

CAPÍTULO PRIMERO

EN TORNO A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. EXORDIO

En la actualidad, las investigaciones sobre argumentación jurídica son abundantes. Basta con revisar el catálogo de cualquier biblioteca nacional o internacional para confirmar el entusiasmo que existe por escribir en torno a la misma. Los jueces constitucionales siguen la misma tendencia, pues plasman en sus sentencias teorías de la argumentación jurídica surgidas en otros lugares, lo cual no es erróneo *per se*, pero sugiere una revisión detenida para lograr su plena efectividad, de lo contrario, se corre el riesgo de diseccionar la realidad en dos partes, a saber: una formal y otra material.

La primera es la realidad de papel, lo que dice la sentencia en abstracto; por ejemplo, respecto al alcance de un derecho humano o lo que debe entenderse por dignidad humana, realidad que se aparta de la cotidianidad y experiencia de la vida de las personas en nuestro contexto; la segunda implicaría la materialización de una decisión judicial compatible o enfocada con en el entorno nacional; así, el contenido de un derecho humano o lo que significa una vida digna será con base en nuestras aspiraciones y necesidades. De esta forma, no se trata de privilegiar un nacionalismo o un regionalismo, sino, por el contrario, armonizar ambos mundos; ello, si se quiere ser realista del ambiente global actual.

Ahora bien, para obtener una radiografía completa del proceso de toma de decisiones judiciales que involucran derechos humanos (desde sus aspectos formal y material) se requiere, en primer lugar, establecer las bases teóricas esenciales de la argumentación jurídica; esto es, se debe partir de la ubicación de ideas y postulados generales sobre el tema, para después adentrarnos en elementos concretos del razonamiento jurídico, en particular, en torno a su evaluación efectiva.

Bajo este sendero, en el presente capítulo se expondrán los postulados fundamentales de la argumentación jurídica desde un enfoque amigable y fresco, lo que no conlleva sacrificar el rigor académico de la presente in-

vestigación. Entre los temas que se desarrollarán figuran los siguientes: las claves para la comprensión de la argumentación; sus relaciones con el constitucionalismo contemporáneo; las finalidades concretas que la misma desempeña; los ámbitos de desarrollo y aplicación del razonamiento jurídico, y los criterios para fiscalizar la argumentación jurídica; todo ello ayudará a nuestros lectores a ubicar el alcance, contexto, sentido e importancia de los procesos argumentativos en el ámbito del constitucionalismo de los derechos humanos.

II. CLAVES PARA LA COMPRENSIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación jurídica se ha erigido actualmente como una pieza esencial en la explicación del fenómeno jurídico, ya que todo acto (con efectos generales o particulares) de los poderes públicos o de los particulares (actuando como entes públicos)¹ exige una amplia justificación frente a la sociedad que resulta o puede resultar afectada con dicha acción pública o privada. Aún más, la misma debe ser coherente con el actual parámetro de regularidad constitucional. Pero ¿es correcto asumir que el derecho es argumentación como lo sugieren ciertos autores?²

Las tendencias contemporáneas nos invitan a contestar en sentido afirmativo y asumir que actualmente lo más relevante en el fenómeno jurídico es la argumentación jurídica, ya que con ella se puede determinar el contenido de los derechos humanos,³ así como restringir constitucionalmente un derecho humano. Volveremos sobre este punto más adelante.

¹ Sobre el juicio de amparo contra particulares ya se ha escrito en nuestro país; por ejemplo, véase Mijangos y González, Javier, “El juicio de amparo contra particulares”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2017, pp. 271-287.

² Por ejemplo, Manuel Atienza habla de cuatro enfoques del derecho, a saber: estructural, sociológico, valorativo y dinámico. Este cuarto enfoque consiste en ver al derecho como una técnica para la solución de problemas prácticos; se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del derecho, que informa a los otros tres enfoques y, además, conduce a considerar el derecho como argumentación. Cf. Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2003, pp. 251 y 252.

³ Sobre este tema, se ha señalado que la determinación del contenido de un derecho humano puede realizarse por el propio legislador y, sobre todo, por la labor jurisprudencial, la que no añade algo nuevo a la norma constitucional que contiene el derecho, sino más bien precisa su significado, véase Coello Cetina, Rafael, “La trascendente distinción entre la delimitación y la restricción de los derechos humanos para el control constitucional

Ahora, otra interrogante que se nos presenta es ¿qué es la argumentación jurídica aquí y ahora? No en el pasado ni en sus orígenes, sino en la actualidad, una vez resuelta la pregunta, estaremos en posibilidad de identificar su alcance y naturaleza práctica.

No somos partidarios de presentar un concepto específico de la misma; ello sería un ejercicio arrogante y tal vez innecesario; así, se observa que cada autor ha presentado su idea sobre la argumentación jurídica; de esta forma, preferimos esbozar algunas claves para entender la misma en el seno nacional, lo que contribuirá en mayor medida a que los juristas puedan concretarla en su quehacer jurídico cotidiano.⁴

Para comenzar, la argumentación jurídica, como todo acto humano de comunicación racional, requiere de una herramienta para su difusión; para ello, la misma utiliza el instrumento lingüístico del discurso que se dirige a los otros o contra los otros (un auditorio), el cual se asume como el punto de partida de la acción argumentativa, pues sin él no podemos comenzar ni desarrollar ningún modelo de argumentación jurídica.

Otra clave de la argumentación tiene que ver con la identificación de que tal discurso no es ordinario, sino que se trata más bien de un discurso argumentativo y jurídico, ya que, por un lado, es argumentativo porque no sólo expone pretensiones o posiciones, sino que da razones para la toma de postura; es decir, sustenta lo que se expone con argumentos esgrimidos a través del discurso; de lo contrario, estaríamos en presencia de una simple opinión; de ahí su carácter argumentativo y práctico; por el otro, es un discurso jurídico, porque es expresado por personas que pueden influir en los derechos humanos; esto es, por grupos cualificados con competencia para afectar la esfera jurídica de las personas e intervenir en sus derechos humanos; por ejemplo, los jueces constitucionales.

En este sentido, es entendible que, al tratarse de un discurso argumentativo, el mismo no es de naturaleza individual, sino de alcance colectivo, ya que se materializa frente a alguien en concreto (un auditorio), quien a su vez puede expresar otro discurso argumentativo (su discurso); así, se trata de una pluralidad de discursos, los cuales podemos identificar con otra clave

(interpretación integral y juicio de proporcionalidad)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2017, p. 44.

⁴ Pese a ello, nos parece interesante, por concreta, la idea que sobre la argumentación jurídica tiene Jaime Cárdenas, para quien la misma consiste en la generación y producción de razones para sustentar pretensiones. Cf. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 36.

para la compresión de la argumentación, a saber: el diálogo jurídico, el que se utiliza en todo proceso práctico argumentativo, a fin de que las partes que intervienen en el diálogo puedan manifestar alternativamente cada una de sus pretensiones o posturas, las que deben estar debidamente respaldadas con razones, como se ha indicado.

Todo ello nos lleva a otra clave de la argumentación jurídica; en concreto, a que la misma deba desarrollarse a través de la emisión de razones, principalmente jurídicas, aunque también es posible esbozar razones de otra naturaleza, si el asunto lo amerita, como podrían ser sociales, políticas, científicas, económicas, culturales o de cualquier otro ámbito, siempre y cuando sean indispensables para mejorar y fortalecer el esquema argumentativo de la decisión emitida, y, además, dichas razones deben someterse a un examen de objetividad, mediante el recurso del diálogo abierto. Sin ir más lejos, en casos que involucren temas complejos, como el derecho a una muerte digna, podrían esbozarse razones de corte moral, científico y de derecho comparado, o en asuntos que involucren la afectación del derecho humano al sufragio activo, derivado de la anulación de una elección, sería deseable (necesario) exponer razones de corte social y cultural. Con todo, la regla es utilizar razones jurídicas, pues estamos en presencia de un discurso argumentativo jurídico, y no de un discurso argumentativo moral, económico o político.

Para seguir avanzando, se destaca otra clave fundamental de la argumentación jurídica referente a la obligación que pesa sobre los participantes en el diálogo de lograr el convencimiento y adhesión del auditorio a quienes dirigen sus argumentos, pues no sólo basta con identificar y presentar un cuerpo de razones para sustentar una postura, sino que también se requiere que las mismas consigan la adhesión total del auditorio. Aquí la relevancia del razonamiento jurídico. Ello opera con un criterio de diferenciación entre la argumentación y la imposición jurídica; todavía más, en el proceso de convencimiento se deben eliminar los elementos persuasivos para lograr la adhesión, ya que los mismos se sustentan, principalmente, en cuestiones emotivas;⁵ afirmar lo contrario y optar por su utilización equivaldría a decir

⁵ En este sentido, si bien la persuasión es el acto de convencer a otra persona (que adopta la forma de un llamado al intelecto), su eficacia depende de recurrir a prejuicios, emociones y sugerencias. Véase Warren, Howard C. (ed.), *Diccionario de psicología*, 7a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968, p. 265. Entre los autores que se han ocupado por distinguir entre persuadir y convencer, se tienen a Perelman y L. Olbrechts-Tyteca. Según estos autores, los que se preocupan del resultado consideran la convicción como un primer estadio que lleva a la persuasión; por su parte, los que se interesan por el carácter racional de la adhesión consideran que convencer es previo a persuadir. Todavía más, tales autores proponen una diferenciación entre argumentación persuasiva y argumentación convincente. La primera pretende valer sólo

que un juez puede argumentar su determinación mediante la apelación a sentimientos, como son su estado de ánimo o sus prejuicios culturales; ello no quiere decir que un juez debe actuar como un robot, pues ante todo es un sujeto cultural; sin embargo, rememorando a Kahn,⁶ debe suspender sus creencias (prejuicios) al momento de decidir un caso, a fin de hacerlo de forma objetiva y como resultado de un esquema de razonabilidad.

En otro sentido, se identifica también como elemento de comprensión de la argumentación jurídica la circunstancia de que ésta se desenvuelve particularmente en los casos considerados como paradigmáticos; es decir, los asuntos que involucran una colisión de derechos humanos, que son paradigmáticos porque el juez constitucional puede afectar o restringir temporalmente alguno de los derechos en tensión. De esta manera, la mayoría de las teorías de la argumentación jurídica se dirigen a resolver este tipo de colisiones entre dos o más derechos humanos. Con mucho, se resalta la posibilidad de que entre en tensión un derecho humano con un principio constitucional, como el referente a la equidad en las contiendas electorales o el que establece la intervención estatal en los programas educativos básicos, tensiones que también demandan un análisis, a fin de tener una radiografía completa de los casos paradigmáticos.

Finalmente, otra clave para la comprensión de la argumentación jurídica tiene que ver con la posibilidad de que la misma se manifiesta en la discrecionalidad judicial, pues el ejercicio de ésta no elimina la necesidad de aquélla; esto es, de que se justifiquen en todo momento las decisiones de cara a las partes y a la misma sociedad.

Con base en todo lo señalado, sin necesidad de presentar un concepto específico de la argumentación jurídica, se comprende el contenido y alcance esencial de ella; con todo, el lector puede identificar una idea particular en torno al proceso de toma de decisiones jurídicas en el ámbito nacional. Para nosotros, la argumentación jurídica, aquí y ahora, representa una pieza fundamental del fenómeno jurídico, aunque no la única, ya que con ella se fija el contenido de protección de lo que podemos considerar como una forma de vida digna en nuestro país; de esta manera, se necesita seguir con el perfeccionamiento de dicha metodología jurídica, para que sus efectos

para un auditorio concreto; la segunda busca obtener la adhesión de todo ser racional. Cf: Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Traité de l'argumentation*, 1958, t. I, pp. 34-39, cit. por Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1998, t. I, p. 2770).

⁶ Dicho autor esboza la idea de un acto imaginativo de separación entre el sujeto y sus creencias; así, se cuestiona si es posible para nosotros suspender la creencia, por ejemplo, en el Estado de derecho. Véase Kahn, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, trad. de Daniel Bonilla, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 11 y 12.

sean visibles en la vida cotidiana de las personas, las cuales pueden ser afectadas en sus derechos humanos de forma ilegítima; esto es, inconstitucional.

III. LAS CONEXIONES ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Las relaciones entre el constitucionalismo contemporáneo y la argumentación jurídica se manifiestan de diversas maneras, por lo que en nuestra época se asume que para poder analizar y evaluar el constitucionalismo con rigor académico se tiene que recurrir necesariamente al proceso de justificación jurídica, y viceversa.

Dicha unión entre ambas figuras encuentra su respaldo en las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, derivado de que el constitucionalismo actual asume que los Estados democráticos de derecho reconocen derechos en sus normas jurídicas fundamentales, las cuales revisten una protección especial a través de diversos mecanismos, como el juicio de amparo, el recurso de amparo, el recurso de inconstitucionalidad o el *hábeas corpus*, entre otros más. De esta forma, la argumentación jurídica encuentra su labor o realce bajo tales esquemas de reconocimiento de derechos humanos, ya que mediante su ejercicio se pueden materializar cuatro circunstancias prácticas; en primer lugar, fijar el contenido de los derechos humanos y los ámbitos de acción que protegen los mismos (sus prerrogativas); en segundo lugar, expandir la protección de los derechos humanos en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto,⁷ a fin de practicar el principio de progresividad que informa a los derechos humanos; en tercer lugar, invalidar las restricciones inconstitucionales a los derechos humanos generadas por leyes o cualquier otro acto de autoridad; en cuarto lugar, en el caso de colisiones entre derechos humanos, restringir temporalmente y de forma constitucional el ejercicio de un derecho humano.⁸

⁷ Primera Sala, “Principio de progresividad de los derechos humanos. Su concepto y exigencias positivas y negativas”, tesis aislada 1a. CCXCI/2016 en materia constitucional, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 37, t. I, diciembre de 2016, p. 378.

⁸ En el ámbito teórico, se han realizado formulaciones para distinguir las expresiones, delimitaciones y restricciones de los derechos humanos. Las delimitaciones a los derechos se

- En segundo lugar, porque el constitucionalismo contemporáneo no sólo se comprende en la esfera nacional, sino también en el contexto internacional, derivado de la remisión de las propias Constituciones al derecho internacional de los derechos humanos; esto es, como consecuencia de la existencia de cláusulas abiertas a los tratados internacionales que asumen las normas fundamentales actuales, por lo que el papel garante de todos los derechos reconocidos en los órdenes nacional e internacional queda en el ámbito de acción de los jueces sin importar su origen, los que requieren de modelos argumentativos de corte multinivel para respaldar sus decisiones sobre derechos humanos.
- En tercer lugar, porque bajo los postulados del constitucionalismo contemporáneo se posibilita el que sean los propios jueces los que desarrollen su papel en el seno de la protección multinivel de los derechos humanos; así, ellos mismos pueden emitir criterios y generar doctrinas específicas en la materia; por ejemplo, la doctrina del control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), o la figura del parámetro de regularidad constitucional esbozada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- En cuarto lugar, porque el constitucionalismo de nuestros días le otorga a los jueces constitucionales un papel central para la eficacia plena de los derechos humanos en el Estado democrático de dere-

prevén expresamente en la norma constitucional; por ejemplo, las señaladas en el artículo 60. constitucional para la libertad de expresión; se trata así de situaciones ordinarias que pueden contenerse en la propia Constitución o, incluso, en leyes federales o locales, las que deben ser constitucionales. En este sentido, se sostiene que las normas generales emitidas por el legislador delimitan los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, al indicar qué conductas pueden considerarse como parte de los derechos humanos, así como qué requisitos deben cubrirse para su ejercicio o su conservación, todo lo que debe ser coherente con la Constitución. Por su parte, las restricciones a los derechos humanos se relacionan con la posibilidad de impedir el ejercicio de los derechos humanos en situaciones de excepción, como en casos de invasión o ataque a la paz pública, las que se regulan en el artículo 29 constitucional; asimismo, las restricciones pueden darse por un acto inconstitucional de las autoridades, como cuando éstas prohíben conductas protegidas en el contenido de un derecho, o cuando los requisitos a los que sujetan el ejercicio o la conservación de un derecho humano no encuentran sustento constitucional. Cf. Coello Cetina, Rafael, *op. cit.*, pp. 45, 46, 47 y 51. Nosotros incluiríamos como restricciones a los derechos humanos las decretadas por los jueces constitucionales; por ejemplo, cuando resuelven una colisión entre derechos humanos, otorgándole mayor peso a alguno de ellos para el caso específico y de forma temporal. Aquí nos encontraríamos frente a una restricción válida y constitucional, siempre y cuando la sentencia que la contenga se encuentre bien respaldada por un adecuado esquema argumentativo.

cho, contrarrestando la labor de otros poderes; pongamos por caso, por ejemplo, los actos emitidos por el Poder Legislativo, los cuales quedan sujetos al examen de constitucionalidad efectuado por los jueces constitucionales; en el mismo sentido, los actos del Poder Ejecutivo quedan condicionados al test de constitucionalidad judicial.

- En quinto lugar, derivado de que el constitucionalismo actual propicia un punto de inflexión respecto al proceso de toma de decisiones judiciales, como consecuencia del reconocimiento en las Constituciones de diversos principios que caracterizan a los derechos humanos; por ejemplo, el principio de progresividad, que se relaciona con la prohibición de regresión de dichos derechos. En este sentido, tal principio de progresividad se logra a través de la argumentación jurídica de corte maximalista o expansionista; aquí otro punto fundamental de encuentro entre el constitucionalismo y el razonamiento jurídico.

De conformidad con el escenario descrito, se comprende el auge que ha tenido actualmente tanto el constitucionalismo de los derechos como las teorías de la argumentación jurídica, principalmente en los países de Europa continental y de América Latina, los cuales quedaron decepcionados de la idea de un Estado de derecho erigido sólo bajo el principio de legalidad, sin considerar otras piezas fundamentales para la comunidad social, a saber: los derechos humanos.

IV. FINALIDADES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación jurídica comporta diversas finalidades, algunos autores hablan de hasta siete fines.⁹ Nosotros seremos más puntuales y sólo precisaremos tres, que identificamos como esenciales para el entendimiento pleno del razonamiento jurídico.

En este sentido, se precisa que seguiremos el modelo tripartito sugerido por Manuel Atienza para su teoría de la argumentación jurídica, en la que se identifican tres finalidades; en primer lugar, una de carácter teórica o

⁹ Por ejemplo, Ernesto Galindo identifica siete fines de la argumentación jurídica, entre los que se destaca el que señala la definición de la posición de un hablante respecto a un posible problema, véase Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 5a. ed., México, Porrúa, 2013, p. 4.

cognoscitiva; en segundo lugar, una de naturaleza práctica o técnica, y, por último, una de corte política o moral.¹⁰

Se utilizará dicho modelo, ya que el mismo opera como un derrotero para la crítica directa de las teorías de la argumentación ampliamente difundidas; en concreto, por la función moral que encierran las mismas, como veremos en adelante.

1. *Finalidad teórica*

El fin teórico de la argumentación jurídica tiene que ver con la generación de un modelo cognoscitivo que describa de manera detallada la forma en que se toman las decisiones en el derecho.

Todavía más: este fin nos lleva a analizar en qué medida el modelo cognoscitivo de la toma de decisiones jurídicas contribuye con el desarrollo de otras materias del derecho; por ejemplo, del constitucionalismo o de la filosofía del derecho. En concreto, la finalidad teórica tiene que ver con la forma en que la teoría de la argumentación jurídica nos auxilia a comprender con detalle el fenómeno jurídico.¹¹

La finalidad teórica se conecta con lo que algunos autores han llamado la “utilidad desde el aspecto descriptivo” de la teórica de la argumentación jurídica, la que como análisis conceptual de las formas argumentativas de los operadores jurídicos puede contribuir a mejorar el conocimiento profundo de la actividad por parte de los juristas, lo que por sí mismo es benéfico para el derecho.¹²

De esta manera, el estudio de la teoría de la argumentación jurídica tiene sentido en la medida en que puede coadyuvar a que el jurista sea consciente y tenga mayor conocimiento de su quehacer, lo que resulta útil de dos maneras: primera, porque impulsa a armar un sistema de legitimidad de la función judicial; segunda, porque colabora a revisar y no admitir fácilmente las razones esbozadas en la toma de decisiones.¹³

Con mucho, esta finalidad puede ser atacada, señalando que ella no hace más que presentar un esquema de erudición en torno a la argumentación jurídica totalmente ajeno a la realidad; sin embargo, se considera que

¹⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 216.

¹¹ *Ibidem*, p. 216.

¹² Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra Editores, 2005, p. 61.

¹³ *Ibidem*, pp. 63 y 64.

la finalidad teórica sí es valiosa, ya que contribuye, como se ha señalado, a que los operadores jurídicos conozcan con rigor científico su quehacer diario y no sólo sean profesionales técnicos del derecho. Se necesita mayor preparación científica para enriquecer sus actividades en el contexto de la toma de decisiones. Con todo, la finalidad técnica nos mostrará una mejor defensa al ataque sobre la posible impracticabilidad y lejanía de las teorías de la argumentación jurídica.

2. *Finalidad práctica*

La finalidad práctica de la argumentación jurídica implica que la misma debe ser capaz de presentar una orientación útil en las actividades de producir, interpretar y aplicar el derecho. Para ello, el desafío de la argumentación jurídica es ofrecer un método que permita exponer el proceso de toma de decisiones y, además, presentar diversos criterios para evaluar su corrección.¹⁴

Por otro lado, la función práctica tiene dos componentes importantes, a saber: uno referente a la construcción de sistemas jurídicos de expertos en relación con los esquemas argumentativos; otro relacionado con la enseñanza del derecho en las universidades, la que señala que el proceso de difusión del conocimiento del fenómeno jurídico debe enfocarse a enseñar a razonar o a tomar decisiones en el ámbito del derecho, y no sólo limitarse a que los estudiantes identifiquen y conozcan el contenido de las normas jurídicas; esto es, del derecho positivo.¹⁵ Se debe optar por un proceso de aprendizaje similar al efectuado en las universidades americanas de derecho, mediante el método de estudio de casos jurídicos ampliamente difundido en Estados Unidos de América.

Ahora bien, cabe indicar que la presentación de un método para la argumentación jurídica, como sugiere la función práctica, tendría, en cierto sentido, un carácter prescriptivo, ya que además de exponer el esquema para la argumentación se buscaría que el mismo fuera adoptado por los operadores jurídicos en su quehacer cotidiano. Aquí su naturaleza es práctica, de lo contrario, seguiríamos en la función descriptiva de la teoría de la argumentación jurídica.

Dicha idea, se representa muy bien con lo que ciertos autores identifican como la “utilidad del aspecto prescriptivo de la teoría de la argumenta-

¹⁴ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 217.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 217 y 218.

ción jurídica”, la que conlleva que el razonamiento jurídico no se limita a exponer y sistematizar cómo toman las decisiones los jueces, sino que más bien nos indica cómo deberían decidir los operadores jurídicos en casos considerados complejos.¹⁶

En concreto, se puede decir que la teoría de la argumentación jurídica prescribe a los operadores jurídicos que adopten, en su esquema de razo-
nabilidad, criterios de diversa naturaleza como son las consideraciones de
consistencia y coherencia, los argumentos consecuencialistas, los preceden-
tes judiciales existentes, entre muchos otros más¹⁷ (útiles todos para lograr
una decisión correcta).

Para profundizar sobre el tema, se señala que los fines prácticos de la argumentación jurídica presentan dos problemas importantes; por un lado, el carácter universal e integrador de cualquier método para la toma de de-
cisiones; por el otro, la imposibilidad de obligar a los operadores jurídicos a seguir y aplicar un método particular de la argumentación jurídica.

El primer problema se explica porque la teoría de la argumentación jurídica, en su versión prescriptiva, presenta un grado de abstracción muy elevado, que en ningún sentido puede eliminar el momento tan complejo que vive cualquier juzgador al emitir una decisión final en un caso real.¹⁸

El segundo problema se relaciona con la crítica sobre la imposible ma-
terialización del sentido prescriptivo de la argumentación jurídica, ya que
sería difícil obligar a los operadores jurídicos a aplicar cierta teoría de la ar-
gumentación jurídica a pesar de considerarla adecuada desde la academia.

Como respuesta al primer inconveniente, se señala que en ningún mo-
mento el modelo de argumentación debe ser asumido como una receta uni-
versal de cómo tomar decisiones judiciales de forma correcta y en cualquier
escenario. Si ello fuera así, el proceso argumentativo se anularía, pues bas-
taría con identificar la receta y aplicarla al pie de la letra para obtener el
resultado deseado.¹⁹

Se trata, más bien, de identificar y presentar ciertos parámetros o guías útiles para mejorar la toma de decisiones por parte de los operadores jurí-
dicos. Así, queda abierta siempre la puerta a la argumentación jurídica del
caso concreto, con base en las particularidades del mismo. De esta manera,

¹⁶ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *op. cit.*, p. 64.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibidem*, p. 65.

¹⁹ Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 72.

es posible asumir, sin contradicción, por ejemplo, que un juez constitucional que utiliza el mismo modelo de argumentación para resolver una colisión entre el derecho de acceso a la información y el derecho de protección de datos personales, en un primer caso, otorgue mayor peso al derecho de acceso a la información y, en un segundo asunto privilegie el derecho de protección de datos personales porque las circunstancias especiales del caso así lo demanden, constitucionalmente hablando.

Como respuesta al segundo problema, se señala que sí es posible obligar, bajo ciertas circunstancias, a los jueces a aplicar determinado método para la toma de decisiones; sin ir más lejos, se cita el supuesto de que el máximo tribunal de un país o alguna corte internacional adopte a través de un criterio jurisprudencial alguna teoría de la argumentación jurídica, que en consecuencia debe ser aplicada por los jueces de rango inferior en la determinación de sus decisiones.

Con todo, en el supuesto de que no se favorezca por jurisprudencia algún método para la argumentación, se tiene otra respuesta al problema; esto es, se podría asumir una función prescriptiva débil de la teoría de la argumentación jurídica;²⁰ en este sentido, ante la inaplicación de determinado esquema de razonamiento jurídico, se buscaría, desde el ámbito de la docencia e investigación, difundir las ventajas del respectivo método de argumentación entre los actuales o futuros operadores jurídicos, a fin de conseguir su adopción en el corto tiempo. He aquí la manifestación del carácter débil de la función prescriptiva que se comenta.

En suma, se manifiesta que la función práctica de la argumentación es relevante para la comunidad jurídica, ya que los métodos y esquemas de razonamiento que se establezcan pueden ser aplicados efectivamente en la toma de decisiones, con lo que se contribuiría a mejorar la labor judicial nacional; ello, con la finalidad de repercutir positivamente en la concepción que la sociedad tiene en torno a la labor jurídica.

3. *Finalidad política o moral*

La finalidad moral de todas las teorías de la argumentación jurídica representa un buen elemento de crítica a ellas, que debe plantearse para no ser absorbido, al menos, tan fácilmente por las estructuras argumentativas

²⁰ La idea de un criterio prescriptivo débil de la teoría de la argumentación jurídica se aborda en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit., pp. 72 y 73.

que se han difundido y adoptado en América Latina, de forma irreflexiva y, a veces, bajo parámetros de exclusión y olvido de la realidad regional-nacional. Veamos pues este último fin de la argumentación jurídica.

La función moral de la teoría del razonamiento jurídico tiene que ver con la ideología (jurídica o no) que necesariamente está presente en la base de cualquier idea de la argumentación jurídica. Por ejemplo, piénsese en la preconcepción que está detrás de la teoría de la argumentación de Robert Alexy o de Neil MacCormick, o de cualquier otro autor. No es complicado asumir que la valoración que tienen dichos autores está sustentada en la idea del derecho positivo de los Estados democráticos.²¹

Pero ¿es posible asumir que actualmente existe alguna teoría de la argumentación jurídica verdaderamente neutral? (en el sentido ideológico), y, aún más, ¿es deseable que así lo sea?, o, mejor, ¿puede no serlo en alguna forma? Este tipo de cuestionamientos surgen a raíz de los diversos ataques que se han venido señalando en torno a la irracionalidad y deshumanización de las teorías de la argumentación jurídica, que, según nuestra perspectiva, han sido comprendidas por los detractores como una ideología jurídica (europea).

En el ámbito internacional uno de los críticos férreos a las teorías de la argumentación jurídica (principalmente a las de MacCormick y Alexy) es Enrique Haba, para el cual dichas teorías son una ideología profesional de los operadores jurídicos, que realizan un simple embellecimiento teórico con cómodos silencios, a fin de legitimar su *modus operandi* tradicional. Todavía más, para Haba, dichas teorías son deficitarias no tanto por todas las cosas que esbozan, sino más bien por todo lo que esconden, a saber, el ser teorizaciones pseudodescriptivas con relación a los razonamientos jurídicos que encierran el pensamiento jurídico en un cielo discursivo, dejando fuera del mismo lo pragmático, lo humano y las realidades psicosociales.²²

²¹ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados señalados en Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 218.

²² Haba, Enrique P., “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010, pp. 321, 325 y 327, disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32606/1/Doxa_33_17.pdf, fecha de consulta: 20 de julio de 2017.

De esta forma, se ha señalado que en la presentación de su método de ponderación de principios, Alexy se vale de varios artificios formulistas que dejan escondido (bajo sus esquemas lógicos, supuestamente objetivos) el carácter ideológico que tienen las derivaciones conceptuales efectuadas mediante su método de razonamiento. Cfr. García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en García Amado, Juan Antonio, *El derecho y*

En el contexto nacional, uno de los críticos más recientes a las teorías de la argumentación jurídica o, mejor, el único que lo ha manifestado abiertamente es José Ramón Narváez, para quien lo que rimbombantemente se denomina teoría de la argumentación jurídica poco o nada tiene que ver con el ser humano; así, se pregunta ¿cómo el derecho se convirtió sólo en argumentos?, y ¿cómo es que tales argumentos dejaron de tratar lo humano? Para dicho autor, el gran tema de la argumentación jurídica está fuera de la propia argumentación jurídica, ya que la misma se ha transformado en algo sumamente técnico y formal, dejando fuera los problemas más elementales de tipo antropológico.²³

Ahora bien, realizando una parodia realista de las críticas que señalan que la argumentación jurídica es una ideología, cabría contestar de forma preliminar que posiblemente sí lo es, pues basta con observar cómo la misma se asemeja a una religión. Veamos en qué sentido. Una religión cuenta con un dios que la representa, como la teoría de la argumentación jurídica cuenta con un precursor (autor) que la sustenta; por otro lado, una religión tiene diversos principios que son difundidos a todos sus fieles, como la teoría de la argumentación se compone de diversos postulados, que también son difundidos por sus seguidores; por otra, la religión cuenta con un ente divino que juzgará la actuación de los seres humanos en otro mundo, como la teoría de la argumentación cuenta con jueces que calificarán la actuación de las personas en el mundo terrenal; finalmente, una religión tiene un libro sagrado (Corán o Biblia) que reconoce los principios que deben guiar a los seres terrenales, como las teorías de la argumentación tienen un documento fundamental (*i. e.*: Constitución), que reconoce los derechos humanos de todas las personas.

sus circunstancias. *Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, 2010, pp.207-245 (original no consultado *cit.* por Haba, Enrique P., *op. cit.*, p. 324).

²³ Narváez Hernández, José Ramón, *Argumentar de otro modo los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 53 y 54. En concreto, Narváez se pregunta ¿cómo podemos hablar de argumentación jurídica en un escenario en el que el abuso del poder es una constante, incluso entre los que imparten justicia?, y irónicamente señala que si la argumentación jurídica es una panacea y todos sabemos argumentar ¿por qué estamos tan mal? Cf. Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, p. 19. Sin entrar a detalle en su pensamiento, se asume que efectivamente se debe humanizar el proceso de toma de decisiones (podemos optar ahora, por ejemplo, por una justicia abierta a la sociedad), ya que el mismo se dirige a las personas a las cuales una sentencia puede restringirle sus derechos humanos. Con todo, pensamos que la respuesta a los actuales problemas sobre la argumentación jurídica con derechos humanos no es la descalificación general del estado en que se encuentra a nivel nacional, sino más bien el diálogo constructivo y abierto con lo existente, en aras de mejorarlo o abandonarlo, si ello resulta ser lo más adecuado para la dignidad humana que, de hecho, dirige todo proceso argumentativo.

Con dicha parodia se busca mostrar que efectivamente las teorías de la argumentación jurídica pueden asumirse como una ideología; por ejemplo, del Estado constitucional de derecho, que se desenvuelve bajo ideas preconcebidas de lo que es adecuado cultivar, apoyar y difundir, en aras de materializar una vida digna en el propio Estado constitucional de nuestra época. En este caso, los prejuicios de los que se partiría serían la democracia, los derechos humanos, la Constitución, los jueces constitucionales y, desde luego, la dignidad humana.

En este sentido, retomando las interrogantes formuladas al inicio de este apartado, cabría presentar sus respuestas ante la pregunta de si es posible asumir que actualmente existe alguna teoría de la argumentación jurídica verdaderamente neutral; la respuesta sería que no, pues partimos de algo, de nuestro entorno cultural y social, de alguna ideología, de ideas preconcebidas por ejemplo, de los derechos humanos, que son ideales constitucionales, pero a fin de cuentas ideales.

Ante la pregunta sobre si es deseable que las teorías de la argumentación sean neutrales, la respuesta es parcialmente negativa, pues no es conveniente una teoría de la decisión jurídica neutral que desestime lo humano, los ideales, lo justo, lo adecuado aquí y ahora; en otras palabras, una teoría mecanizada, que sería la negación de la naturaleza humana. Asumir lo contrario nos llevaría a defender la idea de sustituir a los jueces constitucionales por unas computadoras sofisticadas que resuelvan los casos judiciales sin ninguna consideración hacia lo humano.

Se dice que es una respuesta parcialmente negativa, ya que a pesar de los prejuicios e ideología que están detrás de una teoría de la argumentación (que puede ser una ideología que se ha considerado adecuada para determinado momento y generada mediante un diálogo; por ejemplo, la del Estado constitucional), la teoría de la argumentación debe servir para respaldar una decisión de forma racional, razonable, objetiva y correcta, lo cual no es una contradicción, pues los jueces deben, retomando las ideas de Paul Kahn, suspender sus creencias (prejuicios) al momento de decir un asunto mediante la aplicación de algún método de argumentación, lo que no elimina la posibilidad de que sean empáticos con la situación que conozcan o que puedan apelar a razones de diversa naturaleza (sociales, morales o culturales) para sustentar sus determinaciones.

Por otro lado, sobre la pregunta de si las teorías de la argumentación jurídica pueden ser neutrales en alguna forma, la respuesta es negativa, ya que a pesar de que los jueces pueden suspender sus creencias al momento de resolver una colisión de derechos humanos y, de esta forma, ser no ideológicos, la realidad es que en el fondo de toda su actuación y del modelo de

argumentación utilizado hay una ideología jurídica, a saber: el ideario del constitucionalismo de los derechos humanos, que existe en nuestra época; por ello, es complejo señalar que se puede eliminar totalmente la misma, pues el Estado constitucional de derecho que tanto se defiende encarna la ideología dominante del siglo XXI.

Por todo ello, nos queda reconocer la finalidad moral de la argumentación jurídica, que ya es un gran avance, pues las posibles discusiones que llegarán a crearse sobre la naturaleza ideológica de las teorías de la argumentación perderían sentido; es decir, serían discusiones aparentes. Así, se piensa que en lo que debemos enfocarnos es en someter en todo momento a la crítica y al diálogo abierto la ideología existente del Estado constitucional de derecho,²⁴ a fin de calificar y evaluar su conveniencia o no, para materializar una forma de vida adecuada (digna) para todas las personas; la preocupación debe ser en ese sentido, no si estamos frente a una ideología. El día que dejemos de practicar la autocritica y la reflexión continua de nuestro entorno será el fin de nuestra propia evolución; nada más importará, seremos cómplices de la lacerante e injusta realidad que vivamos.

V. PRINCIPALES ÁMBITOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En el contexto práctico existen diversos ámbitos de aplicación de la argumentación jurídica, cada uno de los cuales podría requerir una investigación especial. El ámbito más conocido y estudiado en la literatura jurídica es el judicial; sin embargo, no es el único posible. Así, se identifican los ámbitos de la argumentación sobre los hechos, forense, legislativa, administrativa y, desde luego, judicial.²⁵ En las páginas siguientes expondremos los puntos sobresalientes de cada instancia de la argumentación jurídica, a fin de que el lector pueda evaluar el carácter transversal que la misma refleja en todo el fenómeno jurídico. Con todo, se advierte que este trabajo de investigación se dirige sólo a uno de los ámbitos señalados; esto es, a la argumentación de tipo judicial,

²⁴ En el mismo sentido, Atienza señala que la teoría de la argumentación debe comprometerse con una concepción (una ideología) más crítica en relación con el derecho de los Estados democráticos. Véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho..., cit.*, p. 218.

²⁵ Existen otros contextos de la argumentación; por ejemplo, en el ámbito de los medios alternativos de solución de conflictos. Para un análisis detallado de la argumentación y la resolución alternativa de conflictos véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 709-711. Asimismo, se han indicado como ámbitos de la argumentación la que realizan las cortes constitucionales, las comisiones de ética, los sistemas de expertos, los notarios y los jurados. Cf. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación..., cit.*, p. 705 y 706.

para lo cual se presentará un estudio especial en torno a la misma en otro lugar de la investigación.

1. Argumentación sobre los hechos

¿Por qué analizar una argumentación sobre los hechos? La respuesta es simple, pero reveladora. En la administración de justicia se manifiesta drásticamente el problema de la verdad. Esta afirmación parece adecuada si se considera que ninguna determinación jurídica puede considerarse justa si se funda en una investigación falsa o errónea de los hechos relevantes del asunto; así, la aplicación adecuada de la norma jurídica supone que haya ocurrido efectivamente el hecho indicado en la misma.²⁶ He aquí el gran problema de la verdad de los hechos del pasado. De modo que la actuación de los juzgadores en el contexto de la prueba y de lo referente a su tratamiento ha sido en todo momento motivo de preocupación.²⁷

Con este telón de fondo, se apunta que la argumentación que se realiza en la vida jurídica es en gran medida una argumentación sobre los hechos, lo que han olvidado las principales teorías de la argumentación jurídica, que se ocupan con acuciosidad de cuestiones de tipo normativo. Sin embargo, no se debe pasar por alto que la argumentación sobre cuestiones normativas puede generar discusiones sobre los hechos, que en algunos casos revisten un carácter decisivo en la sentencia.²⁸

El reclamo a las teorías de la argumentación jurídica ha sido patente desde tiempo atrás; por ejemplo, Perfecto Andrés afirma que lo que habitualmente se conoce como lo “fáctico” o los “hechos” ha sido particularmente descuidado por la mayoría de las teorías de la interpretación, quedando entonces a la subjetividad del intérprete.²⁹

En este sentido, se requiere construir una teoría de la argumentación jurídica que dé cuenta de los hechos en el derecho, la cual nos debería con-

²⁶ Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 20 cuadernos de divulgación de la justicia electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 13.

²⁷ Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 253.

²⁸ Para la redacción de esta párrafo se utilizaron las ideas plasmadas por Atienza, Manuel, *Las razones del derecho... cit.*, p. 204.

²⁹ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992, p. 263, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/n-12---1992/>, fecha de consulta: 21 de julio de 2017.

ducir, por una parte, a un mayor acercamiento a los razonamientos científicos y de la vida ordinaria; por otra, nos obligaría a entender que la teoría de la argumentación jurídica no sólo se relaciona con la teoría del derecho, sino también con la sociología del derecho; esto es, con las investigaciones de tipo empírico.³⁰

Dicha teoría de la argumentación sobre los hechos cobra relevancia en el contexto actual del derecho penal, en el que se manifiestan diversos problemas sobre la prueba de los hechos acontecidos en el pasado y la propia motivación de las cuestiones fácticas. Se podría afirmar que un modelo de argumentación sobre los hechos es una herramienta que podría contribuir con el desarrollo y mejoramiento del nuevo sistema penal acusatorio en México, que ha sufrido varias críticas en los últimos tiempos.

Ahora bien, considerando las cuestiones sobre los hechos a probar en el derecho, cabe señalar que la prueba jurídica no puede estudiarse desde la perspectiva de la noción universal de prueba, propia de las ciencias naturales, por lo cual se hace indispensable elaborar un modelo particular de acercamiento a la prueba jurídica, que reconozca las características particulares de la misma; a saber, que el proceso judicial puede dar sustento sólo a verdades aproximadas, pues la información disponible sobre los hechos a probar es limitada, así como que la actividad probatoria está sujeta al derecho, no es una actividad libre, pues las prácticas de los jueces están sometidas a las normas jurídicas.³¹

En este contexto, el modelo que se proponga para la argumentación sobre los hechos debe realizar un análisis más detallado de las particularidades del ámbito jurídico para la formulación de la decisión sobre los hechos probados en el expediente, de manera que pueda calificarse adecuadamente el alcance de tales especificidades y las posibilidades de control racional de la propia determinación judicial.³²

Pese a todo lo señalado, se precisa que existen autores que han asumido (desde el ámbito académico) que es posible utilizar las actuales teorías de la argumentación jurídica para atender las cuestiones fácticas, por lo que desde su visión no sería del todo necesario crear un modelo de razonamiento sobre los hechos.

³⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho..., cit.*, pp. 204 y 205.

³¹ Ferrer Beltrán, Jordi, “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, trad. de Martha Lilia Uruchurtu Caccia, en Cruz Parcerio, Juan A. y Laudan Larry (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2010, pp. 75 y 76.

³² *Ibidem*, p. 77.

En concreto, González Lagier ha propuesto utilizar la teoría de la argumentación jurídica de Stephen Toulmin para dar cuenta del razonamiento sobre los “hechos a probar” y los “hechos probatorios”. De esta forma, aplicando el modelo de Toulmin al contexto fáctico, los hechos probatorios representarían las razones del argumento; los hechos a probar se identificarían con la pretensión o la hipótesis del asunto; la garantía se manifiesta con las máximas de la experiencia y las presunciones que habilitan a los juzgadores a transitar de las razones a la pretensión; finalmente, el respaldo conllevaría la información indispensable para sustentar la garantía del argumento.³³

Como se puede observar, es posible argumentar sobre los hechos con base en el modelo de Toulmin, por lo que dicho esquema podría ser adoptado por los jueces en materia penal, ya que es en ese campo del derecho donde se resalta la argumentación de corte fáctica. Con todo, se requiere generar más y mejores métodos para la toma de decisiones sobre cuestiones empíricas, lo que se concibe como un área de oportunidad para los juristas y los sociólogos del derecho. Hasta aquí con lo manifestado sobre el ámbito de la argumentación en materia de hechos, la cual requiere, como se ha apuntado, de un estudio más detallado, que excedería los fines de la presente investigación.³⁴

2. Argumentación forense

La argumentación forense es la que realizan los abogados postulantes que defienden causas de sus clientes ante las autoridades de cualquier tipo, con la finalidad de atender algún conflicto jurídico y, además, obtener cierta remuneración, con independencia del resultado obtenido, aunque existen asuntos en los que pueden actuar de forma voluntaria y sin ningún tipo de retribución económica (*pro bono*).

³³ Lara Chagoyán, Roberto, “Argumentación en materia de hechos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 13, 2003, p. 202, disponible en http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/13/r13_15.pdf, fecha de consulta: 21 de julio de 2017.

³⁴ Para un análisis más profundo en torno a la argumentación sobre hechos, véase Uribe Álvarez, Roberth, “Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 39, núm. 111, julio-diciembre de 2009, pp. 337-356, disponible en http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/5319/1/UribeRoberth_2009_PruebaArgumentaci%F3n..pdf, fecha de consulta: 21 de julio de 2017. En dicha investigación se asume que la verdad procesal acerca de los hechos exige un trabajo dialéctico de control racional-moderado, que es tanto de carácter epistémico como normativo. Cf.: Uribe Álvarez, Roberth, *op. cit.*, p. 355

Así, es indudable que los abogados requieren de la argumentación jurídica para llevar a buen puerto las causas que defiendan en cualquier área del derecho. Entre las ocasiones precisas en que recurren al razonamiento se tiene cuando elaboran sus demandas o contestaciones a las mismas; en el momento en que presentan sus alegatos o conclusiones en los procedimientos judiciales; también cuando expresan agravios con motivo la presentación de recursos ante las autoridades; asimismo, al esbozar los conceptos de violación en los juicios de amparo que interponen por violaciones a los derechos humanos de sus clientes.³⁵

Por ello, se asume que abogar es un ejercicio argumentativo, ya que no existe ningún acto que efectúe un jurista en el que se aparte de la dialéctica. Así, el abogado argumenta frente a sus clientes, a fin de convencerlos de que la estrategia jurídica a seguir es la más adecuada; también, como lo hemos indicado, argumenta frente a las autoridades (*i. e.*: tribunales y órganos de la administración) para convencerlos de que la postura que sostiene a favor de su cliente es la correcta; además, argumenta ante la parte contraria, con objeto de refutar sus argumentos y hacer triunfar los de su cliente.³⁶

Todavía más, en el contexto del sistema penal acusatorio, los abogados deben ser capaces de formular sus argumentos y contra argumentos de forma oral e inmediata, lo que se ha convertido en un gran desafío para la defensa y acusación penal.³⁷

En todos los citados escenarios se debe buscar convencer al juez, a la autoridad o a la parte contraria, de que al cliente le asiste el derecho, la verdad y la razón, por lo que los juristas necesitan conocer y aplicar los métodos de la argumentación jurídica.³⁸

A todo esto, cabe destacar que en la práctica forense los juristas recurren a la técnica de la persuasión para tratar de convencer al juez y dirigir el sentido de su decisión, lo que, desde nuestra óptica, no es adecuado, pues lo que deben buscar los postulantes es lograr la adhesión del juez y, de la parte contraria, sobre sus postulados, con el mayor y mejor número de razones,

³⁵ Somos deudores en este punto de las ideas expuestas por Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 93.

³⁶ *Ibidem*, p. 115.

³⁷ En el mismo sentido, se ha señalado que a consecuencia del principio de oralidad en el sistema penal acusatorio los abogados deben estar listos para debatir y argumentar verbalmente ante las autoridades, para lo cual ellos tienen que conocer técnicas que los auxilien a formular de manera organizada y correcta sus argumentos. *Cfr.* Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 93.

³⁸ Para la redacción de este párrafo se utilizaron postulados plasmados en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 93.

sin recurrir a cuestiones emotivas, que no aportan nada a la objetividad de la decisión judicial. Con todo, está en el juez dejarse persuadir por los abogados de las partes o desechar ese tipo de técnicas.³⁹

En otro orden de ideas, se resalta que en la argumentación forense, a diferencia de la argumentación judicial, no tiene mucho sentido e importancia la idea de pretensión de corrección, que algunas teorías de la argumentación presentan; por ejemplo, la teoría de Alexy. Ello, porque normalmente lo que busca un abogado es que la postura que defiende no vulnere las normas jurídicas, en especial las del derecho adjetivo, ni tampoco las reglas morales de su profesión (lo que puede coincidir o no con la respuesta correcta del caso); pero esto no supone erigir una pretensión de corrección, como la que sugieren diversas teorías de la argumentación jurídica.⁴⁰

Y no supone fundar una pretensión de corrección, porque en defensa del postulado presentado por un abogado, la argumentación que lo sustente no estará regida por los principios que materializan el discurso racional; en concreto, no se aplica el principio de sinceridad, pues el jurista postulante no tiene la obligación de decir toda la verdad ni el deber de presentar argumentos que afectarían su postura.⁴¹

Con base en lo anterior, para Atienza, el esquema general de argumentación forense no es el de la ponderación ni el de la subsunción, sino un razonamiento de corte instrumental (de medio a fin), en el que la premisa mayor no es una regla jurídica de fin, sino una norma que, en opinión del abogado, satisface de mejor forma los intereses del cliente, para lo cual le sugerirá al juez que realice una subsunción o una ponderación en cierto sentido. Por ende, utilizará de forma estratégica diversos argumentos, como el de analogía, *a fortiori*, *ad absurdum*, entre muchos otros más.⁴²

Con mucho, para efectos prácticos, resulta apropiado presentar una metodología para la argumentación forense, que se compone de los siguientes pasos: primero, se debe realizar una investigación sobre todos los hechos del caso, agruparlos y analizarlos con detalle; segundo, se identifican y ordenan las cuestiones jurídicas que plantea el asunto; asimismo, se dispo-

³⁹ Recordemos que la persuasión ha sido entendida como una creencia cuya certeza se apoya sobre todo en bases subjetivas, o sea, privadas e incomunicables. La diferencia entre persuasión y enseñanza racional fue establecida por el propio Platón, quien entendía que el pensamiento se genera por el camino de la enseñanza y la opinión a través de la persuasión. Cfr. Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1966, pp. 913 y 914.

⁴⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 706.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 706 y 707.

⁴² *Ibidem*, p. 707.

ne e interpreta el derecho aplicable; tercero, se presenta una propuesta de solución, que se traduce en una solicitud al juez para que decida en cierto sentido; cuarto, se comprueba y revisa la propuesta sugerida, y quinto, se redacta el escrito o documento respectivo (demanda, recurso, solicitud o lo que corresponda), siguiendo cada uno de los pasos mencionados.⁴³

En suma, se ha señalado que las diferencias entre la argumentación forense y la judicial no son relevantes, si se asume a la argumentación únicamente desde una dimensión formal, pero adquieren notoria relevancia si se considera a la misma desde una perspectiva material, la que se interesa por la pretensión de corrección del razonamiento y por los elementos pragmáticos (retóricos y dialécticos).⁴⁴

Desde nuestro punto de vista, la argumentación forense debe encaminarse por utilizar alguno de los métodos de la argumentación judicial existentes, a fin de que los juristas postulantes puedan mejorar la defensa de los intereses de sus clientes; para lo cual deben eliminar, en la mayor medida de lo posible, la referencia a las técnicas de persuasión, que no se requieren o no se deberían necesitar, al aplicarse los métodos de la argumentación judicial. Así, asumimos que las cuestiones emotivas en la toma de decisiones entorpecen y afectan el proceso de razonabilidad y objetividad que comporta la actividad judicial.⁴⁵

Finalmente, sobre la alusión a la limitada utilización de los criterios de evaluación en la argumentación forense, se considera que es necesario difundir los mismos en la cultura jurídica nacional, para que puedan ser practicados efectivamente por los abogados en su quehacer cotidiano. De esta forma, no se comparte la idea de que la argumentación forense sea incompatible con un esquema de pretensión de corrección del razonamiento; por ello, se hace un llamado para que los abogados postulantes se comprometan más con su función y comiencen a calificar la corrección de sus pretensiones bajo el argumento consecuencialista, de la coherencia, consistencia, o cualquier otro criterio de evaluación contenido en las actuales teorías de la argumentación jurídica. Con mucho, analizaremos estos temas en otro

⁴³ *Ibidem*, p. 708. A todo esto, Atienza destaca que los elementos retóricos y emocionales son más característicos de la argumentación forense que de la argumentación de los jueces. Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 708.

⁴⁴ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 708.

⁴⁵ Al respecto, se señala que la persuasión es un proceso o arte de influir o de procurar influencia sobre la opiniones y acciones de otro, ostensiblemente por medios racionales o intelectuales, aunque su eficacia dependa en la mayoría de los casos de factores que no son racionales. Gortari, Eli de, *Diccionario de la lógica*, México, Plaza y Valdés, 2000, p. 378.

lugar de la investigación (criterios de calificación); por ahora basta con lo expuesto en este apartado.

3. Argumentación legislativa

Es innegable que el Poder Legislativo necesita recurrir a la argumentación (al igual que el Poder Judicial) para las tareas de producción de leyes. En tal ámbito parlamentario el razonamiento desplegado frente a un auditorio particular presenta ciertas características, que requieren de una explicación concreta, como lo veremos más adelante.

Ahora bien, es conocido que los legisladores argumentan frente a los miembros de un congreso para convencerlos de la oportunidad de crear o cambiar una ley; asimismo, plasman razones en las exposiciones de motivos de las leyes para lograr la adhesión de los destinatarios de las mismas, respecto a la utilidad y necesidad de ciertas normas jurídicas. Pero ¿qué tipo de argumentación desarrollan los legisladores en esos casos? Desde luego, que no se trata de una argumentación libre (como la de los jueces), ya que los parlamentarios pertenecen a un determinado partido político, por lo que representan los intereses del mismo (argumentan en su nombre y pueden no estar conformes con la postura que defienden).⁴⁶ El citado escenario de dependencia no se elimina (aunque sí puede disminuir) por la circunstancia de que los legisladores sean elegidos mediante las candidaturas independientes, ya que en todo caso los mismos representan los intereses de algún grupo social particular (jóvenes, madres solteras, personas adultas mayores, mujeres, comunidad LGBTTTI, entre otros).

Bajo este sendero, se observa que el estatus normativo de los legisladores y los jueces es muy diferente, por ende, la argumentación que desarrollan; pues como se ha anunciado, los jueces son funcionarios independientes, mientras que los legisladores representan los intereses de algún sector o alguna clase social en particular. De esta forma, no es posible asumir un mismo código deontológico para ambas funciones, ya que, por ejemplo, los principios judiciales de independencia e imparcialidad no resultan aplicables a la labor legislativa.⁴⁷

Para avanzar, se precisa que la argumentación legislativa ha quedado fuera del campo de acción de las teorías de la argumentación jurídica por cuestiones tanto teóricas como prácticas. Las primeras se derivan de la con-

⁴⁶ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

⁴⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación..., cit.*, p. 713.

sideración de las leyes como un dato fijo; esto es, como un documento del que se tiene que partir, más que un producto a elaborar. La cuestiones prácticas se relacionan con el hecho de que la argumentación legislativa es más compleja que la judicial, por ser más abierta y menos estructurada.⁴⁸

Por ello, se requiere elaborar una teoría de la argumentación legislativa, que asuma el proceso de producción de las leyes como un esquema de relaciones entre diversos elementos, como son: creadores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Todavía más, el proceso legislativo debe ser capaz de distinguir entre sus diversas etapas, a saber: previo a la creación de la ley, durante la creación de la ley y posterior a la emisión de la misma ley.⁴⁹

En este sentido, cabe indicar que mediante un ejercicio creativo Atienza ha estructurado un esquema de racionalidad legislativa integrada por seis niveles (antes sólo hablaba de cinco niveles),⁵⁰ que a nuestro entender puede operar como una verdadera teoría de la argumentación legislativa. Veamos pues en qué consiste la misma.

La racionalidad legislativa de Atienza (teoría de la argumentación legislativa para nosotros) se asume como una estructura articulada compuesta de los siguientes seis niveles o, mejor dicho, racionalidades: *a)* racionalidad lingüística, *b)* racionalidad jurídico-formal, *c)* racionalidad pragmática, *d)* racionalidad teleológica, *e)* racionalidad ética y *f)* razonabilidad.⁵¹

La racionalidad lingüística implica que el emisor de la norma jurídica sea capaz de transmitirla con fluidez a todos los destinatarios de la misma; la racionalidad jurídico-formal tiene que ver con la necesidad de que la norma jurídica sea compatible con cierto sistema jurídico, a saber: la que la genera; la racionalidad pragmática conlleva que la conducta de los destinatarios se corresponda con los mandatos de la propia norma jurídica; la racionalidad teleológica entraña que las leyes logren los fines sociales que persiguen y protegen; la racionalidad ética supone que las conductas reguladas en las leyes, así como los fines que buscan alcanzar las mismas, se relacionen con valores sujetos a una justificación ética, y la razonabilidad refiere la exigencia

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 714.

⁵⁰ Hay un desarrollo notable en el pensamiento de Atienza, ya que en una obra inicial presenta su modelo de racionalidad legislativa integrado sólo por cinco niveles. Cf. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 206. Posteriormente, en otra obra vuelve a presentar dicho modelo de racionalidad legislativa, pero ahora lo describe con base en seis niveles. Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 715.

⁵¹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 715.

de que exista un equilibrio entre los diversos fines que persiguen las leyes; así, la afectación de un fin en concreto debe ser razonable.⁵²

Todo el esquema descrito se perfeccionaría con un criterio de corrección de la decisión legislativa, el cual señala que una decisión es correcta cuando su contenido y estructura son claros, sistemáticos, coherentes, eficaces, socialmente efectivos, moralmente adecuados y eficientes. En efecto, cuando se habla de argumentación legislativa, lo verdaderamente relevante no es el resultado de la misma, sino más bien el proceso que se sigue para llegar a un fin; esto es, la emisión o modificación de una ley.⁵³

Pues bien, como hemos podido corroborar, es posible sostener una teoría de la argumentación legislativa, la cual debe buscar, en todo momento, que la decisión que se genere pase por algún filtro de corrección (por ejemplo, el descrito anteriormente), si es que se busca materializar un sistema jurídico integrado por leyes “correctas” en el sentido de la razonabilidad.

A partir de estas ideas, se concluye que con independencia del contexto de la argumentación legislativa; esto es, su falta de independencia, sí es posible que los legisladores utilicen un método para la toma de decisiones, el cual comporta una doble naturaleza (propia de los Estados democráticos); por un lado, es un medio de defensa de la propuesta asumida por el legislador y el partido político en el que milita; por el otro, es un medio de contención en el seno interno de la agrupación política, al permitir que los legisladores puedan defender, bajo parámetros de razonabilidad, su disidencia frente a la postura asumida por el grupo parlamentario al que pertenezcan, respecto a algún proyecto de ley o modificación de ley, lo que no es una contracción para la democracia, sino más bien su razón de ser.

Bajo esta senda, un buen comienzo para la teoría de la argumentación legislativa o “racionalidad legislativa”, como la denomina Atienza, es discutir qué objetivos deben perseguir las leyes en el escenario actual; si los mismos se encuentran justificados; qué medios (no invasivos) deben utilizarse para lograr tales objetivos; qué estructura debe asumir la ley a fin de que sea coherente con el orden jurídico (compatible), y cómo deben redactarse los preceptos jurídicos para lograr su claridad frente a los destinatarios, esto es, que sean inteligibles a los mismos.⁵⁴

En síntesis, un ejercicio de argumentación como el descrito a lo largo de este apartado abonaría mucho a la credibilidad de los legisladores (que encuentran un rechazo social generalizado desde hace bastante tiempo), en

⁵² *Idem.*

⁵³ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 715.

⁵⁴ Somos deudores en este párrafo de los postulados expuestos por Manuel Atienza en Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 718.

aras no de mejorar la presencia de algún partido político en la sociedad, sino, por el contrario, la forma en que se toman las decisiones políticas en México. Dichas decisiones requieren con urgencia pasar por alguna prueba de ácido, a fin de examinar su corrección (como podría ser la expuesta en este trabajo), o cualquier otra generada en el seno de las actuales teorías de la argumentación jurídica; ello, si realmente nos queremos comprometer con la ideología jurídica del Estado constitucional de derecho, que todos los poderes públicos compiten por alcanzar un mismo fin, a saber: la efectiva y plena realización de una vida digna de todas las personas, al menos desde nuestra utopía teórica que deseamos se convierta en una realidad palpable en el corto plazo.

4. Argumentación administrativa

El Poder Ejecutivo y todos sus órganos no están exentos de las teorías de la argumentación jurídica, aunque las mismas no los consideren en sus postulaciones al dirigirse esencialmente a los jueces. Pese a ello, sería absurdo afirmar que no se esbozan razones para la toma de decisiones desde el campo de la administración pública federal o local. El olvido hacia la argumentación administrativa obedece, en nuestra opinión, a dos razones: por un lado, a que los órganos administrativos no tienen la última palabra sobre sus determinaciones, ya que las mismas pueden ser sujetas a un control de constitucionalidad por parte de los jueces; por el otro, a las dificultades que ocasiona la generación de un solo método para la argumentación aplicable a todos los ámbitos del ejercicio de la administración pública.

A partir de estas ideas, es comprensible que los autores no se hayan interesado en desarrollar una teoría especial de la argumentación administrativa, que tal vez no sea del todo necesaria, pues se pueden trasladar los métodos para la toma de decisiones judiciales al ámbito administrativo con algunas adecuaciones apropiadas para tal contexto.

En este sentido, debemos considerar que la necesidad de recurrir a la argumentación por parte de los órganos administrativos se presenta básicamente entre tres supuestos; primero, cuando los mismos producen normas jurídicas de aplicación general, como reglamentos, normas oficiales mexicanos o cualquier otro tipo de acuerdos; segundo, cuando resuelven algún procedimiento administrativo mediante la emisión de una resolución, por ejemplo, un recurso de revisión, y tercero, cuando emiten cierto acto administrativo con efectos particulares, sin ir más lejos, un crédito fiscal o una expropiación por causas de utilidad social.

En todos los escenarios descritos, los órganos administrativos están obligados a dar las razones que sustenten sus actos, que pueden ser de diversa naturaleza; por ejemplo, social, económica y principalmente del ámbito jurídico; así las cosas, los servidores públicos integrantes del Poder Ejecutivo y el mismo titular de éste requieren argumentar para sustentar y defender, si así se les pide, sus posturas.

Más aún, debido a que todos los actos administrativos de carácter general y particular tienen un impacto (positivo o negativo) en la esfera jurídica de las personas, se exige su justificación, a fin de que no sean actos arbitrarios o caprichosos por parte de la autoridad administrativa. De esta manera, es a través de la justificación administrativa como se puede lograr la legalidad del acto y, además, su constitucionalidad, si se da la circunstancia de que tenga que ser calificado por la autoridad judicial como consecuencia de alguna inconformidad por parte de los particulares que sientan que han sido afectados en sus derechos.⁵⁵

Ahora bien, ¿qué tipo de modelo de argumentación es el más idóneo para el ámbito administrativo? O, mejor, ¿qué teoría de la argumentación jurídica existente debe utilizarse en la toma de decisiones administrativas? Se considera que no se cuenta con respuestas exactas a dichas interrogantes, lo cual es comprensible, toda vez que existe una diversidad de escenarios de manifestación de la argumentación en la administración pública;⁵⁶ de esta manera, el método a utilizar va a depender del tipo de acto administrativo que se vaya a emitir, aunque, desde luego, todos ellos se rigen bajo el principio de justificación de la decisión.

En este sentido, a pesar de las diferencias entre los actos administrativos, es posible afirmar que, en estricto sentido, todos los métodos de la argumentación podrían adaptarse al ámbito administrativo, con ciertas adecuaciones. Con mucho, para efectos didácticos se puede hacer un ejercicio sobre qué modelo sería el más conveniente para cada acción pública. Por eso, a modo de sugerencia, se presenta el siguiente esquema tridimensional para la toma de decisiones en el ámbito administrativo, el cual, desde luego, puede practicarse bajo ciertas variaciones:

⁵⁵ Para la redacción de este párrafo se utilizaron las ideas expresadas por Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁶ En este sentido, Atienza ha señalado que la argumentación efectuada por los órganos administrativos es de carácter heterogéneo, y, según los casos, podría identificarse, hasta cierto punto, con las argumentaciones judicial, legislativa y forense. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 705.

| <i>Modelos para la toma de decisiones administrativas</i> | | | |
|---|--|---|--|
| <i>Acción pública</i> | <i>Modelo sugerido</i> | <i>Beneficios</i> | <i>Criterios de corrección</i> |
| Emisión de normas de carácter general | De la racionabilidad legislativa de Atienza | <ul style="list-style-type: none">– Propicia la claridad de la norma– Busca la correspondencia entre norma y el sistema jurídico y entre la conducta humana y la norma– Relación con los valores– Equilibrio entre los fines de las normas | <ul style="list-style-type: none">– Inteligibilidad– Coherencia jurídica– Coherencia axiológica– Eficacia |
| Resolución de un procedimiento administrativo | Del recurso del segundo orden de justificación de MacCormick | <ul style="list-style-type: none">– Aplicación de una justicia formal– Utilización de normas que no entren en contradicción– Propicia la compatibilidad con valores– Evaluar los efectos futuros de la decisión | <ul style="list-style-type: none">– Requisito de universalidad– Consistencia– Coherencia– Argumento de consecuencia |
| Emisión de un acto con efectos particulares | Método de Toulmin | <ul style="list-style-type: none">– Consideración de las máximas de la experiencia– Adecuado respaldo del acto– Evaluar posibles condiciones de refutación | <ul style="list-style-type: none">– Garantía– Respaldo– Excepciones |

Para concluir, se afirma que es posible y deseable que los operadores jurídicos de la administración pública (federal y estatal) adopten los diversos modelos de argumentación jurídica a los actos administrativos que emitan, lo que les ayudará a mejorar el desempeño de su quehacer diario, por tres razones; primera, porque podrán aplicar mecanismos de corrección a todas las decisiones que tomen; segunda, porque propiciarán que sus actos administrativos (con efectos generales o particulares) sean confirmados por la autoridad judicial, en caso de impugnaciones por parte de los particulares, y tercera, porque harán compatible su labor administrativa con los nuevos retos y desafíos que nos presenta el actual Estado constitucional de derecho.

5. Argumentación judicial

El razonamiento judicial se conecta con la idea de motivar las resoluciones, lo cual es un deber exigente, y que suscita cierta incomodidad en

los juzgadores, ya que les impone un *plus* de esfuerzo y de reflexión en sus procesos decisionales.⁵⁷ Veamos con más detalle el tema.

La argumentación judicial conlleva implícitamente tres ideas; por un lado, la existencia de un problema jurídico (rutinario o paradigmático); por el otro, un proceso o metodología para la toma de decisiones de forma correcta y definitiva (aquí lo más complejo de la misma), finalmente, un ámbito particular de desarrollo o, mejor, una autoridad del Estado facultada para aplicar el anterior proceso, a saber: los jueces o tribunales (constitucionales o no), lo que dependerá de encontrarnos frente a un caso rutinario o paradigmático.⁵⁸

En particular, en la instancia judicial es donde se requiere de la argumentación para resolver conflictos entre diversos sujetos, lo que incluye, desde luego, las colisiones entre derechos humanos que se puedan presentar en las sociedades pluralistas actuales. Ello es así porque el requisito de justificación de las decisiones es, en la mayoría de los países democráticos, un derecho constitucional, que exige que las autoridades (en este caso judiciales) expongan de forma detallada las razones que sustenten el sentido de sus resoluciones (judiciales); todavía más, las partes en los juicios demandan argumentos que los convengan de que la decisión judicial emitida por algún tribunal es la más correcta y justa.⁵⁹ Algo sumamente relevante para lograr una legitimidad material de las actividades realizadas por los jueces en el seno de los Estados garantistas.⁶⁰

⁵⁷ Andrés Ibáñez, Perfecto, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad EAFIT, 2011, p. 217.

⁵⁸ Preferimos hablar de casos rutinarios y paradigmáticos, en lugar de la arraigada distinción entre casos fáciles y casos difíciles, ya que, en concreto, no hay casos fáciles en el derecho, sino que todos tienen cierto nivel de dificultad. El ser rutinarios no implica que sean sencillos de resolver, aunque se trate de la aplicación de un silogismo jurídico; esto es, de una argumentación formal: premisa mayor-premisa menor-conclusión. El ser paradigmáticos supone que se debe resolver una colisión entre derechos humanos. En este sentido, cuando hablemos de casos paradigmáticos a lo largo de esta investigación tendrán el significado indicado.

⁵⁹ Para la redacción de esta párrafo se utilizaron los postulados expresados por Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁰ La legitimidad material es la que los jueces van ganando día a día a través de las decisiones que emiten, las cuales son asumidas por la sociedad como correctas y justas; por ello, este tipo de legitimidad es la más complicada de conseguir y la más fácil de perder. Por su parte, la legitimidad formal es la que se obtiene mediante el nombramiento como juez, magistrado o ministro, derivado del cumplimiento de los requisitos y procedimientos legales y administrativos respectivos. Ambos tipos de legitimidad se complementan mutuamente, aunque recientemente se le ha dado mucho interés a la legitimidad material, lo que se comprende, ya que se vive cierto descontento con las autoridades en nuestro país.

Bajo este sendero, se observa que la mayoría de las teorías de la argumentación jurídica dirigen sus postulados al ámbito judicial, en concreto, a las actividades de justificación que desarrollan los tribunales constitucionales, lo que no es una causalidad, porque deriva del papel protagónico que suponen los jueces en los Estados democráticos de derecho, al ser los guardianes de la vigencia de las Constituciones, que pueden fijar el alcance práctico de los derechos humanos y, de ser el caso, restringirlos temporalmente (he aquí la preocupación e interés general por las actividades justificatorias que desempeñan).

Los ejemplos nos confirman el interés por la argumentación judicial; sin ir más lejos, se tienen a los siguientes autores: Chaïm Perelman, Stephen Toulmin, Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenick y Manuel Atienza, los que han encaminado sus investigaciones principalmente a la argumentación que se desarrolla en el seno de los tribunales constitucionales (con sus excepciones; por ejemplo, Toulmin); de esta forma, podríamos identificar sus postulados en el seno de una teoría de la decisión constitucional (más que judicial), toda vez que en Europa los tribunales constitucionales no necesariamente pertenecen al Poder Judicial, a diferencia de nuestro país, en donde el tribunal constitucional (Suprema Corte de Justicia de la Nación) sí forma parte de aquél.

Con mucho, ya se trate de una teoría de la argumentación judicial o constitucional, la realidad es que podemos ubicarlas en el mismo esquema; a saber: una teoría para la toma de decisiones por parte de los jueces (constitucionales u ordinarios), dejando a un lado (con excepción de la teoría de Atienza y en cierto sentido la de Alexy)⁶¹ las decisiones emitidas en otros contextos jurídicos.⁶² Aunque, como lo hemos señalado, las mismas pueden y deberían aplicarse, con algunas modificaciones, a todos los ámbitos de la argumentación jurídica.

Con este telón de fondo, se precisa que la argumentación judicial/constitucional no es la más importante de todas las argumentaciones posibles

⁶¹ Por ejemplo, según Atienza, el propio Alexy defiende que su teoría del discurso racional es un modelo que se aplica también a la argumentación de los abogados, los que también sustentaría en sus escritos a los jueces, una pretensión de corrección. Cf. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 704.

⁶² En este sentido, se ha afirmado que el principal defecto de la teoría estándar de la argumentación jurídica, la cual se desarrolló a finales de los años setenta en autores como Aarnio, Peczenick, Alexy y MacCormick, se refiere a que sólo se ubica en la justificación de las decisiones generadas por los jueces. Así, se deja fuera el análisis de diversos escenarios en los que se argumenta jurídicamente. Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 703.

en el terreno jurídico, aunque sí la más desarrollada y estudiada en las universidades del país. Para fines de nuestra investigación, se advierte que será este tipo de argumentación en la que nos centraremos; en concreto, a la que busca resolver colisiones entre derechos, a fin de cumplir los objetivos enmarcados en la propia investigación; a saber: analizar los criterios de evaluación de la argumentación desplegada en la justicia constitucional e internacional (la de los jueces). Lo anterior no significa desconocer la relevancia que encierran las decisiones jurídicas de otros ámbitos (legislativo, administrativo o cualquier otra posible), las que en todo caso pueden resultar beneficiadas con las propuestas y conclusiones a las que se llegue en este trabajo académico.

A. *Notas sobre la decisión judicial*

La argumentación judicial, como proceso complejo, tiene como propósito formal llegar a un resultado concreto; esto es, la emisión de una sentencia o decisión judicial, la que debe estar respaldada por diversas razones, además de ser compatible (coherente) con el orden jurídico en el que se produzca, que incluye reglas jurídicas y principios o derechos humanos, mismos que encuentran su sustento final en una concepción de valores de determinada sociedad (elementos axiológicos). He aquí la gran dificultad de la labor judicial en nuestros días, que no sólo debe desarrollarse en la legalidad, sino además, y en mayor grado, en la constitucionalidad de las determinaciones judiciales.

Asumiendo que el producto de todo el proceso de argumentación judicial es una sentencia, cabría presentar algunas notas generales sobre esta última, las que podemos aplicar de forma indistinta a las decisiones emitidas en casos rutinarios y paradigmáticos, con algunas particularidades, que se irán destacando más adelante.

Para comenzar, se señala que la sentencia cumple diversas funciones, entre las que se resaltan las siguientes: *a)* función controladora, que implica considerar a la sentencia como una unidad susceptible de ser evaluada desde varios ámbitos, como son el académico, el superior, el social y el disciplinario; *b)* función legitimadora, que conlleva la posibilidad de que los jueces legitimen su papel social con sus propias resoluciones; *c)* función concretizadora, que posibilita el que las normas jurídicas generales se proyecten en casos individuales mediante sentencias, por lo que los particulares perciben los efectos específicos de las diversas normas jurídicas existentes; *d)* función didáctica, que se genera *per se* con la emisión de una sentencia, ya que la

misma informa a la sociedad el contenido y alcance de las normas jurídicas; *e)* función estabilizadora, que encierra una sentencia, ya que además de resolver un caso concreto, opera como un elemento de previsibilidad (estabilidad) para futuros casos, mediante la invocación de precedentes,⁶³ y *f)* función ética, que implica considerar a la sentencia como algo positivo, moralmente hablando, ya que la misma expresa una idea de la justicia.

Como se puede apreciar, cada una de las funciones descritas son aplicables tanto a los casos considerados como rutinarios como a los paradigmáticos. De esta manera, se comprende que una sentencia emitida por una corte constitucional, que resuelva una tensión entre derechos humanos, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, cumpliría las siguientes funciones subyacentes:

- a) Propiciar la evaluación académica de la misma, lo que abona mucho al desarrollo y crítica constructiva de la función judicial.
- b) Contribuir a la legitimación material de los jueces, en el contexto de la cultura de desconfianza que tiene la sociedad mexicana hacia las autoridades. Sería una gran oportunidad para que los jueces modifiquen esa cultura de rechazo hacia la función pública.
- c) Generar una visibilidad concreta de los efectos del ejercicio de los derechos humanos de libertad de expresión e intimidad.
- d) Informar el alcance y contenido de tales derechos.
- e) Contribuir a predecir los resultados de la ponderación de los derechos de libertad de expresión e intimidad, generando, consecuentemente, guías útiles para futuros casos.
- f) Presentar una idea de justicia para los derechos humanos en colisión, la cual se asuma como positiva, al encontrarse debidamente justificada la decisión frente a los titulares de los derechos en tensión y a la misma sociedad.

Por otro lado, para considerar como realmente justificada una decisión judicial, existen diversas razones que intervienen en ella, las cuales resumimos a continuación: *a)* razones explícitas, que necesariamente deben figurar en la decisión; *b)* razones lingüísticas, cuya relevancia reside en que las cuestiones en torno al significado de las expresiones y palabras forman parte de los problemas jurídicos; *c)* razones empíricas, que se utilizan para justificar cuestiones fácticas, es decir, se trata de la materialización de la argumen-

⁶³ Somos deudores en estos puntos de las ideas expresadas por Ernesto Galindo en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

tación sobre los hechos; *d)* razones sustantivas, que encuentran su fuerza justificativa en las cuestiones de naturaleza moral, política, social, cultural o institucional, que también pueden presentarse en las decisiones judiciales; *e)* razones de corrección, que se fundan en el principio de imparcialidad y equilibrio entre las partes que debe asumir el juzgador; *f)* razones autoritativas, que implican apelar a los precedentes jurisprudenciales o a cualquier otro criterio de autoridad, por ejemplo, normas internacionales o a la misma ciencia del derecho, a fin de apoyar el sentido de la decisión judicial; *g)* razones interpretativas, que conllevan métodos para apoyar cierta interpretación de los textos jurídicos, y *h)* razones críticas, que operan como una herramienta para discutir cualquiera de las anteriores razones.⁶⁴

Con base en lo anterior, se aprecia que la estructura argumentativa de toda decisión judicial comporta un concierto de razones, que analizadas en su integridad adquieran una fuerza notable para justificar una decisión en casos rutinarios o paradigmáticos. Ahora bien, entre esas razones cabría incorporar las de tipo jurídico, las cuales informan y dirigen todo el modelo de toma de decisiones.

A partir de estas ideas, se comprende la difícil tarea que tienen los jueces a la hora de justificar sus decisiones, pues éstas deben conformarse con un abanico de razones subyacentes a los argumentos jurídicos, a fin de lograr el convencimiento de las partes en conflicto y, además, de la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, cabría preguntarnos cómo se establece el peso de las razones en la decisión. Para contestar dicha interrogante se parte de la idea de que existen argumentos fuertes y débiles, los cuales contribuyen, en cierto grado, a respaldar la decisión, por lo que no es conveniente dejar a un lado los segundos, ya que éstas encontrarán su fuerza y poder al agruparse con otro tipo de razones; de ahí que se hable de un concierto articulado de razones en las sentencias judiciales.

Con mucho, entre los elementos que se tienen para establecer la fuerza de los argumentos se destacan los siguientes: *a)* el mayor grado de aceptación de los argumentos expuestos a un auditorio, aceptación que dependerá de que el juez y las partes (auditorio) compartan el mismo sistema de valores y principios, *b)* la pertinencia de las razones para los fines que busca alcanzar el juez, es decir, la adecuación entre los argumentos y lo que se resuelve o el sentido de la sentencia; *c)* la resistencia de las razones a todas las refutaciones emitidas en su contra (contra argumentos), desde todos los escena-

⁶⁴ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados formulados por Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 147, 148 y 149.

rios, por ejemplo, las que presente una autoridad superior, una contraparte o la misma sociedad.⁶⁵

Pues bien, existen muchos otros criterios a considerar para calificar la fortaleza o debilidad de un argumento, que no resulta necesario describir a cabalidad en este trabajo; lo relevante de este tópico es que el lector identifique la importancia de que los jueces consideren diversas razones al momento de justificar sus decisiones. La argumentación judicial es una actividad muy completa y demandante, que requiere una capacitación y desarrollo constante por parte de los decisores judiciales en diversos campos del conocimiento; se debe, al menos, ser consciente de ello si se pretende sobresalir en la función judicial.

Por otro lado, se resalta la importancia de la comunicación del mensaje de la sentencia por conducto de los jueces, la cual debe buscar convencer a las partes de su contenido por medio de diversas razones que la respalden, a fin de eliminar cualquier tipo de autoritarismo judicial. Los elementos para la comunicación de la sentencia son tres: destinatarios, lenguaje y texto de la sentencia.⁶⁶

Los destinatarios de la misma no son sólo los abogados de los clientes que analizarán la sentencia, sino más bien las partes a las que se dirige; o sea, los que intervinieron en el conflicto o colisión de derechos, por lo que los decisores deben pensar en éstos como reales destinatarios de la sentencia, para lo cual están obligados a hacer accesible la comunicación. Todavía más, se tienen como destinatarios de la comunicación, a la opinión pública; esto es, la sociedad, así como a los profesores y a los estudiantes de derecho, quienes utilizarán las sentencias para fines didácticos y de libre crítica.⁶⁷

El lenguaje es muy importante en la sentencia, considerando el tipo de destinatarios de la misma; por ello, los decisores deben esforzarse por utilizar un lenguaje que sea entendible para juristas y no juristas; al respecto se sugiere evitar tecnicismos innecesarios y frases rimbombantes, que sólo se llegan a utilizar para demostrar cierto grado de erudición y que no abonan nada a la comprensión de la sentencia; también se exige un lenguaje claro, sencillo y accesible para toda la sociedad.⁶⁸

Por lo que respecta al texto de la sentencia, se tienen como recomendaciones de forma las siguientes: que la misma sea clara, asequible y concreta;

⁶⁵ *Ibidem*, p. 149.

⁶⁶ Somos deudores en este punto de las ideas expresadas por Ernesto Galindo en *Ibidem* p. 200.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 200 y 201.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 201.

se deben usar títulos para separar el contenido de la misma; se tiene que redactar un argumento por cada párrafo, y evitar el uso abusivo del gerundio. Como recomendaciones de fondo, en la sentencia hay que desarrollar de forma exhaustiva los argumentos de uno en uno, a fin de cumplir con el requisito de saturación; se deben construir premisas sobre los hechos y el derecho, las primeras respaldadas por pruebas; las segundas, en las normas jurídicas y sus interpretaciones jurisprudenciales; finalmente, se sugiere utilizar líneas argumentativas (conjuntos parciales de razones) dirigidas a defender o atacar una tesis.⁶⁹

Con base en todo lo señalado, se puede ubicar la complejidad que engloba el razonamiento judicial, el cual debemos seguir analizando en aras de contribuir a su desarrollo; para ello, en las páginas siguientes se hará un estudio de los diversos criterios de evaluación que postulan algunas teorías de la argumentación jurídica (que bien podríamos denominar “teorías de la argumentación judicial”); antes de ello, se presentarán diversas consideraciones generales en torno a la evaluación de la argumentación jurídica, para lo cual, se aclara que para los fines de esta investigación se identificará con el razonamiento judicial.

VI. SOBRE LA EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

¿Son las teorías de la argumentación jurídica un tema agotado? O, mejor, ¿hemos analizado en toda su complejidad el proceso de toma de decisiones judiciales en nuestro país? Tal vez alguien sensato podría afirmar que ya no tenemos nada por delante en torno al razonamiento jurídico, pues ya todo se dijo; basta con mirar las obras que constantemente surgen sobre argumentación jurídica, tanto a nivel nacional como internacional, parece hasta una moda académica escribir sobre el tema.

Con estas interrogantes e inquietudes iniciamos el desarrollo de este apartado, por lo que a modo de repuestas preliminares a las mismas se indica que a pesar de la constante producción científica sobre la materia, la argumentación jurídica no está definida, ni mucho menos agotada, ya que desde nuestra perspectiva ha faltado un análisis más comprometido con las cuestiones sustanciales del razonamiento, a saber: mejorar la evaluación o calificación de las decisiones judiciales, pues no basta con presentar un modelo para la argumentación, sino que requiere además fiscalizar de forma interna y externa el mismo; en otras palabras, calificarlo. Bajo este sendero, se observa que no

⁶⁹ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

hemos caracterizado en toda su complejidad el proceso de toma de decisiones, pues la mayoría de las investigaciones detallan los modelos actuales de argumentación, pero omiten dialogar, analizar y criticar los criterios para su evaluación (la pretensión de corrección, como técnicamente se le conoce), que en nuestra opinión constituyen una parte esencial del razonamiento judicial.

Repasemos estas ideas con un ejemplo: imagine que usted tuviera que resolver, en su carácter de autoridad judicial, una colisión entre dos derechos humanos que le han planteado las partes en un caso concreto. Como se asumiría, conoce a detalle diversas teorías de la argumentación jurídica, para lo cual decide aplicar la de Manuel Atienza, porque ha tenido mucho difusión en México; en ese sentido, sabe que la misma se compone de diversos pasos a seguir para tomar una decisión correcta; pensemos que los sigue al pie de la letra, además de presentar diversas razones para sustentar su postura y llega, finalmente, a un resultado, decantándose por la restricción (temporal) de un derecho humano y la plena vigencia del derecho que juega en sentido contrario.

Con base en lo anterior, de cara a las partes y a la sociedad, parecería que ha cumplido su función de forma adecuada, pues presentó diversas razones para sustentar la restricción de un derecho humano en aras de lograr el ejercicio de otro derecho humano, mediante la utilización del método de Atienza. Nadie, pues, en escrito sentido, podría decir que su decisión es incorrecta, y se podría dar por terminado, aparentemente, el proceso decisorio.

Pero ¿ha cumplido realmente con su responsabilidad de justificar adecuadamente su sentencia? Si la respuesta es afirmativa, como se esperaría, cabría hacernos otra interrogante: ¿cómo verificó dicha circunstancia?, o ¿qué parámetros utilizó para comprobar interna y externamente la corrección de su decisión? Éstos son los grandes problemas en el ámbito de la argumentación jurídica (no el modelo que se establezca para resolver una tensión de derechos humanos). De esta manera, se asume que el proceso de justificación judicial no se representa con un simple seguimiento de cierto método para la toma de decisiones; ello es sólo un paso, pero se exige más compromiso en la emisión de una decisión; a saber: el pasarla por algún filtro de corrección; esto es, fiscalizarla, a fin de asegurar que la determinación emitida es efectivamente la más correcta, no sólo por estar respaldada por una abanico de razones de diversa naturaleza, sino, además, porque logra acreditar cada uno de los criterios de calificación o evaluación que se establezcan al respecto.

Bajo este sendero, si bien en nuestro país todos son expertos en argumentación jurídica, como lo demuestra la demanda de cursos, especialida-

des y maestrías sobre el tema en el ámbito nacional e internacional y las hojas de vida de los egresados de los mismos, cabría preguntarnos qué tipo de criterios de la argumentación jurídica están utilizando; más aún: qué mecanismos de fiscalización interna y externa del razonamiento judicial reconocen y aplican, y si es necesario generar nuevas líneas de investigación sobre la calificación de la argumentación jurídica.

Todas estas preguntas de investigación se buscarán resolver a lo largo de este trabajo; por ahora, cabe indicar que existe desinterés en nuestro país sobre los criterios de evaluación de la argumentación jurídica, tal vez se asumen implícitamente, sin reparar en los mismos, pues se observa que efectivamente se han aplicado criterios de evaluación por parte de juzgados de distrito y tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación y la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque es conveniente preguntarse si existe alguna preferencia en la utilización de los mismos por parte de dichos órganos jurisdiccionales, lo que parece afirmativo, ya que ha adquirido carta de naturalización el principio de proporcionalidad de Alexy, por lo que se esperaría, paralelamente, una justificación de dicha preferencia.

Con mucho, se considera que necesitamos mejorar (perfeccionar) el ejercicio de la evaluación de la argumentación jurídica, generando nuevos parámetros o líneas de calificación que sean apropiados a nuestro contexto y de fácil operatividad para beneficio de los derechos humanos de las personas, y no para exteriorizar cierta erudición jurídica, la cual, como se ha afirmado, no abona nada a la idea de justicia abierta que demanda la sociedad mexicana.

Partimos de la postura de que no debemos ser simples replicadores nacionales de las teorías de la argumentación jurídica formuladas en otros contextos, sino más bien críticos constructivos de las mismas, para lo cual un buen inicio es reflexionar sobre los criterios de evaluación que postulan y, de ser posible, dialogar con los mismos, con el objetivo de ubicar y aislar sus mejores elementos, los que pudieran ser adoptados en el seno de la toma de decisiones judiciales en nuestro país.

Ahora bien, se resalta que a pesar de la existencia de diversos criterios objetivos de evaluación de la argumentación jurídica (los que analizaremos más adelante), ello no significa que con la simple aplicación de los mismos se puedan resolver todos los inconvenientes de la calificación y fiscalización del proceso de razonabilidad judicial, una tarea por cierto sumamente compleja. Lo anterior, ya que los criterios de corrección son insuficientes; algunos comportan dificultades en su materialización (como se verá al estudiar ciertos casos prácticos); otros más son discutibles en varios de sus elementos;

finalmente, algunos son excesivamente indeterminados. Todo ello, sin considerar que entre los mismos criterios pueden surgir contradicciones.⁷⁰

Con todo, en nuestra opinión, existen argumentos (positivos) para comenzar con su análisis bajo una perspectiva transversal, crítica y propositiva, a fin de contribuir con el mejoramiento de la toma de decisiones judiciales en nuestro país, con independencia de que se lleguen o no a resolver los mencionados inconvenientes que supone la aplicación de los diversos criterios de evaluación de la argumentación jurídica.

De esta forma, se comparte el postulado respecto a que la insuficiencia de los criterios de corrección de la argumentación para atender todos los problemas en torno a la evaluación de la misma puede o debería asumirse como una llamada a la concepción de razonabilidad, que se conecta con la idea de aceptabilidad, equilibrio y balance entre diversas exigencias y articulación óptima,⁷¹ elementos que se deben considerar al momento de analizar los criterios de pretensión de la corrección de las decisiones judiciales si se quiere avanzar en el tema, desde un modelo ecléctico, que considere los diversos postulados e ideas planteados por las teorías de la argumentación jurídica.

Pues bien, una vez explorado el panorama general sobre los criterios de evaluación en la argumentación, estamos en posibilidad de describir concretamente los parámetros que han esbozado y defendido algunas teorías de la argumentación jurídica, lo cual será útil para nuestra investigación en dos sentidos: primero, para analizar el estatus actual sobre los criterios de evaluación en el contexto global; segundo, para ubicar el grado de importancia que las teorías de la argumentación jurídica le otorgan a los criterios de corrección. En el siguiente capítulo estudiaremos con detalle estos temas fundamentales para los fines de nuestra investigación.

⁷⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación..., cit.*, p. 562.

⁷¹ Somos deudores en este punto de los postulados expresados por Atienza, Manuel, *Curso de argumentación..., cit.*, pp. 563 y 564.