

INTRODUCCIÓN

En 1939, el jurista sueco, profesor de la Universidad Lund, Karl Olivecrona, publicó un conocido libro que en la traducción española se llamó *Derecho como hecho*.¹ Olivecrona, dentro del realismo jurídico, hacía hincapié en los elementos vivos, dinámicos y empíricos del derecho. Olivecrona quería destacar del derecho el elemento definitorio del mismo que otros juristas se han preocupado también en encontrar. Kelsen vio el derecho como norma y ordenamiento. Hart como haz de reglas primarias y secundarias. Dworkin, ahora como una práctica interpretativa, y antes como una combinación de reglas, principios y directrices. Podría seguir mencionando autores que han intentado distinguir, aprehender algún elemento clave o fundamental del derecho. Recientemente, Manuel Atienza ha señalado en algunos artículos que el derecho es sobre todo argumentación.²

Estoy convencido de que el derecho es un fenómeno muy complejo. Compuesto de elementos diversos y expresión de una cultura y de una práctica social. Sin embargo, la argumentación que de las distintas piezas del derecho en su relación con el contexto social, económico y político se hace, constituye una expresión clara de que el derecho de nuestros días es sobre todo argumentación. Ésta es la expresión discursiva de la tolerancia, del desarrollo de la cultura jurídica y de la civilidad de un pueblo.

La argumentación no es tarea sólo de los jueces y de las autoridades administrativas, es también tarea de los legisladores, de los dogmáticos, de las partes en los procesos y, en términos gruesos, de la multitud de intérpretes jurídicos que existen en cualquier comunidad humana.

¹ Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980.

² Atienza, Manuel, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 6, 1997.

El derecho de nuestro tiempo está muy alejado de aquella concepción estrictamente normativista, o peor, de la que definía el derecho en función del producto del legislador. El derecho en términos simples implica, por un lado, una estructura normativa en donde encontramos distintas clases de reglas, de principios y directrices, y, por otro, está constituido por procedimientos, muchos de los cuales son discursivos y argumentativos. Esta última parte dinámica es la que interesa a este libro, porque es manifestación de la cultura jurídica de un pueblo y porque permite calibrar el tipo de derecho que se tiene en una sociedad. No es que se devalúe la parte del derecho normativa, sino que se entiende que esa faceta normativa viene previamente definida por una cierta concepción del derecho —la del legislador— que al entrar en contacto con los casos adquiere significados que son el resultado de la labor argumentativa de las autoridades y de los ciudadanos.

La atribución o determinación de sentidos que se hace con las normas y con el contexto a partir de las precomprensiones del intérprete es lo que define el derecho. Hace algunos años y por el influjo del positivismo tradicional veíamos el derecho desde la óptica del legislador, ahora se ve, preponderantemente, desde las visiones del juez, y eso implica un cambio fundamental en la cultura jurídica. Aunque en el caso de nuestro país tendríamos que preguntarnos si esto es así. Si se sigue viendo el derecho desde el mirador del legislador o desde el mirador del juez. Es verdad que ambas ópticas son necesarias y que ninguna debería suplantar a la otra, lo cierto es que conviven y se encuentran en permanente tensión, no exclusivamente jurídica sino también política.

Pensar el derecho como argumentación es algo positivo para la discusión jurídica en nuestro país. Mis razones son las siguientes: primera, porque siempre ha ocurrido así; segunda, porque cada vez más, los aplicadores del derecho adquieren una preponderancia mayor en cuanto a su independencia respecto al Poder Ejecutivo; tercera, porque el derecho legislado ha sido históricamente incapaz de afrontar los múltiples problemas que la realidad plantea; cuarta, porque el derecho no es una colección de axiomas y ello obliga a argumentar sobre las normas y los casos; quinta, porque los llamados casos difíciles no pueden resolverse mediante el silogismo y la subsunción; sexta, porque el derecho es una manifestación cultural en donde las personas interactuamos con razones; séptima, porque las mismas reglas legislativas son razones para la acción; octava,

porque en condiciones democráticas, participativas y deliberativas, la solución de los casos de relevancia no es sólo cuestión de un argumento de autoridad; novena, porque el derecho es una realidad viva que adquiere sentidos con la interpretación, y décima, porque las posibles soluciones a los casos son diversas, no existe una, y la autoridad está obligada jurídica y democráticamente a justificar su opción.

Las razones anteriores y otras que se podrían esgrimir muestran que la argumentación es un elemento clave en la concepción del derecho. En el presente libro se intenta abordar el fenómeno del derecho y la argumentación proponiendo cinco temas que generan los cinco capítulos de este trabajo. El primero se ocupa de la interpretación, la aplicación y la argumentación desde el trasfondo de la hermenéutica. El segundo desarrolla una hipótesis casi evidente: que la argumentación es consecuencia y expresión del modelo de derecho del que se parte. El tercero bucea en torno a los materiales normativos y al impacto de los principios en la argumentación y en los nuevos paradigmas del derecho. El cuarto intenta exponer cómo se solucionan los conflictos entre principios jurídicos. El último analiza distintas teorías de la legitimidad democrática del juez constitucional.

La hermenéutica es un marco conveniente para analizar la interpretación, la aplicación y la misma argumentación porque rescata para el derecho su carácter de práctica social, porque señala la importancia de la precomprensión del intérprete en la definición de los sentidos y significados, porque evita que la interpretación se entienda como algo lineal, mecánico, sin referencia al contexto y al ordenamiento, y porque la interpretación, la aplicación y la argumentación entrañan una comprensión y una praxis. Los conceptos a interpretar, aplicar y argumentar no son unívocos, presentan dificultades, dado que su análisis y determinación de significado viene en buena medida condicionada por la teoría de la argumentación y del derecho de la que se eche mano.

En el capítulo segundo se exploran distintos modelos del derecho. Así, sobre el modelo actual que algunos llaman neoconstitucionalismo, pero también en cuanto a otros tradicionales que tienen su origen en el formalismo, el realismo y el iusnaturalismo. Se intenta explicar, además del modelo jurídico en cuestión, el impacto que ese modelo particular tuvo en la interpretación y aplicación del derecho. Se hace un recuento sucinto de la obra de Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy y Ferrajoli, para ir ad-

virtiendo el papel de la argumentación o de la interpretación en esas formulaciones teóricas.

La distinción entre reglas y principios es una de las diferenciaciones capitales de nuestro tiempo. Tiene un impacto directo en la concepción del derecho y en la interpretación. Explica además el nivel de desarrollo de la cultura jurídica. El no advertir esa distinción impacta no sólo en el derecho sino en la percepción que los ciudadanos tienen de los aplicadores del derecho. Los jueces mexicanos están obligados a interpretar todo el derecho y no sólo la ley. Las decisiones deben ser orientadas también por principios y no sólo por reglas. Sostengo que la reforma judicial en México no entraña exclusivamente un cambio en el modelo argumentativo judicial, pero que el modelo argumentativo basado en principios sí modificaría en nuestro país la concepción de derecho. Creo que no debemos aspirar a jueces ideales pero sí preguntarnos si los actuales cumplen las exigencias que la sociedad demanda, jueces que no sólo conozcan el derecho sino que asuman la conciencia moral del momento histórico. La argumentación, afortunadamente, no es patrimonio exclusivo de los aplicadores del derecho. Nos corresponde también a la sociedad. En otras palabras, es momento de construir en México una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y jurídicos, en donde una de las variables para medir el nivel de democracia sea la amplitud con la que se argumente y delibere el derecho.

Distintas vías o métodos existen para interpretar principios. Una de esas vías es la aplicación del principio de proporcionalidad que auxilia en la solución de conflictos entre principios, sobre todo entre principios constitucionales. En el capítulo cuarto se exponen diferentes métodos de solución de antinomias entre principios, pero nos decantamos por el principio de proporcionalidad, el que se describe en sus características fundamentales, haciendo la oposición con métodos que proponen una jerarquización entre principios *a priori* y definitiva.

En el último capítulo se abordan las distintas cuestiones referidas a la legitimidad democrática de los jueces. Se pretenden contestar preguntas muy difíciles como las siguientes: ¿por qué el Poder Judicial, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del Legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué, las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en

el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez?, ¿cómo se puede conciliar la legitimidad democrática con los derechos humanos? Sobre estos asuntos no existen, como en otros temas del derecho, respuestas unívocas. La pretensión es explicar un sinnúmero de teorías que han buscado dar alguna respuesta a estas cuestiones. Al final del capítulo esbozo una posición particular sobre tan espinoso y difícil tema.

Existe un apartado ulterior en donde se condensan las conclusiones de los cinco capítulos. La intención es presentar las principales ideas del libro de manera accesible al lector.

Este libro es producto de algunos años de clases impartidas en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de nuestra máxima casa de estudios. Durante esos años he dado cursos relacionados con la teoría del derecho y las teorías de la argumentación. Muchos de los puntos de vista aquí sostenidos son el resultado del diálogo mantenido con los alumnos. A ellos agradezco su asiduidad, sus preguntas y reflexiones. Todos esos elementos me han servido de acicate para escribir estas líneas.

Cuando comencé a escribir estos capítulos me pregunté muchas veces si debía escribir un manual de interpretación o de argumentación. Mi respuesta fue negativa. En principio, aunque los considero útiles para la exposición de clase, no soy partidario de los manuales. Prefiero la monografía o el ensayo, pues estos géneros implican algo más que la sistematización del conocimiento, propenden a presentar las ideas desde puntos de vista menos ortodoxos y, pienso, más ricos y sugerentes.

He pretendido exponer puntos de vista novedosos en torno a las teorías de la argumentación. Considero que es importante divulgar el debate en la cultura jurídica contemporánea y hacerlo desde la óptica del autor. De esta manera, no sólo se brinda la sistematización de un área de estudio, sino que se ofrecen comentarios propios en torno a cuestiones de importancia en la teoría y en la dogmática jurídica.

Los cinco temas que conforman el capitulado de libro no son, ciertamente, los únicos que la teoría de la argumentación debate. Creo que hay otros, sin lugar a dudas, que deben ser materia de otros trabajos. Entre ellos me refiero a la posibilidad de la interpretación *contra legem*, a los ilícitos atípicos producto de violaciones a principios jurídicos y al tema de las lagunas a nivel de principios, entre otros, importantísimos apartados de la argumentación.

También considero que a nivel filosófico debe plantearse el tema de la argumentación desde la visión de las distintas corrientes hermenéuticas y de la filosofía analítica. Sería interesante estudiar, por ejemplo, argumentos jurídicos especiales con distintos enfoques hermenéuticos y/o analíticos.

Un asunto que igualmente resultaría interesante sería el analizar las relaciones entre las técnicas de la argumentación en el derecho con las formas y maneras de argumentación existentes en la historia, la filosofía y la teología, por poner sólo algunos ejemplos. Creo, verbigracia, que los métodos de argumentación histórica serían muy útiles para elaborar acercamientos en materia de argumentación jurídica sobre pruebas o hechos.

Como puede apreciarse, la tarea respecto a la argumentación es inmensa. Cuando Viehweg inició hace cincuenta años estos estudios seguramente nunca imaginó la multitud de puertas que se abrirían para la reflexión. La argumentación es hoy la pieza clave del derecho y creo que lo será por mucho tiempo. El derecho ha dejado de estar sólo en los códigos y en las leyes, y ha pasado a ocupar su lugar en las decisiones de autoridades y jueces, y sobre todo en el debate cotidiano de la multitud de intérpretes jurídicos que componen una comunidad.

Termino estas líneas introductorias para agradecer a mi familia, que siempre me brinda su apoyo afectuoso. A mis dos hijos, Mariluz y Santiago, que son el aliciente para mis esfuerzos, y a mi esposa María de la Luz, que en todo momento, en las duras y en las maduras, está a mi lado.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas, casa abierta y plural de las interpretaciones, también mi agradecimiento, en especial a su director, Diego Valadés, siempre presto a apoyar las investigaciones de los miembros de la comunidad universitaria.