

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CON ENFOQUE PRINCIPALISTA

EPÍGRAFE

Cualquier estudio que busque abordar temas referentes a los procesos argumentativos desdoblados en el contexto jurisdiccional debe en cierto sentido mostrar el pensamiento de Aulis Aarnio, quien es un autor que con diligencia se preocupó por explicar y analizar el modelo de justificación de las decisiones jurídicas. Sin el ánimo de relatar todas las ideas desarrolladas por dicho autor, en el presente epígrafe se buscará identificar las peculiaridades relevantes del pensamiento de Aarnio para comprender el proceso justificativo. Así, debemos comenzar por señalar que a pesar de que las investigaciones de dicho autor se centran más en la justificación y racionalidad de la decisión jurídica interpretativa; esto es, en la interpretación del derecho, ello no le resta utilidad a sus ideas para comprender la forma en que se podrían generar decisiones racionales que resuelvan tensiones entre principios.

Como punto de partida, hay que señalar que para Aarnio la expectativa de certeza jurídica se explica bajo las exigencias de evitar la arbitrariedad y que las decisiones sean correctas. En este caso, el aspecto sustancial de la certeza se contiene en la idea de que toda determinación jurídica sea conforme a derecho y en concordancia con otras normas sociales, no jurídicas. Así, no sólo basta que las decisiones sean (muy) previsibles. El punto es que, como refiere Aarnio, los decisores ya no pueden apoyarse en una mera autoridad formal para justificar sus decisiones, ya que en las sociedades actuales las personas no sólo exigen decisiones dotadas de autoridad, sino también piden que éstas se sustenten con razones; de esta manera, la presentación de argumentos es siempre un medio para asegurar la existencia de la misma certeza jurídica en la sociedad.¹⁰⁴

Para cubrir semejante tarea de dar razones se debe recurrir a un procedimiento de justificación, en el cual ante una disputa entre intereses jurídi-

¹⁰⁴ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 26, 27 y 29.

cos, se genera, siguiendo a Aarnio, una constante competencia en el discurso entre dos alternativas divergentes; esto es, sobre dos grupos de argumentos, así se tendrán los proargumentos considerados como razones para justificar una interpretación o posición y, además, los contraargumentos, que fungen como argumentos que se oponen a ella.¹⁰⁵

Dicho procedimiento de justificación, que desde luego se basa en un discurso práctico, puede ser descrito en términos de la justificación interna y externa, ya que puede ser tanto de naturaleza silogística (un argumento independiente) como no serlo en modo alguno, por el hecho de que en la justificación externa no existen conexiones silogísticas internas entre los diferentes silogismos de una cadena de argumentos. Por eso es correcto afirmar, como lo hace Aarnio, que la justificación externa equivale a la adición de nuevos silogismos a la cadena de argumentos, a fin de apoyar una premisa ya formulada.¹⁰⁶

De ahí que, por ejemplo, Aarnio elabore ciertas reglas básicas del discurso racional, las cuales se desenvuelven en donde no es posible argumentar mediante un esquema deductivo (silogístico); es decir, en donde se argumente bajo el modo de la llamada justificación externa. Estas reglas son las siguientes:¹⁰⁷

Reglas de consistencia. Buscan que no se dé una contradicción interna y se respete la ley del tercero excluido (opera cuando una proposición es verdadera o falsa y no existe una tercera posibilidad), así como la regla de transitividad (de acuerdo con la cual si una persona acepta: si p entonces q y si q entonces r, tiene que aceptar también que si p entonces r).

Reglas de eficiencia. Se refieren a que el discurso tiene que resultar en una conclusión, lo que implica que entre los participantes no exista desacuerdo lingüístico manifiesto entre las expresiones usadas.

Reglas de sinceridad: Se refieren a la eliminación de la persuasión autoritativa. Así, bajo estas reglas la discusión perdería su base racional si uno de los participantes es eliminado por no poder apoyarse en una autoridad. Asimismo, la exigencia de la honestidad implica que se deben invocar justificaciones válidas.

Reglas de generalización. Se refiere a que un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no esté dispuesto a generalizar para cubrir casos semejantes. Dichas reglas buscan, por así decirlo, eliminar los conocidos argumentos *ad hoc*, cuya fuerza justificatoria no puede

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 163.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 168-170.

¹⁰⁷ Para el desarrollo y explicación de estas reglas nos hemos basado en la ideas plasmadas por Aarnio. *Ibidem*, pp. 254-261.

invocarse fuera de una situación particular, rompiendo con ello el requisito de universalidad y, por lo tanto, de racionalidad.

Reglas de apoyo. Dichas reglas se refieren a que toda proposición debe ser justificada. Así, cuando se da un cuestionamiento en el discurso jurídico, se genera la obligación de responder a tal crítica; esto es, apoyar nuestro punto de vista mediante argumentos. En este apoyo, el concepto clave es la coherencia, ya que nuestro enunciado interpretativo o postura tiene que ser coherente con todo el material utilizado como razones. Por lo tanto, el concepto mismo de coherencia está conectado con la totalidad de los argumentos utilizados en el discurso jurídico. De esta manera, una conclusión está justificada si y sólo si la cadena de argumentos satisface los criterios de coherencia; esto es, si y sólo si los argumentos (A, B, C... Z), junto con el punto de vista defendido, forman una totalidad homogénea parte-todo.¹⁰⁸

Reglas de la carga de la prueba. Estas reglas pueden ser divididas en dos grupos: las reglas procedimentales de justificación, que señalan que la persona que formula la justificación está obligada a presentar pruebas, cualquiera que sea el tipo de justificación; el segundo grupo se representa con las reglas materiales de la carga de la prueba, las cuales se refieren al contenido de la justificación.

Sobre la base de lo descrito en este epígrafe del capítulo segundo, será más fructífero el análisis del proceso de justificación de las decisiones judiciales, el cual, como hemos visto, se puede desenvolver bajo ciertas reglas o condiciones generales de la racionalidad, a fin lograr una base coherente de la argumentación que sustenta cierta postura o posición, lo que permite identificar la complejidad del trabajo argumentativo; por ejemplo, cuando nos encontramos frente a una argumentación con enfoque principalista.

I. UNA APROXIMACIÓN GENERAL A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Racionalidad y razonabilidad en el contexto amplio y del derecho

Racionalidad y razonabilidad no son nociones sinónimas. La lógica, por ejemplo, se desarrolla en el campo de la racionalidad y no en el de la razo-

¹⁰⁸ En la materialización de estas reglas creemos que se centraría uno de los elementos centrales de todo proceso justificativo, ya que si asumimos, como Aarnio lo hace, que el objetivo de la justificación es lograr la coherencia y, a través de ella, la aceptabilidad en la comunidad jurídica, tendríamos que reconocer que los medios que sirven para lograr ese objetivo son esencialmente el aplicar las reglas generales de la racionalidad, entre las que se encuentran las reglas de apoyo. *Ibidem*, p. 260.

nabilidad. En la doctrina existen autores que hablan de racionalidad y razonabilidad de manera indistinta, situación que se entiende obedece a la posible conexión que existe entre ambas nociones y al carácter polisémico de la palabra “racionalidad”. No se tiene la intención de desarrollar a profundidad dichas nociones, sino precisar en qué campo se desarrolla propiamente la argumentación jurídica.

Así, se debe comenzar por señalar que la racionalidad tiene diversos conceptos. Algunos hablan hasta de doce. Los que aquí interesan son el de sentido lógico y dialéctico. En el primero, la racionalidad se refiere al esfuerzo por la consistencia; es decir, evitar la contradicción, y en el segundo sentido, el dialéctico, la racionalidad se refiere a comprobar la validez de las inferencias o, mejor, la conformidad con las reglas de la inferencia deductiva.¹⁰⁹

Por tal motivo, se puede decir que la racionalidad es un esquema que permite estructurar ideas de manera consistente, así como verificar la validez de las inferencias dadas entre un grupo de proposiciones que forman un argumento.

Por su parte, la razonabilidad no se identifica con la consistencia o no contradicción de una proposición, sino más bien se relaciona con los procesos discursivos que buscan el convencimiento de una determinada postura mediante la presentación de argumentos, por lo cual ésta se desarrolla en la praxis. Así, lo razonable es una posición que es aceptada mediante el consenso, en donde no son relevantes los criterios de validación lógica, como es la prueba de consistencia¹¹⁰ o el principio de universalidad, que son fundamentales en la racionalidad.

Con la razonabilidad no se intenta comprobar la validez de las inferencias, sino el dar razones sustentadas en otros criterios de naturaleza no formal, como aludir a valores. De esta forma, es muy probable que un razonamiento desarrollado en algún contexto particular pueda no ser validado desde su aspecto lógico. Aquí una importante distinción entre racionalidad y razonabilidad; sin embargo, no se debe confundir y pensar que no existe conexión entre ambas nociones, pues también se podría caer en un razonamiento desarrollado sobre una base racional. Ilustrando a Aulis Aarnio, es posible hablar de “lo racional como razonable”. Estas cuestiones serán precisadas en adelante.

¹⁰⁹ Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, 4a. ed., trad. de María Dolores González Rodríguez, México, Siglo Veintiuno Editores, 2007, p. 178.

¹¹⁰ En relación con dicha prueba, se ha establecido que un conjunto de axiomas es consistente si no es posible derivar de él una contradicción por razonamiento lógico. *Cf.* Honderich, Ted (ed.), *Enciclopedia Oxford de filosofía*, trad. de Carmen García Trevijano, Madrid, Tecnos, 2001, p. 206.

Se estima de importancia para el estudio de la racionalidad y la razonabilidad el *Tratado sobre la justificación jurídica* que elaboró el ya citado profesor de la Universidad de Helsinki, Aulis Aarnio. Si bien dicha obra se interesa, como se ha precisado en el epígrafe de este capítulo, en la interpretación jurídica, es evidente que se pueden desprender algunos puntos sobresalientes para la presente investigación, pues la interpretación es una herramienta de utilidad en la argumentación jurídica, donde esta última se constituye como más general e integral.

Es evidente que el profesor Aarnio parte de la idea de que razonabilidad y racionalidad no son términos similares, por lo cual se ocupa de señalar que ambas pueden jugar un papel conjunto en la justificación jurídica, pues de no existir diferencia sería impropio tratar, como lo hace el propio Aarnio, a lo racional como razonable.

Un punto clave para ello es que Aarnio piensa que la argumentación debe ser racional, y además tiene que existir una base material para ésta; más aún, la justificación jurídica es un procedimiento discursivo que sigue los principios del discurso racional. Así, por ejemplo, una ley puede relacionarse con consecuencias razonables, pero ¿qué es lo razonable? Esto sin duda es algo que no puede ser definido independientemente de los valores sociales o culturales, y de nuevo ¿cómo decir que ello es racional?¹¹¹

Un paralelismo entre racionalidad y razonabilidad con las concepciones de justificación interna y externa de una proposición interpretativa sobre las que ya han hablado Jezy Wróblewski y Robert Alexy nos puede ayudar a entender mejor las primeras nociones.

Una justificación interna significa, según Wróblewski, la derivación de la interpretación a partir de las premisas de acuerdo con las reglas de inferencia. Por su parte, una justificación externa se puede identificar cuando una decisión está justificada si sus premisas son calificadas como buenas de acuerdo con los parámetros seguidos por el sujeto que efectúa la calificación. En otras palabras, la justificación externa es una cuestión sobre la validez de las premisas y las reglas de inferencia.¹¹²

Ahora bien, cabe decir que tanto la justificación interna como la racionalidad se representan a través de la inferencia deductiva y la validación del argumento mediante reglas de la lógica; por ejemplo, la no contradicción o la consistencia. En cambio, cuando nos referimos a la justificación externa estamos en otro terreno; esto es, en el del discurso en oposición al silogístico. Así, tanto en este tipo de justificación como en el campo de la razonabili-

¹¹¹ Aarnio, Aulis, *op. cit.*, pp. 154, 155 y 160.

¹¹² *Ibidem*, pp. 166 y 167.

dad, lo que se busca es el convencimiento del destinatario de la interpretación o de los argumentos.

Ya lo ha señalado Aarnio, siguiendo a J. R. Lucas, que, por ejemplo: “en el inglés contemporáneo existe una ligera diferencia entre las palabras «reasonable» (razonable) y «rational» (racional), la primera tiene un cierto tono moral que sugiere algún grado de consideración con respecto a los demás, mientras que la segunda es austeramente egoísta en la connotación”.¹¹³

De hecho, parece que se podría representar la distinción y hablar de razonabilidad como aceptación y de racionalidad como deducción o inferencia, pero cabe aclarar más los puntos, para lo cual se utilizaran las caracterizaciones efectuadas por Aarnio sobre la noción de racionalidad. Así, es apropiado adoptar el siguiente esquema para representar a la racionalidad:

- (1) Racionalidad *sensu stricto*: racionalidad –L.
- (2) Racionalidad *sensu largo*: racionalidad –L & racionalidad –D.

Aarnio centra su análisis en la racionalidad en el sentido 2, que en el contexto de la investigación sería la conjugación de la racionalidad y la razonabilidad, pues la racionalidad *sensu largo* abarca tanto la forma lógica del razonamiento como el discurso que justifica las premisas.¹¹⁴

Con base en el anterior esquema, para Aarnio, la mera racionalidad –L es una forma muy limitada de racionalidad. Por ello, él refiere que un individuo puede elaborar inferencias perfectas y a la vez ser incapaz de participar en un discurso en el que se presenten razones, lo que se identifica con la razonabilidad, para un tipo de personas que sólo se contentan con la racionalidad como concepto lógico, no tiene cabida un discurso racional (si se piensa como Aarnio), ya sea social, político, moral o jurídico. Se ve aquí el punto de conflicto que algunos manifiestan entre la racionalidad y la razonabilidad; por ejemplo, en nuestro país muchos teóricos prefieren no tratar conceptos materiales en el derecho, como son la justicia o cualquier otro tipo de valores. Así, se conforman con la certeza jurídica, que según ellos sólo arroja la racionalidad. Aarnio no es de esta opinión, y más bien piensa que la racionalidad –L no es la única forma de racionalidad, pues para él la comunicación humana también se puede juzgar a través de la racionalidad –D, es decir, mediante la razonabilidad.¹¹⁵

Así, para Aarnio, el discurso debe ser racional, lo que implica una conexión entre la racionalidad y la razonabilidad, a tal punto que dicho filósofo ha señalado que existen reglas básicas de la racionalidad –D que implican

¹¹³ *Ibidem*, p. 240.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 247.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 252.

las reglas de consistencia, eficiencia, sinceridad, generalización, apoyo y de la carga de la prueba, las cuales ya han sido expuestas en el epígrafe del presente capítulo segundo.¹¹⁶

En otro sentido, cabría recurrir a los estudios clásicos sobre el tema. Así, en Weber se observa que existe la idea de tipos de racionalidad, lo que significaría el reconocimiento de la diferencia entre racionalidad y razonabilidad. En el ámbito económico, Weber ha tratado, entre otras, de la racionalidad formal y la sustantiva; la primera, relativa a la calculabilidad de medios y procedimientos, y la segunda, referente a postulados o valores que orientan y dan significado a la acción. El mismo contraste se tiene en el derecho. Así, los rasgos de la racionalidad formal permiten que el sistema jurídico opere como un esquema racional que garantiza la posibilidad de predecir las consecuencias jurídicas; no obstante, se debe ser cauteloso con el diseño de la racionalidad formal-instrumental orientada al control y el cálculo, pues hay una racionalidad sustancial que se equipararía a la razonabilidad, que no se ocupa de aspectos aritméticos, sino de postulados éticos, como son la libertad o la fraternidad.¹¹⁷

Por otro lado, también se ha entendido que la razonabilidad se diferencia de la racionalidad, ya que esta última se desenvuelve en la idea de lo absoluto que permea la filosofía; por su parte, la razonabilidad se percibe como lo aceptable socialmente.¹¹⁸

Con base en todas las anteriores consideraciones generales quedaría aún por resolver la siguiente cuestión: ¿dónde se desarrolla y manifiesta la argumentación? Si se entiende que ésta es una cuestión práctica, se debe ubicar por supuesto en la razonabilidad. Ahora bien, si esto es así, ¿qué se debe entender como razonable en el ámbito jurídico? Parece que al ser una posición que se desarrolla en el consenso, la respuesta no puede presentarse de forma previa. Como se aprecia, la razonabilidad se puede manifestar en situaciones particulares, en las cuales se dan razones o, mejor dicho, las mejores razones para justificar alguna cuestión ante los receptores del mensaje (para no recurrir a la arbitrariedad), lo cual también se puede basar en parámetros racionales (entendida dicha racionalidad como la consistencia

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 253 y 254.

¹¹⁷ Rabotnikof, Nora, “Racionalidad y decisión política en Max Weber”, en Olivé, León (comp.), *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2010, pp. 101 y 102.

¹¹⁸ Bazán L., José Luis y Madrid R., Raúl, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, núm. 2, 1991, pp. 184 y 185, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649765>.

entre diversos factores), de ahí la relación que existe entre la racionalidad y la razonabilidad.

En este sentido, en el ámbito del derecho bien cabe decir que una decisión judicial podría ser tanto racional como razonable; racional, porque busca la consistencia interna (por ejemplo, entre la decisión, las normas jurídicas, los principios y las circunstancias del caso), y razonable, porque se basa en un discurso a través del cual se ofrecen razones para justificar la toma de posición de una cuestión discutible.

En síntesis, y siguiendo al profesor Aarnio, se puede concluir señalando que la teoría de la argumentación jurídica se sustenta en dos puntos principales: la exigencia de racionalidad y la exigencia de aceptabilidad de los contenidos; este último implicaría, desde luego, la noción de razonabilidad.¹¹⁹

2. *El discurso argumentativo*

Es evidente que las palabras “argumento”, “argumentación” o “argumentativo” son muy utilizadas en el lenguaje común. Se piensa que ello obedece a una cuestión. En todo mensaje que es emitido se busca un tipo de apoyo o reconocimiento por parte del receptor de éste, para lo cual se utiliza la capacidad de dar razones a fin de generar algún tipo de aceptación sobre los mensajes emitidos. De esta manera, la referencia a la argumentación es palpable, pues ésta equivale al razonamiento, o más bien a la manifestación del razonamiento.

Si se parte de la idea de que dar argumentos sobre los dichos equivale a presentar razones, se debe señalar que el instrumento lingüístico que utiliza la argumentación es el discurso, el cual siempre se dirige a un auditorio con el ánimo de generar adhesión respecto de lo que se piensa, recurriendo a la justificación; es decir, no se trata de imponer lo que se quiere, sino de crear su aceptación razonada.

El discurso se distingue, entonces, de la narración o de la descripción, aunque puede y suele contener elementos narrativos y descriptivos, pero su base está constituida por argumentos o razones: es un discurso argumentativo. Por otra parte, si se argumenta, es porque la cuestión debatida no resulta evidente, sino opinable, *res dubia*, según la expresión ciceroniana.¹²⁰

¹¹⁹ Aarnio, Aulis, *op. cit.*, p. 290.

¹²⁰ Bandieri, Luis María, “Argumentación y composición de conflictos jurídicos”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004, p. 19.

Es indudable que el discurso argumentativo no es individual, ya que se argumenta frente a alguien. Por ello, la tendencia es utilizar el diálogo, en el cual se pueden expresar diversas razones que contribuyan a generar la adhesión del oyente respecto de lo pensado.

En resumen, el discurso argumentativo sólo se puede desarrollar a través de la razonabilidad, por lo que el discurso se contrapone a la imposición de premisas carentes de justificación. Así, no se debe olvidar que:

Los seres racionales son tales porque resultan capaces de acordar o de discordar a través del intercambio de discursos argumentativos. Donde impera como forma de comunicación pura y simplemente la imposición por amenaza o ejercicio de la violencia braquial, esto es, donde la argumentación ya no tiene lugar, se ha derogado por el momento la ratio.¹²¹

Aclarado de manera general lo que es el discurso argumentativo, que como se observó funciona como base de toda argumentación y, desde luego, de la que se desarrolla primordialmente en el ámbito jurídico, se procederá a precisar en el siguiente punto cómo y por qué surgieron las teorías sobre la argumentación jurídica.

3. Contexto de aparición

Las teorías en torno a la argumentación jurídica son relativamente recientes, pues éstas parten de los años posteriores a la posguerra; su surgimiento se conecta con el abuso acaecido en determinados regímenes bajo los estandartes del legalismo o Estado de derecho, lo que generó un descontento social con el derecho; por ello, muchas de las teorías buscaron mediante el razonamiento acercar el fenómeno jurídico al hombre; es decir, no sólo se interesaron por la aplicación lógica del derecho, sino más bien por cuestiones valiosas para la sociedad, como lo es justicia o los derechos mínimos de los individuos.

De esta manera, algunos autores han afirmado que el abuso del derecho dio pie a dos grandes guerras mundiales, por lo que se tenía que cambiar el modelo de pensamiento dominante positivista y matematizado, lo cual en gran medida se cristalizó con el surgimiento de las teorías de la argumentación jurídica.¹²²

¹²¹ *Ibidem*, p. 20.

¹²² Puy Muñoz, Francisco, “La expresión argumentación jurídica y sinónimas. Un análisis tópic”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica...*, *cit.*, p. 117.

Bajo este escenario, Santiago Nieto ha señalado que “la teoría en torno a la argumentación jurídica es una disciplina reciente en el contexto histórico jurídico. Prácticamente parte de la revolución jurídica iniciada en el mundo a partir de la conclusión de la segunda guerra mundial”.¹²³

Por su parte, Manuel Segura Ortega, de la Universidad de Santiago de Compostela, entiende que las teorías de la argumentación jurídica han supuesto un cambio importante en el pensamiento jurídico tradicional por lo que hace a la manera de interpretar y aplicar el derecho.¹²⁴

No obstante lo anterior, no se debe pensar que antes del surgimiento de la argumentación jurídica no existía algún tipo de razonamiento judicial; es evidente que si lo había, pero era un razonamiento basado en la lógica formal, el cual armonizaba con los postulados prevalecientes del formalismo y del silogismo jurídico, por lo que el cambio en la forma de razonar se dio como respuesta a dicha lógica formal y por el abandono del aspecto ontológico del derecho, y se optó entonces por una argumentación jurídica que utiliza la razonabilidad, la cual se inclina por el aspecto sustancial o material del derecho.

Queda sentado que los postulados de la argumentación jurídica rompen con el paradigma de interpretación cerrada del positivismo, ya que como lo han señalado diversos autores españoles:

La concepción objetivista de la interpretación es propia del formalismo jurídico europeo del siglo XIX, que concebía la tarea judicial como puramente mecánica. Naturalmente lo que pretendían los pensadores clásicos al configurar al juez como un autómatas y a la actividad judicial como un silogismo perfecto era subrayar que el único criterio que los jueces debían manejar al resolver los casos era la ley, dejando al margen otros criterios posibles.¹²⁵

Parece evidente que la teoría de la argumentación ha supuesto una crítica a las ideas defendidas por las doctrinas tradicionales del derecho que establecían la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico, así como al razonamiento judicial puramente lógico. Dicha crítica pone en evidencia las ficciones jurídicas de coherencia, plenitud, unidad, certeza y seguridad en el derecho, que cabe reestructurar con base en un razonamiento jurídico que busque tanto la unidad formal como la material.

¹²³ Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 88.

¹²⁴ Segura Ortega, Manuel, “Argumentación jurídica y racionalidad”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo, *La argumentación jurídica...*, cit., p. 238.

¹²⁵ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra editores, 2005, pp. 110 y 111.

4. *Análisis conceptual*

La expresión “razonamiento jurídico” no nace con la noción de argumentación jurídica, pues como se sabe figura desde la retórica de Aristóteles; no obstante, como se ha señalado, la expresión o concepto de argumentación jurídica es reciente, prácticamente se puede afirmar que se fue consolidando desde tres nociones desarrolladas en el continente europeo a partir de 1950, bajo los nombres de “retórica jurídica”, “tópica jurídica” y “teoría de la argumentación jurídica”.¹²⁶

Ahora bien, ¿qué se debe entender por argumentación jurídica? Como se ha señalado en el presente trabajo de investigación, no se es partidario de definir o dar conceptos acerca de fenómenos; no obstante, se considera que para comprender el objeto de estudio es preciso dar algunas aproximaciones sobre éste. Así, las imágenes que ofrecen los estudios jurídicos sobre la definición de argumentación jurídica son muchas, lo cual dificulta su entendimiento.

De hecho, desde las teorías del razonamiento jurídico se han presentado varias definiciones sobre el significado técnico de la expresión “argumentación jurídica”; por ejemplo, desde la nueva visión lógico-retórica del razonamiento para Toulmin la argumentación jurídica es la actividad unitaria de plantear pretensiones respaldadas con razones, a fin de ponerlas en cuestión.¹²⁷

En un sentido sociológico, característico de Perelman, para dicho autor el razonamiento jurídico debe considerar que los resultados que la decisión arroje en el contexto social sean aceptables. Así, un razonamiento que sólo se ocupe de cuestiones puramente formales sin considerar los juicios que sobre el valor de las decisiones se hagan, será insuficiente.¹²⁸

Manuel Atienza, al hablar de los ámbitos de la argumentación jurídica (producción, aplicación y dogmática jurídica), refiere a propósito del ámbito de aplicación de las normas algunos inconvenientes actuales de la argumentación. Así, para dicho autor existe el inconveniente de que la teoría de la argumentación predominante se concentra en cuestiones relativas a la interpretación jurídica, dejando fuera la atención de los problemas referentes a cuestiones de hecho sobre lo que los jueces deben decir en diversos casos.

¹²⁶ Puy Muñoz, Francisco, “La expresión argumentación jurídica...”, *cit.*, p. 116.

¹²⁷ Citado por Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo, *La argumentación jurídica... cit.*, p. 119.

¹²⁸ Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 20.

Así, el razonamiento efectuado en los mismos excede los umbrales de estudio de las conocidas teorías de la argumentación.¹²⁹

Por otro lado, no se debe olvidar la relación que existe entre la argumentación jurídica y el discurso práctico general. Así, por ejemplo, para el filósofo alemán Robert Alexy, la argumentación jurídica es una actividad lingüística generada mediante un discurso que busca la corrección de los enunciados normativos. De esta manera, se trata de un discurso práctico; en otras palabras, el discurso jurídico no es más que un caso especial del discurso práctico general.¹³⁰

En este sentido, bien se podría decir que Alexy concibe a la argumentación jurídica como un discurso práctico e institucionalizado que se desarrolla bajo una pretensión de corrección. Así pues, el discurso es de naturaleza práctica, porque las discusiones buscan tener una repercusión en el comportamiento habitual de los sujetos enjuiciados; por su parte, es institucionalizado, ya que la discusión tiene lugar bajo condiciones de limitación (piénsese en las reglas procesales y el tiempo reducido para resolver los conflictos) y opera bajo la pretensión de corrección, puesto que se busca presentar razones que justifiquen determinada toma de postura.

Con todo, es evidente que para la mayoría de los autores la argumentación jurídica se da en el campo dialógico, lo cual parece relevante, pues se reafirma la idea de que el convencimiento es por medio de la razonabilidad y no por la simple imposición o arbitrariedad judicial.

De este pensamiento son autores nacionales, como Gerardo Ribeiro, el cual entiende a la argumentación jurídica como un instrumento a través del cual los aplicadores de las proposiciones jurídicas presentan razonamientos pertinentes con la comunidad, su cultura y el derecho, los cuales vienen a sustentar los Estados democráticos desde una perspectiva dialógica en oposición a la autoritaria.¹³¹

Como se ha podido apreciar, existen diversas ideas sobre la noción de argumentación jurídica; sin embargo, parece que todas hacen referencia a la razonabilidad, lo cual es imprescindible, pues ¿no acaso la justificación comporta el ofrecer razones para demostrar o convencer a otro sobre una aseveración?

¹²⁹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, 4a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 2.

¹³⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 44.

¹³¹ Ribeiro Toral, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, México, Plaza y Valdes, 2003, p. 26.

Si para ciertos teóricos argumentar en el derecho es proponer una conducta determinada, o si se trata de una pretensión de convencer al oyente de la corrección de una proposición, o si argumentar es conseguir la admisión de una conclusión por parte de los oyentes, se puede decir que la argumentación jurídica generalmente se identifica con el dar razones que justifiquen una postura o premisa en el ámbito jurídico.

Pero si se detalla más sobre dicha identificación, sería apropiado elaborar una particular concepción sobre lo que se entiende por argumentación jurídica. Así, se podría señalar que es un proceso práctico en el cual a través del uso del discurso se presentan o plantean ante un auditorio diversas pretensiones o posiciones respecto de un asunto opinable, las cuales se respaldan mediante varias razones jurídicas y de cualquier otro tipo, como son las morales o políticas; ello, a fin de generar el convencimiento y la adhesión del auditorio sobre las pretensiones formuladas, el cual resulta de la razón y no de la simple persuasión. Dicho discurso práctico se manifiesta principalmente en casos jurídicos conocidos como paradigmáticos o difíciles, aunque no sólo en éstos.

5. *Utilidad*

Es lugar común decir que algunos fenómenos tienen aplicabilidad en la teoría, pero no así en la práctica. De la teoría de la argumentación jurídica se podría señalar lo mismo. Es más, algunos podrían cuestionar la importancia de esta teoría, pues ¿no acaso han existido jueces que resuelven controversias desde hace tiempo sin conocer sobre teoría de la argumentación jurídica? Aquí cabría responder con otras preguntas: ¿cómo han resuelto dichos casos?, y ¿cómo resolverían si tuvieran conocimientos sobre teoría de la argumentación jurídica?

Así, parece muy atrevido afirmar que la teoría de la argumentación jurídica es sólo un entretenimiento intelectual loable o un simple análisis conceptual, pero sin ninguna utilidad, ya que como se ha desarrollado a lo largo de esta investigación, existió un cambio real de la forma de argumentar en el derecho a partir del periodo de la posguerra, aunque, claro, principalmente en el continente europeo.

Ahora bien, conforme a las investigaciones de los profesores españoles Marina Gascón y Alfonso García, se puede afirmar que la teoría de la argumentación jurídica sirve en la práctica en dos sentidos: el descriptivo y el prescriptivo.

En el aspecto descriptivo, la teoría de la argumentación puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su quehacer diario; es decir, el aspecto descriptivo juega un papel en la práctica como una medida o ayuda para mejorar la comprensión de la actividad judicial, a fin de propiciar una pretensión de corrección de dicha labor en busca de su perfeccionamiento.¹³²

En otro sentido, el conocimiento del propio quehacer de los jueces resulta útil para conformar un sistema de legitimidad de sus funciones, ya que mediante la teoría de la argumentación se puede explicar y comprender mejor cómo trabajan los jueces.¹³³

Por lo que hace al sentido prescriptivo de la teoría de la argumentación, cabría decir que esta teoría también se interesa en decir cómo deberían juzgar los jueces en los casos complejos.¹³⁴

Ahora bien, ello no quiere significar que la teoría de la argumentación deba ser vista como una receta de cómo juzgar en el derecho para obtener una sentencia correcta. Si ello fuera así no tendría sentido argumentar, pues bastaría con conocer dicha receta y aplicarla para obtener el resultado deseado. Lo que más bien se pretende es reconocer un criterio prescriptivo débil de la teoría de la argumentación; esto es, un tipo de esquema con pretensión de universalidad sobre qué parámetros deben guiar al juez en la justificación de la decisión judicial.

El aspecto prescriptivo de la teoría de la argumentación se manifiesta en el conjunto de criterios que deberían observar los jueces en la toma de decisiones particulares. Estos criterios no tienen las características de un operador modal; por ejemplo, el de una obligación, sino más bien fungen como consejos o guías en la actividad judicial; de ahí que se hable del carácter débil del sentido prescriptivo.

No obstante lo anterior, se tiene que precisar que el sentido prescriptivo de la teoría de argumentación jurídica encuentra una dificultad en su realización práctica; esto es, el que en virtud del grado de abstracción o generalidad de los criterios a seguir es difícil guiar todas las decisiones, derivado del carácter extremadamente particular de los casos que juzgan los jueces. Pese al citado problema de casuística, cabe recordar que la teoría de la argumentación en su sentido prescriptivo no busca presentar respuestas, sino únicamente ser un código-guía que contribuya a lograr decisiones correctas.¹³⁵

¹³² Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación...*, cit., p. 60.

¹³³ *Ibidem*, p. 63.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 64.

¹³⁵ Para la redacción de este párrafo han sido de mucha utilidad las ideas expuestas sobre estos temas por Marina Gascón y Alfonso Figueroa. *Ibidem*, pp. 60, 64 y 65.

Ejemplos de algunas prescripciones de la teoría de la argumentación podrían ser las siguientes:

- Privilegiar siempre el diálogo judicial sobre la imposición y el autoritarismo.
- Buscar en la medida de lo posible la realización de ambos principios en conflicto.
- Si no se puede llevar a cabo el punto anterior, justificar con todas las razones posibles, esto es, no sólo jurídicas, la afectación temporal del principio que se enjuicia.
- Pasar la decisión final por el filtro del tiempo.¹³⁶

Parece que con un tipo de guías como las señaladas se podría contribuir al mejoramiento de la toma de decisiones en el ámbito jurídico, por lo que valdría la pena considerar este aspecto o sentido de la teoría de la argumentación jurídica. Con todo, un esquema similar será desarrollado en el último capítulo de la presente investigación. Por ahora basta con señalar que dicho control fungirá como un mecanismo que permita el paso únicamente de decisiones razonables, y por lo tanto correctas.

En resumen, se debe decir que la teoría de la argumentación jurídica tiene en términos generales gran utilidad en la actividad judicial, ya que, por un lado, contribuye a impulsar el conocimiento de dicha labor (sentido descriptivo), y por el otro, propone criterios para la toma de decisiones, a fin de mejorar la razonabilidad en la función jurisdiccional (sentido prescriptivo).

II. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE CHAÏM PERELMAN

1. *¿Por qué se dice que su teoría tiene un enfoque principalista?*

Las teorías de la argumentación principalista se ocupan de analizar la forma en que los jueces podrían justificar sus decisiones en casos límite; esto es, en casos en donde el conflicto no involucre contradicción entre reglas, sino tensión entre principios. Ahora bien, es claro que cuando se habla de principios se quiere referir principalmente a los principios que han sido incorporados al derecho; por ejemplo, los derechos fundamentales. Así, la deliberación moral, donde el conflicto es entre valores abstractos, no representa como tal la argumentación jurídica.

¹³⁶ El filtro del tiempo buscaría matar el sentimentalismo en la decisión.

Bajo este escenario, se debe precisar que los principios, a diferencia de los valores, no son abstractos, sino generales. De esta forma, aunque éstos pueden dar diversos sentidos a una cuestión, son definibles. Pese a dicha afirmación, es evidente que existe una relación entre los principios y valores, ya que si bien los primeros tienen una función normativa, los segundos son fundantes, por lo que su función es constitutiva. Así, se debe señalar que las reglas (como primer nivel del discurso) se basan en principios (segundo nivel del discurso) y éstos a su vez se sustentan en valores (tercer nivel del discurso), por lo que si Perelman en sus principales obras sobre lógica y retórica trata el problema de la tragedia de valores y a veces de manera indiscriminada combina aquéllos con los principios como si se tratara del mismo nivel de discurso, se considera que es adecuado ubicar su teoría de la argumentación como una teoría de corte principalista.

Ideas generales en torno a los valores y principios

Perelman es consciente de que en la mayoría de las sociedades los valores admitidos por todos son la libertad y la justicia, pero ¿no acaso éstos pueden ser integrados o, mejor este, han sido integrados como derechos fundamentales? Dejando a un lado dicho cuestionamiento, se debe decir que para el referido autor la libertad y la justicia en casos particulares pueden enfrentarse entre sí; es decir, la adhesión de valores puede traducirse en incompatibilidades.

Para resolver dicha cuestión se tendría que sacrificar uno de los dos valores (hecho que se conoce en el ámbito moral como la tragedia de valores). Perelman se preocupa por encontrar una respuesta a esta problemática moral, la que bien se podría trasladar al ámbito jurídico, ya que como se ha señalado, los valores de los que habla Perelman son perfectamente identificables como principios constitucionales o, mejor dicho, como derechos fundamentales del actual sistema jurídico mexicano.

En este sentido, en la búsqueda de soluciones para casos difíciles se establece como obligación el reinterpretar los principios. En palabras de Perelman, se debe contraponer el espíritu a la letra de la ley o, lo que es lo mismo, el punto de vista práctico.¹³⁷

De forma general, se puede afirmar que la teoría de la argumentación jurídica de Perelman aborda el tema de la colisión entre principios desde un enfoque sociológico, ya que se preocupa por la convergencia de lo social con lo jurídico. Así, es enfático en considerar que los axiomas de un sistema

¹³⁷ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica...*, cit., p. 160.

lógico-formal hacen abstracción del pasaje cultural, a diferencia de la argumentación que se inserta necesariamente en un contexto social, la cual no se puede separar enteramente de las fuerzas subyacentes, como son las económicas, las ideológicas o las institucionales. De esta manera, a diferencia de las teorías puras del derecho, para Perelman hablar de una argumentación ajena del contexto es olvidar los elementos esenciales, sin los cuales el razonamiento práctico funcionaría en el vacío.

De dichas consideraciones se puede desprender el sentido de la argumentación jurídica de Perelman, la cual se encamina a considerar que en todo conflicto entre principios se opte por un razonamiento de tipo práctico y, por lo tanto, social; dicho de otro modo, se debe apostar por una legitimación de la decisión judicial, lo cual se estima adecuado, pues en el caso extremo de que se tenga que limitar un principio en aras de proteger otro, se debe hacer con base en una justificación contextual.

Así, para Perelman no bastaría tener los principios como punto de partida en la argumentación, sino más bien hay que elegirlos de manera tal que sean admitidos por el auditorio y formularlos, presentarlos e interpretarlos de modo que puedan adaptarse al caso correspondiente.

Todas estas consideraciones generales permiten apuntar que la argumentación jurídica principalista de Perelman suministra un arsenal de bases para pensar que la misma noción de argumentación se opone a la pretensión de demostración en el derecho, ya que esta pretensión deja fuera elementos importantes para la toma de decisiones en casos jurídicos considerados como paradigmáticos.

2. *La lógica jurídica y la nueva retórica*

Uno de los problemas centrales para Perelman es saber si existe una lógica de los juicios de valor, ya que éstos no son eliminables del derecho, pues guían todo el proceso de aplicación de la ley. Los lógicos dirían que los juicios de valor son irracionales y subjetivos, pues representan las pulsiones, emociones e intereses de cada individuo.

Para Perelman, está justificado el punto de vista positivista, y si se permite la expresión lógico, de que derivado de la experiencia y demostración se puede establecer la verdad de algunos hechos y de algunas proposiciones lógicas y matemáticas, mientras que el juicio de valor es controvertido, pues no hay un método racional que establezca un acuerdo sobre esta materia.

A la conclusión a la que llega Perelman es que no existe una lógica específica de los juicios de valor, sino que en los campos en donde existen

opiniones controvertidas, cuando se discute y se delibera, se recurre a las técnicas de la argumentación. Estas técnicas, recuerda Perelman, han sido examinadas desde la antigüedad por los filósofos interesados en los discursos encaminados a convencer o persuadir, se está hablando por supuesto de la dialéctica y de la retórica.

Aquí cabría aclarar que para Perelman la nueva retórica posibilita el que la argumentación, a diferencia de la retórica clásica, pueda dirigirse a diversos auditorios; más aún, la misma utiliza el diálogo a fin de defender tesis o postulados. De esta manera, se hace palpable que la argumentación va más allá de la simple demostración y de la prueba inferencial; esto es, de los elementos que estudia la lógica formal.¹³⁸

En este sentido, lo que resulta relevante en el pensamiento de Perelman es la idea de una nueva retórica como instrumento de la razón práctica, dejando a un lado el silogismo formal. Así, a través de la argumentación se tiene un conjunto de razones sobre la estructura de lo real.

En resumen, se estima que el punto fino de la nueva retórica de Perelman se centra en la crítica a la lógica formal, pues si se parte del pensamiento que tiene dicho autor respecto de que la nueva retórica es el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o de acrecentar la adhesión a la tesis presentada a un auditorio,¹³⁹ parece evidente que nos apartamos de la simple demostración de las premisas. Así, la nueva retórica enseña que la argumentación no contempla exclusivamente la adhesión a una tesis porque sea válida, sino más bien se habla del poder preferir una tesis sobre otra porque se concibe más equitativa, oportuna, actual, razonable o mejor adaptada a la situación.

Con mucho, dichas concepciones de la argumentación permiten que se pueda apreciar un espectro integral o maximalista de la justificación formulada en las decisiones judiciales, en donde se revive el aspecto social de la decisión. En el punto siguiente se centrará la atención en analizar ese espectro.

3. *El papel de la sociología jurídica en la argumentación*

En la presente investigación se han esbozado los puntos relevantes de la teoría de la argumentación jurídica de Perelman, que permiten inferir su aspecto principalista, lo cual se ha encontrado en la relación que hace dicho autor de los valores con los principios. Ahora bien, podría llamar la atención la inclusión del tema de sociología jurídica en relación con los fines del pre-

¹³⁸ *Ibidem*, p. 142.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 151.

sente trabajo. La justificación es simple: se considera que de la circunstancia de que dicho autor reconozca un carácter maximalista de la argumentación jurídica, lo cual le permite hablar de valores y principios “como miembros de un mismo cuerpo”,¹⁴⁰ induce a reflexionar sobre el papel de la sociología jurídica en la argumentación, papel que desde luego Perelman enmarca al presentar sus investigaciones sobre una justificación jurídica.

Bajo este sendero, se piensa que la teoría de la argumentación de Perelman se preocupa por conciliar los valores o principios con el derecho y sus instituciones, de ahí que, como se ha dicho, se pueda afirmar que su teoría es de corte principalista, y ahora además sociológica. Así, recuérdese que para Perelman el derecho es una herramienta flexible que puede adaptarse a los valores que los juzgadores estimen prioritarios y dominantes en la sociedad. De esta manera, la actividad judicial es una actividad conciliadora entre valores y leyes; en otras palabras, para Perelman, los jueces no sólo deben mirar hacia la legalidad, sino también al horizonte de aceptabilidad social que comportan sus decisiones.¹⁴¹

La anterior consideración entrañaría cierta dificultad para un positivista, ya que éste podría aludir que la pretendida conciliación generaría incertidumbre jurídica, pues se privilegiaría la interpretación y la subjetividad del juez respecto de qué valores son prioritarios para la sociedad.

Sobre esto se considera que podría tener cierta razón dicho positivista, ya que se tiene conciencia del problema que generaría una visión tan abierta como la que señala Perelman; no obstante, se estima que ésta sí se podría implementar en sociedades pluralistas, en donde a pesar de la diversidad se tenga un cierto tipo de denominador común entre los principios; es decir, mayor claridad y consenso respecto de los mismos. Por lo que hace a la sociedad mexicana, se piensa que la idea de Perelman debe ser vista con cautela, ya que antes de partir de una argumentación con dicho alcance se debería empezar con formar operadores jurídicos que entiendan este tipo de enfoque, así como por buscar, dentro de la pluralidad de principios, un tipo de unidad de los mismos, a fin de que los juzgadores puedan identificarlos y conciliarlos con el derecho, como sugiere Perelman.

Pese a los posibles inconvenientes de la teoría de Perelman, el papel del juez con la nueva retórica propuesta por dicho filósofo será el descubrir una solución razonable y aceptable; es decir, ni subjetiva ni arbitraria, contrario a los peligros que señalaban los positivistas respecto a utilizar los juicios de valor, pues motivar es justificar que la decisión no es una cuestión arbitraria.

¹⁴⁰ La expresión no es propia. La misma fue tomada de Vara Martín, Julián, *Libres, buenos y justos: como miembros de un mismo cuerpo*, Madrid, Tecnos, 2007.

¹⁴¹ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica...*, cit., p. 193.

De la misma manera, las opiniones tienen un papel importante, ya que eliminan la formalidad del derecho y lo aproximan a la realidad social.

Es evidente que lo que intentó resaltar Perelman es que el derecho no debe verse como una simple aplicación deductiva, pues el fenómeno jurídico es algo más que leyes. En este sentido, dicho fenómeno debe representar y posibilitar los ideales que se han ido conformando en las sociedades. Así, se pretende establecer un derecho más flexible, que busque un orden equitativo, realista y maximalista. Sólo de esta manera se respetarán la estructura, las necesidades y las aspiraciones de las sociedades heterogéneas actuales.

Por lo anterior, la nueva retórica de Perelman buscaría presentar soluciones judiciales aceptables por ser justas y razonables. La lógica jurídica que propone Perelman se centra en la idea de adhesión del auditorio y no de la verdad de las premisas. Con mucho se trata de una visión del derecho más integral, ya que para justificar las decisiones se debe utilizar todo el arsenal que nos presenta la realidad; esto es, la ley, los principios y los valores. Así, el discurso jurídico se abriría a discursos morales y políticos.

Bajo este sendero, Perelman entendió que la lógica formal es distinta a la lógica jurídica, ya que el papel de la primera es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la segunda es mostrar la aceptabilidad de las premisas, derivado de lo cual la lógica del derecho es una argumentación, no un silogismo.

En síntesis, se puede decir que en la nueva retórica de Perelman la sociología jurídica recobra importancia, ya que bajo este esquema se busca flexibilizar las normas jurídicas a las realidades sociales, lo cual se logra de mejor manera al momento de su aplicación, más que en la producción legal.

4. *Imperio retórico*

Se debe recordar que las investigaciones de Perelman se enfocan en analizar el papel de los valores en la argumentación, que si bien no son lo mismo que los principios, sí son el sustento de éstos. Así, también cabe decir que los valores pueden adquirir la connotación de jurídicos al integrarse al derecho, lo que no implica que pierdan su contenido axiológico ni que obtengan un carácter deontológico. Bajo estas preliminares ideas, la obra *Imperio retórico* no es la excepción en abordar dichos temas, por lo que ésta parece contener algunos puntos relevantes para la presente investigación, como se verá en las siguientes líneas.

Para Perelman, existen valores universales y valores particulares. Los primeros tienen un rol relevante en la argumentación, pues permiten repre-

sentar a los segundos en casos específicos. Más allá de esto, se considera que la distinción obedece al reconocimiento que dicho autor hace sobre la universalización de los valores, que vendría a superar los acuerdos de grupos particulares sobre una ética pública.¹⁴²

Me parece que la distinción de valores universales y valores particulares funge como respuesta de Perelman a las críticas de los filósofos positivistas sobre la falta de objetividad de los juicios de valor, contrariamente a lo que sucede con los juicios de realidad, en donde existe un acuerdo posible basado en la experiencia y la verificabilidad. Así, se hablaría de que existen valores universales admitidos por todo el mundo, como el bien, lo bello, lo justo, y de los cuales no se podría hablar de falta de consenso u objetividad, y valores concretos que se dan particularmente a un ser, a un objeto o a un grupo concebidos en su unicidad, en donde efectivamente no cabría hablar de objetividad.

Perelman concluye que en la argumentación no podemos prescindir ni de los valores abstractos ni de los valores concretos, pero según el caso subordinamos los unos a los otros. Es así como el amor a la verdad, valor abstracto, es superior a la amistad debida a Platón, valor concreto.¹⁴³

De una lectura general de la obra *Imperio retórico* de Perelman se podría decir que ésta se centra en poner de manifiesto la relevancia de la retórica en la búsqueda de la mejor opinión y su adhesión por parte del auditorio, es por lo que el papel de los razonamientos dialécticos y de los discursos retóricos son inevitables para introducir alguna racionalidad en el ejercicio de la voluntad individual y colectiva. Para Perelman, en todos los dominios, ya sea religión, filosofía, moral, derecho, el pluralismo es la regla, por lo que dichos dominios derivan su racionalidad del aparato argumentativo, de las buenas razones, pues en el pluralismo de ideas encontradas es donde se muestra la racionalidad de las técnicas argumentativas y de la retórica como teoría del discurso persuasivo.

En síntesis, se puede afirmar que el esquema de imperio retórico propuesto por Perelman tiene una conexión con la argumentación jurídica principalista, pues ambos modelos son conscientes del papel del razonamiento jurídico para lograr la legitimidad o adhesión de las decisiones dentro de los contextos culturales pluralistas.

¹⁴² Perelman, Chaïm, *El imperio retórico. Retórica y argumentación*, trad. de Adolfo León Gómez Giraldo, Santafé de Bogotá, Norma, 1997, p. 50.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 51.

III. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

1. *Planteamientos generales*

En primer lugar, cabe decir que la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick busca evitar los extremos, por lo que se estima que tiene su base en la ética aristotélica del término medio,¹⁴⁴ ya que su teoría plantea que las decisiones judiciales busquen tanto la racionalidad como la afectividad.

MacCormick reconoce la importancia de la justificación deductiva con algunos matices, como se apuntará en el punto siguiente. Así, él habla de casos fáciles, en donde opera muy bien el silogismo jurídico, y de casos difíciles, donde encuentra sus mayores dificultades.

La lógica deductiva es la regla general para resolver los casos judiciales. Así lo demuestra MacCormick al citar diversos casos prácticos en sus investigaciones; por ejemplo, la controversia *Daniels and Daniels versus R. White & Sons and Tarbard* (1938):¹⁴⁵

1. Tarbard ha vendido una mercancía en mal estado a Daniels.
2. Daniels resulta perjudicado.
3. Tarbard debe indemnizar a Daniels.¹⁴⁶

Ahora bien, cabe aclarar que el carácter lógico no es la resolución del juez como tal, sino la obligación del juez es resolver en el sentido indicado. En otras palabras, la determinación judicial que condena a la señora Tarbard a indemnizar a Daniels no es ya un producto lógico, a pesar de que la justificación de dicha decisión sea un razonamiento lógico-deductivo.¹⁴⁷

Más allá de esto, para MacCormick es evidente que la justificación deductiva tiene límites. Tan es así que una de las principales cuestiones que se

¹⁴⁴ Recuérdese que para Aristóteles en las acciones hay exceso, defecto y término medio, siendo este último propio de la virtud. *Cfr.* Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, Éxodo, 2005, pp. 38 y 39.

¹⁴⁵ MacCormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 19 y 20. Hasta donde se tiene noticia no existe traducción al castellano de dicha obra, por lo que para los fines de la presente investigación se utilizará la propia; con todo, el lector puede en caso de considerarlo conveniente, dirigirse al texto citado.

¹⁴⁶ De hecho, Neil MacCormick hace un análisis detallado del caso en comento en el capítulo II de su *Legal reasoning and legal theory*. Para los efectos del presente trabajo basta con mencionar la estructura del silogismo; no obstante, para mayor interés sobre la justificación deductiva véase *ibidem*, pp. 19-33.

¹⁴⁷ Aienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit. p. 110.

plantea en su obra es ¿cómo pueden justificarse las decisiones cuando no es suficiente el argumento deductivo para ello?¹⁴⁸

Así, MacCormick es consciente de que la lógica deductiva encuentra sus límites en los casos difíciles, ya que para dicho autor existen cuatro supuestos o fuentes en los que se pueden presentar dichos casos; éstos son: *i*) problema de interpretación (*problem of interpretation*); *ii*) problema de relevancia (*problem of relevancy*); *iii*) problema de prueba (*problem of proof*), y *iv*) problema de categoría¹⁴⁹ (*problem of classification*).

Dichos problemas se pueden desarrollar en los siguientes puntos:¹⁵⁰

- 1) Problemas de interpretación (afecta premisa normativa). Se da cuando el juzgador conoce la norma aplicable, pero ésta presenta varias lecturas posibles. Así, es una verdad muy obvia que no todas las reglas jurídicas en sus diversas formas verbales pueden siempre darnos una respuesta clara para todas las cuestiones prácticas que puedan presentarse. Casi cualquier regla puede probar ser ambigua o imprecisa en relación con determinada discusión o disputable en el contexto del litigio. Las reglas están formuladas en lenguaje; ellas son (como Hart señaló) de textura abierta y vagas en relación con algún contexto por lo menos.¹⁵¹
- 2) Problemas de relevancia (afecta premisa normativa). El juez desconoce si existen normas relevantes aplicables al caso.
- 3) Problemas de prueba (afecta premisa fáctica). Se refiere al desconocimiento de lo que sucedió en el pasado; es decir, no existe acuerdo sobre la realidad o el hecho, por lo que sólo cabe hablar de un test de coherencia en el presente. De hecho, MacCormick propone que el test de coherencia es el único tipo de prueba que tenemos disponible para la verificación de las aserciones debatidas sobre el pasado.¹⁵²
- 4) Problemas de calificación (afecta premisa fáctica). Surgen cuando se desconoce si los hechos pueden encuadrar en la hipótesis señalada por la norma.

¹⁴⁸ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, *cit.*, p. 53.

¹⁴⁹ En la obra *Las razones del derecho* de Manuel Atienza a este problema se le denomina “de calificación” o “de hechos secundarios”. Se considera que es más adecuada la referencia como problema de categoría; no obstante, en la investigación, y derivado de que algunas veces se citará el trabajo de Manuel Atienza, cuando se haga referencia al problema de calificación se entiende que se identificará con el problema de categoría al que aludía Neil MacCormick.

¹⁵⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, *cit.*, pp. 112 y 113.

¹⁵¹ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, *cit.*, pp. 65 y 66.

¹⁵² *Ibidem*, p. 90.

Derivado de lo anterior, para MacCormick la argumentación jurídica surgiría en los casos difíciles; es decir, en donde la justificación deductiva no tenga cabida. Dicho de otra forma, la tesis básica de MacCormick es que justificar o argumentar una decisión judicial en tales casos representa cumplir con el requisito de universalidad, y también que la decisión guarde sentido en relación con el sistema jurídico; es decir, que cumpla con los requisitos de consistencia y de coherencia,¹⁵³ y en relación con el mundo; esto es, que el argumento decisivo sea consecuencialista.

En los términos de MacCormick, primero la justificación de la decisión puede ser alcanzada por la simple deducción del establecimiento de reglas claras; segundo, desde que nos encontramos con problemas de interpretación, clasificación o relevancia tenemos que tener el recurso del segundo orden de justificación.¹⁵⁴

Pero cabe desarrollar más dichas ideas; en primer lugar, para atender las cuatro posibles fuentes de problemas, MacCormick presenta cuatro principios (universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias), que servirán para justificar las decisiones judiciales en casos complejos. Así, el segundo orden de justificación envuelve dos elementos: el argumento consecuencialista y el argumento de prueba de los fallos; esto es, su consistencia y coherencia con la existencia del sistema jurídico.¹⁵⁵

¹⁵³ Cabe recordar que en el campo de la lógica, la coherencia y la consistencia no son expresiones sinónimas. Así, por ejemplo, José Ferrater ha precisado que para que exista consistencia en la relación de dos enunciados es necesario que la conjunción de éstos no sea contradictoria; por su parte, sobre el término “coherencia” dicho autor ha señalado que dos cosas son coherentes cuando están relacionadas entre sí de acuerdo con algún patrón o modelo. Así, él entiende que las cosas coherentes son compatibles, ya que la coherencia expresa conformidad de proposiciones a una regla o criterio. En el mismo sentido, Elí de Gortari ha precisado que coherencia es una conexión o unión de unas cosas con otras de acuerdo con algún patrón, y sobre la consistencia entiende que un sistema de axiomas es consistente cuando no contiene axiomas que se contradigan mutuamente. En el campo del derecho sobre los significados diversos entre los términos “coherencia” y “consistencia” se ha esbozado que la coherencia se refiere al funcionamiento integral o sistemático de las normas en determinado sistema jurídico, lo que posibilita la aplicación de las mismas al evitar la incompatibilidad entre sus contenidos; por su parte, la consistencia se relaciona con la ausencia de contradicciones entre las normas jurídicas. Con todo, los términos no están desconectados, ya que la consistencia es una condición para la coherencia del sistema jurídico. Sobre lo expresado en esta nota, véanse Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994, t. I (A-D), pp. 587 y 668; Gortari, Elí de, *Diccionario de la lógica*, México, Plaza y Valdés, 1988, pp. 76 y 101, y Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 123 y 124.

¹⁵⁴ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, *cit.*, p. 197.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 107.

El requisito de universalidad (justificación interna) exige que para justificar una decisión se tenga como sustento por lo menos una norma general. Así, cuando se justifica, por ejemplo, una determinada decisión, p, hay que ofrecer las razones x, y, z, a favor de ésta, pero tales razones no son suficientes, por lo que se requiere una regla general que indique ello; es decir, siempre que se materialicen las circunstancias x, y, z, debe tomarse la decisión p.¹⁵⁶

Este requisito es lo que se conoce comúnmente como justicia formal. Si tratamos a Pedro de determinada manera, entonces todos los casos iguales a Pedro deben ser tratados de igual forma.

Después de justificar desde el aspecto interno surge ahora la cuestión de justificar la elección de una u otra norma general, lo que da lugar a la justificación externa. Por lo que MacCormick distingue, como se ha señalado, entre el ajuste de las decisiones judiciales en relación con el sistema jurídico y con el mundo. Para que una decisión tenga sentido con el sistema, aquélla ha de ser coherente y consistente con éste. Como dice el filósofo escocés: las decisiones legales tienen que hacer sentido en el mundo, y ellas además tienen que hacer sentido en el contexto del sistema legal.¹⁵⁷

Se cumple con el requisito de consistencia cuando una decisión judicial se fundamenta en normas jurídicas que no entran en contradicción con otras normas. La coherencia es un término más amplio. MacCormick distingue entre coherencia normativa (se refiere a que una norma es coherente si puede subsumirse bajo ciertos principios o valores aceptables por disponer una forma de vida satisfactoria)¹⁵⁸ y coherencia narrativa (que implica la adopción de creencias en relación con cuestiones del pasado cuando no existe una prueba de verificación).

Por último, como ya se mencionó, una decisión debe tener sentido no sólo con el sistema jurídico, sino también con el mundo. Así, respecto de este último sentido se tendría que explicar el argumento consecuencialista que señala que en la argumentación se deben tomar en cuenta los efec-

¹⁵⁶ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 115.

¹⁵⁷ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, cit., p. 103.

¹⁵⁸ MacCormick no precisa qué debe entenderse por “forma de vida satisfactoria”; por ello, la coherencia normativa presentaría problemas, ya que al exigir que los principios y valores configuren dicha forma de vida podrían existir decisiones coherentes-contradictorias, pues si nos ubicamos en el contexto del pluralismo cultural, cada sociedad ante un mismo caso jurídico podría generar decisiones divergentes, recuérdese el ejemplo que refiere Atienza sobre que la coherencia puede ser satisfecha por el derecho nazi que parte de la pureza de la raza como principio supremo; ello en definitiva, como señala el autor español, convierte al criterio de coherencia normativa en una justificación débil. Sobre esto véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 119.

tos que proyectaría la decisión judicial hacia el futuro. Para MacCormick, un modo de argumento consecuencialista considera las consecuencias de realizar una decisión en un camino o en otro, para la extensión por lo menos de la revisión de los tipos de decisión que tendrían que ser dados en otros casos hipotéticos, los cuales podrían ocurrir y los cuales vendrían dentro de los términos de la decisión.¹⁵⁹

En este contexto, hay que distinguir entre el resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la decisión judicial consiste en generar una norma. Dicho resultado formaría parte del mismo concepto de decisión. Las consecuencias son los estados de cosas dados en el futuro; es decir, posteriores a la decisión judicial, pero conectadas a ésta.¹⁶⁰

En otro sentido, se debe aclarar que si bien MacCormick aborda el tema de los principios en su teoría de la argumentación al explicar el requisito de coherencia normativa, lo hace de manera distinta al enfoque que se ha desarrollado en el presente trabajo de investigación; esto es, como derechos fundamentales. No obstante, se considera que su teoría de la argumentación tiene importancia para los fines de esta investigación, ya que dicha teoría da cuenta del papel de los principios, si se quiere generales, que deben ser tomados en cuenta en la justificación de las decisiones, de ahí que esta teoría pueda ser catalogada bastante bien como teoría de corte principalista.

El entendimiento que MacCormick tiene sobre los principios desde su función explicativa no es relevante para esta investigación, pues en dicha concepción los principios cubren una función de colmar las lagunas de las leyes, lo que no se debe confundir con la argumentación principalista. Así, el desarrollo de la teoría de la argumentación de MacCormick es relevante por lo que se refiere a la función justificativa de los principios, que es en donde se observa el enfoque principalista de su teoría. En lo que sigue se presentará un análisis más detallado sobre estos temas.

2. *Las funciones y el concepto de los principios*

Como se ha referido, los principios en la teoría de la argumentación de MacCormick surgen con el requisito de coherencia normativa, el cual se contiene en la idea de justificación externa de las decisiones judiciales.

En este contexto, respecto de la función de los principios, MacCormick ha señalado que cuando se está en duda sobre el significado propio que

¹⁵⁹ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, cit., p. 105.

¹⁶⁰ Aienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 123.

deba tener una regla en algún contexto, la referencia a los principios puede ayudar a comprenderla. Para dicho autor, llamar a una norma como principio implica que ésta es relativamente general y de un valor positivo.¹⁶¹ De ahí que se pueda afirmar que los principios en la teoría de la argumentación jurídica del filósofo escocés tienen una función tanto explicativa como valorativa. Una función explicativa, porque como refiere Atienza aclaran el sentido de una norma, y valorativa, porque si una norma puede subsumirse bajo un principio, ello quiere decir que la norma es valiosa.¹⁶²

Con base en dicha distinción se podría extraer una nueva distinción entre las reglas y los principios como sigue: las reglas tienen como tarea asegurar un fin valioso de la ética pública, mientras que los principios expresan el fin por alcanzar. Es así como los principios son necesarios para justificar una acción judicial en casos límite; no obstante, una argumentación basada en principios no tiene carácter concluyente, como lo tendría si se basara en una regla jurídica, pues el sentido se determina con base en las particularidades del problema planteado; es así como se puede hablar de que los principios pueden jugar en sentido contrario.

Bajo esta premisa, el propio MacCormick señaló que el principio determina el rango de legitimidad de las consideraciones justificatorias, el principio no puede estar representándose como la producción de una respuesta conclusiva.¹⁶³

Por otro lado, a fin de englobar las anteriores funciones y características de los principios, cabría señalar que para MacCormick un principio es una norma relativamente general, la cual desde el punto de vista de una persona que la sostiene como un principio es considerada como una norma general a la que es deseable adherirse, y la cual, por lo tanto, tiene fuerza explicativa y justificatoria en relación con una decisión particular o con una regla particular para la decisión.¹⁶⁴

Con todo, una concepción más sencilla de MacCormick sobre los principios es la que los considera como normas relativamente generales, las cuales son concebidas para la racionalización de las reglas jurídicas o de escenarios de reglas.¹⁶⁵

¹⁶¹ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, cit., p. 152.

¹⁶² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 120.

¹⁶³ MacCormick, Neil, *Legal reasoning...*, cit., p. 177.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 260.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 232.

3. *El silogismo judicial*

Más allá de la importancia que MacCormick le asigna a los principios en el razonamiento judicial, no se debe perder de vista que para dicho autor el silogismo judicial sigue jugando un papel en la aplicación del derecho. Su tesis es que el razonamiento sobre reglas o normas jurídicas puede ser estrictamente lógico en casos considerados fáciles.

En este sentido, este autor entiende que las reglas jurídicas contienen hechos posibles del mundo, los cuales se relacionan con determinadas consecuencias jurídicas. Así, siempre que se den los hechos regulados debe seguirse la consecuencia prevista. Por ello, para MacCormick, la aplicación del derecho en muchos casos es un proceso simple. En palabras de los lógicos habituales, dicha operación se identifica nada menos que con un silogismo hipotético.¹⁶⁶

MacCormick piensa que pese a todas las críticas que pudieran existir sobre un razonamiento silogístico, existen bases sólidas para una visión diferente. Para él, el silogismo juega un papel fundamental como estructura en el pensamiento jurídico, aunque no todo ese pensamiento se agota en la lógica formal.

Es claro así que para MacCormick la deducción lógica es importante para el derecho, pero ello no implica desconocer que existen otras formas de razonamiento, como podría ser la argumentación por principios; en este sentido, MacCormick bien podría ser considerado un filósofo analítico, pues lejos de negar la existencia de principios en la argumentación parte de un contexto jurídico integral, de ahí que su teoría de la argumentación sea catalogada como integradora, pues se interesa tanto de la lógica formal-deductiva como de cualquier otro tipo de razonamiento.

En síntesis, MacCormick defiende un papel central del silogismo judicial como estructura del razonamiento, sin desconocer la relevancia del razonamiento no formalista, probabilístico o retórico. El análisis del silogismo parte de que en todo sistema jurídico válido para iniciar alguna actuación sobre determinado asunto, primero se deben identificar y citar las leyes en las que sustenta una postura y relacionar los hechos con dichas disposiciones a fin de derivar una conclusión vinculante para las partes. De esta manera, para dicho autor, la justificación jurídica puede ser sencilla, pues

¹⁶⁶ MacCormick, Neil, “La argumentación silogística: una defensa matizada”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 322, en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12476288760181621132679/035341.pdf?incr=1>.

implica invocar premisas mayores y premisas menores, siendo la decisión la conclusión del silogismo.¹⁶⁷

No obstante lo anterior, pueden surgir problemas en los casos difíciles que impidan resolver conforme a un simple silogismo, por lo que es completamente adecuado, aun si se considera uno mismo como lógico-formal, justificar más allá del contexto de la lógica deductiva. Ahora bien, si se es más escrupuloso sobre el pensamiento de MacCormick cabría preguntarse si es adecuado concluir que “syllogism is what provide the framework in which the other arguments make sense as legal arguments”.¹⁶⁸ Se considera que dicha afirmación es adecuada si se entiende por marco el hecho de que no todas las cuestiones pueden resolverse por medio de la deducción, por lo que derivado de la identificación de los límites lógicos surgen entonces otros tipos de razonamientos, como es la argumentación de tipo principalista.

IV. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

1. *Un primer acercamiento*

Es opinión general que se hable de Robert Alexy como uno de los representantes más férreos de la argumentación jurídica por principios, lo cual, si bien es adecuado, debe tomarse con cierta cautela, pues como se verá en este punto de la investigación, Alexy es un filósofo analítico que a pesar de generar debate sobre la cuestión de los principios en el razonamiento judicial, nunca se aparta de un análisis racional del derecho; es más, cualquier persona que se acerque por primera vez a su teoría se quedaría perpleja si piensa encontrar una argumentación jurídica no formalista.

A pesar de la anterior observación, se estima que sus estudios sobre la forma de operar de los principios arrojan buenas bases para pensar en una teoría de corte principalista, en la cual, si bien la racionalidad reviste un papel relevante, también se hace hincapié en la importancia que comporta la razonabilidad para las decisiones judiciales.

En este sentido, como primer acercamiento a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy se puede decir que ésta se sustenta en una estructura de fundamentación lógica, pues bajo dicha teoría se estudian las condiciones en las que una decisión jurídica puede ser discutida racionalmente.

Con todo, en su teoría de la argumentación jurídica los principios juegan un papel trascendente, pues ésta se complementa o se explica de mejor

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 321.

¹⁶⁸ *Idem*.

forma con una teoría de los principios, la cual Alexy desarrolló en una de sus obras más conocidas en castellano.¹⁶⁹

2. *Una teoría de los principios*

En Alemania parece que Josef Esser es uno de los primeros filósofos preocupados por establecer la distinción entre reglas y principios; sin embargo, para Alexy es Ronald Dworkin quien generó el debate internacional en torno a dicha cuestión, por lo que hoy en día existen un sinnúmero de investigaciones que se ocupan de las implicaciones que genera tal distinción en la aplicación del derecho.

Alexy identifica en dichas investigaciones dos posturas fundamentales y opuestas:

En la primera postura los principios expresan la idea de optimización, lo que no acontece con las reglas, pensamiento que se contiene en una teoría de los principios. La otra postura señala que la concepción que entiende a los principios como mandatos de optimización es exagerada y falsa.¹⁷⁰

En adelante se centrará el esfuerzo en señalar los tres puntos que Alexy considera fundamentales para la teoría de los principios desde la óptica de la primera postura.

A. *La tesis de la optimización*

Surge de la definición de principios propuesta por Alexy. Así, “los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho en que pueden ser cumplidos en diferentes grados”.¹⁷¹ La referencia a las posibilidades fácticas nos llevaría a los principios de idoneidad y necesidad,¹⁷² y la cita a las posibilidades jurídicas implicaría la ley de ponderación.

¹⁶⁹ Este trabajo fue publicado en Colombia bajo el título de *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*.

¹⁷⁰ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 94.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 95.

¹⁷² Alexy esquematiza la explicación de dichos subprincipios del principio de proporcionalidad como sigue: si se adopta una medida M, que representa una intervención en la libertad de profesión (P1), para favorecer la protección a los consumidores (P2), pero ella no es idónea para ello, entonces puede omitirse M sin originar costos para la protección de los consumido-

La anterior definición podría esquematizarse de la siguiente manera:

<i>Tesis de optimización: principios</i>		
Posibilidades fácticas	Principio de idoneidad	Principio de necesidad
Posibilidades jurídicas	Ley de ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto.	
Teoría de los principios implica	El principio de proporcionalidad en el cual se integran los tres anteriores subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación.	

B. *Ley de la colisión*

Es rasgo distintivo entre principios y reglas la forma en que se confrontan dichas normas. Así, los principios colisionan, y las reglas entran en conflicto. Ya se sabe que un conflicto entre dos reglas sólo puede ser solucionado si introducimos una cláusula de excepción a una de las normas. Pero en la colisión de principios no pasa lo mismo, aquí los jueces deben resolver el problema mediante el establecimiento de una relación de precedencia entre los principios relevantes, condicionada a las características del caso concreto.

En resumen, la ley de colisión señala el hecho de que entre los principios de un sistema jurídico no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada al caso concreto. Por lo que la tarea de la optimización consiste en encontrar y fijar dichas reglas de la mejor manera.¹⁷³

C. *Ley de ponderación*

De la definición de Alexy sobre los principios surge la idea de posibilidades jurídicas, las cuales implican la ley de ponderación (que no es otra cosa

res P2. La optimización de P1 y P2 exige entonces que no se adopte M. Eso es exactamente el contenido del principio de idoneidad. Por su parte, el principio de necesidad establece que una medida M1 está prohibida en relación con los principios P1 y P2, si existe una medida alternativa a ella; por ejemplo, M2, que interviene menos intensamente en los principios; es decir, M1 está prohibida por ser un medio no necesario en relación con los principios P1 y P2. *Ibidem*, pp. 102 y 103.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 100.

que el principio de proporcionalidad en sentido estricto), que se entiende de la siguiente manera: “cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.¹⁷⁴

3. *Los principios y la única respuesta correcta*

A. *Justificación del tema*

La inclusión de este punto obedece a que derivado de la crítica que Alexy formula a la tesis de la única respuesta de Dworkin se pueden desprender varios elementos que conforman la teoría de la argumentación jurídica del filósofo alemán; es más, se podría afirmar que dichas críticas representan un primer paso que debe ser dado antes de adentrarse al estudio del razonamiento jurídico que propone Alexy.

B. *Contexto*

En teoría del derecho, al menos la proyectada en este país, todavía es posible una discusión académica acerca de si existe para toda controversia judicial una única respuesta correcta. Ya se conoce que la cuestión la generó Dworkin, para el cual sí existe una única respuesta jurídica que el juzgador debe develar del propio sistema jurídico (recuérdese la concepción del juez Hércules). En este sentido, Alexy se ocupó de desentrañar las cuestiones que plantea la tesis de Dworkin. Aquí sólo será de interés resaltar los puntos dominantes de dicha investigación, a fin de contar con mayores elementos para el análisis adecuado de la argumentación jurídica de Alexy.

C. *Teorías fuertes y débiles de los principios*

Alexy se pregunta si se pudiera generar una lista completa de principios de un sistema jurídico, en la cual no se diga nada sobre el peso de los mismos; esto es, sobre la relación de prioridad entre ellos. Dicha lista no sería más que un catálogo *topoi*, y ésta representaría la versión más débil de una teoría de los principios.

Sin embargo, la variante más fuerte sería una teoría que contuviera, además de la lista de los principios, todas las relaciones de prioridad abs-

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 103.

tractas y concretas entre ellos; así se sabría de antemano la decisión judicial en cada uno de los casos. Para Alexy, si y sólo si fuera posible una teoría de los principios fuerte, sería válida la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin.¹⁷⁵

D. Orden estricto

Existe abundante literatura sobre los problemas de una jerarquía de valores; por ejemplo, en materia de bioética, Diego Gracia ha llegado a afirmar un orden en los principios clásicos de dicha materia.¹⁷⁶

No obstante lo anterior, se debe considerar que no es posible un orden o prelación que conduzca en cada caso precisamente a un resultado (a tal orden habría que llamarlo orden estricto). Un orden tal sólo es posible en términos de Alexy si el peso de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en términos numéricos.¹⁷⁷

E. Orden débil

La imposibilidad de órdenes estrictos no nos permite afirmar que sean imposibles teorías de los principios que sean más que un catálogo *topoi*. Para Alexy, es posible un orden débil, el cual consta de tres elementos: *a*) un sistema de condiciones de prioridad, *b*) un sistema de estructuras de ponderación, y *c*) un sistema de prioridades *prima facie*.

a. Un sistema de condiciones de prioridad

El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante la ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea

¹⁷⁵ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 145, en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf.

¹⁷⁶ Para Diego Gracia, los cuatro principios clásicos de la bioética no tienen la misma categoría, porque su fundamentación es distinta: la no maleficencia y la justicia se diferencian de la autonomía y de la beneficencia en que obligan con independencia de la opinión y de la voluntad de las personas implicadas, y por tanto tienen un rango superior a los otros dos. Los principios del primer nivel, la no maleficencia y la justicia, son, además, expresión del principio general de que todos los hombres somos básicamente iguales y merecemos igual consideración y respeto. Citado en Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, *Isonomía*, núm. 8, abril de 1998, p. 78, en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/35706177436793617422202/isonomia08/isonomia08_05.pdf.

¹⁷⁷ Alexy, Robert, “Sistema jurídico..”, *cit.*, pp. 145 y 146.

solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión para la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos.¹⁷⁸

Dicha consideración pone de relieve un peso relativo de los principios; no obstante, no se debe olvidar que como consecuencia de nuevos casos con nuevas características no se puede afirmar de manera general que las condiciones de prioridad como teoría determinan para cada caso una decisión unívoca.

b. Un sistema de estructuras de ponderación

En virtud de que no todos podrían estar de acuerdo con las condiciones de prioridad, pues éstas equipararían a los principios con las reglas, Alexy formula un segundo elemento a considerar para una teoría débil de los principios. Esto se resume en la ley de ponderación, la cual ya ha sido explicada; por ello, sólo se debe señalar que una teoría de principios conduce a estructuras de argumentación racional, hecho que no vale para un simple catálogo *topoi*.

El punto fino en este sistema de estructuras de ponderación se refleja en que a pesar del carácter racional que se puede tener en el mismo sistema, la teoría de los principios necesita un complemento; esto es, requiere de la argumentación jurídica para cerrar su intención.

c. Un sistema de prioridades *prima facie*

El carácter de *prima facie* parte de la noción de que los principios son de igual jerarquía; sin embargo, es posible establecer un tipo de cargas en la argumentación, que se traducen en prioridades no definitivas entre los principios. Alexy ejemplifica la cuestión en los siguientes términos: “en una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad”.¹⁷⁹

Desde luego, el sistema de prioridades *prima facie* no es un absoluto, ya que si son más fuertes los argumentos a favor de un principio que juegue en sentido contrario se desvanece la prioridad. Aquí tiene otra vez un papel importante la argumentación jurídica.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 146.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 148.

F. *La conexión entre la teoría de los principios y la teoría de la argumentación*

Bajo el pasaje que se ha venido dibujando en líneas anteriores se puede decir ahora que es insostenible una teoría fuerte de los principios, que muestre para cada caso una respuesta precisa. Por otro lado, es posible una teoría débil de los principios, aunque debe quedar claro que ésta no determina para cada caso una única respuesta correcta.¹⁸⁰

Ahora bien, si como sugiere Alexy los principios y las reglas no regulan por sí mismos su aplicación, si se quiere presentar un modelo adecuado de sistema jurídico se debería añadir a los niveles pasivos del sistema (es decir, a las reglas y a los principios) un lado activo; es decir, la argumentación jurídica que señala cómo, sobre la base de las reglas y principios, es posible una decisión racionalmente fundamentada; así, se entiende que una respuesta a la cuestión de la única respuesta correcta sólo es posible con base en esos tres niveles: reglas, principios y argumentación jurídica.¹⁸¹

Por ello, se piensa que no existen únicas respuestas correctas; sin embargo, racionalmente se puede decir que la respuesta acordada en el discurso jurídico es la mejor y la correcta.

Esquemáticamente, y siguiendo las enseñanzas de Alexy, cabría representar dichas ideas en el siguiente cuadro:

<i>Decisión racionalmente fundamentada incluye</i>		
Lado pasivo	<ul style="list-style-type: none">• Reglas• Principios	Modo de respuesta correcta
Lado activo	<ul style="list-style-type: none">• Argumentación jurídica	

4. *El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas*

Para Alexy, el análisis sobre la argumentación jurídica se ubica en el problema de la justificación de las decisiones judiciales; así para él, al igual que para Karl Larenz, ya nadie puede afirmar felizmente que la aplicación de las normas es una simple subsunción lógica bajo premisas mayores.

Ello es así, porque existen al menos cuatro razones que no permiten que la decisión jurídica sea expresable en un enunciado normativo que se siga lógicamente.

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

Las cuatro causas son:¹⁸²

- La vaguedad del lenguaje jurídico.
- La posibilidad de conflictos de normas.
- El hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente.
- La posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.

La cuestión se complica más si se parte de determinado sistema que integre principios. Dicho sistema, en términos de Canaris, podría ser considerado un sistema axiológico-teleológico. Si esto es así, surgiría el problema de cómo obtenerse los principios, ya que éstos no se siguen lógicamente de las normas jurídicas.

En otro sentido, el problema en torno a la fundamentación de las decisiones con base en los principios se dificulta aún más, derivado de sus propias cualidades, pues:

Los principios no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; sólo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y valoraciones particulares con contenido material independiente.¹⁸³

Pese a lo anterior, Alexy señala que esto no significa que se anule la argumentación en un sistema axiológico, que bien podría describirse como un sistema que contiene principios y valores.

Ahora bien, se considera, al igual que Larenz, Kriele, Hart y el propio Alexy en algún punto, que no se puede desconocer el sentido valorativo contenido en la aplicación del derecho.¹⁸⁴

Así, para Kriele, la aplicación del derecho se orienta hacia consideraciones ético-sociales, y en otro lugar para Larenz la aplicación de la ley no

¹⁸² Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 28.

¹⁸³ Canaris, C. W., *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen*, Berlin, 1969, pp. 52 y ss. (original no consultado, citado por Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 32).

¹⁸⁴ De estas ideas son también Wright, para el cual la expresión “valoración” puede ser utilizada tanto para designar la acción de preferir como el enjuiciamiento de una alternativa como mejor, o también para referirse a las reglas de preferencia que están en la base de este enjuiciamiento. En similar sentido, para Wieacker fuera del núcleo de la ley susceptible de subsunción, y especialmente en la integración del derecho, todos los problemas de aplicación del derecho pueden ser formulados como decisiones entre alternativas valorativas.

se agota en la subsunción, sino que requiere en gran medida de valoraciones del aplicador. Alexy no desconoce dichas situaciones; sin embargo, aclara que éstas no se dan con carácter absoluto, pues la tesis de que la jurisprudencia no puede prescindir de las valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no exista ninguna duda sobre cómo decir, sea por razón de las mismas normas vigentes en el sistema.¹⁸⁵

Para evitar el campo libre de las convicciones morales subjetivistas de los aplicadores del derecho, Alexy propone que los juzgadores se ajusten a los valores de la colectividad o de círculos determinados; esto implicaría apelar a un orden valorativo objetivo, ya sea que exista fuera del derecho, o bien esté recogido en la Constitución.

Dicha solución representa, sin embargo, algunos inconvenientes; por ejemplo, el que las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos, y que en las sociedades actuales existen diferentes concepciones para la mayoría de los problemas prácticos.

5. *Ideas fundamentales de la teoría de Alexy*

Se debe comenzar por señalar que en su teoría del razonamiento judicial el filósofo alemán presenta su propio concepto de argumentación jurídica, el cual ya se ha referido en el presente trabajo de investigación. Por ahora bastaría desglosarlo en los siguientes puntos:¹⁸⁶

- Es una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones diferentes.
- Busca la corrección de los enunciados normativos, por lo que se trata de un discurso práctico.
- El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.

Alexy intenta fundar su teoría de la argumentación en criterios de racionalidad, por lo que su postura es analítica y además normativa, ya que para él el discurso jurídico es una forma de discurso que trata de la correlación de enunciados normativos.

En este sentido, una de las ideas centrales en la teoría de la argumentación de Alexy es que la pretensión planteada por un enunciado jurídico es racionalmente fundamentable bajo la consideración de determinados parámetros del discurso del derecho, los cuales se detallarán más adelante.

¹⁸⁵ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 34 y 36.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 44.

Por otro lado, para desentrañar el problema de la relación entre la argumentación jurídica con la argumentación práctica general, Alexy refiere que la primera se caracteriza por la vinculatoriedad al derecho vigente. Pese a la distinción, dicho autor reconoce las conexiones entre estas teorías. Así, parte de la tesis de la integración, la cual se explica en el sentido de que el uso de argumentos jurídicos debe unirse en todos los niveles con los argumentos prácticos generales.¹⁸⁷

Por último, cabe recordar que para la creación de su teoría de la argumentación jurídica, Alexy utiliza diversas fuentes, como las teorías éticas analíticas de Hare, Toulmin y Baier; la teoría del discurso de Habermas; la teoría de Perelman. No obstante, la influencia principal es la de Habermas. Así, la teoría de Alexy representa una sistematización y reinterpretación de la teoría del discurso de Habermas y su extensión al campo del derecho.¹⁸⁸

6. *El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico*

A. *La tesis del caso especial*

En páginas anteriores ya se ha señalado que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. La pregunta que ahora surgiría es ¿por qué es así? La respuesta parece encontrarse en la pretensión de corrección¹⁸⁹ que permea en los discursos. Así, lo que tienen en común tanto

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

¹⁸⁸ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, *cit.*, p. 150.

¹⁸⁹ Se considera que la “pretensión de corrección” es un elemento de interés en cualquier teoría de la argumentación jurídica; de hecho, Alexy le da mucha importancia a dicho elemento cuando presenta en su teoría ciertas reglas y formas del discurso práctico y jurídico que fungen como esquema de corrección de las decisiones, las cuales en términos de Alexy son útiles para la generación de decisiones racionales. En otras páginas de la presente investigación ya se han apuntado algunos elementos importantes para explicar la difundida pretensión de corrección; ahora bastaría decir en expresiones generales que ésta se refiere a que toda proposición, afirmación o postura dada en el ámbito jurídico o práctico debe estar fundamentada; es decir, se deben indicar las razones para nuestras afirmaciones enunciadas; ello, por supuesto, si se quiere que la afirmación o postura sea acertada y a la vez correcta. En el campo del derecho, por ejemplo, los abogados de las partes en juicio plantean con sus intervenciones pretensiones de corrección; es decir, exponen razones para defender sus posturas. Pese al papel de la pretensión de corrección en la argumentación, es perfectamente posible, aunque lamentable, el que se presente cierta ausencia del criterio de corrección en una decisión. Lo anterior queda más claro, por ejemplo, en el ámbito del discurso jurídico, en el cual la falta de pretensión de corrección de una determinación judicial no elimina su carácter de decisión válida en el ámbito del derecho positivo. Pese a ello, no se podría afirmar que la misma decisión fuera correcta y aceptable desde otros ámbitos relevantes. Sobre estas

los enunciados prácticos generales como los enunciados pronunciados en el ámbito jurídico son el plantear dicha pretensión; de ahí que se pueda afirmar que el discurso jurídico, antes de ser tal, es un discurso práctico general. Pero parece que las cosas siguen igual y aún no se comprende por qué es un caso especial el discurso jurídico. Para sustentar dicha especialidad se tendría que encontrar un elemento distintivo entre estos discursos, lo que no parece difícil. Así, para Alexy: “En el discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras”.¹⁹⁰

Conforme Alexy, las condiciones limitadoras de la libertad del discurso jurídico serían la sujeción a la ley, la consideración obligada de los precedentes (jurisprudencia), el encuadre o citación de la dogmática jurídica y, por supuesto, las limitaciones de las reglas procedimentales, las cuales incluirían las condiciones temporales en el que se debe dar el discurso jurídico.¹⁹¹

Con dichas consideraciones ya se ha resuelto la interrogante anteriormente planteada, y ahora se entiende mejor la distinción entre el discurso práctico general y el discurso jurídico, como caso especial del primero. Así, en forma concisa se puede señalar que el discurso general no comparte ni se desarrolla bajo las restricciones que pesan sobre el discurso jurídico, aunque ambos sean simétricos en su visión de pretensión de corrección, la cual, como se ha dicho, se explica en el dar razones para sustentar determinada postura, y además de ello, se debe decir que para que se pueda plantear en la argumentación una pretensión de corrección en el resultado fundamentado es necesario la adopción de un cierto grupo de reglas y formas,¹⁹² como son las del discurso práctico general y del jurídico en particular.¹⁹³ Alexy en

afirmaciones y posturas véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 297-304 y 342.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 46.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² De hecho, en la explicación de una teoría de la argumentación racional, Alexy ha recurrido a la presentación y descripción de una serie de reglas y formas a seguir en la discusión, a fin de alcanzar con ésta un resultado que pueda considerarse como correcto; de ahí que, por ejemplo, como ya se ha pronunciado, “las reglas y formas del discurso jurídico constituyan ni más ni menos que un criterio de corrección para las decisiones judiciales”. Con todo, no se aprecia alguna objeción seria en contra de aceptar que el seguimiento de ciertas reglas o formas constituyen el parámetro para la calificación de una argumentación jurídica como racional; sin embargo, ello no prueba la ausencia de determinada problemática para considerar sin mayor análisis una serie de reglas o formas para el discurso jurídico. *Ibidem*, pp. 400-402.

¹⁹³ Describir todas las reglas y formas del discurso práctico general y del discurso jurídico no es tarea de esta investigación; sin embargo, se considera necesario recordar que la teoría de la argumentación jurídica de Alexy presenta de manera detallada una tabla con tales

este tema es muy preciso al abordar la teoría del discurso y su relación con la teoría de la argumentación jurídica. Así, por ejemplo, no se debe pasar por alto que las reglas y las formas del discurso puedan indicar cómo conseguir enunciados fundamentados.

De esta forma, en los términos de Alexy, el que el discurso jurídico sea entendido como un caso especial del discurso práctico general se fundamenta en los siguientes puntos:

(1) en que las discusiones se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación...¹⁹⁴

En este orden, se debe aclarar que a pesar de la referida coincidencia entre la pretensión de corrección que se plantea tanto en los discursos prácticos generales como en los jurídicos, en la doctrina se ha dicho que la coincidencia es parcial. Sin el ánimo de tratar a profundidad este aspecto, cabría precisar cuáles son los puntos distinguibles que permiten pensar en una coincidencia parcial como de forma inextricable refiere el propio Alexy; sin embargo, ello no elimina el carácter del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico.

Bajo este contexto, el filósofo alemán entiende que la pretensión de corrección que se formula en el discurso jurídico se diferencia de la del discurso práctico general, porque en el primero la pretensión de corrección no se refiere a que las proposiciones normativas sean simplemente racionales, sino que éstas tienen que ser racionalmente fundamentadas en el marco del sistema jurídico vigente; de ahí su identificación en la doctrina como la tesis del caso especial.¹⁹⁵

reglas y formas ciertamente elaboradas, que vienen a resumir uno de los resultados de sus investigaciones en la materia; por ejemplo, la racionalidad de los procesos de decisión y de las decisiones producidas con ellas. Entre las reglas fundamentales del discurso práctico general se tienen de manera limitativa las siguientes: a) ningún hablante puede contradecirse, y b) todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree. Por su parte, como reglas del discurso jurídico se tienen en el contexto de la justificación internas las siguientes: a) para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos a una norma universal, y b) en la decisión debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones. Con todo, para un estudio más detallado de dichas reglas y formas, véase el apéndice en *ibidem*, pp. 405-412.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 295.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 305.

Surge entonces la cuestión sobre qué es una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente. La respuesta parece que se relaciona con la pretensión de corrección o, mejor, con las razones dadas para fundamentar una proposición planteada como enunciado jurídico, las cuales deben tomar como referencia las condiciones limitadoras que se han referido para el discurso jurídico; esto es, deben sujetarse o fundamentarse teniendo en cuenta la ley, los precedentes, la dogmática y, desde luego, las reglas procesales; pero aclaremos, dicha sujeción no es sin más a cualquier norma jurídica válida, sino específicamente a normas racionales o justas, de ahí que se busque la validez y la corrección de las decisiones judiciales con la pretensión de corrección y con ello una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente; más aún, se estima que una fundamentación tal implicaría sujetarse al derecho entendido en un contexto amplio; por ello de la existencia de leyes injustas o, peor, de decisiones jurídicas válidas que aplican tales leyes.

Entonces, las posibilidades de decisiones jurídicas válidas y correctas surgen del perfeccionamiento del discurso jurídico, el cual busca desarrollarse bajo parámetros de racionalidad y justicia, o lo que es lo mismo, fundamentarse en el marco del orden jurídico entendido en términos maximalistas.

Más allá de lo que se ha referido sobre qué debe entenderse por fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente, se considera que de alguna manera para desentrañar dicha cuestión Alexy distingue y explica dos aspectos de justificación en su teoría de la argumentación jurídica; esto es, el interno y el externo, los cuales se analizarán en los siguientes incisos.

B. La justificación interna

En la misma se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación.

En el derecho existen sin duda muchos casos considerados fáciles que pueden ser resueltos mediante la justificación interna o, mejor dicho, mediante un silogismo. Un ejemplo de ello nos los presenta el propio Alexy:

El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio.

El señor M es un soldado.

El señor M debe decir la verdad en asuntos de servicio (1 y 2).

Aquí se debe precisar que el anterior silogismo cumple la justificación mediante reglas universales. Pues como se recordará, el principio de universalidad sirve de base al principio de justicia formal.¹⁹⁶

Las reglas de la justificación interna como concreción del principio de universalidad serían las siguientes:¹⁹⁷

- Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos a una norma universal.
- La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos una norma universal, junto con otras proposiciones.

Por otro lado, como ya se ha venido afirmando, el esquema del silogismo es insuficiente para tratar los casos complicados, por lo que en dichos asuntos —señala Alexy— se necesitan para la fundamentación de las decisiones jurídicas otra serie de premisas que no pueden ser deducidas lógicamente de ninguna ley. Así, este autor piensa que en muchos casos la norma con que se comienza la argumentación no es una norma del derecho positivo. En dicho supuesto surgiría la parte creativa de la aplicación de normas. De esta forma, concluye Alexy que el justificar las premisas no extraídas del terreno jurídico es ya tarea de la justificación externa.¹⁹⁸

Con mucho, el punto relevante que se puede encontrar en la justificación interna, es que ésta facilita la consistencia de la decisión, y por lo tanto contribuye a generar certeza jurídica. Sin embargo, no se debe perder de vista que la racionalidad que compone es limitada, pues sólo se refiere a la racionalidad de las premisas.

C. *Justificación externa*

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se pueden distinguir: (1) reglas de derecho positivo, (2) enunciados empíricos, (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas del derecho positivo.¹⁹⁹

¹⁹⁶ En este punto Alexy retoma a Perelman y señala que el principio de justicia formal exige observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría. *Ibidem*, p. 308.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 308.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 315 y 316.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 318.

El tema central en esta clasificación es que para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas del derecho positivo sirve la argumentación jurídica. Así, se observa que la argumentación jurídica puede ser de gran importancia no sólo en la interpretación y en la aplicación del derecho, sino también en el establecimiento de la validez de una norma, por lo que el alcance de la justificación externa es general, ya que puede partir de otro nivel de discurso; esto es, el de los principios no positivizados que sustentan la reglas o normas que integran el sistema jurídico.

Derivado de la importancia que tiene la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas del derecho positivo, Alexy propone seis grupos de reglas y formas para la justificación externa de dichas premisas, en los siguientes términos:²⁰⁰

- De interpretación (*ley*).
- De la argumentación dogmática (dogmática en estricto sentido).
- Del uso de precedentes (precedente).
- De la argumentación práctica general (*razón*).
- De la argumentación empírica (*empirie*).
- De las formas especiales de argumentos jurídicos.

En términos generales se puede decir que para Alexy la función principal de una teoría de la justificación externa es el estudio lógico de las formas de argumentación que se reúnen en los citados grupos.²⁰¹

Con lo dicho hasta aquí se considera concluido el estudio de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy; no obstante, se aclara que sólo se desarrollaron los puntos que se estiman más relevantes para entender el aspecto principalista de dicha teoría, por lo que se es consciente de que pudieran existir temas centrales de la tesis de Alexy, como es el caso de la teoría del discurso práctico racional general, así como las reglas y formas de ese discurso; pero se piensa que su examen excedería los objetivos de la presente investigación. Con todo, cabe precisar que en el capítulo cuarto se especificarán algunos otros puntos de la teoría de la argumentación de Alexy, como son la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación, a fin de relacionarlos de forma directa con las críticas que en ese capítulo se presentarán.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 320.

²⁰¹ *Idem*.

V. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ALEKSANDER PECZENICK

1. *Punto de partida*

En primer término, cabría referir que la teoría del profesor polaco Peczenick fue influenciada por Jerzy Wróblewski, Aulis Aarnio, Robert Alexy y posteriormente por Jaap Hage. Así, el interés central de Peczenick es la construcción coherente del razonamiento legal. El punto central de dicho filósofo polaco es que casi todo lo jurídico es justificable por el recurso de la coherencia. De hecho, él mismo señala que sólo siguiendo los requerimientos de la racionalidad, el razonamiento legal puede generar armonía y justicia. Así, la racionalidad sería en su opinión el único camino que puede promover la estabilidad social, la cual es una condición necesaria de progreso y crecimiento económico.²⁰²

Ahora bien, si para Peczenick el razonamiento legal debe ser racional, cabe decir que su idea de lo racional no es sólo analizable bajo métodos lógicos; es decir, la racionalidad del razonamiento jurídico es no formal; en este sentido, Peczenick reconoce que los abogados y juristas realizan pasos en su razonamiento que no poseen un carácter lógicamente vinculantes y que no obstante son razonables. Así, la categoría central de tales pasos es la ponderación de razones.²⁰³

La anterior apreciación respecto de lo racional y lo razonable parece confirmar lo que ya se ha referido en esta investigación; esto es, que tales términos no representan la misma idea. Así, parece que para Peczenick, al igual que para otros autores, dichas expresiones no se comprenden como sinónimos. Con base en esta precisión, lo que se puede decir es que el profesor polaco concede mucha importancia a la razonabilidad, pero sin abandonar la racionalidad en la argumentación jurídica, cuestión que no es ajena a las principales ideas referidas en esta investigación.

Por último, como punto de partida también cabe decir que el filósofo polaco concede relevancia al estudio de la ponderación en sus ideas sobre el razonamiento legal. Así, él parte del criterio de que no existe una teoría general de la ponderación, ya que es razonable que no hay y que no debería haber algoritmos para ponderar. Lo que sí es evidente es que todos los que

²⁰² Peczenick, Aleksander, "Kinds of theory of legal argumentation", *Draft*, 2005, pp. 4 y 5, en <http://peczenik.iwr2003.net/>.

²⁰³ Peczenick, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003, p. 7.

tengan capacidad de juicio pueden ponderar. Para este profesor, lo realmente importante en la ponderación es la coherencia de las razones que apoyen una determinada postura; de hecho, la mejor ponderación (en palabras Peczenick) sería la más coherente, y si no se puede decir cuál alternativa es la más coherente, por lo menos se puede señalar cuál es la que mejor satisface las pautas del Estado democrático.²⁰⁴

2. *La moralidad y la argumentación jurídica*

De suma importancia resulta el papel de la moral o, mejor dicho, de los valores morales en el análisis de la argumentación jurídica que desarrolla Peczenick. Así, no obstante que dicho autor se interesa por la coherencia en el razonamiento jurídico, no por ello desconoce el papel que tiene la moral en éste, ya que es evidente que los valores morales permiten que el razonamiento jurídico no sea una imposición limitada a las reglas jurídicas, sino una interpretación y una argumentación más abierta a los ideales de los individuos.

Como muestra de lo anterior, nos refiere el profesor polaco que un juez no puede dejar de realizar una evaluación moral, ya que no puede negarse a decidir el caso, tampoco si la ley es oscura.

En otro campo, para Peczenick, con la argumentación jurídica se da respuesta a cuestiones prácticas, ya que se decide lo que uno hará, pero de manera correcta; es decir, la argumentación jurídica pretende ser correcta y recta, al estar basada en razones coherentes. Para Peczenick, y, esto siguiendo a Alexy, en los casos difíciles, esto significa ponderar principios, por lo que si se intenta decir qué se debe hacer, sin conformarse con la ley o el criterio autoritativo, hay que mirar hacia todos los principios morales relevantes.²⁰⁵

Es así como en un caso difícil se requiere una ponderación que pueda, por ejemplo, justificar un alejamiento de la ley; no obstante, cabe precisar que para Peczenick, en la solución de casos rutinarios o fáciles no es necesario ponderar, ya que en ellos la decisión se obtiene de una regla jurídica conjuntamente con la descripción del asunto.²⁰⁶

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 8.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 12.

²⁰⁶ *Idem*.

3. *La ponderación en el razonamiento jurídico*

Para poder hablar de ponderación en el razonamiento jurídico se debe partir de la idea de que una parte del derecho está constituido por principios. Ahora bien, a pesar de que la palabra “principio” es vaga y ambigua, se puede tomar la noción que Peczenick señala para los principios valorativos; ello, a fin de contextualizar y comprender su teoría del razonamiento judicial.

Para Peczenick, un principio valorativo fija un ideal, el cual puede ser realizado en diversos grados. Así, tanto mayor sea el grado de realización del ideal, tanto mejor desde el punto de vista del principio. El citado filósofo toma como referencia para explicar dichos principios valorativos el capítulo 1, sección 2, de la Constitución sueca, el cual establece que “el poder público será ejercido respetando el valor igual de todos los seres humanos y la libertad y dignidad personales de cada individuo”. Dicho precepto, en palabras de Peczenick, expresaría los principios de igualdad, libertad y dignidad.²⁰⁷

Sin embargo, se estima que la dignidad no debe considerarse como un principio, sino más bien como la base de todo valor y, por consiguiente, de todo principio. Pese a lo anterior, lo que sí es cierto es que cada principio expresa un valor, ya sea individual o colectivo, por lo que a pesar del interesante acercamiento a los valores en la teoría del razonamiento jurídico de Peczenick, cabe recordar que este trabajo se centra principalmente en el papel de los principios dentro del campo de la argumentación, más que de los valores, los cuales se desenvuelven dentro del contexto de la deliberación moral. Con todo, el filósofo polaco relaciona los principios con los valores mediante sus características; esto es, el carácter *prima facie* de ambos.

Así, Peczenick señala que los principios y valores tienen tal carácter, porque éstos no determinan juicios definitivos, pues un tal juicio debe surgir de la ponderación, lo que propicia su estado condicionante a argumentos y contraargumentos que justifiquen el mayor peso de los principios y valores.²⁰⁸

Por otro lado, como consecuencia de la relevancia que guardan los principios en la teoría del razonamiento jurídico de Peczenick, es evidente que el método de ponderación comparte dicha importancia. Así, este autor ha explicado tal método en lo que denomina la “ponderación definitiva”, la cual es correcta sólo si es una ponderación que toma en cuenta todas las cosas; es decir, todo enunciado normativo y valorativo relevante para el caso

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 31.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 32.

en cuestión. Así, un deber definitivo es un deber basado en la ponderación de todas las cosas relevantes.²⁰⁹

En otras palabras, la ponderación implicaría un deber jurídico a cargo del juzgador, el cual se desarrolla en los casos límite o difíciles, en donde los jueces deben tomar en cuenta todas las cosas relevantes antes de emitir su resolución vinculativa. Ello implica una razonabilidad, que se funda en las características peculiares del caso real y en el escenario general en el cual surge el caso; es decir, se trata de una razonabilidad de corte maximalista.

Por ello, Peczenick señala como una de las propiedades de la ponderación definitiva su carácter contextual, por lo que la misma depende del contexto total del caso en análisis, incluso de las consideraciones morales aplicables. Así, la ponderación definitiva no podría ser determinada por un cálculo matemático, ni siquiera cuando éste termina en una regla, como se sabe puede acontecer.²¹⁰

La crítica que presenta Peczenick al proceso de ponderación se centra en su etapa final. Así, dicho autor entiende que el acto último de la ponderación está basado en preferencias personales. Por ello, a pesar de que los elementos que son ponderados están guiados por el contexto cultural, el mejor equilibrio, señala dicho filósofo, lo decide libremente en última instancia el juzgador.²¹¹

Se considera que esta crítica es cierta, pero débil, pues es adecuado afirmar que existe un subjetivismo e ideología que marca las resoluciones judiciales. Negar ello sería como negar la naturaleza de todo ser humano; no obstante, las preferencias no surgen o nacen con la ponderación, sino que las mismas están presentes en todo proceso de razonabilidad jurídica; más aún, lo que la ponderación genera es la mejor razón dentro de todas las posibles de cara a las partes y a la sociedad, la cual por supuesto lleva implícito un cierto subjetivismo, pero éste es controlado por la razonabilidad; es decir, no se trata de resolver un caso con base en determinadas creencias personales, sino partiendo y reconociendo que existe un contexto cultural previo, el cual se somete al discurso racional; en otro sentido, se estaría hablando de una moral crítica.

4. *La teoría de la argumentación jurídica coherente*

El punto de partida de la teoría del razonamiento jurídico de Peczenick es la coherencia, la cual puede ser representada de la siguiente forma: “Cuanto más se aproximen a una estructura perfecta de apoyo o confirma-

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 35.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 36 y 38.

²¹¹ *Ibidem*, p. 49

ción los enunciados que pertenecen a una teoría dada, tanto más coherente es la teoría”.²¹²

Se puede decir entonces que existe una conexión entre la racionalidad y la coherencia, pues la primera depende de las exigencias de la segunda; más aún, la racionalidad también depende de las relaciones entre las distintas personas que participan en un discurso que se representa en un consenso. El discurso —refiere Peczenick— tendrá el carácter de racional si su resultado está determinando por razones coherentes; esto es, razones que se sustenten en el mayor número de enunciados y conceptos que justifiquen una teoría.

Dicho de otro modo, en la argumentación jurídica el grado de coherencia dependerá del mayor número de elementos y ámbitos de la realidad que abarque. Así, tal grado es determinado en última instancia por medio de la ponderación de dichos ámbitos (piénsese en los principios, los cuales abarcan aspectos sociales, morales y culturales).

Es así como la coherencia puede ser vista en la teoría de Peczenick como un criterio de corrección, el cual indica que un razonamiento jurídico es correcto o incorrecto, completo o incompleto, pues cuanto más coherente es el proceso justificativo, más se acerca al ideal de corrección; es decir, a una argumentación jurídica estable y racional por coherente.²¹³ De esta manera, para el autor polaco, la coherencia y la razonabilidad tienden a disminuir el riesgo de que un enunciado normativo o valorativo represente un mero sentimiento pasajero.²¹⁴

Cabe aclarar que derivado de la importancia que tiene la coherencia en el razonamiento jurídico, para Peczenick no resultaría extraño que algunos lo catalogarán como un autor lógico del derecho, lo cual se observa inadecuado, ya que su teoría de la argumentación jurídica representa criterios lógicos, pero desde un aspecto dinámico; es decir, toma como referencia los principios, la ponderación y el contexto social, consideraciones que escapan al entendimiento de un autor que parte de la lógica formal del derecho; es más, se podría decir que Peczenick es un autor que tiene en parte una visión sociológica del derecho. Así, recuérdese que para él un juez, cuando pondera, armoniza diversos factores, como son las normas sociales establecidas y las consuetudinarias.²¹⁵

²¹² *Ibidem*, p. 41.

²¹³ De ahí que la coherencia para Peczenick sea un elemento central de un concepto pleno de justificación, racionalidad y corrección. Por ejemplo, señala dicho autor, si el sistema normativo o valorativo en cuestión es más coherente que cualquier otro sistema alternativo, entonces es correcto, está mejor justificado y es más racional que cualquier otro concepto alternativo. *Ibidem*, p. 69.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 51.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 74.

5. *Los principios jurídicos*

En los ensayos de Peczenick que integran su obra *Derecho y razón* se aprecian dos puntos convergentes: uno, relativo a los principios valorativos, los cuales ya han sido esbozados en la presente investigación, y otro referido a los principios jurídicos. Se cree que la distinción obedece a la diferencia cronológica de los ensayos, ya que los principios valorativos bien podrían entenderse como principios jurídicos. En adelante se centrará la atención en presentar las características de estos últimos y su función en la argumentación jurídica.

El contexto del que parte Peczenick es la situación de que en la actualidad los teóricos del derecho no son iuspostivistas radicales. Así, es lugar común en los diversos foros académicos y en las aulas de las universidades, referir que el derecho ya no se reduce a la ley, sino que también lo representan los principios jurídicos.

El filósofo polaco no fue indiferente a dicha situación mostrada principalmente en el continente europeo por Alexy y en América por Dworkin con sus teorías de los principios. De esta forma, Peczenick fue consciente de que los principios son sólo ideales morales, los cuales tienen un carácter *prima facie*, no hay definitividad, ya que en todo caso la posible definitividad resulta sólo para determinado caso en concreto. Parece entonces que para Peczenick existe una relación necesaria entre la moral y el derecho por vía argumentativa.²¹⁶

Más aún, Peczenick comprende que en los casos difíciles las consideraciones morales tienen que ser integradas en la justificación jurídica que busque generar una decisión coherente; por ello, en los casos fáciles el derecho puede ser aplicado sin justificación moral explícita.²¹⁷

De ahí que se pueda hablar de saltos en el derecho,²¹⁸ los cuales, al decir de Peczenick, se manifiestan cuando uno tiene premisas, la conclusión y una laguna en medio, por lo que la deducción no es concluyente; así, se recurre, por ejemplo, a la ponderación a fin de conocer el peso específico de los prin-

²¹⁶ Aquí cabría recordar que para otros autores, como Prieto Sanchís, la conexión entre el derecho y la moral que se genera con los principios no es con cualquier moral, como podría ser la considerada buena o correcta, sino con la moral positiva o mayoritaria, la cual, según dicho autor, está presente en el orden jurídico. *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 68.

²¹⁷ Peczenick, Aleksander, *Derecho...*, *cit.*, p. 132.

²¹⁸ Para Peczenick, la lógica resulta insuficiente cuando estamos en presencia de saltos en el derecho, pues aquí se requiere hacer y justificar elecciones entre premisas inconsistentes. *Ibidem*, p. 83, en particular los comentarios en la nota 3.

cipios. Por ello, para dicho autor, la ponderación siempre será contextual; esto es, dependiente de las características del caso a resolver.²¹⁹

Con todo, no se debe olvidar que en la teoría del razonamiento jurídico de Peczenick continúa latente la posibilidad de establecer órdenes de prioridad entre los principios, los cuales cambian de caso en caso. Se piensa que dicho autor estaría de acuerdo en establecer un tipo de prioridad, pues él mismo entiende que toda regla jurídica puede ser presentada como el resultado de una ponderación de principios; es decir, se podría encontrar como consecuencia de la argumentación, un tipo de regla para casos futuros. Dicha idea se percibe adecuada, la cual será desarrollada en el último capítulo de la presente investigación.

De esta manera, la situación relevante con la colisión de principios no es cuál principio tiene que ser eliminado del sistema, sino cómo optimizar ambos principios dentro del sistema. La respuesta que formula Peczenick apoyándose en las investigaciones de Alexy es establecer relaciones definitivas de prioridad en un caso particular y órdenes de prioridad *prima facie* de los principios generales utilizados.

6. Seguridad jurídica formal y material

Resulta interesante la distinción que hace Peczenick sobre la seguridad jurídica; ello, por las críticas que los positivistas han formulado a la argumentación principalista, al decir que la misma afectaría la seguridad y certeza en el derecho. De hecho, tal distinción se debería adoptar como defensa al método de ponderación. Aquí las notas relevantes de tal clasificación.

Los iuspositivistas conocen y defienden muy bien el principio central de las relaciones entre el Estado y los gobernados: la seguridad jurídica, el cual se entiende como la predecibilidad del ejercicio del poder público sobre la base de reglas jurídicas previamente conocidas. Para Peczenick, esto sería el principio de la seguridad jurídica en sentido formal.²²⁰

Pese a las anotaciones que los positivistas hacen sobre la seguridad jurídica como una simple regla que debe cumplirse de forma cerrada, si se es más consciente del papel que juega el derecho en la época actual, se tendría que hablar de una seguridad jurídica de corte material.

La seguridad jurídica, en un contexto más amplio, es una seguridad que como principio jurídico no sólo se aplica, sino que se pondera, lo que nos da como resultado una seguridad jurídica en sentido material. En palabras

²¹⁹ *Ibidem*, p. 80.

²²⁰ *Ibidem*, p. 133.

de Peczenick, la seguridad jurídica material resulta en una ponderación de la predecibilidad de las decisiones judiciales sobre el contexto del derecho y de otros elementos morales de las decisiones.²²¹

Se trata entonces (recordando a Dworkin) de tomarse en serio la seguridad jurídica y su papel en el derecho, la cual no se explica sólo desde el punto de vista positivista o, mejor dicho, desde una visión limitada, sino en todo el contexto normativo; esto es, tanto del derecho como de la moral.

Ahora bien, debe aclararse que no se trata de una visualización de la seguridad jurídica desde una postura en particular; por ejemplo, del liberalismo o del colectivismo, sino más bien de un equilibrio y entendimiento de la seguridad jurídica material con base en ambas perspectivas; es decir, desde una visión de integración.

De hecho, partiendo de las enseñanzas griegas (filosofía platónica y aristotélica),²²² Peczenick pugna por una ponderación óptima de la predicibilidad y la aceptabilidad moral que le ayude al individuo a planificar una *vida buena*, pues en cualquier sociedad contemporánea los ciudadanos esperan que el ejercicio de poder público sea predecible y aceptable desde escenarios morales.²²³

A modo de síntesis, siguiendo a Peczenick se puede decir que la seguridad jurídica material es el fin supremo del razonamiento jurídico, ya que el mismo se asume como correctivo y creativo, pues la decisión tomada debe buscar la coherencia, la cual se consigue al considerar un espectro más amplio y profundo en el mismo razonamiento (un mayor número de enunciados normativos y valorativos que justifiquen la teoría o la resolución adoptada).²²⁴

VI. ALGUNOS PUNTOS SOBRESALIENTES DE LAS INVESTIGACIONES DE FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS A PROPÓSITO DE LA ARGUMENTACIÓN CON PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. *Introducción*

A pesar de que Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas no formula una teoría de la argumentación jurídica, sí se considera apropiado destacar algunos puntos

²²¹ *Ibidem*, p. 134.

²²² Esto es, la idea del hombre virtuoso y de plenitud socrática, así como la noción de felicidad aristotélica que se explica con el vivir bien y el obrar bien del hombre. Para mayor abundamiento, véase la apología de Sócrates y la ética nicomaquea de Aristóteles.

²²³ Peczenick, Aleksander, *Derecho...*, *cit.*, p. 134.

²²⁴ *Ibidem*, p. 136.

de sus investigaciones sobre la formación y función de los principios en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional español, ya que los mismos nos pueden ayudar a comprender mejor la aplicación judicial de los derechos fundamentales en casos límite.

Para dicho autor, el problema de la argumentación con principios surge en España con gran ímpetu con la promulgación de la Constitución de 1978, ya que ésta introduce una serie de preceptos reconocidos como principios constitucionales.

Cabe señalar que a Ezquiaga le preocupa que derivado de la existencia tanto de los principios constitucionales como de los antiguos principios generales del derecho no se pueda crear una teoría general de los principios.²²⁵

Bajo este contexto, conviene señalar que para los propósitos de la presente investigación sólo se analizarán los postulados concernientes a los principios constitucionales, ya que como se ha aludido en este trabajo, la argumentación principalista que se desarrolla no se contiene en los argumentos a partir de principios generales del derecho, los que si bien son relevantes para la toma de decisiones ante la presencia de lagunas legales, no son materia de la presente investigación.

Así, los puntos centrales que intenta resolver Ezquiaga los muestra bajo las siguientes preguntas: ¿qué es lo que efectivamente invocan los jueces cuando apelan a un principio?, ¿qué funciones cumplen los principios en las decisiones de los jueces?, y ¿qué relaciones existen entre los diversos principios enunciados por los jueces?²²⁶

Para resolver dichas cuestiones, Ezquiaga parte de las sentencias e interpretaciones del Tribunal Constitucional español, en las cuales identifica que cuando se apela a principios lo que se hace es aplicar preceptos constitucionales fundamentales.²²⁷ Así, es criterio general el que los principios constitucionales sean expresados en preceptos concretos de la Constitución.²²⁸ Sin embargo, ello no elimina el problema de su aplicación, pues los mismos, a pesar de ser constitucionalizados, tienen un contenido indeterminado, que sólo puede conocerse en los casos concretos. La cuestión se agrava más cuando se trata de principios no positivizados, pues ¿cómo argumentamos con dichas piezas? Piénsese, por ejemplo, en determinados ideales morales,

²²⁵ Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 41.

²²⁶ *Ibidem*, p. 44.

²²⁷ *Ibidem*, p. 49.

²²⁸ Dicha consideración puede entenderse en el contexto jurídico mexicano, ya que en éste prevalece una tradición positivista.

como la justicia. Lo anterior es relevante si se parte de la idea de que existen principios reconocidos de manera general por la sociedad (moral positiva) que tienen una función constructiva del sistema jurídico.²²⁹

2. *Funciones de los principios*

Del estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional español, Ezquiaga aprecia dos funciones en los principios: la función integradora y la función interpretativa.

De la función integradora (que no es la que interesa para los fines de la investigación) sólo se dirá que la misma se refiere a la situación en que los tribunales utilizan los principios para llenar las lagunas legales.

Por su parte, con la función interpretativa cuando se recurre a los principios se está justificando ante la pluralidad de significados de un enunciado, la elección del significado que mejor se ajusta a lo establecido por el principio.²³⁰

En ese sentido, Ezquiaga señala que los principios constitucionales han servido en las decisiones del Tribunal Constitucional para interpretar tanto otros enunciados de la Constitución como enunciados de la legislación ordinaria. En este último sentido primordialmente para adaptar la legislación a los principios proclamados en la Constitución.²³¹

3. *Método de argumentación con principios*

Ezquiaga reconoce que los jueces constitucionales se enfrentan en repetidas veces con casos en donde existen choques o, mejor dicho, tensión entre principios; por ejemplo, entre los principios de seguridad jurídica y de justicia. A fin de tratar de resolver el problema de la argumentación con principios, Ezquiaga efectúa un análisis de diversas sentencias del Tribunal Constitucional español, del cual desprende una idea preliminar sobre la cuestión; esto es, que la forma que tienen los jueces para solucionar conflictos entre principios es la de su armonización.²³²

²²⁹ En similar sentido para el Tribunal Constitucional español toda ley está informada por unos principios que servirían como criterios identificadores de la misma y como instrumentos para su interpretación. Véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 54.

²³⁰ *Ibidem*, p. 60.

²³¹ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

²³² *Ibidem*, p. 65.

Bajo este sendero, Ezquiaga señala que el Tribunal Constitucional ha comprendido, por ejemplo, que el principio de igualdad debe cohonestarse con el de independencia de los órganos jurisdiccionales y con el de seguridad, y éste a su vez debe armonizarse con el de legalidad presupuestaria. Por su parte, el derecho a la defensa con el de un proceso sin dilaciones. Con todo, el único criterio límite impuesto por dicho Tribunal para la armonización de principios es que ninguno de ellos quede sin contenido.²³³

Dichas ideas parecen integrar un elemento adecuado para la conformación de una teoría de la argumentación principalista, ya que partiendo de un esquema de armonización es posible eliminar la afectación o sacrificio de algún principio; sin embargo, se observa que este método sólo tendría cabida cuando se trate de principios que se fundamentan o que se relacionan de forma considerable; pero dicho escenario no siempre es posible. Así, puede acontecer que la colisión se dé entre principios materialmente opuestos. Ante tal situación, la armonización se haría imposible.

El mismo Ezquiaga refiere que la armonización entre principios no es absoluta. Así, él opina que a pesar de que todos los principios constitucionales están interrelacionados; esto es, se entienden unos en función de los otros, es posible detectar en las sentencias del Tribunal Constitucional un específica jerarquía entre los principios; en otras palabras, unos principios superiores a los que deben acoplarse los de rango inferior.²³⁴

De esta manera, de la serie de declaraciones y afirmaciones de dicho tribunal, Ezquiaga desprende el siguiente orden jerárquico entre los principios contenidos en la Constitución Española:²³⁵

- El principio del Estado social y democrático de derecho, y el principio de legitimidad democrática.
- Los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.²³⁶
- El principio de seguridad jurídica.
- Los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y de interdicción (prohibición) de la arbitrariedad de los poderes públicos.

²³³ *Idem.*

²³⁴ *Ibidem*, p. 66.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

²³⁶ Con mucho, el mantener una igualdad jerárquica entre algunos principios generaría inutilidad para los casos en los que se presentarán colisiones entre los mismos.

Se considera que pese a la afirmación que hace Ezquiaga para el caso español sobre una jerarquización de los principios constitucionales²³⁷ no parece correcto eliminar una de las características de los principios; esto es, su carácter de optimizables, pues de ello depende la existencia de una argumentación, ya que si se tuviera un orden o prelación estricta como la descrita por Ezquiaga no se podría incluso hablar de ponderación de principios.

VII. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA

1. *Una acotación preliminar*

En España parece que uno de los principales representantes de la argumentación jurídica es el doctor Atienza, el cual en uno de sus trabajos más representativos sobre las teorías de la argumentación jurídica presenta a modo de propuesta un proyecto de teoría de la argumentación jurídica, en la cual, si bien no se vislumbra con claridad el alcance principalista, sí se enmarcan algunas problemáticas de las actuales teorías de la argumentación con un enfoque del tipo mencionado y se desarrolla un esquema que opera como guía del razonamiento jurídico, que recientemente ha sido completado con más detalle por el propio Atienza en una de sus últimas obras intitulada *Curso de argumentación jurídica*, como lo veremos más adelante.

Ahora bien, a pesar de que en el proyecto de teoría de la argumentación jurídica de Atienza no existe un análisis detallado sobre el papel de los principios en el razonamiento, es evidente que en otros de sus trabajos²³⁸ se encuentran posturas relevantes que permiten sensatamente incluir al doctor Atienza como un partidario, si se quiere moderado, de las teorías de la argumentación jurídica de corte principalista.

2. *El proyecto de una teoría de la argumentación jurídica*

En la obra de Atienza intitulada *Las razones del derecho* se presenta una amplia descripción de las principales teorías de la argumentación jurídica; pese

²³⁷ Recuérdese que para Ezquiaga de las afirmaciones del Tribunal Constitucional se puede entender que la Constitución de España está jerarquizada en lo que respecta a los principios que contiene. Véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 66.

²³⁸ Básicamente se pueden citar las siguientes: a) *Las piezas del derecho*; b) *El sentido del derecho*, y c) *Bioética, derecho y argumentación*.

a ello, se estima que el punto fuerte de dicho trabajo se encuentra en las críticas a las actuales teorías, las cuales, al decir de Atienza, son en términos generales deficitarias en alguna medida en tres dimensiones: su objeto, su método y su función. Aquí no se resaltarán dichas insuficiencias, sino más bien se detallará la propuesta de teoría de la argumentación de Atienza, la cual, al decir de dicho autor, no tendría las deficiencias de las existentes teorías, y operaría como una teoría plenamente desarrollada, al poder evaluarse.

A. *El objeto*

El objeto de la teoría debe ser de alcance general; es decir, que cubra diversos ámbitos. Así, debe formularse con base en cuatro dimensiones:

i) La primera dimensión se refiere a que la teoría cubra no sólo argumentaciones de tipo normativo, sino también argumentaciones sobre los hechos;²³⁹ ello, en palabras de Atienza, obligaría a considerar que la teoría de la argumentación jurídica no sólo deba desarrollarse en contacto con la teoría moral y con la del derecho, sino también con la sociología del derecho.²⁴⁰

ii) La segunda dimensión significa que la teoría de la argumentación jurídica debe dar cuenta de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho.

iii) La tercera dimensión se relaciona con el alcance de la teoría de la argumentación jurídica en procesos de resolución de conflictos mediante la mediación o la negociación.

iv) La última dimensión tiene que ver con la ampliación de la argumentación jurídica al campo descriptivo y no sólo prescriptivo. Sin embargo, cabe decir que Atienza no es muy preciso en cuál es el carácter descriptivo. Así, Atienza refiere que el mismo debe ser capaz de dar cuenta de los argumentos que tienen lugar de hecho en la vida jurídica.²⁴¹

Se considera adecuado detenerse aquí a fin de tratar de explicar la distinción entre el carácter descriptivo y prescriptivo. De esta manera, siguiendo a Atienza, en primer lugar se debe partir de que en filosofía de la ciencia se diferencia entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. El primero, referido a enunciar y describir

²³⁹ Una de las críticas de Atienza a las teorías estándar, como la de Alexy y la de MacCormick, es que las mismas se ocupan casi con exclusividad de cuestiones de tipo normativo.

²⁴⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 205.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 207.

una teoría; es decir, mostrar cómo se genera un conocimiento, y el segundo (justificación) consiste en justificar la teoría; esto es, mostrar su validez utilizando, por ejemplo, el método científico. El citado autor español lo resume muy bien al decir que una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión (contexto de descubrimiento) y otra el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión (contexto de justificación).²⁴²

Partiendo de dichas ideas generales, se debe precisar que para Atienza los contextos de descubrimiento y de justificación de la ciencia pueden ser trasladados al campo de la argumentación jurídica; no obstante, tales contextos no son coincidentes con el carácter o discurso descriptivo y prescriptivo, respectivamente, sino que más bien dichos discursos se pueden dar en cada contexto. Lo anterior lo ha explicado muy bien dicho autor, explicación que se puede representar como sigue:²⁴³

Contexto de descubrimiento	{	<ul style="list-style-type: none">— Discurso descriptivo: explicar los parámetros que llevaron al juez a dictar una sentencia en determinado sentido, lo que significa explicar su conducta.— Discurso prescriptivo: recomendar acciones para evitar el excesivo alcance de las ideologías de los jueces en las decisiones.
Contexto de justificación	{	<ul style="list-style-type: none">— Discurso descriptivo: describir cómo el juez fundamentó su decisión.— Discurso prescriptivo: sugerir o prescribir cómo debiera haber fundamentado el juez su decisión.

Con lo dicho hasta ahora se entiende que con la ampliación de la argumentación jurídica a un carácter descriptivo se buscarían dos cosas; la primera es que dentro del contexto de justificación se utilice también el carácter descriptivo, lo que conllevaría a contar con un esquema para describir cómo se fundamentan las decisiones judiciales, y en segundo lugar, que la argumentación no sólo se limite a dicho contexto, sino que también se extienda al del descubrimiento, el cual abarcaría tanto el carácter descriptivo

²⁴² *Ibidem*, p. 4.

²⁴³ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

como el prescriptivo. Ello iría más allá de lo que proponen las teorías de la argumentación de Alexy y MacCormick, si partimos, como Atienza lo hace, de que las mismas se sitúan en el contexto de justificación de los argumentos, aunque con un carácter dual; es decir, con pretensiones descriptivas y prescriptivas.²⁴⁴

B. *El método*

Atienza pugna por el establecimiento de un método en la teoría de la argumentación jurídica, el cual debe permitir representar adecuadamente el proceso real de razonamiento. El principal problema que observa Atienza es la falta de un procedimiento que permita mostrar cómo los operadores jurídicos fundamentan sus decisiones. Así, resulta interesante el diagrama de argumentación que elabora Atienza para representar el caso Grapo²⁴⁵ en los siguientes términos:²⁴⁶

- Planteamiento del problema: se debe o no alimentar por la fuerza a los presos amenazados en su salud como resultado de la prolongación de la huelga de hambre.
- Formulación de una pregunta: ¿cuál es la norma aplicable?, se tiene tanto el artículo 2.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 15 de la Constitución Española.
- Operadores deónticos implicados: obligación de la administración penitenciaria de velar por la vida, salud e integridad de los internos, el cual se interpreta en relación con el principio constitucional español del derecho a la vida e integridad física.
- Adopción de un enunciado normativo: es obligación de la administración alimentar a los internos incluso por la fuerza, si se da la circunstancia de riesgo para la salud.
- El paso del operador deóntico preestablecido al enunciado normativo que surge o se formula para resolver el problema se justifica de

²⁴⁴ Para la redacción de este párrafo se han utilizado varios de los pronunciamientos presentados por Atienza. *Ibidem*, pp. 6 y 207.

²⁴⁵ Se trataba de varios presos de los Grupos Antifascistas Primero de Octubre (Grapo) que se habían declarado en huelga de hambre como medio para conseguir determinadas mejoras en su situación carcelaria. Derivado de la duración de la huelga, el punto era si se debía o no alimentar por la fuerza a los reclusos cuando su salud estuviera amenazada. *Ibidem*, p. 3.

²⁴⁶ El presente esquema es una reproducción sintetizada del diagrama que dicho autor reconstruye para representar la argumentación del Tribunal Constitucional español. *Ibidem*, pp. 209-211.

manera externa, en los siguientes términos: *a)* el derecho a la vida es una protección de tipo positiva, por lo que no incluye un derecho de libertad que converja con el derecho a causarse la muerte; *b)* los reclusos tiene una relación de sujeción especial a la administración penitenciaria, y *c)* es posible imponer limitaciones a los derechos de los reclusos que no estarían justificadas si se tratara de ciudadanos libres. Así, parece complicado que la argumentación anterior pueda representarse en términos de la lógica deductiva.

- Sin embargo, el fragmento final de la argumentación es a la vez un argumento deductivo. Esto quiere decir que utiliza también un esquema de justificación interna, ya que una vez que se determina con base en la justificación de tipo externa la prevalencia de un principio (en este caso el principio del derecho a la vida sobre el principio de autonomía personal), se formula un enunciado normativo que debe aplicarse al caso en cuestión mediante la utilización de la inferencia deductiva.

A partir de dicho esquema, Atienza presenta un modelo que buscaría reconstruir todo el proceso de argumentación que se daría frente a un caso difícil, el cual se resume en los siguientes cuatro pasos:²⁴⁷

1. Identificación del problema a resolver: aquí se tendría que descubrir si nos encontramos frente a un caso difícil.
2. Determinación del alcance o contexto del problema: por ejemplo, si ya se conoce que se trata de un problema de interpretación, se tendría que determinar si el mismo surge por exceso o defecto de información.
3. Construir hipótesis para la solución del problema: es decir, construir nuevas premisas para crear una nueva situación que tenga la información suficiente en relación con la conclusión.
4. Justificación de la hipótesis de solución: presentar argumentos a favor de la interpretación propuesta.

Como se ha referido, dicho modelo ha sido actualizado, aunque no del todo modificado ni mucho menos abandonado, en investigaciones recientes (2013) por el propio Atienza, el cual piensa que para argumentar (resolver un problema argumentativo en el derecho) se deben distinguir las siguientes etapas o fases, las cuales, como podemos apreciar, se pueden contener en las fases señaladas anteriormente: *a)* identificación y análisis del problema;

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 211-213.

b) propuesta de una solución; c) comprobación y revisión de la solución, y d) redacción de un texto.²⁴⁸

Sobre dichas etapas, cabría marcar respecto a la fase *propuesta de una solución* que para Atienza resulta necesario que el juez (con base en su experiencia e ideas de lo justo) comience por dar una respuesta al problema general, para luego ir resolviendo todas las cuestiones particulares; sobre la fase *comprobación y revisión de la solución*, se señala que el juez tendría que plantearse todos los contraargumentos que pudieran esgrimirse sobre sus argumentos en cada una de las etapas del esquema; sobre la fase *redacción de un texto*, Atienza estima que la misma es la etapa fundamental de la argumentación, ya que todas las demás etapas cumplen una función preparatoria en relación con ésta, la cual se puede distinguir en dos aspectos: uno referente a las partes del discurso, y el otro a la forma de exponer el discurso; es decir, al estilo.²⁴⁹

Aquí cabría detenernos en la explicación de dichas distinciones de la etapa *redacción de un texto*, por ser ésta, según el autor español, la etapa esencial de la argumentación. Así, retomando la tradición retórica de la *dispositio* (organización de un discurso en partes), la distinción de las partes del discurso serían esencialmente las siguientes: *exordium*, *narratio*, *divisio*, *argumentatio* y *peroratio*. La función del exordio es identificar el problema sobre el que hay que argumentar, con todos sus puntos positivos y negativos; en la narración se precisan de forma clara y breve los hechos de la causa; en la *divisio* se efectúa una división de los puntos que tratar y se distinguen aquéllos de los que existe acuerdo de los controvertidos; luego, en la *argumentatio* se presentan los argumentos y se refutan los contrarios, aquí se recomienda comenzar con un argumento fuerte y agrupar los débiles para que así ganen fuerza; finalmente, se instituye la *peroratio*, en donde se recapitulan los argumentos elaborados y se apela a la emoción o sentimientos del auditorio.²⁵⁰

Por otra parte, se tiene la distinción referente a la “forma de exponer el discurso”, la cual, bajo la tradición retórica, se ubicaría en la *elocutio*. Sobre este aspecto, Atienza señala que la misma se basa en un lenguaje jurídico-funcional, que busca resolver cierto problema jurídico a través de una decisión que resulte clara, precisa, concisa y persuasiva.²⁵¹

Como se puede apreciar, con la reformulación del método de argumentación Atienza buscó perfeccionar el mismo, a efecto de posibilitarlo en los diversos escenarios jurídicos en los que se deben presentar argumentos. Por ello, se tiene que reconocer que dicho modelo contribuye a enriquecer

²⁴⁸ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 647.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 648 y 649.

²⁵⁰ *Ibidem*, pp. 649 y 650.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 651.

su proyecto de teoría de la argumentación jurídica, que según se piensa se constituye como uno de los más importantes, por ser de los más actuales en el contexto de los existentes métodos del razonamiento jurídico.

C. *Las funciones*

Un tema central, que no ha sido del todo desarrollado por otros autores al presentar sus teorías del razonamiento judicial, es el referente a las funciones de las teorías. Aquí se concede ventaja a Atienza, por situar su teoría con base en tres funciones u objetivos; esto es, el teórico, el práctico o técnico, y el político o moral.²⁵²

Teórico: que se refiere a las posibles contribuciones de la teoría de la argumentación al desarrollo y comprensión de las disciplinas jurídicas o no, y de la práctica de argumentar.

Práctico o técnico: que se centra en ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho, lo cual debe incluir el aspecto didáctico o de enseñanza referente a la forma de razonar en lo jurídico. Para cumplir dicho objetivo práctico, la teoría de la argumentación tendría que ofrecer un método para reconstruir el proceso de argumentación y criterios para juzgar su corrección.

Político o moral: que se relaciona con la ideología jurídica que está presente en determinada concepción de la argumentación.²⁵³ Así, para Atienza, la teoría de la argumentación tendría que comprometerse con una ideología más crítica y realista del derecho de los Estados constitucionales; es decir, una ideología que asuma que no siempre es posible hacer justicia de acuerdo con las normas jurídicas de tales Estados.

3. *El derecho como argumentación*

Es evidente que el derecho puede tratarse desde diversos enfoques. Así, por ejemplo, el mismo puede ser visto como una técnica o instrumento para la resolución de conflictos en el ámbito legal y práctico, lo que siguiendo a Atienza se denominaría el enfoque argumentativo. Así, para dicho autor, el

²⁵² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., pp. 216-219.

²⁵³ Por ejemplo, Atienza refiere que MacCormick y Alexy parten de una valoración esencialmente positiva de lo que es el derecho de los Estados democráticos. Así, los mismos aceptarían que para todo caso, si bien no existe una única respuesta correcta, sí consideran que el derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, una respuesta correcta. *Ibidem*, p. 218.

derecho interviene en la resolución de conflictos sociales mediante el uso de diversos instrumentos jurídicos. Aquí cobra especial relevancia el papel que tienen los jueces en dicha tarea, ya que éstos no pueden o no deberían resolver las disputas en el ámbito jurídico de manera arbitraria, pues más bien deben mostrar las mejores razones que permiten justificar su decisión; es decir, deben argumentar, de ahí la complejidad del razonamiento jurídico.²⁵⁴

Pero acaso ¿todo en el derecho es argumentación? Por supuesto que no. Simplemente recuérdese que justificar una decisión no es lo mismo que explicarla. Aquí cabría decir que la argumentación jurídica se desarrolla en el campo de la justificación. La distinción es la siguiente: “explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar la decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión”.²⁵⁵

Por otro lado, se considera necesario precisar las tres concepciones que Atienza elabora sobre la argumentación en general, a fin de tratar de ubicar el razonamiento jurídico de corte principalista en alguna de ellas. Así, dicho autor distingue entre la concepción formal, material y dialéctica.

La primera es característica de la lógica deductiva, por lo que a primera vista parecería incomoda para la argumentación jurídica principalista. En esta concepción formal de la argumentación, la pregunta a resolver en términos de Atienza es ¿qué se puede inferir a partir de determinadas premisas? Aquí sólo cabría decir que si las premisas son verdaderas, entonces lo es necesariamente la conclusión, ya que desde esta visión un argumento es un encadenamiento de proposiciones.²⁵⁶

Bajo la concepción formal se ve a la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, por lo que se hace abstracción del contenido de verdad o corrección de las proposiciones del argumento.²⁵⁷

La concepción material de la argumentación, por su parte, se vislumbra como un proceso consistente en dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis. Aquí no se busca mostrar si una inferencia es o no válida, sino si hay razones para realizar una determinada acción; es decir, la concepción material no sólo se interesa por la forma del argumento, sino más bien que lo que las premisas enuncian sea verdadero y que existan razones relevantes para la conclusión.²⁵⁸

²⁵⁴ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2003, pp. 252 y 253.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 254.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 244.

²⁵⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 110.

²⁵⁸ Atienza, Manuel, *El sentido...*, *cit.*, p. 259.

Por último, la concepción dialéctica de la argumentación se desarrolla mediante la interacción entre dos o más sujetos. La misma fluye de acuerdo con las reglas que reglamentan el comportamiento lingüístico de los participantes. Mediante dicha concepción se busca persuadir a un auditorio.²⁵⁹

Este tipo de concepción se ubica, según Atienza, en la concepción pragmática de la argumentación, la cual contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística; esto es, como una serie de actos de lenguaje. Por ello se dice que en este tipo de concepción pragmática la argumentación es necesariamente una actividad social.²⁶⁰ Con todo, se piensa que muy bien se pueden identificar las concepciones pragmáticas y dialécticas en un mismo escenario (sin necesidad de distinguir), porque ambas se desenvuelven bajo la interacción constante de los individuos mediante un acto de lenguaje.

Así, es evidente que la argumentación jurídica principalista no se explica sólo a través de una de dichas concepciones, sino mediante las tres, ya que la misma no desconoce el papel que juega la lógica deductiva en el razonamiento jurídico, y además utiliza la dialéctica para convencer sobre la adopción de una determinada postura. Si se quisiera ser más detallado se debe decir que la argumentación jurídica principalista se comprende mejor desde la perspectiva material, ya que a través de dicha argumentación se busca dar las mejores razones para la toma de una decisión judicial.

Las concepciones de la argumentación en general juegan un papel relevante en la argumentación especial (jurídica), pues esta última debe construirse y desarrollarse dentro del campo de las mismas. Así, para Atienza, en el derecho no importan únicamente los valores formales (la seguridad jurídica), sino también los valores materiales (verdad y justicia) y los valores políticos (aceptabilidad y consenso).²⁶¹

La complementariedad entre la argumentación jurídica principalista y los tres enfoques de la argumentación se representa bastante bien con la distinción conocida de casos fáciles y casos difíciles. En los primeros, si bien se utiliza por excelencia la justificación interna o deductiva, la concepción material y dialéctica no deja de estar presente; sin embargo, tratándose de casos difíciles, ya sea por razones normativas o de hecho, no basta con la justificación interna, sino que hay que añadir la justificación externa; esto es, se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o fáctica, razones que no pueden tener un carácter sólo formal.²⁶²

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 260.

²⁶⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 111.

²⁶¹ Atienza, Manuel, *El sentido...*, *cit.*, pp. 263 y 264.

²⁶² *Ibidem*, pp. 264 y 265.

4. *Análisis de los principios en la argumentación jurídica*

En la teoría de los enunciados jurídicos que presentan Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero²⁶³ se analizan con exhaustividad las normas regulativas, las cuales incluyen a las reglas y a los principios, por lo cual, para los efectos de la presente investigación, cabría resaltar algunas ideas respecto a la forma de operar de los principios en la argumentación jurídica.

En primer lugar se debe señalar que si bien dichos autores presentan una propuesta cuádruple de clasificación de los principios, en adelante sólo se centrará la atención en la distinción de los principios en sentido estricto, en la cual éstos expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo o de una institución, por lo que ellos no son más que el reflejo de una forma de vida de una comunidad.²⁶⁴

Ahora bien, resulta relevante para la argumentación jurídica principalista el que para Atienza los principios en sentido estricto pueden formularse como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, lo que, sin embargo, no significa que, desde esta perspectiva, no exista alguna diferencia con las reglas. La diferencia se refiere a que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada.²⁶⁵

No obstante lo anterior, cabe esbozar que para Atienza a diferencia de lo que señala Robert Alexy, los principios en sentido estricto no pueden ser cumplidos en diversos grados, sino sólo los principios considerados como directrices o normas programáticas.²⁶⁶

Para explicar el cumplimiento pleno de los principios en sentido estricto, el filósofo español toma como referencia el principio de igualdad, el cual, en caso de colisión con otro principio, podría operar como sigue: si se ha determinado bajo los factores particulares de un determinado caso jurídico que el principio de igualdad prevalece frente a otros principios que juegan en sentido opuesto, este principio exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple, así no operan modalidades graduales de cumplimiento.²⁶⁷

²⁶³ Para mayor abundamiento, véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 2005.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

²⁶⁶ Ésta es otra clasificación de los principios que proponen Atienza y Ruiz Manero. Para ellos, estos principios estipulan la obligación de perseguir determinados fines; por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución Española señala: “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. *Ibidem*, p. 26.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 31 y 33.

Se coincide parcialmente con la mencionada postura de Atienza, ya que si bien es cierto que al momento de optar por algún principio ante la colisión de los mismos se está pugnando por el cumplimiento pleno del principio con mayor peso; no obstante, con relación al principio que tiene menor peso específico para el caso concreto, no se podría afirmar que comparte las características de las reglas o, mejor dicho, que tal principio puede ser cumplido plenamente. Así, más bien se debe considerar que los principios se asemejan a las reglas, pero en un momento posterior a la determinación de la prevalencia de un principio. Antes de dicha determinación los principios pueden ser cumplidos en diversos grados.

De esta manera, los principios en sentido estricto, una vez fijada su prevalencia en un caso particular, operan como reglas, pues la prevalencia se expresa en una regla que debe completarse a plenitud. Ello no significa que no exista ponderación en la argumentación; simplemente significa que se está en la etapa final de la argumentación; es decir, que para llegar a dicha prevalencia, o si se quiere regla, se debió en un primer nivel o momento ponderar las razones para optar por uno u otro principio.

Atienza reconoce que el operar con principios en sentido estricto exige desde luego ponderación. Su visión sobre la misma consiste esencialmente en construir casos genéricos y determinar en cuáles de ellos prevalece un principio respecto de otro principio concurrente. Como ejemplo nos refiere que cuando se tenga una colisión entre el principio de respeto a la intimidad y el de la libertad de expresión, la ponderación podría concluir instituyendo la regla de que cuando se trata de información que carece de relevancia pública predomina el principio de respeto a la intimidad.²⁶⁸

A modo de síntesis, se puede afirmar que las determinaciones de prevalencia entre principios por parte de los juzgadores se traducen en reglas que señalan que bajo determinadas *condiciones genéricas* se debe optar por favorecer la aplicación de algunos principios sobre otros, lo cual no implica que la regla sea absoluta, pues las cosas pueden modificarse si sobrevienen otras razones en sentido opuesto.

Con todo, no se debe olvidar que si las decisiones del tribunal que resolvió la prevalencia son vinculantes para tribunales inferiores, dicha regla pasa a formar parte del sistema jurídico, y por lo tanto debe ser considerada en la resolución de otros casos futuros de forma obligatoria.²⁶⁹

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 37.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 68.

VIII. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN JAIME CÁRDENAS GRACIA

1. *Exordio*

En nuestro país, un estudio relativamente reciente sobre el papel de los principios en la interpretación y argumentación jurídica se encuentra en la obra del doctor Jaime Cárdenas intitulada *La argumentación como derecho*. En dicho trabajo, el análisis se centra en el impacto de los principios en la interpretación constitucional; no obstante, se estima que de tales investigaciones se pueden desprender algunos puntos interesantes para el presente estudio.

En primer lugar se debe esbozar que para dicho autor las principales teorías de la argumentación jurídica surgieron principalmente por las siguientes circunstancias: *a)* el proceso de constitucionalización de los derechos; *b)* el surgimiento de tribunales constitucionales; *c)* la crisis del principio de legalidad, y *d)* el nacimiento de la lógica deóntica.²⁷⁰

En este sentido, se piensa que de sus consideraciones contextuales sobre el surgimiento de las teorías de la argumentación se puede desprender su posición antiformalista en la aplicación del derecho, posición que por cierto compagina con los principales postulados de los representantes del neoconstitucionalismo.

Bajo este sendero, Cárdenas Gracia, siguiendo al filósofo Habermas, y como revuelta contra los criterios estrictamente lógicos de la argumentación, entiende que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico o cerrado, ya que el mismo discurso jurídico puede ser visto como un caso particular de discurso moral, lo que implica argumentar las decisiones bajo los términos del derecho y la justicia.²⁷¹

Por otro lado, dicho autor ha enmarcado el innegable impacto que los principios han tenido en el derecho,²⁷² al señalar que los mismos son clave para comprender el paso del Estado de derecho al Estado constitucional, la incorporación del silogismo práctico, la aparición de una textura abierta del derecho, la relación entre la moral y el derecho, y, por supuesto, el surgimiento de un nuevo modelo de argumentación jurídica.²⁷³

²⁷⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 26.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 25.

²⁷² Por ello, Cárdenas Gracia desarrolla en su obra un análisis detallado sobre la distinción entre reglas y principios, así como sobre su clasificación, su función y su crítica. Se considera que dicho análisis es la base que él utiliza para comenzar el estudio sobre la argumentación jurídica principalista.

²⁷³ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 119.

Bajo las anteriores concepciones preliminares surgiría ahora la siguiente pregunta: ¿se puede afirmar que Cárdenas Gracia presenta una teoría de la argumentación jurídica?

Parecería arriesgado que se contestara la pregunta en sentido afirmativo, pues cualquier persona, y con toda razón, podría pedir que se precisaran los elementos principales de tal teoría; por ejemplo, su objeto, su método, los criterios de corrección, entre otros más. Así, a pesar de que tal vez no se pueda vislumbrar una teoría de la argumentación jurídica creada por dicho autor, es innegable la importancia académica y práctica de sus reflexiones en torno a la argumentación jurídica de corte principalista.

Dichas reflexiones se pueden resumir en los siguientes puntos:

- Los principios y valores se argumentan con el uso del principio de proporcionalidad.
- Los principios ponen fin a la idea tradicional de seguridad jurídica y la sustituyen por una seguridad más exigente;²⁷⁴ esto es, argumentativa, la cual incorpora la pluralidad de métodos interpretativos.
- Una labor de los jueces más comprometida con su contexto normativo e histórico.
- Bloque de juridicidad abierto.
- Reconocimiento de la sociedad plural.

Como se puede observar, Cárdenas Gracia adopta postulados de otras teorías para configurar y presentar sus reflexiones sobre la argumentación jurídica; por ejemplo, de Zagrebelsky adopta la idea del pluralismo de valores sociales, y de Robert Alexy, la referencia al principio de proporcionalidad; por ello, en el siguiente punto se precisarán algunos puntos relevantes de dicho principio de proporcionalidad bajo las ideas desarrolladas por Cárdenas Gracia.

2. *El principio de proporcionalidad*

Es relevante para cualquier teoría de la argumentación la existencia de algún tipo de criterio de razonabilidad para la conformación de la decisión judicial. En este sentido, Cárdenas Gracia parte del principio de proporcionalidad, el cual, como se ha referido en la presente investigación, se com-

²⁷⁴ Para el profesor Cárdenas es más exigente, porque la misma se logra con base en una labor interpretativa que exige un conocimiento profundo del ordenamiento jurídico y de los valores que lo orientan. *Ibidem*, p. 203.

pone por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si bien ya se han explicado dichos subprincipios mediante ejemplos, ahora restaría precisar su operación en el ámbito constitucional.

En este sentido, cabe apuntar que con el subprincipio de idoneidad se determina si la afectación a los derechos fundamentales es adecuada o no para lograr la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Por otro lado, el subprincipio de necesidad ayuda a analizar si la medida de intervención es la menos perjudicial con el derecho fundamental intervenido sobre todas aquellas medidas que pueden contribuir a lograr el fin propuesto. Por último, con el principio de proporcionalidad en sentido estricto se establece si la afectación en el derecho fundamental está justificada por la relevancia en la realización del fin buscado por la intervención legislativa.²⁷⁵

Por otra parte, es evidente que existen criterios alternos al principio de proporcionalidad a los que pueden acudir los jueces para lograr la razonabilidad de sus argumentos. La pregunta que surgiría entonces es ¿por qué el principio de proporcionalidad es superior a los demás criterios existentes?

Para desentrañar dicha situación, el multicitado autor parte de la tesis de que cualquier método que jerarquice de manera a priori un principio sobre otro, sin tomar en cuenta el contexto del caso en análisis, no tiene razón de ser en una sociedad pluralista.²⁷⁶

Esta jerarquización es lo que precisamente no busca el criterio de proporcionalidad. Así, con el mismo se sopesan los principios jurídicos de acuerdo con las particularidades del caso jurídico, a fin de establecer cuál tiene más peso conforme a las circunstancias especiales del asunto. Con ello, lo que se está haciendo es tomar en cuenta el carácter pluralista y cambiante de las sociedades contemporáneas.²⁷⁷

En este sentido, es evidente que Cárdenas Gracia no estaría de acuerdo en establecer un esquema de jerarquías entre principios, lo cual a primera vista podría contraponerse con una de las ideas que en el capítulo cuarto se desarrollará bajo el rótulo de “Condiciones de prioridad de principios”; no obstante ello, cabría aclarar que el esquema de condiciones que se presentará no busca fungir como una tabla jerárquica de principios, sino como un diseño de condiciones de prioridad flexible; esto es, con un carácter no absoluto. De esta manera, se puede concluir que toda propuesta que jerarquice los principios de forma cerrada sería inapropiada para el desarrollo de los Estados constitucionales.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 142-144.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 148.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 149.

Con lo dicho basta para reflejar la riqueza y utilidad del principio de proporcionalidad, tan importante en la argumentación jurídica principalista, ya que este principio se materializa precisamente en contextos pluralistas, como los que se viven en las sociedades actuales.

3. *Ideas centrales*

Se considera que los puntos esenciales de las reflexiones de Cárdenas Gracia y útiles para la presente investigación se contienen en las siguientes afirmaciones efectuadas por dicho autor:

- La argumentación jurídica sufrió un cambio derivado de la inclusión de principios constitucionales. La argumentación por principios hizo a un lado la subsunción y la aplicación mecánica, y se centró en los métodos de interpretación retórica, basada en ponderación y razonabilidad.
- El derecho no se agota en las reglas jurídicas. Por ello, el juzgador, más que conocer leyes debe entender el *ethos* del ordenamiento y del sistema jurídico en correspondencia con el contexto social, político y económico.
- Los principios generan una sistematicidad no reducida en la ley, sino una sistematicidad que considera todo el bloque de juridicidad; esto es, la que integra elementos morales, sociales, culturales o ideológicos.
- La transformación en el derecho es de un monismo jurídico a un pluralismo de fuentes.
- Los principios no eliminan la seguridad jurídica, sino más bien la aseguran de una forma realista y profunda con las exigencias de las sociedades pluralistas.
- La certeza jurídica no es producto de la lógica deductiva, sino de un proceso que asume reglas de racionalidad práctica, como es la universalidad.
- Los principios permiten la textura abierta en el derecho, ya que los mismos son sumamente indeterminados. Así, sólo se puede conocer su alcance en cada caso concreto.
- La argumentación principalista exige ponderar, pues de esta forma es posible mantener vigente el cúmulo de valores que caracteriza a una sociedad plural.
- La argumentación por principios no significa arbitrariedad o activismo judicial, sino razonabilidad bajo criterios no tradicionales.

Como se ha observado, las tesis centrales de dicho autor se ubican dentro de la argumentación jurídica de corte principalista. Su inquietud primordial es que los juzgadores deben mirar al pluralismo de fuentes que irradia el derecho, con lo cual se está de acuerdo; sin embargo, se considera que es una tarea difícil en un escenario como el que se tiene en México, en el que predomina una tradición jurídica de corte formalista.

Con todo, resulta enriquecedor el planteamiento presentado por este autor para los fines de esta investigación. La tarea que quedaría pendiente sería continuar generando espacios para el desarrollo y la comprensión de las transformaciones en el derecho; por ejemplo, la referida al paso de un estadio legalista a uno maximalista en el razonamiento jurídico.

IX. CONSIDERACIONES SOBRE LA ARGUMENTACIÓN CON UNA ORIENTACIÓN NO PRINCIPALISTA

A fin de contar con elementos teóricos que nos permitan entender de mejor manera el alcance de las teorías de la argumentación jurídicas de corte principalista, sería oportuno abordar una de las teorías, que al igual que las de orientación principalistas, se desarrollaron después de la Segunda Guerra Mundial, pero con un enfoque diferente.

Dicho análisis puede resultar fructífero en la contrastación de la mayoría de las teorías descritas en este capítulo, a efecto de evaluar el alcance que puede tener la argumentación jurídica de naturaleza principalista; ello, desde luego, sin desconocer o minimizar la oportunidad y utilidad de las teorías del razonamiento jurídico con una orientación diversa.

Para cumplir este propósito, en este punto se van a precisar, aunque de forma general, los elementos que integran un argumento bajo el enfoque de la teoría de la argumentación con orientación no principalista elaborada por el profesor inglés Stephen Toulmin, el cual, si bien no fue un jurista, generó un diagrama útil para los procesos de decisión judicial y de otro tipo.

El fin general de Toulmin, plasmado explícitamente en el prefacio a su libro intitulado *Los usos de la argumentación*, fue rechazar por confuso el concepto de inferencia deductiva; en otras palabras, este autor quería criticar el supuesto asumido de que todo argumento puede expresarse en términos formales.

Con dicho antecedente, se puede entender que Toulmin buscó identificar un modelo práctico de razonar; esto es, propiciar una lógica aplicada, de ahí que en la doctrina contemporánea se conozca a Toulmin, al menos en el ámbito de la comunicación y el derecho, por su modelo práctico de la argumentación.

Así, el modelo de Toulmin no hace más que representar un esquema para describir la estructura de un argumento. El mismo se compone de los siguientes elementos: datos o razones (D), conclusión o pretensión (C), garantías (G), respaldo (R), condiciones de excepción o refutación (E) y los calificativos o matizadores modales (M).²⁷⁸

El elemento identificado como (D) se refiere a la información en que se basa la afirmación contenida en la conclusión; es decir, la razón que tenemos para sustentar alguna afirmación; de esta manera, el bloque identificado como (C) será el punto de partida y destino del proceso argumentativo; las garantías (G) son los estándares prácticos que nos permiten pasar de los datos a la afirmación; esto es, enunciados hipotéticos que funciona a modo de puente; el respaldo (R) son enunciados categóricos sobre hechos, los cuales se utilizan cuando las garantías son puestas en tela de juicio; las condiciones de refutación (E) apuntan a las circunstancias en que la autoridad general de la garantía ha de dejarse a un lado, y los matizadores modales (M) indican la fuerza conferida por la garantía en el paso adoptado de los datos a la conclusión del argumento.²⁷⁹

El referido modelo de argumento de Toulmin lo podemos representar en nuestro contexto, con el siguiente ejemplo en materia electoral:

La magistrada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, María del Carmen Alanís Figueroa, es ciudadana mexicana (D), *por lo tanto, presuntamente* (M), tiene la obligación de obtener su credencial de elector (C), *porque* los ciudadanos mexicanos tienen el deber de tramitar su credencial de elector (G), *teniendo en cuenta* que el artículo 180, numeral 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece que los ciudadanos tendrán la obligación de acudir a las oficinas que determine el Instituto Federal Electoral, a fin de solicitar y obtener su credencial para votar con fotografía (R), *a menos que* la magistrada Alanís no cumpla con los requisitos legales para solicitar su credencial de elector (E).

Como se puede apreciar, el modelo de Toulmin es un esquema que nos permite estructurar los argumentos en el ámbito práctico. El mismo se asume como una forma de argumentar en el ámbito del derecho y en otros contextos (recordemos que Toulmin no fue un jurista). Dicho esquema no encuadra en el contexto de la argumentación de corte principalista, ya que no ofrece un estudio y análisis de cómo argumentar o decidir en el supuesto de que nos encontremos ante una colisión entre principios. Ello no implica que el esquema desarrollado por el profesor inglés sea infructífero para la

²⁷⁸ Toulmin, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, trad. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ediciones Península, 2007, pp. 137 y 138.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 134-143.

práctica de la toma de decisiones en el ámbito jurídico; sólo implica que existen otras orientaciones útiles para el ámbito argumentativo.

Con todo, queda en el lector el obtener sus propias conclusiones sobre la importancia actual o no de los modelos de argumentación de enfoque no principalista como el propuesto por Toulmin, sobre todo si se asume, como el que escribe lo hace, que muchos de los conflictos sobre la aplicación de las reglas jurídicas a los casos concretos pueden ser elevados a un problema de tensión entre principios o, mejor, de vigencia o no de derechos fundamentales.