
EN DEFENSA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA¹

Juan Manuel ROMERO MARTÍNEZ*

El derecho admitido no es simplemente el derecho impuesto por el legislador. Hay que flexibilizarlo para conciliarlo con lo que se considera como equitativo o razonable.

CH. PERELMAN

SUMARIO: I. Introducción; II. Contexto de aparición; III. Importancia; IV. Rasgos generales de los principios y reglas en el derecho; V. Las principales objeciones a la argumentación jurídica principalista; VI. Algunos ejemplos paradigmáticos de la práctica argumentativa principalista en el sistema judicial mexicano; VII. Una defensa metodológica; VIII. Conclusiones; IX. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación busca aportar elementos para la solución de un problema latente en la argumentación jurídica principalista, el enfoque desarrollado en la misma es primordialmente de tipo filosófico, sociológico y jurídico, ello no elimina, sin embargo, la posibilidad de que la presente investigación pueda ser analizada desde otros enfoques o posiciones.

El esquema del trabajo ha sido dividido en varios puntos a fin de facilitar su desarrollo, así abordaremos en primer término el contexto de aparición y la importancia actual de la argumentación jurídica principalista, así como la distinción entre principios y reglas jurídicas ya que es uno de los presupues-

¹ Esta investigación viene a ser un resumen de la tesis de maestría que lleva por título: “*La argumentación jurídica principalista. Una propuesta metodológica*”, elaborada por el autor del presente artículo y que en breve será presentada como disertación de grado.

* ..Candidato a Maestro en Derecho por la Facultad de Derecho, UNAM, miembro del grupo de investigación: “Argumentación jurídica” en el Instituto de Investigaciones Filosóficas en la misma universidad.

tos esenciales para contrastar este tipo de argumentación jurídica con la fundamentación formal; por otro lado, presentaremos las objeciones que se han formulado en contra de dicha argumentación, además de analizar algunos casos judiciales relevantes con el fin de obtener parámetros que mejoren el esquema argumentativo principalista.

Respecto del contenido de la investigación hay que señalar de forma inicial que la argumentación jurídica con principios o principalista es una expresión que ha cobrado significativa importancia a partir de la conformación de los Estados Constitucionales de Derecho, esto es, aquellos Estados que, entre otras cosas, entienden a sus Constituciones no como programas políticos de buenas intenciones, sino como verdaderas normas jurídicas que incorporan ciertos ideales morales en forma de derechos fundamentales, situación que se traduce en una relación necesaria entre el derecho y la moral. Bajo este contexto, dicha argumentación ha propiciado diversas críticas en el ámbito teórico, además de que ha encontrado algunos inconvenientes para su desarrollo en la propia práctica profesional de los juzgadores.

Es así como los principales problemas que hemos identificado y que buscaremos resolver mediante la presente investigación son: i) el que los jueces no cuenten con parámetros mínimos que los guíen en la ponderación y argumentación con principios jurídicos, ii) que las decisiones judiciales principalistas no cuenten con la aceptación y reconocimiento de la sociedad en general, lo que estimamos importante ya que una decisión de este tipo no sólo tiene relevancia para las partes en conflicto, sino que repercute en el comportamiento de los individuos que integran la sociedad y en la manera que los mismos percibe al derecho, y iii) las objeciones a la irracionalidad de la argumentación con principios.

La hipótesis del trabajo de investigación se formula como sigue: el establecimiento de una metodología de criterios de prioridad de algunos principios jurídicos guiaría a los jueces a resolver sus colisiones; además, dicha metodología contribuiría a eliminar cualquier referencia a la irracionalidad de la argumentación principalista ya que la misma buscaría operar de forma generalizada. Asimismo, con el establecimiento de un test o control de la racionalidad de las decisiones que involucran principios, se generarían decisiones prudentes, razonadas y aceptables por parte de las partes involucradas y la sociedad, esto es, se lograría la confianza de la población hacia la actividad judicial.

Los objetivos de la investigación son proponer una metodología que contribuya al desarrollo de la argumentación jurídica principalista, ya que reco-

nocemos el papel que tiene la misma para acercar el derecho a la sociedad, pues tal argumentación se caracteriza por ser abierta, es decir, no se contenta con una justificación que sólo invoque reglas jurídicas, sino que la misma toma en cuenta todo el bloque que integra el derecho, esto es, los principios, valores, derechos, la moral y cultura de las sociedades heterogéneas contemporáneas.

II. CONTEXTO DE APARICIÓN

La argumentación jurídica principalista como especie del género argumentación jurídica se desarrolló evidentemente dentro del mismo contexto de esta última, en este sentido, para efectos de la explicación de su aparición cabría considerar el contexto de aparición de la teoría de la argumentación jurídica.

Las teorías entorno a la argumentación jurídica son recientes pues parten prácticamente de los años posteriores a la posguerra, su surgimiento se relaciona con el abuso del derecho y la consecuente desconfianza del mismo por parte de la sociedad, dichas teorías buscan mediante el razonamiento y la argumentación acercar el derecho al hombre, es decir, no sólo se interesan por la lógica del derecho sino más bien por cuestiones valiosas para la sociedad, como es la justicia o los derechos de los individuos.

“La causa que produjo ese fenómeno se puede resumir diciendo que a principios del siglo XX la jurisprudencia occidental quedó hechizada por el cientismo, y en particular por el desarrollo matematizado de la lógica, lo que, por la teoría pura y por la teoría analítica del derecho, condujo a una situación paradójica e insostenible en el ámbito especializado de la jurisprudencia. El abuso del derecho (de todos los derechos, el subjetivo y el objetivo, el natural y el positivo, el interno y el internacional, etc.) dio lugar a dos guerras mundiales y aun descrédito del propio derecho (desprecio confesado en doctrinas hegemónicas como el materialismo histórico del siglo XIX, y el existencialismo del XX). Se haría preciso fundamentar, razonar, argumentar, convencer al género humano de que el derecho era una cosa valiosa porque es un instrumento imprescindible para asentar una convivencia segura y pacífica entre los individuos y los pueblos.”²

² Puy Muñoz, Francisco, “La expresión argumentación jurídica y sinónimas. Un análisis tópico”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comp), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones e intercambio científico, 2004, pp. 116-117.

En este mismo sentido el Dr. Santiago Nieto ha señalado que: “la teoría en torno a la argumentación jurídica es una disciplina reciente en el contexto histórico jurídico. Prácticamente parte de la revolución jurídica iniciada en el mundo a partir de la conclusión de la segunda guerra mundial.”³

Por su parte, Manuel Segura Ortega de la Universidad de Santiago de Compostela ha referido que las teorías de la argumentación jurídica que se constituyen a partir de la segunda mitad del siglo XX han supuesto una renovación importante en los esquemas del pensamiento jurídico tradicional por lo que se refiere al modo de entender el proceso de interpretación y aplicación del derecho.⁴

Queda sentado que los postulados de la argumentación jurídica rompen con el paradigma de interpretación cerrada del positivismo, ya que como lo han señalado diversos autores españoles: “la concepción objetivista de la interpretación es propia del formalismo jurídico europeo del siglo XIX, que concebía la tarea judicial como puramente mecánica. Naturalmente lo que pretendían los pensadores clásicos al configurar al juez como un autómeta y a la actividad judicial como un silogismo perfecto era subrayar que el único criterio que los jueces debían manejar al resolver los casos era la ley, dejando al margen otros criterios posibles”⁵

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

Por otro lado, la argumentación jurídica principalista debe gran parte de su desarrollo y configuración a la corriente denominada neoconstitucionalismo que en la actualidad ocupa un lugar importante en la teoría del derecho y constitucional, para lo cual cabría precisar algunas características principales de la misma.

³ Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, primera reimpression, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 88.

⁴ Segura Ortega, Manuel, “Argumentación jurídica y racionalidad”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo, *op. cit.*, nota 1, p. 238.

⁵ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J, *La argumentación en el derecho*, segunda edición, Perú, Palestra editores, 2005, pp. 110-111.

En teoría constitucional se ha señalado que el nuevo constitucionalismo es: “una superación de la concepción formal del Estado de derecho y su sustitución por un Estado de derecho rematerializado a partir de una comprensión de la constitución como orden o sistema de valores que se proyecta sobre el derecho ordinario o infraconstitucional.”⁶

Para otros autores: “El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.”⁷

“Lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda la operación de aplicación y creación del derecho. De hecho en la actualidad, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, ya sea próxima o remota, en el texto constitucional. Y, en la medida en que la Constitución se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuyendo a configurar el orden social en su conjunto, las relaciones entre legislación y jurisdicción se han modificado sustancialmente: el juicio de la validez de la ley depende ahora de un juicio de conformidad con la Constitución y, en definitiva, de una cierta interpretación de la Constitución y de los principios constitucionales por parte de un Tribunal Constitucional.”⁸

Por otra parte, también puede verse al neoconstitucionalismo como una solución al problema de la existencia de Constituciones sin mecanismos para poder hacer efectivo su cumplimiento, esto es, por la ausencia de procedimientos jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales, así se ha señalado que:

⁶ Serna Bermúdez, Pedro, “Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en Torres Estrada, Pedro, (comp.), *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, México, Limusa, 2006, p. 213.

⁷ Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta- UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 9-10.

⁸ Cruz, Luis M, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, pp. 4-5.

“Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un contenido normativo más o menos denso, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas.”⁹

Por otro lado, Paolo Comanducci refiere que “constitucionalismo y neoconstitucionalismo designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales.”¹⁰

Dos de las reflexiones que más se acercan a nuestra idea de neoconstitucionalismo como sistema de valores y que por lo tanto reconocen la relación necesaria entre el derecho y la moral es la desarrollada por Fernando Atria y Juan Bautista, respectivamente:

“El derecho neo-constitucionalista incluye normas constitucionales redactadas en términos amplios que hacen referencia a principios morales y enfatiza que esos principios constitucionales son normas aplicables como las leyes ordinarias, que han de ser interpretadas a través de un proceso de ponderación y balance en vez de la subsunción de casos individuales en casos genéricos solucionados por normas generales.”¹¹

“El neo-constitucionalismo, en uno de sus sentidos relevantes, es el proceso de constitucionalización, de transformación de los sistemas jurídicos por obra de un cambio operado en el modelo de comprensión de la Constitución por parte de los operadores jurídicos, que pasan a verla como un orden axiológico o valorativo.”¹²

A modo de síntesis podemos decir que la argumentación jurídica de corte principalista surgió gracias al cambio de paradigma –del positivismo (imperio de la ley) al constitucionalista (imperio de la constitución y los derechos de los individuos) que se dio después de la segunda mundial derivado de las atrocidades cometidas bajo determinados sistemas jurídicos que privilegiaron

⁹ Olano García, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, p. 32.

¹⁰ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico” trad. de Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, UNAM-Trotta, 2006, p. 75.

¹¹ Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, s.l.e., 2004, núm. 27, p. 119. [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search="neoconstitucionalismo"&page=39](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search=)

¹² Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. XVII y XVIII prólogo.

el principio de legalidad, es decir, la aplicación de la ley sin considerar si su contenido atentaba contra derechos fundamentales o con la dignidad de los individuos.

III. IMPORTANCIA

La importancia de la argumentación jurídica de corte principalista radica en que con la misma se toma en serio el papel del derecho en la sociedad, esto es así porque cuando se justifica una decisión en la que se encuentran en tensión o colisión principios jurídicos como lo es la libertad, igualdad, seguridad o privacidad de las personas el juzgador no sólo debe fundamentar su decisión sino que tiene que justificar la misma en base a todos los elementos posibles del discurso jurídico, esto es, el contexto social, cultural, los derechos, valores, la moral crítica y la justicia, ya que se trata de decidir sobre la afectación o no de principios jurídicos esenciales para el desarrollo de las personas en las sociedades pluralistas actuales y sus Estados Constitucionales de Derecho.

En otras palabras, con la argumentación jurídica de corte principalista se posibilita una justificación material y abierta a todo el espectro que sustenta el derecho, lo que contribuye a mejorar la concepción general de la población sobre el fenómeno jurídico.

Lo anterior es importante para las sociedades actuales en donde existe una desconfianza en las decisiones judiciales (como es el caso de la nuestra), lo cual obedece en parte a la falta de sensibilidad de los jueces y limitada argumentación jurídica, así los mismos sólo se preocupan por fundamentar sus determinaciones sin tomar en consideración su contexto, lo cual es entendible en el caso de la aplicación de reglas jurídicas, pero incomprensible en el caso de principios, los cuales exigen una mayor y mejor justificación para su limitación o no.

Es así como estimamos que la argumentación con principios jurídicos juega un papel relevante para acercar el derecho a la sociedad, ya que a través de la misma se busca generar decisiones suficientemente justificadas a fin de que sean aceptadas tanto por las partes involucradas como por la sociedad en general, en palabras de Manuel Atienza de lo que se trata es que el órgano

decisor presente razones para mostrar que su decisión es correcta o aceptable, que está justificada.¹³

Pese a lo anterior, somos conscientes de algunos de los problemas que presenta esta modo de argumentar en el derecho y de la trascendencia que tiene el tratar de resolver los mismos a fin de contribuir al desarrollo de dicha argumentación principalista, en este sentido bien podríamos decir que nuestra investigación busca de alguna forma contribuir a la aceptación social de las decisiones judiciales y a crear una nueva idea de la actividad judicial.

IV. RASGOS GENERALES DE LOS PRINCIPIOS Y REGLAS EN EL DERECHO

Hoy en día no pocos filósofos del derecho suelen escribir y hablar acerca del papel de los principios en el derecho, para lo cual presentan algunas aproximaciones acerca de lo que son los principios, así, es criterio universal el que los mismos se identifiquen con lo no dado, con la indeterminación, lo cual es una consecuencia directa de su contenido meramente axiológico, por su parte las reglas jurídicas se entienden como proposiciones normativas que contiene un operador deóntico, esto es, nos dicen que es obligatorio que hagamos o que está permitido o prohibido.

El filósofo más férreo en el estudio de los principios jurídicos es sin duda Robert Alexy para el cual “los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho en que pueden ser cumplidos en diferentes grados.”¹⁴

Por su parte, Gustavo Zagrebelsky es otro de los filósofos del derecho que ha precisado con gran claridad la distinción entre reglas y principios, así ha señalado que: “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalecientemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia

¹³ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, cuarta reimpresión, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 4.

¹⁴ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 95.

son prevalementemente principios (...). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”¹⁵

Para Zagrebelsky la distinción entre reglas y principios se puede resumir de la siguiente forma: “las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas (...). Puesto que carecen de supuestos de hecho, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto.”¹⁶

En nuestro continente parece ser que Dworkin es un autor que centró muchas de sus reflexiones y fundó algunas de sus críticas a partir de la idea de principios y directrices en la argumentación jurídica.

En este sentido, “se suele decir –particularmente después de algunos trabajos de Dworkin de los años setenta- que cada sistema jurídico incluye dos tipos de normas: reglas y principios. Pero cómo distinguir entre principios y reglas? La distinción depende simplemente de los conceptos empleados: del concepto de regla y del concepto de principio.

Ahora bien, podemos estar de acuerdo en que una regla es un enunciado condicional que conecta una consecuencia jurídica cualquiera con una clase de supuestos concretos: Si F, entonces G. La consecuencia jurídica en cuestión puede ser una sanción, la adquisición de un estatus, el nacimiento de una obligación o de un derecho, la validez o la invalidez de un acto, etcétera.”¹⁷

Por su parte, el concepto de principio se entiende de una manera más compleja que como un simple silogismo, nuestro primer acercamiento podría ser el considerar a los principios como aquellas guías o normas fundamentales del sistema jurídico, impregnadas de un denso contenido axiológico que representan la cultura construida por la sociedad, y los cuales no se representan como supuestos de hecho sino como ideas generales de dichas construcciones culturales, por lo cual su aplicabilidad a casos concretos siempre presenta un carácter de imprecisión o indeterminación.

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, novena edición, Madrid, Trotta, 2009, pp. 109-110.

¹⁶ *Ibidem*, pp.110-111.

¹⁷ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta- UNAM, 2008, pp. 73-74.

Riccardo Guastini ha explicado las características de los principios de una forma esquemática, lo que nos ayuda a entender su mecánica de operación en el derecho, en este sentido dicho autor refiere que los principios presentan dos cualidades a saber:

“1) Los principios en cuanto normas fundamentales. La primera característica se refiere a la posición de las normas en cuestión en el sistema jurídico o en uno de sus subsectores (un subsistema de normas como por ejemplo el derecho constitucional, el derecho civil, el derecho penal, el derecho administrativo o, también el derecho de los contratos [...]).

Pues bien, un principio es una norma fundamental, o sea una norma que:

- a) En primer lugar, caracteriza al sistema jurídico del que se trata (o a uno de sus subsectores), en el sentido que constituye un elemento esencial para la identificación de la fisonomía del sistema;
- b) En segundo lugar, da fundamento axiológico (da justificación ético-política) a una pluralidad de otras normas del sistema;
- c) En tercer lugar, no exige a su vez ningún fundamento, ninguna justificación ético-política, porque se concibe, en la cultura jurídica existente, como una especie de axioma, esto es, una norma evidentemente justa o correcta.

Algunos ejemplos: en el derecho constitucional, el principio de la separación de poderes; en el derecho civil, el principio de la autonomía privada; en el derecho penal, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; en el sistema jurídico en su conjunto, el principio de *lex posterior derogat priori* o el principio de irretroactividad de las leyes.”¹⁸

“2) Los principios como normas estructuralmente indeterminadas. La segunda característica no se refiere a la posición de las normas en el sistema jurídico, sino al contenido mismo de las normas y/o a su estructura normativa.

Un principio es una norma estructuralmente indeterminada. Bien entendido, toda norma jurídica es indeterminada, tiene una textura abierta, pero aquí se trata de una indeterminación peculiar, que puede asumir dos formas distintas: a) el carácter derrotable (defeasible), y b) el carácter genérico.

Los principios como normas derrotables. Una norma es inderrotable –y entonces es una regla- cuando establece de manera completa, exhaustiva, tanto los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia ju-

¹⁸ *Ibidem*, pp. 74-75.

rídica que la propia norma establece, como las excepciones en presencia de las cuales la consecuencia no se produce. Una norma, por el contrario, es derrotable (defeasible) –y entonces es un principio- cuando no establece exhaustivamente los hechos condicionantes, o bien no enumera todas las excepciones.

Los principios como normas genéricas. Una norma precisa –y por tanto una regla general- es una norma inmediatamente susceptible de aplicación a casos concretos: una norma que puede utilizarse como premisa mayor en el silogismo jurisdiccional (...). Un norma genérica –y entonces un principio – en cambio es una norma que: a) por un lado, exige la formulación de otras normas – que la concreten, la actualicen o le den ejecución- sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos; pero, b) por otro lado, puede actualizarse, ejecutarse o concretizarse en formas muy diferentes y alternativas.”¹⁹

V. LAS PRINCIPALES OBJECIONES A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPIALISTA

En primer lugar cabe recordar que la argumentación jurídica principialista se basa en el método de ponderación para resolver las colisiones entre principios a diferencia de las reglas que se basan en el método de subsunción. De esta forma, el razonamiento judicial con principios ha generado un sin número de críticas en la doctrina, la principal se refiere a la irracionalidad de la propia ponderación, “en este sentido, por ejemplo, Jiménez Campo considera que la ponderación no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico.”²⁰

En el mismo sentido para Schlink en el examen de proporcionalidad en sentido estricto o lo que es lo mismos en la ponderación, en definitiva sólo se impone la subjetividad de quien lo lleva a cabo, así las operaciones de valoración en definitiva sólo pueden efectuarse de forma decisionista. Parece entonces que Schlink en palabras de Robert Alexy descrea que sea posible

¹⁹ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 16, pp. 75-77.

²⁰ Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española,” *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, p. 278. <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=35322&portal=4>

realizar juicios racionales sobre la intensidad de la intervención y sobre el grado de importancia de los principios que juegan en sentido contrario.²¹

Por su parte, Peczenick ha señalado sobre el proceso de ponderación que el acto último de la misma está basado en preferencias y sentimientos personales e intuitivos, de esta forma a pesar de que las consideraciones *prima facie* que son ponderadas está guiadas por nuestra cultura, en última instancia, el juzgador es libre para decidir cuál es el mejor equilibrio.²²

Las objeciones desplegadas en contra de la racionalidad de la ponderación se refieren básicamente a la indeterminación conceptual, la incomparabilidad e inconmensurabilidad de los principios, esto es, los objetos normativos que se ponderan y a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación.

La indeterminación conceptual

“La primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada.

La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios. Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura vacía, que se completa únicamente con apreciaciones subjetivas del juez, de carácter empírico y normativo. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera. Como consecuencia, la ponderación no puede ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

La incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan

La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos principios que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables. De acuerdo con la crítica, la inconmensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos, que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una (unidad de medida), así como tampoco una (moneda común que posibilite) fundamentar las relaciones de precedencia entre los principios que en cada caso entran en colisión.

La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación

²¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 13, pp. 66-67.

²² Peczenick, Aleksander, *Derecho y razón*, tercera reimpresión, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003, p. 49.

Según la tercera objeción, la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Esta crítica mantiene que el resultado de cada ponderación es un individuo singular, cuyas características están determinadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia ad hoc, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica.²³

Además de dicha objeciones, se tiene el problema de la falta de criterios o parámetros de prioridad, que ayuden a los jueces a resolver colisiones entre principios a fin de favorecer el principio de universalidad en las decisiones adoptadas y de alguna forma desterrar las objeciones sobre irracionalidad de la argumentación principalista, dicho problema es más agudo cuando los jueces después de una ponderación de principios se dan cuenta que la balanza entre ambos está al mismo nivel, es decir hay un empate entre principios, ya que existen razones igualmente relevantes que sustentan la no restricción de ninguno de los principios en tensión.

VI. ALGUNOS EJEMPLOS PARADIGMÁTICOS DE LA PRÁCTICA ARGUMENTATIVA PRINCIPALISTA EN EL SISTEMA JUDICIAL MEXICANO

A.- *El caso Witz Rodríguez (amparo en revisión 2676/2003)*

1.- *Descripción del caso*

Todo comenzó en abril de 2001 cuando en una revista local de Campeche llamada *Criterios* el señor Sergio Hernán Witz Rodríguez publicó un poema, el cual citamos a continuación a fin de comprender mejor el caso:

Yo me seco el orín de la bandera de mi país, ese trapo sobre el que se acuestan los perros y que nada representa, salvo tres colores y un águila que me producen un vómito nacionalista o tal vez un verso lopezvelardiano de cuya influencia estoy lejos, yo natural de esta tierra, me limpio el culo con la bandera y los invito a hacer lo mismo: verán a la patria entre la mierda de un poeta.

²³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 19, p. 278.

La asociación civil: *Lic. Pablo García Montilla, A.C* denunció ante la Secretaría de Gobernación que en la citada revista apareció publicado un texto en que se presume se comete ultrajante de la bandera nacional.

El Ministerio Público Federal inició la averiguación previa y consignó a Sergio Hernán Witz Rodríguez ante un juez de Distrito, por la comisión del delito previsto en el artículo 191 del Código Penal Federal.²⁴

El juez de Distrito dictó auto de sujeción a proceso, no obstante, Sergio Hernán Witz Rodríguez apeló pero el tribunal unitario confirmó el auto.

En contra de esta determinación del tribunal unitario y del artículo 191 del Código Penal Federal, se promovió amparo indirecto ante otro tribunal unitario de circuito, sin embargo, dicho tribunal no entró al estudio del asunto.

En contra de dicho fallo, el señor Sergio Hernán Witz Rodríguez promovió recurso de revisión, en la que un tribunal colegiado reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, exclusivamente para conocer de los planteamientos de inconstitucionalidad en contra el artículo 191 del Código Penal Federal, exponiéndose que el mismo vulneraba la libertad de expresión y de publicación.²⁵

2.- Principios involucrados

El presente caso no involucra precisamente una tensión entre dos principios constitucionales, no obstante, es evidente que hay una afectación a los principios de libertad de expresión y de publicación, principios que nuestra Constitución protege bajo la denominación, inadecuada en nuestra opinión, de garantías individuales, afectación que se justificó por la ofensa a un valor de identidad, hecho que nos lleva a considerar y analizar la argumentación que se dio para explicar dicha afectación.

3.- Argumentación

La primera cuestión que se plantearon los Ministros fue si existía o no una protección constitucional de la dignidad de la nación (por actos irrespetuo-

²⁴ Dicho artículo establece que al que ultraje el escudo de la república o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicará de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones, a juicio del juez

²⁵ Para mayor abundamiento dicho resumen puede ser visto en la propia sentencia elaborada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Vid.* Juicio de amparo en revisión 2676/2003, relativo al recurso interpuesto por el defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc

sos de los símbolos patrios) y en base a ello poder hablar de un límite al derecho de libertad de expresión, así podemos apreciar una visión estrictamente formalista, preocupada por señalar que una afectación a un derecho constitucional sólo puede darse por otro de la misma naturaleza, lo cual es adecuado desde el punto de vista positivista pero simplista desde otra visión del derecho.

Más allá de esto, lo que nos parece preocupante es la afirmación que hicieron los Ministros sobre que la existencia de fundamentos constitucionales referentes a la dignidad de la nación, implicaría forzosamente un límite a la libertad de expresión; no obstante, dicha afirmación deberían haberse justificado en base a razones, las cuales no aparecen en la sentencia, por lo que dicha afirmación se convierte en una falacia de petición de principio.²⁶

Los artículos que los decisores analizaron para desprender la interpretación de que la Constitución protege los símbolos patrios de *usos irreverentes y ultrajantes* fueron el 3o, 73, fracción XXIX-B, y 130 de la misma Constitución. El 3o establece que una de las funciones de la educación es la de fomentar el amor a la patria; el 73 fracción XXIX-B fija la facultad del Congreso de la Unión para legislar sobre las características y uso de la bandera, escudo e himno nacionales, y el 130 regula el impedimento a los ministros religiosos de agraviar, de cualquier forma, a los símbolos patrios.

Así, bien podemos decir que el asunto requería más que una simple interpretación, pues se trataba de un límite a un principio constitucional, por lo que es evidente que la sentencia adolece de una falta de argumentación, a lo más podemos hablar de una interpretación histórica, la cual sirvió como razón para limitar la libertad de expresión, de esta forma los Ministros se contentaron con acudir a los debates, iniciativas y dictámenes de la reforma al artículo 73 constitucional para fijar su postura, en el sentido de que de dicha regla es posible desprender que en ella se encuentra el fundamento constitucional para la existencia de los símbolos patrios y el fundamento constitucional para que su protección sea uno de los límites de la libertad de expresión.

Es evidente que en la justificación de la sentencia del caso de Witz se aprecia una justificación típica de operadores jurídicos con una tradición positivista, bajo este esquema se buscó y apeló a la intención del legislador para resolver el caso que se analiza.

²⁶ Recordemos que la falacia de petición de principio consiste en suponer la verdad de lo que se desea probar, para mayor estudio: *Vid.* Copi, Irving. M y Cohen Carl, *Introducción a la lógica*, trad. de Edgar Antonio González Ruiz y Pedro Chávez Calderón, México, Limusa, 2009.

La conclusión a la que llega la Suprema Corte de Justicia en base a su interpretación de tipo exegética, se resume en tres puntos:

- 1) *el delito previsto en el artículo 191 sí encuadra en una de las excepciones constitucionales que conoce el derecho a la libertad de expresión.*
- 2) *los símbolos patrios sí están protegidos en el orden jurídico mexicano a nivel constitucional,*
- 3) *la expresión “ultraje” no es de tal modo vaga, que violente la seguridad jurídica.*²⁷

En este sentido, el entendimiento de los Ministros fue que al estar reconocida la protección constitucional de los símbolos patrios necesariamente debe entenderse como un límite a la libertad de expresión, por lo que se permiten ideas contrarias a dichos símbolos (ejercicio de la libertad de expresión) pero no injurias o ajar en contra de los mismos, en palabras de los juzgadores no se castiga a la opinión disidente sobre los símbolos patrios o hablar en contra del escudo ni del pabellón nacional, más bien se prohíbe ultrajar, ofender o insultar a dicho signos de identidad nacional.

B.- El caso Armando Ovando Gallegos (Juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano: SUP-JDC-393/2005)

1.- Descripción del caso

En febrero de dos mil cinco el Comité Directivo Municipal del Partido Acción Nacional en San Cristóbal de las Casas, Chiapas solicitó ante la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional un procedimiento de sanción en contra de Armando Ovando Gallegos por diversos actos que violaban la normatividad del citado partido (declaraciones públicas sobre asuntos internos del partido, así como de la existencia y objetivos de un grupo denominado “Carlos Castillo Peraza”).

En junio de dos mil cinco, la Comisión de Orden del Consejo Nacional del Partido Acción Nacional resolvió suspender de todos sus derechos como miembro activo del Partido Acción Nacional a Armando Ovando Gallegos por un lapso de tres años.

²⁷ Vid. Juicio de amparo en revisión 2676/2003, relativo al recurso interpuesto por el defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc

El militante Armando Ovando Gallegos promovió ante el Comité Ejecutivo Nacional del Partido Acción Nacional demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano en contra de la resolución de la Comisión de Orden, aludiendo que se violaban sus derechos político-electorales, en específico el derecho de asociación en su vertiente de afiliación política, así como el derecho de libertad de expresión.

2.- Principios en colisión

En el presente caso existe una colisión entre los derechos fundamentales de libertad de expresión y de asociación con un principio jurídico del estado constitucional democrático referente a la auto-organización y autorregulación interna de los partidos políticos considerados entidades de interés público.

En este sentido, en la parte de los *considerandos* de la sentencia del caso que se comenta, se precisa que la colisión se da por un lado entre el derecho de auto-organización de los partidos políticos que incluye su facultad autonormativa, esto es, la posibilidad de establecer normas que impidan acciones que afecten la estabilidad del partido político, pongan en riesgo su existencia o imposibiliten la consecución de sus fines constitucionales y la potestad disciplinaria, y por el otro la libertad de expresión de un afiliado; tensión que debe resolverse por la ponderación entre ambos principios.²⁸

Aunado a ello, se tiene la afectación del derecho de asociación que provocó el ejercicio del derecho de auto-organización de los partidos. Así, es evidente que al igual que la tensión entre este último derecho y el principio de libertad de expresión existe una colisión entre el multicitado derecho de los partidos y el derecho fundamental de reunión en materia político-electoral establecido en la Constitución.

3.- Argumentación

Las principales razones presentadas por los Magistrados para sustentar su determinación de que en el presente caso individual los actos imputados al señor Ovando Gallegos están bajo la protección del derecho fundamental a la libre expresión y de alguna forma del derecho de asociación, fueron las siguientes:²⁹

²⁸ Vid. Juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, expediente: SUP-JDC 393/2005, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>

²⁹ Para mayor abundamiento, Vid. Juicio para la protección de los derechos político electorales del ciuda-

Las declaraciones constituyen la manifestación de opiniones, puntos de vista o convicciones políticas y partidarias las cuales deben recibir la más eficaz protección dada la posición eminente de la libertad de expresión en el entramado de las instituciones democráticas. Además, de que dichas declaraciones constituyen una actitud pro-activa de un militante en el ejercicio de un derecho partidario.

El derecho a la libre manifestación de las ideas es una condición de posibilidad de un debate abierto, libre, plural y tolerante de ideas que no sólo contribuye a asegurar una mayor democratización interna de los partidos políticos sino también el enriquecimiento de las iniciativas, propuestas y alternativas en el seno de los mismos.

La restricción o limitación de la libertad de expresión en mayor medida de los límites permitidos constitucionalmente no sólo negaría el ejercicio de un derecho fundamental sino podría activar las tendencias oligárquicas de los partidos políticos.

Dado el papel que tienen en el desarrollo del Estado constitucional democrático de derecho y su estatus constitucional de entidades de interés público, los partidos políticos no deben ser entidades inmunes a la crítica o autocrítica.

Cualquier expresión de un militante que tienda a la consecución del debate público, plural, libre y tolerante, así como al mantenimiento y consolidación de una cultura democrática en la sociedad, están protegidas constitucionalmente, ya sean expresiones favorablemente o consideradas inocuas o críticas negativas particularmente duras, intensas e impactantes, siempre y cuando no se violen, por ejemplo, los derechos del partido político porque se lesione gravemente la estabilidad del partido político, su identidad partidaria o se impida la consecución de sus fines constitucionalmente encomendados.

El objetivo del derecho fundamental de libertad de expresión es resguardar al ciudadano que discrepa del punto de vista de la mayoría o del poder, aun cuando a aquélla o a éste no le agraden o le disgusten las expresiones proferidas.

El contenido de las expresiones proferidas por el señor Ovando Gallegos no implicó la disminución o el demérito de la imagen del partido político, ya que no está acreditado ni se advierte de qué manera dichas expresiones dañaron la imagen del instituto político ante la propia sociedad.

El derecho a la libertad de expresión presenta una doble vertiente representa un derecho de cada individuo, pero implica también un derecho de la

colectividad a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento de otros ciudadanos, así las declaraciones radiofónicas quedan comprendidas dentro del ejercicio de libertad de expresión en esta doble vertiente.

El derecho a la libertad de expresión no es derrotado por ningún otro derecho fundamental, tampoco ninguna de las limitaciones constitucionalmente permitidas es aplicable al caso. Pese a que de las limitaciones admisibles la única que podría actualizarse sería la referente a los ataques de los “derechos de tercero”, concretamente el derecho a la “imagen del Partido Acción Nacional ante la propia sociedad”, no se demostró que las expresiones proferidas por el multicitado militante hayan afectado dicha imagen.

La formación de una corriente o grupo en el interior del partido político están permitidos por disposiciones internas del propio partido, las cuales no son más que una concreción del derecho político-electoral de asociación contemplado a nivel constitucional.

Como podemos observar el razonamiento jurídico para respaldar la prevalencia del principio jurídico de libertad de expresión y de asociación en materia política sobre el derecho de los partidos a auto-organizarse (lo que implica la posibilidad de sancionar a sus militantes) fue satisfactorio, ya que se presentaron diversas razones consistentes tanto con las cuestiones fácticas como las jurídicas y doctrinarias y no se aprecian razones que justifiquen el optar por la otra opción (la prevalencia del derecho de los partidos políticos), así de la justificación y argumentación de corte principalista se resolvió que debería restituirse al ciudadano Armando Ovando Gallegos en el pleno goce de sus derechos como militante del Partido Acción Nacional.

VII. UNA DEFENSA METODOLÓGICA

La defensa metodológica se va presentar en tres partes, en primer lugar se van a señalar algunas consideraciones a fin de minimizar las objeciones sobre la subjetividad y arbitrariedad de la ponderación, en segundo lugar vamos a presentar un modelo de condiciones de prioridad de principios jurídicos que se puede desprender de los propios casos judiciales expuestos y en tercer lugar desarrollaremos un control de la racionalidad para la argumentación con principios, cabe señalar que si bien hemos dividido en tres partes nuestra propuesta metodológica lo hemos efectuado para efectos expositivos, por lo que las tres partes contribuyen en forma conjunta a atender todas las objeciones y problemas distinguidos en la presente investigación.

Sobre las objeciones de subjetividad en la ponderación

Es evidente que en la ponderación de principios así como en cualquier otro método para la solución de conflictos no puede existir un tipo de hiperracionalidad, en el cual esté ausente cualquier valoración por parte de los decisores, decir lo contrario como lo hacen los que atacan a este método es desconocer la naturaleza de los seres humanos, los cuales actúan y deciden en algún sentido bajo sus ideales de vida.

Los críticos de la argumentación por principios tienen razón cuando aluden que los jueces en la ponderación de principios no pueden excluir sus apreciaciones subjetivas, en este sentido cabe decirles que la ponderación no podrá garantizar un tipo de objetividad plena, como en la que piensan los críticos, de la misma manera que dicha objetividad no podría alcanzarse mediante otros métodos de solución de conflictos que involucren a seres humanos.³⁰

De la idea de la imposibilidad de una objetividad plena es Carlos Bernal Pulido, el cual ha referido que: “Una pretensión de este tipo desconoce que las exigencias de racionalidad sólo pueden satisfacerse siempre dentro de determinados límites. Una objetividad en un sentido pleno no es posible ni deseable. Ella sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinarían por el completo el contenido de los principios y prescribieran explícitamente lo que la Constitución ordena, prohíbe o permite para cada caso posible (...). Ahora bien, la existencia de un sistema jurídico semejante tampoco sería deseable, porque eliminaría la discusión democrática.”³¹

Metodología de condiciones de prioridad de principios jurídicos

La presente metodología tiene como finalidad dar una respuesta a las objeciones sobre la irracionalidad e inconmensurabilidad de la argumentación con principios, así consideramos que para eliminar el ataque sobre su racionalidad deberíamos utilizar el criterio de universalidad en las decisiones judiciales que involucren principios, nuestra idea es que las decisiones que derivan de la ponderación de los mismos no representan determinaciones aisladas, sino redes de decisiones que pueden en alguna medida ser congruentes entre sí, por lo que en cada caso futuro se debe ver a las decisiones pasadas que traten los mismos principios jurídicos, con el fin de generar algún tipo de

³⁰ Para mayor abundamiento; *Vid.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 19, p. 283.

³¹ *Ibidem*, p. 284.

previsibilidad a los casos judiciales en los resultados de la ponderación, lo cual por supuesto no implica que no sea posible cambiar el esquema precedente cuando un nuevo caso lo justifique.

Nuestra metodología buscaría presentar un tipo de reglas de prioridad entre principios, lo que no significa una jerarquía de los mismos, dicha metodología tendría una naturaleza procedimental y temporal, pues si las circunstancias de nuevos caso lo ameritan los criterios de prioridad deberían acoplarse a la nueva realidad, en este sentido, nuestra idea general es que todos los principios tiene el mismo peso abstracto, pero ello no implica que en el ámbito procedimental se puedan establecer un tipo de guías o parámetros a los jueces para decidir con criterios generales y racionales.

De esta manera vemos como dicha metodología daría respuesta a las críticas de irracionalidad de la argumentación con principios, esto es, de la inconmensurabilidad que aparece en la ponderación, que señala que no existe una medida común y organización de los principios que se ponderan, así como a la objeción de la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación por la ausencia de criterios generales para la toma de decisiones.

Ahora bien, somos conscientes que la presentación de casos prácticos es limitada y no puede de ellos desprenderse criterios generales para la ponderación de principios ni para la solución indubitada de futuras colisiones, sin embargo, consideramos que es posible desprenderse algunas reglas relevantes para la ponderación que funjan como parámetros a utilizar en el razonamiento práctico, lo que claro no elimina la posibilidad de argumentar y ponderar el caso concreto por parte de los juzgadores.

De esta forma del conjunto de casos analizados podemos desprender una serie de reglas de prioridad, las cuales como señala Manuel Atienza “no suponen una ordenación lexicográfica, esto es, una jerarquización de los principios del tipo –el principio P1 prevalece siempre frente al principio P2-.”³²

La metodología sería la siguiente:

- 1.- Cuando exista una colisión entre el principio de libertad de expresión y algún valor de identidad patria, como es la bandera, himno o el escudo nacional.
 - 1.1.- Hay una presunción prima facie a favor de la libertad de expresión.

³² Atienza, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación*, Lima-Bogotá, Palestra- Temis, 2004, p. 63.

Ya que la misma genera la crítica libre, indispensable para la conformación de los Estados Constitucionales Democráticos; además de que la misma no es simplemente un derecho a expresarse, sino un derecho a expresarse libremente y en virtud de que las diferencias de consideración a tales símbolos constituyen el contenido esencial de la libertad de expresión.³³

2.- Cuando exista una colisión entre el principio de libertad de expresión y el principio de autoregulación de los partidos políticos:

2.1.- Hay una presunción prima facie a favor de la libertad de expresión.

Ya que la misma posibilita el debate abierto, libre, plural y tolerante de ideas en el seno de los partidos políticos, además porque los mismos no deben ser inmunes a la crítica o autocrítica y en virtud de que uno de los objetivos fundamentales de tal libertad es resguardar al ciudadano que discrepa del punto de vista de la mayoría o del poder.

Sin embargo, el principio de autoregulación de los partidos políticos puede prevalecer si:

Se trata de asuntos confidenciales o conflictos internos del partido, de manera que se dañen los derechos de terceros, por ejemplo la imagen del partido político.

Es así como dicha metodología fungiría como un conjunto de parámetros que los jueces podrían observar y utilizar en su razonamiento principalista, es evidente que dichos criterios de prioridad tienen las características de ser incompletos, cambiantes y abiertos a la crítica, lo que no les resta su valor e importancia como instrumentos para contribuir al desarrollo de la argumentación por principios, así como para constituirse como una respuesta a las críticas sobre la irracionalidad en la ponderación, por ello no se trata de una metodología arbitraria sino que surge de diversos casos judiciales que han sido en su mayoría respaldados con amplias razones y por criterios que pretenden ser generalizados y aceptables por la sociedad, de esta manera dicha metodología pretende servir como pauta para la resolución de futuros casos y de esta forma lograr en cierta forma un grado de coherencia en las

³³ Para mayor abundamiento sobre estas condiciones puede revisarse el Voto de Minoría formulado en el caso Witz. *Vid.* Juicio de amparo en revisión 2676/2003, relativo al recurso interpuesto por el defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc

decisiones con principios, a través del criterio de universalidad, el cual es indispensable para lograr un grado de racionalidad.³⁴

Por otro lado, nos restaría presentar el punto tres de nuestra propuesta de defensa metodológica, esto es, el control de racionalidad que hemos referido al inicio de este punto, el cual desarrollaremos a continuación y que complementa la metodología de las condiciones de prioridad.

Control o test de racionalidad

Antes de presentar dicho control cabría resaltar que somos partidarios de la metodología que para el caso de deliberación moral en materia de bioética ha presentado Diego Gracia³⁵ por lo que hemos decidido admitirla y usarla con algunos matices para el ámbito de la argumentación jurídica, es de esta manera como nuestro procedimiento para lograr un control racional en la toma de decisiones con principios se resume en las siguientes etapas, que deben ser seguidas si pretendemos obtener una resolución judicial correcta, racional, prudente y desde luego aceptable socialmente:

- 1) Discusión y análisis detallado de los hechos y las circunstancias del caso.
- 2) Identificación de los problemas morales, jurídicos y sociales que represente el caso.
- 3) Identificación de las posturas en las que los decisores basaran su análisis, esto es, liberalista, legalista, utilitarista o contractualista.
- 4) Establecimiento de un acuerdo entre los decisores a fin de relajar sus posturas y abrirse a las diversas consideraciones o puntos de vista desde los que se puede estudiar el caso.
- 5) Identificación de los principios involucrados y de la posible tensión entre los mismos.

³⁴ De estas ideas es Manuel Atienza, el cual hace un ejercicio similar para el caso español, *Vid.* Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 49, pp. 63-65.

³⁵ Dicho autor presenta una metodología para el análisis crítico de los problemas bioéticos haciendo, por tanto hincapié en los conflictos entre valores. Estoy en deuda en este punto con mi profesor de ética en la Maestría en Derecho, el Dr. José Antonio Sánchez Barroso gracias a él tuve mis primeros acercamientos al pensamiento de Diego Gracia. Por ejemplo, Sánchez Barroso, José Antonio, *Principios bioéticos, deliberación moral y argumentación jurídica*. Investigación que me fue proporcionada por el propio autor.

- 6) Búsqueda de criterios o decisiones anteriores o de metodologías doctrinarias que hayan tratado o resuelto sobre casos semejantes, a fin de privilegiar la coherencia en las decisiones. (Aquí tendría que verse por ejemplo la metodología que propusimos sobre criterios de prioridad).
- 7) Identificación de los cursos extremos de acción, en donde se incluyan las consecuencias previsibles para cada curso de acción ya sean positivas o negativas en el ámbito jurídico, moral, social y cultural.
- 8) Búsqueda de posiciones intermedias entre los cursos de acción analizados.
- 9) Análisis del curso de acción óptimo.
- 10) Presentación del mayor y mejor número de razones posibles que consideren todos los ámbitos posibles y no sólo el legal, de cara a las partes involucradas y a la sociedad en general.
- 11) Presentación de la determinación final respaldada con tales razones.
- 12) Comprobación de la consistencia de la decisión tomada, sometiéndola a cuatro pruebas:
 - a) De moralidad crítica: Es decir que la decisión no se base en una moral positiva o social, sino en una moral que se someta al juicio de racionalidad, lo cual es perfectamente posible y más aún deseable en sociedades con una riqueza y pluralidad de moralidades y realidades.
 - b) De constitucionalidad, es decir, que se respeten los derechos fundamentales o que se sustente con razones la afectación temporal de alguno de ellos para el caso concreto.
 - c) De publicidad, esto es, los juzgadores deben estar dispuestos a defender su decisión públicamente ante diversos auditorios, ello a fin de generar aceptación social.
 - d) De temporalidad, esto es, los juzgadores deben poder tomar la misma decisión en caso de esperar algún tiempo, ello a fin de corroborar que la misma no se basa en el estado anímico de los decisores o en un simple sentimentalismo o fanatismo contingente.

Es así como estimamos que bajo dicho test se lograrían decisiones razonables y prudentes de forma individual y social, el control de racionalidad garantizaría la corrección y aceptación de las decisiones judiciales de cara a las realidades sociales y no sólo bajo criterios formales.

Con dicha metodología buscamos mejorar la justificación de las decisiones jurídicas a fin de que las mismas se basen no sólo en el criterio de autoridad para sustentar una posición sino en varios criterios que comprenden los principios jurídicos, los valores, la moral, la justicia y el contexto cultural y social, es decir, se trata de analizar los problemas jurídicos en toda su complejidad, de forma abierta a todas las acciones posibles.

Como podemos ver la argumentación jurídica con principios es racional ya que la misma se puede sustentar en criterios y parámetros con pretensión de generalidad, los cuales propician la consistencia, congruencia y previsibilidad en alguna forma de los resultados de la ponderación con principios, asimismo, porque la moral que en dado caso se toma en cuenta en la justificación de las decisiones debe ser sustentada con razones, esto es, objetivizarse, no se trata entonces de la moral del juez o de una determinado grupo (moral positiva) sino de la moral que pasa el filtro de racionalidad, no se trata tampoco de decisiones arbitrarias sino abiertas al diálogo y a la crítica social e intelectual.

Los principios jurídicos con todas sus características de amplia generalidad, indeterminación y su conexión con los valores y la moral no se traduce en una ausencia de racionalidad en su ponderación, sino por el contrario se posibilita una racionalidad práctica, en otras palabras, con la argumentación principalista no se hace otra cosa que generar un diálogo judicial más complejo y consciente con la realidad de las necesidades de complementariedad del derecho.

VIII. CONCLUSIONES

La argumentación jurídica principalista o con principios es una realidad que debe gran parte de su desarrollo a las visiones antiformalistas del derecho, como lo es el neoconstitucionalismo, en las cuales se privilegian las cuestiones de contenido o materiales del fenómeno jurídico, esto es, los derechos o principios jurídicos contenidos en las Constituciones, la justicia y los valores culturales vivientes en las sociedades pluralistas. La argumentación jurídica principalista como especie de la argumentación jurídica ha buscado, al igual

que esta última, ser un modelo de razonamiento judicial que resuelva los casos considerados difíciles o paradigmáticos que no involucren un problema al nivel del lenguaje de las reglas jurídicas, sino cuestiones al nivel del metalenguaje de los principios.

Como hemos destacado la importancia actual de la argumentación por principios radica en que la misma se compromete con el papel del derecho en la sociedad, ya que la misma busca mediante un razonamiento abierto al diálogo, materializar los principios jurídicos esenciales para el desarrollo de las personas en los actuales Estados Democráticos o en su caso justificar ampliamente su afectación temporal.

Derivado de la distinción entre principios y reglas jurídicas desarrollada en la presente investigación es evidente que el método de subsunción de aplicación de las reglas es inapropiado para la aplicación de los principios jurídicos, por lo que se hace necesario recurrir al juicio de ponderación, lo que no implica que el método de subsunción pierda por completo su aplicación, así el mismo continúa utilizándose en los casos que involucren únicamente reglas, casos comúnmente conocidos como fáciles, derivado de que en ellos no exista un llamado directo hacia cuestiones morales o de valores como si acontece cuando estamos en el terreno de los principios.

La existencia de la presente investigación se sustenta en buena parte, aunque no en su totalidad, a las críticas formuladas a la argumentación jurídica principalista y a su método de ponderación calificado como irracionalidad, al ser los principios un puente para la subjetividad, arbitrariedad, sentimentalismo, irracionalismo, particularismo e imprevisibilidad en el derecho, lo que pone en juego la certeza, objetividad y seguridad jurídica que permean en el derecho.

La propuesta metodológica desarrollada es una defensa a la argumentación jurídica principalista, con dicha propuesta hemos puesto de manifiesto que las críticas son infundadas y débiles, ya que el subjetivismo presente en la ponderación de principios es una situación que se encuentra presente en cualquier método de solución de controversias que involucren a los seres humanos o ¿acaso se podría negar que los jueces actúan sin ideologías?, por otro lado, la metodología sobre criterios de prioridad de principios de tipo procedimental, la cual hemos obtenido del análisis de diversos casos difíciles y ampliamente justificados, es un mecanismo que promete previsibilidad y generalidad en las decisiones judiciales, lo que se traduce en una congruencia en la red de resoluciones adoptadas.

El control de racionalidad planteado es un mecanismo para eliminar además de la posible irracionalidad en la argumentación y ponderación, otro de los problemas latentes en el derecho, esto es, la falta de confianza y reconocimiento de la sociedad en la actividad y las decisiones judiciales, dicha metodología permite un diálogo abierto a las consideraciones morales, culturales y sociales, así como tomar en cuenta y valorar todas las posturas, consecuencias y caminos posibles en la toma de decisión, sin privilegiar alguno como podría ser el legal, sino mirando hacia el equilibrio y la prudencia, de esta forma se pretende completar el derecho con las demás realidades, así como generar filtros para evitar el sentimentalismo o fanatismo, además de abrir las decisiones a la crítica pública mediante la defensa de la mismas ante diversos foros.

Por último, cabría precisar que nuestra propuesta no pretende ser una solución acabada y perfecta, sino sólo uno de todos los caminos posibles para contribuir al desarrollo y vigencia de la argumentación jurídica principalista, de esta manera, es una investigación consciente de los problemas actuales de la justificación jurídica y de la importancia del razonamiento judicial integral que mira a todos los contextos posibles y no sólo se conforma con la simple imposición de la ley, en definitiva y como hemos podido observar el objetivo general de nuestra investigación fue contribuir a que las decisiones judiciales sean correctas y moralmente buenas de frente a la sociedad, o acaso alguno de los críticos podría afirmar sin más que el derecho es ajeno a los valores y principios latentes en las realidades heterogéneas actuales.

IX. FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2009.

ATIENZA, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación*, Lima-Bogotá, Palestra- Temis, 2004.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, cuarta reimpression, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

- BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- CARBONELL, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, UNAM-Trotta, 2006.
- CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta- UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- COPI, Irving. M y Cohen Carl, *Introducción a la lógica*, trad. de Edgar Antonio González Ruiz y Pedro Chávez Calderón, México, Limusa, 2009.
- CRUZ, Luis M, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y García Figueroa, Alfonso J, *La argumentación en el derecho*, segunda edición, Perú, Palestra editores, 2005.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta- UNAM, 2008.
- NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, primera reimpresión, México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006.
- PECZENICK, Aleksander, *Derecho y razón*, tercera reimpresión, trad.de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003.
- PUY MUÑOZ, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comp), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones e intercambio científico, 2004.
- TORRES ESTRADA, Pedro, (comp.), *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, México, Limusa, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, novena edición, Madrid, Trotta, 2009.

ATRIA, Fernando, "La ironía del positivismo jurídico", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, s.l.e., 2004, núm. 27. [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search="neoconstitucionalismo"&page=39](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf#search=)

BERNAL PULIDO, Carlos, "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española," *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007. <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=35322&portal=4>

Juicio de amparo en revisión 2676/2003, relativo al recurso interpuesto por el defensor público federal de Sergio Hernán Witz Rodríguez, www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/.../11.doc

Juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, expediente: SUP-JDC 393/2005, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>

Juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, expediente: SUP-JDC 393/2005, <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>

SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, *Principios bioéticos, deliberación moral y argumentación jurídica*, documento proporcionado vía correo por el propio autor.