

Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Departamento de Derecho

**Trabajo de Diploma en opción al Título de
Licenciado en Derecho**

**LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ANTE LAS ANTINOMIAS DE
SEGUNDO GRADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
CUBANO**

Autor (a): Irma Sulay Durán Cabrera

Tutor (a): MSc. Yeslín Justafre García

Consultante: MSc. Ortelio Juárez Prieto.

Junio 2013

“ Año 55 de la Revolución ”

**DECLARACION DE AUTORIDAD
UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS**



Sistema de Documentación y Proyecto.

Hago constar que el presente trabajo constituye la culminación de los estudios en la Licenciatura en Derecho en la Universidad de Cienfuegos, autorizando a que el mismo sea utilizado por el Centro de Estudio Superior para los fines que estime conveniente, ya sea parcial o totalmente, que además no podrá ser presentado sin la aprobación de dicha institución.

Firma del autor.

Los abajo firmantes certificamos que el presente trabajo ha sido según acuerdo de la dirección del centro y el mismo cumple los requisitos que debe tener un trabajo de esta envergadura, referido a la temática señalada.

Información Científico Técnico
Nombre y Apellidos. Firma.

Vice Decano.

Firma del Tutor
Nombre y Apellidos. Firma.

Sistema de Documentación y Proyecto.
Nombre y Apellido. Firma.



PENSAMIENTO

*Con la aplicación de la justicia, se está preservando la realización plena
del Derecho*

Julio Fernández Bulté



AGRADECIMIENTOS

Sin la ayuda de personas tan grandes, que a lo largo de mi carrera se preocuparon por brindarme su apoyo, hoy no se pudiera presentar esta investigación. Gracias de corazón a:

- + A mi tutora Yeslín Justafré por confiar en mí y por ayudarme a cumplir este sueño, Gracias.*
- + A Ortelio Juárez Prieto, un profesor y amigo que incondicionalmente me brindó toda su ayuda.*
- + A Fidel Castro Ruz y a la Revolución por permitirme realizar esta carrera universitaria.*
- + A la FEEM y a la FEU por enseñarme tanto y por ayudarme a crecerme en la vida, serán de las experiencias más grandes que guardaré por siempre.*
- + A mis padrinos Alina y Ricardo por enseñarme a ver la vida con toda su amplitud y a saber como hacer ante cada situación.*
- + A Baby por ser mi apoyo cuando más lo necesitaba.*
- + A una amiga que me ha enseñado mucho, Anita, gracias por todo.*
- + A todas mis grandes amigas y amigos, a los que no hace falta nombrar, porque siempre han sabido que son especiales para mí. Gracias por existir y por dejarme demostrarles que si se puede.*
- + A ellos y a todos los que de una forma u otra me ayudaron a cumplir mi sueño, muchas gracias por tanto y tanto apoyo.*



DEDICATORIA

El Trabajo de Diploma no hubiera sido posible, si no tuviera siempre a mi lado personas tan especiales y que han hecho de mí lo que soy hoy, por eso se los dedico a:

 *A mis padres Adalberto y Liliana por su apoyo, confianza y por ayudarme a cumplir todos mis sueños.*

 *A mi abuela Sonia, que tanto me ayudó para poder hacer mi carrera, siempre dándome tanto aliento y seguridad.*

 *A mi hermana Adali que tanto quiero y que me animaba siempre a seguir adelante.*

 *A todas mis tías y primos que por ser tantos no puedo mencionar, pero que siempre estuvieron allí a mi lado apoyándome cuando más lo necesitaba.*

 *A mi novio José Yadiel, que ha sido tan especial por darme su amor, dedicación y ayuda para poder llegar hasta aquí.*

 *A mi primo Juanci, quien me dio tanto amor y confió siempre en mí, aunque ya no está aquí conmigo, me impulsa a cumplir cada uno de mis sueños.*

 *A todos mis amigos y amigas que siempre han estado ahí, para cuando los he necesitado.*



RESUMEN

RESUMEN

Las antinomias es un fenómeno que se presenta en la aplicación del Derecho cuando dos normas perfectamente válidas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico brindan soluciones diferentes a un mismo caso. Para su solución existen criterios doctrinales como el de cronología, jerarquía y especialidad. En ocasiones, los criterios mencionados no son aplicables a las antinomias, las cuales serán reconocidas como de segundo grado. Ante este caso, el juez como intérprete del Derecho deberá decidir cual será la norma aplicable. Mediante la investigación se analizan los fundamentos jurídicos que desde la argumentación jurídica permiten solucionar las antinomias. Para ello se sistematizan los fundamentos jurídicos relativos a las antinomias y sus posibles soluciones, tomando como referente la argumentación jurídica, además se analizan los fundamentos teóricos, que desde la argumentación jurídica, permiten solucionar las antinomias a tono con las tendencias actuales presentes en el Derecho comparado, y se identifica en el ordenamiento jurídico cubano los fundamentos jurídicos, para solucionar las antinomias de segundo grado. Lográndose como principal resultado que la motivación de la sentencia por los jueces, el criterio de racionalidad, la jurisprudencia, las fuentes del Derecho y los principios generales del Derecho, serán los fundamentos jurídicos que permiten la solución de las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano.



ÍNDICE

Indice

<i>INTRODUCCIÓN</i> _____	14
<i>CAPÍTULO I: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LAS ANTINOMIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. ANÁLISIS DOCTRINAL</i> _____	20
1.1 Generalidades teóricas en torno al ordenamiento jurídico _____	20
1.2 Realización y aplicación del Derecho _____	23
1.3 La hermenéutica jurídica dentro del proceso de aplicación del Derecho _____	24
1.4 Las antinomias: Su incidencia en el ordenamiento jurídico _____	31
1.4.1 Insuficiencia de criterios y conflictos entre ellos _____	35
1.5 La argumentación jurídica como criterio de solución ante las antinomias en el ordenamiento jurídico _____	36
<i>CAPÍTULO II: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO: RETOS ANTE LAS ANTINOMIAS DE SEGUNDO GRADO</i> _____	44
2.1 Estructura Formal del ordenamiento jurídico cubano _____	44
2.2 La argumentación jurídica en el ordenamiento jurídico cubano _____	46
2.3 Las antinomias de segundo grado y su solución en ordenamientos jurídicos foráneos _____	52
2.4 Fundamentos jurídicos, que desde la argumentación jurídica, permiten solucionar las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano _____	55
<i>CONCLUSIONES</i> _____	71
<i>RECOMENDACIONES</i> _____	73
<i>BIBLIOGRAFÍA</i> _____	75
<i>ANEXOS</i> _____	79



INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Al mencionar la realización del Derecho, se hace referencia no solo a su aplicación, sino además, cuando es cumplido por los ciudadanos voluntariamente.¹ Cabe señalar que en cualquier caso de aplicación del Derecho existe un momento que es indispensable: la interpretación jurídica. Este no es más que la consecución de actos que permiten desentrañar el sentido de las normas jurídicas, encontrar su alcance, su sentido, verificar su significado. La interpretación jurídica es una de las cuestiones teóricas más importantes de la acción del jurista pues mediante la interpretación se consigue la correcta aplicación del Derecho a un caso concreto y la salvaguarda de los derechos subjetivos.

En el ámbito jurídico, el intérprete es un elemento importante, pues precisamente a través del análisis de hechos y de derechos es que se alcanza la verdadera interpretación del Derecho. Una de las principales herramientas que utiliza el intérprete es la argumentación jurídica, la cual le permite manifestar los fundamentos jurídicos ante la solución tomada en un caso concreto. Sin embargo, las sociedades han reflexionado acerca de por qué existen casos fáciles o casos difíciles y de por qué hay jueces, abogados y fiscales buenos o malos. La diferencia reside en su capacidad para la interpretación y argumentación del Derecho.²

La teoría jurídica ha diferenciado la interpretación de la argumentación y las ha presentado como procesos separados: primero se interpreta y luego se argumenta.³ Parecería fácil si se realiza este simple análisis, pero lo cierto es que dentro de todo ordenamiento jurídico se presentan diversas deficiencias técnicas que no solo se enmarcan en el ámbito lingüístico del Derecho sino que se presentan además otras deficiencias que trascienden a la dimensión sistémica y a la dimensión funcional.

La dimensión sistémica del ordenamiento jurídico permite que el conjunto de disposiciones normativa vigentes en un Estado presenten una adecuada coherencia, que no solo se manifiesta en el orden interno mediante las existencia de criterios de

¹Fernández Bulté, J. Teoría del Estado y el Derecho en Cuba. Tomo II. Editorial: Félix Varela. La Habana, 2005. p.75.

²Material inédito acerca de la argumentación jurídica utilizado en la maestría de Derecho Constitucional y Administrativo "Julio Fernández Bulté". La Habana, 2012. Versión Digital.

³Atienza, M. Argumentación y Legislación. Editorial: Universidad de Alicante. España, 2005. p.53.

jerarquización de estas disposiciones normativas sino incluso en el plano externo existe una indisoluble interrelación entre las ramas del Derecho. Precisamente, dentro de la dimensión sistémica del ordenamiento jurídico se manifiestan con frecuencia las llamadas antinomias. Estas antinomias se producen cuando dos normas jurídicas perfectamente válidas y pertenecientes al mismo ordenamiento jurídico resuelven determinada situación de forma diametralmente opuesta.⁴

La antinomia es producto de la interpretación jurídica, por lo que se crea entonces el reto para el intérprete de definir cuál de las normas en conflicto sería la norma aplicable a la relación jurídica concreta. A pesar de que existen criterios generalizados para solucionar las antinomias, los que generalmente se encuentran regulados en las legislaciones nacionales de los Estados -jerarquía, cronología, generalidad y competencia-, pueden aparecer antinomias para las cuales estos criterios de solución no sean suficientes.⁵ Estas antinomias son conocidas como antinomias de segundo grado, y ante estas el juez deberá decidir el criterio de solución aplicable.

La existencia de las antinomias dentro de un mismo sistema normativo afecta considerablemente los principios de unidad, certeza, coherencia, igualdad, justicia y seguridad jurídica al producirse contradicciones al momento de la toma de decisiones por parte de los jueces al existir más de una solución normativa a una misma relación jurídica. De manera general en los ordenamientos jurídicos foráneos se regulan criterios teóricos que brindan soluciones coherentes ante la aparición de las antinomias, pero siempre teniendo como principal actor a los jueces y como instrumento indispensable el uso de la argumentación jurídica en la emisión de sentencias.

Para el ordenamiento jurídico cubano y los jueces como principales intérpretes del Derecho se torna difícil y compleja dicha situación, pues no se regulan criterios de análisis que regulen el proceder de los jueces ante la presencia de antinomias de segundo grado. Ello permite la existencia de una diversidad de soluciones ante un mismo hecho, pues queda al arbitrio de los jueces la toma de decisiones, lo que puede

⁴ Consideraciones acerca de las Antinomias en <http://www.xuletas.es/ficha/antinomias/> España. Fecha de Consulta: 23/4/12

⁵Guastini, R. Antinomias y Lagunas. Editorial: Universidad de Génova. España, 2000. p. 10 - 25.

incluso generar más que la posible solución, la creación de una antinomia, atentando en ocasiones con la necesidad de dictar un fallo justo y acorde a Derecho en virtud de los principios generales del ordenamiento jurídico cubano.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto se establece como **objeto de investigación:** Los fundamentos, que desde la argumentación jurídica, permiten solucionar las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano.

Se plantea como **problema científico** ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos, que desde la argumentación jurídica, permiten solucionar las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano?

De acuerdo al problema enunciado, se pretende demostrar la siguiente **idea a defender:** La motivación de la sentencia por lo jueces, el criterio de racionalidad, la jurisprudencia, las fuentes formales del Derecho y los principios generales del Derecho son los fundamentos jurídicos, que desde la argumentación jurídica, permiten solucionar las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano.

Como **objetivo general** de la presente investigación, se propone:

Determinar los fundamentos jurídicos, que desde la argumentación jurídica, permiten solucionar las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano.

Los **objetivos específicos** planteados son:

1. Sistematizar los fundamentos jurídicos relativos a las antinomias y sus posibles soluciones, tomando como referente la argumentación jurídica.
2. Analizar los fundamentos teóricos, que desde la argumentación jurídica, permiten solucionar las antinomias de segundo grado a tono con las tendencias actuales presentes en el Derecho comparado.
3. Identificar en el ordenamiento jurídico cubano los fundamentos jurídicos, que permiten desde la argumentación jurídica, solucionar las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano.

Para el logro de los objetivos trazados y la consecuente solución del problema planteado, se utilizaron **métodos de investigación teóricos** propios de la Ciencia Jurídica, dada la tipología y las características de la investigación.

- **Método Teórico-Jurídico:** Permitió comprender la esencia del problema y realizar las precisiones teóricas acerca de las antinomias, sus soluciones y la argumentación como una de estas, así como otros conceptos e instituciones jurídicas que se utilizan en la investigación.
- **Método Exegético-Analítico:** A través de este método se pudo determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas contenidas en los cuerpos analizados, permitiendo determinar la correspondencia entre las normas jurídicas analizadas y la realidad existente.
- **Método Jurídico-Comparado:** El mismo permitió determinar las similitudes y las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos analizados en cuanto al tratamiento de la argumentación, las antinomias y su solución.

Del nivel empírico se utilizó la técnica de la encuesta y como instrumento el cuestionario, la cual toma como base un muestreo probabilístico de tipo intencional, tomando como referente una muestra de 30 jueces de un universo de 39 jueces en plantilla del Tribunal Provincial Popular y Tribunales Municipales. Se utilizó para el procesamiento de los datos del cuestionario el programa SPSS versión 15 en español. La bibliografía utilizada incluye fuentes extranjeras y nacionales y está conformada por tratados y manuales clásicos sobre Teoría General del Derecho, libros y monografías actualizados y otros con valor histórico-jurídico, artículos reconocidos dentro de la literatura científica que realizan aportes teóricos y prácticos, así como cuerpos legales nacionales y foráneos.

Como **resultados** de la investigación se obtuvo la sistematización de los fundamentos jurídicos relativos a las antinomias y sus soluciones que toman como referente la argumentación jurídica. El impacto científico está dado porque se realiza un análisis jurídico comparado que permite analizar los fundamentos teóricos, que desde la argumentación jurídica permiten solucionar las antinomias de segundo grado a fin de identificar aquellos que puedan ser implementados en el ordenamiento jurídico cubano, sirviendo además de material bibliográfico referente para juristas y estudiosos de la Teoría General del Derecho.

La presente investigación quedó estructurada en dos capítulos. En el **Capítulo I: La argumentación jurídica y las antinomias en el ordenamiento jurídico. Análisis doctrinal**, se exponen las bases doctrinales relativas a las antinomias y su solución, tomando como referente la argumentación jurídica. En este sentido se realiza un análisis doctrinal relativo a los diferentes tipos de antinomias y las teorías actuales sobre la argumentación jurídica.

En el **Capítulo II: El ordenamiento jurídico cubano: retos ante las antinomias de segundo grado**, se realiza un estudio comparado que permite analizar los fundamentos jurídicos que desde la argumentación jurídica, permiten solucionar las antinomias de segundo grado a tono con las tendencias actuales presentes en el Derecho comparado así como identificar aquellos que pueden estar presentes en el ordenamiento jurídicos cubano, tomando como referente de solución la argumentación jurídica.

Finalmente se enuncian las conclusiones de las cuales se derivan un conjunto de recomendaciones que apuntan a la necesidad de perfeccionar la construcción teórica relativas a la solución de las antinomias de segundo grado desde la argumentación jurídica en el ordenamiento jurídico cubano.



CAPÍTULO I

CAPÍTULO I: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LAS ANTINOMIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. ANÁLISIS DOCTRINAL

1.1 Generalidades teóricas en torno al ordenamiento jurídico

El Derecho se presenta como un fenómeno complejo, pues desentrañar su definición constituye uno de los temas más polémicos de la Teoría General del Derecho. Disímiles son las teorías, que desde diversos puntos de análisis, tratan de elaborar una definición acabada del término. En este sentido, los llamados agnósticos, enuncian que el Derecho constituye un fenómeno tan complejo que es imposible definirlo. Dentro del iusnaturalismo ingenuo, para los teológicos, el Derecho es simplemente una manifestación de la voluntad divina de Dios. Con el advenimiento del movimiento racionalista del siglo XVII y XVIII el Derecho es definido a partir de la teoría del contrato social como “el resultado del acuerdo deontológico entre los hombres, es el producto racional de la libertad humana que se despliega fundando la sociedad civil y con ella el orden político y el orden jurídico”.⁶

Para otros teóricos, el Derecho es concebido como un fenómeno histórico. Los clásicos del Marxismo develaron que el Derecho es un fenómeno clasista que surge bajo las mismas premisas históricas del Estado, que surge al calor de las luchas de clases, lo que hace posible que se convierta en el principal instrumento de dominación del Estado. Agregan además que el Derecho es un fenómeno que forma parte de la superestructura social, condicionado en última instancia por la base económica.

Sin embargo, el Derecho es mucho más que todo lo antes enunciado, pues con el desarrollo histórico de la humanidad se ha demostrado que el Derecho no solo es un conjunto frío de normas jurídicas, aunque en su esencia primordial, constituya un fenómeno normativo. El Derecho se presenta además, como un fenómeno de naturaleza múltiple, es definido en primera instancia como un fenómeno histórico social, es creado por el hombre con el fin fundamental de regular la conducta humano, ello implica que promulgue valores y se convierta en una Ciencia del “deber ser”, al definirse como un fenómeno axiológico. Forma parte de la conciencia social y se

⁶Fernández Bulté, J. Teoría del Estado y el Derecho en Cuba. Tomo II. Editorial:Félix Varela. La Habana,2005. p. 5.

materializa en la conciencia jurídica de la sociedad y es también un fenómeno político de esencia clasista que devela la voluntad de la clase económicamente dominante.

El Derecho como fenómeno normativo está integrado por un conjunto de normas jurídicas las cuales son definidas como reglas o dictados de conductas. Sin embargo, este conjunto de normas jurídicas que integran el Derecho se presentan en su funcionalidad como un sistema. Bobbio expresa que “solamente se puede hablar de Derecho cuando exista un complejo de normas jurídicas que forman un ordenamiento (...) el Derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas(...) una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras normas con las cuales forma un sistema normativo.”⁷

Precisamente, la obra de los llamados institucionalistas o del institucionalismo jurídico, que tuvo como teórico fundamental al francés Hauriou, plantearon la necesidad de analizar el Derecho más allá de una simple sumatoria de normas jurídicas. Sin embargo, es Santi Romano quien por primera vez, en su obra “El ordenamiento jurídico” de 1917 introdujo la concepción institucionalista en el estudio del Derecho como sistema, y sostuvo que el Derecho no era norma, sino institución. Para sostener esta posición, los institucionalistas adujeron que el Derecho no estaba integrado sólo por normas, sino que en el mismo había instituciones y principios de organización. De igual manera, los institucionalistas advirtieron y defendieron el carácter sistémico del Derecho y con ello posibilitaron los estudios y posteriores debates sobre la concepción del ordenamiento jurídico.

Según Saavedra, el conjunto de normas propio de una sociedad se denomina ordenamiento jurídico.⁸ Rodríguez Magariño, lo define como un medio de encauzamiento de las acciones y reacciones sociales emanadas de la convivencia.⁹ Por su parte, Guastini lo concibe como el conjunto de normas, aunque puede entenderse alternativamente como conjunto de disposiciones.¹⁰ Para Bobbio el

⁷Fernández, E. Introducción a la Teoría del Derecho. Editorial: Tirant lo Blanch. Valencia, 1992 p.154.

⁸Saavedra. Curso de Filosofía del Derecho, la norma jurídica y el ordenamiento jurídico. Tomo II págs. 3-9.

⁹Magariño, F. Sobre la esencia lógico matemática del ordenamiento jurídico. Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 12, p. 2.

¹⁰Guastini, R. Ordenamiento jurídico. Editorial: UTET Turín. 1995. p.153.

conjunto ordenado de normas forman el ordenamiento jurídico de un país.¹¹ De manera general, en los postulados doctrinales el ordenamiento jurídico es definido como el conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado, en una época concreta. Siguiendo los análisis antes expuestos, a los efectos de la investigación se define al ordenamiento jurídico como el conjunto unitario y sistémico de normas jurídicas que van a regir en momento histórico para regular las conductas sociales de un país.

No existe ningún ordenamiento jurídico que esté integrado por una sola norma jurídica, todos contienen una pluralidad de normas que pueden contemplarse desde distintos puntos de vista y que poseen rangos y categorías diferentes. Todas esas normas, aunque diferentes, guardan entre sí una conexión formal, están perfectamente articuladas desde el punto de vista orgánico. Tal es así, que no se puede comprender la existencia de un orden jurídico positivo si esa multitud de preceptos, no tuvieran una conexión e integración en un todo sistémico.

Por ello, se afirma que la multiplicidad de normas jurídicas pertenecientes a un ordenamiento jurídico no constituyen una mera integración, sino que están perfectamente ordenadas formando un todo unitario y conexo, de tal modo que las partes de ese todo guardan entre sí relaciones de coordinación y dependencia mutua. La totalidad del orden jurídico formalmente válido constituye un auténtico sistema de carácter jerárquico en el que unas normas dependen de otras (relaciones de dependencia) y cooperan con todas las otras normas desempeñando en cada momento la función que les corresponde, complementado así la eficacia de todo el sistema (relaciones de coordinación y de cooperación).

La organicidad, coherencia y unidad del sistema jurídico tiene que expresarse tanto en el plano formal, en cuanto a su estructura normativa y funcional, como en el plano interno. Por ello, la unidad interna del ordenamiento jurídico, está dada por la coherencia esencial de sus dictados de conducta y sus normas de adjudicación, reconocimiento y de cambio y, sobre todo por la coherencia y homogeneidad de las

¹¹Guastini, R. Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. Editorial: Universidad de Génova. España. p. 28.

normas de conducta que se establecen y cómo se establecen. En ese sentido, viene dada, por la unidad de intención política, social, económica y ética. Si en el ordenamiento jurídico se observa que todas sus normas, primarias y secundarias, sustantivas y adjetivas y de todos los rangos, expresan las mismas intenciones políticas; protegen semejantes intereses económicos o trazan líneas visiblemente homogéneas en esos terrenos, y que son a su vez concordante con sus postulados sociales e ideológicos, y con sus principios éticos, se puede afirmar que existe unidad interna en ese sistema de Derecho. Cuando se habla de la unidad externa del sistema jurídico, se hace alusión a que haya orden y armonía en la jerarquización de las normas, es decir, que las inferiores se subordinen a las superiores y todas al dictado constitucional. Pero además, se hace alusión también a que las normas sustantivas tengan su correspondiente correlato adjetivo en normas procesales adecuadas; a que las distintas instituciones jurídicas se correlacionen correctamente, sin antinomias ni desajustes funcionales.

Las diversas normas jurídicas que integran un determinado Derecho histórico constituyen una realidad dinámica, que funcionan como un sistema. Tienen su propio ciclo vital dentro del que destacan tres grandes fases: el nacimiento o creación del Derecho, la realización o aplicación efectiva sobre el sistema de las relaciones sociales y la desaparición o pérdida definitiva de su virtualidad normadora.

1.2 Realización y aplicación del Derecho

Para la Teoría General del Derecho los términos realización o aplicación del Derecho suelen utilizarse como sinónimos, sin embargo, cada uno de estos tiene su propio significado que es necesario dilucidar. El término realización del Derecho se presenta como un vocablo amplio, generalizador, que incluye tanto la aplicación estatal u oficial de las disposiciones normativas, y el cumplimiento espontáneo por parte de los depositarios de dichas normas.¹² Dentro de esa consideración que incluye ambas posibilidades, se resalta, para aplicar la noción de realización del Derecho, la que se

¹²Fernández Bulté, J. Teoría del Estado y el Derecho en Cuba. Tomo II. Editorial: Félix Varela. La Habana, 2005. p. 80.

refiere a la asunción práctica de sus normas por parte de los destinatarios. Desde ese punto de vista, el Derecho se realiza no sólo cuando es aplicado compulsivamente por parte de los órganos estatales competentes, sino, además, cuando sus fines son cumplidos, cuando sus objetivos ordenadores de la conducta social quedan satisfechos porque los depositarios de esas normas, con su conducta natural se ajustan a las mismas, acomodan sus actos a las prescripciones del Derecho.¹³ La plena realización del Derecho, se produce cuando la ciudadanía cumple con las normas jurídicas, porque estas se han incorporado al aparato ético de los ciudadanos y forman parte de sus paradigmas conductuales.

Por otro lado, existen situaciones jurídicas en las cuales incluso el cumplimiento voluntario y natural del Derecho por parte de las sujetos exige la intervención estatal para que la relación jurídica tenga plena legitimidad. Por supuesto que también existe aplicación cuando el Estado, a través de sus órganos competentes, impone la normativa jurídica, pero sin llegar al extremo de la compulsión. Se entiende igualmente por aplicación estatal cuando los órganos judiciales al dictar sentencia individualizan el contenido general de la norma y, de ese modo, lo aplican a determinados casos o situaciones específicos.¹⁴ La intervención estatal en el proceso de aplicación del Derecho no siempre es sinónima de acción compulsiva o coactiva, esa intervención estatal puede ser administrativa.

En cualquier caso, siguiendo la lógica del proceso de aplicación del Derecho, existe un momento en ese tracto lógico en que es preciso desentrañar el sentido de la norma, encontrar su alcance, verificar su significado, es decir, interpretar el Derecho, Ello resulta necesario, pues se hace imprescindible determinar la norma jurídica que se va aplicar por el operador del Derecho al caso concreto que se presenta.

1.3 La hermenéutica jurídica dentro del proceso de aplicación del Derecho

La palabra hermenéutica, deriva del vocablo griego *hermeneuo*, que alude al griego Hermes quien aclaraba ante los humanos los mensajes de la divinidad mediando de intermediario. En principio se utilizó el vocablo en el estudio de la Teología y se aplicó

¹³Ibidem. p.151.

¹⁴Ibidem. p. 152.

específicamente a la interpretación de las Sagradas Escrituras pero desde el siglo XIX, se ha ampliado su utilización hasta abarcar las teorías filosóficas del significado y la comprensión, así como las teorías literarias de la interpretación textual.¹⁵ La hermenéutica la componen un conjunto de disciplinas como la Gramática, la Crítica, la Retórica y la Dialéctica, ante un cuerpo unificado de conocimientos. De esta manera la hermenéutica ha sido denominada como el arte de interpretar textos para fijar su verdadero sentido.

La hermenéutica jurídica se ocupa de la interpretación del Derecho, mediante esta se establece los principios, reglas y metódicas establecidas que son elaborados por la doctrina y la jurisprudencia para que el intérprete pueda efectuar un adecuado esclarecimiento de las disposiciones normativas. Todas las normas jurídicas, no solo las de difícil comprensión y de dobles aplicaciones necesitan de la interpretación, pues es necesario, al aplicarlas, desentrañar su significado y observar sus verdaderos fines. En la literatura científica relativa al tema se abordan diferentes definiciones de interpretación jurídica, en este sentido destaca Puig Peña quien expresa que la interpretación jurídica es "la actividad intelectual encaminada a desentrañar el alcance de una norma jurídica".¹⁶ Castán por su parte refiere que "la interpretación de las normas es la indagación del verdadero sentido y por ende del contenido y alcance de las normas jurídicas".¹⁷ Según Lacruz "interpretar una ley consiste en explicar su sentido frente a un caso concreto; declarar cual es, puesta en contacto con la realidad, el resultado práctico del mensaje que contiene".¹⁸ Dworkin afirma que la interpretación existe en el campo científico, en una conversación, en el arte y en las prácticas sociales. Esta categoría supone mucho más que indagar acerca de la intención del autor, de los propósitos empíricos.¹⁹

¹⁵Hermenéutica, tomado de Enciclopedia Microsoft Encarta. Fecha de Consulta: 28 Noviembre 2012.

¹⁶Puig Peña, F. Compendio de derecho civil español. Editorial: Pamplona. España, 1972. p. 47.

¹⁷Muñoz González, A. J. Casos difíciles y derecho como integración. estudio sobre la teoría jurídica de Ronald Dworkin. España, 2007. p. 5

¹⁸Ibidem. p. 137.

¹⁹Dworkin, R. La discriminación inversa. Los Derechos en serio. 1ra Edición. España: Barcelona 1984. p. 327-348.

En cuanto al modelo general de interpretación, Dworkin aboga por un modelo de tipo constructivo. Para este autor, el Derecho es escrito en cadena, por ello existe un margen de maniobra para la interpretación. Pero al desarrollar el Derecho se debe procurar mantener cierta coherencia con lo existente en la ley y con el futuro de la misma, en el sentido de representar de manera correcta los valores que persigue una legislación para una sociedad justa. También considera, que en las prácticas sociales se asume una actitud interpretativa que reconoce las normas y su vigencia y que les atribuye un sentido, un valor y que en la evolución de las normas debe observarse de qué manera se mantiene el sentido de la ley.

La interpretación, la caracteriza en tres etapas:

- a) Pre interpretativa: instancia en la que se examinan los materiales. Es una fase descriptiva pero que implica interpretación.
- b) La etapa interpretativa: El intérprete debe poseer una teoría que le garantice la mejor manera de abordar el material jurídico.
- c) La Pos interpretativa o reformadora: Consiste en que una vez identificado el valor se debe mostrar su objeto de la mejor manera posible.²⁰

Por su parte Kelsen, mediante la elaboración de la obra “La Teoría Pura del Derecho”, expresa que el contenido de las normas se formula mediante signos, generalmente lingüísticos. Por ello, para aplicar una norma resulta indispensable su interpretación, pues no es posible aplicar una norma sin antes esclarecer el significado de los signos en los que exteriormente se manifiesta.²¹ En sentido contrario Prieto Sanchís expresa que “*in claris non fit interpretatio*”, lo que suponía la idea ilustrada de que la mejor ley es la que no precisa interpretación, o de que la interpretación equivale a corrupción de la ley”.²²

Portillo concibe a la interpretación jurídica como el esclarecimiento de los hechos y el análisis de las normas jurídicas cuya aplicación se pretende realizar. Por ello,

²⁰Muñoz González, A. J. Casos difíciles y derecho como integración. estudio sobre la teoría jurídica de Ronald Dworkin. España, 2007. p. 145.

²¹De Silva, C. La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1995. p.13.

²²Ferrari Yaunner, M. La teoría de la argumentación jurídica, Génesis y presupuestos. La Habana, 2012. p. 8- 10.

constituye la interpretación jurídica un conjunto de operaciones estrechamente vinculadas que repercuten mutuamente una sobre otra; es un problema que sujeta no solo a las autoridades sino también a los particulares y a los científicos del Derecho.²³ Ross en cambio, defiende que el Derecho no puede ser descrito o comprendido exhaustivamente en términos de principios empiristas, sino que requiere una interpretación a la luz de los principios y de las ideas inherentes a la naturaleza racional o divina del hombre, principios e ideas apriorísticos que trascienden el mundo de los sentidos.²⁴ Al decir de Fernández Bulté, “la interpretación es el conjunto de procedimientos mediante los cuales se busca encontrar el sentido, el alcance, la esencia y los fines de la norma para su correcta aplicación, asegurando con ella la justicia”.²⁵

Al respecto, la autora de la tesis coincide con los criterios de Castán, Lacruz y Fernández Bulté, quienes concuerdan en que la interpretación jurídica es el conjunto de acciones lógicas que realizan los operadores del Derecho para conocer el alcance, fines y propósitos de las normas jurídicas que han de ser aplicadas a un caso concreto. Tomando como referente las disímiles definiciones antes mencionadas de la interpretación del Derecho, es necesario resaltar que para la investigación, se utiliza interpretación de Derecho, aunque en la doctrina, de manera errónea se maneja indistintamente como interpretación de las normas jurídicas. Lo correcto es que se utilice el término de interpretación del Derecho, porque el Derecho no solo está integrado por el sistema legislativo, es decir, las distintas disposiciones normativas dictadas por los órganos competentes, sino además por los productos de todas las formas generadoras de Derecho como son los contratos celebrados entre las partes, los actos notariales, las sentencias de los Tribunales, los principios jurídicos, las presunciones, todo lo cual conforma el conjunto sistémico que integra la dimensión orgánica que es el Derecho.²⁶

²³Portillo Vera, P. N. Reflexión sobre la teoría del derecho desde la perspectiva de Hans Kelsen, Hart y Alf Ross. Ciudad Universitaria. Mexico, 2006. p. 22.

²⁴Ibíd. p. 26

²⁵Ferrari Yaunner, M. La teoría de la argumentación jurídica. Génesis y presupuestos. La Habana, 2012. p. 15.

²⁶Fernández Bulté, J. Teoría del Estado y el Derecho en Cuba. Tomo II. Editorial: Félix Varela. La

Con la hermenéutica jurídica se trata de encontrar la voluntad del legislador (*ratio legislatoris*). Frente a este criterio se abrió paso, en tiempos más modernos, al llamado criterio objetivo, por el cual lo que se persigue en la interpretación no es la voluntad del legislador, sino la voluntad de la ley, la llamada *ratio legis*, la verdadera razón de la norma.

La interpretación de las normas jurídicas ha tenido diversas clasificaciones en la doctrina, según cada corriente teórica o en función de uno u otro elemento que se conforma como criterio clasificatorio. Entre las más utilizadas se puede encontrar la brindada por Fernández Bulté, quien retoma los postulados de Cañizares. Al coincidir la autora con los postulados de Fernández Bulté en cuanto a la clasificación de la interpretación jurídica, las personas u órganos que realizan la interpretación presentan un rol fundamental dentro de este proceso.

De esta forma se establece, según el criterio clasificatorio, que la interpretación judicial será la ejercida por los jueces. Esta es la instancia donde resulta más frecuente detectar las antinomias y lagunas legales que necesitan ser colmadas con en el ejercicio de la impartición de justicia. El alcance de este tipo de interpretación depende del sistema de Derecho en que se aplique.

En otro orden, se encuentra la interpretación legislativa o auténtica. En este caso se alude a la interpretación que hace el mismo órgano legislativo que aprobó la disposición normativa objeto de interpretación, es decir, aquella que realiza el legislador con el objetivo de aclarar una disposición normativa precedente, bien con la finalidad de lograr una unidad de criterios cuando se ha producido una jurisprudencia divergente incluso con el propósito de imponer una cierta interpretación, o de cerrar el paso a alguna que pudiera resultar posible. Este tipo de interpretación puede convertirse en una vía eficaz para que desde el propio órgano legislativo se elimine, definitivamente, las antinomias.²⁷

Habana, 2005. p. 130.

²⁷Ferrari Yaunner, M. La teoría de la argumentación jurídica. Génesis y presupuestos. La Habana, 2012. p. 16.

Dentro de este criterio clasificatorio, se encuentra además la interpretación doctrinal o libre, la cual tiene efectos orientadores pero no vinculantes. Muchos consideran que por su alcance aporta al perfeccionamiento del Derecho y es fuente indirecta o guía para la solución de las antinomias. También se encuentra dentro de esta clasificación la interpretación institucional o funcional, es aquella que realiza determinada autoridad u órgano estatal en el ejercicio de sus funciones institucionales.²⁸

Otro criterio clasificatorio responde a la extensión, el alcance o los efectos que produce la interpretación. De esta forma la interpretación es declarativa, extensiva o restrictiva. La primera son las realizadas por cualquiera de los intérpretes posibles, que se limita a declarar exactamente lo que dice la norma de forma textual, sin agregar ni reducir nada de su hipótesis. Se les llama también interpretaciones adecuadas o armónicas.²⁹

La segunda, será aquella que extiende, amplía o agranda el contenido de la norma, lo cual es tanto como decir, que extiende y amplía el contenido o el sentido de la hipótesis de la norma jurídica. La interpretación extensiva no es muy admitida, principalmente en la materia penal puesto que ese tipo de interpretación devendría, en una flagrante violación del principio penal *nullum crimen et nulla poena sine previa lege pénale*, puesto que el intérprete extiende la hipótesis, es decir, los supuestos de tipificación y con ello crea figuras penales que no fueron legisladas.³⁰ Es válido señalar, que existen teóricos como Sánchez de Bustamante, Cañizares y Jiménez de Azúa que son defensores de esta clasificación a pesar de que varios son los países que la han rechazado.

La interpretación restrictiva, por el contrario, es aquella en que el intérprete extrae de la hipótesis algo que está en ella contenido según la simple interpretación literal, es decir, reduce el ámbito de la hipótesis, lo cual se apoya en el presupuesto de que, sin quererlo, el legislador dijo más de lo que quería decir.³¹ Montesquieu en contraposición con lo anterior expresó “que el juez debe ser la boca que pronuncia las palabras de la

²⁸Fernández Bulté, J. Teoría del Estado y el Derecho en Cuba. Editorial: Félix Varela. La Habana, 2005. p. 75.

²⁹Ibidem. p. 77.

³⁰Ibidem. p. 78.

³¹Fernández Bulté, J. Teoría del Estado y el Derecho en Cuba. Editorial: Félix Varela. La Habana, 2005. p. 80.

ley, y sólo eso, sin agregar ni quitar nada a esa ley sagrada e inmovible”.³² Los seguidores de esta clasificación, se ubican en la actividad de los intérpretes que solo pueden interpretar lo que la norma refleja, sin decir ni más ni menos.

En múltiples ocasiones se ha afirmado que la interpretación es una actividad innecesaria, peligrosa y perniciosa para el Derecho, o que es sólo útil en aquellas ocasiones en que los textos legales registran alguna oscuridad, silencio o insuficiencia en relación con los casos que se someten a la decisión de los jueces. En cambio, en la contemporaneidad se tiene la percepción de que todo el ciclo vital del Derecho constituye un continuo proceso de interpretación. Sin interpretación, ningún Derecho puede ser realmente eficaz y operativo, ya que la función constitutiva del verdadero Derecho es precisamente ser y actuar como eficaz reglamentación de las relaciones sociales. Esa proyección de la regulación jurídica sobre las relaciones sociales, en cuanto tránsito desde la generalidad y abstracción de las normas generales hasta la particularidad y concreción de las normas individualizadas, implica necesariamente una acción interpretativa.

Esta constatación ha llevado a que la mayoría de las teorías en torno al tema centren el debate sobre la interpretación jurídica dentro del contexto de la actividad jurisdiccional de los jueces y órganos administrativos. Sin embargo, este sería un análisis simple y reduccionista del tema pues la interpretación jurídica es una actividad que han de desarrollar constantemente todos los sujetos que intervienen en el largo proceso de la realización del Derecho. Interpreta, en primer lugar, el creador de las normas generales y abstractas en cuanto que éstas surgen en aplicación de normas o principios de rango superior, interpreta el destinatario que cumple o incumple esas normas, interpreta el funcionario o agente que vigila y exige el cumplimiento, interpreta el abogado cuando asesora a sus clientes o cuando esgrime en juicio la fuerza de dichas normas y la relevancia jurídica que ha de ser atribuida a los hechos sometidos a litigio e interpreta también, obviamente, el juez que pronuncia sentencia y el órgano administrativo que dicta resoluciones jurídicas.

³² Fernández Bulté, J. Teoría del Estado y el Derecho en Cuba. Tomo II. Editorial: Félix Varela. La Habana, 2005. p. 80.

La gran mayoría de las normas jurídicas, por ser generales y abstractas, se expresan en forma muy genérica e indeterminada, con un alcance regulativo amplio y poco preciso. En cambio, las relaciones sociales sobre las que se proyecta la eficacia directiva de esas normas son siempre particulares y concretas. Será necesario, por tanto, encontrar dentro de la norma general la correspondiente regla particular, será preciso transformar los términos abstractos en preceptos concretos, es decir, será imprescindible interpretar. Por tanto, la interpretación es más que lo antes descrito, por ello es necesario otorgarle a la actividad interpretativa la importancia que en realidad posee. Es lograr que en la asignación de significado, de verificación de alcance del Derecho se muestre cierta racionalidad, que posibilite su fundamentación, motivación y argumentación.

La interpretación del Derecho es una de las acciones más difíciles que realiza un jurista porque lleva implícito grandes dificultades. Entre los problemas con los que se puede enfrentar en el contexto lingüístico se encuentra la ambigüedad y vaguedad o indeterminación semántica. En el contexto sistémico se encuentran las antinomias y redundancias. Dentro de los problemas del contexto funcional se pueden encontrar las lagunas y las incoherencias entre el sentido de una disposición jurídica y los fines u objetivos sociales que se supone que ha de satisfacer. Estas situaciones afectan la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y que atentando contra la verdadera aplicación de Derecho.

1.4 Las antinomias: Su incidencia en el ordenamiento jurídico

Uno de los fines de la interpretación jurídica es eliminar las contradicciones normativas, es decir, las antinomias. Han sido muchas las definiciones que se han expresado del término antinomia. En el sentido estrictamente jurídico se han definido las antinomias como "dos enunciados lógicamente incompatibles cuando uno prohíbe una acción y el otro la permite".³³ Bobbio define las antinomias como "la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito

³³Iturralde Sesma, V. Lenguaje legal y sistema jurídico, cuestiones relativas a la aplicación de la ley. Editorial: Tecnos. Madrid, España, 1989, p.79.

de aplicación".³⁴ Luego de analizado el aspecto anterior, se puede inferir que el presupuesto necesario para la existencia de las antinomias es la presencia de dos normas en conflicto que deben tener una misma validez temporal, espacial, personal y material, es decir, deben coincidir plenamente en su ámbito de aplicación.

Son principalmente dos teóricos los que han realizado las principales clasificaciones de las antinomias: Bobbio y Kelsen. Bobbio expresa que existen tres tipos diferentes de antinomias según el ámbito de validez de las normas que entran en conflicto.³⁵ La primera de estas clasificaciones es reconocida posteriormente en la doctrina contemporánea por Ross, quien a su vez al igual que Bobbio explica su existencia a partir de que si ambas normas tienen idéntico ámbito de validez, se entiende que la antinomia es total-total.³⁶ En este caso, ninguna de las dos normas puede ser aplicada sin generar un conflicto con la otra. Como se observa, la oposición entre estas normas es clara, puesto que el cumplimiento de la primera ocasionaría la desobediencia de la segunda, y viceversa.

Otro caso distinto sería entre dos normas cuyo ámbito de validez fuera en parte igual y a la vez diverso, en este sentido se denominada antinomia parcial-parcial. Aquí la controversia sólo subsiste en aquellas partes que ambas normas coincidan, puesto que cada una tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y otro campo de aplicación en el que no existe conflicto. La última de clasificaciones permite denominar a las antinomias como total-parcial, que será cuando dos normas coinciden en el ámbito de validez, pero en una de ellas es más restringido, por lo que se encontraría frente a una antinomia total de la primera respecto de la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto de la primera.

Por su parte Kelsen distingue tres tipos de conflictos normativos, estableciendo así una clasificación que difiere con la de los autores precedentes.³⁷ Uno de estos conflictos normativos serían los bilaterales-unilaterales, serían bilaterales cuando la aplicación de

³⁴Bobbio, N. Teoría general del Derecho. Editorial: Debate. Madrid, España, 1991. p.201.

³⁵Ibídem. p. 201-203.

³⁶Ross, Alf. On law and Justice. Londres, Inglaterra, 1958, p. 128 y 129.

³⁷Martínez Roldán, L. Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen, Editorial: La Ley Madrid, España, 1988. p. 100-105.

una norma supusiera la violación de la otra, transformándose en unilaterales en el caso de que la aplicación de una de las dos normas supusiera la violación de la otra, pero no a la inversa, es decir, que el cumplimiento de la segunda no implicaría la violación de la primera. Las antinomias, según este autor, también pueden ser totales-parciales, en este caso, sería total cuando el cumplimiento de una de las normas supusiera la completa violación de la segunda, mientras que si solamente implicara una violación parcial de esta última nos encontraríamos ante un conflicto parcial entre ambas. Otra tercera clasificación consiste en la diferencia entre conflictos normativos necesarios y posibles. El primero se daría cuando la aplicación de una de las normas implicara la necesaria violación de la otra que forma parte del conflicto, constituyéndose un conflicto posible cuando el cumplimiento de dicha norma supone sólo de manera posible la violación de la otra.

Entre estos tipos de antinomias caben diferentes combinaciones, es decir en el caso de que una norma permitiera una acción y otra norma que la prohibiese, se estaría ante un conflicto bilateral, total y necesario, porque el cumplimiento de la primera de las normas implicaría necesariamente la total violación de la segunda, al igual que la violación de la segunda supondría, por consiguiente, la violación de la primera. Mientras, que si una norma establece que una acción debe ser castigada, y otra regula una limitación para el cumplimiento de la anterior, se estaría ante un caso opuesto al anterior. Entre ambas normas se daría una controversia unilateral, puesto que el cumplimiento de la primera no supone la violación de la segunda, pero sí al revés; parcial, puesto que ambas establecen que se debe castigar; y posible, ya que no es necesaria una violación de una norma ante el cumplimiento de la otra.

Ante la diversidad de antinomias, se crea para el juez la necesidad de buscar la solución posible. Esta situación es de difícil determinación puesto que existen diferentes criterios que brindan soluciones ante la existencia de antinomias en un ordenamiento jurídico. Ello precisamente, permite que los jueces deben elegir el criterio a seguir para resolver la antinomia que se presenta en el caso concreto.

Para Kelsen la única solución a este problema es mediante la existencia de la norma derogatoria.³⁸ Un conflicto de este tipo sólo puede ser solucionado si una de ambas normas pierde su validez o que ambas la pierdan. Esta pérdida de validez puede acontecer de dos maneras, ya sea perdiendo una de las normas en conflicto su validez, porque ha perdido su eficacia, o por derogación, haciendo ver que la solución obedece a criterios de voluntad de los órganos competentes. En cambio, la mayoría de los autores que han tratado el tema acogen y defienden tres criterios para la solución de las antinomias: el jerárquico, el cronológico y el de especialidad.

El criterio jerárquico se aplica bajo la guía del principio "*lex superior derogat legem inferiorem*", donde prevalece siempre la norma de mayor rango ante una de menor jerarquía. Con el criterio cronológico se cumple la máxima de "*lex posterior derogat priori*", donde en caso de la existencia de una antinomia se deberá aplicar la norma posterior en el tiempo. La razón de este criterio se observa en la esencial historicidad del Derecho, es decir, en la necesidad de que el Derecho evolucione y se transforme en función de los cambios y de la realidad social que pretende regular. El criterio de especialidad bajo el principio de "*lex specialis derogat generalem*" establece que en caso de antinomia, prevalecerá la norma especial sobre la general, es decir la que contenga menor extensión material, menor extensión personal, o aquellas que tengan menor espacio-temporal. Este último criterio obedece a razones de justicia y equidad, pretendiendo solventar el problema que presenta la aplicación de una norma general a un caso particular y concreto.

Es por ello que la generalidad de la norma, al ser aplicada a los supuestos de la práctica debe ser matizada y precisada en función de las características peculiares de esa realidad concreta para evitar que se produzcan situaciones de verdadera injusticia. Sin embargo, en reiteradas ocasiones se ha demostrado en la praxis, que estos criterios son insuficientes, pues se presentan conflictos entre ellos o en otro sentido no aportan la eficaz solución ante las antinomias.

³⁸Kelsen, H. Derecho y Lógica. Editorial: UNAM. México, 1978. pag. 14.

1.4.1 Insuficiencia de criterios y conflictos entre ellos

El criterio jerárquico se aplica cuando los enunciados pertenecen a niveles diferentes del ordenamiento, el cronológico cuando difieren en el tiempo, y el de especialidad cuando su extensión es distinta. Pero cuando las normas pertenecen al mismo nivel jerárquico, de especialidad e igual extensión se convierte todo en un reto al no poder ser solucionadas esas antinomias, la doctrina las ha denominado como antinomias de segundo grado.

En estos casos, la solución queda en manos del intérprete que puede otorgar preferencia a uno de los enunciados, considerar que los dos enunciados se eliminan recíprocamente o mostrar que no existía tal antinomia o que se trataba de una contradicción meramente aparente. En cualquier caso, el juez no resuelve el conflicto entre los enunciados normativos, sino que decide, únicamente respecto al caso concreto, el enunciado aplicable.

Si el conflicto aparece entre el criterio jerárquico y el cronológico, esto quiere decir que hay una norma anterior-superior frente a otra posterior-inferior. En esta situación el criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico, ya que sino el principio del orden jerárquico de las normas sería vano. En el momento en que la controversia normativa se plantea entre una norma anterior- especial y otra posterior-general, se presenta una incoherencia entre el criterio de especialidad y el cronológico. Bajo la regla "*lex posterior generalis non derogat priori speciali*," se establece que el conflicto debe ser resuelto a favor del criterio de especialidad, por estar dotado de más importancia que el criterio cronológico.

La mayor dificultad es la planteada cuando la antinomia supone un enfrentamiento entre el criterio jerárquico y el de especialidad, puesto que ambos son considerados los criterios fuertes frente al cronológico, el cual es denominado como el criterio débil. Este caso se materializa cuando una norma superior-general se opone a otra inferior-especial. Para la solución de esta antinomia no existe una regla general consolidada, por lo que la solución quedará en manos del intérprete, quien aplicará uno u otro criterio de acuerdo con las circunstancias. En este último caso, la gravedad aparece al enfrentarse valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico, el de respeto al

ordenamiento, que exige el respeto a la jerarquía, y el de justicia y equidad, que exige la adaptación gradual del Derecho a las necesidades sociales.³⁹

Como se ha podido observar, para la solución de las antinomias de segundo grado estos criterios son eficaces y válidos, pero solo hasta cierto punto. Esta situación se complica al estar el intérprete frente a un caso concreto, donde ninguno de estos criterios sean aplicables. El único criterio de solución será a través de la interpretación del Derecho y de la argumentación jurídica que realice el juez.

1.5 La argumentación jurídica como criterio de solución ante las antinomias en el ordenamiento jurídico

Las teorías de la argumentación jurídica⁴⁰ se desarrollan en Europa tras la Segunda Guerra Mundial con un denominador común: la búsqueda de la racionalidad de la decisión jurídica y el estudio de la justificación del proceso de toma de decisiones.⁴¹ En este tiempo, surge la necesidad de rescatar las formas históricas de argumentación, que estaban olvidadas desde el siglo XVII, y cuyo origen, se remonta a Aristóteles.

Para Aristóteles surge la idea de la Retórica,⁴² entendida en sentido amplio como todas las formas de los discursos públicos, quien encuentra su origen, en la práctica judicial y más específicamente en las disputas sobre la propiedad.⁴³ Para defender dichas causas ante los jurados populares, se necesitó una particular elocuencia, y la Retórica se convirtió en objeto de una enseñanza. El uso que algunas personas hicieron de la Retórica, como por ejemplo los sofistas, hizo que fuera mal vista por importantes filósofos, como Sócrates, que la definía como el arte de halagar y engañar y de ahí la connotación peyorativa que ha adquirido la palabra Retórica en algunos contextos.

Cerca de un siglo más tarde, entre el año 329 y el 323 a.C., Aristóteles desarrolla en forma metódica, la práctica de los primeros retóricos. Definiéndose entonces, a la

³⁹Bobbio, N. Teoría general del Derecho. Editorial: Debate. Madrid, España, 1991. p. 216.

⁴⁰En este período se le conoce a la argumentación jurídica, como retórica y en la presente investigación se tratará como sinónimos a ambos términos.

⁴¹ La argumentación jurídicas, sus inicios. <http://www.filosofiyderecho.com> Fecha de Consulta: 26/1/13.

⁴²Que a los efectos de la presente investigación, se entenderá por Argumentación.

⁴³ Mondelo García, J. W. Análisis de una ausencia: la argumentación jurídica en Cuba. Tesis de Grado. Universidad de Oriente, Cuba, 2009. p. 20- 28.

Retórica como el arte para persuadir a un auditorio, sobre la superioridad de una posición con respecto a otra posición rival, con la ayuda de argumentos derivados de la doxa generalmente aceptada, relativos a lo probable y a lo verosímil.⁴⁴ En Roma, al principio, fueron los griegos los encargados de enseñar Retórica formal. Los grandes maestros de la Retórica teórica y práctica, Cicerón ⁴⁵ y Quintiliano,⁴⁶ fueron influidos por los modelos griegos.⁴⁷ Durante la Edad Media, en que el saber de la Antigüedad se conservó en los monasterios y también a la cultura árabe, la Retórica constituyó, junto con la Gramática y la Dialéctica, las tres disciplinas preliminares de las siete artes liberales que se impartían en las universidades.⁴⁸

En la Época Moderna, desde mediados del siglo XVII, con el auge del iusnaturalismo racionalista, comenzaron a decaer los estudios de Retórica, evidenciándose este fenómeno en la Ciencia Jurídica. La nueva estructura político-jurídica emergida tras la consolidación de los Estados-Nación europeos, y el auge de la economía mercantil llevaron al predominio del Derecho estatal.⁴⁹ Esto se explica a través de que sólo las normas promulgadas por el Estado se tenían en cuenta y contaban para el Derecho; el cual fue valorado según el modo cartesiano como un sistema de tipo lógico-deductivo, lo que llevó a la consideración del fallo judicial como una operación mecánica. Es decir, en los siglos XVII y XVIII se impuso un nuevo modelo de argumentación. Para decirlo con palabras de Viehweg, “la Época Moderna terminó privilegiando el modelo de argumentación axiomático-deductivo y lo convirtió igualmente en pauta para la jurisprudencia”.⁵⁰

⁴⁴Aristóteles clasifica la Retórica en tres géneros diferentes: deliberativo, laudativo y judicial. El discurso judicial es el propio de los tribunales y su fin es inclinar la voluntad del juez hacia una decisión que se le presenta como justa en una controversia y que es defendida por una de las dos partes.

⁴⁵Se deben a Cicerón varios tratados sobre la teoría y la práctica de la Retórica, el más importante de ellos fue *De inventione*.

⁴⁶El famoso *De Institutione* oratoria de Quintiliano conserva su valor en nuestros días por el exhaustivo estudio que hace de los principios de la Retórica y la naturaleza de la elocuencia ideal.

⁴⁷Retórica, tomado de Enciclopedia Microsoft Encarta. Fecha de Consulta: 28 Noviembre 2012.

⁴⁸Mondelo García, J.W. Análisis de una ausencia: la argumentación jurídica en Cuba. Tesis de Grado. Universidad de Oriente, Cuba. 2009. p. 15.

⁴⁹Ibidem. p.16.

⁵⁰Viehweg, T. Tópica y Jurisprudencia. Traducción de Luis Díez-Picazo. Editorial: Taurus. Madrid, España, 1964. p. 45.

Esta manera de concebir la actividad judicial y el Derecho en general, se convirtió en dogma y en artículo de fe, después de la Revolución Francesa y el inmenso proceso codificador que le siguió. El resultado de todo este proceso fue el predominio de una concepción del razonamiento jurídico, fundada en la comprensión del Derecho como un sistema deductivo y la solución de los casos mediante el correspondiente silogismo aplicado a cada uno, sin necesidad de más explicaciones. Ya en las primeras décadas del siglo XIX, estas concepciones comenzaron a ser cuestionadas.

En 1821, Hegel, afirmaba, refiriéndose a la obra de Montesquieu, que este había indicado correctamente la concepción histórica, al no considerar a la legislación en general y a sus disposiciones especiales de manera aislada y abstracta, sino como aspectos dependientes de una totalidad, en conexión con todas las demás disposiciones del ordenamiento jurídico que constituyen el carácter de una nación y de una época. Marx y Engels coincidiendo con Hegel en este punto. Así la argumentación jurídica marxista siempre reprochó el aislamiento intencional, defendido por motivos ideológicos, de las teorías jurídicas formalistas.

Se puede decir, entonces, que el siglo XIX puso de manifiesto la insuficiencia de la lógica formal para entender y describir el funcionamiento del Derecho y su papel en la sociedad. Frente a esta constatación, unos exigieron una modificación fundamental del modelo de argumentación y otros, la reducción de la interpretación jurídica, que se había vuelto ilimitada. El debate sólo fue resuelto en el siglo XX. En las primeras décadas del siglo XX, la teoría jurídica más influyente fue la de Kelsen, quien apoyado en la distinción kantiana entre el ser y el deber ser tomada de Hume, construyó una teoría jurídica cerrada que debía estar libre de todo contacto con el contexto pragmático: la llamada Teoría pura del Derecho.

En un primer momento, en la década de los cincuenta, surgen las que pueden llamarse teorías "pioneras" de la argumentación jurídica, cuyos ejemplos más importantes se encuentran en las obras de Viehweg, Perelman y Toulmin. Uno de los rasgos de estas teorías es que su objeto de estudio se circunscribe esencialmente al razonamiento justificativo que llevan a cabo los jueces de instancias superiores. O sea, lo que interesa son las razones aducidas por los jueces a favor del carácter correcto o aceptable de sus decisiones, en eso consiste esencialmente la motivación, y no las

razones que permitirían explicar a través de un estudio de tipo psicológico, sociológico e ideológico esas decisiones. Además, al centrarse en las motivaciones de los jueces de las instancias superiores, lo que se estudia son, esencialmente, los problemas de tipo interpretativo, y no las cuestiones concernientes a los hechos.⁵¹

Ellos iniciaron lo que se denominó “vuelta a la retórica” porque retoman el tema que había perdido su esencia. Además, uno de sus principales méritos fue el poner de manifiesto una problemática decisiva e irresoluble para el método axiomático-deductivo: la de la fundamentación, es decir, la argumentación completa, que justifique no sólo las conclusiones, sino también las premisas.⁵²

Si fundamentar, según Viehweg, es necesariamente argumentar, contraargumentar entonces es una actividad sólo posible si se satisfacen determinados deberes de comunicación.⁵³ En relación con esta idea, Perelman afirma que todo razonamiento, incluyendo el de los juristas, consiste en argumentación y demostración y de esta depende el éxito de la justificación de las decisiones.⁵⁴

En el Derecho se reconocen básicamente tres contextos de argumentación: el de la producción o establecimiento de normas, el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos y el de la llamada dogmática jurídica. En los últimos cincuenta años las teorías de la argumentación jurídica. Estas teorías no centran el debate en el primero de los contextos mencionados, por considerar que se trata de una argumentación más política que jurídica. Ellos se han centrado en el análisis de la argumentación judicial y han dedicado algún espacio a la argumentación dogmática.⁵⁵

Las semejanzas entre éstas últimas son marcadas, se podría decir que, mientras los órganos aplicadores tienen que resolver casos individuales, la argumentación dogmática del Derecho se plantea para casos genéricos. Pero, obviamente la solución dada a esta última cuestión depende en alto grado de la resolución de la primera. En

⁵¹Ibídem.p.48.

⁵²Mondelo García, J. W. Análisis de una ausencia: la argumentación jurídica en Cuba. Tesis de Grado. Universidad de Oriente,Cuba, 2009. p. 30.

⁵³Viehweg, T. Tópica y Jurisprudencia. Traducción de Luis Díez-Picazo. Editorial: Taurus, Madrid,España, 1964. p. 65.

⁵⁴Ibídem, p. 69.

⁵⁵Mondelo García, J. W. Análisis de una ausencia: la argumentación jurídica en Cuba. Tesis de Grado. Universidad de Oriente,Cuba, 2009. p. 41.

cualquier caso, tanto la labor de los órganos jurisdiccionales como la de los dogmáticos del Derecho, consiste en producir argumentos para la resolución de casos, sean éstos individuales o genéricos, reales o ficticios. Argumentar es, en definitiva, una de las actividades centrales de los juristas y es dudoso que exista alguna profesión en que la argumentación juegue un papel tan importante como en el Derecho.⁵⁶

Todo lo anterior explica la importancia que ha adquirido para la Filosofía práctica la reflexión sobre los deberes de fundamentación y su cumplimiento. La obra de Viehweg, Perelman y Toulmin, a pesar de sus inconsistencias y limitaciones, puestas de relieve por los críticos, es hoy reconocida como el origen de la moderna teoría de la argumentación jurídica, cuyos principales exponentes son Alexy y McCormick. Los estudios sobre la argumentación jurídica han sufrido un desarrollo amplísimo durante los últimos años, al punto de constituir hoy, uno de los principales centros de interés de la actual Teoría y Filosofía del Derecho.⁵⁷

La nueva teoría de la argumentación jurídica, se puede definir como el estudio teórico sobre los procesos de argumentación que tienen lugar en el Derecho. Esta se encarga de la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica. Entre los análisis que se realizan se pueden encontrar el descriptivo empírico, el descriptivo analítico o conceptual y el prescriptivo o normativo. Dicha teoría, define a la argumentación como la acción y efecto de dar razones a favor de un enunciado, es justificar el por qué de una decisión tomada. Es decir, comprende tanto la actividad o proceso, como el resultado de dicha actividad. Es una acción que a diario los operadores del Derecho se ven en la necesidad de aplicar para la elaboración de las resoluciones judiciales.

Precisamente, en el Derecho, la sentencia judicial donde se resuelven de forma relativamente definitiva todos los aspectos sometidos a contradicción y debate en el proceso. En ella se pone de manifiesto el resultado arrojado con la práctica de los medios de pruebas, y se determina los resultados que posibilitaron demostrar o no los hechos, la participación de los autores y la responsabilidad de estos. De esta forma se

⁵⁶Ibidem.p. 45.

⁵⁷Atienza, M. Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, España,1997. p. 132.

muestra la apreciación y valoración que haga el órgano jurisdiccional de los elementos y cuestiones que a esos efectos ha tenido a la vista para la decisión del caso en concreto.

Las sentencias cuentan con dos elementos fundamentales: el juicio lógico y la declaración de voluntad. El juicio lógico implica un silogismo práctico. La doctrina indica que a raíz de dicho silogismo, se suscitan las dos premisas, de las cuales al menos una es una norma jurídica, esta sería la premisa mayor, que posee la conducta delictiva por ella establecida, mientras la resultancia fáctica comportaría el término o la premisa menor, el sujeto de la conclusión.⁵⁸

Las premisas, tal como las define Atienza, son razones que sirven de justificación a la conclusión, en este sentido, un argumento se podría ver entonces, no simplemente como una cadena de proposiciones, sino como una operación que se efectúa por medio del lenguaje.⁵⁹ Añade Atienza que para argumentar se necesita además producir razones en favor de lo que se dice, mostrar qué razones son pertinentes y por qué, rebatir otras razones que justificarían una conclusión distinta con relación al resultado que normalmente se persigue en las argumentaciones jurídicas, es decir, justificar determinadas decisiones.⁶⁰ Por lo que no basta el mero silogismo, sino que este tiene que ser validado con el empleo del método deductivo para resolver casos concretos, porque la lógica y la argumentación jurídica, se complementan y juntas dan valor a la operación del juzgador, que si se enmarcara en una u otra de manera aislada o individual pecaría de error.

Una de las misiones de la argumentación jurídica consiste en analizar la racionalidad que inspira el razonamiento jurídico, la racionalidad que debe presidir el tránsito desde una disposición legal a la interpretación resultante en un caso concreto por parte de un juez. La argumentación garantiza que los jueces y magistrados se sometan al principio

⁵⁸Ibídem. p. 156.

⁵⁹Atienza, M. Las Razones del Derecho, sobre la justificación de las decisiones judiciales. versión digital. p. 56. Ejemplificando que se puede informar, prescribir, expresar emociones, preguntar, aburrir, insultar, alabar, y se puede también argumentar, que aquí implica que las emisiones lingüísticas no consiguen sus propósitos siendo expresadas de manera directa, sino que es necesario producir razones adicionales.

⁶⁰Ibídem.157.

de legalidad y además que los acusados conozcan las razones que fundamentan las decisiones del tribunal, abriendo la posibilidad a los recursos correspondientes. Es por ello que se entiende que la única solución a las antinomias de segundo grado sea la argumentación, para así investir a las decisiones judiciales del principio de justicia.

A modo de conclusión parcial, en el presente capítulo se sistematizan las posiciones teóricas en cuanto a la definición de las antinomias y los criterios de solución, haciendo énfasis en las antinomias de segundo grado. De igual manera se analizan los criterios teóricos en cuanto a la definición ordenamiento jurídico. Es punto esencial del análisis la argumentación jurídica, pues se toma como criterio de solución de las antinomias de segundo grado.



CAPÍTULO II

CAPÍTULO II: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO: RETOS ANTE LAS ANTINOMIAS DE SEGUNDO GRADO

2.1 Estructura Formal del ordenamiento jurídico cubano

El ordenamiento jurídico cubano presenta una estructura lógica formal que responde a una organización jerárquica en forma de pirámide normativa del país. En la cúspide y base de esa pirámide se encuentra la Constitución de la República de Cuba, la cual se impone sobre toda la estructura jurídica, de manera que establece los principios básicos y generales del ordenamiento jurídico que sirven de guía para el resto de las disposiciones normativas de menor rango jerárquico. Es por ello, que, todas las normas jurídicas del país y todos los actos estatales deben subordinarse a la letra y al espíritu de la Constitución socialista. Para el ordenamiento jurídico cubano, la Constitución es norma suprema, tiene función ordenadora del Estado y del resto de la normativa jurídica, su contenido se deriva de la voluntad constituyente de la Asamblea Nacional del Poder Popular (en lo sucesivo ANPP), que es el único órgano con potestad legislativa y constituyente según lo provisto y regulado en artículo 70 de la propia Constitución.⁶¹ Si se observa desde el punto de vista de la estructura lógico-formal del sistema, se tiene que hacer constar la supremacía constitucional como principio del sistema de Derecho en Cuba.

Luego, en la jerarquía jurídica del país se encuentra la ley. Cuando se habla de la ley, se hace en sentido estricto, dado que en ocasiones se tiende a calificar como “ley” cualquier normativa jurídica, aunque no tenga ni el rango ni el valor de la ley en sentido especial y preciso. La ley es la norma de mayor rango y tiene superioridad normativa tanto en su valor formal, como en su contenido material. En su valor formal es superior porque es emanada del máximo órgano legislativo del país y mediante procedimientos que no pueden ser quebrantados. Es superior desde el punto de vista material porque su contenido contiene prescripciones esenciales, generales, universales, que muestran la más alta voluntad jurídica del Estado a través de su órgano legislativo.⁶²

⁶¹Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República de Cuba. Editora: Política. La Habana, artículo 70.

⁶²Fernández Bulté, J. Teoría del Estado y el Derecho en Cuba. Tomo II. Editorial: Félix Varela. La Habana, 2005. p.112.

Luego de la ley siguen los Decretos- Leyes que los dicta el Consejo de Estado. Según la Carta Magna, en su artículo 89, “El Consejo de Estado es el órgano de la ANPP que la representa entre uno y otro periodo de sesiones, ejecuta los acuerdos de ésta y cumple las demás funciones que la Constitución le atribuye.” También se encuentran los Acuerdos del Consejo de Estado, que son normas de aplicación personalizada, de soluciones casuísticas, que implementan o realizan el mandato de leyes o Decretos- Leyes del mismo Consejo de Estado. Seguido están los Decretos, dictados por el Consejo de Ministros y su Comité Ejecutivo. Según la letra de la Constitución⁶³, en su artículo 95, “El Consejo de Ministros es el máximo órgano ejecutivo y administrativo y constituye el gobierno de la República”, como gobierno y, en consecuencia, órgano ejecutivo y de administración, tiene que dictar disposiciones jurídicas que en este caso serán Decretos.

Se encuentran además, los Reglamentos que pueden dictar tanto el Consejo de Ministros como el Comité Ejecutivo de éste. El Reglamento es una disposición normativa que amplía o desarrolla el contenido de una norma superior. En el caso de Cuba, una ley o un Decreto-Ley, no puede sobrepasar los límites de la normativa a la cual pretende reglamentar. En rango inferior de dichos cuerpos normativos, están los Acuerdos del Consejo de Ministros o de su Comité Ejecutivo y las Resoluciones que pueden dictar los ministros, en la esfera de sus respectivas competencias. Entre estos están las Instrucciones Ministeriales o Cartas Circulares que detallan asuntos generalmente tratados en una norma superior; las Órdenes ministeriales y, finalmente, las Resoluciones dictadas por los jefes de organismos centrales u otras autoridades facultades para ello, en las que se deciden e imponen normativas casi siempre funcionales, dentro de sus dependencias.⁶⁴

⁶³ Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Constitución de la República de Cuba. Editora: Política. La Habana, artículo 95.

⁶⁴ Fernández Bulté, J. Teoría del Estado y el Derecho en Cuba. Tomo II. Editorial: Félix Varela. La Habana, 2005. p.126.

2.2 La argumentación jurídica en el ordenamiento jurídico cubano

En los últimos tiempos, se ha generado una vasta literatura, casi totalmente desconocida en Cuba, sobre el tema de la argumentación jurídica. Principalmente, se presenta en el área del Derecho continental, es decir, de la tradición jurídica romano-francesa, que posee este. El tratamiento brindado a la argumentación es, en su mayoría, deudor de la Filosofía analítica del lenguaje ordinario. Vistas de ese modo las cosas, podría parecer que las teorías de la argumentación son de recién inicio. Nada más lejos de la verdadera realidad ya que como se ha dicho sus inicios se remontan a la antigüedad clásica.

Entre las carencias más notorias del pensamiento y la práctica jurídica cubana, se encuentra la total ausencia de investigaciones sobre la argumentación jurídica, y más si se tiene en cuenta, que en el mundo, este es uno de los problemas más controvertidos, debatidos y donde se percibe con más claridad, de entre los temas de la Filosofía del Derecho, su estrechísima relación con la práctica jurídica. Este retroceso a la ausencia total de doctrina al respecto de la argumentación, se expresa de muchas formas, en la visión normativista y voluntarista del fenómeno jurídico establecida y aún no desterrada. También, del olvido de los elementos axiológicos y valorativos del Derecho, e incluso de los elementos empíricos, además de la concepción del juez como mero aplicador de normas y de la interpretación como silogismo. Otra razón, podría ser la ausencia de referencias al tema en las publicaciones jurídicas cubanas y una ignorancia generalizada del estado actual del debate en el pensamiento jurídico internacional de estos temas.

Para investigar el problema de la argumentación jurídica y su desarrollo en Cuba, resulta necesario aludir brevemente al proceso histórico de formación del sistema jurídico. Cuba, se inscribe dentro de la tradición del Derecho Civil, o romano-francés, que llegó mediante la conquista y colonización española. Luego, con el Triunfo Revolucionario en 1959 y su instauración, comenzó así, el desmontaje de la llamada “legalidad burguesa”, paralelo al intento de consolidar una legalidad socialista. En este período el proceso cubano recibe influencias del campo socialista en todos los terrenos, y especialmente en el ámbito jurídico. El proceso de institucionalización además, si bien por un lado, contribuyó a la creación de formas estatales y jurídicas

estables, por otro reforzó la influencia de los principios técnicos del Derecho eurosoviético, y su concepción reduccionista y dogmática del fenómeno jurídico como expresión exclusiva de la voluntad de la clase en el poder, sin espacio para consideraciones axiológicas, funcionales o de otra índole.⁶⁵

En la práctica judicial cubana, es indudable la influencia ejercida por esta expresión positivista en el actuar de los Tribunales. La aplicación del Derecho está despojada de valoraciones que vayan más allá de la estricta descripción normativa. No es difícil notar que esta estructura responde al modelo del silogismo judicial, donde el juez subsume el caso en la norma aplicable y arriba al fallo,⁶⁶ dejando muy poco espacio para la justificación de la decisión judicial sobre la base de argumentos que no sean los estrictamente técnico-jurídicos. Todo lo anterior hace que en Cuba exista cierta inclinación por parte de los jueces a no argumentar suficientemente las sentencias, debido en parte a la deficiente regulación legal sobre este asunto, además del atraso doctrinal que se posee en el terreno jurídico y la ignorancia de los principales aportes de la teoría de la argumentación.

Esta situación debe constituir una gran preocupación para todos: operadores jurídicos y simples ciudadanos, pues afecta el consenso que deben generar las decisiones judiciales y con ello la funcionalidad del Derecho. Al mismo tiempo, en la medida en que las sentencias sean mejor argumentadas, lograrían un mayor consenso entre las partes y disminuiría el número de recursos interpuestos contra las mismas, con todo lo que ello supone para asegurar una más rápida y eficaz ejecución de las sentencias y un mejor funcionamiento del sistema judicial y del Derecho en general.⁶⁷ Todas las sentencias dictadas en cualquier materia deben ser emitidas con fundamento, con apego a la ley, y con un lenguaje claro y preciso, para lograr su real motivación.

⁶⁵Mondelo García, J. W. Análisis de una ausencia: la argumentación jurídica en Cuba. Tesis de Grado. Universidad de Oriente, Cuba, 2009. p.78.

⁶⁶En materia penal a esta resolución judicial se le conoce como fallo.

⁶⁷Así por ejemplo, el mayor porcentaje de recursos de casación en el período de enero a marzo de este año, que se han interpuestos por las partes ante el Tribunal Supremo, están referidos a la causal que establece el artículo 70.4 de la Ley de Procedimiento Penal (LPP en lo sucesivo), por quebrantamiento de forma, referido precisamente a las sentencias oscuras y contradictorias, es decir, poco y mal argumentadas.

El estudio de la argumentación jurídica de la sentencia en estos tiempos, reviste una especial connotación ya que a través de estas se proyectan los valores sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto. Principalmente, cuando este se despliega para resolver un caso determinado. No es lo mismo interpretar la norma sin ningún punto de referencia concreto en la realidad, que interpretarla en presencia del conflicto a resolver con su aplicación, tal y como procede generalmente el juez. Así se podrá redactar una sentencia que sea congruente, que eduque y transmita valores, la cual vaya encaminada a distintos auditorios, o sea a personas con mayor o menor preparación, todo lo cual demanda del juez un amplio conocimiento de la doctrina y la jurisprudencia, de la legislación dictada sobre el caso en cuestión.

En la práctica judicial cubana al término argumentación se le considera en ocasiones como sinónimo de motivación, creando una confusión en su significado. Es por ello, que es necesario establecer una breve diferenciación de ambas operaciones en el ámbito jurídico cubano. En Cuba se entiende a la motivación como una de las formas de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica, sin embargo, es un término más amplio y comprende todas las explicaciones y consideraciones que se plasman en una resolución, mientras que la motivación suele restringirse a la fundamentación del por qué se acepta o decide algo, es decir cuando se expresan las razones que se tuvieron en cuenta para la toma de decisiones, solo así se está motivando la sentencia, partiendo de la argumentación que se hizo oportunamente. Es por esto que se tomará a la motivación como la argumentación jurídica hecha por los jueces en la redacción de las sentencias.

Enmarcado dentro del capítulo VI destinado a las resoluciones judiciales, dentro de su título III, la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba (en lo sucesivo LPCALE),⁶⁸ dedica los artículos del 145 al 157 a la regulación de las sentencias de manera general. En su regulación aclara que se entenderá por sentencias las que pongan fin al proceso en la instancia o en el recurso de apelación o casación, según proceda, o decidan cuestiones o excepciones que impidan entrar al

⁶⁸Ley 7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral del 19/8/1977. Editorial: MINJUS. La Habana, 1999. artículos 145 al 147.

fondo del asunto. De manera muy específica la LPCALE regula en su artículo 146 los requisitos esenciales de la sentencia al expresar que: “Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las pretensiones y excepciones deducidas oportunamente en el proceso y en su caso con los nuevos aspectos apreciados por el Tribunal, con arreglo a las condiciones y formalidades establecidas en el artículo 45, haciendo las declaraciones que estas requieran, estimándolas o desestimándolas y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos y serán firmadas por todos los jueces actuantes y el secretario. ”

Ahora bien, de todas las partes que conforman su estructura, de conformidad con lo explicado al tratar las cuestiones generales que le son inherentes, la de mayor relevancia a los efectos de la decisión lo es que se trata bajo la palabra Considerando. El texto legal reserva este espacio para que, en primer lugar se aprecien los puntos de hecho que se estimen probados, sin embargo, omite en su redacción la obligación de que el juez exponga por que atribuye tal fuerza probatoria a los hechos, justificando su decisión en ese sentido. En la práctica, se realiza de forma, no pocas veces, exigua y hasta equívoca, entendiéndose cumplido tal trámite con la sola invocación del principio contenido en el artículo 43 de la propia ley.⁶⁹

Continúa el apartado que se analiza, indicando al juez que además de los puntos de hecho que se consideren probados, aprecie las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo. De su simple lectura cabe estimar que el primer aspecto y las llamadas razones guardan estrecha relación, pues estas constituyen la explicación de aquellos, pero que viene a identificarse en la práctica con la valoración misma de las pruebas, lo que sumado a los fundamentos legales, que según puede interpretarse de la norma, no importa que no hayan sido alegados, pues basta que

⁶⁹Según el artículo 43 LPCALE “Los Tribunales al fallar apreciarán las pruebas de acuerdo con el valor que la Ley atribuya a cada una y ajustándose en todo caso a los principios de la razón y la ciencia”, sin que se equipare el desarrollo posterior con el verdadero alcance de lo que implica “la razón y la ciencia”, ni con las reglas individuales que para cada tipo de prueba prevé la Ley.

resulten procedentes. Llevados a vía de hecho, corporifica el silogismo judicial analizado en el Capítulo II como uno de los modelos de motivación.

Puede entenderse que en el término razones, al que hace referencia el articulado, va implícito todo tipo de argumento capaz de conferir a la sentencia un grado tal de justificación que la haga aparecer como correcta o aceptable. No obstante, hay que tener presente que la formulación en lo que a ese aspecto concierne, no difiere en lo absoluto del contenido, reproducido por la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, sin que la redacción del actual, cubra o satisfaga convenientemente los dictados de las tendencias modernas sobre la argumentación de la sentencia.

No prevé la Ley de Procedimiento cubana, de manera específica, la forma en que han de ser motivadas las sentencias, y la obligatoriedad que ello encierra. A juicio de muchos autores, se considera imprescindible, bien se haga en este mismo precepto o en otro destinado a tal fin y, a tenor del cual, no sólo se expresen los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. Además, que se inserten en las observaciones, razonamientos adicionales sobre juicios de valor, sobre lo justo o lo injusto, cuestiones que vayan más allá de la estricta descripción normativa e integren un verdadero modelo argumentativo.

Cabe señalar que, a diferencia de otros textos constitucionales, el cubano no hace alusión a la obligatoriedad de motivar las sentencias, ni reserva su regulación en las correspondientes leyes adjetivas. Esta omisión justifica la necesidad de la regulación a que se refiere, si a ello se suma la falta de un mecanismo de control actual. Es decir, en los términos en que aparece redactado el precepto que se analiza, se aprecia su ausencia entre las infracciones susceptibles de recurso de casación, con independencia del efecto revocatorio o no que de su apreciación se derivara.

Claro está que, suplir las omisiones o rectificar las deficiencias normativas en el sentido que se analiza, no bastaría con que la sentencia adquiriera una cabal calidad argumentativa, pues para ello se requiere además, la adecuada preparación de los operadores judiciales, que son los que en definitivas tienen a su cargo la confección de la misma. Ahora bien, cabe señalar que desde la antigüedad todos los ordenamientos

jurídicos han tenido como objetivo ser plenos y coherentes. Es decir, siempre han pretendido satisfacer todos los requerimientos de la vida social, tener soluciones sabias para todos los conflictos y, al mismo tiempo, que fueran coherentes, orgánicos, sin antinomias.

En efecto en la vida práctica, bajo esa consideración, las normas jurídicas, no podrían, por muy previsor y laborioso que fuera el órgano legislativo de que emanaran, prever todas las circunstancias cambiantes de la vida y, necesariamente, aparecerían las antinomias. Pero el ordenamiento jurídico en todo su alcance, sí puede y debe instrumentar mecanismos para que, aún cuando haya antinomias, no se produzca el silencio jurídico, sino que se utilicen otros mecanismos y recursos jurídicos que vengan a completar, a integrar las nuevas soluciones que faltan en la ley. Así, surgieron algunas consideraciones sobre las maneras adecuadas de asegurar una correcta aplicación del Derecho, en pos de asegurar siempre la plenitud del ordenamiento jurídico.

A través de la autointegración, el sistema acude a sus propias soluciones y límites, como es la analogía, las leyes generales complementarias o, incluso a los llamados principios generales del Derecho. Aunque existen diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, hay problemas que son comunes a todos. Uno de ellos es el relacionado con la aplicación del Derecho a los casos concretos y especialmente con la necesidad de dar una solución justa a cada uno de los conflictos llevados a conocimiento del órgano jurisdiccional. Uno de los conflictos que se le presentan al Tribunal y a sus jueces son las conocidas antinomias de segundo grado, donde los sus criterios de solución no son aplicables y los operadores del Derecho tienen que decidir como solucionar el conflicto normativo. Ante dicho reto, los jueces pueden y deben acudir a la argumentación jurídica, la cual brinda la posibilidad de utilizar los mecanismos que regula el ordenamiento jurídico, para así tratar de solucionar el caso en cuestión, sin necesidad de crear un silencio jurídico.

Ante dicho supuesto, el órgano jurisdiccional debe buscar y hallar los fundamentos jurídicos, que desde la argumentación, le permitirán decidir el caso, pero sin dar una solución arbitraria. Por el contrario debe ser objetiva, y prudente cuando se trata de

dejar a un lado una norma formulada que prevé el caso, por ser una norma de igual rango.

2.3 Las antinomias de segundo grado y su solución en ordenamientos jurídicos foráneos

Al seguir, se analizan algunos cuerpos legales de diferentes ordenamientos jurídicos para conocer como regulan el tema de las antinomias, si consideran a la argumentación jurídica como solución a estas y que otras posibles soluciones le brindan a los operadores del Derecho para solucionar este caso. Se tomaron como referentes países como España, Argentina, Venezuela, México, Chile, Bolivia, y Colombia por ser países de América Latina y vinculados al ALBA⁷⁰ como movimiento integracionista y por ser de los más avanzados en pensamiento jurídico del área latinoamericana. Además pertenecen al mismo sistema de Derecho que Cuba, al germano- romano- francés, de ahí que sus principios y soluciones técnicas sean similares.

El **Código Civil Español** de fecha 11 de mayo de 1888, que fuera hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y que entrara en vigor el 5 de noviembre de ese mismo año, regula las antinomias al definir las como oscuridad o insuficiencia de leyes. Utiliza para su solución presupuestos jurídicos como los principios generales de Derecho y la jurisprudencia. De manera que establecía en su artículo 6 que “El tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho”.⁷¹

Luego el Código Civil español, después de la reforma llevada a cabo por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y el Decreto de 31 de mayo de 1974, en su artículo 1 recogió el sistema de las fuentes del Derecho y, con ello, las posibilidades de integración. En esencia no se alejó sustancialmente de la redacción antigua, puesto que establece que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la

⁷⁰Alianza Latinoamericana Bolivariana para las Américas(ALBA).

⁷¹**Código Civil cubano**, Publicación de Legislaciones. Volumen VII. Edición de Bolsillo. Publicación oficial del Ministerio de Justicia. La Habana, 1975.

costumbre y los principios generales del Derecho". Además, regula que los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. También, hace alusión a la jurisprudencia, que como lo regula este propio artículo, complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Luego, de analizarse el presente cuerpo legal, se puede concluir que aunque no lo realiza de forma explícita, ante las antinomias de segundo grado, los aplicadores del Derecho deberán remitirse a la interpretación de sus normas y hacer uso de las fuentes formales del ordenamiento jurídico, como criterio de solución.

En igual condición se encuentra **Argentina** que posee regulación del tema aunque no las denomina antinomias, sino que las trata como vacíos de la ley. Dentro del propio ordenamiento le brinda al juez su solución a través de la interpretación, aunque se considera que de manera indeterminada, pudiéndose deducir esto en el artículo 16 del Código Civil al regular que "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". El legislador remite expresamente en última instancia para resolver una cuestión civil, a los principios generales del Derecho, pero hay que resaltar que no especifica ante que situaciones se aplicarán, de manera que el juez deberá presumir que ante un conflicto de leyes de segundo grado serán estos los presupuestos que deben ser aplicados.

Venezuela por su parte, regula solamente en su artículo 4, que a la Ley deberá atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, es decir, limita a los jueces en cuanto a la interpretación. Regula además de regular que cuando no hubiere disposición precisa de la ley, o cuando existiese oscuridad en las normas a utilizar, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiera aún dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho.

México por su parte, regula el tema de las antinomias en el artículo 19 bajo la definición de controversias judiciales, y recoge que su solución será resolverse

conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, a falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de Derecho. El ordenamiento jurídico **chileno** en cambio es más explícito en cuanto a la posibilidad de interpretación, pues desarrolla en su articulado las posibles situaciones donde se aplicará. Pero resulta omiso, en cuanto a las antinomias, pues no hace alusión a este fenómeno, solo se refiere en cuanto a la oscuridad de la ley, y expresa en su artículo 24 que se solucionará de acuerdo al espíritu más conforme de la legislación y a la equidad natural.

Otro país que se analiza es **Bolivia**⁷², en el artículo 1 apartado segundo del Código de Procedimiento Civil, se regula que los tribunales no pueden excusarse de solucionar un caso del cual tienen conocimiento ni por falta, oscuridad o insuficiencia de la ley, debiendo pronunciar sentencia según la equidad que hace de las leyes, conforme a las disposiciones que comprenden casos semejantes al hecho particular que ocurriere. Además, en el Código Civil en el artículo 91 expresa que la interpretación de la ley deberá atender a los principios constitucionales, así como a los principios generales del Derecho Procesal.

Colombia en el Código de Procedimiento también hace referencia a la interpretación de la norma en su artículo 4, dando la posibilidad de aplicar los principios generales del Derecho. Además en el artículo 5 del Código de Procedimiento colombiano regula el tema de los vacíos y deficiencias y manifiesta que ante esto se aplicaran las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales del Derecho Procesal.

Pero, igualmente, en aquellos ordenamientos en que no se hace esa remisión, inexorablemente el órgano jurisdiccional tiene que recurrir a ellos, al no hallar en las otras fuentes, ya sea directamente o por vía analógica, la vía que le brinde solución. Pero, en cambio, si se analiza el **Código Civil cubano**⁷³ se encuentra una frágil fórmula que podría decirse que intenta ser mecanismo de integración. Al efecto, el artículo 2 de dicho Código Civil afirma que: “Las disposiciones del presente Código se interpretan y aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y

⁷²Código de Procedimiento Civil de Bolivia.

⁷³Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 59: “Código Civil”. Editorial: MINJUS. La Habana, 1999, artículo 2.

económicos del Estado cubano, expresados en la Constitución de la República.”⁷⁴ “El postulado de que el juez debe sentenciar siempre, si no es en base a una disposición de la ley o de la costumbre, al menos en base a la analogía y en último extremo según los principios generales del Derecho, constituye al mismo tiempo un principio general del Derecho”,⁷⁵ teniéndose como aceptada la opinión expresada por Legaz Lacambra.⁷⁶

La necesidad de apelar a esos principios se mantiene viva en todo sistema, pues no se puede prescindir de ello ni en países cuyos códigos no hacen esa referencia, como los de Francia y Alemania.⁷⁷ De tal manera, se encuentra en casi todos los ordenamientos jurídicos analizados, alguna fórmula de integración. Pero, se entiende que no presentan regulación en cuanto a las antinomias porque ningunos de los cuerpos tratados regula ninguna definición en específico y es por esto que los jueces tendrán que utilizar las fuentes para su solución, dejando en manos de ellos la manera de hacerlo a través de la interpretación. Esto conlleva a que no exista igualdad de criterios de solución y que cada antinomia que se presente, y en especial las de segundo grado, serán solucionadas totalmente de manera distintas. Como se ha podido observar, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos analizados del mundo actual, se acude a los llamados principios generales del Derecho, a la jurisprudencia, a las fuentes del Derecho para la solución de oscuridad, vacíos y conflictos normativos.

2.4 Fundamentos jurídicos, que desde la argumentación jurídica, permiten solucionar las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano

A los efectos de la investigación, la autora propone que para darle solución a las antinomias de segundo grado, se debe utilizar la argumentación jurídica. Esta posibilita la utilización de diferentes fundamentos jurídicos, que podrán ser aplicados como solución a este fenómeno, a falta de su regulación en el ordenamiento jurídico cubano.

⁷⁴Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley No. 59: “Código Civil”. Editorial: MINJUS. La Habana, 1999, artículo 2.

⁷⁵Legaz Lacambra, L. Filosofía del Derecho. Los principios. España, 2008 p.116-117.

⁷⁶ Ibídem. p. 118.

⁷⁷Ibídem. p. 119. En esos ordenamientos debe recurrirse a los principios generales del Derecho, al igual que en aquellos en que el legislador los incluyó dentro de las fuentes subsidiarias, dado que éstas existen con independencia de lo que determine aquél.

Entre ellos se encuentran la motivación, el criterio de racionalidad, la jurisprudencia, las fuentes del Derecho y los principios generales del Derecho, los cuales fueron corroborados empíricamente (Ver Anexo # 1).

La motivación será utilizada desde el punto de vista de la acción que realiza el juez para fundamentar la sentencia en un caso en concreto, la racionalidad será la voluntad del juez a la hora de la interpretación de las normas y su capacidad de decisión acorde con el principio de justicia social. Se entenderá por jurisprudencia o doctrina legal el conjunto de decisiones dictadas por los tribunales con forma de normas no escritas que se utilizan para unificar criterios en el momento de la interpretación del contenido de una norma. Igualmente, serán las decisiones reiteradas por el Tribunal Supremo como resultado de la interpretación de una norma jurídica, mientras que serán entendidos como principios generales del Derecho, aquellos principios que serán tomados como base para el ordenamiento jurídico de cada país.

Motivación

Es en la sentencia donde se debaten un conjunto de elementos y factores que no son precisamente de carácter lógico, porque aunque la resolución se estructura alrededor de ese silogismo fundamental, este se tiene que complementar con operaciones intelectuales que son ajenas a la pura lógica aplicada. Esto da paso a la argumentación jurídica, que se considera solución a los casos donde no se permita determinar esa consecuencia jurídica que se extrae de las dos premisas que la originan, lo que se traduce en la operación de examinar todos los argumentos probatorios y demostrativos que implican que el juzgador tenga que valorar.⁷⁸

Para explicar esta complementación Atienza detalla que, de lo que se trata, es de una equivocación en los conceptos. Es aquí donde muestra su distinción entre explicar y justificar una decisión por un lado, y por otro dentro de la justificación, una distinción entre lo que hoy se suele llamar justificación interna y justificación externa. Aquí alude a que entre explicar y justificar decisiones existe un contexto de descubrimiento y un contexto de justificación, “partiendo de lo cual una cosa es el procedimiento mediante el que se llega a establecer una determinada premisa o conclusión, lo que sería descubrir

⁷⁸Enríquez Guerra, C. Teoría del Derecho. España, 2009. p. 7

o enunciar a las mismas, que no requiere un razonamiento lógico, y otra cosa es el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión, validarla, que quiere decir confrontarla con los hechos para mostrar ese carácter, lo que si es expresión de un razonamiento lógico. Por ende, no se trata de ir de la conclusión a las premisas, que es el error en el que incurren los detractores del papel de la lógica en este asunto, sino al revés, justificándolas aun cuando la decisión sea fruto de prejuicios del juez”.⁷⁹

Dentro del contexto de justificación, la interna es cuando un juez o un tribunal han llegado a establecer, por un lado, la premisa normativa y por otro la premisa fáctica, es decir la justificación de la conclusión. La justificación externa por otro lado se emplea cuando el juzgador trabaja supuestos en los que el establecimiento de la premisa normativa y/o de la premisa fáctica resulta una cuestión problemática, en tales casos, es necesario presentar argumentos adicionales en favor de las premisas, que probablemente no serán ya argumentos puramente deductivos. Este tipo de justificación consiste en mostrar el carácter más o menos fundamentado de las premisas.⁸⁰

Visto así, a pesar de que algunos autores definen indistintamente los términos motivar y argumentar, explicar una decisión judicial, requiere que se expongan las razones que permiten que se conciba el fallo como efecto de esas propias razones o causas. Por otra parte, justificar una decisión judicial sería mostrar razones que permitan considerar que lo acordado en el fallo es algo atinado. Es por ello que han de distinguirse esos conceptos y que se ha mostrado que los cuales se entienden ambiguamente como sinónimos de la motivación.

Autores como Vázquez Sánchez⁸¹ y Atienza⁸² diferencian los términos, para su utilización. Los mencionados autores entienden por motivación el concepto genérico, que equivale también a fundamentación. La motivación genérica se desenvuelve entre

⁷⁹Atienza, M. Las Razones del Derecho, Teorías Sobre la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.1997. p. 22. versión digital.

⁸⁰Ibidem. p. 25.

⁸¹Vázquez Sánchez, O. La Argumentación Jurídica en el Tribunal Constitucional Español: los casos fáciles, difíciles...trágicos. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382. p. 200-218.

⁸²Atienza, M. Las Razones del Derecho. Teorías Sobre la Argumentación Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España, 1997. p. 22. versión digital.

dos campos específicos tal y como indica Atienza: la explicación y la justificación. Entendiéndose el primero como motivación psicológica o contexto de descubrimiento, que consiste en la descripción de las causas que han provocado la aparición del fallo o parte dispositiva, que es su efecto. En cuanto a que la sentencia es un fenómeno anímico, se refiere necesariamente a un proceso psicológico, es decir, la motivación sería el planteamiento de las premisas que por sí solas avalan o explican el fallo, la llamada justificación interna de la sentencia.

“El segundo sería la motivación jurídica, o contexto de justificación, como indica Atienza, las bases jurídicas en que se apoya, es decir los llamados “fundamentos jurídicos” en la práctica procesal. La argumentación estaría dada en el aporte de razones que precisamente justifiquen la validez de esas premisas e incluso de la conclusión, razones pertinentes con las que se pueda rebatir otras que conlleven a una conclusión diferente. Aquí se emplean argumentos, que contengan presupuestos científicos, económicos, políticos, sociales, teórico-prácticos y hasta individuales del juez”.⁸³

La práctica de este presupuesto tiene que estar atinada al cúmulo de situaciones, circunstancias, fenómenos y procesos que en sentido general, integren el componente empírico que posea el juez que se va a enfrentar a un caso en concreto. Se puede afirmar entonces, que ante un caso de los denominados fáciles, basta con realizar la operación de motivar la sentencia, pero cuando se trata de casos difíciles que son la inmensa mayoría, no solo basta con motivar la resolución, se debe hacer valer esa motivación justificando premisas y conclusión con la argumentación jurídica.⁸⁴

Atienza, cuando trata el tema muestra un esquema para argumentar casos difíciles que implica, primero determinar cuáles problemas lo colocan bajo esta denominación, identificando cuatro de estas dificultades: 1) problemas de relevancia, cuando existen dudas sobre cuál será la norma aplicable al caso; 2) problemas de interpretación, cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al

⁸³ *Ibíd.* p. 23.

⁸⁴ Vázquez Sánchez, O. La Argumentación Jurídica en el Tribunal Constitucional Español: Los casos fáciles, difíciles...trágicos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 9, 2005/2006, ISSN 1575-7382. p. 200-218.

caso; 3) problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; 4) problemas de clasificación, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma.⁸⁵

Se debe reparar en cual es la razón del problema que existe. En tercer lugar, hay que construir hipótesis de solución para el problema, es decir, hay que construir nuevas premisas. En cuarto lugar, hay que justificar las hipótesis formuladas. En quinto y último lugar, hay que pasar de la nueva o nuevas premisas a la conclusión.

Cuando se lee una sentencia, sean o no destinatarios directos, se espera encontrar en su texto, en mayor o menor grado las razones o argumentos jurídicos que hayan propiciado el fallo. Por supuesto que, para alcanzar tal objetivo la sentencia ha de estar permeada de la suficiente motivación que permita acoger la decisión contenida en la misma como algo correcto o aceptable. Es obvio que una acción puede estar motivada, pero no justificada. Cuando se habla en contextos jurídicos de la necesidad de motivar las sentencias, lo que normalmente se quiere decir es que estas deben ser argumentadas y fundamentadas.

El término motivar es, una palabra ambigua, pero afortunadamente la anterior distinción no es una distinción terminológica, sino conceptual. Así queda expuesta sucintamente el significado de la motivación, que no se reduce a las razones explicativas, pues con estas se trata de dar cuenta de por qué se tomó una determinada decisión, cual fue la causa que la motivó y que finalidad perseguía, mientras que lo que se busca con la justificación que entraña el motivar una resolución judicial, es que la decisión resulte aceptable o correcta.

Esta distinción resulta de gran importancia, pues doctrinalmente, son operaciones que muchas veces se entrecruzan y no resulta fácil su delimitación. Es así, que del mismo modo que las cuestiones de justificación presentan un papel en la explicación de la decisión; la explicación de las decisiones facilita también la tarea anterior, es decir, se entrecruzan y no pueden deslindarse una de la otra.

⁸⁵Atienza, M. Las Razones del Derecho, sobre la justificación de las decisiones judiciales. Versión digital p. 63.

La exigencia de motivación responde a la finalidad de control del discurso del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal. Implica además control no solo de procedencia externa, sino que no puede carecer de esa proyección interna sobre el propio operador y cuyo fin es comprometerle para evitar la aceptación acrítica como convicción de alguna de las peligrosas sugerencias de la certeza subjetiva.⁸⁶ Con ello se evita el peligro de que el juez rebaje el nivel de racionalidad exigible en su trabajo pues en todo caso, la sentencia no deja de estar dirigida a terceros, a toda la sociedad, lo que impone que se dote de la información necesaria para que resulte un texto autosuficiente, sin necesidad de remisiones a otros actos del proceso.

De acuerdo con la línea explicativa de Nieto García, se coincide en que cuando el juez decide que va a dictar sentencia, tiene que realizar simultáneamente dos operaciones que en el orden analítico pueden ser separadas. Se trata de la determinación de los hechos y la determinación de la norma aplicable. Pero convencionalmente este último aspecto ha de ser tratado primero. Inicialmente, el juez tiene que determinar la existencia del texto normativo, tanto en el aspecto de aplicabilidad que supone el examen de su vigencia, como en el aspecto del sentido que haya que darle a la misma, que constituye la interpretación. Por otra parte, no se trata solo de entender el texto en términos gramaticales, sino que al unísono hay que ir haciendo aclaraciones de índole jurídica, en virtud de la posible existencia de conceptos vacuos o ambiguos y se requiere dotarlos de un contenido jurídico concreto, para de esta manera apoyar el razonamiento sobre ellos.

Durante el proceso de determinación de la norma que se va aplicar, se pueden encontrar disímiles escollos para su interpretación. Pues como el Derecho padece lagunas, falta de coherencia y no son pocas las normas ambiguas que dificultan que el operador pueda interpretar su contenido a cabalidad, pero esto no puede ser esgrimido para abstenerse de la solución del caso sometido a su discernimiento. En ese caso han de ser utilizadas las técnicas de interpretación, con arreglo a la autorización emanada

⁸⁶Reyna, O. La sentencia en el proceso civil. Su argumentación. Santiago de Cuba, Cuba. 2004. p. 10

del sistema de fuentes establecido en cada país, y que se han tratado con anterioridad en el primer capítulo de la presente investigación. Tras todo el recorrido, aparece la norma con la que supuestamente ha de dictarse el fallo, la que puede ser o no coincidente con la planteada oportunamente por las partes. Luego se realiza otra de las operaciones inherentes a la motivación en el quehacer del juzgador una vez que ha decidido dictar la sentencia: la determinación de los hechos; lo que en verdad constituye una tarea ardua y compleja, pues se trata de precisar tales hechos, si han sido alegados oportunamente y si constan por alguna circunstancia o han sido probados y en tal caso efectuar la crítica y apreciación de las pruebas correspondientes.

La sentencia ha de contener las motivaciones precisas, de modo que si no se razona sobre la base de las pruebas tenidas en cuenta para la fijación de los hechos, es evidente que queda sin motivar aquello que es lo básico de la sentencia. Dicho razonamiento debe constar en forma expresa en el propio texto de la resolución judicial. De modo tal que, de su exposición aparezca como una sentencia fundada, pudiendo conocerse los criterios del Tribunal en virtud de la argumentación de su decisión con la necesaria base, incorporándole otros juicios de valor que pudieran derivarse de aquellos.

Es tal la trascendencia de la motivación de las sentencias, al margen de una materia en específico, que ha ido en aumento la incorporación en los textos constitucionales de tal obligación y en otras normas positivas, al punto que constituye condición insoslayable de la legitimidad de tales decisiones judiciales.

Racionalidad

El sistema jurídico debe configurarse siempre de acuerdo con los principios de unidad y coherencia. La coherencia es entendida como criterio de racionalidad, que implica la justificación del sistema en su totalidad. Pero racionalidad significa el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas que constituye una expectativa de la consistencia, no debe considerarse como certeza.⁸⁷ Es una propiedad positiva del

⁸⁷Según Alexys y Peczenik, la consistencia como propiedad negativa, indica la ausencia de contradicciones en un sistema, y podría ser considerada como una condición necesaria de la coherencia.

sistema que describe una relación congruente entre las normas. La teoría del Derecho contemporáneo, considera este como un sistema de normas, que opera conforme a ciertos criterios de racionalidad, tales como el sistema completo, la coherencia e independencia de sus normas, así como la compatibilidad de sus prescripciones.

Al decir de MacCormick, la coherencia de un sistema jurídico significa que un conjunto de normas jurídicas no se contradigan, y que en su totalidad impliquen la persecución de principios, políticas y valores, creando así la racionalidad.⁸⁸ La relación lógica entre las normas debe ser posible, ya que de otra manera no podría operar el orden jurídico como un sistema, por ello se presupone el desarrollo racional de los sistemas normativos. Por esto se considera que el problema de las antinomias se puede evitar y solucionar a través de la racionalidad. Sieckmann considera que una norma es jurídicamente válida solo cuando los órganos del sistema justifican y motivan racionalmente la obligación de aplicarla y cumplirla. Este tipo de pretensión (de justificación racional) del Derecho requiere en su opinión de una construcción del sistema jurídico como un modelo donde se interrelacionan principios, reglas y procedimiento. Esta tesis de pretensión de racionalidad permite vincular la validez jurídica con los órganos aplicadores del Derecho.

La racionalidad se trató en un inicio con mayor importancia en el ámbito de su aplicación por el legislador, pues se consideraba que si este era racional ya era suficiente para que el producto de su actividad no necesitara de la interpretación y la argumentación jurídica. Sin embargo, en la actualidad se trata en función de la racionalidad aplicada al juez como operador del Derecho, por la necesidad elemental de interpretación y argumentación al momento de aplicarlo.

Las decisiones jurídicas se adoptan siempre partiendo de las normas que forman el sistema, aunque es cierto que en ocasiones las disposiciones pueden ser vagas e indeterminadas de modo que permiten al intérprete seguir disímiles caminos, pero, en cualquier situación constituyen siempre el marco de justificación de todas las decisiones. Pero el hecho de que una decisión se adopte de acuerdo a la ley y a sus

⁸⁸MacCormick Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Editorial:Oxford. 1978. p. 106.

reglas no garantiza su racionalidad, pero sí evita la arbitrariedad porque esta trasciende a la esfera personal del sujeto que va a decidir el caso en cuestión.

La teoría de la argumentación jurídica ha prestado especial atención al proceso de interpretación y aplicación del Derecho, convirtiéndose en uno de sus temas más tratados por la falta de racionalidad que se ha producido en la mayoría de los sistemas jurídicos. Es por ello que, se ha tratado de suplir la racionalidad del ordenamiento, con la del juez, para que la aplicación del Derecho quede sometida a una serie de reglas que garanticen una cierta racionalidad en la actuación judicial. Aunque es de resaltar, que esta también es relativa y provisional, pues los jueces gozan de cierta libertad a la hora de realizar la decisión de cual es la que se va a aplicar y de realizar las valoraciones necesarias que le conduzcan a la solución de las antinomias en un caso concreto.

La voluntad del juez se configura a través de un esquema de silogismo, si bien lo que origina el proceso es la discusión de alguno de sus elementos, también se le añade la motivación, inherente a toda decisión judicial, que tiene como fin convencer al auditorio de que la decisión no es arbitraria, y que el operador judicial manifieste siempre la racionalidad de toda decisión, es decir, de su aceptación en el contexto social.⁸⁹ Pero hay que resaltar, que no se puede hacer depender la racionalidad del proceso que sigue el intérprete para la toma de decisiones. Si lo cierto es que el conjunto de normas formales pueden aparecer como garantía de la racionalidad, pero nunca como causa directa de la misma. La racionalidad dependerá, más bien, de la norma sustantiva aplicable al caso y de la capacidad del intérprete.

Este principio puede ayudar a resolver las antinomias de segundo grado en el sentido que facilita la interpretación entre las normas en conflicto. Cuando un orden jurídico puede ser calificado como racional, esto se debe a su consistencia porque no existen conflictos entre normas. Ser racional en la solución de las antinomias, como expresa MacCormick, es tener sentido, ser congruente, y tener presente que las normas se

⁸⁹Martínez Martínez, F. La motivación judicial. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, No. 8, 2004/2005, ISSN 1575-7382. p. 43.

encuentran relacionadas racionalmente como un conjunto, ya sea en función de valores comunes o para la satisfacción de uno o varios principios, como el de justicia.

Para asegurar la racionalidad de la decisión existen criterios cuyo cumplimiento posibilita que se califique la actividad judicial y su resultado como racional. Con la racionalidad se pretende evitar la arbitrariedad y controlar de algún modo la actuación de los sujetos a los que se les encomienda la responsabilidad de dirimir conflictos. Su necesidad se observa desde que en la actualidad se reconoce, que los sistemas jurídicos no pueden proporcionar en todos los casos una respuesta clara y segura que sea deducible del contenido de las normas, porque a pesar de que se respete la ley, esta siempre deja un margen decisorio a sus aplicadores, por la necesidad de que sea interpretada.

En general las teorías de la argumentación jurídica brindan mayor atención en torno a tres problemas fundamentales: el control, la motivación y la propia racionalidad de las decisiones jurídicas. El objetivo de la mencionada teoría es someter a examen la actividad judicial que se materializa en la justificación, y para ello proponen que se utilicen determinados criterios y reglas para poder entender que una decisión esta suficientemente justificada.

La actividad judicial puede caracterizarse como un proceso en el que el sujeto llamado a decidir, selecciona diversas normas, hechos y valores. Este proceso presupone la adopción de un número considerable de decisiones que tienen un carácter previo y que condicionan la decisión final. Antes de la solución del caso el juez tiene que tomar decisiones en cuanto a las normas que le son aplicables, a los criterios de interpretación que se pueden utilizar, a la selección y calificación de los hechos. Se deberá apegar a las fuentes del ordenamiento jurídico, pero además tendrá que utilizar otros fundamentos que argumenten la decisión como el criterio de racionalidad con el cual los jueces decidirán de acuerdo a su justicia social, oportunidad, corrección y los principios generales del Derecho.

Jurisprudencia

Se presenta la necesidad de definir el alcance de ambos sentidos de la jurisprudencia. En el ámbito del Derecho se puede definir el primer sentido como: la Ciencia del Derecho, actividad que realizan los juristas cuando describen el Derecho y que se

configura como una actividad de interpretación, o como el Derecho elaborado por los Tribunales. En ese sentido y dependiendo del sistema, puede tratarse tanto de normas individualizadas como también de normas generales. En el segundo sentido, se va a definir como producto de la norma creada conforme a un determinado procedimiento, siguiendo los criterios establecidos en otra, tales como la reiteración o la no interrupción y por lo cual adquiere fuerza obligatoria respecto a los órganos que en otra norma se determinen, o como la jurisprudencia siendo el significado de una norma en uso de la interpretación.⁹⁰

La jurisprudencia como norma, obtiene su valor como tal a partir de lo que regule la Constitución de cada país. Al ser la norma suprema del ordenamiento jurídico, esta determinará el rango y la fuerza derogatoria de cada una de sus normas. La jurisprudencia en el sistema anglosajón será entendida como el conjunto de sentencias dictadas por los tribunales superiores, las que sirven para unificar criterios sobre la interpretación de una misma norma de manera homogénea. En sentido material será el proceso de interpretación y argumentación que realizan los jueces con el objetivo de establecer el significado de una norma. La jurisprudencia es el instrumento que permite decidir la norma aplicable a través de la utilización de la interpretación, aplicándose en este caso para la solución de las antinomias, de un sistema jurídico determinado. Para el sistema germano- francés es jurisprudencia, cuando los tribunales con sus normas, observan la necesidad de interpretarlas. Entonces ocurre que en ocasiones la interpretación de una disposición jurídica es difícil y, ésta es característica distintiva de la jurisprudencia en el sistema romano francés, cuando el máximo Tribunal, es decir, sólo el Tribunal Supremo, reitera la misma interpretación de un precepto, se dice que sienta jurisprudencia, que crea una doctrina jurídica.

La jurisprudencia emana de la interpretación y juega un papel importante en la solución de las antinomias que se evidencia a través de su función y significado. En el proceso de solución de antinomias se utiliza por su carácter de norma general cuando es creada. Produce cambios en el orden jurídico, incluyéndose una nueva norma y sus

⁹⁰Huerta Ochoa, C. La jurisprudencia como técnica. Instituto de Investigaciones jurídicas. UNAM. México, 2003. p. 12.

posibles consecuencias lógicas en el sistema jurídico. Además, que se utiliza con fuerza, en el proceso de interpretación y argumentación para desentrañar y conocer el alcance de la norma que se decide aplicar para dar solución al caso. Con ello, se confiere certidumbre sobre su aplicación y así se logrará una mayor seguridad jurídica. El intérprete debe tener en cuenta su responsabilidad a la hora de crear jurisprudencia, por lo que la argumentación de las resoluciones es fundamental y esta debe ser siempre coherente con el sistema jurídico.

A modo de conclusión, la jurisprudencia es una herramienta que se debe aplicar siempre que sea posible, en la solución de los conflictos normativos, ya que su utilización proporciona la seguridad jurídica necesaria, en la medida en que permite un mayor grado de certeza en la aplicación de la norma.

Fuentes formales del Derecho

La solución de los conflictos normativos radica en la posibilidad de identificar y sistematizar las fuentes que integran un sistema jurídico, simplifica el procedimiento mediante la determinación de la prevalencia de las normas en la aplicación. Una ventaja que esto representa es que al seguir criterios formales establecidos por una norma, se elimina en gran medida la discrecionalidad del juez, logrando un mayor grado de objetividad en la toma de decisiones.

En principio se puede decir que el término fuente tiene tres significados: como proceso de creación normativa, como norma y como argumento en la toma de decisiones. Esto se debe a que si bien el término fuente se refiere primordialmente al ámbito normativo, también es utilizado para referirse al acto mismo, es decir, a la norma como clase. La relevancia de la clasificación e identificación de las fuentes radica en la posibilidad de determinar su obligatoriedad y, por ende, la prevalencia de las normas en ciertos tipos de antinomias.

La investigación selecciona como fuentes de interés, las conocidas como formales por su utilización en la solución de antinomias. Se entiende como fuentes formales del Derecho, los procedimientos, métodos, mecanismos, y también a los organismos o autoridades que dan nacimiento al Derecho, o que legitiman su existencia, siempre que esos actos, procedimientos y autoridades estén y legitimados por las normas de reconocimiento y, sobre todo, por las de adjudicación y cambio. Dentro de esta

clasificación se pueden encontrar la costumbre, la jurisprudencia y el acto normativo. Siendo de gran importancia para la investigación las dos primeras por su utilización en varias disposiciones normativas de países analizados para solucionar las antinomias.

En materia de conflictos normativos el análisis de las fuentes como procedimiento es relevante, en tanto permite determinar la validez formal de las normas, pues una deficiencia en el proceso de creación, puede generar una infracción. Diversas normas pueden ser invocadas en el proceso de solución de un caso, lo cual puede indicar la existencia de una antinomia. Las fuentes además han sido utilizadas según criterios de varios autores, dentro de los cuales se destaca Hart, como argumentos para la toma de las decisiones, al considerarlas como buenas razones para el fallo.⁹¹

Las fuentes sustantivas, tienen un peso diferenciado en la argumentación y carecen de autoridad, por lo tanto su uso no es obligatorio sino permitido siempre y cuando no este prohibido por alguna disposición jurídica, de tal manera que su carácter es ser razones de apoyo. A este grupo pertenecen, los argumentos prácticos que forman parte del razonamiento práctico, los datos sociológicos, los argumentos históricos o comparativos, que sirven como factores que contribuyen a la interpretación, la doctrina, y los valores, a pesar de que fué en principio éstos son propios de la moral.⁹²

Conocer el sistema de fuentes sirve para determinar las reglas de prelación entre las normas en caso de conflicto de normas, pero no todos los problemas de incompatibilidad se resuelven mediante el criterio de jerarquía, así que las fuentes requieren de otros criterios para poder ser ordenadas. Estos criterios proporcionarían los lineamientos para la aplicación de los principios relativos a la jerarquía y especialidad de las normas, de tal manera que se establecieran reglas útiles para las antinomias similares. En tanto, no se especifique en un sistema jurídico de otra manera

⁹¹Hart, A. El concepto de Derecho. Editorial: Fuente. 1992. p. 312.

⁹²Tomado de Validity and Legal conflicts, Yale Law Journal, New Haven Connecticut, vol 82 de 1973 p. 1173. Según Stephen Munzer, cuando en un caso de conflicto el juez debe elegir la norma aplicable y debe recurrir a criterios, reglas o principios, pero no basarse en el simple arbitrio. Sin embargo considera que la solución no necesariamente se encuentra en el sistema, ya que los criterios pueden ser insuficientes, por lo que los jueces pueden recurrir a otras fuentes, las cuales a su vez pueden entrar en conflicto con otras fuentes.

la regla aplicable a la temporalidad, siempre será relativa a las de jerarquía y especialidad.

A modo de conclusión se puede decir que las fuentes posibilitarán decidir la norma aplicable al tener en cuenta los diferentes criterios recogidos en el sistema jurídico y sirviendo de aporte jurídico una ayuda al intérprete para la solución de las antinomias de segundo grado cuando estos criterios no le sean aplicables.

Principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho se pueden definir como ciertas reglas, postulados, fundamentos y apoyaturas esenciales de un sistema jurídico determinado, los cuales son también condicionados históricamente, y se encuentran en pleno y constante desarrollo. Desde el punto de vista de su utilización práctica, no cabe duda de que esos principios generales del Derecho desempeñan los tres ámbitos siguientes:

a) Con un sentido de orientación y guía para la mejor interpretación de las normas jurídicas, para acompañar la racionalidad de ese proceso de aplicación-interpretación.

En ese caso los llamados principios generales del Derecho, como dijera López Nuño, brindan una base lógica e incluso técnica para una mejor interpretación.⁹³

b) En otro sentido, los principios generales del Derecho pueden servir, como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, como solución a las antinomias del Derecho, en especial a las de segundo grado. En ese caso a falta de criterio de solución aplicable, o de costumbre del lugar, se puede acudir, al conocimiento de los principios generales del Derecho.

c) Los principios generales del Derecho pueden y deben ser usados desde una amplia dimensión axiológica, como criterios valorativos absolutos, que de ese modo permiten una orientación ética de sus normativas variables. Se puede utilizar ante la equidad como criterio de justicia, la irretroactividad de la ley, y la publicidad de la misma.⁹⁴

⁹³Huerta Ochoa, C. Conflictos Normativos. Instituto de Investigaciones jurídicas.UNAM. México, 2003 p. 165.

⁹⁴Se pueden mencionar principios tales como *nullum crimen et nulla poena sine previa lege poenale*; o como aquel de que la inocencia se presume y quien la impugne tiene que probarla; o como el que afirma que el goce de los derechos tiene como límite natural el ejercicio del derecho del otro; o el que sostiene la irretroactividad de la ley penal más severa; entre muchos otros principios que conforman el contenido de un ordenamiento jurídico.

Los principios generales del Derecho poseen relevancia en el proceso de interpretación y argumentación jurídica en la solución de las antinomias, ya que no puede negarse su función en la creación y aplicación del Derecho. Estos le sirven al juez como fuente autoritativa o sustantiva dependiendo del sistema, para resolver la cuestión de que norma es la aplicable. Pueden también ser utilizados de conjunto con otras fuentes del Derecho, para justificar sus decisiones. Además, sirven como refuerzo para el logro de la seguridad jurídica donde se posibilita la discrecionalidad.

De acuerdo con los postulados de Huerta Ochoa, se entiende que en el proceso de la toma de decisiones, los principios generales de Derecho también pueden ser invocados con el objeto de hacer evidente la existencia de un impedimento para aplicar una norma. Así, en ocasiones el conflicto no es producido por la norma aplicable, sino que el juez produce el conflicto entre la norma aplicable y un principio durante el proceso de argumentación, cuando considera que la norma no debe ser aplicada.⁹⁵ Este tipo de valoraciones implica un margen de discrecionalidad para el juez basado en el criterio y racionalidad que decide obrar al margen de la letra de la ley para favorecer la justicia.⁹⁶

Sin embargo, hay que resaltar que no siempre los principios del Derecho se encuentran de manera explícita, sino que hay que encontrarlos a través de la interpretación de diversas normas. En la solución de estas antinomias de segundo grado, los principios tendrían función supletoria, integradora o correctiva de los criterios doctrinales establecidos.

A modo de conclusión parcial, en el presente capítulo se analizan los fundamentos teóricos relativos a la argumentación jurídica en determinados ordenamientos jurídicos foráneos, así como su análisis en Cuba a partir de la diferencia teórica existente entre esta categoría y la motivación. Se identifican además, los principales fundamentos jurídicos que permiten desde la argumentación jurídica, solucionar las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano.

⁹⁵Huerta Ochoa, C. Conflictos Normativos. Instituto de Investigaciones jurídicas.UNAM. México, 2003 p. 165.

⁹⁶Ibidem. p. 182.



CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Una vez concluida la investigación se arribaron a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Desde la perspectiva teórica, las antinomias se materializan cuando existen dos cuerpos legislativos vigentes de un ordenamiento jurídico que regulan una misma relación jurídica, pero brindando soluciones jurídicas contradictorias entre si. En la praxis se utilizan indistintamente, varios términos para hacer referencia a esta situación jurídica, entre ellos, antinomias, conflictos de leyes y conflictos normativos.

SEGUNDA: En la doctrina se establecen como criterios de solución para las antinomias el de jerarquía, el cronológico y el de especialidad. Sin embargo, estos criterios en ocasiones no pueden ser aplicados al existir normas jurídicas que pertenezcan a un mismo nivel jerárquico, o de cronología o a la misma especialidad. En este caso, en la Teoría moderna del Derecho estas antinomias reciben la categoría de segundo grado y uno de los criterios de solución que se reconoce es la argumentación jurídica.

TERCERA: Los fundamentos jurídicos que se utilizan, desde la argumentación jurídica, para solucionar las antinomias de segundo en los ordenamientos jurídicos foráneos analizados son: la costumbre dentro de las fuentes del Derecho, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia y la interpretación. De ellos, los más utilizados son la costumbre y los principios generales del Derecho.

CUARTA: Los fundamentos jurídicos, que permiten desde la argumentación jurídica, solucionar las antinomias de segundo grado en el ordenamiento jurídico cubano son: la motivación, la racionalidad, la jurisprudencia, las fuentes del Derecho y los principios generales del Derecho.



RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES

Una vez expuestas las conclusiones de la presente tesis, se proponen las siguientes recomendaciones:

PRIMERA: En el orden teórico y legislativo considerar los fundamentos jurídicos identificados al abordar estos criterios de solución desde la argumentación jurídica, ante las antinomias de segundo grado, toda vez, que el ordenamiento jurídico cubano no recoge taxativamente la solución que debe seguir el juez ante esta situación jurídica.

SEGUNDA: En el orden académico, potenciar en Cuba el desarrollo de investigaciones dirigidas a profundizar los postulados sobre las antinomias de segundo grado y los criterios de solución, tomando como referente la argumentación jurídica. Así como, organizar talleres y seminarios que contribuyan al conocimiento del tema y socializar la investigación a fin de que sea utilizada como bibliografía para la asignatura de Teoría General del Derecho.



Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Bulté, Julio. (2005). *Teoría del Estado y el Derecho en Cuba*, Tomo II, p. 75. La Habana: Editorial: Félix Varela.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. *Constitución de la República de Cuba*.

Atienza, M. (1997a). *Las razones del Derecho, sobre la justificación de las decisiones judiciales.*, p. 56. España: Universidad de Alicante.

Atienza, M. (1997b). Las razones del derecho. En, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Universidad de Alicante). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, Manuel. (2005). *Argumentación y legislación*, p. 53. España: Universidad de Alicante.

Bobbio, N. (1991). *Teoría general del Derecho*, 201 - 209. Editorial Debate.

Consideraciones acerca de las antinomias. (2012, Abril 23).
<http://www.xuletas.es/fichas/antinomias>.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. *Ley no. 5 de Procedimiento Penal*.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. *Ley no. 7 de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico*.

Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. *Ley 59: Código Civil cubano*.

De Silva, C. (1995). *La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho*, p.13. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Dworkin, R. (1984). La discriminación inversa. En, *Los Derechos en Serio* (1ra Edición) (págs. p. 327-348).

Enrique Guerra, C. (2009). *Teoría del Derecho*, p.7. España: Editorial Debate.

Fernández, E. (1992). *Introducción a la teoría del Derecho.*, 154. Valencia: Editorial: Tirant lo Blanch.

Ferrari Yaunner, M. (2012). *La Teoría de la Argumentación Jurídica. Génesis y presupuestos*. La Habana, Cuba. Versión Digital.

Guastini, R. *Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento*. p.58.

Guastini, Ricardo. (200). *Antinomias y Lagunas*, p. 10-25. España: Universidad de Génova.

Guastini, R. (1995). *Ordenamiento jurídico*, 153. Turín: Editorial: UTET.

- Hermenéutica. (2012, Noviembre 28), *Enciclopedia Microsoft Encarta*.
- Huerta Ochoa, Carla. (2003). *Conflicto Normativo*, p.12. México: Editorial Instituto de Investigaciones jurídicas. UNAM.
- Kelsen, H. *Derecho y lógica*, p. 14. México, DF: UNAM.
- Legaz Lacambra, L. (2008). *Filosofía del derecho. Los principios.*, p. 116- 119. España.
- Lifante Vidal, Isabel. (1999). *La Interpretación Jurídica en la Teoría del Derecho Contemporáneo.*, p. 25. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MacCormick, Neil. (1990). *Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico*.p. 22. Barcelona, España.: Editorial: Ariel.
- Magariño, F. G. R. Sobre la esencia lógico matemática del ordenamiento jurídico. No. 12(Revista telemática de Filosofía del Derecho), p. 2.
- Martínez Martínez, F. (2004). La motivación judicial, No. 8(Revista Telemática de Derecho).
- Martínez Roldán, L. (1988). *Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen.*, 100 - 105. Madrid, España: Editorial La Ley.
- Mondelo García, José W. (2009). Análisis de una ausencia: la argumentación jurídica en Cuba. p. 15. Universidad de Oriente, Cuba.
- Muñoz González, A. J. (2013, Febrero 26). Casos difíciles y derecho., <http://www.filosofiyderecho.com>.
- Muñoz González, A. J. (2007). Casos difíciles y Derecho como integración. Estudio sobre la teoría jurídica de Ronald Dworkin.
- MacCormick, Neil. (1978). *Legal reasoning and legal theory*, 106. Editorial: Oxford.
- Poder Judicial de Bolivia. *Código de Procedimiento Civil de Bolivia*.
- Portillo Vera, P. N. (2006). *Reflexión sobre la teoría del derecho desde la perspectiva de Hans Kelsen, h l a Hart y Alf Ross*, p. 22. México, DF: Ciudad Universitaria.
- Puig Peña, F. (1972). *Compendio de derecho Civil Español*. España: Editorial: Pamplona.
- Retórica. (2001). *Enciclopedia Microsoft Encarta*.
- Reyna, O. (2004). La sentencia en el proceso civil. Su argumentación. p. 10.

- Ross, A. (1958). On law and justice. Editorial: Central de Londres. Inglaterra. p. 102.
- Saavedra. Lección 8. El sistema del derecho. La norma jurídica y el ordenamiento jurídico. En *Curso de Filosofía del Derecho*, Tomo II (p. 3-9).
- Sesma, V. I. (1989). *Lenguaje legal y sistema jurídico, cuestiones relativas a la aplicación de la ley*. p.79. Madrid, España: Editorial: Tecnos.
- Vásquez Sánchez, O. (2005). La argumentación jurídica en el tribunal constitucional español: casos fáciles y difíciles... trágicos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (No.9), p. 200 - 218.
- Viehweg, Theodor. (1999). Acerca de la tópica especialmente en el ámbito jurídico. En , *Tópica y Filosofía del Derecho* (p. 201). Barcelona, España.: Editorial: Gedisa.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid, España. Editorial: Taurus.
- Viehweg, T. (1972). *Tópica y filosofía del derecho*, p. 155. Madrid, España: Editorial: Taurus.



ANEXOS

ANEXOS

Encuesta aplicada a jueces de la provincia de Cienfuegos con el objetivo de determinar el conocimiento de los aspectos teóricos jurídicos ante las antinomias de segundo grado y la argumentación como criterio de solución a partir de la identificación de fundamentos jurídicos que la conforman.

Anexo # 1 Encuesta aplicada a jueces de la provincia de Cienfuegos:

La presente encuesta está dirigida a los juristas que conforman la plantilla del Tribunal Provincial Popular y Tribunales Municipales. Por ello, solicitamos su colaboración brindándonos sus criterios teóricos sobre las antinomias y sus posibles soluciones en la praxis judicial cubana tomando como referente la argumentación jurídica. Es muy importante su valoración al respecto, por lo que le pedimos que preste atención a cada una de las preguntas de esta guía de entrevista y responda con sinceridad y responsabilidad las mismas. Muchas gracias.

Objetivo del cuestionario aplicado:

1. Obtener información teórica sobre las antinomias y los criterios de solución, tomando como referente esencial la argumentación jurídica que poseen los juristas.
2. Demostrar que es insuficiente la doctrina existente en Cuba sobre los criterios de solución de las antinomias en la praxis judicial cubana.
3. Identificar los elementos jurídicos que deben regular la solución a las antinomias, tomando como referente la argumentación jurídica.

A. Datos generales

1. Nombre y apellidos:

2. Institución o Entidad:

3. Cargo que ocupa:

4. Profesión

5. Sexo.

5.1. _____ Femenino

5.2. _____ Masculino.

B. Preguntas

1. Considera que la doctrina existente para el tratamiento de las antinomias en la praxis judicial cubana es: _____ Suficiente _____ Insuficiente

¿Por qué?

- a) _____ Porque el tema no es abordado teóricamente sino que resulta del actuar en la praxis judicial cubana.
- b) _____ Porque no se han recibido indicaciones del TSP.
- c) _____ Por la realización de pocas investigaciones relativas al tema.
- d) _____ Porque la doctrina existente no estudia el tema a profundidad.
- e) _____ Por la existencia de divergencia en el tratamiento del tema.
- f) _____ Por ser el tema extremadamente novedoso y complejo.

2. En el caso particular de Cuba, el marco teórico sobre las antinomias proviene de: _____ La propia doctrina internacional existente _____ De los aportes y construcciones propias de los jueces en dicha materia que conllevan a un conocimiento homogéneo del tema _____ Parten del criterio particular de cada uno de los jueces.

3. Considera usted que existen deficiencias en el tratamiento teórico sobre las antinomias y los criterios de solución en Cuba.

_____ Si No _____

¿Por qué?

4. **¿Considera usted que la argumentación jurídica puede considerarse una vía de**

solución para las antinomias? ____ Si ____ No ____ No sé

¿Por qué?

5. **¿Cuáles deberían ser los criterios que deben tenerse en cuenta en utilizar la argumentación jurídica como una vía de solución ante las antinomias?**

- a) ____ Criterio de racionalidad en la sentencia.
- b) ____ Utilización de una adecuada motivación de la sentencia.
- c) ____ Condiciones sociales circundantes al caso en cuestión.
- d) ____ Elementos probados con los medios de pruebas.
- e) ____ El alcance y vigencia de la norma aplicable.
- f) ____ Jurisprudencia.
- g) ____ Principios Generales del Derecho.
- h) ____ Otros ¿Cuáles?

Anexo # 2 Procesamiento estadístico de la encuesta:

Tabla # 1: Institución o entidad

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	Tribunal Popular Provincial	12	40,0	40,0	40,0
	Tribunal Municipal Cienfuegos	4	13,3	13,3	53,3
	Tribunal Municipal Cruces	3	10,0	10,0	63,3
	Tribunal Municipal Lajas	2	6,7	6,7	70,0
	Tribunal Municipal Palmira	2	6,7	6,7	76,7
	Tribunal Municipal Rodas	3	10,0	10,0	86,7
	Tribunal Municipal Aguada	1	3,3	3,3	90,0
	Tribunal Municipal Abreus	3	10,0	10,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 2: Cargo que ocupa

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	juez	26	86,7	86,7	86,7
	presidente	3	10,0	10,0	96,7
	vice- presidente	1	3,3	3,3	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 3: Profesión

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	juez	30	100,0	100,0	100,0

Tabla # 4: Sexo

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	femenino	30	100,0	100,0	100,0

Tabla # 5: Consideraciones sobre doctrina

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	suficiente	4	13,3	13,3	13,3
	insuficiente	26	86,7	86,7	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 6: Tema no abordado teóricamente, solo praxis

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	14	46,7	46,7	46,7
	no	16	53,3	53,3	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 7: No recibe indicaciones del TSP

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	7	23,3	23,3	23,3
	no	23	76,7	76,7	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 8: Pocas investigaciones sobre el tema

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	13	43,3	43,3	43,3
	no	17	56,7	56,7	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 9: Doctrina existente no estudia el tema

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	12	40,0	40,0	40,0
	no	18	60,0	60,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 10: Existencia de divergencias en el tratamiento del tema

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	15	50,0	50,0	50,0
	no	15	50,0	50,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 11: Tema novedoso y complejo

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	8	26,7	26,7	26,7
	no	22	73,3	73,3	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 12: Doctrina internacional existente

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	12	40,0	40,0	40,0
	no	18	60,0	60,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 13: Aportes y construcciones propias de los jueces

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	14	46,7	46,7	46,7
	no	16	53,3	53,3	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 14: Criterio particular de los jueces

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	3	10,0	10,0	10,0
	no	27	90,0	90,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 15: Existen deficiencias en tratamiento teórico

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	27	90,0	90,0	90,0
	no	3	10,0	10,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 16: Argumentación jurídica como solución

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	24	80,0	80,0	80,0
	no	6	20,0	20,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 17: Justificación en caso positivo

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	justifican negativamente motivación de la sentencia	6	20,0	20,0	20,0
	racionalidad	5	16,7	16,7	36,7
	permite la interpretación de la norma y llegar a criterios jurídicos propios	6	20,0	20,0	56,7
	integración del derecho para investigaciones futuras	3	10,0	10,0	66,7
	pueden ser utilizadas para futuras modificaciones de la ley	3	10,0	10,0	76,7
	se aplicarían los principios doctrinales, generales del derecho y constitucionales	4	13,3	13,3	90,0
	Total	3	10,0	10,0	100,0
Total		30	100,0	100,0	

Tabla # 18: Justificación en caso positivo

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	justifican negativamente motivación de la sentencia	6	20,0	20,0	20,0
	racionalidad	5	16,7	16,7	36,7
	permite la interpretación de la norma y llegar a criterios jurídicos propios	6	20,0	20,0	56,7
	integración del derecho para investigaciones futuras	3	10,0	10,0	66,7
	pueden ser utilizadas para futuras modificaciones de la ley	3	10,0	10,0	76,7
	se aplicarían los principios doctrinales, generales del derecho y constitucionales	4	13,3	13,3	90,0
	Total	3	10,0	10,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 19: Racionalidad de la sentencia

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	24	80,0	80,0	80,0
	no	6	20,0	20,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 20: Utilización adecuada de la motivación de la sentencia

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	19	63,3	63,3	63,3
	no	11	36,7	36,7	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 21: Condiciones sociales circundantes al caso en cuestión

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	9	30,0	30,0	30,0
	no	21	70,0	70,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 22: Elementos probados con los medios de pruebas

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	11	36,7	36,7	36,7
	no	19	63,3	63,3	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 23: El alcance y vigencia de la norma aplicable

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	16	53,3	53,3	53,3
	no	14	46,7	46,7	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 24: Jurisprudencia

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	18	60,0	60,0	60,0
	no	12	40,0	40,0	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 25: Principios del derecho

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	16	53,3	53,3	53,3
	no	14	46,7	46,7	100,0
	Total	30	100,0	100,0	

Tabla # 26: Fundamentos constitucionales

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	sí	2	6,7	6,7	6,7
	no	28	93,3	93,3	100,0
	Total	30	100,0	100,0	