

CAPÍTULO PRIMERO
INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN 7

 I. Hermenéutica e interpretación 8

 II. La aplicación del derecho 16

 III. La argumentación 20

 IV. Recapitulación 35

CAPÍTULO PRIMERO

INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

Este capítulo tiene por propósito presentar los conceptos básicos o fundamentales sobre el objeto de estudio de este libro. Se analizará aquí lo que significa interpretar, aplicar y argumentar. Estos tres conceptos rectores e introductorios son puestos a análisis desde las escuelas analíticas, hermenéuticas y propiamente argumentativas.

Por ser un capítulo introductorio se explica que en las posiciones argumentativas, el derecho es sobre todo argumentación. En el pasado se explicaba el derecho principalmente desde la norma y de los conceptos jurídicos vinculados a ella, como la sanción, la heteronomía, su carácter externo y bilateral. Ahora, y por la importancia que tiene la clasificación del material normativo, sobre todo los principios y valores, más la influencia de las escuelas hermenéuticas y procedimentales, se admite que el derecho es sobre todo argumentación. Se trata, por tanto, de ver al derecho desde un lado o desde una óptica poco explorada, pues las tradicionales lo vieron esencialmente como norma.

En el capítulo queda claro cómo surge el interés por analizar el derecho desde la argumentación. Esto se debió, por un lado, al resurgimiento del interés en la tópica y la retórica en el derecho, y por el otro, el papel de los principios, mismo que se detallará en los capítulos segundo y tercero, y principalmente, la revisión de las escuelas positivistas tradicionales que han sido cimbradas en sus categorías dogmáticas, como se expondrá de manera más extensa en el capítulo segundo.

La argumentación como derecho es una superación de la interpretación tradicional del derecho centrada en métodos interpretativos que son incapaces de dar cuenta, por ejemplo, de problemas derivados de los conflictos entre principios, éstos son resueltos por el principio de proporcionalidad, que es un método argumentativo que se describe y analiza en el capítulo cuarto.

Entender la argumentación como derecho, o viceversa, implica que la seguridad jurídica no tiene la solidez formal del pasado, entraña que la seguridad jurídica ya no es producto de un silogismo sino de un ejercicio argumentativo que puede poner en cuestión la legitimidad democrática de los juzgadores, sobre todo cuando son los árbitros constitucionales que definen las disputas más importantes y que realizan, para algunos, el papel de legisladores negativos. Por eso, en el capítulo quinto se abunda sobre la legitimidad democrática de los jueces. Las teorías de la argumentación y la manera de razonar en los tribunales constitucionales contribuyen a preguntarnos en dónde reside la legitimidad democrática de los jueces constitucionales.

Es importante decir que no sólo los principios han alterado o modificado la visión contemporánea del derecho. Las nuevas formas de argumentar responden a una nueva cultura jurídica —en buena medida hermenéutica— que obliga a que los juristas respiremos aires diferentes a los basados en el positivismo tradicional.

A tal grado es importante la argumentación que autores como Raz o Summers entenderán el Estado de derecho desde la argumentación. Bien podríamos decir que no puede concebirse el derecho contemporáneo si prescindimos de la argumentación y lo seguimos concibiendo como norma, ya sean reglas, principios o valores.

I. HERMENÉUTICA E INTERPRETACIÓN

La interpretación del derecho es una cuestión capital de la ciencia y filosofía jurídicas. ¿Cómo interpretar el derecho?, ¿qué métodos y técnicas interpretativas deben seguirse para encontrar las soluciones a los casos prácticos y justificar las decisiones de los jueces y autoridades?, ¿es la interpretación que hacen los dogmáticos o científicos del derecho semejante a la de los prácticos?, ¿existe ante un caso difícil una sola solución correcta o podemos manejar distintas alternativas de solución?, ¿cómo justificar formal y materialmente las decisiones? Y un largo etcétera de asuntos o temas que no tienen respuestas claras o definitivas.

La interpretación, y no sólo la jurídica, es parte de lo que se conoce en la filosofía como hermenéutica,³ aunque existan otras posturas como la

³ La hermenéutica no es unívoca. Existen diversas posturas y concepciones acerca de lo que es la hermenéutica. Algunos autores conciben al menos dos formas de herme-

proveniente de la escuela analítica, la cual establece: una conexión entre la filosofía y el lenguaje; la crítica a todo tipo de metafísica; la actitud positiva hacia el saber científico, y el reconocimiento de que el análisis constituye una condición necesaria del filosofar. La hermenéutica, por su parte, se caracteriza por los siguientes rasgos: *a)* su antipositividad, en cuanto considera que el derecho no son sólo reglas dictadas por el legislador, el derecho es sobre todo práctica social que se entiende necesariamente desde su interpretación y aplicación; *b)* la precomprensión, esto es, que la relación con un texto jurídico depende del contexto en el que se inscribe, necesita de experiencias previas, de “pre-juicios”; *c)* la interpretación no puede verse en forma atomista y lineal, sino que es una actividad circular entre el texto normativo, el caso, el ordenamiento y el contexto, y *d)* el sujeto de la interpretación siempre está situado en una determinada perspectiva; el conocimiento jurídico es al mismo tiempo comprensión y praxis.⁴

La hermenéutica como “arte” pertenece al ámbito de la *scientia* práctica, un saber que no es de naturaleza teórica ni técnica. Se trata de un saber que analiza los fenómenos de la comprensión y de la interpretación de los objetos en su sentido más originario. En el caso de la hermenéutica jurídica que utilizan los aplicadores del derecho, la búsqueda de la solución no es una mera subsunción del caso particular de algo general (los textos o formulaciones normativas), sino la determinación de la norma correcta en un sentido formal y material a ciertas circunstancias de hecho, para que esa decisión normativa sea complementaria o perfeccionadora del derecho.⁵ La relación entre el texto o formulación normativa y la interpretación de la autoridad no es mecánica ni es exacta conforme a una necesidad lógica racional, como sucede en las matemáticas. Se trata de una relación dialéctica, en donde el texto condiciona la lectura y vice-

néutica: la metafórica y la analógica. Sobre estos temas véase Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y del umbral*, Salamanca, San Esteban, 2003; Ricoeur, Paul, *La metáfora viva*, editorial Europa, 1980; Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura postmoderna*, Barcelona, Gedisa, 2000. Para una historia de la hermenéutica véase Ferraris, Maurizio, *Historia de la hermenéutica*, México, Siglo XXI, 2002. También se recomienda, del mismo autor: *La hermenéutica*, México, Taurus, 2001.

⁴ Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001, pp. 105-107.

⁵ Gadamer, Hans-Georg, “Hermenéutica”, *Verdad y método*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1994, t. II, pp. 363-373.

versa. Además en la interpretación jurídica no sólo se determina el significado de los textos normativos sino también de los hechos que se conectan con esos textos. Es una forma de interpretar los sucesos a través, en una vía de ida y vuelta, de los textos y las instituciones jurídicas. Los textos normativos exigen algo más que el análisis lingüístico. Exigen un círculo hermenéutico establecido entre el intérprete, las formulaciones normativas y los hechos, para enlazar la operación semántica con la operativa y provocar la conversión de la norma en hecho. El mundo de la experiencia jurídica no se deja reducir al universo intelectual del formalismo lógico o teórico.⁶

Frosini indica que

...No se puede interpretar internamente el derecho sin haber asumido antes el presupuesto de lo que es el derecho, para así proceder al examen de las cuestiones que se consideran jurídicas. Por otra parte, no se puede interpretar el sentido del derecho en su conjunto sin haber tomado conciencia de su articulación en un ordenamiento jurídico. La interpretación jurídica está siempre fundada en un “círculo hermenéutico”, esto es, en una relación dinámica y continua que se establece entre el sujeto y el objeto de la interpretación, entre el intérprete y el texto legal y el hecho, entre la posición específica y puntual del intérprete y su conciencia jurídica global, conforme a la cual el intérprete piensa y actúa, vive su experiencia de vida como jurista.⁷

En este sentido, Linares Quintana afirma que es un error sustituir e intercambiar los términos interpretación y hermenéutica, dado que la interpretación es aplicación de la hermenéutica, y por lo tanto la interpretación no sería más que la concreción a los casos de los principios y bases del planteo hermenéutico.⁸ Lo que tiene base de razón, en tanto que el

⁶ Véase Frosini, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 57-72.

⁷ *Ibidem*, p. 80.

⁸ Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 41-43. En esas mismas páginas Linares Quintana sostiene un diálogo sobre esta cuestión con el jurista peruano Domingo García Belaúnde, y recuerda cómo la voz hermenéutica proviene del sustantivo griego *hermeneia*, que a su vez viene del verbo *érmeneum*, que probablemente tenga alguna vinculación con el Dios Hermes... Hermes, hijo de Júpiter y Maya, hija de Atlas, era el intérprete o el mensajero de

objetivo fundamental de toda hermenéutica es la comprensión de estructuras de sentido, es el acercamiento al texto a través del contexto, pues ningún marco interpretativo es arbitrario ni tampoco objetivo si se entiende por ello algo perfecta y absolutamente lógico.

Dentro del debate entre los filósofos analíticos y hermenéuticos podemos encontrar comparaciones que arrojan luz sobre ambas escuelas, en especial sobre la hermenéutica. Las características comparativas son las siguientes:

- a) La filosofía analítica se refiere al lenguaje jurídico, mientras que la filosofía hermenéutica privilegia el discurso, esto es, entenderla en cuanto tejido de un mundo y de una vida común.
- b) El filósofo analítico tiende a considerar que los elementos jurídicos últimos, las unidades del derecho, son los enunciados normativos y las proposiciones normativas; para el filósofo hermenéutico, la unidad lingüística es el discurso, la norma es vista como argumento, como razones.
- c) El filósofo analítico entiende la interpretación como atribución de significado; el filósofo hermenéutico considera al derecho en su conjunto como una práctica interpretativa.
- d) El filósofo analítico separa la ciencia jurídica y el derecho; el filósofo hermenéutico une la ciencia con el derecho, el discurso de la ciencia del derecho es una aplicación del discurso jurídico.⁹

El concepto “interpretación” no es tampoco fácilmente asible. Existen por lo menos dos ambigüedades. La primera relativa a cuál es el objeto de la interpretación: para algunos puede ser objeto de la interpretación cualquier entidad capaz de transmitir un sentido; para otros, sólo se interpretarían entidades lingüísticas. La segunda ambigüedad confunde el proceso y el producto; en ocasiones se habla de interpretación para referirse a un proceso, a la actividad interpretativa, y en otros al producto, al resultado de esa actividad. El profesor Wróblewski ha distinguido, respecto a la primera ambigüedad, entre interpretaciones *sensu largissimo* e

los dioses. *Hermeneia* significó desde muy pronto proclamar, interpretar, explicar, traducir, mediar, etcétera, en fin, hacer algo comprensible o inteligible.

⁹ Viola, Francesco, “La critica dell’ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto”, en Jori, Mario, *Ermeneutica e filosofia analitica*, Turín, Giappichelli, 1994.

interpretación *sensu largo*. La interpretación *sensu largissimo* se da cuando se trata de “la comprensión de cualquier objeto en tanto fenómeno cultural”, mientras que la interpretación *sensu largo* está referida únicamente a las entidades lingüísticas. Wróblewski también introduce las llamadas interpretaciones *sensu stricto*, entendiendo por tales las determinaciones de un significado de expresiones lingüísticas cuando existen dudas referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación.¹⁰ Atienza afirma que desde el punto de vista del objeto, la interpretación puede referirse a cualquier entidad susceptible de tener un sentido, o bien tan sólo a objetos lingüísticos, a textos problemáticos cuyo significado es en principio dudoso y que requieren de aclaración; la interpretación es también una actividad de atribución de significado o de comprensión de sentido; y puede igualmente verse como resultado del producto de la actividad interpretativa.¹¹

La segunda ambigüedad, relativa a la confusión entre actividad y producto, ha sido desglosada por distintos autores como Letizia Gianformaggio.¹² Esta autora alude a la interpretación como actividad, separándola en actividad noética y dianoética. La actividad noética se genera cuando se produce una captación de significado de una realidad inteligible; la dianoética requiere de un pensamiento discursivo, es decir de una argumentación. En cuanto a la interpretación como resultado, se señalan tres distintas formas de enfocar el asunto: la interpretación como producto noético (captación de sentido de carácter intuitivo); la interpretación como resultado del acto lingüístico, y la interpretación como resultado de la actividad discursiva y argumentativa.

En cuanto a la primera ambigüedad, referente al objeto de la interpretación, ésta presenta, como puede observarse, problemas importantes. Hermenéuticamente no puede circunscribirse todo el acto de interpretación a una operación lingüística sobre textos, pues además de que es indispensable tener conciencia del contexto con el que se aborda el texto, es necesario tener muy claro que en la interpretación jurídica se adscri-

¹⁰ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1985, pp. 21-26.

¹¹ Atienza, Manuel, “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001, p. 74.

¹² Gianformaggio, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 87-108.

ben o determinan significados no sólo a formulaciones normativas sino a comportamientos o conductas para producir significados, es decir, normas para el caso concreto. Adicionalmente, el tema de la comprensión lingüística de los textos no es en sí mismo sencillo, la llamada “interpretación literal” de la ley presenta dificultades, así como la distinción entre textos “claros” y “oscuros”, como veremos más adelante.

La ambigüedad que confunde actividad y producto pone sobre la mesa el elemento discursivo-argumentativo de la actividad interpretativa. En otras palabras, si en todos los supuestos estamos obligados a interpretar-argumentar o sólo en algunos. También destaca la autonomía del resultado frente a la actividad-procedimiento de la interpretación. Para algunos, el producto de la interpretación es de carácter lógico necesario, si entendemos la actividad-proceso como un silogismo. Para otros, el producto no es lógico necesario y debe ser justificado, tanto internamente (a partir de sus premisas) como externamente (cuestionando y justificando esas premisas). Igualmente se entra en esta segunda ambigüedad al ámbito de la aplicación del derecho. Si, por ejemplo, todos los intérpretes aplican el derecho o sólo algunos; si la aplicación tiene por objeto normas y la interpretación textos o formulaciones normativas; si la aplicación presupone una interpretación y si la aplicación está referida exclusivamente a las autoridades.¹³

De lo dicho, y sin ser conclusivo, la interpretación jurídica puede entenderse en un sentido amplio y en uno restringido. En un sentido amplio se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, tomando en cuenta el contexto cultural jurídico del intérprete y en su caso las circunstancias de los hechos, con independencia de dudas o controversias, por lo que cualquier texto en cualquier situación requiere interpretación. En un sentido restringido, “interpretación” se emplea para referirse a la atribución de significado, tomando en cuenta el contexto y los hechos, a una formulación normativa en presen-

¹³ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Fontamara, 1999, pp. 9 y 10. Guastini distingue interpretación y aplicación en función de que las autoridades son las únicas que aplican el derecho, en tanto que todo sujeto con inteligencia puede interpretar; igualmente diferencia la aplicación de la interpretación en tanto que en la primera el objeto son las normas y en la segunda los textos normativos; también señala que la aplicación presupone una interpretación. La aplicación sería el producto o resultado de la interpretación que realizan las autoridades con competencia para ello.

cia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. En este sentido se dirá que no en todos los casos se requiere interpretación en un sentido discursivo-argumentativo, lo que no es totalmente correcto.¹⁴ Atienza propone, siguiendo a Guastini, tres formas de entender la interpretación: *a)* como adscripción o detección de un significado, entendiendo que la actividad interpretativa es cognoscitiva y potencialmente científica; *b)* como la decisión o propuesta de un significado entre los diversos posibles, aquí cabría distinguir entre una fase cognoscitiva y otra volitiva, y *c)* como la creación de un significado generando una nueva norma.¹⁵

En las llamadas interpretaciones literales, que suponen producir un texto distinto que exhibirá el mismo sentido y significado del texto del cual partimos, se llega a señalar que no existe proceso discursivo-argumentativo, pues constituyen una suerte de traducción. En ellas, sin embargo, no se trata simplemente de traducir, sino de alcanzar una nueva versión que exprese con mayor claridad el significado del texto interpretado para que sea mejor entendido. Además, no existe una única “traducción” literal del texto, sino múltiples interpretaciones posibles que se podrían exponer en “traducciones divergentes”. Esto, evidentemente, se opone a la idea muy común y compartida de que frente a la ley clara no corresponde interpretación alguna (*in claris non fit interpretatio e interpretatio cessat in claris*).

Por otra parte, la interpretación literal tiene que lidiar con los enunciados equipolentes. La equipolencia es más exigente que la mera equivalencia. Implica reproducir un nuevo texto a partir del texto original con los mismos énfasis y con la misma eficacia comunicativa guardando el significado original. La dificultad de crear una nueva norma a partir de los significados y énfasis o sentidos originales es realmente una tarea complicada que entraña algo más que reproducción mecánica o traducción del texto inicial.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 3-5. El concepto amplio y restringido de interpretación de Guastini se refiere a textos o formulaciones normativas exclusivamente. Es decir, la interpretación está confinada al ámbito lingüístico, aunque Guastini adecuadamente sostiene que no existe algo así como el “significado propio” de las palabras: las palabras tienen sólo el significado que les viene atribuido por quien las utiliza o por quien las interpreta. Por tanto, el significado es mutable, y cada decisión interpretativa es siempre, si bien en distinta medida, arbitraria.

¹⁵ Atienza, Manuel, “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, *op. cit.*, nota 11, p. 80.

La interpretación literal tiene adicionalmente que enfrentar otros problemas. Esto es, problemas lógicos derivados de la aplicación de las formalizaciones lógicas inferenciales al lenguaje prescriptivo del derecho, que en principio carece de valor de verdad, lo que hace muy difícil, contra lo que suele pensarse, el cálculo lógico, tal como se produce en las matemáticas. Lo aquí dicho no presupone un rechazo a los instrumentos de la lógica racional en la interpretación, sino sólo asignarle un papel más acotado para que tome en cuenta sistemas lógicos, normativos, específicos y apropiados para el derecho que permitan reconstruir con alguna fidelidad el razonamiento jurídico.¹⁶

La anterior problematización de la interpretación literal no termina aquí; bien se podrían agregar otros temas ya canonizados en la teoría del derecho como los hace tiempo estudiados por Hart respecto a las condiciones del lenguaje jurídico. En concreto, los conceptos de “textura abierta” de las expresiones lingüísticas y las “zonas de penumbra e incertidumbre” en el derecho, que impiden sostener de manera tajante la división simplista entre formulaciones normativas claras y formulaciones normativas equívocas.¹⁷ Casi cualquier formulación normativa exige interpretación en su sentido argumentativo-discursivo, sobre todo si debe justificarse la decisión como suelen prescribirlo los ordenamientos jurídicos.

Lo que hace que el significado de un texto resulte dudoso puede deberse a distintos factores, entre ellos: el que el autor emplee expresiones imprecisas, ambiguas o vagas; que exista un problema de laguna o antinómico; que no sea clara la intención del autor; que exista contradicción entre el texto y las finalidades o valores de la norma. Para interpretar existe una serie de técnicas o cánones, que remiten siempre a una concepción ontológica, epistemológica y valorativa del derecho. En otras palabras, contestar a las preguntas qué es interpretar, por qué se interpre-

¹⁶ Véase Vernengo, Roberto, *La interpretación literal de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, 107 pp.; *id.*, *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977, 127 pp.; *id.*, “Interpretación del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 239-265.

¹⁷ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980, pp. 160 y 161. Es conocido su ejemplo sobre la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque, y las dificultades lingüísticas para determinar a que tipo de vehículos se refiere la regla, si al automóvil, al ómnibus, la motocicleta, o también a otro tipo de vehículos como las patinetas o los triciclos.

ta y para qué se interpreta reconduce a las teorías de la interpretación. En general, podemos decir que existen dos tipos de teorías interpretativas: por un lado, las formalistas y las escépticas y, por otro, las objetivistas y las subjetivistas. Las formalistas entienden la labor interpretativa como una manera de desentrañar el significado de la norma, esto es, una función meramente cognoscitiva. Las escépticas consideran que la interpretación es siempre una creación del juez, es decir, producto de un acto de voluntad y no de conocimiento. Las objetivistas entienden la interpretación como una expresión de la voluntad de la ley, y las subjetivistas la conciben como una manifestación de la voluntad del legislador.

II. LA APLICACIÓN DEL DERECHO

La aplicación del derecho ha sido confundida por algunas escuelas con la interpretación. Principalmente el pensamiento derivado de la escuela francesa de la exégesis o de la escuela histórica alemana de Savigny suelen identificar ambos asuntos. Los juristas decimonónicos sostenían que los códigos no dejaban nada al arbitrio del intérprete, pues éste no tenía por misión hacer el derecho, dado que el derecho ya estaba hecho. Esta visión racionalista e identificadora de la interpretación con la aplicación tiene su génesis en el pensamiento de Montesquieu, cuando decía: “Los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.¹⁸ Evidentemente estamos en presencia de lo que páginas atrás identificamos como ambigüedad que mezcla la actividad interpretativa con el producto de la interpretación. Identificar interpretación con aplicación significa asumir que el único con capacidad creadora es el legislador. El resto debemos conformarnos con cumplir sus mandatos y aplicar las normas cuando se tiene competencia jurídica para ello. Es decir, actualizar mecánicamente la ley para el caso concreto, mediante la subsunción y el silogismo, es la tarea de los jueces y autoridades.

¹⁸ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1985, libro XI, capítulo VI “De la Constitución de Inglaterra”, p. 112. Montesquieu también señala que de los tres poderes, el de juzgar es, en cierto modo, nulo.

Las versiones más contemporáneas de la teoría de la interpretación no suelen sostener el pensamiento de la exégesis ni de la escuela histórica ni del positivismo ideológico. Muchas concepciones de la interpretación, como la posición analítica de Hart, la teoría del caso correcto de Dworkin, las escuelas procedimentalistas de la argumentación, o las escuelas que premian el sentido hermenéutico y prudencial de la interpretación, distinguen con precisión la actividad interpretativa y el producto interpretado con el que la autoridad determina la norma con sentido prescriptivo para el caso concreto.

La labor de aplicación queda supeditada a la interpretación como actividad y como producto de carácter previo. La aplicación es una tarea exclusiva de las autoridades, no tiene por objeto textos normativos sino normas.

Algunos autores como Vigo, que sostienen una aproximación prudencial-retórica de la interpretación, señalan que cumplida la etapa cognoscitiva e interpretativa de la prudencia (que tiene dos fases: deliberación y juicio), se posibilita el momento culminante, esto es, el momento preceptivo o prescriptivo con el que se agota la “creación” jurídica. En ese momento se actualiza la norma, se aplica el derecho. La dimensión prescriptiva de la prudencia manda o aconseja aquella conducta que se determina como la mejor.¹⁹ Los periodos deliberativos y decisorios de la interpretación exigen una etapa posterior, desde luego, solamente cuando estamos en presencia de la conocida como interpretación operativa o de autoridad, ese nuevo ciclo es el que corresponde a la aplicación. Se trata de una instancia prescriptiva y operativa en donde ya se realiza la conducta jurídica o efectivamente se la manda, aconseja, enseña o ejecuta. La conclusión de la interpretación o aplicación suele consistir en una norma jurídica en los casos del legislador o del juez, pero también puede consistir en adoptar la forma de una enseñanza, consejo o exhortación.

La aplicación tiene, no obstante, consecuencias que deben ser analizadas. Esas consecuencias tienen que ver con la justificación de la norma o prescripción que constituye la aplicación. Por eso el momento normativo posterior a la interpretación —no necesariamente cronológico—, que es la aplicación, exige de la motivación para lograr el convencimiento de

¹⁹ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 30-44.

las partes y la persuasión no sólo ante un auditorio restringido, sino para que la decisión sea razonable y dirigida a un hipotético auditorio universal, tal como lo plantearan algunos teóricos de la argumentación.²⁰ La argumentación no es entonces sólo el instrumento de la interpretación sino principalmente de la aplicación, pues ésta tiene carácter autoritativo y debe pasar por el tamiz no sólo de las partes o de los involucrados en la decisión, sino por el tamiz de ese auditorio universal que es la sociedad o la humanidad entera en condiciones democráticas.

Perelman, para convencernos de la importancia de la motivación, recurre a una larga cita bien lograda:

Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Únicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y porqué. Los motivos le invitan a comprender la sentencia y le piden que se abandone durante demasiado tiempo al amargo placer de “maldecir a los jueces”. Los motivos le ayudan a decidir si debe o no apelar o, en su caso, ir a la casación. Igualmente le permitirán no colocarse de nuevo en una situación que haga nacer un segundo proceso. Y por encima de los litigantes, los motivos se dirigen a todos. Hacen comprender el sentido y los límites de las leyes nuevas y la manera de combinarlas con las antiguas. Dan a los comentaristas, especialmente a los comentaristas de sentencias, la posibilidad de compararlas entre sí, analizarlas, agruparlas, clasificarlas, sacar de ellas las oportunas lecciones y a menudo también preparar las soluciones del porvenir. Sin los motivos no podríamos tener las “notas de jurisprudencia” y esta publicación no sería lo que es. La necesidad de los motivos entra tanto dentro de nuestras costumbres que con frecuencia traspasa los límites del campo jurisdiccional y se va imponiendo poco a poco en las decisiones simplemente administrativas cada vez más numerosas.²¹

La aplicación tiene relación con otras dos cuestiones: el deber de resolver los casos y el deber de aplicar el derecho. Ambos temas nos confrontan con el dogma de la integridad del derecho que se expresa conforme a estas dos reglas: 1) el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presentan a examen, y 2) está obligado a juzgarlas con base en

²⁰ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Cívitas, 1979, reimp. de 1988, pp. 41-164.

²¹ *Ibidem*, pp. 202 y 203.

una norma que pertenezca al sistema.²² Ambas reglas, en el derecho mexicano, tienen su traducción legislativa en el Código Civil. El artículo 18 determina: “el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”, y el artículo 19 precisa: “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho”.

El dogma de la integridad no puede aceptar las deficiencias en el ordenamiento jurídico porque ello sería tanto como admitir que existen otras fuentes diversas a los órganos del Estado que producen normas jurídicas. Esa posición en favor de la integridad fue rebasada desde hace décadas con distintos argumentos y teorías como la del espacio jurídico vacío, que postulaba la existencia de dos compartimentos: aquel en el cual las personas están vinculadas por normas jurídicas, y que podemos denominar el espacio jurídico pleno, y aquel en el cual las personas no están vinculadas por normas jurídicas, y que se denomina espacio jurídico vacío, un espacio donde el derecho no interviene, un espacio para la libertad humana. En él, las acciones de los seres humanos se desenvuelven sin trascendencia para el derecho. Ahí los jueces y autoridades no tienen obligación de actuar y mucho menos de resolver el derecho. Otra teoría, la de la norma general excluyente, expresa que en el derecho no hay lagunas, pero los comportamientos humanos no comprendidos en las normas particulares están regulados por una norma general excluyente que crea un espacio de libertad en donde las autoridades no tienen obligación de resolver porque no se trata de una obligación o prohibición prevista por una norma particular. No obstante, se hace necesario frente a la norma particular inclusiva y la norma general excluyente, una norma general inclusiva capaz de obligar a las autoridades a resolver casos semejantes a los previstos en la norma particular mediante la analogía, la interpretación extensiva, o cualquier otro método de *argumentum a simili*, a diferencia de la norma general excluyente, donde el *argumentum* es *a contrario*. Tal como puede apreciarse, la norma general excluyente o la norma general inclusiva se aplican en función de las similitudes o diferencias que puedan existir entre la norma particular y las circunstancias del caso.

²² Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1992, p. 223.

El deber de aplicar el derecho que tiene que ver con el dogma de la integridad alude, por una parte, a los criterios de pertenencia de las normas al ordenamiento y, por otra, a problemas como los de aplicación y aplicabilidad de las normas.²³

Los criterios de pertenencia de la norma particular a un ordenamiento se resuelven dependiendo de la concepción del derecho de la que se parta: desde una concepción formalista a través del uso, por ejemplo, de la norma fundamental y la teoría de la producción escalonada del derecho de Kelsen o de la aplicación de la regla de reconocimiento de Hart; desde un esquema realista por el juicio que hacen los tribunales sobre la pertenencia de la norma al ordenamiento, y desde el plano iusnaturalista determinando no sólo la validez formal —en la competencia y procedimiento seguido para la creación de la norma— sino también en la conformidad de la norma con determinados principios morales, como en la teoría de Dworkin. Se trata de una deliberación y un juicio sobre la validez normativa de la norma particular. Una norma para que sea aplicada requiere un análisis de aplicabilidad; es decir, si se dan las condiciones previstas en el ordenamiento para la aplicación de la norma particular. Esas condiciones tienen que ver, por ejemplo, con la existencia de otras normas que regulen las competencias del órgano aplicador así como el procedimiento para su aplicación (aplicabilidad externa), y con las condiciones que resultan de los ámbitos de validez de las normas: espacial, temporal, personal y material (aplicabilidad interna). Una vez hechos esos análisis la aplicación de la norma particular al caso concreto será posible jurídicamente.²⁴

III. LA ARGUMENTACIÓN

¿Qué significa argumentar? Es una pregunta que es susceptible de distintas respuestas. Para algunos, argumentar es una actividad lingüística, y

²³ Para esta distinción véase Alchurrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963; Navarro, Pablo y Moreso, José Juan, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía*, México, núm. 5, octubre de 1996, pp. 119-139.

²⁴ Mendonca, Daniel, “Aplicación del derecho”, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 267-282. Mendonca dice que una norma puede resultar aplicada en un caso sin que tal norma sea aplicable a él. También es posible que una norma sea aplicable para la resolución de un caso dado sin que tal norma resulte aplicada.

un argumento es el producto de esa actividad. Para otros, la conclusión de un razonamiento es un argumento. Unos más le dan ese carácter a las premisas de un razonamiento, y hay quien define el argumento como una relación entre las premisas y la conclusión.

Atienza presenta tres concepciones sobre argumentación:²⁵ la lógica formal, la material y la pragmática o dialéctica. La concepción formal define al argumento y la argumentación como una inferencia, un encadenamiento de proposiciones. Lo que caracteriza a esta posición es el elemento formal, esto es, la corrección de las conclusiones no depende del contenido de verdad de las premisas sino del cumplimiento de ciertas reglas formales como en el silogismo tradicional, aunque no exclusivamente. A los lógicos formales les interesan, sobre todo, los esquemas de argumentos que se expresan en un lenguaje artificial. El lenguaje artificial y las reglas formales de la lógica pueden aportar a la argumentación criterios de control formal a los argumentos, pero son insuficientes para producir bases de control material sobre los razonamientos.

La concepción material, propia de la tópica, se preocupa no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo o formas lógicas divergentes. La justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento. Así como, desde el punto de vista formal, los argumentos se entienden como relación entre proposiciones, en la concepción material se trata de relaciones entre razones, creencias, actitudes o acciones. El razonamiento no es una inferencia regida por reglas formales sino un procedimiento para resolver un conflicto entre razones. Joseph Raz señala que la principal tarea de la razón práctica es establecer que tenemos razones para actuar, cómo resolver los conflictos de razones y establecer aquello que debemos hacer, tomando todo en consideración.²⁶ En la concepción material interesa el proceso de argumentación, el balance de razones, sin prescindir del punto de vista interno del intérprete.

²⁵ Atienza, Manuel, "El derecho como argumentación", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999, pp. 37-48.

²⁶ Raz, Joseph, *Razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 28.

La concepción pragmática o dialéctica considera a la argumentación como interacción lingüística. La argumentación es un proceso dialógico cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico. Algunas de las teorías, como la de Alexy, destacan principalmente la parte procedimental del proceso, y otras se interesan también por el resultado, los elementos que integran el razonamiento, la manera de distinguir entre argumentos fuertes y débiles, o las falacias que deben ser conocidas y eliminadas de la argumentación. En síntesis, en la concepción pragmática o dialéctica tiene un lugar destacado el aspecto pragmático del lenguaje, por lo que es inconcebible hacer abstracción de los sujetos que argumentan. Inferir consiste en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso para cada participante en el proceso argumentativo.

La argumentación jurídica representa una superación de los métodos de interpretación tradicionales. Los métodos²⁷ interpretativos que hoy conocemos —gramatical, lógico, histórico, sistemático, etcétera— aparecen cuando se hizo evidente en el siglo XIX que era imposible el mito de la claridad de la ley. La teoría del derecho tuvo que idear algunos métodos interpretativos para que el derecho no perdiera en seguridad jurídica. Savigny estableció cuatro cánones de la interpretación (gramatical, lógico, histórico y sistemático) para permitir al intérprete hallar la idea inmanente a la ley, averiguar el pensamiento del legislador, actuar con objetividad y certeza, sin margen para sus valoraciones personales. En Francia, en el Código de Napoleón de 1804 se dio total prevalencia a la averiguación de la voluntad auténtica del legislador, pues detrás de la letra de la ley hay una voluntad que ilumina, sin posibilidad para la incertidumbre. En Alemania, la jurisprudencia de conceptos entendió que por detrás de las normas jurídicas existe un entramado de conceptos que son expresión de una especie de razón jurídica universal. Conceptos como negocio jurídico, testamento, contrato, compra-venta, préstamo, no son puros nombres de coyunturales invenciones del legislador sino realidades ontológicas que permiten dar solución a cualquier conflicto. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, también en Alemania, el se-

²⁷ Véase en esta parte a García Amado, Juan Antonio, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999, pp. 131-145. También véase García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópicica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

gundo Ihering propone el método teleológico o funcional basado en la vida social e histórica, en donde lo que importa para determinar el significado de la norma es analizar el fin o los fines a los que sirve. En Francia, Geny señala que la norma legal no agota el derecho ni predetermina la sentencia, con lo que queda siempre un amplio espacio para la valoración. Poco a poco, interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cada vez es más valorar y decidir; el referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación sino que ahora son criterios sociológicos o de justicia.

El paso al irracionalismo estaba dado. Los irracionistas sostienen que no hay método o procedimiento que pueda dotar de garantías a la decisión jurídica, que sería, sobre todo, una decisión guiada por las valoraciones e inclinaciones del juez. En esta posición están teorías como el movimiento del derecho libre (Kantorowicz, Fuchs o Ehrlich) y el realismo jurídico estadounidense más extremo, como el de Frank o el del escandinavo Alf Ross. Hans Kelsen forma parte también de esta corriente, pues la decisión del juez no tiene carácter científico, es política jurídica, un acto volitivo del juez que escoge entre distintas alternativas de solución y aplica el derecho al caso particular.

Frente a los irracionistas encontramos también posiciones racionalistas que consideran que sí es posible ofrecerle al juez pautas metódicas que permitan que su interpretación de los términos legales sea la correcta y la objetiva. Tres escuelas importantes marcan esta tendencia: la jurisprudencia teleológica, la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de valoraciones.

Las teorías de la argumentación son el producto de esta larga polémica histórica, aceptan las críticas del irracionalismo pero intentan superarlas con medios diferentes a los de los racionalistas. Constituyen un nuevo paradigma porque no sólo se preocupan por la decisión jurídica de las autoridades, sino que traspasan el edificio jurídico y entienden el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico, es decir, la práctica decisoria no está presidida por un razonar subjetivo sino por uno intersubjetivo. Las razones que cuentan no son las de conciencia subjetiva del intérprete, sino los argumentos intersubjetivos; las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones no provienen de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores ra-

zones aportadas. En las teorías de la argumentación importa cómo se argumenta, cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos. En otras palabras, teniendo en cuenta el componente de irracionalidad que puede existir en cualquier decisión, se debe intentar darle un carácter de racionalidad a la argumentación.

Las teorías contemporáneas de la argumentación hacen hincapié principalmente en la parte justificativa de la decisión. Es importante dar razones para sostener nuestras pretensiones, y las razones que debemos dar no sólo implican apelar a la autoridad y al procedimiento, entrañan sobre todo apelar a su contenido para que mediante la ponderación sea posible escoger las más convincentes entre las que no lo son tanto. Un autor que de una manera muy clara ha insistido en esto es Summers. Este autor ha hecho una tipología de las buenas razones, que distingue en cinco clases: sustantivas, autoritativas, fácticas, interpretativas y críticas. Las sustantivas, que son las más importantes, derivan su fuerza justificativa de consideraciones de carácter moral, económico, político, institucional o social. Las razones sustantivas pueden ser finalistas, de corrección o institucionales. Las razones finalistas se apoyan en fines que se consideran socialmente valiosos. Las razones de corrección se sustentan en la imparcialidad o justicia, y también en el equilibrio entre las partes. Las razones institucionales aparecen vinculadas a roles o a instituciones para evitar la arbitrariedad y la no atención a una reclamación. Las razones autoritativas consisten en apelar al precedente o a cualquier otro tipo de autoridad jurídica, por ejemplo las leyes o la doctrina. Las razones fácticas permiten justificar enunciados fácticos, bien se trate de hechos adjudicativos o legislativos. Las razones interpretativas sirven para apoyar una determinada interpretación de los textos. Las razones críticas se utilizan como instrumento para cuestionar alguna de las anteriores razones.²⁸

Si como habíamos señalado la interpretación consiste en sopesar alternativas de solución y decidirse por una, la argumentación es ese elemento presente en la deliberación y en el juicio interpretativo que posteriormente servirá para determinar si nuestro procedimiento y resultado fue formal, material y dialécticamente correcto. La argumentación permite

²⁸ Summers, Robert S., "Two Types of Substantive Reasons. The Core of the Common Law Justification", *Cornell Law Review*, 1978. También véase Summers, Robert S., *La naturaleza formal del derecho*, México, Fontamara, 2001.

—aunque no sólo— entender el derecho como una técnica de solución de conflictos prácticos, como un instrumento que nos auxilia para perfeccionar el ordenamiento jurídico en cada decisión de autoridad, orientando esa actividad hacia objetivos sociales valiosos a través del respeto a principios y valores racionales y razonablemente comprometidos con los derechos humanos, los principios democráticos y el Estado de derecho.

El razonamiento jurídico no es un proceso cuasimecánico, ni el derecho un sistema axiomático susceptible de someterse exclusivamente a un cálculo lógico. El discurso jurídico, para algunos, es un caso especial del discurso moral,²⁹ ello significa la obligación de razonar las decisiones en términos de derecho vigente, vinculando el juicio particular al sentido de justicia del ordenamiento jurídico. No se trata de propugnar por un activismo judicial sin asidero en el orden jurídico ni de apuntalar el fin de la certeza jurídica.³⁰ El juez y la autoridad están vinculados jurídica y moralmente por el orden jurídico, pero éste es complejo, no se integra sólo por reglas sino por reglas y principios —como lo enseñara Ronald Dworkin—,³¹ y al conformarse de esa manera, los principios, que son las entidades de mayor densidad jurídica, determinan el sentido y orientación de las reglas, con lo que la carga axiológica del derecho es evidente y la labor de jueces y autoridades menos simple y más comprometida con su contexto normativo e histórico. Tampoco se destruye la seguridad jurídica, pero es una seguridad jurídica más exigente, no referida con exclusividad a la aplicación mecánica de las reglas, sino que incorpora la plura-

²⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

³⁰ MacCormick, Neil, “Retórica y Estado de derecho”, *Isegoría. Revista de Filosofía y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999, pp. 5-21.

³¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, a partir del capítulo segundo sobre el modelo de las normas, pp. 61 y ss. En obras posteriores Dworkin desarrolla un concepto interpretativo del derecho. Ese concepto puede rastrearse en: Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1985 y Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988. El concepto interpretativo de Dworkin se basa en considerar que el derecho no es un conjunto de normas sino que constituye una práctica social; entiende la interpretación como una actividad valorativa de carácter racional; propone una teoría de la interpretación no descriptiva, y su teoría descansa en una concepción sustantiva de la moral y de la política. Véase Bonorino, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, Dykinson, 2003.

lidad de métodos interpretativos, así como la aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar conflictos entre principios jurídicos contrapuestos. La labor interpretativa es más ardua, menos simple, ya que exige un conocimiento profundo del ordenamiento jurídico y de los valores que lo orientan.

En otro capítulo veremos algunas de las teorías de la argumentación jurídica contemporánea. Basta decir que este movimiento comenzó en los años cincuenta, después de la Segunda Guerra Mundial. Las razones de este despertar están en el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, el surgimiento de los tribunales constitucionales, las nuevas formas de interpretación que se empezaron a utilizar debido a la estructura del derecho, integrada también por principios constitucionales, a la crisis del principio de legalidad tradicional (generalidad y abstracción de la ley, coherencia, integridad y plenitud del ordenamiento), al nacimiento de la lógica deóntica, y en general a una rebelión —con episodios anteriores— contra el formalismo jurídico con su ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del derecho.

Entre los primeros representantes de esta corriente contemporánea destaca la obra de Theodor Viehweg,³² para quien la argumentación era algo más que la aplicación de la lógica deductiva; implicaba establecer una técnica del pensamiento problemático utilizando los *topoi* o lugares comunes. La obra de Viehweg analiza históricamente el nacimiento, la evolución y el desarrollo de la tópica. Viehweg entiende que la tópica surge con Aristóteles, se perfecciona con Cicerón, y explica cómo los juristas romanos planteaban sus argumentos utilizándola. En la Edad Media, escuelas de juristas como los glosadores, posglosadores y los comentaristas emplearon ampliamente la tópica y la retórica en sus argumentaciones; es más, juristas destacados como Irnerio, antes de ser juristas eran maestros de la retórica. Según Viehweg, la retórica cayó en desuso por la generalización del pensamiento lógico-formal y el predominio del racionalismo, lo que se vio aún más acentuado con la codificación. Sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la tópica resurge como técnica de pensamiento, y se destaca por su principal característica, que es el procedimiento de búsqueda de premisas o *ars inveniendi*.

³² Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, reimp. de 1987. También véase Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

Las premisas de los retóricos imponen la carga de la argumentación a quien las cuestiona. En la obra de Viehweg, los tópicos no están jerarquizados. Nuestro autor considera que la tópica puede llevar a resultados diferentes. Viehweg fue un precursor de la argumentación jurídica que rechazó como único camino de la interpretación a la lógica formal, y al hacerlo descubrió un campo promisorio para la investigación.

Para Perelman,³³ la teoría de la argumentación se entiende como una teoría del discurso persuasivo-convincente, que no podía descuidar las relaciones entre el orador y el auditorio. Un buen razonamiento —para serlo— tenía que dirigirse a un hipotético auditorio universal al que se debía convencer sin manipulación o coerción alguna. Tanto la teoría de Viehweg como la de Perelman presentan deficiencias por no reconocer ningún papel en el derecho a la lógica deductiva. Sin embargo, las ideas de Perelman son fundamentales para entender la estructura de la argumentación, por ejemplo: su insistencia en que el análisis de los razonamientos de los políticos, jueces y abogados debe ser el punto de partida para la construcción de la argumentación; su idea de que la lógica deductiva se mueve en el terreno de la necesidad, y la argumentación retórica en el terreno de lo plausible; la posición de que los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable de una decisión, y su concepción sobre la estructura argumentativa que no la considera una cadena lineal sino que la observa como un tejido, en donde la solidez del tejido es superior a la de sus hilos. La obra de Perelman descuida temas importantes de la argumentación como la distinción entre argumentos fuertes y débiles, y su concepción del auditorio universal más que un concepto elaborado debe verse como una intuición feliz. También es débil la teoría de Perelman por la noción de positivismo jurídico con la que trabaja; para muchos, esta concepción es más propia del positivismo decimonónico que de un modelo positivista contemporáneo como el de Hart.

Más tarde, otras posiciones, como la de Toulmin,³⁴ analizaron la estructura de los argumentos, los principales tipos de argumentos y el uso

³³ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., nota 20. Véase, también, Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación, La nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1989; Manassero, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable*, Pamplona, Eunsa, 2001.

³⁴ Toulmin, Stephen E., *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

de las falacias en el razonamiento jurídico. Toulmin señala como elementos de todo argumento los siguientes: la pretensión, las razones, la garantía, el respaldo, además de los cualificadores modales y las condiciones de refutación. La pretensión es el punto de partida y de llegada de todo argumento, es la manifestación de una posición inicial. Las razones son las pruebas y los hechos que justifican la pretensión. La garantía implica el uso de una regla o de un principio, o de ambos, que sirve para fundamentar la pretensión. El respaldo es la ley, el precedente, la norma constitucional que contiene la garantía. Como las conclusiones en la argumentación no siempre son concluyentes, Toulmin utiliza la figura de cualificador modal para medir el grado de certeza o plausibilidad de una pretensión conclusiva. Las condiciones de refutación son hechos, circunstancias, en general excepciones que socavan la fuerza de los argumentos. Toulmin elabora distintas clasificaciones de argumentos, distingue entre argumentos analíticos y sustanciales, formalmente válidos y no formalmente válidos, argumentos que utilizan una garantía y argumentos que establecen una garantía, argumentos concluyentes y no concluyentes, y, finalmente, argumentos formales y no formales. En cuanto a las falacias, Toulmin desarrolla cinco categorías en función de los elementos que estructuran todo argumento y que ya se expusieron. Estas falacias son: por falta de razones como la petición de principio, por razones irrelevantes como la argumentación *ad hominem*, debidas a razones defectuosas tales como las generalizaciones apresuradas, falacias debidas a suposiciones no garantizadas como la cuestión compleja o la falsa causa y, finalmente, las falacias que resultan de ambigüedades.

Sin embargo, aunque no las únicas, las teorías dominantes en este momento son las de Neil MacCormick y Robert Alexy, ambas provenientes de las dos principales tradiciones jurídicas occidentales. Neil MacCormick³⁵ es un autor fundamental tan importante como Alexy. Su preocupación está en elaborar una teoría tanto descriptiva como prescriptiva de la argumentación. La corrección argumentativa vendrá dada por el cumplimiento de ciertas reglas del procedimiento: partir siempre de un principio o regla universal; esforzarse en darle a la decisión consistencia

³⁵ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978; *id.*, “Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico”, en Betegón, Jerónimo y Páramo, Juan Ramón de (coords.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, entre otros.

con el derecho válido y con los hechos; que esa decisión tenga coherencia normativa y narrativa, entendiendo por ello el nivel de racionalidad argumentativa en la decisión y, finalmente, que la resolución tenga relación con las consecuencias o bienes jurídicos tutelados por cada disciplina jurídica en lo particular, lo que MacCormick denomina relación con el mundo. Para MacCormick tiene una gran importancia la figura del espectador imparcial; su posición intermedia y mediadora respecto a Dworkin y a Hart, sobre la única respuesta correcta y la estructura de las normas integradas por reglas y principios, así como la manera sobre la que discurre sobre la seguridad jurídica en el contexto de la argumentación jurídica. Un asunto fundamental en la teoría de MacCormick es su reflexión sobre las interpretaciones *contra legem*, éstas estarán justificadas cuando el texto contiene una contradicción lógica, de tal forma que no hay ninguna lectura posible que pudiera obviarla, o cuando existe un absurdo axiológico, esto es, cuando la interpretación lingüística de la ley hiciera que resultara autofrustrante en relación con sus propios objetivos, o bien irrealizable, o fuera totalmente en contra de los principios jurídicos, de la justicia o del sentido común. MacCormick, sin embargo, opina que el uso de la interpretación *contra legem* debe realizarse con gran cautela.

Robert Alexy no parte de argumentaciones especiales, sino que inicia con una teoría de la argumentación práctica para descender al mundo jurídico.³⁶ Su apoyo principal —aunque no único— es la teoría del discurso de Habermas, en el entendido de que un discurso es un acto lingüístico entre varios participantes con opiniones contrapuestas que con el fin de llegar a resultados válidos se atienen a determinadas reglas. El discurso representa una vía cooperativa y pacífica de resolución de conflictos en donde la única coacción es la del mejor argumento. El discurso práctico, a diferencia del teórico, no problematiza sobre la verdad ni la justifica aduciendo hechos, sino que la pretensión de validez es la rectitud o corrección normativa, y su defensa se lleva a cabo mediante la invocación de normas socialmente compartidas. Alexy entiende que si el procedimiento argumentativo es correcto, esa corrección se traslada al resultado. Toda la teoría descansa en la formulación de un conjunto de reglas del

³⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

juego con el propósito de obtener un procedimiento que permita distinguir entre justificaciones correctas e inaceptables.

El discurso jurídico es un tipo del discurso práctico que tiene frente a éste la posibilidad de resolver los problemas de conocimiento y cumplimiento, pero se encuentra condicionado por la estructura del derecho; por ejemplo, el papel que en él juegan la ley, la dogmática o el precedente judicial, así como las formas de argumentación específicamente jurídicas como el argumento *a simili* o el argumento *a contrario*.

Las teorías enunciadas, que no son las únicas de la argumentación contemporánea —habría que recordar a Recaséns, Esser, Aarnio, Peczenick, Günther, etcétera— presentan todas ellas deficiencias y críticas, y no logran con sus propuestas eliminar el margen de discrecionalidad o manipulación del juez o de la autoridad administrativa, pero persiguen con más o menos éxito reducir los espacios de discrecionalidad o de libre disposición.

Las tareas y objetivos más importantes de las teorías de la argumentación jurídica son: establecer las posibilidades de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica; determinar mecanismos y criterios para el control racional de la interpretación; distinguir entre justificación interna y externa de la decisión y el papel que ambas deben jugar en el derecho; responder a la inquietud sobre si la respuesta judicial es descubierta o construida; señalar los elementos de objetividad o intersubjetividad de la dimensión axiológica de las resoluciones judiciales; profundizar en el tema de la legitimidad democrática y el carácter contramayoritario de la función judicial, y abundar sobre las razones explicativas y justificatorias en el razonamiento jurídico. Los anteriores objetivos han ido permeando en la construcción de las teorías y en el papel de algunos de los tribunales, como el Tribunal Constitucional alemán, que en una de sus sentencias señaló: “La interpretación del derecho constitucional tiene el carácter de un discurso en el que... haciendo valer razones y contra-razones se llega finalmente a las mejores razones” [BverfGE, 82, 30 (38-39), II, 1990]. Esa doctrina, es evidente, no debe ser sólo para el derecho constitucional sino para la totalidad del derecho y los ámbitos del quehacer jurídico: el legislativo, el teórico y el decisonal o forense.

Debe señalarse que la argumentación está vinculada íntimamente al Estado de derecho, a su concepto, funcionamiento y fines. No desde luego al Estado de derecho decimonónico o tradicional basado exclusivamente en el imperio de la ley y la división de poderes, o al modelo de

Estado de derecho propuesto inicialmente por Elías Díaz, quien consideraba elementos de todo Estado de derecho: el imperio de la ley, la división de poderes con predominio del Poder Legislativo por expresar la soberanía popular, la fiscalización a todos los poderes, pero en especial al Ejecutivo y la administración, y la protección de los derechos fundamentales, tanto los de libertad como los económicos, sociales y culturales.³⁷ Tampoco la argumentación forma parte del modelo de Estado de derecho de Hayek, cuando este autor sostiene que el Estado de derecho "...significa que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano —normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento—".³⁸

Otros conceptos de Estado de derecho, como los de Raz o Summers, incluyen de manera más o menos clara la interpretación de normas como parte de él. Raz elabora algunos principios conformadores del Estado de derecho: todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras; las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables; el establecimiento de disposiciones jurídicas particulares debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales; la independencia del Poder Judicial tiene que ser garantizada; los principios de justicia natural tienen que ser observados; los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implantación de los otros principios; los tribunales deben ser fácilmente accesibles, y a los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho.³⁹ Por su parte, Summers delinea como principios del Estado de derecho los siguientes:

- Todo tipo de derecho tiene que ser autorizado de manera adecuada conforme a los criterios de validez establecidos.

³⁷ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1981; *id.*, "Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", *Revista Sistema*, Madrid, núm. 125, marzo de 1995, pp. 5-22.

³⁸ Hayek, Friedrich, *The Road to Serfdom*, Londres, 1944, p. 54.

³⁹ Raz, Joseph, "El Estado de derecho y su virtud", *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI, 2002, pp. 15-36.

- Los criterios para determinar la validez del derecho deben estar claros generalmente y deben incluir criterios para resolver los conflictos entre normas jurídicas válidas.
- El derecho de origen estatal relativo a una materia debe ser uniforme dentro de los límites del Estado.
- En la medida de lo posible y de lo apropiado, debe adoptar la forma de reglas generales definidas aplicables a clases de sujetos, conductas, circunstancias, etcétera, y que, cuando sea apropiado, debe aplicarse por igual a las autoridades y a los ciudadanos.
- Todas las formas de derecho deben ser apropiadamente claras y estar determinadas en su sentido.
- El derecho de creación estatal y otras formas normativas apropiadas deben tener forma escrita y ser promulgadas, publicadas, o de otro modo puestas en conocimiento de sus destinatarios.
- Las normas y sus cambios deben ser generalmente prospectivas y no retroactivas.
- Las conductas exigidas por el derecho deben estar dentro de lo que puedan cumplir los destinatarios de las normas.
- Las normas en relación con una materia, una vez emitidas y puestas en funcionamiento, no deben modificarse con frecuencia, de modo que los destinatarios no tengan problemas para conformar su conducta a ellas y puedan planificar su conducta a largo plazo.
- Los cambios en el derecho deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados, por instituciones, autoridades o personas debidamente autorizadas para ello.
- Las distintas formas de derecho deben interpretarse o aplicarse de acuerdo con métodos interpretativos uniformes, respetuosos de la forma de expresión y del contenido del tipo de derecho en cuestión.
- Cualquier solución, sanción, anulación o cualquier tipo de consecuencia que sea resultado del incumplimiento de una forma de derecho, debe ser conocida o cognoscible antes de que pueda darse la acción o decisión que sea contenido de la norma.
- Que en los casos de disputas exista un sistema de tribunales y órganos administrativos independiente e imparcial con poderes para determinar la validez del derecho en cuestión, resolver las cuestiones acerca de los hechos de acuerdo con criterios procedimentales

- y sustanciales relevantes, y aplicar las normas válidas de acuerdo con los métodos de interpretación y de aplicación adecuados.
- Cuando un método de interpretación o de aplicación da lugar a un resultado incompatible con el derecho precedente, y el juez o tribunal se vea obligado a modificar o alejarse del derecho, debe tener un poder muy limitado y excepcional para modificar o apartarse de la ley o de cualquier otra forma de derecho, de modo que las razones para la acción o para la decisión por parte de los destinatarios de las normas conserve su carácter perentorio, tanto para los ciudadanos como para los jueces o tribunales.
 - Todo poder excepcional que se otorgue a los jueces o tribunales para apartarse del derecho precedente en el momento de la aplicación debe ser especificado de manera explícita y regulado por reglas, de modo que el ejercicio de dicho poder sea controlado por el derecho.
 - La víctima de cualquier delito, violación reglamentaria, daño, incumplimiento de contrato, privación injustificada de un bien público, acción administrativa ilegítima o cualquier otro perjuicio jurídicamente relevante, debe tener el derecho de iniciar un proceso penal en el caso de que sea procedente, o de buscar cualquier otro tipo de compensación adecuada frente a un tribunal independiente e imparcial con el poder de obligar al causante del daño o a la autoridad correspondiente a responder por ello.
 - Excepto en cuestiones de una mínima importancia, no puede imponerse una sanción como resultado de un delito, violación reglamentaria, daño, incumplimiento de contrato, privación injustificada de un bien público, acción administrativa ilegítima o cualquier otro perjuicio jurídicamente relevante sin que el perjudicado tenga conocimiento previo de ello y una oportunidad justa para impugnar, frente a un tribunal independiente e imparcial, las normas y los hechos sobre los que se fundamenta tal perjuicio.
 - Una parte, sea la presunta víctima o el presunto infractor, que no tiene éxito en la defensa de sus intereses en las instancias adecuadas debe tener, como medida de revisión, la oportunidad de, al menos, una instancia de apelación frente al tribunal.
 - El sistema y sus instituciones deben ser generalmente accesibles, esto es, que exista una profesión independiente, reconocida, orga-

nizada y facultada para prestar asesoría jurídica y para abogar causas frente a los tribunales u otras instituciones similares, y que al menos en los casos en los que una parte es acusada de un delito o ilícito significativo, en el caso de no contar con medios para su defensa, dicha parte será provista por el Estado de tal defensa.⁴⁰

El Estado de derecho —como dice Pisarello en su polémica con Eusebio Fernández—⁴¹ implica, por un lado, el sometimiento del propio Estado a su legalidad, y que es indispensable proteger la libertad de los ciudadanos de la injerencia ilegítima de los poderes públicos, sin importar que éstos cuenten con el apoyo coyuntural de la mayoría, sobre todo frente a fenómenos de corrupción o de terrorismo de Estado; pero, por otro, significa controles para los poderes privados, para el mercado, y garantías de derechos sociales de prestación para todos los ciudadanos que los protejan de las desigualdades de hecho que el propio mercado, librado a su propia lógica, produce. Además de lo que dice Pisarello, el Estado de derecho hoy en día es constitucional, lo que entraña su carácter democrático, promotor de la participación y deliberación ciudadana sobre todos los asuntos de relevancia pública, por ello está orientado hacia la protección de los derechos fundamentales, tanto de libertad como de naturaleza social, económica y cultural, así como incluyente con derechos fundamentales de nuevas generaciones, que se inscribe en un contexto de sociedades pluralistas, multiculturales y heterogéneas dentro de procesos de globalización. Igualmente, el Estado de derecho contemporáneo no concibe al derecho exclusivamente como conjunto de reglas, sino también de principios jurídicos expresos e implícitos que subordinan el derecho infraconstitucional al constitucional, pero que debido a la indeterminación y la fuerza expansiva de los principios, es imprescindible la argumentación de todo el ordenamiento. Bien podríamos decir que el derecho de nuestro tiempo es argumentación; el Estado de derecho no es ya el imperio de

⁴⁰ Summers, Robert, “Los principios del Estado de derecho”, *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, cit., nota anterior, pp. 37-59.

⁴¹ Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, *Revista Sistema*, núm. 134, mayo de 1988, pp. 97-106. Véase Fernández García, Eusebio, “Hacia un concepto restringido de Estado de derecho”, *Revista Sistema*, núm. 138, pp. 101-114.

la ley sino el imperio del derecho, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de los intérpretes y argumentadores.⁴²

IV. RECAPITULACIÓN

Intentamos presentar una visión general de conceptos fundamentales para nuestra materia: qué es la interpretación, en qué consiste la aplicación y qué es la argumentación. Ninguno de los tres conceptos es fácilmente asible.

Hemos advertido el impacto que las escuelas hermenéuticas y analíticas tienen en la interpretación. Las escuelas analíticas se centran en el lenguaje y consideran que la interpretación es un ejercicio puramente lingüístico. Las escuelas hermenéuticas destacan el carácter social del derecho, la precomprensión del intérprete como momento previo a la interpretación y la relación entre el texto, el caso y el ordenamiento. El concepto interpretación presenta dos ambigüedades: la primera relativa a cuál es el objeto de la interpretación; la segunda procura aclarar la confusión entre el proceso interpretativo y el producto. El objeto de la interpretación puede ser cualquier entidad susceptible de tener sentido, aunque también es posible decir que la interpretación tiene por objeto elementos lingüísticos, textos problemáticos, etcétera. La confusión entre actividad interpretativa y producto pone sobre la mesa el elemento discursivo-argumentativo de la actividad interpretativa. El resultado tiene una autonomía del procedimiento a menos que sostengamos que todo acto interpretativo es producto de una inferencia lógica necesaria a partir de premisas dadas.

La interpretación literal del texto es imposible, pues no existe una única “traducción” literal. Toda interpretación reconduce a teorías de la interpretación que remitan a concepciones ontológicas, epistemológicas y valorativas del derecho.

Respecto a la aplicación debe señalarse que no equivale a interpretación, a menos que supongamos que todo acto de interpretación es un ejercicio mecánico de inferencia lógica. La aplicación es el producto de la interpretación, pero es un resultado que exige de la motivación. La

⁴² Hierro, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 2001, pp. 17-44.

aplicación está unida a la argumentación porque el producto interpretativo necesita estar justificado.

La aplicación es tarea propia de autoridades, aunque no exclusivamente, pues los particulares aplican derecho cuando individualizan normas. Tiene relación con el deber de resolver los casos que se presentan ante las autoridades y con el deber de aplicar el derecho por parte de esas autoridades.

En cuanto a la argumentación, debe señalarse que consiste como actividad en la generación y producción de razones para justificar pretensiones. Sobre la argumentación podemos decir que existen tres concepciones: la formal, que define al argumento y a la argumentación como una inferencia lógico-formal; la material, propia de la tópica o retórica, se ocupa de la corrección material de los argumentos y, fundamentalmente, de la búsqueda de más y mejores razones. En la concepción material interesa el proceso de argumentación y el balance de razones. La concepción dialéctica de la argumentación, por su parte, entiende el proceso argumentativo como una serie de interacciones humanas, esto es, se trata de un proceso dialógico sometido a reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas.

La argumentación jurídica representa una superación de los métodos de interpretación tradicionales. Las teorías de la argumentación contemporánea son producto de un cambio en los paradigmas jurídicos que acontecieron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Se amplía con ellas la visión del derecho y se considera que la argumentación es un elemento central del concepto Estado de derecho.

Lo fundamental en todas estas teorías es el reconocimiento de que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico ni el derecho un sistema axiomático. El derecho no sólo se conforma por reglas sino por principios, directrices y argumentación. Esta nueva realidad obliga a los jueces y a las autoridades a comprometerse con el contexto normativo e histórico. La labor interpretativa es más exigente y requiere de un conocimiento profundo del ordenamiento y de los valores que lo orientan.