



Garantía de legalidad y las teorías de la argumentación jurídica¹

Irma Rivero Ortiz de Alcántara
Magistrada del Cuarto Tribunal Colegiado en
Materia Penal del Primer Circuito

Sumario: I. *Theodor Viehweg y la Tópica*. II. *Chaim Perelman y la Nueva Retórica*. III. *Rieke-Janik Toulmin*. IV. *Neil MacCormick*. V. *Robert Alexy*. VI. *Manuel Atienza*

Al inicio de su obra, intitulada *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*., el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, Manuel Atienza, señala que la práctica del Derecho consiste, de manera fundamental, en argumentar, de ahí que no nos deba resultar extraño abordar cuestiones relativas a dicho tema. Sin embargo, continúa diciendo el citado profesor, muy pocos juristas han leído alguna vez un libro que verse sobre “*Teorías de la argumentación jurídica*”.

Es una evidencia que a diario argumentamos, no hay duda. Habrá quizá buenos y malos argumentos, incluso, cuando se acerca un postulante a un juzgador a realizar un “alegato de oreja”, argumenta lo que considera benéfico a los intereses que representa; es más, si alguno

¹ Ponencia presentada en las Jornadas sobre Interpretación y Argumentación Judiciales, el día 16 de octubre de 2002, en la mesa de trabajo correspondiente al tema: *Garantía de legalidad (interpretación del artículo 16 constitucional: fundamentación y motivación de las decisiones judiciales) y la teoría de la argumentación jurídica*.

de ustedes solicitó a su jefe permiso para asistir el día de hoy a esta plática, seguramente argumentó para obtener la autorización necesaria.

Argumentar, en términos muy sencillos, es exponer razones a favor de una idea. En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia se establece que argumento es el *“razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien, para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega”*.

Quienes estamos inmersos en la práctica del derecho, constantemente argumentamos. Se afirma que en el quehacer jurídico, más que en cualquier otro, pueden aplicarse las ahora llamadas *“Teorías de la argumentación”*.

Nos corresponde abordar el tema relativo a la *“Garantía de legalidad y las Teorías de la Argumentación jurídica”*. Hacerlo en pocos minutos es una labor difícil; en principio, porque la garantía de legalidad representa un tema que desde luego permitiría agotar todo el tiempo que se me ha asignado, pero además, porque las teorías de la argumentación, en sí mismas, constituyen un asunto sobre el cual se comienza a discutir y saltan más dudas que respuestas.

En la actualidad desempeño una función jurisdiccional y las resoluciones que conjuntamente con mis compañeros de tribunal se emiten, deben reunir ciertos requisitos legales para su validez; además, tenemos la obligación de justificarlas, de ahí la importancia que la argumentación tanto para mí como para cualquier persona que realice la función de juzgador.

En las diversas teorías de la argumentación que analizaremos, aparece como una constante la necesidad de justificar los casos difíciles, como si los casos fáciles pudiesen quedar carentes de justificación. Por supuesto que lo anterior no es así, pero es claro que ante un problema sencillo basta con un argumento poco complejo para justificar una determinación.

Pues bien, después de esta breve referencia introductoria, empezaré por comentarles acerca de la garantía de legalidad, para después tratar de relacionarla con la argumentación.

Por cuando hace a la garantía de legalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que en el primer párrafo del artículo 16 constitucional se contiene este principio, el cual ha sido resumido de la siguiente forma: *“Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les*

permite.”² También debe señalarse que del sistema constitucional que nos rige, se infiere que ninguna autoridad puede dictar mandato alguno que no encuentre apoyo en un precepto de la ley.

El primer párrafo del artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, tal y como lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recoge el principio de legalidad de los actos de autoridad, que constituye una de las bases fundamentales del Estado de Derecho. Como es sabido, tal principio tiene sus orígenes modernos en el pensamiento de los filósofos y juristas de la época de la Ilustración, para quienes la ley era la expresión de la voluntad general, de la razón y de la soberanía. La ley a que se refiere este precepto constitucional es la disposición general, abstracta e impersonal, aprobada por el órgano legislativo, electo por el sufragio libre del pueblo.

En materia penal, el principio de legalidad se encuentra recogido en el párrafo tercero del artículo 14 de nuestra Carta Magna, el cual indica: *“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”* Doctrinalmente, este principio se expresa mediante el aforismo latino *“Nullum crimen nulla poena sine lege”*, que no proviene precisamente del Derecho Romano, sino del penalista alemán Feuerbach, quien lo vinculó primordialmente a la teoría de la pena como coacción psicológica (Bacigalupo: 55).

El principio de legalidad en materia penal exige la existencia de una ley previa, escrita y estricta, es decir, que haya sido expedida con anterioridad al hecho que se pretenda juzgar (publicada y difundida), plasmada por escrito para que exista certeza sobre su contenido y alcances y sin ambigüedades, excluyendo así la aplicación retroactiva de la ley, la adopción del derecho consuetudinario, la vaguedad y la analogía, cuando todo ello sea en perjuicio de reo.

Pero decir que la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permite y que no existe delito ni pena sin una disposición general, abstracta y permanente, emanada del legislador que sea previa, escrita y estricta, no basta. En primer lugar, porque la ley en la gran mayoría de los casos

² Jurisprudencia 87, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Quinta Época, publicada en la página 69 del Tomo VI, Materia Común, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, bajo el rubro “AUTORIDADES”.

no resulta del todo clara o en su texto se introducen elementos que requieren de una valoración para determinar su sentido; por otra parte, existe el arbitrio judicial y desde luego que éste implica cierta libertad de decisión dentro de los límites previstos por la ley.

Un ejemplo claro de lo anterior lo tenemos en el derecho romano arcaico, en donde al lado de las XII Tablas y en cierta forma como consecuencia de éstas, surgió la interpretación de los prudentes, quienes exponían qué decía el derecho, a grado tal que el derecho civil fue considerado como obra de los prudentes.

Actualmente nadie considera que los juzgadores somos simples aplicadores mecánicos de los textos normativos, como lo pretendió Beccaria, sino debemos ponderar qué establece la norma y resolver el caso concreto procurando soluciones equitativas, entendida esta última expresión como la justicia del caso concreto. La interpretación del derecho es la función central de la jurisprudencia, siendo el intérprete una especie de intermediario entre el objeto a interpretar (en este caso la ley) y las demás personas que son legas en la materia. Según Guastini, la interpretación es la actividad que tiene como fin averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, señalando que en un concepto amplio, cualquier texto se interpreta, pero si restringimos el concepto de interpretación, sólo serían interpretables los oscuros o poco claros (2001: 3-5). Este mismo autor sostiene que interpretar es un verbo que concierne a cualquier sujeto, pero el verbo aplicar únicamente a aquellos que se desempeñan en órganos jurisdiccionales (Ibid: 9). Al respecto, Rolando Tamayo y Salmorán señala que es fácil apreciar que los materiales jurídicos (constitución, leyes, etcétera) se encuentran dirigidos a ciertos individuos, los cuales tienen que aplicarlos, y para que se apliquen es necesario establecer su sentido (1998: 327).

Como se puede observar, la función jurisdiccional no es labor sencilla, pues además de interpretar la ley, que lleva implícito el encontrarla, es decir, el hallar la que resulte aplicable al caso concreto, hay que fundar y motivar nuestras determinaciones, lo que se puede expresar en otros términos bajo el concepto de “*justificar*”, y es así como llegamos al campo de la argumentación jurídica.

Decía en un principio que a diario argumentamos. La argumentación no es exclusiva del quehacer jurídico, pero sí representa en nuestra actividad profesional un espacio en donde la argumentación impera.

Si argumentar es exponer razones en favor de una idea, es claro que todo postulante y todo juzgador arguye en beneficio de lo que expone, pero también ha de aceptarse que existen magníficos y pésimos argumentadores. Conocer lo que proponen "*Las Teorías de la Argumentación Jurídica*" no sólo nos ayudará a conocer científicamente lo que hacemos como fruto de la experiencia, sino también nos auxiliará para mejorar nuestros dones argumentativos o para fijar reglas en aras de una discusión óptima.

Podemos distinguir tres contextos básicos de la argumentación jurídica son: a) El de la producción o establecimiento de las normas jurídicas, ya sea en su fase prelegislativa o fase propiamente legislativa; b) El de aplicación de las normas jurídicas en la resolución de los casos específicos; y c) El de la dogmática jurídica. A nosotros nos interesa el contexto relativo a la aplicación de las normas jurídicas en la solución de casos concretos. En éste se decide y por supuesto se argumenta, brindando razones para explicar y justificar la decisión. Tengamos en cuenta tres modos de justificar una decisión: 1) Apelando a la autoridad; 2) Apelando al procedimiento; y 3) Apelando al contenido.

La justificación interna se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas, es decir, se reduce a un problema de lógica jurídica. La justificación externa, en cambio, se refiere a la justificación de las premisas, recurriendo a teorías que no son necesariamente formales.

Apuntado lo anterior, abordemos las más significativas teorías de la argumentación, tratando de aterrizarlas a nuestra realidad jurídica.

I. THEODOR VIEHWEG Y LA TÓPICA

Su obra se titula "*Tópica y Jurisprudencia*". Se publicó por primera vez en 1953, siendo uno de sus temas centrales la contraposición de la lógica formal y la tópica, caracterizada esta última por lo siguiente: 1) La tópica es, desde el punto de vista de su objeto, una técnica del pensamiento problemático; 2) Desde el punto de vista del instrumento con que opera, parte de la noción de "*topos*" o "*lugar común*"; y 3) Desde el punto de vista de su actividad, es una búsqueda y examen de premisas.

El punto más importante en el examen de la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta

hacia el “*problema*”. Todo problema objetivo y concreto provoca un juego de situaciones, que se denomina tópica o arte de la invención. En este último punto, se asemeja a la idea de la “*inventio*” planteada por Cicerón y que consiste en la búsqueda de argumentos para solucionar un caso concreto.

Bajo la conceptualización de un problema, la tópica aparece como una técnica para la solución de casos difíciles, entendidos éstos como toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta.

La función de los tópicos, tanto generales como especiales, consiste en servir para la discusión de un problema. Se trata de buscar datos tendientes a la solución y con ellos se forma un catálogo de tópicos que posteriormente se vinculan lógicamente entre sí, permitiendo de esa manera hacer deducciones de corto alcance. Así surgen premisas fundamentales que se legitiman por la aceptación del interlocutor, es decir, uno se orienta por la efectiva o probable oposición del adversario, surgiendo premisas “*relevantes*”, “*irrelevantes*”, “*admisibles*”, “*inadmisibles*”, “*aceptables*”, “*inaceptables*”, “*defendibles*”, “*indefendibles*”, “*apenas defendibles*”, etcétera. Luego se entra a la discusión bajo un método dialéctico y lo que en la disputa ha quedado probado se admite como premisa de la que se continúa por deducción en la solución del caso planteado, teniendo en ese momento que abandonarse la tópica, que fue la que nos sirvió para establecer premisas, para simplemente deducir.

Ejemplo: Un motociclista observa delante de sí a un trolebús que hace alto total. El motociclista tiene la luz verde del semáforo y decide rebasar al trolebús por la derecha, atropellando a un peatón que salió de pronto, el cual cruzó la calle. Precisamente el chofer del trolebús había frenado al verlo, por lo que se había detenido. Los datos a investigar son, entre otros, la velocidad a que iba el motociclista; si se trataba de una esquina o no; si el chofer del trolebús frenó repentinamente; etc. Una vez obtenidos los datos, se procede por deducción. Por ejemplo, si se trataba de un cruce peatonal, era muy probable que el trolebús se haya detenido por el paso de un peatón. Si el motociclista intentaba rebasar, debió hacerlo por la izquierda. Si iba a una velocidad excesiva, no pudo frenar a tiempo, etc.

Manuel Atienza critica las ideas de Viehweg indicando que las nociones básicas de la tópica son imprecisas y equívocas, que incluso la noción de problema en la teoría de Viehweg es vaga. Nosotros

podemos establecer, al respecto, que una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una determinada premisa o conclusión y otra el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión. Para Atienza, el mérito fundamental de Viehweg no es el haber construido una teoría, sino el haber descubierto un campo para la investigación, lo que desde luego compartimos porque es útil escudriñar mentalmente acerca de todas las posibles premisas (razones) que nos pudieran servir de apoyo para solucionar un caso concreto o un problema jurídico específico, eligiendo la más convincente teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso.

II. CHAÏN PERELMAN Y LA NUEVA RETÓRICA

Perelman parte de la distinción básica de origen aristotélico entre razonamientos analíticos o lógico-formales y razonamientos dialécticos o retóricos, situando a su teoría de la argumentación en este segundo apartado. Establece que la lógica formal se mueve en el terreno de la necesidad, en donde el paso de las premisas a la conclusión es necesario, por lo que si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión también lo será. A diferencia de los razonamientos analíticos, los argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, sino mostrar el carácter razonable o plausible de una determinada decisión u opinión. Por ello es fundamental comprender que en la argumentación existe la referencia a un auditorio al que se trata de persuadir.

Este autor designa a su teoría con el nombre de “*retórica*” antes que el de “*dialéctica*”, precisamente por la importancia que concede a la noción de “*auditorio*”, que es en cierta medida el elemento central de su postura. Dice que en la argumentación se pueden distinguir tres elementos, que son: 1) El discurso; 2) El orador; y 3) El auditorio. Al auditorio lo define como “*el conjunto de todos aquéllos en quienes el orador quiere influir con su argumentación*”.

Para Perelman existen tres tipos de géneros oratorios: a) El deliberativo, empleado ante la asamblea; b) El judicial, utilizado ante los jueces; y c) El epidíctico, que se usa con espectadores que no tienen que pronunciarse sobre el tema a tratar. Su distinción obedece precisamente al tipo de auditorio ante el cual se habla. Perelman centra su atención en lo que el llama “*auditorio universal*”, cuyas notas distintivas son:

- Es un concepto límite, en el sentido de que la argumentación ante el auditorio universal es la norma de la argumentación objetiva.
- Dirigirse al auditorio universal es lo que caracteriza a la argumentación filosófica.
- El auditorio universal no es un concepto empírico.
- El auditorio universal es ideal, en tanto que se considera conformado por todos los seres de razón, de acuerdo con la consideración del propio orador.
- Cada orador construye su propio auditorio universal.

La noción de auditorio universal permite distinguir entre persuadir y convencer.³ Una argumentación persuasiva, para Perelman, es aquella que sólo vale para un auditorio particular, en tanto que una argumentación convincente es la que se pretende válida para todo ser de razón.

La argumentación, a diferencia de la demostración, está estrechamente vinculada a la acción. La argumentación es una acción o un proceso, con el que se pretende obtener un resultado, identificado como la adhesión del auditorio, pero ello sólo por medio del lenguaje, es decir, prescindiendo del uso de la violencia. Lo que caracteriza a un auditorio no es tanto los valores que admite, sino la manera en que los jerarquiza. Una forma de justificar una jerarquía es recurrir a premisas de orden muy general, es decir, a los lugares comunes o tópicos. La tópica vendría a constituir, en la teoría de Perelman, un aspecto de la retórica.

El autor en comento hace una clasificación general de las técnicas argumentativas, dividiendo a los argumentos en dos grupos, según puedan verse como procedimientos de enlace o de disuasión. A los primeros los subdivide a su vez en tres categorías:

- Cuasi-lógicos;
- Basados en la estructura real; y
- Argumentos que fundan la estructura de lo real.

³ De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, vigésima primera edición, persuadir es obligar con razones, mientras que convencer es probar una cosa de manera que racionalmente no se pueda negar.

Por ejemplo, un argumento basado en la realidad es el que vincula el acto con la persona, como ocurre en el llamado argumento de autoridad. En este caso, la investidura de quien resuelve da fuerza al argumento, independientemente de su contenido (obviamente deben cumplirse ciertos requisitos formales que la propia ley establece, por ejemplo tratándose de sentencias).

Los argumentos de disuasión presuponen la unidad primitiva de elementos que deben ser separados, confrontando así tesis, ideas, hechos o verdades. Pensemos por ejemplo en la teoría analítica del delito, en donde el todo se descompone en sus partes para su estudio, como resulta ser la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, cada una de ellas con sus elementos característicos.

Para Perelman, los elementos de una argumentación están en constante interacción, pero deberá establecerse un orden para distinguir su fuerza convictiva. Dice que la lógica jurídica no es una rama de la lógica formal aplicada al Derecho, en virtud de que los razonamientos jurídicos no pueden reducirse a razonamientos lógico-formales, sino que se sitúan en una rama de la retórica. A diferencia de lo que ocurre en las ciencias deductivas, en la argumentación jurídica resulta difícil lograr un acuerdo entre las partes, es decir, la argumentación tiene el carácter de una controversia, sin embargo, sostiene que en el Derecho esa dificultad es superada a través de la imposición de una decisión por vía de autoridad.

De acuerdo con Manuel Atienza, parecería que un buen argumento es el que convence al auditorio universal, pero Atienza señala que tal concepto resulta ambiguo en la teoría de Perelman, ya que dicho autor sostiene que si cada orador construye su propio auditorio universal, hace depender a dicho concepto de apreciaciones eminentemente subjetivas.

Si quisiéramos formar las ideas de Perelman para tratar de aplicarlas a nuestra labor cotidiana, pensemos en que para quienes desempeñan la función de juzgador -o auxilian en ella- el auditorio universal al que se refiere el autor estaría conformado por las partes contendientes y por la sociedad en general, a los que tenemos que convencer, no sólo persuadir, a través de la argumentación objetiva plena de razones; más aún si se atiende a que recientemente se ha otorgado a dicha sociedad el derecho de conocer las razones en las que se apoyó un fallo judicial.

III. RIEKE-JANIK TOULMIN

Toulmin no busca su inspiración en una recuperación de la tradición tópica como Viehweg o en la retórica como Perelman, sino que parte de la idea de que la lógica es algo que tiene que ver simplemente con la manera en que los hombres piensan. Señala que un argumento bien fundado, es aquel que resiste a la crítica y a favor del cual puede presentarse un caso que satisfaga los criterios requeridos para merecer un veredicto favorable. Para este autor, aunque exista una gran variedad de usos del lenguaje, es posible distinguir entre un uso instrumental y un uso argumentativo del mismo. El primero tiene lugar cuando las emisiones lingüísticas consiguen sus propósitos directamente, sin necesidad de producir razones adicionales, como sucede cuando se ordena algo. Por ejemplo, un Coronel no tiene por qué darle explicaciones a un Teniente sobre lo ordenado, a fin de justificar lo que le manda. En cambio, en el uso argumentativo del lenguaje, las emisiones lingüísticas fracasan o triunfan según puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas, como sucede cuando se hace valer una pretensión jurídica.

De acuerdo con Toulmin, en un argumento pueden distinguirse cuatro elementos que están siempre presentes: 1) Pretensión; 2) Razón; 3) Garantía; y 4) Respaldo. La pretensión significa tanto el punto de partida como el destino de la argumentación; las razones son los hechos específicos del caso; los enunciados generales que justifican el paso de las razones a la pretensión son la garantía, es decir, una especie de receta general que permite producir el resultado combinando los ingredientes; finalmente, el respaldo es la aplicación de esa garantía al hecho, de tal suerte que ésta deja de ser hipotética.

Ejemplo:

- a) *Pretensión: El M.P. solicita se aplique a Juan la pena prevista por la ley para el delito de homicidio calificado.*
- b) *Razón: Pedro murió y se ha probado que Juan le suministró una dosis de veneno en sus alimentos antes del fallecimiento.*
- c) *Garantía: El veneno es un medio idóneo para producir la muerte y quien lo suministra a otro comete el delito de homicidio calificado, ya que actúa con premeditación.*

d) Respaldo: Juan mató a Pedro suministrando veneno, por lo que se le aplica a Juan la pena prevista para el delito de homicidio calificado, como pretendió el M.P.

La presencia de estos elementos hace que el argumento de que se trate sea válido o correcto, pero la fuerza argumentativa obedece a una cuestión distinta. En los argumentos formales lo único que interesa es su estructura interna, esto es, la cuestión de si el argumento es o no correcto desde un punto de vista lógico, sin que quepa plantear cuestiones de relevancia externa. En los argumentos no formales, por el contrario, interesan tanto las cuestiones de estructura interna, como las que tiene que ver con la relevancia externa.

Un estudio de los argumentos no estaría completo si no se incluyeran las falacias, es decir, las formas en que se argumenta incorrectamente. Para Toulmin, las falacias se pueden producir por falta de razones, razones irrelevantes, razones defectuosas, suposiciones no garantizadas y por ambigüedades.

Ejemplo: Al practicarse la necropsia a Pedro se determina que éste murió de un infarto, sin que exista relación causa efecto entre el veneno y la afectación cardiaca, amén de que la dosis suministrada por Juan no era mortal.

Por lo que se refiere en lo particular a la argumentación jurídica, Toulmin considera que el sistema jurídico proporciona el foro más intenso para argumentar acerca de versiones distintas de los hechos implicados en un conflicto que no ha podido solucionarse a través de la mediación ni la conciliación.

Resulta importante resaltar que cualquier decisión jurídica implica una línea compleja de razonamiento, pues tal decisión no puede verse como un fin último, sino como un paso en el proceso continuo de decidir disputas sociales en el foro del Derecho. La empresa del Derecho no consiste únicamente en resolver casos concretos, sino también en hacer que esas decisiones puedan servir como orientación para el futuro.

IV. NEIL MACCORMICK

Como hemos visto, las teorías de la argumentación de Viehweg, Perelman y Toulmin, aunque difieren entre sí, tienen en común el

rechazo de la lógica deductiva. En eso también está de acuerdo MacCormick. Para este autor, la argumentación práctica en general y la argumentación jurídica en lo particular, cumplen una función de justificación, incluso, afirma que la argumentación explícita que puede hallarse en las sentencias judiciales está dirigida a encubrir las verdaderas razones de la decisión. Justificar una decisión jurídica quiere decir dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran *“la justicia de acuerdo con el Derecho”*.

MacCormick parte de considerar que al menos en algunos casos, las justificaciones que llevan a cabo los jueces son de carácter estrictamente deductivo. Según él, un problema de interpretación existe cuando no hay duda sobre cuál es la norma aplicable; los problemas de relevancia plantean en cierto modo una cuestión previa a la interpretación, relativa a saber si existe una norma que aplicar; los problemas de prueba se refieren al establecimiento de la premisa menor y finalmente, los problemas de calificación o de *“hechos secundarios”*, que se plantean cuando no existe duda sobre la existencia de determinados hechos primarios (que se consideran probados), pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.

Ejemplo: *Juan mató a Pedro, pero alega que desconocía que la sustancia que suministró fuera veneno, pues la etiqueta del frasco había sido cambiada, ignorando Juan esa circunstancia. O bien, se demostró plenamente la muerte, pero se discute si el veneno fue lo que la provocó.*

a) La justificación en los casos difíciles. El requisito de universalidad

La tesis de MacCormick consiste en afirmar que justificar una decisión en un caso difícil significa, en primer lugar, cumplir con el requisito de universalidad y, en segundo término, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema, lo que significa que reúna los requisitos de consistencia, coherencia y de relación con el mundo.

El requisito de universalidad exige que para justificar una decisión normativa, se cuente por lo menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de principio, brindando razones en su favor. La universalidad no es lo mismo que la generalidad, pues la universalidad

es un requisito lógico que no tiene nada qué ver con la especificidad de la norma.

b) La justificación de segundo nivel

El problema acerca de cómo justificar la elección de una u otra norma general, hace surgir la necesidad de una justificación de segundo nivel, también conocida como justificación externa. El que una decisión tenga sentido en relación con el sistema significa que satisfaga los requisitos de consistencia y de coherencia. La consistencia se satisface cuando las premisas normativas no entran en contradicción con normas válidamente establecidas o con los elementos de prueba. En relación con la coherencia, conviene distinguir entre coherencia normativa y coherencia narrativa. Una serie de normas, o una norma, es coherente, si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que a su vez resulten aceptables, en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria. La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea de que el Derecho es una empresa racional. La coherencia narrativa suministra un *test* en relación con cuestiones de hecho, cuando no cabe una prueba directa, empleándose entonces la observación inmediata entre esos elementos fácticos.

Ejemplo: *Sherlock Holmes duda de que el forastero detenido por la policía haya sido en realidad el ladrón del caballo, lo que lo mueve a pensar así es que ello resulta incoherente con el hecho de que el perro que se hallaba en el establo no hubiera ladrado durante la noche, pues los perros acostumbran ladrar a los forasteros; así pues, resulta más coherente pensar que el ladrón no fue un forastero, sino algún habitante de la casa.*

En la idea de la coherencia se basan dos tipos de argumentos que juegan un papel muy importante en la resolución de los casos difíciles: Los argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía. Para MacCormick, los principios se caracterizan por ser normas generales y tienen un valor positivo, lo que hace que cumplan una función de justificación. Los principios son necesarios para justificar una decisión en un caso difícil, pero un argumento basado en algún principio, según MacCormick, no tiene carácter concluyente, como sí lo tendría si se

basara en alguna norma obligatoria. La analogía presupone también la coherencia del Derecho e implica siempre un momento valorativo, pues las semejanzas entre los casos no se encuentran, sino que se construyen, se sustentan, precisamente, en razones de principios.

¿Qué se entiende por consecuencialismo para MacCormick?

MacCormick distingue entre el resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida; el resultado, podríamos decir, forma parte del propio concepto de acción. Las consecuencias son los estados de cosas posteriores al resultado. El consecuencialismo no juega un papel preponderante en la justificación de las decisiones, ya que los argumentos consecuencialistas no son concluyentes.

En torno al consecuencialismo en el artículo 55 del Código Penal Federal se establece que: Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.

c) Tesis de la única respuesta correcta

En los casos difíciles no puede pretenderse la existencia de una única respuesta correcta. Existe cierta discrecionalidad, pero ésta no es considerable, ya que los jueces deben decidir ajustándose a los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias. Para MacCormick, el Derecho no está interesado sólo en la verdad, sino también en resolver conflictos sociales. Por otro lado, el que una decisión sea final no quiere decir que sea infalible. Tiene sentido decir que una decisión puede ser final y válida, pero equivocada. Si fuera cierto que la verdad depende de lo que un juez u otra autoridad establecen como verdadero, entonces los jueces serían

infalibles. Por ello hay que distinguir entre verdad histórica y verdad legal.

MacCormick propone una solución semejante a la de Perelman: Ante un caso difícil caben diversas soluciones razonables y puesto que es necesario tomar una decisión, el criterio de corrección termina siendo el de la autoridad.

V. ROBERT ALEXY

a) La teoría del discurso como teoría procedimental. Fundamentación de las reglas del discurso

Según Alexy, para fundamentar las reglas del discurso pueden seguirse cuatro vías: La primera consiste en considerarlas como reglas técnicas, esto es, como reglas que prescriben medios para lograr fines. La segunda vía es la de la fundamentación empírica y consiste en mostrar que ciertas reglas rigen de hecho, o bien, que los resultados producidos de acuerdo con determinadas reglas se corresponden con nuestras convicciones normativas realmente existentes. La tercera vía es la de la fundamentación definitoria y consiste en analizar las reglas que definen un juego de lenguaje y aceptarlas como criterio. Finalmente, la cuarta vía, a la que denomina pragmático-trascendental o pragmático-universal, consistente en mostrar que la validez de determinadas reglas es condición para la posibilidad de la comunicación lingüística.

b) Las reglas y formas del discurso práctico general

Las reglas fundamentales. Conformen la condición necesaria para cualquier comunicación. Dichas reglas enuncian los principios de no contradicción, de sinceridad, universalidad y de uso común del lenguaje. Se formulan de la siguiente manera:

- *Ningún hablante puede contradecirse.*
- *Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.*
- *Todo hablante que aplique un predicado "F" a un objeto "A" debe estar dispuesto a aplicar "F" a cualquier objeto igual a "A" en todos los aspectos relevantes.*

- *Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales los aspectos relevantes.*
- *Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.*

Ejemplo: A Juan se le acusa de abandono de familia, por haber salido del domicilio conyugal dejando en él a su esposa y a su hija. Juan alega que al abandonar su domicilio, les dejó un techo en el que los acreedores alimentistas no debían erogar gasto alguno por concepto de renta, agua, luz y gas. Juan cree que el concepto de alimentos es restringido y estima que brindando comida cubriría su obligación, pero el Juez lo condena porque un cumplimiento parcial no le exime de su responsabilidad, justificando su fallo en el concepto legal de alimentos que Juan pretende restringir. El uso de la expresión "alimentos" debe ser en igual sentido.

Las reglas de la razón. Son las que definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso. Se enuncian así:

- *Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.*
- *Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.*
- *Todos pueden problematizar cualquier aserción.*
- *Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.*
- *Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.*
- *A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos anteriormente fijados, mediante coerción interna o externa al discurso.*

Las reglas sobre la carga de la argumentación. Son eminentemente técnicas y tienen como finalidad facilitar la argumentación. Estas serían las siguientes:

- *Quien pretende tratar a una persona "A" de manera distinta que a una persona "B", está obligado a fundamentarlo.*

- *Quien ataca una proposición o a una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.*
- *Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contra argumentos.*
- *Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.*

Las formas de los argumentos. Para Alexy, hay dos formas de argumento específicas en el discurso práctico para fundamentar un enunciado normativo singular, ya sea por referencia a una regla o señalando sus consecuencias. Si se elige la primera vía, además de una regla debe presuponerse también un enunciado de hecho que describe las condiciones de su aplicación. Si se escoge la segunda vía, se debe sobreentender que existe una regla que dice que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria o buena.

Cuando se usan reglas diversas que pueden llevarnos a resultados incompatibles, se necesita añadir reglas de prioridad.

Reglas de la fundamentación. Como las reglas señaladas dejan abierto un campo amplísimo de indeterminación, hay que añadir un quinto grupo de reglas, a las que Alexy denomina de fundamentación y que son:

- *Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.*
- *Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.*
- *Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.*
- *Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben pasar la prueba de su génesis histórico-crítica, es decir, que no haya perdido su justificación o si originariamente no la tenía, ahora existen datos para aceptarla.*

- Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórico-individual, esto es, que no se haya establecido sobre bases de sociabilización no justificables.

- Hay que respetar los límites de realizabilidad dados de hecho.

Reglas de transición. Se establecen para resolver problemas que surgen durante el discurso, ya sea por cuestiones de hecho, de carácter lingüístico, conceptual o práctico.

- Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

- Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis de lenguaje.

- Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

Para Alexy, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Se distinguen dos aspectos de la justificación de las decisiones jurídicas: la justificación interna y la justificación externa. Por lo que se refiere a la justificación interna, propone las siguientes reglas:

- Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

- La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

La justificación externa se refiere a la justificación de las premisas y estas últimas pueden referirse a la interpretación, a la argumentación dogmática, al uso de los precedentes, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica o a las formas especiales de argumentos jurídicos. Los argumentos interpretativos son de tipo semántico, teleológico, histórico, comparativo, sistemático y genético⁴.

⁴ El argumento genético justifica una interpretación por corresponder a la voluntad del legislador.

La argumentación a partir de los precedentes atiende a que no es correcto tener decisiones cambiantes e incompatibles entre sí. Aplicar un precedente no constituye una obligación absoluta, pues ello iría en contra de las reglas del discurso, pero existe una carga de la argumentación para justificar el apartarse del precedente establecido. Aquí se aplicarían las siguientes reglas:

- *Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión, debe hacerse.*
- *Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.*

Según Alexy, hay tres formas de argumentos jurídicos especiales, es decir, que se usan especialmente en la metodología jurídica: el argumento a contrario, la analogía y la reducción al absurdo.

Este autor señala que el discurso jurídico tiene límites. Una solución que se haya alcanzado respetando las reglas propuestas es una solución racional, pero no necesariamente correcta. Además, pueden surgir opiniones contrapuestas, pero Alexy dice que lo anterior no desacredita su teoría, porque la existencia de diversas respuestas posibles debe superarse buscando una “*única respuesta correcta*”.

Finalmente, Alexy sostiene que los hablantes pueden modificar los valores en el desarrollo del discurso, lo que desde luego hace que su teoría sea dinámica.

VI. MANUEL ATIENZA

Para Atienza, las cinco concepciones seleccionadas y expuestas anteriormente, pueden clasificarse en dos grupos: En el primero incluye a Viehweg, Perelman y Toulmin, a quienes considera los precursores de las actuales teorías de la argumentación jurídica; en el otro, a MacCormick y a Alexy, a los que califica como creadores de una teoría a la que llama “*estándar*”.

De acuerdo con Atienza, una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas: Su objeto, su método y su función. Dicho de otra manera, se trataría de ver qué es lo que explica, cómo lo explica y para qué lo explica.

Señala que el estudio de la argumentación jurídica no tiene por qué limitarse al contexto de la justificación de las decisiones, sino que sería importante que se extendiera también al descubrimiento. Por ejemplo, dice que no sólo interesa la cuestión de cómo los juristas fundamentan sus decisiones, sino también el cómo llegan de hecho a esa decisión.

Señala que primero hay que determinar el problema a resolver, a fin de determinar si estamos en presencia de un caso difícil. Para Atienza, existen cuatro tipos de problemas jurídicos: 1) Problemas de relevancia, que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso; 2) Problemas de interpretación, que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables; 3) Problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si determinado hecho ha tenido lugar; y 4) Problemas de calificación, que surgen cuando existen dudas sobre si determinado hecho que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado supuesto de hecho.

Ejemplo: *Pedro solicita el divorcio, alegando que su esposa ha cometido adulterio. Arguye que no ha cohabitado con su esposa desde hacía doce meses y resulta que ella acaba de dar a luz a un bebé. Pedro demuestra fehacientemente que no ha tenido contacto con su cónyuge desde su separación, pero ella acredita que el hijo es producto de una inseminación artificial. ¿Cabría establecer adulterio en esas circunstancias?*

Para Atienza, cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, argumentar es un proceso de tipo deductivo; sin embargo, refiere que normalmente se necesita argumentar en aquellas situaciones en que la información de las premisas es deficitaria o excesiva. En estos casos, hay que construir nuevas hipótesis para crear una situación informativa de la que se pueda deducir.

Por ejemplo: *¿El semen utilizado en la inseminación artificial es de Pedro? Si es de un tercero, habría adulterio? Una vez fijadas las premisas, podría deducirse una solución.*

Como sabemos, los órganos jurisdiccionales no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas, con argumentos, con razones. En el contexto del Derecho moderno, en donde existe la obligación de motivar las resoluciones (hay que recordar el contenido

del primer párrafo del artículo 16 constitucional), una adecuada argumentación no sólo contribuye a hacer las resoluciones aceptables, sino también permite que el Derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta humana.

A partir de premisas falsas, se puede argumentar correctamente desde un punto de vista lógico, pero también es posible que un argumento incorrecto desde un punto de vista lógico permita llegar a conclusiones verdaderas si se cuenta con premisas verdaderas. En el Derecho, tanto las premisas como las conclusiones son plausibles y ello permite hablar de la argumentación. En donde existe la posibilidad de tener al menos dos respuestas aceptables, habrá espacio para argumentar, de lo contrario, sería absurdo hacerlo, como por ejemplo, argumentar sobre lo benéfico de la fuerza de gravedad.

Las reglas de la lógica formal se aplican al silogismo teórico que se basa en un acto de pensamiento, pero no al silogismo práctico o normativo. En el silogismo jurídico, que es eminentemente práctico, la primera premisa enuncia una norma general y abstracta en la que un supuesto de hecho aparece como condición para la atribución de una consecuencia jurídica. La segunda premisa representa la situación en que se ha producido el hecho que puede encuadrar en el supuesto normativo. La conclusión es la determinación que vincula la consecuencia jurídica al hecho descrito por la norma.

Aunque parece sencillo, hay supuestos en los que la conclusión del silogismo no representa todavía el fallo contenido en la sentencia, sino que representa un paso previo. En otros casos, aparecen juicios de valor, en donde juega un papel fundamental el arbitrio judicial y en esas circunstancias hay necesidad de justificar cómo se entienden dichos valores.

Recapitulando lo que se ha expuesto, podemos señalar que las sociedades democráticas imponen un esfuerzo justificatorio especial por parte de aquellos en los que se ha depositado el ejercicio del poder. Actualmente, podemos advertir que el mero argumento de autoridad ya no satisface en el ámbito de una cultura que desconfía del poder y que se nutre del pluralismo. Esas razones de índole política y social han fortalecido la necesidad de motivación que pesa sobre los jueces. Por ello, Cappelletti aduce en favor de la legitimidad del Poder Judicial apoyándose en la responsabilidad que tienen sus decisiones; mientras

que Carnelutti apunta que la sentencia que decide bien, pero que razona mal merece ser descalificada jurídicamente, de lo que se infiere que a través de una justificación apropiada se legitima no sólo al agente que la dictó, sino también a la norma.

Finalmente, por su importancia conviene destacar que Rodolfo L. Vigo sostiene que una argumentación adecuada es aquella que satisface requisitos como los siguientes:

- a) Coherencia, no entra en contradicción consigo mismo ni con decisiones anteriores;
- b) Universalizable, vale para el caso y para todos los casos iguales que pudieran presentarse;
- c) Sincera, no se apoya en mentiras ni falsedades a sabiendas;
- d) Eficiente, se orienta a respaldar concretamente la decisión u opinión expuesta;
- e) Suficiente, expresa todos los argumentos fuertes que se pueden aducir a favor del resultado interpretativo defendido;
- f) Controversial, atiende a los argumentos del interlocutor e intenta rebatirlos racionalmente; y
- g) Contextualizada, se argumenta desde cierto sistema jurídico, una comunidad lingüística, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique (s.f.), *Principios de Derecho Penal*, Madrid: Akal/Iure.
- Guastini Riccardo (2001), *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, México: Porrúa.
- Tamayo y Salmorán, Rolando (1998), *Elementos para una Teoría General del derecho. (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, México: Themis.