



Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*

En esta obra se trata un tema que es muy especial por dos razones particulares; la primera consiste en que se aborda el estudio de una figura que en nuestro país no tiene una identificación nominativa propia y que es reconocida en otras naciones —España y Alemania— como “opinión dominante”, de una presencia constante dentro del vasto campo jurídico de esos países. Aunque en el caso de España esta expresión viene de su traducción del alemán al español lo que denota cierta influencia. La segunda razón consiste en que, a pesar de no tener una acepción específica ó connotación particular, sus alcances se dejan sentir por igual en nuestro país que en las citadas naciones.

A lo largo de la obra se explican los beneficios de esta figura, como son: por un lado, el que favorece la uniformidad y el control de las decisiones judiciales, y, por el otro, el hecho de representar la función social de la dogmática jurídica y su carácter científico.

Interesada por los procesos y la forma en que tanto juristas, doctrinarios y jueces se interrelacionan, disertan y discuten las materias jurídicas y del cómo llegan a consensos basados a su vez en criterios preestablecidos e incluso estructurados con anterioridad y dentro de todo el contexto del marco legal, la autora compara la función judicial con la legislativa, y aunque concluye que en ambas tareas se crea el Derecho, en el caso particular de los jueces siempre se encuentran obligados éstos a justificar tal creación jurídica en las resoluciones emitidas; en cambio los legisladores crean derecho y no están obligados a

* Puigpelat Martí, Francesca, *Funciones y Justificación de la Opinión Dominante en el Discurso Jurídico*, Barcelona, José Ma. Bosch, 1994, 160 p.

justificar tales funciones. Por lo que, según la autora, el juez ejerce funciones tanto cognoscitivas como creativas. Al crear un cierto derecho en una resolución, el Juez interviene en múltiples aspectos de diversa y variada índole, resaltando en dicha actividad el aspecto valorativo que consiste en sopesar los medios probatorios desahogados al conocer de la causa legal y durante el desarrollo procedimental para después manifestarse en un acto interno en que aparece el aspecto volitivo de la decisión judicial; la opinión dominante aparece en todo este proceso, sobre todo en la fase volitiva, cuando el Juez de manera consciente o inconsciente considera diversos pareceres para normar o formar su propio juicio.

Puigpelat explica que el concepto de *opinión dominante* difiere del de *opinión mayoritaria* u *opinión extendida* pues en el primer caso, estamos frente a criterios u opiniones firmemente asentados y pacíficos, algunos de las cuales constituyen soluciones admitidas por todos o casi todos dentro de la cultura jurídica; como ejemplo de ello se encuentran las opiniones dominantes que pregonan: la ilicitud del trato distinto a casos iguales, si no hay motivo para ello, el principio de especialidad, el concurso de leyes, entre otros muchos criterios más, y que tienen el carácter de reconocimiento general tanto doctrinario como jurisprudencial, que es lo que en esencia caracteriza a la opinión dominante. Así es necesario, para hablar de *opinión dominante*, que un parecer o juicio sea admitido tanto por los doctrinarios como por los tribunales.

Respecto a la expresión *doctrina dominante* y para distinguirla de la de *opinión dominante*, se afirma que aquella es la que se ha impuesto a las doctrinas minoritarias que no han logrado ser aceptadas. Así, al resolverse toda controversia, algunos de los planteamientos se imponen sobre otros; por lo que se trata de fin de cuentas de visiones distintas del sentido y alcance del material normativo dispuesto por el juzgador. Incluso la autora refiere otras expresiones no usadas como equivalentes, aunque con ciertos elementos válidos para ambas figuras, así tenemos las siguientes: “doctrina minoritaria”, “la doctrina actual considerada”, “la doctrina patria casi unánimemente”, “la mayoría de autores”, “un sector de la doctrina”, “un importante sector doctrinal ha avanzado la opinión contraria”; expresiones que se asemejan mucho a la que constituye nuestra materia de estudio, pero que no son connotaciones sinónimas ciertamente, sólo con pequeñas similitudes.

Por lo que se refiere a la expresión *jurisprudencia dominante*, aunque esta expresión no es usual, lo cierto es que hay doctrinas jurisprudenciales más compartidas que otras; bien podría tener en cuenta el lector figuras jurídicas mexicanas como la “jurisprudencia vigente” o “jurisprudencia obligatoria” o incluso figuras afines como el “voto minoritario,” el “voto particular”, etcétera.

La forma en que se crea la opinión dominante, señala la autora, es a través del consenso, aunque sea parcial pero situado en el marco de un proceso de discusión. No obstante, no debe considerarse que la existencia del consenso se puede determinar preguntando a los juristas cuál de las opiniones contrapuestas se consideran pertinentes ya que la opinión dominante se establece con base a criterios cualitativos más que cuantitativos, es decir se pregunta quiénes y no cuántos sostienen qué criterios. Por éstas dos vías se puede conformar el consenso, atendiendo a la cualidad de los autores y no al contenido específico de sus argumentos, o bien según que en un tema hayan opinado todos los juristas, importando no quienes o que han dicho, sino cuantos se conducen en tal sentido, por tal criterio u opinión dominante.

Contrariamente a la ley de citas, en donde se configura, de forma autoritaria, un argumento de alguien reconocido como *autoridad* en la materia, en la opinión dominante los sujetos que imponen su opinión no son anónimos, sino que son claramente identificables, pero el criterio que se impone no tiene referencia a los sujetos que la sostienen, pues pasado el proceso discursivo de formación de la opinión dominante ya no importa quién emitió tal criterio, sino que prevalece en el tiempo y es aceptado; lo mismo sucede si la opinión nació por criterio cuantitativo, y al pasar esto sólo queda el propio argumento sin atender a las circunstancias de su nacimiento (como el hecho de saber, cuantas personas sustentaron ese criterio).

Puigpelat recoge el pensamiento de Young, quien a su vez sostiene que una opinión dominante bien puede proceder de la llamada opinión pública; ésta, afirma dicho autor, se forma en cuatro etapas: a un problema que es identificado y abordado, se le proponen alternativas para solucionar y dirimir el conflicto, las que finalmente se aceptan o rechazan; después de agotado el discurso el consenso se plasma en una publicación especializada (revistas, manuales, comentarios legislativos, monografías, colecciones de sentencias, etc.), por lo que posteriormen-

te cualquier jurista puede adherirse a esta nueva opinión dominante, la que a su vez devino de una opinión pública respectiva.

De los sujetos que emiten opiniones derivadas del proceso discursivo, es al jurista al que más probablemente se le tome en cuenta, respecto de cualquier otra profesionista que intervenga en el proceso discursivo; y no se diga en las discusiones jurídicas.

La autora afirma también que otro factor posible que incide para que en el proceso discursivo surja una opinión dominante es el *status personal* de quien la emite, pues es más fácil que llegue a imponerse cualquier opinión de un jurista de renombre que la de una persona desconocida en el mundo académico. Tampoco tienen las mismas posibilidades de imponerse, las opiniones que sustenta el Tribunal Supremo a las sostenidas por los Tribunales inferiores —recordarse al sistema jurídico alemán y español—. Por lo que toca a México tenemos en nuestra estructura Tribunales del orden superior al orden inferior, partiendo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacia los tribunales de menor ámbito competencial y recordamos como los criterios jurisprudenciales tienen a su vez sus respectivos ámbitos de validez al igual que los titulares de éstos órganos al invocar a la doctrina jurídica, por su propia jerarquía le dan un valor específico por tanto a esa opinión dominante.

Se mencionan que son tres, preponderantemente, las funciones que cumple la opinión dominante, aunque de índole compleja cada una de éstas. Una primera es la función normativa, ya que este criterio se impone como si fuese una norma jurídica en tres supuestos, a saber: a) cuando lo sostenido por la opinión dominante no está contenido en una norma jurídica; b) cuando lo que ella sostiene está en contra de una norma jurídica; y, c) cuando supone simplemente la concreción del contenido de la norma. Otra segunda función de la opinión dominante es la argumentativa, ya que siempre descansará éste criterio en argumentos materiales (aquí lo discutible es la aceptación de validez del propio argumento). Y, por último, está la función que origina y favorece la *decidibilidad* (capacidad de decisión) del sujeto en torno a cuestiones cuya respuestas permite varias posibilidades. Dentro de la ciencia jurídica, esta cualidad del sujeto impartidor de justicia —la *decidibilidad* de las controversias jurídicas—, permite avanzar en el camino de la impartición de justicia y ayuda a formar consensos como opiniones dominantes permitiendo la debida fluidez y unidad de criterios en la

actividad jurisdiccional, ya que descarga a los jueces de la necesidad de reconsiderar el contenido del criterio, pues la opinión dominante ayuda a evitar el reconsiderar continuamente el contenido de las disposiciones, circunstancia que sólo retrasaría la impartición de justicia, que por mandato constitucional debe ser pronta y expedita.

“La opinión dominante en la forma del Derecho judicial y que concreta el alcance de una norma legal plantea menos problemas de legitimación democrática que una opinión dominante, en la forma de derecho de los juristas y que sea contraria a lo establecido en una norma legal”. El principio de separación de poderes, tan universalmente difundido, aunque a simple vista es repartidor de las funciones del poder del Estado, finalmente no se puede dejar de lado el racionalizar las consecuencias de instituciones específicas de cada poder. Así, la autora sostiene: “Uno de los fines de la judicatura es ser una institución que se encamina para homologar en la medida de lo posible que las decisiones últimas de los jueces sean unitarias y evitar la sensación de arbitrariedad que produce el hecho de que cada juez resuelve de forma distinta y personal casos iguales.”

Puigpelat nos habla también de las ventajas e inconvenientes que presenta la opinión dominante y dentro de las primeras encuentra el favorecimiento de la *decidibilidad*, la seguridad jurídica y la igualdad de trato; favorece la solución de litigios peculiares; simplifica la escogitación en la intrincada gama de criterios jurídicos, dando puntos de referencia comunes, que orientan las decisiones. Respecto a las desventajas tenemos que la opinión dominante es, más bien, un sustitutivo de la argumentación que un argumento que pueda discutirse libremente; el alejamiento de la transparencia y la carencia de una fuerza argumentativa, mas allá de la pura afirmación de que existe un consenso profesional, y, por último, la autora menciona que mientras el precedente judicial esta impreso y en cualquier momento puede reexaminarse, en la opinión dominante lo sustentado es una fórmula genérica (no registrada necesariamente por escrito) que al individualizarla al caso concreto también presenta problemas, al igual que la propia norma legal.

Acercarse a esta obra es explorar una realidad que, curiosamente y a pesar de ser ejercida y sustentada por todos —tanto juristas como no juristas— no ha sido reconocida plenamente; este fenómeno espera una connotación propia y adecuada que la identifique y defina ya que ver

daderamente ayuda al juez a dirimir controversias e impartir justicia. Sólo recordemos que la opinión dominante es hija de la doctrina y la jurisprudencia, por lo que aquella es una mezcla y producto de ambas figuras.

Marco Vinicio Vera Guzmán