

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



LICDA. WENDY YANETH COLOMA ALBUREZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2018

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA AXIOLOGÍA Y LA EQUIDAD EN LA SOLUCIÓN
DE CASOS JUDICIALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

WENDY YANETH COLOMA ALBUREZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
(Magister Scientiae)**

Guatemala, abril de 2018

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: MSc. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Aníbal González Dubón
VOCAL: Dra. Claudia Lucrecia Paredes Castañeda
SECRETARIO: MSc. Pablo Andrés Bonilla Hernández

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).



Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
DOCTORA EN DERECHO • ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, 27 de noviembre de 2017

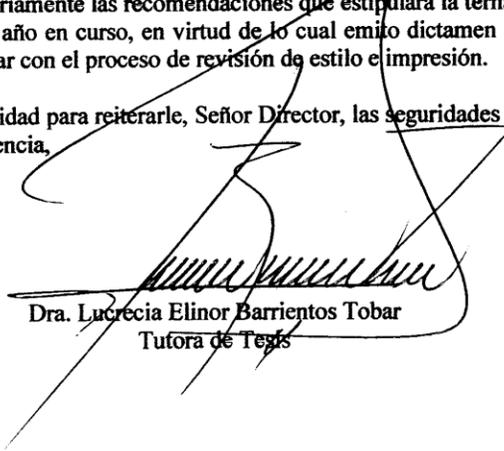
Doctor
Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Ciudad de Guatemala.

Respetable Sr. Director:

Tengo el agrado de informarle que he procedido a revisar las recomendaciones para enmienda de la tesis titulada **“LA AXIOLOGÍA Y LA EQUIDAD EN LA SOLUCIÓN DE CASOS JUDICIALES”** elaborada por la licenciada Wendy Yaneth Coloma Alburez.

Al respecto me permito informarle, que la licenciada Coloma Alburez ha realizado e incorporado satisfactoriamente las recomendaciones que estipulara la terna examinadora del 18 de octubre del año en curso, en virtud de lo cual emito dictamen favorable para los efectos de continuar con el proceso de revisión de estilo e impresión.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle, Señor Director, las seguridades de mi especial consideración y deferencia.



Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
Tutora de Tesis

Guatemala, 09 de febrero de 2018.

Dr. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

LA AXIOLOGÍA Y LA EQUIDAD EN LA SOLUCIÓN DE CASOS JUDICIALES

Esta tesis fue presentada por la Licda. Wendy Yaneth Coloma Alburez de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456

Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, trece de marzo del dos mil dieciocho.-----

En vista de que la Licda. Wendy Yaneth Coloma Alburez aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional**, lo cual consta en el acta número 56-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA AXIOLOGÍA Y LA EQUIDAD EN LA SOLUCIÓN DE CASOS JUDICIALES”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

- A DIOS TODO PODEROSO:** Por la bendición de alcanzar una meta más.
- A MI MADRE:** Rosa Lidia Alburez, por su ejemplo de vida, sus consejos, su apoyo incondicional y enseñarme que con esfuerzo y dedicación se pueden alcanzar nuestras metas.
- A MI PADRE:** Mario Augusto Coloma Gálvez. Mi mejor ejemplo de sencillez, honradez, humildad y trabajo. Flores en su tumba.
- A MIS HERMANOS:** Edgar Augusto y Marco Vinicio, por alentarme a culminar esta meta.
- A MI ESPOSO:** Edgar Alberto Pérez Cifuentes, por su amor, su apoyo incondicional y comprensión en todo momento. Te amo.
- A MIS HIJOS:** Mario Alberto y Edgar Alejandro, a quienes amo con todo mi corazón, pidiéndole a Dios que tomen el presente acto de graduación como ejemplo a seguir.
- A MI HIJO:** Edgar Alberto, Dios te tenga en sus brazos. Te amo.

A MIS SOBRINOS: Sonia Elizabeth, María Gimena, Mario Augusto y Samuel David, sigan adelante.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por brindarme la oportunidad de cumplir uno de mis sueños anhelados.

A: La Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que me ha permitido adquirir conocimientos necesarios para la culminación de mis estudios de maestría.

CONTENIDO



Página

Introducción	i
Capítulo I: La función de la equidad en el constitucionalismo contemporáneo	
1. La visión axiológica de la Constitución	1
2. La constitucionalización del Derecho	4
3. La equidad en el ámbito axiológico del Derecho constitucional	8
4. La equidad en la historia del pensamiento jurídico	12
5. La equidad en el contexto jurídico guatemalteco	17
6. La axiología y axiología jurídica	22
7. La crisis de los valores y de la equidad	23
8. Jurisprudencia constitucional	26
Capítulo II: La equidad en el orden jurídico constitucionalizado	
1. Equidad y decisión judicial	31
2. La equidad en sentido general y en sentido particular	35
3. La función de la equidad en el ordenamiento jurídico	40
4. Las funciones jurisdiccionales de la equidad	43
4.1 Equidad y función sustitutiva	44
4.2 La función integrativa de la equidad	45
4.3 La función interpretativa de la equidad	47
5. La equidad y las nuevas perspectivas en el razonamiento judicial	48
6. El verdadero sentido de la equidad en el mundo contemporáneo	55
Capítulo III: La equidad en el pensamiento jurídico contemporáneo	
1. La idea de la equidad en el constitucionalismo contemporáneo	60



2. La indeterminación del Derecho y los conflictos normativos	61
3. La teoría de la argumentación	65
4. El pensamiento de Robert Alexy	68
5. La posición de Gustavo Zagrebelsky	79
Capítulo IV: Los problemas de la equidad: respuestas y posicionamiento	
1. Visión general de los problemas de la equidad	86
2. El retorno de la casuística	88
3. ¿Para qué sirven los códigos?	92
4. Principios de plenitud hermética del ordenamiento jurídico y norma de clausura	92
5. Las críticas de Juan Antonio García Amado	96
5.1 La crítica de García Amado a Robert Alexy	96
5.2 La crítica a las ideas de Gustavo Zagrebelsky	100
6. La conciencia del juez	102
7. La justicia como equidad	104
8. Crítica a la función de la equidad en el Derecho	106
Conclusiones	116
Bibliografía	118

INTRODUCCIÓN



En el Estado constitucional de derecho la argumentación jurídica se presenta a menudo en la forma de argumentación moral. El Estado constitucional codifica expresamente a través de su Constitución, algunos contenidos morales: derechos fundamentales, ideales de justicia, valores. En otras palabras, en el Estado constitucional, en una cultura jurídica neoconstitucionalista, parece verificarse una radical conexión interpretativa entre Derecho y moral: la argumentación jurídica asume la forma de un razonamiento moral.

Esto, sin embargo, no implica necesariamente que, en el Estado constitucional, el juez, o más en general el intérprete, se transforme en un sabio que sopesa los errores y razones, consideraciones, factores, costos y beneficios y que llegue a la mejor decisión, la decisión razonable, sin algún vínculo por parte del Derecho positivo.

Es decir, los argumentos morales son complementarios del ordenamiento jurídico en razón de que las conductas de los seres humanos no se ajustan o se apartan, en variados grados, de los contenidos literales y generales de las disposiciones jurídicas.

Los factores específicamente jurídicos funcionan como condiciones de estabilización de significado, haciendo al razonamiento jurídico menos particularista que el razonamiento moral sin restricciones.



Esto, obviamente no demuestra que en todos los casos no intervienen juicios de valor u opciones ético-políticas, pues el ejercicio de valoraciones es una dimensión ineliminable del razonamiento jurídico.

La equidad, en ese sentido, juega un papel fundamental para que la decisión jurídica, además de tal, se considere justa, pues de lo contrario se estaría a la ciega y mecánica aplicación de la ley sin restricción alguna.

El problema a investigar en el diseño de investigación se planteó de la siguiente manera: ¿en qué circunstancias procesales, el juez puede recurrir a la axiología y a la equidad para resolver un conflicto de intereses? La hipótesis correspondiente se formuló de la siguiente forma: el artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial establece que la función judicial debe impartirse conforme a los valores del ordenamiento jurídico del país. Asimismo, el artículo 10 de la misma ley, establece que el juzgador puede aclarar el sentido de una norma, recurriendo a la equidad. En consecuencia, en cualquier circunstancia, debe tenerse en cuenta los valores, la materia axiológica y cuando se trata de la labor hermenéutica, se recurre a la equidad, entendida como la justicia del caso concreto.

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primero trata la función de la equidad en el constitucionalismo contemporáneo, en el segundo

se desarrolla la equidad en el orden jurídico constitucionalizado; en el tercer capítulo se analiza la equidad en el pensamiento jurídico moderno y en el cuarto, se desarrollan los problemas más generales de la equidad y sus principales soluciones.



CAPÍTULO I



LA FUNCIÓN DE LA EQUIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

1. LA VISIÓN AXIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

Un rasgo que caracteriza al constitucionalismo contemporáneo es el hecho de que el concepto axiológico de Constitución está adquiriendo una importancia inusitada. Las atrocidades cometidas por los regímenes dictatoriales, especialmente antes de la Segunda Guerra Mundial, hicieron evidente que un sistema de Derecho que ignora la dignidad del ser humano es proclive a caer en la barbarie. De ahí que el criterio de legitimidad de un sistema jurídico y político dependa en gran medida del respeto a la dignidad humana y a los derechos que emanan de ella. Este logro de la humanidad se ha consolidado con un sistema internacional de protección de los derechos humanos que marca una transformación en la evolución de todo sistema jurídico establecido.

No es de extrañar, pues, que las Constituciones contemporáneas, cuyo núcleo axiológico radica en el personalismo o valor intrínseco del ser humano, impongan su dominio sobre las normas ordinarias que en el Estado de legalidad fueron concebidas como expresión de la voluntad general.



En el sentido indicado, Vigo habla de un proceso de “constitucionalización y judicialización del Derecho”¹. Con esto se quiere decir, que la ley ordinaria supeditada a los contenidos del texto constitucional, cuya interpretación última suele concederse a un tribunal especial. El Estado de legalidad se torna insuficiente cuando el Derecho ya no se reduce a la ley. En la opinión de Vigo: “Se ha pasado del normativismo al principalismo”². El Derecho, que en la opinión de Luis Recaséns Siches, “no es valor puro, sino vehículo institucional para los valores, tiende a subordinarse a los valores que hacen posible una convivencia ecuánime”³.

De esta forma, el texto constitucional refleja el compromiso de la sociedad para regirse por medio de un documento fundacional que recoge las aspiraciones humanitarias más importantes. Una Constitución actual no solo establece derechos fundamentales, limita poderes u organiza el Estado, sino que también señala caminos para el progreso moral de una sociedad además de establecer acuerdos de ciudadanía que, acogiendo los derechos humanos, aspira a establecer una comunidad regida por la idea del bien común.

La idea contemporánea de Constitución no solo refleja el proceso de racionalización de la vida que distingue a la época moderna, sino que también recoge,

¹ Vigo, Rodolfo Luis. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO: DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2013.

² *Ibidem*. Pp. 23.

³ Recaséns Siches, Luis. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2006. Pp. 71.



las grandes contribuciones del pensamiento político y jurídico de la humanidad. Para Mauricio Fioravanti, el ideal constitucional es un producto de la modernidad que consiste “en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas”⁴.

Ese origen moderno, en opinión de Fioravanti, no obsta para que en el constitucionalismo surjan problemas que se remontan a épocas anteriores, de origen antiguo y medieval; pues el constitucionalismo nace y se consolida en el contexto del proceso de formación del Estado moderno europeo. Existen tradiciones jurídicas que se transportan a nuestro tiempo debido al constitucionalismo: entre ellas, la tradición de la equidad como complemento o corrección del Derecho.

Sin embargo, la idea de una Constitución basada en valores es una idea relativamente reciente. De hecho, en el campo de la filosofía, **la axiología**, disciplina que estudia los valores, es una disciplina relativamente reciente, que surge en Alemania hacia finales del siglo XIX. En la filosofía anterior se hablaba del bien, de la virtud, etc., pero no se hablaba específicamente del valor, como entidad dotada de caracteres específicos. En este contexto, la idea de equidad se va recreando progresivamente.

⁴Fioravanti, Mauricio. CONSTITUCIONALISMO: EXPERIENCIAS HISTÓRICAS Y TENDENCIAS ACTUALES. Editorial Trotta. Madrid. 2014.Pp. 135.



¿Qué cambios conlleva la transformación axiológica del Derecho en la era de los profesionales de la ciencia jurídica? ¿Qué cambios se plantean respecto a la forma en que se plantean los conflictos jurídicos y la forma en que estos se resuelven? ¿Cuál es el papel de la equidad en el ámbito del Derecho constitucional contemporáneo? ¿Cómo se le puede devolver a la equidad el papel fundamental que tuvo en otros tiempos?

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Para responder a las preguntas anteriores es necesario clarificar ¿qué se entiende por constitucionalización? Con la idea de constitucionalización del orden jurídico se apunta hacia dos tesis fundamentales. En primer lugar, la Constitución ya no es simplemente un marco normativo que regula los aspectos atinentes a la organización del Estado, el balance de los poderes, y los relativos a los límites del legislador y los otros poderes estatales. Un sistema jurídico constitucionalizado en la época actual supone que la observancia de la Constitución (cuyo núcleo es axiológico) se convierte en guía de toda actuación legislativa y judicial, y en última instancia, ciudadana.

Ricardo Guastini manifiesta que: “Un orden jurídico que ha sido constitucionalizado hace que las normas constitucionales se tornen en normas jurídicas



genuinas, las cuales deben ser aplicadas directamente por el juez⁵. En particular, el juez debe esforzarse por realizar su tarea en función del cumplimiento de la Constitución y las garantías que esta establece. De algún modo, el juez abandona la función de *boca de ley* que Montesquieu le había atribuido. El juez se erige en un funcionario que reflexiona sobre los contenidos constitucionales para encontrar la mejor solución a los conflictos que plantea la vida ciudadana.

En segundo lugar, el núcleo valorativo que informa la Constitución, al implicar una vinculación entre el Derecho y la moral, llega a influenciar la acción directa del juez. Se puede decir, incluso, que dicha influencia llega a la intimidad de la conciencia. En este sentido, el juzgador ejerce su función jurisdiccional a través de decisiones que intentan reflejar los valores y principios morales reconocidos por una comunidad (especialmente los derechos humanos) en un momento de su historia. Estas posiciones, sin duda, representan cambios en el Derecho, especialmente del que se heredó del siglo XIX. Una de las transformaciones fundamentales, gira alrededor de la primacía del texto constitucional sobre las leyes ordinarias.

Esta nueva forma de presentar al Derecho en nuestro medio, entra en tensión con la ideología positivista dominante; este componente de la cultura jurídica refleja la influencia francesa que fue notoria cuando los países occidentales surgieron a la vida

⁵Guastini, Riccardo. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL CASO ITALIANO. En: Carbonell, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO (S). Editorial Trotta. Madrid. 2006. Pp. 50.



independiente. El ideal codificador francés asumía la *plenitud* del código legal en todo caso, se necesitaba exégesis, no interpretación. Esta ideología es particularmente evidente en lo que concierne a la función judicial; para muchos el juez viene a ser la “boca de la ley” como lo indicó Montesquieu, solo debe atender lo que la ley estipula.

En esta perspectiva, el juez que se desvía de lo debidamente promulgado en las leyes respectivas estaría violando la ley. Desde este punto de vista, el juez debe limitarse a aplicar, a través de la subsunción, la ley debidamente formulada por las instancias legislativas reconocidas, especialmente por el Organismo Legislativo. Bajo esta perspectiva, el juzgador debe apegarse a la letra de la ley.

Si bien es cierto, en algunos casos, el juez posee cierta discrecionalidad para resolver, en la cultura jurídica en la que se aplica la doctrina dominante o cultura positivista, se limita la interpretación a la hermenéutica jurídica. Mauricio García Villegas manifiesta que: “La escuela exegética en Francia surgió varias décadas después, cuando se comprendió que el ideal napoleónico de codificación ya no reflejaba el genuino ejercicio jurídico”⁶. En países de cultura jurídica positivista, los ejercicios interpretativos son realmente limitados, hasta el punto que se puede decir que el ejercicio correcto de la judicatura asume una sujeción a lo expresamente escrito en los códigos respectivos. En este orden de cosas, la efectiva constitucionalización del Derecho es un asunto que aún se encuentra en desarrollo.

⁶García Villegas, Mauricio. SOCIOLOGÍA Y CRÍTICA DEL DERECHO. Editorial Fontamara. México. 2010. Pp. 26.



La opción por los valores está lejos de ser novedosa, pero sigue planteando problemas para los cuales es necesaria una mayor reflexión. Quizás contextualización de dicha posición implica cambios en la estructura de la actividad judicial. No puede negarse, por ejemplo, que el recurrir a principios y valores es proclive a introducir perspectivas subjetivas que pueden alterar los ideales de la *seguridad y certeza jurídica*. Reconocer este punto, sin embargo, no implica pasar por alto que la práctica jurídica en nuestro medio requiere de una transformación profunda que la sitúe en la senda de un auténtico Estado constitucional de derecho.

Si bien podría ser ligera la manifestación de que los jueces necesitan identificar los parámetros necesarios para tener mayor conciencia de las dimensiones morales de su labor; la tarea es mucho más integral: también se deben identificar los conocimientos y competencias esenciales que son necesarios para que el legislador cumpla de manera satisfactoria su tarea. Las leyes mal redactadas, mal formuladas, y con deficiente técnica jurídica, constituyen un problema grave para el juzgador que las aplica para la resolución de los casos que se someten a su competencia.

En todo caso, al hablar de valores, conciencia jurídica, hechos, contextos jurídicos, etc., se está abogando por una práctica jurídica comprensiva, holística y comprometida con los valores jurídicos. En este escenario, se necesita un examen renovado del instrumental conceptual con el que el juez se enfrenta a su labor. Como se hará evidente, el antiguo papel de la equidad va adquiriendo matices actualizados,



que la hacen digna de ser estudiada como método de resolución de casos judiciales. A veces las respuestas a los problemas de la época actual se encuentran en el retroceso de las ideas de los pensadores clásicos. Esto es cierto aun en el caso de una noción que, como la equidad, parece situarse en contra de la generalidad propia de todo sistema jurídico.

3. LA EQUIDAD EN EL ÁMBITO AXIOLÓGICO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El creciente consenso sobre la importancia de la Constitución axiológica exige tener claro en qué circunstancias los valores y la equidad señalan parámetros para la solución de casos sometidos al conocimiento y decisión de un juez. En efecto, la equidad es una forma, aunque no la única, de reconocer los valores en las decisiones judiciales en el Estado constitucional de derecho; su importancia deriva del hecho de que, en un sistema constitucional regido por valores, los conflictos entre estos son fenómenos de la mayor importancia. Desde luego, este punto es más evidente en aquellas visiones del Derecho que, como la influyente corriente del neoconstitucionalismo, conceden mayor importancia a la moral.

Esta tarea supone la clarificación del mismo concepto de equidad. En la versión electrónica del Diccionario de la Real Academia Española se especifican los varios sentidos del término *equidad*:



1. f. Igualdad de ánimo.
2. f. Bondadosa templanza habitual, propensión a dejarse guiar, o a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley.
3. f. Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva.
4. f. Moderación en el precio de las cosas o en las condiciones de los contratos.
5. f. Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece.

En esta enumeración de los sentidos del término respectivo se hacen evidentes los significados que recoge la idea de equidad en lo que concierne al Derecho. En efecto, en los numerales segundo y tercero se revela la tensión entre equidad y Derecho positivo. De hecho, estos sentidos son recogidos por pensadores clásicos, lo cual ilustra que la idea de equidad es una noción antigua en la historia del pensamiento jurídico.

El sentido jurídico de la equidad reconoce una tensión entre el sentido casi natural de justicia y la aplicación del Derecho al caso concreto. Al hacer referencia a las nociones de equidad en Aristóteles y Kant, el jurista español Javier Prieto de Paula Conca manifiesta que: “En el centro de tales conceptualizaciones se esconde la primacía de la conciencia, que debe mantener un pulso la institucionalización jurídica



en aquellos casos en que esta no puede atender, con la justicia a la que debe propender, a la especificidad de un caso concreto... o a las pautas éticas comúnmente acatadas en un determinado momento histórico (y que pueden no coincidir con la formulación jurídica a la que llegó un legislador cuando las pautas éticas vigentes eran manifiestamente otras”⁷.

Somos del parecer que si los valores que reinan en el Estado constitucional de derecho se relacionan con la conciencia, puede decirse a primera vista, que la equidad merece un renovado análisis con el fin de reevaluar su función dentro del razonamiento jurisdiccional. No se trata de que se quiera corregir la ley, Luis Recaséns Siches manifiesta que: “Se trata más bien de interpretar la ley de manera razonable”⁸. Para el autor citado: “El derecho no es un valor puro, sino vehículo para realización axiológica”⁹.

Aceptamos que la ley sigue cumpliendo una función esencial en el Estado constitucional de derecho; es necesario, después de todo, darle un margen de realización a la seguridad jurídica, la cual constituye un valor en sí mismo. Es innegable que los miembros de la sociedad rigen sus acciones en función de las disposiciones contenidas en el contenido de las leyes. Desde el punto de vista penal, por ejemplo, los

⁷Prieto de Paula Conca, Javier. LA EQUIDAD Y LOS JUICIOS DE EQUIDAD. Editorial Difusión Jurídica. Madrid. 2010. Pp. 18.

⁸Recaséns Siches, Luis. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México.2006. P. 654.

⁹ *Ibidem*. p. 71.



ciudadanos solo pueden ser sancionados con base en lo que está explícitamente taxativamente regulado en las leyes respectivas. El sistema penal advierte sobre las consecuencias de ciertas acciones.

En este sentido, para revalorar la equidad no se necesita una visión extrema de la constitucionalización del Derecho. Elías Díaz manifiesta que: “La opción por el Estado constitucional de derecho no debiera servir como una cubierta para eliminar las decisiones de una legislatura democrática”¹⁰.

Desde nuestro punto de vista, la seguridad jurídica garantiza una protección contra la subjetividad de las opiniones judiciales penetradas por las valoraciones morales, y garantiza un grado aceptable de protección de la justicia en un contexto que busca garantizarla. Es una afrenta contra la dignidad de las personas el que estas estén sujetas a la arbitrariedad del juzgador o de las autoridades. Pero no deja de ser cierto que el Derecho posee lagunas, oscuridades; se enfrenta siempre a nuevas situaciones, etc.

Por lo tanto, se puede sostener que la debida consideración a la ley no impide reconocer la presencia de los valores y la equidad en las deliberaciones del juzgador. En primer lugar, debe notarse que la ley no puede prever todos los casos que se den

¹⁰ Díaz, Elías. ESTADO DE DERECHO Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. Editorial Taurus. Madrid. 2010. Pp. 15-16.



en su aplicación; aun reconociendo la existencia de la discrecionalidad jurisdiccional, no puede negarse que los valores aparecen en las evaluaciones de las personas encargadas del cumplimiento de la ley. Este ejercicio debe ser complementado con un acercamiento flexible a los hechos y a las circunstancias específicas del caso; solo así se podrá lograr que los valores puedan influir positivamente en las decisiones judiciales, de manera tal que nos acerquemos más a la realización de los valores del Derecho.

Este camino ya constituye un intento por escapar a la aplicación mecánica la ley, respetándola en la medida de lo posible, desarrollando la atención necesaria a las condiciones concretas de los casos en cuestión, pero no evitando la consideración de los valores que le dan forma a la Constitución. Este enfoque constituye un modo de evitar, por decirlo así, las injusticias legales que surgen de la aplicación estricta de la ley.

4. LA EQUIDAD EN LA HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

Un análisis histórico de los conceptos políticos tiende a demostrar que las ideas aparecen y reaparecen en la historia del pensamiento. Las nociones fundamentales que organizan la vida institucional no se elaboran en poco tiempo; de este modo,



dichos conceptos tienen una historia que refleja las vivencias de las colectividades culturales que crearon dichos conceptos.

Existen tradiciones políticas y culturales: la europea, la americana, la asiática; más específicamente, la francesa, inglesa, alemana, española. Existen también culturas jurídicas temporales: el medioevo, la modernidad, etc.

Se suele considerar que la noción de equidad (en latín *aequitas*, y en griego, *epieikeia*) recibe su formulación más temprana en el pensamiento aristotélico. Francisco José Contreras manifiesta que: “La equidad aristotélica viene a ser una virtud específica del gremio jurídico; o, más concretamente, de los encargados de interpretar y aplicar las leyes”¹¹.

Contreras recoge un pasaje de la *Ética a Nicómaco* en el cual Aristóteles dice lo siguiente: “Lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el

¹¹Colmenares, Francisco José. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA HISTORIA. Editorial Tecnos. Madrid.2014. Pp. 31.

legislador... corregir la omisión, [añadiendo] aquellos que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido”¹².



En Aristóteles, la equidad aparece vinculada al trabajo del juez, el cual es *la justicia animada*. De este modo, se suele pensar en la equidad como una virtud que implica una búsqueda de justicia más allá de la ley; la equidad, en ese caso, puede vincularse con valores que no encuentran un cumplimiento perfecto en la esfera del Derecho escrito. Puede constatarse que desde la Antigüedad se considera que la aplicación estricta de la ley puede llevar a las mayores injusticias. En un sentido relevante, la noción de equidad posee una estimable raigambre histórica, la cual da testimonio de su intrínseca racionalidad.

De este modo, la equidad constituye, por su antigüedad, uno de los elementos más duraderos del pensamiento jurídico. Cicerón la consideraba, como Aristóteles, un elemento que aliviaba la imposibilidad de la norma general de cubrir todos los casos particulares. De hecho, la equidad es natural en el Derecho romano debido al carácter casuístico que marcó las primeras etapas de su historia. En este sentido, Alfonso Ruiz Miguel nos dice que el “*ius* de los romanos no fue normativo, en el sentido de ligado a

¹² *Ibidem*. Pp. 31.



la noción de ley como norma vinculante del poder político, sino que más bien fue vista como acervo de soluciones de conflictos concretos”¹³.

La sistematización del Derecho romano, aunque visible en la compilación de Justiniano, no es elaborada sino con la Pandectística alemana, un proceso que se llevaría a cabo muchos siglos después.

La equidad, en la medida en que se relaciona con la casuística, estuvo presente hasta el surgimiento del racionalismo ilustrado. En la Edad Media este casuismo se relacionaba con los casos de conciencia; la casuística cayó en descrédito debido a la manipulación de las soluciones para calmar la conciencia de los Reyes. La equidad, como corrección concreta de la generalidad de la ley, desde luego, no perdió su vigencia, aunque fue perdiendo espacio frente al pensamiento legalista.

Para Kant, la equidad, cuyo lema es “el derecho más estricto constituye la mayor injusticia, solo puede dirimirse en el tribunal de la conciencia”¹⁴. Desde luego, esta idea de Kant, que él usó para distinguir a la moral del Derecho, ha recibido un cambio en nuestros tiempos; ya no se acepta, en efecto, que la moral no tenga nada que ver con el Derecho, como lo manifestó Kant. En efecto, el filósofo alemán pensaba que el

¹³Ruiz Miguel, Alfonso. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN MODELOS HISTÓRICOS: DE LA ANTIGÜEDAD A LOS INICIOS DEL CONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 64.

¹⁴Kant, Immanuel. METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES. Editorial Tecnos. Madrid. 2005. Pp. 45.



Derecho servía para regular la libertad externa de los individuos, mientras la moral ocupaba de las dimensiones internas de la moralidad.

La equidad, sin embargo, fue perdiendo mucho más espacio a medida que el Derecho europeo aumentaba su carácter racionalista, especialmente con el período de la Codificación, cuando los sistemas jurídicos asumieron que eran capaces de poseer la plenitud normativa. A pesar de estos desarrollos, la idea de equidad marcó su intrínseca racionalidad. La opinión de Kant sobre el principio de la equidad (el derecho más estricto constituye la mayor injusticia, pertenece al *tribunal de la conciencia*), parece ser confirmada en el actual paradigma constitucional de Derecho.

El intento de reconocer el rol de la moral en la interpretación concreta de la ley se retrotrae a la duradera polémica entre positivismo e iusnaturalismo. Estas corrientes surgen como respuestas a la pregunta de si la moral se relaciona con el Derecho. Se suele decir que el *positivismo* considera que la ley, debidamente promulgada por las fuentes socialmente reconocidas, constituye la fuente única del Derecho. En ese sentido, no existe una conexión conceptual y necesaria entre Derecho y moral.

Por su parte, los *iusnaturalistas* afirman que el verdadero Derecho radica en una normatividad que determina lo justo con anterioridad a la existencia de cualquier sistema jurídico. La equidad, en un sentido importante, parece encajar más con una



visión iusnaturalista, en la medida en que asume que el ser humano tiene un sentido innato de lo bueno y lo malo, sentido que marca la evolución de la validez del Derecho.

El Derecho constitucional exige el ejercicio de la equidad; la razón radica en que la introducción de los valores en el Derecho implica una reducción de la aplicación del Derecho a través de la subsunción hecha posible por el silogismo jurídico. La interpretación de los valores a casos concretos supone procesos de ponderación o evaluación en los que se ponen en la balanza ideales morales y jurídicos que pueden entrar en conflicto. “La constitucionalización del Derecho no puede comprenderse al margen de la conciencia del juzgador. De este modo, la equidad viene a constituirse en una virtud en el campo jurisdiccional”¹⁵.

5. LA EQUIDAD EN EL CONTEXTO JURÍDICO GUATEMALTECO

Ya se ha señalado, con brevedad, la dificultad de revalorar la equidad en la cultura legalista de países con tradición positivista. Ahora bien, para comprender con mayor profundidad la influencia de los valores y la equidad en la experiencia jurídica del juez guatemalteco es necesario, ante todo, poner atención a las reglas que funcionan como parámetros normativos de su valor. Para el efecto, es necesario empezar reconociendo que en Guatemala actualmente los juzgadores para resolver, se basan

¹⁵ Copete Lizarral de, Álvaro. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Lerner. Bogotá. 1960. Pp. 80.



en un conjunto de normas jurídicas preestablecidas. En primer lugar, la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 203, establece lo siguiente:

La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de promover la ejecución de lo juzgado... Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes... La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

Por su parte, la Ley del Organismo Judicial, en el artículo 10, prescribe la forma en que se debe realizar la interpretación de las leyes; dicho artículo contiene en un orden de prelación el cual se debe acatar para aplicar el respectivo orden jurídico:

Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la



historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y los principios generales del Derecho.

Dadas estas directrices, y en virtud de la importancia suprema que adquiere la Constitución, cabe plantearse la pregunta, ¿hay claridad respecto a las circunstancias procesales en las que el juez puede recurrir a la axiología y a la equidad para resolver un conflicto de intereses? El artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial establece que la función judicial debe impartirse conforme a los valores del ordenamiento jurídico del país. Como hemos visto, el artículo 10 de la misma ley establece que el juzgador puede aclarar el sentido de una norma recurriendo a la equidad. Pero, como esto es evidente, la equidad ocupa un lugar subordinado, por decirlo así. Pero ¿hasta qué punto es adecuado, en el marco del Estado constitucional de derecho, brindar a la equidad un lugar relativamente secundario? Al final de cuentas, la ley puede entrar en colisión con la equidad; hasta la mejor ley puede llegar a plantear alguna injusticia que la equidad puede corregir.

Las dos disposiciones citadas entran en cierto grado de tensión normativa. En efecto, las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala le brindan mayor importancia a esta; la Ley del Organismo Judicial, por su parte, le presta mayor atención a la ley, como cuando se especifica que: “Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu”.



Esas apelaciones al espíritu de una ley pueden incluir referencias a los aspectos axiológicos del texto constitucional. Además, debe notarse que esta tabla jerárquica no contiene una apelación directa a las normas constitucionales.

Desde luego, se acepta la supremacía de la Constitución. Pero tampoco se puede negar que la cultura jurídica del país aún está lejos de reconocer el paradigma constitucional en toda su plenitud. No se trata tan solo del grado de precisión de la norma cuando se la confronta con la amplitud de la norma constitucional; se trata también, y ante todo, de un asunto de cultura jurídica. Hay múltiples maneras en las que la equidad ayuda a resolver, de hecho, algunos aspectos problemáticos de la práctica jurisdiccional. En este sentido, uno de los aspectos más llamativos de la cultura constitucional guatemalteca, es que la equidad no parece jugar un papel importante en el país, a juzgar por la notoria falta de jurisprudencia basada en tan importante valor.

Sostenemos el punto de vista de que es necesario tener en cuenta los valores y la equidad, entendida como la justicia del caso concreto, aspecto que bien puede trascender la ley en su sentido literal. Pero para lograr este objetivo es necesario examinar con mayor detalle la naturaleza de la relación entre equidad y axiología, un aspecto que quizá lleve a una valoración crítica de la tabla jerárquica presentada arriba. Es necesario, ante todo, lograr este objetivo con plena conciencia de que es necesario alcanzar la eficacia de un sistema legal, democráticamente promulgado. Este es un fin



ineludible en un país como el nuestro, que se destaca, precisamente, no por la aplicación estricta del Derecho, sino especialmente por la ausencia de Estado, y, por ende, de la ineficacia del Derecho.

De lo expuesto, surgen las interrogantes ¿en qué sentido y con qué parámetros se debe considerar la axiología y la equidad dentro de los procesos de solución de los casos judiciales? ¿Cómo influyen estos aspectos en la resolución de los casos sometidos al conocimiento de un juez?

Los casos jurídicos, especialmente los casos difíciles (para usar la expresión de Ronald Dworkin), no pueden analizarse tan solo a la luz de las normas, sino que además deben realizarse valoraciones axiológicas, que nunca pueden considerarse con independencia de las características de casos concretos. Si la equidad se ocupa de sopesar la aplicación de normas y valores a la luz de circunstancias empíricas concretas, se entiende que el juzgador debe buscar una equidad que busca conciliar los valores con las circunstancias fácticas de los casos sometidos a su consideración.

Si no se atiende a los problemas atinentes al ejercicio constitucional en el campo jurisdiccional será difícil identificar los caminos que llevan a la consolidación del Estado constitucional de derecho en Guatemala; esto implica también, muchas más dificultades para alcanzar el Estado constitucional y democrático de derecho.



Esta tarea, sin dudar, trasciende lo puramente académico. Por ejemplo, el creciente uso del Derecho penal para resolver problemas sociales (incremento de tipos delictivos, aumento en la severidad de las penas, criminalización de la protesta social, etc.) requiere un juez con mayor conciencia de los límites morales en el ejercicio de su labor. Aun los presuntos transgresores de la ley tienen garantías que hay que respetar. En un contexto tan conflictivo como el guatemalteco, el juzgador debe estar preparado para defender sus puntos de vista con argumentos sólidos, si no quiere ser acusado, incluso, de prevaricato.

Es cada vez más frecuente litigar por los medios de comunicación, y fácilmente la reputación de un juez puede verse afectada, de manera negativa, ante todo por las acusaciones de apartarse del espíritu de la ley.

6. AXIOLOGÍA Y AXIOLOGÍA JURÍDICA

Es importante adicionar al presente estudio ¿qué es axiología? Y encontramos que tiene su origen etimológico en dos términos griegos: *axia* que significa valor y *logos* que significa: razonamiento, argumentación, discurso. “La teoría de los valores es un producto esencial de la filosofía occidental. Durante mucho tiempo, la discusión sobre



los valores se mezcló con la teología o la ética, como lo prueba el hecho de que el mismo haya colocado en la cubre de las ideas la noción de bien”¹⁶.

Además: “La axiología jurídica estudia los valores que sirven simultáneamente como inspiradores del Derecho y como instancias crítico-valorativas de este. De este modo, y en general, brinda una perspectiva especial para estudiar temas tradicionales de la ciencia y la filosofía jurídica, con un especial enfoque de la noción justicia”¹⁷.

7. LA CRISIS DE LOS VALORES Y DE LA EQUIDAD

“El actual paradigma constitucional del Derecho plantea una definida opción por el reconocimiento de la importancia de la axiología como núcleo de un ordenamiento jurídico de orden constitucional”¹⁸. Por la naturaleza de la axiología, en constante imbricación con los hechos, se plantea entonces la necesidad de la equidad en la solución de casos concretos, especialmente cuando los casos en cuestión incluyen valores y derechos. Los valores proveen guías para encontrar soluciones concretas en el campo jurisdiccional.

¹⁶ Pino, Giorgio. DERECHOS FUNDAMENTALES, CONFLICTOS Y PONDERACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2013. Pp.82.

¹⁷ Cappeletti, Mauro. OBRAS. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2014. Pp.77.

¹⁸ García Máynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México 2002. Pp. 142.



Este, en efecto, se encuentra frente a situaciones concretas que plantean problemas morales que van más allá del ámbito de creación de la ley, la cual puede anticipar todas las circunstancias de su aplicación. Se necesita analizar, en forma concreta, cómo se opera la integración de equidad y axiología en el trabajo del juez que trata de resolver una situación concreta a partir de la norma jurídica.

Sin embargo, es necesario examinar, aunque sea de manera breve, uno de los aspectos que fuerza la reevaluación de la equidad en el contexto contemporáneo del Derecho.

Comúnmente, se considera que la filosofía de los valores o axiología, ya en plena Época Moderna, surge con el pensador alemán Rudolf Herman Lotze (1817-1881), quien al distinguir al ser del valor, planteó una reflexión axiológica propiamente dicha. Bajo esta perspectiva, se suele decir que los valores *valen* y no *son*, queriendo decir que cuando vivimos la experiencia del valor hacemos referencia a *algo* que no puede reducirse a un objeto. La reflexión sobre los valores encontró un campo fértil en destacados exponentes del pensamiento alemán, que encontraron en la axiología una manera de enfrentarse al trauma que significó la Primera Guerra Mundial.

De este modo, se dan las reflexiones de pensadores como Max Scheler, cuyas ideas, que se desarrollaron bajo la dirección del creador de la fenomenología, el



también filósofo alemán Edmund Husserl, logran atenuar el rigorismo moral formulado por la doctrina del imperativo categórico de Emanuel Kant. Scheler promueve la comprensión de la intuición emocional con la que captamos los valores; este es un aspecto relativamente revolucionario en la historia de la filosofía, dado el énfasis en la razón como medio de conocimiento y evaluación.

“La filosofía de los valores encuentra un desarrollo en el pensamiento neokantiano. Esta corriente filosófica, ha tenido una influencia perdurable en el pensamiento jurídico, aunque en un sentido diferente, el mismo Hans Kelsen fue influenciado por el neokantismo que se respiraba en las universidades de su época”¹⁹. En efecto, Kelsen considera que la verdadera ciencia jurídica debe prescindir de los valores para concentrarse en la norma jurídica fundamental.

La influencia de esta reflexión alemana sobre los valores germinó en los estudiantes españoles que siguieron las lecciones que grandes pensadores ofrecían en las universidades germanas. Quizás el caso más destacado lo constituye José Ortega y Gasset, quien estudió con filósofos como Edmund Husserl. La influencia de Ortega se expresó, en el campo de la Filosofía del Derecho, en Luis Recaséns Siches, quien, a causa de la Guerra Civil Española, tuvo que emigrar a México, país en el cual dejó una obra perdurable que, sin duda, ayudó a incrementar la calidad del pensamiento jurídico

¹⁹Terán, Manuel. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1977. Pp. 96.



mexicano que, a su vez, también gozó del influjo de pensadores propios como el caso de Eduardo García Máynez, quien estudiara axiología bajo la dirección de Nicolai Hartmann.

Desde luego, al principio dicha tarea encontró obstáculos formidables. Por ejemplo, hay que determinar en forma detallada cuáles son los valores que pretende realizar el Derecho, tarea que conlleva considerar una serie de posiciones que difieren entre sí. Por ejemplo, José Ramón Cossío nos habla de siete valores: orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia; por su parte, Gustav Radbruch se refiere solamente a la seguridad y justicia; Legaz y Lacambra hace referencia a seguridad, justicia y orden; Preciado Hernández, apunta a la seguridad, justicia, orden y bien común; y Luis Recasens Siches opta por la seguridad la, justicia y el bienestar social.

8. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En la Constitución Política de la Republica de Guatemala algunos valores se encuentran plasmados en *el preámbulo*: “Valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz”.

En su parte dogmática la Constitución Política de Guatemala contiene: “Artículo 1º.- Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del *bien común*”. Y en el



“Artículo 2º.- Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, al paz y el desarrollo integral de la persona”. Algunos se encuentran desarrollados en las siguientes resoluciones: (Gaceta No.63, expediente No.1233-01, sentencia 05-02-02); (Gaceta No.45, expedientes acumulados Nos. 342-97, 374-97, 441-97, 490-97, página No.34, sentencia: 05-09-97); (Gaceta No.46, expedientes acumulados Nos. 8-97, 20-97, página No.8, sentencia: 07-10-97); (Gaceta No. 21, expedientes acumulados 303-90, página 32, sentencia: 26-09-91) Igualmente en (Gaceta No. 61, expediente No. 1311-00, sentencia: 17-07-01); (Gaceta No.61, expediente No.347-01, sentencia 23-08-01).

No podemos dejar a un lado cómo en la práctica jurídica guatemalteca la Corte de Constitucionalidad utiliza los valores para poder fundamentar algunas resoluciones, veamos jurisprudencia en: (Expedientes Acumulados 1571-2014, 1586-2014 y 1639-2014 Corte de Constitucionalidad, Guatemala, diez de febrero de dos mil quince) INCONSTITUCIONALIDAD EN CASO CONCRETO *“En ese sentido, se establece que la justicia, como valor pueda definirse como «armonía; pero se debe entender esa armonía, que se pide para la regulación jurídica, debe estar basada en la auténtica y objetiva armonía que guardan entre sí los valores que pueden venir en cuestión para el Derecho. Se trata de realizar no este o aquel valor, de una manera aislada, sino en articulación con los demás, que den lugar a un deber ser jurídico, de suerte que en el ordenamiento jurídico se refleje una silueta análoga a la estructura que guardan los valores orientadores del Derecho»”* (Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVII, Pág.



665). *La justicia desde la perspectiva armónica, debe hacer alusión a que los usuarios que la requieran, obtengan una respuesta jurídicamente aceptada en conformidad, no solo a lo establecido en las leyes para el caso concreto, sino que, además inspirada en los principios y valores propios del Derecho de modo tal que la obtención posterior a un requerimiento previo, sea satisfactorio a la luz de todos*". En cuanto al valor seguridad jurídica dentro de esa misma resolución se contiene: *"En esa línea de ideas, puede indicarse que la seguridad jurídica «es un valor de conducta en su alteridad. La seguridad como valor está presente en situaciones ciertas, firmes y tranquilas, de modo tal que la certidumbre, la firmeza y la tranquilidad en la conducta, certifican su polo positivo» (Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo XXI, Pág. 99.) Puede advertirse, entonces, que la finalidad de la seguridad jurídica, es mantener determinada situación en un estado firme y certero, de modo tal que no se interfiera con la tranquilidad que presente, siendo el Estado, por medio de sus diferentes órganos, -lo que incluye los órganos jurisdiccionales- el principal protagonista para garantizar su obtención"*.

Tenemos entonces que para que estas resoluciones sean de aplicación obligatoria, tiene la Corte de Constitucionalidad que haber emitido tres resoluciones en el mismo sentido, así lo establece el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: "Doctrina Legal. La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber



tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido”.

De lo anterior surge la interrogante, ¿y si de tal o cual valor no existe jurisprudencia asentada, podemos aplicarlos?

Retomando el tema concreto, la axiología también mantiene un número de posiciones que reflejan las disputas tradicionales de la filosofía. En esta dirección, pueden distinguirse las posiciones subjetivistas, que ubican los valores en los individuos, de las posiciones objetivistas, que colocan los valores en los objetos mismos. También existen los naturalistas, que sostienen que los valores son reducibles a cualidades naturales como el placer, o la utilidad; de los intuicionistas, los cuales sostienen que los valores hacen referencia a entidades no-naturales, que, por lo tanto, no pueden reducirse a cualidades naturales de las cosas.

La equidad se relaciona con la axiología en el trabajo del juzgador. En efecto, cuando el juez modera la generalidad de la ley, puede ver varios valores en juego; su tarea consiste en sopesar los valores y las circunstancias para determinar cuáles valores se aplican al caso concreto. En consecuencia, la función del juez en un



ordenamiento constitucional, de naturaleza axiológica, exige una atención particular a la axiología y la equidad.

Debe mencionarse, además, que los derechos humanos suponen valores, y como tales, el respeto al Estado constitucional de derecho exige del juzgador que tome a cada momento como referencia el valor de la dignidad del ser humano. En muchos países y regiones del mundo se ha tornado un objetivo común el *tomar los derechos en serio*, para usar la expresión creada Ronald Dworkin. Pero dado que los derechos a veces entran en colisión, es necesario alcanzar planteamientos equitativos en la solución de casos concretos, los cuales a veces rivalizan en complejidad.

Las anteriores disquisiciones prueban una cosa: la equidad se hace presente en la interpretación, elemento esencial de la actividad jurisdiccional.



CAPÍTULO II

LA EQUIDAD EN EL ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONALIZADO

1. EQUIDAD Y DECISIÓN JUDICIAL

“Para reconocer el rol de la equidad dentro del orden constitucional de Derecho debe atenderse, no solo a la función que puede cumplir esta en la resolución de los problemas que plantea la práctica jurídica, especialmente en la dimensión jurisdiccional, sino a la forma en que la seguridad jurídica es un valor a preservar dentro de cualquier ordenamiento jurídico”²⁰.

El tratamiento adecuado de esta tensión es necesario sobre todo cuando se trata del trabajo del juzgador, el cual debe regirse por disposiciones constitucionales y legales, técnicas procesales, etc., en el contexto de una atención permanente a los contextos sociales, culturales y económicos en los que se plantea la necesidad de resolver conflictos a través de las instancias judiciales. La contemplación simultánea de todos estos aspectos hace que dicha actividad posea una complejidad notable.

²⁰Del Rosario Rodríguez, Marcos. (coordinador). SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2009. Pp. 51.



El juez se ubica en el centro de un contexto problemático, en el que se verifican tensiones entre el orden jurídico y la realidad social, la cual marca el trasfondo para la interpretación jurídica. Desde los comienzos de su labor, los jueces se han percatado de las múltiples maneras en que la aplicación estricta de la ley puede llevar a resultados que entran en conflicto con su sentido de justicia. La frase latina *summum ius, summainiuria* (la extrema justicia es suprema injusticia) recuerda, desde la Antigüedad, este hecho categórico. Tan claro como que existe una tensión con otra locución del Derecho romano *dura lex, sed lex* (la ley es dura, pero es la ley).

Pierre Bourdieu manifiesta que el Derecho es un campo social en el que se define una serie de actores sociales que luchan por el monopolio de este; de aquí, que en este terreno se enfrentan diversos intereses sociales en pugna que tratan de determinar lo que está en orden, una serie de práctica que “consiste esencialmente en la capacidad socialmente reconocida de *interpretar* (de manera más o menos libre o interesada) un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social”²¹. De estas consideraciones se infiere el poder simbólico del juez, cuyas decisiones a menudo determinan el resultado de las más debatidas cuestiones sociales y políticas.

²¹Bourdieu, Pierre. PODER, DERECHO Y CLASES SOCIALES. Segunda edición. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao. 2001. Pp. 169.



Esto ha llevado, en nuestros tiempos, a que el juez se constituya en un funcionario clave, el cual es objeto de las más variadas presiones. Diferentes actores tratan de traducir su capital social en influencia jurídica, como pasa con el poder económico. En este contexto, el juez contemporáneo se ve sometido a las presiones que vienen de los medios de comunicación y una dividida opinión pública que suele exigir los resultados con los que simpatiza.

Desde un punto de vista axiológico, se puede determinar cómo el juez no solo puede resolver conflictos de intereses, sino hacerlo en función de un criterio moral que trasciende los intereses en pugna. Y es que la misma disciplina de la axiología supone criterios para acercarse progresivamente al ideal de la justicia.

Debe comprenderse, sin embargo, que desde una perspectiva legalista, criterios como los de equidad deben tener una aplicación bastante limitada, puesto que por su propia naturaleza de *negación* del orden jurídico, esta puede ser objeto de abuso. En todo caso, “la equidad, con sus limitaciones, es un instrumento del cual debe hacer uso el juzgador para encontrar soluciones a los casos que se le presentan, puesto que en la equidad se plantea una integración de normas y hechos que responde a problemas usuales en el Derecho”²².

²²Rawls, John. JUSTICIA COMO EQUIDAD. MATERIALES PARA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA. Editorial Tecnos. Madrid. 1986. Pp. 123.



“Reconocer las limitaciones de la equidad, así como de otros principios generales del Derecho, no debe hacernos regresar a la idea del juzgador como boca de la ley”²³.

Al final de cuentas, el Derecho es un campo en el que se ha asistido, en las últimas décadas, a la formulación de nuevo Derecho desde las instancias constitucionales. En el mundo norteamericano, para dar un ejemplo clásico, las disposiciones legales siempre han estado sujetas a interpretaciones doctrinales del texto constitucional, lo cual ha llevado a un sistema en el cual la Corte Suprema tiene la última palabra.

El modelo norteamericano se configuró a partir de sus condiciones de nacimiento como país independiente, cuando las decisiones de las colonias estaban sujetas a la aprobación o rechazo del Parlamento británico. En todo caso, no se puede negar que, como reflejo de la globalización dominada por las perspectivas geopolíticas estadounidenses, las funciones del juez tienden a tomar un perfil uniforme en diversos contextos nacionales. Por ejemplo, los tribunales constitucionales no solo se han ido multiplicando con el paso del tiempo, sino que adquieren además una importancia central en la vida política de cada nación.

²³*Ibidem*. Pp. 124.

2. LA EQUIDAD EN SENTIDO GENERAL Y EN SENTIDO PARTICULAR



En opinión de Rodolfo Vigo y Gustavo Zagrebelsky, el papel de la equidad cambia del Estado legalista de derecho al Estado constitucional de derecho. En esta dirección, Ramón Soriano afirma que la equidad es “básicamente un concepto histórico que tiene que ser definido en función de la época y del sistema jurídico al que pertenece”²⁴.

Esta opinión es confirmada por la Falcón y Tella para quien: “La equidad es un concepto cuya definición no es unívoca en el espacio ni en el tiempo, existiendo diversos tipos de equidad en las distintas etapas históricas y sistemas jurídicos”²⁵.

La equidad fortalece su papel debido a la opción constitucionalista por los valores jurídicos. Ahora bien, para apreciar este punto con mayor claridad es adecuado examinar cómo se visualiza la equidad desde una perspectiva penetrada por la perspectiva positivista o por la postura axiológica. En efecto, en ambos paradigmas la equidad se valora en función del predominio de los valores y principios constitucionales (con un definitivo sentido moral) o en función de la primacía de la ley.

²⁴Soriano, Ramón. COMPENDIO DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Editorial Ariel. Barcelona. 1993. Pp. 321.

²⁵Falcón y Tella, María José. LA EQUITY ANGLOAMERICANA. *Foro Nueva época*. No. 1. Madrid. 2005. Pp. 79.



Javier Prieto, distingue entre equidad general y particular. La primera es aquella que se fundamenta en “la idea de una justicia derivada de la conciencia social general, que se rebela frente a un anquilosamiento del Derecho positivo, cuya aplicación estricta atentaría contra la propia justicia”²⁶.

Este tipo de equidad, que traduce la *aequitas* del Derecho romano, tiene la “pretensión de transformarse después en normas que influyan sobre del Derecho positivo preexistente... dando origen a un derecho judicial opuesto al Derecho positivo legislado”²⁷.

La equidad general se hizo presente cuando el Pretor actuaba en contraposición a un Derecho que, como el de las XII Tablas, cada vez se retrasaba más con relación a la conciencia social, la cual se encuentra en perpetua evolución. Prieto Cuenca identifica tres características de esta versión de la equidad: “generalidad, objetividad y contraposición al Derecho positivo”²⁸.

De lo dicho se puede colegir que, en un momento dado, la equidad en el sentido general puede llevar a la identificación de normas jurídicas que pueden encontrar su camino en sistemas legales posteriores. En este sentido, la equidad general se va

²⁶ Prieto. *Op. Cit.* p. 27.

²⁷ *Ibidem.* Pp. 28.

²⁸ *Ibidem.* Pp. 29.



convirtiendo paulatinamente en un Derecho alternativo, lo cual implica una instancia de cambio jurídico que no siempre es reconocida. Precisamente, en este punto, radica el problema con la equidad en su sentido general, lo cual no obsta para que tal equidad general haya sido aceptada en el Derecho inglés, como lo hace ver la citada Falcón y Tella.

En este contexto, cabe situar en desarrollo de la equidad general en la evolución de la cultura romana. Por lo tanto, cabe destacar el apoyo general a la equidad que radica en el proceso de cristianización de la cultura romana, fenómeno que también iba a suavizar la aplicación del Derecho en términos de la piedad y la misericordia cristiana.

Otro fenómeno importante, señala Javier Prieto, es que el sentido general de la equidad romana iba a prolongarse en la equidad inglesa (*equity*) la cual era administrada por la oficina del Canciller, en aguda contraposición al naciente Derecho del *Commonlaw*, el cual se basa en el principio del *staredecisis*, esto es, en los resultados alcanzados a través de los precedentes jurídicos. María José Falcón y Tella manifiesta que “la equidad inglesa no equivale a la equidad del sistema continental, sino más bien a lo que en inglés se denomina *natural justice*”²⁹.

²⁹ Falcón y Tella. *Op Cit.* Pp. 86.



Por su parte, la equidad particular es la clásica noción aristotélica (*epikeira*) que reconoce “la exigencia de una justa decisión para el caso concreto frente al proceder del Derecho”³⁰.

Según Prieto, y esto es fundamental para entender la visión positivista de tal valor, “tal tipo de equidad solo alcanza su importancia cuando es reconocida por el propio ordenamiento jurídico”³¹.

En este sentido, debe notarse que la equidad general no puede recibir el mismo reconocimiento, porque entonces el Derecho vigente acabaría reconociendo un ordenamiento jurídico alternativo, lo cual podría llevar a una especie de inconsistencia fundamental. Como puede verse, este tipo de inconsistencia es aún más pronunciada en los sistemas jurídicos en los que se tiende un poco más al enfoque positivista del Derecho.

En realidad, no puede ser extraño que la reflexión sobre la equidad en su sentido particular se inicie con Aristóteles. Es notable cómo muchas de las ideas de este autor mantienen su importancia. Jesús Vega manifiesta lo siguiente:

³⁰ *Ibidem*. Pp. 40.

³¹ *Ibid.*



“La equidad es una de las ideas centrales de la filosofía aristotélica del Derecho, una de esas ideas que —como la de prudencia o la de justicia— han recorrido toda la historia del pensamiento jurídico y no solo llegan a nosotros sino que continúan interpelándonos con una fuerza y una actualidad verdaderamente asombrosas. Con ello demuestran por qué provienen de un clásico de la filosofía práctica: pues los clásicos, en palabras de I. Calvino, nunca terminan de decir lo que tienen que decir”³².

Aristóteles considera que la equidad es incluso superior que lo justo en el sentido legal. En este orden de ideas, la equidad es “una afortunada rectificación de la justicia rigurosamente legal”³³.

La justificación de la racionalidad viene del hecho de que ninguna norma puede ser universal en el sentido de que, en realidad, sea aplicable a todas las circunstancias. El ejemplo de Aristóteles es el del extranjero que escala los muros de la ciudad para salvarla, ¿se le puede aplicar a dicho individuo la pena de muerte que se ha acordado para todo extranjero que suba los muros de la ciudad?

³²Vega, Jesús. LA ACTUALIDAD DE LA EQUIDAD DE ARISTÓTELES. DOCE TESIS ANTIFORMALISTAS SOBRE EL DERECHO Y LA FUNCIÓN JUDICIAL. En: Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho. No. 29. 2014. Pp. 114. Disponible en:<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/3249/4055>

³³ *Ibidem*. Pp. 43.



En la opinión de Prieto: “En este caso se puede vislumbrar que el legislador tenía en mente dicho caso, razón por la cual es válido no aplicar la ley de manera estricta”³⁴.

La necesidad de la equidad, por lo tanto, deriva de la subordinación del Derecho y la ley a la justicia, en particular, y los valores, en general. Subyace a dicha valoración la tesis de sentido común según la cual nunca se pueden anticipar todas las circunstancias de aplicación de una ley.

3. LA FUNCIÓN DE LA EQUIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Eduardo García Máynez, considera que la equidad constituye uno de los principios generales del Derecho. Estos suelen tener una función integradora que les permite rellenar las lagunas que surgen en la aplicación concreta de un ordenamiento jurídico determinado. La premisa general es que ningún ordenamiento legal es capaz de anticipar todas las circunstancias que rodean su formulación normativa.

García Máynez, sin embargo, mantiene posiciones un tanto complicadas con respecto a la equidad. Según él, se debe respetar la ley, y solo en casos de problema

³⁴ *Ibidem*. Pp. 44.



de lagunas, se debe acudir a los principios generales del Derecho, si es posible siguiendo el orden determinado en las disposiciones legales, en ese sentido sumamente respetuoso de la función del legislador. No obstante, García Máynez considera a la equidad como “el supremo de los principios del Derecho”³⁵.

Cabe preguntarse, sin embargo, qué sucede cuando un sistema legal se encuentre frente a una norma que se contrapone a los principios generales del Derecho: ¿Se debe respetar dicha norma si se da el caso de que un ordenamiento específico carezca de una caracterización adecuada de los criterios para resolver lagunas?

Desde luego, la apelación a la equidad genera problemas respecto a la seguridad jurídica. En ese sentido, manifiesta García Máynez que “algunos ordenamientos como el Código Civil español reconocen en su artículo 3.2 el uso de la equidad siempre y cuando la ley expresamente lo haya autorizado”³⁶.

Prieto repara en el hecho de que este uso supone que la equidad no es un principio general del Derecho, puesto que un orden jurídico concreto no puede ir en contra del espíritu de los principios generales, los cuales le brinda su razón de ser al

³⁵García Máynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 2002. Pp. 366.

³⁶ *Ibidem*. Pp. 53.



orden mismo. No se puede ir tampoco, sin mayores consideraciones, en contra de la conciencia del juzgador, especialmente en el Estado constitucional de derecho.

La equidad funciona como principio general del Derecho, en virtud de que el Estado constitucional de derecho descansa en valores y principios de índole moral, hecho que retrotrae al papel de la conciencia del juzgador. En ese sentido, los valores y las normas no desautorizan a la ley, pero señalan sus límites de una manera más clara, en virtud de que las disposiciones constitucionales se aplican de manera directa al caso concreto.

Es claro que este punto remite a la cuestión del razonamiento judicial en el Estado constitucional de derecho. En este contexto se genera una necesidad de considerar los casos concretos a la luz de una apreciación simultánea de una serie de valores que incluyen la seguridad jurídica, la justicia, la dignidad humana, la igualdad y el bien común.



4. LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA EQUIDAD

“La ley, en tanto creación humana, siempre se encuentra limitada por las circunstancias de su promulgación. El legislador no puede anticipar todas las circunstancias de los casos a los que pretende dirigirse su producción normativa”³⁷.

Por ejemplo, ningún legislador puede anticipar el desarrollo de la ciencia médica, la cual plantea circunstancias inéditas, como la paternidad o maternidad de un embrión, o la cuestión de los conflictos entre las obligaciones profesionales y las decisiones autónomas de los pacientes.

De este modo, a menudo, el juez se encuentra con lagunas que debe resolver. A menudo se consideran tres maneras de llenar esas lagunas, a través de una estrategia que ha sido llamada *integración*. Elvira López Díaz manifiesta: “Existen tres tipos de integración: 1) Por los principios generales del Derecho, 2) por analogía y 3) por equidad”³⁸.

Javier Prieto sostiene que el único tipo de equidad que puede funcionar dentro del ordenamiento jurídico es la equidad particular, debido a que la equidad general no puede funcionar dentro de un ordenamiento porque, de hacerlo, se constituiría en una fuente alternativa de Derecho. La creencia de Prieto, en nuestra opinión, se ve un tanto

³⁷ González Álvarez, Roberto. CONSTITUCIÓN, LEY Y PROCESO. Ara Editores. Perú. 2013. Pp. 76.

³⁸ López Díaz, Elvira. INICIACIÓN AL DERECHO. Editorial Delta. Sevilla. 2005. Pp. 65.

modificada cuando se considera el sistema constitucional de Derecho a la luz de los propios presupuestos.



4.1. EQUIDAD Y FUNCIÓN SUSTITUTIVA

“Esta es la función más radical y, por lo tanto, cuestionable de la equidad”³⁹. En efecto, en este tipo de equidad la norma no se sigue y se suplanta con una decisión que surge de la conciencia del juez. Existe, pues, una clara substitución de la norma legislativa por un acto creador de derecho, dotado con un apreciable grado de discrecionalidad, por parte del juzgador.

Según Javier Prieto: “Este tipo de equidad, llevado al extremo, niega el Derecho positivo y, en tal sentido, afecta a la seguridad jurídica”⁴⁰. Este autor trata de atenuar las consecuencias de este tipo de equidad, recordando que, en términos generales, cualquier tipo de equidad solo puede entrar en el sistema jurídico cuando este posee una cláusula que expresamente lo determina así. Según Prieto: “El juzgador deberá buscar en su conciencia... la solución al caso que le legislador hubiera dado de haber conocido la singularidad del mismo”⁴¹.

³⁹ Prieto. *Op Cit.* Pp. 57.

⁴⁰ *Ibidem.* Pp. 58.

⁴¹ *Ibidem.* Pp. 59.



Puede notarse que, en el caso de las ideas de Prieto, existe un resquebrajamiento del Derecho positivo que, aunque loable, quizás no sea plenamente consistente con el modelo de adjudicación jurisdiccional que, a nuestro juicio, debe privar en el Estado constitucional de derecho. No equivale esto a decir que el Derecho positivo carece de toda importancia. Incluso, hay planteamientos constitucionalistas que piensan que la importancia legal de los principios morales se deriva del mismo hecho que la Constitución los reconozca como elementos fundamentales del orden que esta instituye. La seguridad jurídica es un valor que realiza una de las más importantes funciones del Derecho: la posibilidad de existencia de una sociedad pacífica, en la cual personas racionales puedan realizar sus planes de vida.

4.2 LA FUNCIÓN INTEGRATIVA DE LA EQUIDAD

En este tipo de equidad no se persigue la sustitución de la norma, sino solo su complementación. El mismo legislador reconoce la imposibilidad de regular todos los casos. Este tipo de equidad, en su calidad de previamente reconocida por el Derecho vigente, se presencia claramente en el siguiente considerando del Código de Trabajo: “El derecho de trabajo es un derecho realista y objetivo; lo primero, porque estudia al individuo en su realidad social y considera que para resolver un caso determinado a base de una bien entendida equidad, es indispensable enfocar ante todo la posición económica de las partes, y lo segundo, porque su tendencia es la de resolver los

diversos problemas que con motivo de su aplicación surjan, con criterio social de hechos concretos y tangibles”.



Asimismo, esta apreciación general también se hace evidente en el artículo 15 de dicho Código: “Los casos no previstos por este Código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del derecho de trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales, en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de Derecho común”.

Otro campo en el que se aplica dicho tipo de equidad es en el Derecho civil. En el caso guatemalteco se contemplan los juicios de equidad en esta rama de la actividad jurídica. En efecto, en el artículo 2171 del Código Civil de Guatemala se especifica que: “Si los interesados convinieren en que la controversia se sustancie y resuelva con sujeción a la ley, los árbitros son *juris* o de derecho; y si los facultan para que, tomando como base la equidad y la justicia, resuelvan seguir su leal saber y entender, los árbitros son arbitadores o amigables componedores”.

Con estas provisiones el Derecho simplemente sabe que no puede regir todos los casos que se presenten a su consideración; el Derecho no puede suponer un imposible conocimiento de todas las circunstancias que plantea la vida cotidiana de



aquellos hacia quienes este va dirigido. Este rasgo se hace más evidente en el proceso de moralización del Derecho que es inducido por la adopción de una Constitución moderna.

4.3 LA FUNCIÓN INTERPRETATIVA DE LA EQUIDAD

Resulta claro que el Derecho es una actividad claramente interpretativa. Está planteado en términos que pertenecen al lenguaje común, entidad que cambia con el paso del tiempo, del mismo como lo hacen las circunstancias de su aplicación.

Prieto manifiesta que: “El juez, ante la duda, propondrá la interpretación más amplia y equitativa, frente a la restrictiva y rígida que traiga como consecuencia un resultado inicuo”⁴².

La pregunta que se plantea en este contexto es si, realmente, puede hablarse de la interpretación como un proceso de equidad que, en sí, es independiente de lo que estipula el Derecho como tal. La duda surge porque la interpretación es un proceso ordinario, por decirlo así, del Derecho; ya se sabe que no se puede *aplicar* en todos los casos el Derecho en su tenor literal, aun cuando se le pida tal cosa al juzgador.

⁴² Prieto. *Op. Cit.* Pp. 69.



En general, se puede decir que todas las funciones jurisdiccionales para la equidad que se han presentado en esta sección, suponen un ordenamiento articulado alrededor de la producción legislativa. El juzgador puede acudir a la equidad solo cuando se le faculta a hacerlo. Eso significa que, de no existir tal autorización, el juez no viola el derecho de tal manera que su interpretación literal lleve a resultados inicuos.

No se puede negar que es mejor que se reconozca la equidad en las directivas que se dirigen a los operadores jurídicos. Pero también debe reconocerse que los principios constitucionales son superiores a las leyes que se promulgan por parte del organismo legislativo. Desde luego, esto puede suponer una violación de la separación de poderes, asunto que se tratará adelante en este trabajo de tesis. En todo caso debe reconocerse, sin embargo, que no pueden aceptarse resultados inicuos en un sistema constitucional de Derecho.

5. LA EQUIDAD Y LAS NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

En virtud de que en la Época Contemporánea pareciera marcarse un cambio, del Estado de derecho de corte legislativo al Estado de derecho de naturaleza constitucional, resulta natural, por tanto, que no exista un acuerdo general sobre



muchos puntos fundamentales en la ciencia jurídica. De este modo, se pide que se resuelvan las lagunas jurídicas, que se atenúen los efectivos negativos de las leyes a través de procesos integradores que apelan a los postulados superiores del Derecho constitucional.

“Al margen de la complejidad que conlleva cambiar de paradigma en el Derecho, es necesario notar que en el sistema constitucional las normas superiores pueden alcanzar una aplicación directa”⁴³.

En este sentido, se puede decir que muchas de las reflexiones sobre la equidad se refieren al paradigma positivista: en este, por ejemplo, se acepta la equidad solo si se autoriza en el orden legal establecido. Pero en el modelo constitucional, es un diferente: una norma no debe aplicarse si va en contra del sentido de los principios y derechos constitucionales.

Esta posición no es totalmente extraña y nueva al Derecho, aunque sí es cierto que no es la postura más seguida, mucho menos en el medio nacional, en el cual los operadores jurídicos temen a ser acusados de prevaricato.

⁴³Del Rosario Rodríguez, Marcos (coordinador). SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2009. Pp. 122.



Pero, cabe insistir, en que la importancia de la equidad no es nueva. Recaséns Siches, promotor de la estimativa jurídica, amplió el papel de la equidad en el contexto de la decisión judicial. Según este autor los mejores estudios al respecto han puesto de manifiesto que: “Los mejores estudios, los más finos, acuciosos y profundos sobre este tema han puesto en evidencia que única regla general en materia de interpretación es la de que el intérprete, y muy específicamente el juez, debe interpretar precisamente de la manera que lleve a la individualización *más justa* de la norma general, de modo que conduzca a la solución más justa entre todas las posibles. Es decir, la interpretación *por equidad*. La interpretación por equidad, no solo en los casos excepcionales, en los que la norma que en apariencia se le antoja a uno como la pertinente, relacionada con un caso singular, extraordinario o excepcional, llevará a un resultado incorrecto, injusto, improcedente, inadecuado; sino la interpretación por equidad *en todos y cada uno de los casos, como regla universal que debe ser observada siempre y sin excepción*”⁴⁴.

Recaséns Siches postula la lógica de la razonabilidad adjudicadora que no desdeña, desde luego, el ámbito del Derecho positivo. Recuérdense que este pensador fue siempre sensible a las demandas de la seguridad jurídica. En esta dirección, lo que se busca es encontrar una posición de respeto integral al Derecho. Según Recaséns Siches:

⁴⁴Recaséns Siches, Luis. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México. 1977. Pp. 216.



“La función valoradora no está reservada exclusivamente al legislador. Por el contrario, la función valoradora penetra, permea e impregna todos los grados de la producción del Derecho. La función del juez en este sentido, aun manteniéndose como debe hacerlo, dentro de la obediencia al Derecho positivo válido y vigente, *es siempre creadora*; pues se alimenta de un rico complejo de valoraciones particulares sobre los puntos singulares”⁴⁵.

El sentido de lo que afirma, con singular propiedad, Recaséns Siches, puede expresarse en el Derecho constitucional moderno. Es de tomar en cuenta que este autor desarrolla sus ideas precisamente cuando surgía el Derecho de la Segunda Posguerra. Las ideas de Recaséns Siches se confirman por varios medios. Por ejemplo, Jesús Vega, afirma que: “Como explica Aristóteles, el gobierno de las leyes es el gobierno de la razón. Se trata, sin embargo, de una ‘razón práctica’ que, en lo que respecta a los jueces, no puede ser diseñada (so pena de incurrir en ideología deformante) como si fuera una razón ‘técnica’ o ‘científica’ de carácter ‘impersonal’ en la que solo contase la vinculación formal-procedimental a reglas como garantía de una ‘objetividad’ procurada por presuntos mecanismos lógicos”⁴⁶.

En este orden de ideas, la distinción entre reglas y principios, tan favorecida por los neoconstitucionalistas contemporáneos, expresa un profundo sentido valorativo

⁴⁵ *Ibidem*. p. 260.

⁴⁶ Vega, Jesús. *Op. Cit.* Pp. 138.



que, por supuesto, reconoce el principio de equidad, precisamente en la medida en que los valores y principios están indisolublemente ligados a la conciencia, en especial del juzgador.

En el concierto de la iusfilosofía contemporánea, la distinción entre reglas y principios se basa en las ideas de Ronald Dworkin, quien la desarrolla en su crítica a los planteamientos del jurista inglés Herbert Lionel Adolphus Hart. Este último había planteado sus tesis, de marcado carácter positivista, para contrarrestar las ideas del realismo norteamericano, el cual sostenía que, de hecho, el juez siempre creaba Derecho, en la medida en que las decisiones nunca pueden ser decididas en función de criterios legales. Los realistas norteamericanos llevaron a su realización la tesis de la indeterminación del Derecho.

Para Hart, quien fuera profesor de jurisprudencia en Oxford, el Derecho es un sistema de reglas; las reglas pueden ser primarias y secundarias, donde las primeras mandan, prohíben y permiten actos. Las reglas secundarias, por su parte, sirven para reconocer cuando una norma pertenece a un orden jurídico (regla de reconocimiento), para determinar cuándo se da una transformación de estas (reglas de cambio) y, por último, para regir los procesos de aplicación de estas (reglas de adjudicación).



Para Dworkin la reducción del Derecho a un sistema de reglas es insostenible. En la opinión del jurisconsulto norteamericano, “las reglas no sirven para guiarnos en los casos difíciles y conflictivos, a menos que se consiente en llegar a resultados inicuos. Cuando las reglas no son suficientes, se hace necesario acudir a los principios del Derecho”⁴⁷.

El caso que ejemplifica el asunto es el famoso Riggs vs. Palmer, caso planteado en Nueva York hacia finales del siglo XIX. Este caso se genera cuando un hombre mata a su abuelo, quien lo había nombrado como heredero con anterioridad. El problema que se plantea es ¿debe el asesino recibir la herencia? Algunos positivistas en la corte que decidió el caso consideraban que la respuesta es positiva; en efecto, no había una norma que dijese que alguien que ha matado a su benefactor no debe recibir la herencia que este le había concedido. Sin embargo, Dworkin, reflejando la opinión mayoritaria de la corte que denegó el derecho a la herencia, considera que lo que rige aquí es un principio del derecho, esto es, que nadie debe beneficiarse de sus malas obras.

Dworkin niega que en este caso se verifique la discrecionalidad jurídica; es el principio el que brinda la solución al problema en cuestión. No hay discrecionalidad

⁴⁷Dworkin, Ronald. LIBERALISMO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA. Editorial La Isla de La Luna. Buenos Aires. 2003. Pp. 83.

simplemente porque los principios, pesando en la decisión de los juzgadores, son parte importante del Derecho.



Para Hart, sin embargo, la discrecionalidad de las decisiones jurisdiccionales es inevitable. A su entender, los términos del lenguaje humano siempre tienen una *textura abierta*; existe ambigüedad, el idioma cambia a lo largo del tiempo. Por esta razón, siempre ha habido conciencia de que el juez debe suplir, con cierto grado de discrecionalidad, las innegables lagunas que se encuentran dentro de la aplicación de un orden jurídico.

La distinción entre principios y reglas, es una distinción que goza de amplia popularidad en el mundo contemporáneo de la Filosofía del Derecho. Según Mauro Barberis: “Esta distinción ha sido defendida en versiones diversas por autores que incluyen al alemán Robert Alexy, al también italiano Gustavo Zagrebelsky y a los españoles Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”⁴⁸. De hecho, en esta distinción radican algunas de las más arduas discusiones que se plantean en la iusfilosofía contemporánea.

Debe reconocerse, sin embargo, que la distinción entre normas y principios está lejos de plantear un punto de vista universal o general en la visión del razonamiento

⁴⁸Barberis, Mauro. EL NEOCONSTITUCIONALISMO. *THIRD THEORY OF LAW*. En: Pozzolo, Sussana. (Editora). NEOCONSTITUCIONALISMO, DERECHO Y DERECHOS. Palestra Editores. Lima. 2011.



judicial del siglo pasado. Los positivistas, incluso Luigi Ferrajoli, niegan que esta distinción tenga sentido.

“En esta dirección que en la academia jurídica contemporánea se ha dado una interesante discusión entre el constitucionalismo garantista, defendido por Ferrajoli, y el constitucionalismo principalista, propuesto por los juristas españoles Juan Ruiz Manero y Manuel Atienza”⁴⁹. En el primero, los valores y principios constitucionales se comportan como reglas en el sentido básico de que implican reglas; en el segundo, los principios adoptan formas argumentativas, en el sentido de que su ponderación lleva a decisiones particulares.

6. EL VERDADERO SENTIDO DE LA EQUIDAD EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

“Si asumimos que los valores siempre han tenido un papel en el Derecho, entonces es de suponer que la equidad siempre ha jugado un papel importante en la solución de casos judiciales”⁵⁰. La visión de la equidad, tiene antecedentes importantes, especialmente desde las reflexiones jurídicas de Aristóteles. Tiene sentido, por lo tanto, preguntarse si la equidad, con toda su experiencia y carga histórica, es capaz de ser

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi & Ruiz Manero, Juan. DOS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO: UNA CONVERSACIÓN. Editorial Trotta. Madrid. 2012.

⁵⁰ Cruz, L. M. LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN DE VALORES. PROBLEMAS JURÍDICOS Y POLÍTICOS. UN ESTUDIOS SOBRE LOS ORÍGENES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Comares. España. 2005. Pp. 159.

puesta al día para enfrentar los desafíos que plantea la resolución de casos en el Estado constitucional y democrático de derecho.



Se puede relacionar la equidad con la visión de Alexy. Si nos damos cuenta del uso de los principios en la teoría de Alexy veremos que estos se ven como enunciados normativos en conflicto. La equidad, sin embargo, adquiere matices diferentes porque va precisamente más allá de estos. En efecto, aquí no se ven principios conflictivos en juego, sino más bien la comprensión de una situación compleja que es captada, en su totalidad, desde la perspectiva de la conciencia del juez. En la equidad no funciona el modelo de reglas, sino más bien una comprensión holística de la situación.

Alexy plantea con claridad la necesidad de un ejercicio más claro en la defensa de las garantías que salvaguardan los derechos que frente a la demanda de seguridad que vive nuestra época. La presencia de la equidad es urgente en la medida en que vivimos procesos involutivos en el Derecho contemporáneo. En efecto, una de las áreas en que es más notoria la necesidad del ejercicio de la equidad es en el ejercicio de los instrumentos legales que cada vez se usan con mayor frecuencia, y ya no tan solo en contra de la delincuencia organizada contemporánea, sino en contra de cualquier desviación del orden establecido. En el terreno del Derecho penal, se ha venido observando un endurecimiento que hace de la cárcel no el último, sino el primer recurso.



“Ha sido reconocido que, en nuestros tiempos, el Derecho penal se convierte en una instancia de control social. Este proceso suele vincularse a la idea de la idea de seguridad, la cual ha ido dominando progresivamente el ámbito de las políticas jurídicas, especialmente la criminal”⁵¹.

Muchos autores han visto como este desarrollo se puede interpretar en términos de la teoría del Derecho penal del enemigo desarrollada por el jurista alemán funcionalista Gunther Jakobs. En este modelo, en efecto, se puede obligar a que las personas sigan un orden jurídico que no refleja de manera consistente ni los principios morales ni los principios del Derecho, dado que lo que se busca en principio es la estabilidad de un sistema socio-jurídico determinado, sin tomar en cuenta la dignidad de la persona. A lo largo y ancho del mundo, por ejemplo, estos instrumentos penales se han estado usando para criminalizar la protesta social, lo cual distrae de la tarea principal que es asegurar el respeto a una democracia substantiva.

No se trata de oponerse al combate a la delincuencia; se trata, nada más, de no hacerlo a costa de violar garantías, derechos y los principios que requiere un Estado constitucional de Derecho. El juez enfrenta ahora situaciones cada vez más conflictivas, lo cual hace de la equidad una necesidad perentoria.

⁵¹ Bailón Baldominos, Rosalio, DERECHO PROCESAL PENAL A TRAVÉS DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS. Editorial Jurisprudencial Limusa C. México. 2002. Pp. 65.



El juez de nuestro tiempo vive en una época de constitucionalización del Derecho, tarea que exige la consideración de los valores morales, que se han constituido en el núcleo axiológico de la Constitución. Por otra, tiene que ejercer su labor en un contexto marcado por la generación de modelos judiciales que no respetan las garantías, como en el caso de los modelos penales del enemigo. Pueden notarse rápidamente los problemas que enfrenta el juzgador: si sigue el valor jurídico, puede terminar siendo objeto de reproche.

Si sigue a la norma puede ser cuestionado por no defender el orden constitucional al cual debe el mayor respeto. Esto es especialmente cierto en países con una cultura jurídica positivista como el nuestro; una cultura jurídica que, debe reconocerse, ha ignorado el valor de la justicia de manera sistemática, como lo pone de manifiesto las grandes disparidades que se encuentran en su estructura social y económica.

Estos fenómenos, denotan más una serie de problemas institucionales que una debilidad del método de la equidad en su totalidad. Es cierto que en cierto modo se afecta la seguridad jurídica, pero tampoco puede mantenerse esta a costa de los demás valores. Una solución balanceada a un conflicto de valores puede bien llevar a una situación en la que nos veamos obligados a sacrificar porciones importantes de cada principio.



Se ha examinado la estructura general de la equidad para arribar a la tesis de que esta se encuentra íntimamente ligada a una concepción más o menos positiva del Derecho. Las normas de un orden jurídico y en cuando este atiende a la equidad. También se ha distinguido entre la equidad general y la particular. Asimismo, este autor ha brindado claves para entender los aspectos sustitutivos, integrativos e interpretativos de la equidad, en el contexto del ejercicio jurisdiccional.

La equidad parece exigir un papel más relevante en el sistema constitucional de Derecho.



CAPÍTULO III

LA EQUIDAD EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

1. LA IDEA DE LA EQUIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

La equidad está destinada a alcanzar un nuevo apogeo en el contexto del constitucionalismo contemporáneo. Esa importancia viene asegurada por el énfasis que dicho constitucionalismo le otorga a los valores y por la forma en que estos se hacen presentes en la conciencia humana.

Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, se han destacado por generar reflexiones en las que se destaca el papel de los principios en la argumentación jurídica.

Existen dos aspectos que incrementan la importancia de la equidad. Estos son: 1) el problema de la indeterminación jurídica, y 2) la importancia contemporánea de la teoría de la argumentación.

2. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LOS CONFLICTOS NORMATIVOS



El ideal codificador en el Derecho ha sido puesto en duda por una serie de problemas que van desde la vaguedad del lenguaje hasta la indeterminación jurídica, pasando por la ya mencionada incapacidad general de anticipar todas las circunstancias de aplicación de una norma o sistema normativo. “En la práctica diaria del Derecho, los practicantes de la disciplina a menudo se encuentran frente a problemas de ambigüedad y vaguedad en el lenguaje en el que se expresa la ley; no pocas veces aparecen antinomias y lagunas”⁵².

La capacidad de anticipación del Derecho como creación humana no puede capturar la complejidad de la vida humana, la cual se ve sometida a grandes cambios, como aquellos que derivan del desarrollo de las ciencias. El derecho a la eutanasia, por ejemplo, ha sido generado por la manera en que el ser humano es capaz de prolongar la vida humana.

El ideal codificador aparece tarde, ya en la modernidad occidental; es un producto de la confianza en la racionalidad humana que caracteriza a la Ilustración o Iluminismo. Los jueces romanos practicaron la casuística, acumulando una serie de respuestas a lo largo del tiempo. Fue necesario que se desarrollaran los

⁵² Ródenas, Ángeles. LOS INTERSTICIOS DEL DERECHO: INDETERMINACIÓN, VALIDEZ Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2012. Pp. 45.



planteamientos racionalistas de la época moderna que, iniciándose con Des Cartes, alcanzan con los filósofos de la Ilustración, especialmente Kant, Locke, Rousseau y los ilustrados franceses del siglo XVIII.

Sin embargo, el ideal codificador rápidamente se encontró con problemas. De este modo, la misma Escuela de la Exégesis hace su aparición en Francia, país en el que el ideal codificador se impuso con energía. El objetivo de esta escuela era paliar este problema. Esta escuela considera, en lo esencial, “que los problemas que trae consigo la aplicación del Derecho pueden resolverse apelando a la intención del legislador”⁵³. Los desarrollos de este enfoque iban a repercutir en la posterior aparición de los estudios sociológicos del fenómeno jurídico.

“En la historia de la Filosofía del Derecho la conciencia de la indeterminación de las decisiones judiciales ha sido desarrollada con mayor detalle por el realismo jurídico norteamericano. Los exponentes de esta doctrina -como es el caso del jurista Oliver Wendell Holmes, quien llegó a ser juez de la Corte Suprema de Justicia de los E.E.U.U.- sostenían que en muchas ocasiones los jueces no son motivados por el texto jurídico, sino que de hecho toman sus decisiones basados en otro tipo de motivaciones. Se tomó una actitud de rechazo hacia lo que ellos llamaron formalismo jurídico”⁵⁴.

⁵³García Amado, Juan Antonio. RAZONAMIENTO JURÍDICO Y ARGUMENTACIÓN: NOCIONES INTRODUCTORIAS. Eolas Ediciones. España. 2013. Pp. 98.

⁵⁴H. Bix, Brian. FILOSOFÍA DEL DERECHO: UBICACIÓN DE LOS PROBLEMAS EN SU CONTEXTO. UNAM. México. 2010. Pp. 225.



Según Karl Llewelly: “Los jueces pueden en un caso ceñirse o no al texto de la ley, llegando a posiciones diferentes, resulta, pues, que no se puede decir que las decisiones jurisdiccionales estén basadas en consideraciones puramente jurídicas”⁵⁵.

Hart, formuló su doctrina, en parte para contrarrestar estas ideas, reconociendo la presencia de la creación jurídica pero solo debido a las insuficiencias del lenguaje. Según este jurista, el Derecho consiste en un sistema de reglas, posición que elude la vaguedad que caracteriza a la posición realista. Como se sabe, en contraposición a Hart, Ronald Dworkin argumentó que el Derecho no puede reducirse a un sistema de reglas; junto a estas debe admitirse la existencia de principios que suelen guiar en la resolución de los casos difíciles. El punto de Dworkin es que ante las insuficiencias del Derecho escrito, de las reglas en el sentido de Hart, existen los principios del Derecho, muchos de los cuales poseen un definitivo cariz moral.

Siguiendo a Dworkin, se puede decir que el fenómeno de la indeterminación del Derecho especifica una de las razones por las cuales es conveniente recuperar la equidad como ideal del Derecho constitucional. Quizás la equidad no ofrezca métodos taxativos para resolver casos difíciles, pero apunta a una práctica que ayuda a eliminar la arbitrariedad de la práctica argumentativa del Derecho. En este sentido debe notarse

⁵⁵Leiter, Brian. REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE. En: Fabra Zamora, Jorge Luis & Núñez Vaquero, Álvaro (Editores). ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO. UNAM. México. 2015. Pp. 244.



que muchas veces, aun dentro de un sistema legal, se puede arribar a diferentes conclusiones, precisamente por la necesidad de interpretación de la ley.

Desde luego, se puede objetar que las decisiones basadas en la equidad también pueden ser subjetivas. Sin embargo, para responder a este contraargumento, se puede decir que la subjetividad de las decisiones jurisdiccionales es ineludible en el campo del Derecho. “Debido a la indeterminación jurídica siempre es factible que se planteen soluciones distintas para un mismo caso, aun en el contexto de una sociedad que vive según un conjunto de leyes plenamente codificado”⁵⁶.

Pero existe otro argumento en favor de la equidad: el hecho de que exista un grado inextirpable de subjetividad no quiere decir que toda solución valga. En ese sentido, “cuando el juez motiva la acción debe presentar soluciones que respondan a las características del caso y que tengan una referencia substantiva a los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico. De aquí que el juez tenga la obligación de motivar exhaustivamente sus respuestas a los problemas o casos que se le plantean por parte de la ciudadanía”⁵⁷.

Las anteriores reflexiones muestran que el Derecho es, en gran medida, una práctica argumentativa. Dentro de esta dimensión argumentativa se puede localizar, de

⁵⁶Kalinowski, Geroge. INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA JURÍDICA. Editorial EDEBA. Argentina. 1973. Pp. 214.

⁵⁷Murena, M. TRATADO SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL JUEZ. Editorial Alianza. Madrid. 1975. Pp. 117.



nuevo, un papel para la equidad. En efecto, las consideraciones equitativas juegan un papel dentro de una decisión jurisdiccional aceptable.

3. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

Uno de los cambios más significativos en el campo de la Filosofía del Derecho contemporánea, especialmente la que se lleva a cabo en el mundo iberoamericano, es el reconocimiento del enorme papel que juega la argumentación en las teorías del razonamiento moderno. De hecho, un influyente grupo de pensadores, entre los que destaca el jurista español Manuel Atienza y el mexicano Jaime Cárdenas afirman que el Derecho es, ante todo, argumentación.

Sin embargo, la argumentación es una actividad que se realiza en todas las disciplinas científicas, razón por la cual el Derecho no puede reducirse ni equipararse con la argumentación. Cabe decir, en todo caso, que la argumentación adquiere entonces una importancia inusitada; según Cárdenas: “El Derecho como argumentación incluye no solo a los jueces, sino también a los teóricos del Derecho, a los legisladores, a los funcionarios e incluso al ciudadano en general”⁵⁸.

⁵⁸Cárdenas Gracia, Jaime. LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO. UNAM. MÉXICO. 2010. Pp. 14.



Este fenómeno intelectual se relaciona con la progresiva superación de la lógica silogística que empezó a darse desde finales del siglo XIX, cuando se inventó la lógica matemática. Como se sabe, la teoría del silogismo predominó durante muchas centurias, prácticamente desde el tiempo de Aristóteles, Pero el desarrollo de la matemática a finales del siglo XIX influyó a la lógica, en virtud de que algunos académicos se propusieron aplicar los métodos matemáticos al estudio de las formas del razonamiento. Entonces, se rebasó la lógica silogística.

La sofisticación del estudio de la forma del razonamiento correcto ayudó a que los estudiosos de Derecho se percataran de que las personas usan métodos diferentes para convencerse en los contextos de la vida diaria. Surgen entonces intentos de comprender las características que distinguen a un argumento correcto o uno que tiene la capacidad de persuasión y convencimiento. Debe destacarse que esta visión más profunda de la argumentación real se vio influenciada por la forma en que se desarrollan los razonamientos en las cortes. Estas teorías de la argumentación, elaboradas inicialmente por filósofos, fueron después desarrolladas en sus planteamientos por destacados juristas.



Según Cárdenas Gracia: “La argumentación es una actividad que consiste en la generación y producción de razones para justificar pretensiones”⁵⁹. Bajo la perspectiva de este autor, la idea fundamental del Derecho como argumentación es: “El reconocimiento de que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico ni el Derecho un sistema axiomático. El Derecho no solo se conforma por reglas, sino por principios, directrices y argumentación. Esta nueva realidad obliga a los jueces y a las autoridades a comprometerse con el contexto normativo e histórico. La labor interpretativa es más exigente”⁶⁰.

Bajo la perspectiva de la argumentación jurídica entra en juego aquí problema de la indeterminación del Derecho analizado en la sección anterior. Es necesario, por lo tanto, buscar las estructuras argumentativas que hacen que un proceso de razonamiento jurídico, como el que lleva a una sentencia, sea correcto o válido, dado que el Derecho, por sí mismo, puede justificar diferentes respuestas. En este contexto resulta indispensable evaluar el tema de la equidad dado que la argumentación jurídica, al no poder basarse solo en normas legales, necesita acudir a consideraciones de orden moral y valorativo.

4. EL PENSAMIENTO DE ROBERT ALEXY

⁵⁹ Cárdenas Gracia. *Op Cit.* Pp. 36.

⁶⁰ *Ibidem.* Pp. 36



“Uno de los filósofos del Derecho más destacados en la esfera académica contemporánea es el pensador alemán Robert Alexy. Este jurista ha llevado a cabo el desarrollo de las ideas de Jürgen Habermas en el terreno de la filosofía jurídica”⁶¹.

“Alexy ha llevado a cabo una defensa vigorosa del Estado constitucional de derecho en su versión liberal más avanzada, por esta razón se le suele ubicar dentro de los pensadores neoconstitucionalistas”⁶².

Habermas se ha caracterizado por defender un concepto de racionalidad que privilegia la comunicación, el diálogo y el consenso. Para este pensador, toda decisión debe tomar en cuenta las perspectivas de los afectados por esta.

Las ideas de Alexy giran alrededor de lo que él mismo ha venido a calificar como un *liberalismo analítico*. El adjetivo *analítico* se debe al diálogo que establece con la filosofía norteamericana, la cual ha optado por una modalidad reflexiva que suele llamarse *analítica*. Esta corriente se caracteriza, como su nombre lo indica, por su predilección del análisis sobre la especulación; a menudo, los partidarios de esta doctrina abordan los problemas desde una perspectiva lingüística y conceptual, tratando de refinar la comprensión de los términos para alcanzar una dimensión

⁶¹ López de Lizaga, José Luis. DERECHO Y MORAL EN LA FILOSOFÍA DE HABERMAS En: Blasco, Pedro Luis (editor). LA JUSTICIA ENTRE MORAL Y DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 2013. Pp. 65.

⁶²Alexy, Robert. LOS PRINCIPALES ELEMENTOS DE MI FILOSOFÍA DEL DERECHO. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 32. 2009. Pp. 78.



profunda del uso de estos. La idea principal es que la falta de atención a los aspectos conceptuales y del lenguaje puede llevar a confusiones y problemas que no deben ser resueltos, sino más bien disueltos.

El enfoque de Alexy quiere reconocer las dimensiones positivas del Derecho. Esta opción de expresa en su “teoría de la doble naturaleza del Derecho”⁶³.

Para Alexy, el Derecho posee una dimensión fáctica (la cual garantiza la seguridad jurídica), y una dimensión ideal o crítica (la cual apunta al valor justicia). Se puede ver la confluencia de dos valores que pueden entrar en pugna. En efecto, la seguridad jurídica puede desembocar en el abandono de la justicia (como cuando se sigue un sistema legal injusto) o la búsqueda de justicia puede dar al traste con la seguridad jurídica (como cuando dos jueces valoran una situación de maneras diferentes y hasta contrapuestas). De esta manera, el iusfilósofo alemán trata de desmontar, en cierta medida, la tradicional rivalidad entre positivistas e iusnaturalistas, aun cuando su enfoque general se acomoda en mayor medida a la segunda de estas posiciones.

⁶³ *Ibidem*. Pp. 68.



Robert Alexy desarrolla esta idea afirmando “que esta doble naturaleza se realiza en un sistema dirigido por la idea de *institucionalización de la razón*, cuya política es el constitucionalismo democrático”⁶⁴.

Alexy se sitúa en el contexto de la Filosofía del Derecho contemporánea, así como en el campo de la filosofía política. Para Alexy, el constitucionalismo democrático (que él califica como *discursivo*) se realiza en la fusión de lo real con lo ideal. Se puede comprobar, entonces, que ya existe una consideración de la dimensión fáctica (seguridad jurídica) y la ideal (valor justicia).

“Esta doble consideración revela que Alexy sigue la tradición iusfilosófica desarrollada por Gustav Radbruch —el cual ya fue mencionado de manera breve en el primer capítulo, cuando se analizó la pluralidad de los valores jurídicos”⁶⁵.

Radbruch, después de la Segunda Guerra Mundial, abandonó el positivismo y el relativismo para darle carta de la naturaleza a los valores, formulando su famoso *argumento de la injusticia*, argumento que, como lo resume el jurista español Alfonso

⁶⁴ *Ibidem*. Pp. 68.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 77.



García Figueroa, afirma que “cuando una norma legal rebasa un umbral de injusticia extrema, entonces carece de validez jurídica”⁶⁶.

Según Alexy, el sistema de constitucionalismo democrático que él desarrolla se genera en 3 etapas:

1. La pretensión de corrección: todo acto jurídico lleva la pretensión de que es material y procedimentalmente correcto. Nótese la conexión entre la moralidad y la institucionalidad, la cual se destaca contra la tesis positivista de la separación entre moral y Derecho.
2. La idea de que dicha pretensión de corrección es necesaria. El Derecho no puede declarar de manera abierta su injusticia o indiferencia a la justicia.
3. Dicha pretensión, por su lado, apunta a la justificabilidad de toda propuesta o solución jurídica y su apelación ineludible a principios morales.

Ahora bien, “una de las más conocidas objeciones en contra de la introducción de los valores, es la subjetividad de los juicios valorativos (morales). En efecto, no siempre se logra el acuerdo en nuestros juicios valorativos”⁶⁷.

⁶⁶ García Figueroa, Alfonso. INJUSTICIA EXTREMA Y VALIDEZ DEL DERECHO. VARIACIONES SOBRE UN TEMA DE RADBRUCH. En Blanco, Pedro Luis (editor). LA JUSTICIA ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 2013. Pp. 21.



Para afrontar esta objeción Alexy propone su teoría del discurso argumentativa basada en el filósofo alemán Jürgen Habermas. La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección o verdad práctica, esto es, no se supone un contenido sustantivo preestablecido para lo que va a contar como correcto o verdadero; lo que cuenta aquí son los procedimientos que nos llevan al ideal perseguido.

En el caso de Alexy y Habermas, dicho procedimiento se basa en la noción de argumentación; según este enfoque, la argumentación racional asume un método en el que el cumplimiento de ciertas reglas garantiza un consenso en el que todos participan (sin coerción) y cuyos resultados son considerados por todos (idealmente) como correctos. Dentro de estas reglas se encuentran reglas como dejar hablar a todos los interesados, así como principios éticos que nos hacen considerar las opiniones de los otros. Es obvio que siguiendo este modelo nos acercamos a una democracia participativa y deliberativa. De este modo, la subjetividad de los juicios morales desaparece debido a que, en realidad, lo que se busca es un consenso.

Desde luego, tanto Habermas como Alexy reconocen que un diálogo perfecto y un consenso sin fisuras constituyen ideales imposibles de conseguir. Por tal razón,

⁶⁷De Páramo, J. R. RAZONAMIENTO JURÍDICO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. Revista Española de Derecho Constitucional. No. 22. Madrid. Pp. 18.



tales autores afirman que “la noción de discurso ideal es una idea regulativa en sentido kantiano”⁶⁸.

Según el pensamiento kantiano una idea es regulativa cuando nos guía hacia una mejor organización de nuestro conocimiento al hacernos encontrar una dirección para nuestros esfuerzos. En todo caso, si es imposible llegar a un resultado consensuado, queda siempre la negociación, pero esta ya no es una actividad fuera del ámbito público, sino una actividad constitutiva de la democracia.

Para Alexy, la realización del Derecho exige superar los niveles de la corrección y el discurso para internarse en la positividad del Derecho. La coerción garantiza, en el nivel positivo, la eficacia social del Derecho.

Alexy considera que cuando se institucionaliza la razón es necesario reconocer que el Derecho positivo puede dar origen a injusticias. Sin embargo, para Alexy dichas injusticias no pueden transgredir ciertos límites. Por esta razón, sostiene la idea de Gustav Radbruch según la cual la injusticia extrema no es derecho. Es lícito preguntarse, no obstante, hasta dónde es posible seguir esta tesis de Alexy. ¿No podría la equidad ayudarnos a evitar estos resquicios de injusticia que quedan

⁶⁸ Alexy, R. *Op. Cit.* Pp. 74.



irresueltos cuando Alexy afirma, con Radbruch, que la injusticia extrema no es derecho? ¿Constituyen las injusticias de mediano rango parte del derecho?

Para Alexy la institucionalización de la razón se logra en el constitucionalismo democrático. De importancia para esta tesis es el hecho de que en este sistema existen los derechos fundamentales, los cuales, siguiendo el uso lingüístico usual en nuestros días, son derechos humanos que han sido positivizados en un documento constitucional. Los derechos humanos, a su vez, son derechos morales de índole universal cuya validez depende de su grado de justificabilidad frente a cualquier ser humano. Según Alexy: “Siguiendo la tradición kantiana, el reconocimiento de la autonomía implica reconocer la personalidad; a su vez, la personalidad implica dignidad. Finalmente, reconocer la dignidad de la persona humana implica reconocer sus derechos humanos”⁶⁹.

El papel adjudicado a la teoría del discurso o discusión argumentativa conlleva la opción por la democracia deliberativa. Pero la jurisdicción constitucional solo puede expresar el ideal de la democracia deliberativa, en la medida en que esta representa argumentativamente a la ciudadanía. Alexy favorece una democracia liberal, en la que, junto al respeto de los derechos individuales, se busca en bien común en materias que van más allá de las visiones puramente individuales.

⁶⁹ *Ibidem*. Pp. 79.



Alexy sostiene la idea de Dworkin respecto a la distinción entre principios y normas, aunque las caracteriza a su manera: mientras las reglas se aplican al todo o nada, los principios son criterios de optimización que requieren que un mandato o valor se realice en la medida de lo posible. Alexy sostiene, para el efecto, la famosa tesis del *caso especial*: “El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general”⁷⁰. De este modo, razonamos dentro de un sistema determinado para encontrar un curso de acción; en el caso del Derecho, siempre dentro de un contexto en el que se reconoce la positividad de este. Los jueces, en esta perspectiva, son seres humanos que no pueden resolver problemas judiciales sin una referencia directa a los valores y principios de una moralidad crítica (para diferenciarla de una simple moral conservadora y tradicionalista).

La ponderación se adecua a un hecho crucial, esto es, el que la práctica del Derecho está penetrada por conflictos normativos. “En la hermenéutica jurídica tradicional algunos de estos conflictos suelen solucionarse en función de los criterios de posterioridad, especialidad y jerarquía; esto es, la norma superior deroga a la inferior, una ley especial prevalece sobre la general, y la reciente supera a la anterior”⁷¹.

Cuando los principios entran en conflicto entre sí es necesario acudir a la ponderación o balanceo que supone una apelación a la proporcionalidad, la cual a su

⁷⁰ *Ibidem*. Pp. 81.

⁷¹ Huerta Ochoa, Carla. CONFLICTOS NORMATIVOS. Segunda edición. UNAM. México. 2007. Pp. 162.



vez supone una referencia a tres criterios para juzgar las normas en conflicto: a) adecuación, b) necesidad y c) proporcionalidad propiamente dicha. Sin embargo, la ponderación no es lo mismo que la equidad.

La ponderación, desde luego, no está exenta de problemas, en tanto supone un intento de sopesar principios en conflicto. ¿Se puede comparar realmente principios como el derecho a la vida y el respeto al honor? ¿El derecho a la libertad de la madre con el derecho a la vida del feto? Es claro que no es que los principios puedan balancearse en los términos de Alexy, calculando de manera cuasi matemática la interrelación entre dos principios en conflicto. Realmente, en una situación de este tipo se deben sopesar muchas condiciones del contexto histórico, geográfico, cultural, etc., lo cual hace a la ponderación, en el sentido de Alexy, un recurso argumentativo bastante débil.

Desde luego, sostenemos que la equidad suele concebirse en función de la atenuación de la ley en función de las circunstancias particulares de un caso. Pero dado que la ley, en la interpretación constitucional moderna, pierde su supremacía frente a los principios constitucionales, entonces vale pensar que de nuevo se pone en marcha la función decisoria ubicada en la conciencia del juez. En este sentido, consideramos que el ideal de la equidad también puede plantearse en el caso de principios en conflicto.



En todo caso, dados los problemas que enfrenta la ponderación como método de razonamiento jurídico, podemos adelantar que no es contradictorio proponer que el planteamiento de la equidad es preferible al de la ponderación. En la equidad, el juez se ve compelido a resolver con base en su evaluación de hechos, normas y moralidad que no se visualizan si planteamos un enfrentamiento abstracto entre principios. En este sentido, podría ser el caso de que la ponderación no fuese sino una manera de justificar lo que se hace evidente a los jueces en función de su valoración de una situación.

Esta imposición de una visión particular en un proceso del ejercicio de la razón pública representa una tensión para una posición que busca el consenso basado en procesos comunicativos, que involucran a todos aquellos que potencialmente son afectados por una determinada decisión.

Según Huerta Ochoa: “El problema de fondo radica en que la ponderación, aun cuando constituyera una regla que ordena la optimización de los principios en colisión, se verifica de una manera un tanto incierta, e incluso subjetiva. Por una parte, los lineamientos del procedimiento son insuficientes y poco claros, pues aparte de que no existe un método para la ponderación, tampoco hay reglas que indiquen el proceso de identificación de los principios. *Como procedimiento, parece confiar más en la*



*racionalidad, sabiduría e intuición del juez que en reglas que determinen expresamente cómo debe llevarse a cabo un procedimiento tan importante. Por lo que la valoración de los intereses en conflicto y su potencial afectación parece quedar al arbitrio de los jueces*⁷².

La ponderación remite a la necesidad de la equidad en el juez. Desde luego, el problema de la subjetividad es una dificultad inextirpable en el Derecho; aun los Códigos deben ser subsanados por la participación del juez. En todo caso, la equidad supone una opción por buscar la justicia, aun a costa de las dificultades que dicha búsqueda importa.

En virtud de que los juristas suelen seguir sus tradiciones nacionales, se debe tomar en cuenta que algunos viven ciertas limitaciones, lo cual no quiere decir que un autor va a ser criticado con base tan solo en su nacionalidad. Lo que sucede es que en la obra de cada autor se deslizan los prejuicios de su tiempo y su lugar de origen. De este modo, al criticar a Alexy se descubren algunos elementos relativos a los límites de su doctrina. Es obvio, en este contexto, poner de relieve el elemento ideológico liberal; Alexy piensa en el liberalismo como la institucionalización de la razón. Pero el liberalismo, como se sabe, es una doctrina de carácter individual, que en muchos casos limita el alcance de los derechos humanos.

⁷²Huerta Ochoa. *Op Cit.* Pp. 175.



De este modo, los planteamientos de Alexy quizá no sirvan para enfrentar los casos que plantean países seriamente afectados por una gran desigualdad e inequidad. En nuestro contexto, se necesita jurisprudencia dirigida a promover niveles mínimos de subsistencia y coexistencia social. Un sistema jurídico que no ayuda a resolver la injusticia no puede garantizar los necesarios valores de la seguridad y certeza jurídica.

5. EL PENSAMIENTO DE GUSTAVO ZAGREBELSKY

Gustavo Zagrebelsky se caracteriza por una defensa clara de las profundas transformaciones que comporta el modelo constitucional de Derecho. En sus palabras, “la idea del Derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas”⁷³.

Zagrebelsky se ha distinguido por proponer la idea, del *Derecho dúctil*. Esta visión surge de su compromiso con la pluralidad de los valores y los principios que se dan en una sociedad con diferentes paradigmas de vida. La ductilidad plantea una flexibilidad, abierta y razonable, en la consideración de los diversos componentes de un

⁷³Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL: LEY, DERECHOS, JUSTICIA. Octava edición. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta. Madrid. 2008. Pp. 10.



texto constitucional. Según Zagrebelsky: “La coexistencia de valores y principios sobre la que hoy necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir”⁷⁴.

Esta ductilidad para trabajar con principios y valores denota un esfuerzo por una consideración del caso concreto. La situación concreta le da sustancia a los principios y valores; estos, a su vez, iluminan los rasgos esenciales del caso en cuestión. Por esta razón, Zagrebelsky propugna una dogmática jurídica, *fluida o líquida*. A su parecer, “el único contenido sólido que se debe preservar en un texto constitucional es la pluralidad de los valores”⁷⁵.

Zagrebelsky considera un constitucionalismo que se abre a la pluralidad de los valores, razón que lo lleva incluso a cuestionar la antigua noción de soberano, la cual mantenía un cierto aire de autoritarismo, en virtud de que a través de esta se podían imponer las visiones de un grupo particular de la sociedad. Al cuestionar la tradicional idea de soberanía, Zagrebelsky construye una posición de aceptación de fenómenos recientes como el de la creación de la Unión Europea, fenómeno que ha traído cambios significativos en el ejercicio del Derecho en el continente europeo.

⁷⁴ *Ibidem*. Pp. 14.

⁷⁵ *Ibidem*. Pp. 17-18.



Las ideas de Zagrebelsky se integran con la práctica contemporánea de Derecho, en la cual se ha vuelto relevante una discusión acerca de la verdadera de contextos culturales, especialmente de aquellos en los que viven los sectores más vulnerables de nuestras sociedades. En este escenario surge el problema de la pluralidad de valores y el tema del pluralismo jurídico. Estos aspectos surgen de fuerzas y procesos democráticos, pero su implementación está lejos de ser una dificultad de fácil resolución. Establecer una democracia constitucional exige visiones comunes que no son de sencilla identificación en situaciones en los que no solo existe diversidad cultural, sino también un nivel de conflictividad social y política que no hace posible grandes acuerdos.

Zagrebelsky señala “la creciente *mercantilización* de la ley. El organismo legislativo promulga leyes que sirven a un determinado sector; se pierde así la generalidad de la ley. Las leyes, además, son afectadas por procesos de *contractualización* que surgen de los acuerdos y negociaciones de grupos particulares. La ley, en consecuencia, pierde sus atributos clásicos”⁷⁶.

En esta dirección, no es sorprendente que este pensador se haya caracterizado por postular un retorno claro a la equidad y la casuística. En realidad, dicha revaloración de estos aspectos marginados del discurso jurídico contemporáneo encaja bien con su teoría del Derecho dúctil, el cual, por su naturaleza abierta a la pluralidad, no acepta el

⁷⁶Zagrebelsky. *Op Cit.* Pp. 36-37.



iusnaturalismo. Según Zagrebelsky, en el campo de la interpretación jurídica es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección”⁷⁷. Desde su punto de vista “la relación de tensión entre el caso y la regla, introduce inevitablemente un elemento de equidad en la vida del Derecho”⁷⁸. Según Zagrebelsky: “La separación positivista entre jurisdicción de equidad y jurisdicción de Derecho respondía a la presupuesta separación entre las dos nociones y servía para identificar el Derecho solo con la ley. Una vez aclarado el fundamento no iusnaturalista que hoy hay que dar a la equidad, no se comprende por qué, habiéndose restaurado su sustancia, no puede también restaurarse su nombre”⁷⁹.

Las ideas de Gustavo Zagrebelsky se hacen presentes en un famoso proceso que conmovió hace algunos años a la opinión pública italiana y que dividió a esta en dos bandos. Se trata del famoso caso Serena, el cual surge a consecuencia de una adopción anómala llevada a cabo por una pareja que, para evitar los grandes problemas burocráticos y legales, ingresaron a la niña a Italia sin seguir las reglas establecidas para el efecto. La situación anómala se había prolongado durante más de un año a través de diversas estratagemas legales de los padres adoptivos. Según el jurista italiano, “uno de los grandes planteamientos que surgían de este caso consistía en si era legítimo separar a la niña de los padres y dársela a otros, para observar una regla general, o si el expediente más adecuado, era dejar a la niña con la pareja con la

⁷⁷ *Ibidem*. Pp. 133.

⁷⁸ *Ibidem*. Pp. 148.

⁷⁹ *Ibidem*. Pp. 145.



que ya había creado un fuerte vínculo”⁸⁰. Cómo se sabe, el criterio fundamental para la resolución de casos que afectan a la niñez, especialmente en el controvertido caso de la adopción, es el interés superior del menor.

Zagrebelsky señala que el ordenamiento jurídico italiano dejaba espacio para maniobrar para lograr que la niña se quedase con la pareja original, en virtud de la existencia de figuras jurídicas que reconocían adopciones en casos especiales, por ejemplo, el de niños minusválidos. Sin embargo, los jueces de menores coincidieron, en su decisión en contra de la permanencia de la niña en tal hogar, argumentando que tal decisión ofrecía un estímulo para el tráfico de menores.

El autor italiano critica esta opinión, resaltando la injusticia que significa afectar el bienestar concreto de Serena para desincentivar el tráfico de menores. En este caso, según el destacado jurisconsulto, había que tomar en cuenta la situación de la niña, la cual no tenía por qué sufrir las consecuencias de los errores de sus padres adoptivos. No se puede sacrificar el bienestar de una pequeña por el deseo de hacer que la normativa respectiva se cumpla con tanto rigor.

Es claro que este problema surge con los famosos *casos difíciles* (Ronald Dworkin) o *casos trágicos* (Manuel Atienza). Siguiendo a Pablo Navarro, Atienza

⁸⁰ *Ibidem*. Pp. 140.



caracteriza a los casos difíciles en términos de Dworkin con base en las siguientes condiciones que citamos literalmente:

1. “No hay una respuesta correcta a C.
2. Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.
3. El Derecho es incompleto o inconsistente.
4. No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.
5. C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
6. C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
7. Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
8. La solución de C involucra necesariamente a juicios morales”⁸¹.

Ahora bien, para Atienza “un caso trágico se caracteriza porque en él se sacrifican elementos esenciales de un valor fundamental”⁸². Según Atienza, en estos

⁸¹ Atienza, Manuel. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: DE NUEVO SOBRE LOS CASOS TRÁGICOS. Isonomía. No. 6. Madrid. 1997. Pp. 10.

⁸² *Ibidem*. Pp. 15.

casos no hay un *equilibrio mínimo* de tales valores. Se tome la decisión que se tome siempre habrá un gran margen para el reproche moral.



Los casos trágicos muestran que incluso la equidad es difícil o imposible en ciertos casos. En este sentido, la equidad no es la panacea para todos los males que se adhieren a un sistema jurídico. La opción por la equidad debe encajar con otras reformas al sector justicia; deben, incluso, complementarse con medidas que aseguren el bienestar y progreso de la sociedad. Es imperativo evitar el error de creer que todo depende de un solo factor, con independencia de la particular importancia de este. Como se verá en el próximo capítulo, el filósofo John Rawls ha usado a la equidad como piedra fundamental de su teoría de la justicia.



CAPÍTULO IV

LOS PROBLEMAS DE LA EQUIDAD: RESPUESTAS Y POSICIONAMIENTO

1. VISIÓN GENERAL DE LOS PROBLEMAS DE LA EQUIDAD

En el cambio del paradigma legislativo al constitucional existe una serie complicada de factores que no pueden dejar de ser analizados en un contexto que requiere mostrar la relevancia de la equidad. En particular, es claro que los problemas que plantea la equidad no pueden ser tratados con una actitud que desdeñe los alcances del positivismo contemporáneo; ignorar los problemas del paradigma constitucional no ayudará a establecer la necesidad de la equidad. En todo caso, los cambios de paradigma en los diferentes campos de la actividad humana deben ser acumulativos, esto es, deben tratar de preservar los logros de los modelos superados.

En este sentido, la doctrina positivista se ha puesto al día, a través de distinguidos filósofos, para responder a las profundas transformaciones que plantea el Derecho constitucional moderno. Se sigue que si se quiere defender con seriedad a la equidad se la debe colocar en una posición que respete la necesidad de la seguridad jurídica.



De hecho, algunos de los más destacados pensadores del constitucionalismo moderno son de ideología positivista. Un ejemplo destacado al respecto lo proporciona el positivismo de Luigi Ferrajoli, el cual postula que el reconocimiento constitucional de principios y valores supone criterios para juzgar no solo de la validez de las normas de un orden determinado, sino también criterios sustanciales para evaluar dichas normas. De este modo, a la luz de la constitucionalización (positivación) de los derechos fundamentales, una norma legislativa puede ser sustancialmente inválida. Esta tesis amplía el campo tradicional del Derecho, dado que también se dan lagunas jurídicas, en un nuevo sentido, cuando una disposición constitucional no es realizada por una producción legislativa que trate de llevarla a cabo. Este es el caso, por ejemplo, de la ley de aguas o normativa de pueblos indígenas que no ha sido promulgada en el país, a pesar de que existen directivas constitucionales que lo ordenan.

Destacados filósofos iuspositivistas de nuestra época insisten en el peligro de que el desarrollo concreto del Derecho quede enredado en la subjetividad y en las preferencias de los juzgadores. Esta objeción es importante puesto que la función jurisdiccional juega un papel fundamental en el funcionamiento efectivo del Estado constitucional de derecho.



“Los serios problemas en relación a la seguridad jurídica deben atenderse porque esta es una dimensión del Derecho que no puede ser ignorada sin que corran peligros respecto a la misma gobernabilidad de una sociedad”⁸³.

En una sociedad agobiada por una falta de gobernabilidad profunda, se deben encontrar caminos intermedios, que al tiempo que aseguren los valores y principios constitucionales, también garanticen un nivel aceptable de orden y justicia, para que las personas puedan llevar a cabo sus planes de vida, sin una interferencia arbitraria del Estado y los demás miembros de la sociedad.

2. EL RETORNO DE LA CASUÍSTICA

“Uno de los grandes problemas que se plantean ante el método constitucional de acercamiento al fenómeno jurídico es la cuestión de dar cuenta del caso concreto a la luz de los valores y los principios que constituyen el núcleo axiológico de la Constitución”⁸⁴.

⁸³ García Figueroa, A. RACIONALIDAD Y DERECHO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006. Pp. 37.

⁸⁴Saa Velasco, Ernesto. TEORÍA CONSTITUCIONAL GENERAL. Editorial Talleres del Departamento del Cauca. Popayán. 1986. Pp. 92.



La amplitud de este componente axiológico constituye un aparente retorno a la casuística. De este modo, el caso concreto adquiere una relevancia particular en efecto, uno de los pensadores que han estudiado la nueva casuística, el inglés Stephen Toulmin nos dice que: “La aplicación a la vida real de las reglas administrativas, legales y morales demanda siempre el ejercicio de la perspicacia y discernimiento humano —lo que tradicionalmente ha sido denominado equidad— y cuanto más problemáticas son las situaciones más grandes es la necesidad de discernimiento”⁸⁵.

Hay que reconocer, sin embargo, que este método ha sido objeto de demérito durante la Época Moderna, debido a que muchas veces esta se usó, especialmente por parte de los consejeros religiosos de grandes gobernantes, para disculpar cualquier trasgresión de la regla, para justificar cualquier acción. Por otro lado, la casuística no tenía lugar en un tiempo en el cual el racionalismo ilustrado llegaba a la conclusión que era posible anticipar todas las circunstancias. En ese sentido, la casuística conlleva la idea de que es imposible prever, planificar, organizar.

Sin embargo, la casuística ha regresado ante todo debido a los problemas que plantea la bioética, área en la cual se manifiesta con gran urgencia la consideración del caso concreto. En efecto, como es de común conocimiento, en el campo de la medicina se plantean dilemas éticos bastante complejos, cuestiones que suponen literalmente la

⁸⁵ Toulmin, Stepehn. Citado por Guerrero Palmero, María José. CASUÍSTICA Y RAZONAMIENTO MORAL. En: T. Hall, Robert & Salvador Arellano, José. CASUÍSTICA: UNA METODOLOGÍA PARA LA ÉTICA APLICADA. Editorial Fontamara. México. 2013. Pp. 15.



vida y la muerte, pero a los que hay que buscar una solución a veces inmediata. En el campo bioético se plantean dilemas que no son fácilmente asimilables a la idea de principios en función de los cuales se debe tomar una decisión.

Ahora bien, la idea general es que en los casos complejos no se trata de aplicar reglas o principios para evaluar hechos o situaciones. En tales casos, mejor se usan casos paradigmáticos, los cuales sirven como puntos de referencia para juzgar de las características de una situación problemática determinada. Cuando se toma una decisión crucial, el uso de los principios puede ser sumamente complejo: no es lo mismo interrumpir un embarazo simplemente porque se quiere hacer, porque los adultos no quieren hacerse responsables de sus actos, que cuando se hace presente un escenario complejo que supone la vida de la madre y del bebé. Otro caso: ¿bajo qué principios se puede decidir la preferencia entre dos personas cuando los recursos médicos son escasos, digamos, los órganos de un donante? ¿Es lícito retirar los aparatos para un paciente con muerte cerebral?

Por esta razón, en los últimos tiempos, los estudiosos de la argumentación han trabajado para que se brinde un mayor reconocimiento a la complejidad del razonamiento jurídico, y por tanto, al Derecho jurisdiccional. La casuística vuelve, entonces, a ocupar la atención de los investigadores en argumentación. Se hace énfasis en la analogía, en la opinión de las distintas autoridades del campo, etc.



“El desarrollo de la casuística contemporánea muestra la necesidad de evaluar los casos mismos en términos de las características peculiares de estos. La casuística en el sentido moderno es un ejercicio de ética aplicada, y en tal sentido, no deja de tener relevancia para la ciencia jurídica debido a que el constitucionalismo moderno muestra una afinidad entre moral y Derecho”⁸⁶.

En ese sentido, dicho desarrollo pone de relieve la importancia de la equidad como modo de aproximación a la complejidad de la decisión jurisdiccional. En este esfuerzo se critica la tendencia a considerar los principios como guías absolutos para la resolución de casos difíciles. En casos como estos se debe poner atención a la conciencia del juzgador, el cual puede encontrar la decisión correcta en medio de la gran complejidad de las circunstancias. Desde luego, este proceso lleva la introducción de perspectivas subjetivas. Sin embargo, la posición singular del sujeto que juzga es prácticamente ineludible.

En resumen, debe efectuarse un retorno, siempre precavido, a la casuística. Los juzgadores deben aprender los criterios desarrollados por esta. No se trata de desterrar los textos escritos de la práctica del Derecho; significa tan solo que el operador jurídico debe estar preparado para afrontar las complejidades propias de los conflictos que se someten a su criterio. No está demás, en este caso, recobrar la experiencia de la casuística.

⁸⁶*Ibidem*. Pp. 24.



3. ¿PARA QUÉ SIRVEN LOS CÓDIGOS?

A pesar del desarrollo del razonamiento jurídico en equidad, no debe tratarse la ley escrita sin mayor consideración. ¿Cómo podríamos vivir en un mundo en el cual no existiese ninguna regulación clara, que nos informe de los resultados inmediatos de nuestras acciones? “El principio de legalidad sigue teniendo una importancia fundamental, porque sigue siendo un elemento que garantiza el nivel de estabilidad social que permite que los individuos puedan organizar y llevar a cabo sus planes de vida”⁸⁷.

4. PRINCIPIOS DE PLENITUD HERMÉTICA DEL ORDEN JURÍDICO Y NORMA DE CLAUSURA

Cabe entonces mencionar el principio de plenitud hermética del orden jurídico: parafraseando este es un principio que busca resolver el problema de la integración del Derecho, esto como una función exclusiva del juez; y contenido en la legislación guatemalteca en la Ley del Organismo Judicial “Artículo 15. De la obligación de

⁸⁷ Ruíz, Juan. PRINCIPIOS JURÍDICOS. Editorial Trotta. Madrid. 2000. Pp. 172.



resolver. Los jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de justicia, sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso, ejercite su Iniciativa de ley”.

Los códigos modernos no tienen por qué asumir el *carácter de plenitud racional* que adoptaron tales instrumentos en el tiempo de Napoleón. Debe tomarse en cuenta, como lo hace Alfonso Ruiz Miguel, que “el ideal de la codificación se establece en el tiempo en el cual se consolidan las naciones europeas”⁸⁸. Este autor recuerda que el mismo Bodino, primer teórico de la soberanía, consideraba que “el atributo fundamental del soberano era la promulgación de la ley”⁸⁹.

“En nuestros tiempos, los códigos se pueden convertir en simples guías de actividad de personas o empresas que necesitan saber a qué atenerse a la hora de planificar sus actividades de manera racional. Pueden ser concebidos como intentos de racionalizar la vida de la sociedad; pero esto no significa que tengan la última y definitiva palabra”⁹⁰.

⁸⁸ Ruiz Miguel, Alfonso. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN MODELOS HISTÓRICOS: DE LA ANTIGÜEDAD A LOS INICIOS DEL CONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta. Madrid. 2009. Pp. 270.

⁸⁹ *Ibidem*. Pp. 271.

⁹⁰ Atienza, M. & Ruiz Manero, J. LAS PIEZAS DEL DERECHO. Editorial Ariel. Barcelona. 1996. Pp. 289.



Uno de los campos en los que la necesidad de los códigos es evidente es el comercio internacional. En muchos casos se acude a procesos de arbitraje, debería empezar a configurarse códigos que especificaran las normas más importantes del campo. En particular, deben buscarse normativas claras y definidas para poder tratar los problemas del cambio climático, un tema que cada vez gana mayor importancia. Esta normativa sería de buen uso para los Estados debido a que en el comercio exterior se puede afectar el bienestar de los Estados.

En resumen, el Estado constitucional de derecho exige un acercamiento flexible. La casuística y los códigos, aunque opuestos, pueden ser complementarios. De lo que se trata es de lograr una aproximación rica a la práctica compleja del nuevo paradigma constitucional. Para el efecto, no debe desperdiciarse ningún área de la experiencia jurídica, en virtud de que la experiencia humana se va profundizando a lo largo de la historia.

En todo caso, desde nuestro punto de vista, los códigos ya no cumplen la misma función que en anteriores estadios del Derecho. Por ejemplo, el Derecho constitucional moderno se aleja del ideal racional encarnado en el Código Napoleónico. De este modo, en el Derecho constitucional moderno pierde su relevancia, al menos en parte, la doctrina de la plenitud del Derecho. Ante los casos difíciles, como se ha visto, es necesario acudir a los principios generales del Derecho.



Asimismo, cabe mencionar el *principio o norma de clausura*, expresión empleada por el filósofo austriaco Hans Kelsen en la obra *Teoría pura del Derecho* sostiene que “todo lo que no está prohibido está permitido”, o en la legislación guatemalteca en la Constitución Política de la República de Guatemala, *artículo 5 “Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe...”* concatenado con el “*Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración...*” o en la Gaceta No. 1, expediente No. 12-86, página No.9, sentencia: 17-09-86, indica “*El principio postula que solamente la ley es fuente formal de Derecho penal, por lo que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado*”. O bien denominado “principio de legalidad”.

No se puede sostener de manera tan clara dicho principio, debido a que los valores constitucionales se viven en la conciencia ciudadana, y, por lo tanto, se debe atender a los valores, los cuales son: compromisos morales adoptados y respetados por la ciudadanía. El Estado constitucional moderno se basa sobre pactos políticos basados en valores. Precisamente, respetar la ley es un valor, y como tal, esta es una actitud que merece ser seguida con el objetivo de realizar la seguridad jurídica. Se debe aceptar, por lo tanto, que la práctica jurídica se debe auxiliar de disposiciones concretas del Derecho, por ejemplo, leyes, para ir realizando los valores constitucionales.



5. LAS CRÍTICAS DE JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Uno de los pensadores que más se ha distinguido por criticar de manera profunda las interpretaciones del Derecho en claves de la moral es el profesor de la Universidad de León, España, Juan Antonio García Amado. Las críticas de este jurista se ubican dentro de una posición positivista bastante sofisticada, pero bastante estricta, que toma en cuenta los alcances de la actual teoría jurídica. En la defensa de sus ideas, García Amado ha criticado las ideas de grandes pensadores como Alexy y Zagrebelsky, e incluso ha polemizado con Manuel Atienza y Andrés Ollero.

5.1. LA CRÍTICA DE GARCÍA AMADO A ROBERT ALEXY

En su libro *Iusmoralismo(s)*, García Amado critica la teoría de la doble naturaleza del Derecho de Alexy aduciendo que “el juez posee una pauta de corrección jurídica y... otra pauta, *distinta*, de corrección moral, que no hay que mezclar”⁹¹.

García Amado critica, en esta dirección, la conexión necesaria entre Derecho y moral que establece Alexy. Como se sabe, Alexy piensa que el Derecho avanza una pretensión de corrección moral.

⁹¹ García Amado, Juan. *IUSMORALISMO(S)*. Cevallos Editora Jurídica. Ecuador. 2015. Pp. 159.



García Amado desconfía profundamente de la ponderación que él *asigna a* *sopesar* no a *pesar*. Para este autor, la actividad de pesar supone un instrumento capaz de dar una medida objetiva: este objeto pesa más que el otro en tantas libras, etc. Pero sopesar implica una actividad que depende de lo que se siente, de lo que le parece al que se ocupa de esta actividad; está penetrada totalmente por las impresiones subjetivas del que está ponderando.

La crítica más sólida de García Amado se refiere al hecho de que en la ponderación, de hecho, el carácter es fundamental de los derechos. Este autor pone como ejemplo una discusión en que los interlocutores discuten, en términos de ponderación, acerca de la legitimidad de la tortura contra un terrorista que sabe acerca de la ubicación de un artefacto explosivo que causará la muerte de muchas personas. García Amado muestra cómo, al final, todo se reduce a la diferente perspectiva de los contendientes. En la evaluación de este diálogo imaginario, García Amado muestra, sin embargo, “la profunda contradicción de que no existan derechos fundamentales, dado que *todos son derrotables* por consideraciones relativas a las circunstancias”⁹².

En efecto, nada impide que diferentes creencias se usen para justificar las más distintas soluciones. Un juez muy religioso, por ejemplo, puede sentirse obligado, en conciencia, a actuar de determinada manera porque piensa legítimamente que debe

⁹² García Amado, Juan Antonio. SOBRE PONDERACIONES. DEBATIENDO CON MANUEL ATIENZA. En Atienza, Manuel & García Amado, Juan Antonio. UN DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN Palestra Editores. Lima. 2012. Pp. 98.



siempre imponerse la esencia de la justicia divina. En casos que suponen un conflicto, por ejemplo, este juez, previsiblemente, llegará a conclusiones distintas a las que emitiría un juzgador que se considere a sí mismo un libre pensador. En todo caso, este juez puede aducir que está actuando y decidiendo en conciencia.

La subjetividad de las decisiones puede servir para organizar estrategias de litigios. Como se sabe, los abogados litigantes llegan a conocer a los jueces: sus creencias, su carácter, su familia, etc. Un litigante puede inventar pretextos para recusar a un juez que no se acomoda a sus expectativas o intereses. En los últimos tiempos, con la judicialización de la política y la politización de la justicia, este fenómeno se ha hecho evidente en Guatemala.

Jürgen Habermas también está en contra de la ponderación. Su argumento se parece mucho al de García Amado. En las palabras del mismo Alexy: “La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales. Él opina que por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la ‘primacía estricta’ que debería ser característica de los ‘puntos de vista normativos’”⁹³.

⁹³ Alexy, Robert. DERECHOS FUNDAMENTALES, RACIONALIDAD Y PONDERACIÓN. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. No. 11. México. Enero-junio 2009. Pp. 6.



En efecto, si todos los derechos son potencialmente derrotables en un contexto constitucional, entonces no tiene mucho sentido hablar de derechos fundamentales. Hay manera de asegurar la racionalidad en la elección de los principios. La segunda objeción apunta a un área no identificada por García Amado. Otra vez en las palabras de Alexy: “La segunda objeción se trata de un problema conceptual. Habermas afirma que, con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales (Vorstellung) como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad”⁹⁴.

El hecho de que exista ponderación no significa que no haya derechos fundamentales. Simplemente, estos se encuentran en posiciones diferentes dependiendo del caso en cuestión. Los derechos siguen siendo importantes, y en un caso especial, simplemente se sopesan. Siempre hay un grado de subjetividad, pero no se puede evitar que la práctica del derecho siempre esté limitada por las condiciones en las que se encuentran los seres humanos. Simplemente, la perfección moral, el conocimiento absoluto, la certeza del derecho, son ideales y no realidades que se consiguen más allá de toda duda. La misma exigencia de motivación de las sentencias puede ayudar a que se elimine, en la medida de lo posible, la subjetividad, y especialmente, cualquier atisbo de arbitrariedad.

⁹⁴ *Ibidem*. Pp. 7.

5.2 LA CRÍTICA A LAS IDEAS DE GUSTAVO ZAGREBELSKY



Zagrebelsky ha desarrollado una obra en la que se evidencia un cambio radical del modelo legislativo del Estado al modelo constitucional. García Amado empieza su crítica a Zagrebelsky señalando la distancia que media entre sus ideas y la realidad, y también la dificultad para implementar sus puntos de vista. En estos términos: “Que Zagrebelsky quiera un modelo nuevo y distinto de práctica constitucional, con mayor protagonismo de jueces, mayor presencia de la equidad y el casuismo frente a la fría abstracción y generalidad de los derechos, me parece perfectamente legítimo. El problema está en ver hasta qué punto consigue proponer un modelo más coherente que ese positivista que rechaza (y que el iusnaturalista que también parece rechazar) y en qué medida son sólidas las premisas sobre las que construye sus razonamientos”⁹⁵.

Según la opinión de García Amado, Zagrebelsky cae en subjetivismo. Citamos de manera extensiva: “Resulta, pues, que la justicia del caso puede prevalecer sobre el tenor de la ley. Aquí Zagrebelsky mezcla planteamientos que conviene distinguir. Hace hincapié en que la voluntad de la ley generalmente no es unívoca y que los distintos métodos interpretativos pueden llevar a otorgar a la ley sentidos diferentes. Esto como constatación de hecho es difícilmente discutible. Pero se imponen dos precisiones. Por un lado, lo que da sentido a una metodología jurídica normativa y no

⁹⁵ García Amado, Juan Antonio. ¿DUCTILIDAD DEL DERECHO O EXALTACIÓN DEL JUEZ? DEFENSA DE LA LEY FRENTE A (OTROS) VALORES Y PRINCIPIOS. Anuario de Filosofía del Derecho. No. XIII. Madrid. 1996. Pp. 66.



meramente descriptiva es el intento de proporcionar criterios o pautas para el manejo de los distintos métodos interpretativos no sea puro subterfugio encubierto de la subjetividad del que decide, sino procedimiento que sirva para la averiguación del mejor sentido de la ley en el marco del problema de que se trate. Si sobre tal posibilidad se impone el escepticismo, lo único que cabe es hacer de la metodología disciplina puramente descriptiva de los recursos de los que quien decide se vale para encubrir bajo ropaje legal sus verdaderos motivos”⁹⁶.

Los argumentos de Zagrebelsky muestran los innegables problemas que afectan a la ley, pero esto no quiere decir que los jueces y los ciudadanos no necesiten de la ley. Desde luego, la ciudadanía necesita de la ley escrita, pero esto no quiere decir que, bajo el influjo de los principios constitucionales, no se haga evidente las insuficiencias de esta. Que haya algo que se llama ley, es una cosa, que esta sea difícil de aplicar, es otra.

En este sentido, por lo tanto, no se puede eliminar a la ley, pero esto no hace innecesaria la crítica de las leyes bajo el ordenamiento supralegal de la Constitución. ¿Qué pasaría si de repente los legisladores y las autoridades en general reconocieran que la ley es injusta? ¿Se puede estar seguro que los destinatarios del Derecho seguirían actuando bajo esta sin mayor problema?

⁹⁶ *Ibidem*. Pp. 74.

6. LA CONCIENCIA DEL JUEZ



Todos los temas en una disciplina tan compleja como el Derecho están interrelacionados. La respuesta en un campo lleva directamente a otra respuesta en un campo distinto. En este caso, “cuando existe una relación cercana entre Derecho y moral, como en el caso del Estado constitucional de derecho, la conciencia integral del juzgador juega un papel fundamental. Sería inhumano exigir del juzgador que se alejara de su conciencia, aunque es claro que este debe tener conciencia de que es un funcionario que se ubica en una sociedad en la que existen personas con distintas visiones de vida”. Por lo tanto, el juez debe tener una visión moral más alta, quizás con un grado mayor de tolerancia, sin que esto signifique un peligroso relativismo”⁹⁷.

Actualizar el tema de los juzgadores implica traer a colación ciertos requerimientos de la vida profesional de las personas que trabajan en el campo respectivo. De esa manera se puede asegurar que la conciencia del juez pueda alcanzar su razón de ser dentro de su campo.

En primer lugar, debe insistirse en el importante régimen de la independencia judicial. “El juez debe recibir la promesa efectiva de que no existen factores externos

⁹⁷ Navarro, P. & Redondo, M. C. (eds.). LA RELEVANCIA DEL DERECHO. ENSAYOS DE FILOSOFÍA JURÍDICA. MORAL Y POLÍTICA. Editorial Gedisa. Barcelona. 2002. Pp. 162.



que incidan en sus decisiones: por ejemplo, su posición debe estar asegurada para el despido caprichoso, a través de una adecuada carrera judicial”⁹⁸.

Asimismo, las oportunidades de superación profesional no deben estar sujetas a procesos arbitrarios; es importante que, cuando sea necesario, el juzgador pueda recibir seguridad frente a posibles represalias, etc. En una sociedad como la nuestra, la profesión del juez es una de las ocupaciones más peligrosas.

En segundo lugar, la ciudadanía debe empezar a respetar el trabajo de los jueces; desde hace tiempo, se ha visto cómo los jueces han venido a ser personajes mediáticos que son admirados o vituperados en las redes sociales, según se acomoden o rechacen ciertos puntos de vista cuando adopta sus decisiones. Este fenómeno afecta la función judicial en virtud de que los jueces pueden calcular el rechazo que pueden despertar sus decisiones. Tampoco se puede negar que hay jueces que gustan de la atención de la sociedad.

En tercer lugar, debe también fomentarse una preparación integral para los jueces, en virtud de la importancia de la función de estos en el Estado constitucional de derecho. Se trata no solo de fomentar su preparación académica, sino también de

⁹⁸ Holmes, Oliver Wendell. LOS VOTOS DISCREPANTES DEL JUEZ. Editorial Iustel. Madrid. 2010. Pp. 93.



evaluar su inteligencia moral, especialmente en un tiempo en el cual se reconocen diferentes tipos de inteligencia.

“Especial importancia posee la formación social y política del juez, debido a que este debe estar consciente de las situaciones reales en las que vive la mayor parte de la población. La economía también debe ser conocida, en sus aspectos generales, por el buen juzgador. De este modo, hay que tomar en cuenta la posición social de los que acuden a los tribunales, sus creencias culturales, su preparación profesional, etc., dado que estos son factores que inciden en los conflictos de una sociedad”⁹⁹.

Desde luego, esto no significa una opción por la arbitrariedad que lleva a la inseguridad jurídica; en esencia, solo se trata de insistir en la moderación de la ley aplicada al caso concreto.

7. LA JUSTICIA COMO EQUIDAD

La equidad sigue siendo uno de los valores fundamentales del Derecho. Esto se puede ilustrar con el hecho de que una de las teorías políticas más influyentes es la teoría de la justicia como equidad, planteamiento que se debe al pensador político John

⁹⁹ Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHO, JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 1999. Pp. 119.



Rawls. Aunque esta doctrina ha sido formulada en el campo de la filosofía política, su popularidad y rigurosidad nos ayuda a darle a la equidad el papel que merece, puesto que el Derecho siempre está conectado con la política.

Por otro lado, se debe mencionar que los planteamientos de esta doctrina son de corte liberal, lo cual implica que la democracia liberal a la que aspira nuestro país, asume el valor de la equidad de una manera profunda. En el resumen de algunas de las ideas esenciales de Rawls, el filósofo colombiano Nelson Cuchumbé escribe: “La justicia como equidad asume al conjunto de instituciones como objeto principal de la justicia política, ya que los efectos producidos por estas instituciones se reflejan de manera dominante y presente desde el comienzo de la vida sobre los objetivos, las aspiraciones, el carácter, las oportunidades y la capacidad de aprovechamiento de todos los ciudadanos. Es decir, las instituciones aparecen como el soporte básico que permite: la coacción social, la libertad de conciencia, y la igualdad de oportunidades en los ciudadanos. Además, permiten instalar de modo legítimo la igualdad entre hombres y mujeres ante situaciones referidas al trabajo en la sociedad, en la preservación de la cultura y en la reproducción de la especie”¹⁰⁰.

Se puede decir que el desarrollo de la equidad como virtud jurídica es más claro en una sociedad que, como un todo, organiza sus relaciones de manera equitativa. Lo importante es lograr que las virtudes de la democracia liberal, a nuestro juicio la mejor forma de organización política, puedan llegar a todos los sectores de la población.

¹⁰⁰Cuchumbé, Nelson. JOHN RAWLS: LA JUSTICIA COMO EQUIDAD. *Criterio jurídico*. No. 3. Bogotá 2003. Pp. 229-230.



“La justicia, la libertad, cierto nivel de igualdad básica, etc., son requerimientos que deben ser brindados a todas las personas, propósitos que solo se actúa de manera equitativa, dando más a quien más necesita, aplicando las reglas de manera comprensiva, y así sucesivamente”¹⁰¹.

8. CRÍTICA A LA FUNCIÓN DE LA EQUIDAD EN EL DERECHO

“El Derecho como institución social dedicada a servir varios fines humanos debe evaluarse en función de una visión equilibrada en que estos puedan ser realizados de manera conjunta. Es cierto que el Derecho es una institución cuyo fin último es la justicia; pero no es menos cierto que las personas se deciden a vivir bajo un régimen de Derecho porque en este se realiza la necesidad humana de vivir un orden que garantice un nivel mínimo de seguridad”¹⁰². Como lo manifiesta Joseph Raz, el Derecho es el sistema normativo que se caracteriza por el mayor nivel de autoridad.

El Derecho, en cuanto método de organización de la vida social, se plantea en el terreno de la generalidad; es virtualmente imposible dictar una norma para cada

¹⁰¹Rubio Llorente, F. PRÓLOGO A DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. Editorial Dykinson. Madrid. 1998. Pp. 111.

¹⁰²García Figueroa, A. RACIONALIDAD Y DERECHO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006. Pp. 49.



necesidad, para cada caso en particular. Por su parte, el caso concreto implica una serie complicada de problemas que es necesario considerar con la extensión que merecen. Esta observación hace ver que debe cumplirse con el objetivo que trata de realizar la generalidad, de una manera tal que la atención al caso concreto no desaparezca. ¿Cómo puede encontrarse una solución a esta tensión entre generalidad y concretización?

La ley es necesaria para que las personas encuentren un marco estable de vida; la equidad es necesaria para que se logre la aplicación correcta del Derecho. Hasta la persona más rígida puede comprender que el Derecho tiene muchas excepciones y que poner atención a ellas no disminuye para nada la validez y vigencia del Derecho.

En este sentido, es de notar que la evaluación del caso concreto debe llevarse a cabo en función de la norma y las normas deben entenderse en función de los hechos a los que estos se aplican. Si no hubiese posibilidad de regular la conducta con normas generales, entonces la misma idea de ley va perdiendo su razón de ser. Nadie sabría, en realidad, los límites reales que implica su acción; el agente no podría determinar con un nivel adecuado de exactitud cuáles son los límites que los derechos de los otros imponen a su propio actuar.



“Sin un respeto adecuado por el principio de legalidad, una de las grandes conquistas de la humanidad, se podría abusar de la equidad, la casuística y la ponderación para ignorar directivas legales perfectamente racionales y legítimas”¹⁰³.

No se debe olvidar, en este sentido, que las sociedades modernas se rigen por sistemas políticos que contemplan la división de poderes. Un Poder Judicial que ignora las normas legislativas transgrede su función de una manera obvia, y pone en riesgo la misma gobernabilidad. La división de poderes sigue siendo necesaria, porque la acumulación de poder es uno de los grandes peligros de la sociedad humana.

“Las garantías jurídicas, por ejemplo, son un instrumento que protege derechos que no cabe desdeñar de manera directa. Debe tomarse en cuenta de que en un proceso judicial no solo importa la verdad de los hechos, sino también las garantías, el proceso mismo, esto es, los factores que inciden en la salud del Derecho mismo”¹⁰⁴.

Este es uno de los aspectos que menos comprenden las personas que se acercan al Derecho sin comprender su naturaleza y su función. Lamentablemente, los jueces que cumplen con su deber son muchas veces víctima de este tipo de

¹⁰³Garzón Valdés, Ernesto. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Pp. 152.

¹⁰⁴Ibañez, Perfecto Andrés. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Palestra Editores. Lima. 2007. Pp. 85.



incomprensión, que a menudo crece a partir del irresponsable papel de los medios de comunicación en los procesos judiciales importantes.

Pero también no debe olvidarse que la ley escrita tiene sus aspectos negativos, los que suelen hacerse evidentes. El Derecho escrito necesita interpretación y, en ese sentido, también puede llegarse a soluciones que varían de juez a juez. Como consideración de sentido común, no se puede olvidar que la ley escrita a menudo ha sido generada en procesos políticos que son cuestionables desde diversos puntos de vista; la necesidad de los acuerdos políticos puede desembocar en texto de compromiso, en leyes negociadas.

En este sentido, no se debe soslayar las observaciones de Zagrebelsky relativas a la irreductible pluralidad en las sociedades contemporáneas. Estos aspectos son aún más notables cuando, como en el caso de nuestro país, se están dando movimientos de reforma jurídica que propugnan el reconocimiento de la pluralidad jurídica, especialmente la que proviene de los pueblos indígenas, los cuales aspiran a un acceso más pleno a la justicia.

Este problema se puede resolver reconociendo cuando es necesario traer a consideración la misma equidad. Esta virtud no implica desestimar la ley debidamente promulgada, mucho menos los principios. Se trata únicamente de reconocer la complejidad de las circunstancias, papel que debe ser reconocido a un juez, que dada



la importancia de la tarea adscrita, debe no solo gozar de una independencia también de una preparación que le haga evaluar la esencia de los asuntos que presentan a su consideración.

No se pueden ignorar los peligros que trae la absoluta fidelidad a la ley. En ese sentido, Montaigne manifiesta que “las leyes se mantienen vigentes no porque sean justas, sino porque son leyes”¹⁰⁵. La ley suele subordinarse al poder social y económico; y como se ha visto, es mucho más estricta cuando se trata de los sectores más vulnerables. Este fenómeno suele expresarse en refranes como *la ley es como la serpiente, solo muerde al descalzo* o *la ley es como la red del pescador, solo atrapa a los peces chicos*.

Se ha dicho también que *la ley es demasiado ligera cuando se trata de castigar a los poderosos*. La situación, desde luego, está cambiando. Por ejemplo, los crímenes de violencia contra la mujer cada vez son castigados con mayor severidad. En general, esto ha ayudado a que la mujer tenga una situación menos vulnerable, aun cuando hay todavía mucho que hacer. Iguales observaciones pueden hacerse respecto al racismo; en nuestro país, existen ejemplos de condenas por actos de racismo y discriminación.

¹⁰⁵ Montaigne citado por Zagrebelsky, Gustavo. LA LEY Y SU JUSTICIA: TRES CAPÍTULOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 2014. Pp. 25.



Tampoco hay que olvidar que la ley no siempre ha sido reducida al Derecho escrito (al menos desde el tiempo del sumerio Hammurabi y el tiempo de las XII Tablas del Derecho romano), pero esto no obsta para que reconocer que el Derecho siempre ha sido mucho más amplio que la ley. Se puede pensar la experiencia del *commonlaw*, el cual toma como punto de referencia al precedente, estrategia que no precisa de las reglas escritas, y que, sin embargo, ha contribuido a la idea de un régimen de derecho.

En la Edad Media existió un notable pluralismo jurídico, al igual que existe en la globalización actual, cuando las políticas económicas, por ejemplo, deben guiarse no solo por las leyes del país, sino también por los tratados de libre comercio, las disposiciones de organismos internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y la Organización Mundial del Comercio, etc.

En este sentido, siempre es necesario el Derecho debidamente promulgado y escrito, al menos porque este brinda un apoyo fuerte a la seguridad jurídica, uno de los valores fundamentales del Derecho. Cabe reconocer que no se trata de ignorar los grandes logros del Derecho debidamente promulgado; de lo que se trata es de responder a los grandes desafíos que plantea la práctica del Derecho constitucional en una época como la presente, la cual se caracteriza por un proyecto de reconocimiento profundo de los derechos humanos. Esta situación, desde luego, se complica por el



reconocimiento progresivo de la pluralidad y la diversidad cultural, un aspecto ~~importante~~ en países como Guatemala.

Si el Derecho necesita los principios, entonces es inevitable que haya cierta presencia de subjetividad. En toda sociedad siempre se verifica el dominio de ciertas perspectivas; la estructura política, por ejemplo, no puede satisfacer las expectativas de todos los miembros de la sociedad. Sin embargo, debe notarse que subjetividad no equivale a arbitrariedad. La naturaleza argumentativa del Derecho exige posturas justificables de manera exhaustiva, lo cual no puede cumplir una posición sumamente arbitraria. Si, por ejemplo, un juez introduce sus perspectivas religiosas en la resolución de un caso, estas serán visibles para los que se ven afectados por esta; entonces, presentarán sus apelaciones a otras instancias jurídicas, a fin de que la situación sea corregida. De este modo, y aunque el juicio se prolongue en el tiempo, es posible que se alcancen soluciones que se adecuen al espíritu de la ley.

Aun las personas más sabias pueden llegar a soluciones distintas al mismo caso; lo prueba el mismo hecho de que en una disciplina tan respetable como la filosofía encuentra soluciones tan diferentes al mismo problema. En este sentido, “las dificultades que implica la posible subjetividad de las respuestas no autoriza a pedir que se abandone la idea de los valores o el ideal de la moralidad. El Derecho se puede encontrar frente a muchas dificultades interpretativas, pero es de esperar que la



experiencia de los casos, logre que las decisiones inválidas vayan siendo cada vez más escasas en el Estado constitucional de derecho”¹⁰⁶.

La equidad es una dimensión indisoluble de la práctica del Derecho, no solo del Derecho tradicional, sino con mayor razón del Derecho constitucional moderno, en el cual, siguiendo a Zagrebelsky, no solo se aceptan los valores, sino que se tiende a reconocer el pluralismo axiológico. Comprende este aspecto es benéfico para un país como el nuestro, el cual se caracteriza por diferencias culturales, las cuales a veces son ahondadas por discursos que magnifican las diferencias, sin buscar las similitudes.

Los ideales liberales de nuestro tiempo asumen el valor de la equidad; no se trata de tomar una posición radical de izquierda para reconocer que una sociedad como la guatemalteca necesita cierto nivel de equidad en su aproximación jurisdiccional a la conflictividad social, especialmente la de raíz económica. El sistema liberal tiene aspectos positivos que aún no han sido desarrollados en nuestro país.

Corresponde, ahora, plantear la pregunta respecto a la forma en que se puede ejercer la equidad por parte de los jueces: con qué características, limitaciones, etc.,

¹⁰⁶Betti, Emilio. INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975. Pp. 90.



debe reconocerse el contexto en el cual se desarrolla la defensa por la equidad y una actitud más comprensiva hacia la misma casuística.

En el contexto de la práctica jurídica en nuestro país, es necesario, sobre todo, despejar el problema de la simple prevaricación, dado que no se puede abandonar sin más el paradigma legalista que, como se ha visto, también tiene su utilidad y razón de ser. Por otro lado, no se puede pedir que el juzgador atienda al sentido más profundo del Derecho, si esta actividad puede llevarlo a problemas. En ese sentido, también debe examinarse la dificultad que plantea los fuertes antecedentes del positivismo legalista en Guatemala. Si se va a resolver el problema de la poca independencia de los jueces, también debe brindarse atención a esos aspectos negativos que limitan la cultura jurídica del país. El juzgador es un ser humano que interactúa con otros colegas y personas interesadas; la presión de las creencias generales puede llevarlo a no arriesgarse a plantear los cambios que exige el Estado constitucional de derecho.

Desde nuestro punto de vista, y dadas las complicadas circunstancias del modelo constitucional en Guatemala, es recomendable el uso de la equidad. Sin embargo, esta debe regularse en la medida de lo posible, para aumentar la seguridad jurídica en una sociedad que ha carecido de ella por mucho tiempo. En ese sentido, no está de más reconocerla taxativamente en los códigos que guían la labor del juez en este país. Este recurso podría incrementar la confianza en un país que, como el nuestro, necesita urgentemente de inversión para generar empleo; el dinero, sin embargo, no fluye para un país ingobernable y con poca seguridad y certeza jurídicas.



La equidad, por tanto, no debe ser motivo para la arbitrariedad. Se debe, sin embargo, lograr la tutela judicial efectiva de los sectores más vulnerables.

El Derecho necesita de la equidad como adecuación al caso concreto. La vida jurídica es una parte importante de la vivencia humana, y como tal, no debe concebirse al margen de las necesidades que plantea la existencia concreta de cada miembro del género humano. Si el Derecho va a ser más que un sistema impuesto, debe reconocer las exigencias concretas que plantea la siempre conflictiva vida en común.

CONCLUSIONES



1. En Guatemala, para la aplicación concreta de la equidad y axiología jurídica, se pueden citar los artículos 10, y 51 de la Ley del Organismo Judicial y en el contenido de varios principios de la Constitución Política de la República, que permiten su incorporación en las resoluciones judiciales en forma indirecta, En algunas materias en particular (Código Civil, Código de Trabajo) se encuentra regulada la equidad en forma taxativa, lo cual no impide su aplicación. Por tanto, se considera que se ha verificado de manera teórica, la hipótesis formulada en el diseño de la investigación.
2. Dadas las circunstancias del modelo constitucional, en Guatemala es recomendable el uso de la equidad y la axiología. En ese sentido, no está de más reconocerla taxativamente en los códigos que guían la labor de los jueces y con ello incrementar confianza y generar certeza y seguridad jurídicas.
3. La solución de casos judiciales en general y de algunos difíciles o de profunda complejidad en particular, hace necesaria la referencia a criterios axiológicos por parte de los jueces y tribunales, ya que no se puede soslayar las circunstancias particulares sin incurrir en notorias injusticias.



4. La equidad como institución ético-jurídica de notoria raigambre axiológica, permite a los intérpretes, jueces y a los funcionarios involucrados en el sector justicia, adecuar la aplicación de las consecuencias normativas a situaciones concretas y complejas; atendiendo a criterios que promuevan la proporcionalidad de las decisiones, en observancia a principios fundamentales como el principio pro-persona, no discriminación y la tutela judicial efectiva, para no incurrir en aplicaciones inicuas de la ley.

5. La equidad como método de integración de la ley, puede ser una forma de disminuir los efectos de la generalidad de las leyes; en virtud de que el legislador regula particularmente, los casos más frecuentes, sin tener en cuenta que con el tiempo y con su aplicación van surgiendo los casos concretos que no pueden subsumirse en los ya regulados.

6. La función axiológica del Derecho y principalmente de las Constituciones, pueden tener como método de concretización de sus principios la equidad, a la que se ha dado en llamar *la justicia del caso concreto*.

BIBLIOGRAFÍA



Alexy, Robert. DERECHOS FUNDAMENTALES, RACIONALIDAD Y PONDERACIÓN. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. No. 11. Enero-junio 2009.

Alexy, Robert. LOS PRINCIPALES ELEMENTOS DE MI FILOSOFÍA DEL DERECHO. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 32. 2009.

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. LAS PIEZAS DEL DERECHO. Editorial Ariel. Barcelona. 1996.

Atienza, Manuel. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: DE NUEVO SOBRE LOS CASOS TRÁGICOS. Isonomía. No. 6. 1997.

Bailón Baldominos, Rosalío, DERECHO PROCESAL PENAL A TRAVÉS DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS. Editorial Jurisprudencial Limusa C. México. 2002.

Barberis, Mauro. EL NEOCONSTITUCIONALISMO. *THIRD THEORY OF LAW*. En: Pozzolo, Sussana. (Editora). NEOCONSTITUCIONALISMO, DERECHO Y DERECHOS. Palestra Editores. Lima. 2011.

Betti, Emilio. INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y DE LOS ACTOS JURÍDICOS. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975.



Bourdieu, Pierre. PODER, DERECHO Y CLASES SOCIALES. Segunda edición. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao. 2001.

Cárdenas Gracia, Jaime. LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO. UNAM. MÉXICO. 2010.

Colmenares, Francisco José. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA HISTORIA. Editorial Tecnos. Madrid. 2014.

Copete Lizarralde, Álvaro. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Ediciones Lerner. Bogotá. 1960.

Cruz, L. M. LA CONSTITUCIÓN COMO ORDEN DE VALORES. PROBLEMAS JURÍDICOS Y POLÍTICOS. UN ESTUDIOS SOBRE LOS ORÍGENES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Comares. España. 2005.

Cuchumbé, Nelson. JOHN RAWLS: LA JUSTICIA COMO EQUIDAD. *Criterio jurídico*. No. 3. 2003.

De Páramo, J. R. RAZONAMIENTO JURÍDICO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 22. España.

Del Rosario Rodríguez, Marcos (coordinador). SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2009.

Díaz, Elias. ESTADO DE DERECHO Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. Editorial Taurus. Madrid. 2010.



Dworkin, Ronald. LIBERALISMO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA. Editorial La Isla de La Luna. Buenos Aires. 2003.

Falcón y Tella, María José. LA *EQUITY* ANGLOAMERICANA. *Foro Nueva época*. No. 1. 2005.

Ferrajoli, Luigi & Ruiz Manero, Juan. DOS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO: UNA CONVERSACIÓN. Editorial Trotta. Madrid. 2012.

Fioravanti, Mauricio. CONSTITUCIONALISMO: EXPERIENCIAS HISTÓRICAS Y TENDENCIAS ACTUALES. Traducción de: Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. 2014.

García Amado, Juan Antonio. ¿DUCTILIDAD DEL DERECHO O EXALTACIÓN DEL JUEZ? DEFENSA DE LA LEY FRENTE A (OTROS) VALORES Y PRINCIPIOS. *Anuario de Filosofía del Derecho*. No. XIII. 1996.

García Amado, Juan Antonio. IUSMORALISMO(S). Cevallos Editora Jurídica. Ecuador. 2015.

García Amado, Juan Antonio. RAZONAMIENTO JURÍDICO Y ARGUMENTACIÓN: NOCIONES INTRODUCTORIAS. Eolas Ediciones. España. 2013.



García Amado, Juan Antonio. SOBRE PONDERACIONES. DEBATIENDO CON MANUEL ATIENZA. En Atienza, Manuel & García Amado, Juan Antonio. DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN Palestra Editores. Lima. 2012.

García Figueroa, A. RACIONALIDAD Y DERECHO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006.

García Figueroa, A. RACIONALIDAD Y DERECHO. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2006.

García Figueroa, Alfonso. INJUSTICIA EXTREMA Y VALIDEZ DEL DERECHO. VARIACIONES SOBRE UN TEMA DE RADBRUCH. En Blanco, Pedro Luis (editor). LA JUSTICIA ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 2013.

García Máynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México 2002.

García Villegas, Mauricio. SOCIOLOGÍA Y CRÍTICA DEL DERECHO. Editorial Fontamara. México. 2010.

Garzón Valdés, Ernesto. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.

González Álvarez, Roberto. CONSTITUCIÓN, LEY Y PROCESO. Ara Editores. Perú. 2013.



Guastini, Riccardo. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL CASO ITALIANO. En: Miguel Carbonell NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Editorial Trotta. 2006.

H. Bix, Brian. FILOSOFÍA DEL DERECHO: UBICACIÓN DE LOS PROBLEMAS EN SU CONTEXTO. Traducción de Iber M. Flores, Rodrigo Ortiz y Juan Vega Gómez. UNAM. México. 2010.

Holmes, Oliver Wendell. LOS VOTOS DISCREPANTES DEL JUEZ. Editorial Iustel. Madrid. 2010.

Huerta Ochoa, Carla. CONFLICTOS NORMATIVOS. Segunda edición. UNAM. México. 2007.

Ibáñez, Perfecto Andrés. JUSTICIA PENAL, DERECHOS Y GARANTÍAS. Palestra Editores. Lima. 2007.

Kalinowski, Geroge. INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA JURÍDICA. Editorial EDEBA. Argentina. 1973.

Kant, Immanuel. METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES. Traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Connill Sancho. Cuarta edición. Editorial Tecnos. Madrid. 2005.

Leiter, Brian. REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE. En: Fabra Zamora, Jorge Luis & Núñez Vaquero, Álvaro (Editores). ENCICLOPEDIA DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO. UNAM. México. 2015.



López de Lizaga, José Luis. DERECHO Y MORAL EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. En: Blasco, Pedro Luis (editor). LA JUSTICIA ENTRE MORAL Y DERECHO. Editorial Trotta. Madrid. 2013.

López Díaz, Elvira. INICIACIÓN AL DERECHO. Editorial Delta. Sevilla. 2005.

Montaigne citado por Zagrebelsky, Gustavo. LA LEY Y SU JUSTICIA: TRES CAPÍTULOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. Madrid. 2014.

Murena, M. TRATADO SOBRE LAS OBLIGACIONES DEL JUEZ. Editorial Alianza. Madrid. 1975.

Navarro, P. & Redondo, M. C. (eds.). LA RELEVANCIA DEL DERECHO. ENSAYOS DE FILOSOFÍA JURÍDICA. MORAL Y POLÍTICA. Editorial Gedisa. Barcelona. 2002.

Prieto de Paula Conca, Javier. LA EQUIDAD Y LOS JUICIOS DE EQUIDAD. Editorial Difusión Jurídica. Madrid. 2010.

Rawls, John. JUSTICIA COMO EQUIDAD. MATERIALES PARA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA. Editorial Tecnos. Madrid. 1986.

Recaséns Siches, Luis. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Decimoctava edición. Editorial Porrúa. México. 2006.

Recaséns Siches, Luis. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Cuarta edición. Editorial Porrúa. México. 1977.



Ródenas, Ángeles. LOS INTERSTICIOS DEL DERECHO: INDETERMINACIÓN, VALIDEZ Y POSITIVISMO JURÍDICO. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2012.

Rodríguez, Jorge Mario. DERECHOS HUMANOS: UNA APROXIMACIÓN ÉTICA. F&G Editores. Guatemala. 2010.

Rubio Llorente, F. PRÓLOGO A DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. Editorial Dykinson. Madrid. 1998.

Ruiz Miguel, Alfonso. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN MODELOS HISTÓRICOS: DE LA ANTIGÜEDAD A LOS INICIOS DEL CONSTITUCIONALISMO. Segunda edición revisada. Editorial Trotta. Madrid. 2009.

Ruíz, Juan. PRINCIPIOS JURÍDICOS. Editorial Trotta. Madrid. 2000.

Saa Velasco, Ernesto. TEORÍA CONSTITUCIONAL GENERAL. Editorial Talleres del Departamento del Cauca. Popayán. 1986.

Soriano, Ramón. COMPENDIO DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Segunda edición corregida y aumentada. Editorial Ariel. Barcelona. 1993.

Terán, Manuel. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1977.

Toulmin, Stepehn. Citado por Guerrero Palmero, María José. CASUÍSTICA Y RAZONAMIENTO MORAL. En: T. Hall, Robert & Salvador Arellano, José. CASUÍSTICA: UNA METODOLOGÍA PARA LA ÉTICA APLICADA. Editorial Fontamara. México. 2013.

Vega, Jesús. LA ACTUALIDAD DE LA EQUIDAD DE ARISTÓTELES
TESIS ANTIFORMALISTAS SOBRE EL DERECHO Y LA FUNCIÓN JUDICIAL
En: CUADERNOS ELECTRÓNICOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 29.
2014.

Vigo, Rodolfo Luis. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DEL
DERECHO: DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL AL ESTADO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2013.

Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL: LEY, DERECHOS, JUSTICIA.
Octava edición. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta. Madrid. 2008.

