo 17 del Código Civil Federal⁷²⁴, con base en un argumento *a fortiori*, y atendiendo a que trata de evitar que se llegue a consecuencias injustas en la exigibilidad de las deudas, si se protege a quien es víctima de una explotación indebida, por el abuso que se haga de la ignorancia, de la inexperiencia o de la miseria del deudor, obteniendo merced de esa conducta ilícita, una ganancia desproporcionada en relación con la prestación que se pague, con mayor razón, y por las mismas razones de justicia y equidad deberá el juez proteger la situación del obligado que con posterioridad al nacimiento de la deuda, tiene que vencer obstáculos extraordinarios para poder cumplir su obligación⁷²⁵.

En este supuesto, al igual que tratándose de cuestiones insuperables, el juez debe optar por la revisión judicial de las circunstancias del caso y, emitir, de

⁷²² Cfr. MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *op. cit.*, p. 120.

⁷²³ *Idem.*

⁷²⁴ Asimismo, el artículo 14 del Código Civil para el Estado de Michoacán.

⁷²⁵ Cfr. ROJINAS VILLEGAS, Rafael, *op. cit.*, p. 401.

considerarlo de justicia común, su decisión en el sentido decretar la reducción de la obligación.

Así, pues, en este último supuesto – la onerosidad sobrevenida –, el juez, al ejecutar la revisión judicial, puede actuar atendiendo a un juicio de equidad; se debe recordar que para fallar en equidad, el juzgador debe pasar por tres niveles, a saber: el juicio histórico, otro lógico y un valorativo⁷²⁶.

Para los casos que se analizan, lo primero que debe analizar el juez son los antecedentes del contrato, es decir, construir un juicio histórico del caso concreto.

En esta etapa, lo que debe interesar al juzgador es conocer los hechos, las necesidades de las partes al momento de contratar, el objeto principal del contrato, e incluso aquellas circunstancias que en un juicio de Derecho positivo fueran intrascendentes⁷²⁷, que motivaron a las partes para aceptar el contrato. Es decir, el juez debe saber las causas primitivas que originaron el acuerdo de voluntades.

Ahora bien, una vez que el juzgador ha fundado un juicio histórico de la situación, debe llevar cabo, como parte de esa revisión judicial, un juicio lógico.

Esta etapa es igual que la de un juicio de Derecho positivo. El juez debe analizar en la masa normativa nacional si existe una norma jurídica que subsuma a la situación sometida a su jurisdicción, caso contrario, el juez debe argumentar la existencia del vacío normativo y justificar la necesidad de aplicar el principio de equidad en el caso concreto.

Por último, el juez debe cerrar este juicio preliminar valorando todo los elementos disponibles y emitir su fallo; debe valorar con prudencia y misericordia si la ejecución del contrato, conforme a la letra de ley es la solución más benigna y humana, o bien si la mejor opción es emitir el fallo valorando la consecuencias que traería consigo en el entorno económico, social, familiar, e incluso espiritual en el

⁷²⁶ Cfr. *ut supra*, subtema 4.4.1. de este capítulo.

⁷²⁷ La situación económica de las partes en el momento de celebrar el contrato, por mencionar un ejemplo.

deudor por la ejecución exacta de la prestación o la reducción de la misma, es decir, partiendo de razones de equidad.

Así, pues, a manera de conclusión, considero que la solución más benigna, de justicia común, prudente y misericordiosa para los casos que se analizan, es optar por la revisión judicial del contrato y, en su caso, de resultar procedente, adaptar el mismo a las circunstancias particulares; pues considero que ante todo debe prevalecer una decisión que perjudique lo menos posible a las partes, pues la equidad como principio general del Derecho, es un principio que atempera la rigidez normativa y permite una decisión que se apegue a la justicia en aquellos casos de ausencia normativa, oscuridad jurídica o simplemente donde la misma norma jurídica invoca su presencia para resolver un asunto.

Lo anterior, sólo son algunos de los supuestos donde la equidad resulta aplicable en el Derecho privado.

4.6. Conclusiones Preliminares.

La equidad se presenta como principio jurídico garante de un juicio justo en un procedimiento jurisdiccional.

Sobre el particular, el juez al resolver un asunto donde el texto legal muestre debilidad en el trámite del caso, debe emplear el principio de equidad para subsanar tal debilidad. Y es que el juez tiene tajantemente prohibido, por el legajo normativo, dejar de resolver un asunto alegando oscuridad o falta de normatividad.

No obstante, es cierto que en los sistemas continentales resulta polémico abordar el tema de la equidad en cuanto a su aplicación, pues en su tradición jurídica, el juez no debe apartarse de la letra de la ley, sólo debe aplicarla sin hacer cuestionamiento alguno de lo justo en su contenido, pues su apartamiento amerita, para los cultivadores del positivismo, una decisión subjetiva y no objetiva.

Es importante recordar que una sentencia fundada en equidad no es otra cosa más que juzgar atendiendo a la misericordia y con sentido de justicia común, las circunstancias del caso, y adaptar la ley a los mismos. Lo que permite que esta sentencia no se sustente en mero subjetivismo.

Asimismo, queda claro que el tratamiento de la equidad no es una cuestión solamente local, sino con transcendencia internacional, pues es común que toda decisión jurídica debe ser justa.

Por último, aunque la equidad está presente en todas las ramas del Derecho, no debe pasar inadvertido que este principio tiene mayor presencia en el Derecho privado, sobre todo en materia de contratos, pues al perseguir una prestación, resulta frecuente que contengan cláusulas abusivas que expresen un interés exageradamente elevado en algunos casos, o en otros muy bajos. Por ello, resulta benéfico que el juez juzgue atendiendo a razones de equidad para suavizar el rigor de la ley, ya sea que la ley lo remita a este principio, o que no existiendo este llamamiento normativo, le juez considere que lo justo es sentenciar en términos de equidad.

Por último, no por ello menos importante, es necesario indicar que los jueces tomen en cuenta que no todo lo expresado en un cuerpo normativo representa un tratamiento que lleve a la realización correcta del Derecho, es decir, al principio de justicia, por lo que en ocasiones deben apartarse de todo formalismo y rigidez que el marco normativo representa y juzgar conforme a la justicia común y misericordia a sus semejantes.

Conclusiones Finales

PRIMERA. Los ordenamientos jurídicos presentan deficiencias en su contenido normativo y, en ocasiones, no son coherentes por la razón que se integran de una multitud de normas que, en muchas ocasiones, se contradicen entre ellas generando antinomias. Además, existe un fenómeno social cambiante que permite la actualización de nuevas conductas en el quehacer cotidiano, lo que en consecuencia, se originan conductas que no están previstas en el cuerpo normativo, generando, entonces, un vacío legal.

SEGUNDA. Es obligación de todos los operadores jurídicos resolver, sin ningún pretexto, el caso sometido a su conocimiento conforme a las leyes previamente establecidas. El *non liquet* está absolutamente prohibido en todos los ordenamientos jurídicos.

TERCERA. Ante aquellos casos donde no es posible la aplicación *ex lege* para resolver una controversia, inclusive, cuando con la aplicación de la norma se ocasiona una injusticia aún mayor que la que se produciría con la no aplicación de la ley, el juez está obligado a recurrir a elementos que integren, a través de la interpretación, el ordenamiento jurídico.

CUARTA. Entre tales elementos autointegrativos están, precisamente, los principios generales del Derecho.

QUINTA. En el ordenamiento jurídico mexicano, los principios jurídicos se encuentran previstos en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos⁷²⁸, y se aplican en defecto de ley y de jurisprudencia.

SEXTA. El primer problema con el que se enfrenta el operador jurídico, en relación con los principios jurídicos, es que el ordenamiento jurídico –incluyendo, por supuesto, al mexicano– los contempla como fuente supletoria del Derecho objetivo, pero no les da contenido, ni tampoco explica cómo deben aplicarse ante vacíos legales. De ahí, entonces, que se precise tanto su contenido, como su despliegue operativo, de manera especial en sede jurisdiccional, ámbito donde se aprecia con mayor énfasis su importancia.

SÉPTIMA. Los principios jurídicos o principios generales del Derecho, son verdades jurídicas universales, que tienen una naturaleza racional y cuya aplicación judicial es única y específica, pues toman en consideración las circunstancias específicas del caso.

OCTAVA. El tema de los principios jurídicos es polémico, sin embargo, la mayoría de los autores coinciden en el papel que éstos desempeñan en el ordenamiento jurídico. Se afirma, pues, que los principios tienen una misión integradora, fundamentadora y orientadora con respecto al entramado jurídico.

NOVENA. Los principios jurídicos se toman en cuenta antes de crear la norma –en sede legislativa– y al momento de aplicarla al caso concreto –en sede judicial–, pues no sólo juegan un papel subsidiario, sino que, incluso, son mecanismos nomogenéticos por excelencia de todo el ordenamiento jurídico, pues deben tomarse en cuenta para crear cualquier norma jurídica, incluyendo a la Constitución. En tal virtud, se puede considerar que el uso de los principios

⁷²⁸ También es el caso del Código Civil Federal mexicano, así como el Código Adjetivo Civil michoacano.

jurídicos es directo y no supletorio, porque su uso es fuente de toda interpretación e integración del ordenamiento jurídico.

DÉCIMA. Los principios no pueden ser una norma jurídica, porque si así fuera, los principios no se aplicarían en defecto de ley, como textualmente lo señala los ordenamientos jurídicos nacionales. Toda norma, siendo regla de conducta obligatoria, está plasmada en un texto legal y, por tanto, se cumple o no; no cabe otra posibilidad. No obstante, los principios deben cumplirse totalmente, pues se tratan de verdades jurídicas universales, no cabe en ellos la cuestión del ámbito de validez, como en las normas jurídicas, pues resultan válidos en todo tiempo, lugar y materia.

DÉCIMA PRIMERA. La aplicación del Derecho positivo y, específicamente de los principios jurídicos para la resolución de conflictos, no depende únicamente de un cuerpo normativo sino también depende, esencialmente, de un conjunto de órganos jurisdiccionales que los apliquen, es decir, depende de los jueces.

DÉCIMA SEGUNDA. No basta que los juzgadores se manifiesten como conocedores y expertos de la técnica jurídica, sino también que se rijan por normas que regulan la conducta judicial y que, además, demuestren, ante la opinión pública, ser personas con una conducta intachable y prudente. Lo anterior, porque no se puede concebir a los impartidores de justicia como hombres sin apego a la ley y sin respeto a su vida privada, pues derrumbarían la confianza que todo ciudadano muestra ante los órganos jurisdiccionales y por ende, se dudaría de la eficacia para aplicar los principios jurídicos en caso de insuficiencia normativa, pues se requiere la debida preparación del juzgador tanto en la técnica jurídica como en los aspectos éticos y morales que rijan su conducta.

DÉCIMA CUARTA. En ocasiones, una norma puede ser poco clara o es confusa, y en otras sencillamente no exista norma aplicable al caso en concreto. Sobre el particular, el entramado jurídico prevé, en aquellos casos donde la norma jurídica sea poco clara o sea susceptible de varios significados, el juez deberá interpretar la norma a la luz de los métodos racionalmente idóneos para elegir su significado, pero, si aun así el caso quedare sin respuesta, entonces el juez debe acudir a los principios jurídicos.

DECIMA QUINTA. El Derecho que toda persona tiene a que se le administre justicia, de manera pronta y expedita, por los tribunales previamente establecidos mediante un juicio justo, es una prerrogativa no sólo de índole nacional sino incluso internacional.

DÉCIMA SEXTA. El principio jurídico de equidad, resulta fundamental en la toma de decisiones judiciales en el ámbito jurisdiccional en aquellos casos donde el marco normativo no prevé solución alguna al caso concreto. La mayoría de los juristas coinciden en que la equidad permite al juzgador apartarse de la letra de la ley.

DÉCIMA SÉPTIMA. La equidad puede definirse como un principio general del Derecho, que tiene por objetivo, conforme a la misericordia, la prudencia y las circunstancias del caso, suavizar el rigor de la Ley.

DÉCIMA OCTAVA. La equidad, desde los romanos, se le ha constantemente equiparado con el principio de igualdad, como el caso de la *aequitas* romana. No obstante, son principios jurídicos distintos que coadyuvan uno al otro para lograr la plenitud del principio de Justicia.

DÉCIMA NOVENA. El establecimiento del *Pretor Peregrini* en la Roma clásica y la *Court of Chancery* en Inglaterra, son los primeros antecedentes del reconocimiento y desarrollo del principio de equidad, cuya aplicación fue trascendental para el desarrollo jurídico de ambos ordenamientos jurídicos. Tanto en Roma como en Inglaterra, el principio de equidad fue descubierto para garantizar un juicio justo.

VIGÉSIMA. Cuando una sentencia se apega más a la equidad, entonces está más cerca de la justicia.

VIGÉSIMA PRIMERA. Es cierto que en los sistemas continentales resulta polémico abordar el tema de la equidad en cuanto a su aplicación, pues en su tradición jurídica, el juez no debe apartarse de la letra de la ley (*le juge c'est la bouche de la loi*), sólo debe aplicarla sin hacer cuestionamiento alguno de lo justo en su contenido, pues su apartamiento amerita, para los cultivadores del positivismo, una decisión subjetiva y no objetiva.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Una sentencia fundada en equidad no es más que juzgar atendiendo a la misericordia y con sentido de justicia común, las circunstancias del caso, y adaptar la ley a los mismos. Lo que permite que esta sentencia no se sustente en mero subjetivismo.

VIGÉSIMA TERCERA. El tratamiento de la equidad no es una cuestión solamente local, sino con transcendencia internacional, pues es común que toda decisión jurídica debe ser justa.

VIGÉSIMA CUARTA. La equidad está presente en todas las ramas del Derecho, sin embargo, no debe pasar inadvertido que este principio tiene mayor presencia en el Derecho privado, sobre todo en materia de contratos.

VIGÉSIMA QUINTA. No todo lo expresado en un cuerpo normativo representa un tratamiento que lleve a la realización correcta del Derecho, es decir, al principio de justicia, por lo que en ocasiones deben apartarse de todo formalismo y rigidez que el marco normativo representa y juzgar conforme a la justicia común y misericordia a sus semejantes.

Bibliografía

1. Fuentes Documentales

A) Textos Normativos

I. Nacionales

Normativa Federal

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Vigente.
- Código Civil Federal, Vigente.
- Ley General para la Igualdad entre el Hombre y la Mujer, Vigente.

Normativa del Estado de Michoacán

- Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Vigente.
- Código Civil para el Estado de Michoacán, Vigente.
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán, Vigente.

Normativa de Entidades Federativas

- Código Civil para el Estado de Guanajuato, Vigente.
- Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Vigente.
- Código Civil del Estado Chihuahua, Vigente.
- Código Civil para el Estado de Sonora, Vigente.
- Código Civil para el Estado de Oaxaca, Vigente.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, Vigente.
- Código Civil para el Distrito Federal, Vigente.
- Código Civil del Estado de Durango, Vigente.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco, Vigente.

Normativa Internacional

- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1978.
- Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
- Convención Europea de Derechos Humanos de 1970

B) Jurisprudencias y Decisiones Judiciales

- Jurisprudencia: “Conceptos de Violación en Amparo Directo. El Estudio de los que Determinen su Concesión debe Atender al Principio de Mayor Beneficio, Pudiéndose Omitir el de Aquellos que Aunque Resulten Fundados, No Mejoren lo ya Alcanzado por el Quejoso, Inclusive los que se Refieren a Constitucionalidad de Leyes”. Localizable en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Febrero 2005, p. 5 del Tomo XXI.
- Jurisprudencia: “Acuerdos Dictados por los Jueces de Amparo. Pueden Fundarse en los Principios Generales del Derecho a Falta de Precepto Legal Aplicable”. Localizable en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Tomo VIII, Noviembre de 1991, pág. 145.
- Tesis Aislada: “Principios Generales del Derecho. Su Función en el Ordenamiento Jurídico”, Localizable en *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, III, Segunda Parte-2, enero-junio 1989, pág. 573.
- Jurisprudencia: “Suspensión, Nociones de Orden Público y de Interés Social para los Efectos de la.”. Localizable en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo IV, julio-diciembre de 1989, Segunda Parte-1, p. 53.

C) Doctrina

I. Manuales

- ADAME GODDARD, Jorge, *Una Introducción al Estudio del Derecho*, Fondo para la Difusión del Derecho/Escuela Libre de Derecho, México, 1989.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, Editorial Porrúa, México, 1992.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- BETEGON CARRILLO, Jerónimo, *et al.*, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Castilla la Mancha, Madrid, 1995.
- BENDA, Ernesto *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001
- CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, *Nueva Introducción a la Teoría del Derecho*, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, S/F.
- CASTRILLON Y LUNA, Víctor M., *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2007.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (Trad. Jorge Sánchez Cordero), Decima Primera Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, 2010.
- DE PISON CAVERO, José Martínez, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Universidad de la Rioja, 1998.
- DE CASTRO CID, Benito, *Manual de Teoría del Derecho*, Editorial Universitas, Madrid, S/F.

- DE PÌNA, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Décimoprimer Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- GALVÁN RIVERA, Flavio, *Derecho Procesal Electoral*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Sexagésima Edición, Editorial Porrúa, México, 2008.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., *et al.*, *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Thomson, Pamplona, 2008.
- KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Quinta Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.
- LANGBEIN, John H., *et al.*, *History of the Common Law*, Aspen Publishers/Wolters Kluwer, New York, 2009.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1998.
- MARTINEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, *Curso de Teoría del Derecho*, Segunda Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.
- MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Teoría del Derecho*, Editorial Oxford, México, 2006.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Joseph María, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MORINEAU, Marta, *Una Introducción al Common Law*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Autónoma de México, México, 2004.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, Sexta Edición, Editorial Oxford, México, 2008.
- PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, Segunda Edición, Porrúa, México, 2007.

- PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho: Lógica Jurídica*, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2007.
- PRIETO SANCHIS, Luís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al., Derecho Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- ROJINAS VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, Vigésimocuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- RIBAS ALBA, José María y SERRANO-VICENTE, Martín, *El Derecho en Roma*, Editorial Comares, Granada, 2010.
- SAÍD, Alberto y GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Isidro M., *Teoría General del Proceso*, Editorial Iure, México, 2006.
- SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Sexta Reimpresión de la Primera en Español, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

II. Monografías

- ÁLVAREZ SACRITÁN, Isidoro, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Gomylex, Bilbao, 2010.
- ALFONZO JIMÉNEZ, Armando, *La Defensa No Jurisdiccional de los Derechos Humanos*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2010.
- ALEXY, Robert, *El Concepto y Validez del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.
- AZÚA REYES, Sergio, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1986.
- BAEZ SILVA, Carlos, *et al. (coords.), Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas*, Segunda Edición, Editorial Laguna, México, 2010.

- BAURA, Eduardo, *Interpretación de la Ley Canónica en el Arte Jurídico*, Pontificia Universidad de la Santa Cruz, S/F.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los Principios Jurídicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- BOENTE RODRÍGUEZ, Sonia Esperanza, *Los Principios Generales del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, 2008.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, *Reflexiones sobre Derecho Electoral*, Editorial TEPJF, México, 2006.
- CHIAPPETTA, Luigi, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento Giuridico-Pastorale*, I, Libri I-II, Terza Edizione, Bologna, 2011.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Fuentes del Derecho Civil Español*, S/F.
- DE AQUINO, Santo Tomás, (presentación Damián Byrne), *Suma de Teología*, Cuarta Edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001.
- DE BUEN L., Demófilo, *Las Normas Jurídicas y la Función Judicial*, Editorial Thomson Reuters/Civitas, Madrid, 2009.
- DÍAZ COUSELO, José María, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1971.
- DE DIENHEIM BARRIGUETE, Cuauhtémoc Manuel, *Constitucionalismo Universal: La Internacionalización y Estandarización de los Derechos Humanos*, AD-HOC, Buenos Aires, 2009.
- DEVIS ECHANDÍA, Fernando, *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Editorial Ibáñez/Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1981.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1995.

- ENTRENA KLETT, Carlos Ma. *La Equidad y el Arte de Juzgar*, Editorial Aranzandi, Pamplona, 1979.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La Argumentación Interpretativa en la Justicia Electoral Mexicana*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.
- ESTRADA SÁMANO, José Antonio, *Notas sobre Filosofía del Derecho*, Morevallado Editores, Morelia, 2002.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y La Nueva Ley de Amparo*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México 2013.
- FALCÓN Y TELLA, María José, *Equidad, Derecho y Justicia*, Editorial Universitaria Ramón Areces/Universidad Complutense de Madrid, S/F.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto y J. LAPORTA, Francis, *El Derecho y La Justicia*, S/F.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica* [Trad. de Gascón Marina y Miguel Carbonell], Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- GRANDE YAÑEZ, Miguel, *et. al., Justicia y Ética de la Abogacía*, Editorial Dykinson, Madrid, S/F.
- GUTIÉRREZ PARADA, Oscar, *Justicia Penal y Principio de Oportunidad*, Escuela Libre de Derecho, México, 2010.
- GONZALÉZ PÉREZ, Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Quinta Edición, Editorial Aranzandi, Barcelona, 2009.
- HASIM KAMALI, Mohammad, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Third Revised and Enlarged Edition, The Islamic Texts Society, Cambridge, 2003.
- HASHIM KAMALI, Mohammad, *Equity and Fairness in Islam*, Edition The Islamic Texts Society, Cambridge, 2005.

- HESSEN, J., *Teoría del Conocimiento*, Tercera Edición, Editores Mexicanos Unidos, México, 1993.
- JASENTULIYANA, Nandasiri, *Perspectives on International Law*, Kluwer Law International, London, 1995.
- MANERO, Juan y ATIENZA, Manuel, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Segunda Edición, Editorial Ariel, España, 2004.
- MALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del Derecho, Principios del Ordenamiento Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio Cano, *La Equidad en el Derecho Privado. Derecho y Justicia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- MÉJAN CARRER, Luis Manuel C., *Contratos Civiles, Ayuda de Memoria*, Editorial Oxford, México, 2004.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Objetividad Jurídica e Interpretación del Derecho*, Editorial Porrúa/Universidad Panamericana, México, 2008.
- MARTIN, Jill E., *Modern Equity*, Sweet and Maxwell Ltd, 16th. Edition, London, 2001.
- PALLARES, Eduardo, *La Interpretación de la Ley Procesal y la Doctrina de la Reconvención*, Editorial Botas, México, 1948.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*, Editorial La Ley, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, Principios, Derechos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"/Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, Madrid, 1998.
- PRIETO DE PAULA CONCA, Javier, *La Equidad y Los Juicios de Equidad*, Editorial Difusión Jurídica, Madrid, 2010.

- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *Principios del Derecho y Razonamiento Jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid, S/F.
- RODRÍGUEZ MELENDEZ, Roberto, *et al.*, *Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas*, Segunda Edición, México, 2010.
- RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Editorial Plaza y Valdés/Universidad Iberoamericana de León, México, 2003.
- RUIZ MANERO, Juan y ATIENZA, Manuel, *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Segunda Edición, Editorial Ariel, España, 2004.
- SÁNCHEZ VAZQUEZ, Rafael, *La Libertad e Igualdad Jurídica como Principios Generales del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1995.
- SANCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *et al.*, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Actas/Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Contractual Comparado. Una Perspectiva Europea y Transnacional*, Editorial Thomson, Navarra, 2009.
- TARDÍO PATO, José Antonio, *Los Principios Generales del Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *¿Fuentes Formales del Derecho o Elementos Mediadores entre la Naturaleza de las Cosas y los Hechos Jurídicos?*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1997

III. Diccionarios

- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Torres, España, 2003.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Vigésima Edición, Tomo VI (P-Q), Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1981.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Derecho de la A a la Z. Diccionario Jurídico*, Cuarta Edición, Editorial Thomson/Aranzadi, Navarra, 2006.
- ----- *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, Tomo V I, México, 1986, p. 1910.
- HERRERO RAIMUNDO, José Ignacio F. *et al.*, *Diccionario Jurídico*, Segunda Edición, Editorial Colex, Madrid, 2003.
- PONS GONZÁLEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, Miguel A., *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo Segundo (H-Z), Editorial Aranzandi, Pamplona, 1984.
- RIBÓ DURÁN, Luis, *Diccionario de Derecho*, Segunda Edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.

IV. Revistas Especializadas

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre Principios y Reglas”, en *Doxa*, No.10, 1991.
- ALEXY, Robert, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, en *Doxa*, No. 5, 1988.
- CASTAN, José, “La Equidad y sus Tipos Históricos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Junio de 1950.
- CIANCIARDO, Juan, “Principios y reglas: Una Aproximación desde los Criterios de Distinción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 108, Septiembre-Diciembre de 2003, México.

- GÓMEZ SAMANO, Sebastián, “Justicia y Equidad: de Themis a Dike, de Isonomía a la Epikēia y de éstas al Filein”, en *Serie Ética Judicial*, No. 26, Febrero 2013/ Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2013.
- HART, H.L.A, “Pos Scritum al Concepto del Derecho” (Editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz), Instituto de Investigaciones Jurídicas/ UNAM, *Serie de Estudios Jurídicos*, Número 13, México, 2000.
- MALEM SEÑA, Jorge F. “¿Pueden las Malas Personas Ser Buenos Jueces?”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 24.
- PÉREZ JARABA, María Dolores, “Principios y Reglas: Examen del Debate entre R. Dworkin y H.D.L. A. Hart”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, Número 10, 2010.
- PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón, “Principio de Equidad Procesal”, en *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Número 21, 2009.
- PORTELA, Mario Alberto, “Argumentación y Sentencia”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 21, S/F.
- ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel, “Principios Rectores en Materia Electoral en Latinoamérica”, en *Revista IIDH*, Enero-Junio, 2009.
- ROBLES VELASCO, Luis Mariano, “*Aequitas* y sus Relaciones con la *Equity*: Diferencias, Similitudes e Influencias”, en *Revista Internacional de Derecho Romano*, Madrid, 2013.
- SOBREVILLA, David, “El Modelo Jurídico de Reglas, Principios y Procedimientos de Robert Alexy”, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Número 4, abril 1996.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *¿Fuentes Formales del Derecho o Elementos Mediadores entre la Naturaleza de las Cosas y los Hechos Jurídicos?*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

V. Varia

- DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel, *El Ingenioso Hidalgo, Don Quijote de la Mancha*, Edición IV Centenario, Editorial Castilla, Madrid, 1947.

VI. Fuentes Telemáticas

- BERMEJO GARCÍA, Romualdo, “Lugar y Función de la Equidad en el Nuevo Derecho Internacional”, disponible en http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21056/1/ADI_VII_19_83-84_08.pdf
- CARRERAS MALDONADO, María, “Revisión del Contrato por Cambio Extraordinario e Imprevisible de las Circunstancias”, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1022/6.pdf>
- -----“Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sintaxis
- FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita, “El Significado de la *Lex Aebutia* en el Ordenamiento Procesal Romano”, disponible en <http://www2.ulq.ac.be/vinitor/rida/2007/Fuenteseca.pdf>
-
- GARCIA, Carlos, “Ponderación de Principios en Casos Concretos”, disponible en <http://es.scribd.com/doc/3053470/Ponderacion-de-Principios>
- GARCÍA HIGUERA, Rubén, “La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart”, Instituto de Derechos Humanos de Bartolomé de las Casas/ Universidad Carlos III de Madrid, disponible en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/9824/1/regla_reconocimiento.pdf
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Hacia una Definición Mexicana de ‘Orden Público’ ”, disponible en

<http://www.imarbitraje.org.mx/estudios/Definicion%20de%20Orden%20Publico.pdf>.

- GUIBOURG, Ricardo A., “Hart, Bulygin y Ruiz Manero: Tres Enfoques Para un Modelo”, disponible en http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10691/1/doxa14_20.pdf.
- ----- “La Enciclopedia Libre Universal en Español”, disponible en http://enciclopedia.us.es/index.php/Principios_generales_del_Derecho
- ----- “La Gaceta Jurídica”, en línea, disponible en http://www.larazon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Juecesracionalidad_0_1811218943.html
- “Los Principios Generales del Derecho y su Impronta en la Cultura de la Legalidad”, en línea, disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf>.
- PETZOLD PERNÍA, Hermann, “Sobre la Naturaleza de los Principios Generales del Derecho”, disponible en www.enj.org
- ----- “Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial 2002”, disponible en <http://www.justiciacordoba.gob.ar/site/EticaJudicial/Doc/Reglas-Bangalore.pdf>
- RUIZ CARBONELL, Ricardo, “El Principio de Igualdad entre Hombres y Mujeres. Del ámbito Público al Ámbito Jurídico-Familiar”, disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10750/RuizCarbonell.pdf?sequence=1>
- RUIZ RUIZ, Ramón, “La Distinción entre Reglas y Principios y Sus Implicaciones en la Aplicación del Derecho”, disponible en http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf.

- SABELLI, Eduardo Héctor, “Equidad y Control de Constitucionalidad”, disponible en <http://www.cebac.com.bo/descargas/Equidad%20y%20Control%20de%20Constitucionalidad.pdf>
- TRIAS DE BES, “Le Droit International Privé en Espagne, en la Vie Juridique des Peuples”, París, Bibliothèque Espagne Delagrave, 1934, disponible en [http://files.uladech.edu.pe/docente/09166196/Derecho_Internacion al Privado/Sesion 13/Contenido.pdf](http://files.uladech.edu.pe/docente/09166196/Derecho_Internacion_al_Privado/Sesion_13/Contenido.pdf)
- TORRES ZÁRATE, Fermín y GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, “Common Law: Una Reflexión Comparativa entre el Sistema Inglés y el Sistema Estadounidense”, disponible en <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/62/68-05.pdf>