

## UNA VISIÓN SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Rosa María ÁVILA FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Robert Alexy*. III. *Manuel Atienza*. IV. *Rolando Tamayo*. V. *Jaime Cárdenas*. VI. *Análisis de las posturas de los autores*. VII. *Comentarios finales sobre argumentación jurídica*.

### I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se refiere al tema de la argumentación jurídica, que constituye uno de los tópicos fundamentales de la teoría del derecho.

Hoy ya no sólo hablamos de interpretación jurídica, como aquel ejercicio encaminado a desentrañar el sentido de un texto o, en el mejor de los casos, a atribuir un sentido a determinado texto; sino que la filosofía jurídica moderna nos ha demostrado que este ejercicio es insuficiente, porque se requiere de la argumentación jurídica, precisamente para sostener el sentido de una interpretación.

Nos encontramos en un ámbito en el que se ha desvirtuado el dogma de la plenitud hermenéutica del derecho, y se ha reconocido que existen casos que no pueden ser resueltos sólo con el texto legal, sino que se requiere de interpretación, argumentación y, por lo tanto, de creación del derecho.

El derecho no se encuentra en un estadio de perfección, sino en un continuo y permanente desarrollo que se alimenta de la argumentación, de las razones para sostener determinada postura, frente a otras muchas que sólo tendrán sentido en función de la solidez de sus argumentos.

Expuesto lo anterior, procederemos a analizar la teoría de dos filósofos del derecho extranjeros, y la de dos filósofos del derecho mexicanos, para, a continuación, manifestar nuestros comentarios e inclusive una postura propia sobre un tema fundamental.

## II. ROBERT ALEXY

La teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy deriva de su tesis doctoral publicada en 1978 sobre *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Este trabajo ha sido analizado por la filosofía jurídica contemporánea y ha sido la base de revisiones y de crítica; sus trabajos han contribuido al desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica de los últimos años, aunque hay que reconocer parte de los trabajos que con anterioridad realizaron Perelman y MacCormick.

En fundamental reconocer que Alexy justifica la construcción de una teoría de la argumentación jurídica en las insuficiencias del método lógico-deductivo, ya que existen casos que no se pueden solucionar con el método lógico-deductivo y, sin embargo, la cuestión de derecho se debe resolver, por lo que queda en el intérprete un amplio margen de acción en el que tendrá que elegir entre varias posibles soluciones, para lo cual requerirá de la argumentación.

Alexy considera dentro del sistema jurídico dos elementos fundamentales, a saber, las reglas y los principios (la subsunción es para las reglas, lo que la ponderación es a los principios), los cuales se deben complementar con un tercero, "...con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada..."<sup>1</sup>

El autor en comento parte de la teoría del discurso racional de Habermas para construir su teoría del discurso práctico racional, la teoría consensual de la verdad. Esta teoría se circunscribe a determinar que la solución correcta se alcanza si se sigue un método o procedimiento adecuado, si se usan correctamente las reglas de la argumentación jurídica, que el propio Alexy propone.

<sup>1</sup> Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 21.

No obstante lo anterior, Alexy reconoce que siempre existirá un núcleo de incerteza que no podrá ser eliminado por completo,<sup>2</sup> además de que reconoce que el objetivo no es la verdad, sino acercarse a la *corrección*. Esta corrección es bajo el presupuesto del orden jurídico vigente, sin que se puedan fundamentar racionalmente, teniendo en cuenta la ley, el precedente y la dogmática.

La teoría de la argumentación jurídica de Alexy tiene como propósito desarrollar una teoría analítico-normativa del discurso jurídico, una teoría que estudia la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles con el fin de establecer y fundamentar criterios para la racionalidad del discurso jurídico. De aquí se desprenden las formas y las reglas de la argumentación.

En resumen, Robert Alexy formula veintiocho reglas y seis formas de argumento del *discurso práctico general* que clasifica en seis grupos diferentes: reglas fundamentales, reglas de razón, y derivadas de ésta, las reglas que contienen los requisitos de la situación ideal de habla, reglas sobre la carga de la argumentación, seis formas de argumento, reglas de fundamentación, y reglas de transición; además de las reglas específicas del discurso jurídico: seis formas o reglas de la justificación interna y al menos diecinueve reglas y formas de justificación externa, que corresponderían a los siguientes grupos: interpretación, argumentación dogmática, uso de los precedentes, argumentación práctica general, argumentación empírica, y de formas especiales de argumentos jurídicos. Estos son los criterios que justifican la racionalidad de las decisiones en el ámbito del derecho.

Para Alexy: "Este sistema de reglas que pretende formular algo así como un código de la razón práctica, no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación crítica del sistema jurídico en su conjunto".<sup>3</sup>

Robert Alexy nos dice: "El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, indepen-

<sup>2</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza y I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 278.

<sup>3</sup> Alexy, *Derecho y razón práctica*, p. 23.

dientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos *relativamente correctas*".<sup>4</sup>

### III. MANUEL ATIENZA

Manuel Atienza nos presenta un "Proyecto de una teoría de la argumentación jurídica" fundada en el estudio de cinco concepciones que analiza en su obra *Las razones del derecho*, por lo que proporciona líneas fundamentales que deberían guiar la construcción de una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada, señalando tres aspectos: objeto, método y funciones.

En cuanto al objeto de la teoría se debe considerar que se trata de argumentación de hechos, además de las cuestiones normativas, y de ahí que tenga vinculación no sólo con la teoría del derecho, sino con la sociología jurídica; también debe considerar, además de la interpretación y aplicación del derecho, su producción, básicamente, se refiere a la legislación, y así se habla de racionalidad lingüística, racionalidad jurídico-formal, racionalidad pragmática, racionalidad teleológica y una racionalidad ética; debe también considerar los medios de solución de problemas jurídicos por mediación o negociación, no sólo el ámbito judicial; se debe considerar también un carácter descriptivo aunado al prescriptivo; y finalmente, no se debe limitar al contexto de la justificación, sino también al descubrimiento.

Respecto al método tenemos que para Atienza, una teoría de la argumentación jurídica requiere de un método que permita representar adecuadamente el proceso real de la argumentación, así como de criterios para juzgar sobre la corrección de esas argumentaciones y de sus resultados, las decisiones jurídicas. Nos habla de esquemas de representación de la argumentación y de criterios de corrección.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 24.

Ahora bien, en tratándose de las funciones de la teoría el autor indica que son de carácter teórico o cognoscitivo, de naturaleza práctica o técnica y de carácter político o moral.

Nos dice Manuel Atienza: "La teoría de la argumentación jurídica tendrá que comprometerse con una concepción —una ideología política y moral— más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista",<sup>5</sup> e incluye dentro de la clasificación de casos fáciles y difíciles, un tercer tipo de casos, los trágicos, en los siguientes términos: "Un caso puede considerarse trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y moral. La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema".<sup>6</sup>

En otro trabajo de Atienza, *El derecho como argumentación*, atinadamente, nos dice: "Así, no es posible construir una teoría de la argumentación jurídica que cumpla las funciones teóricas, prácticas y pedagógicas a las que antes se aludió, si se deja de lado un adecuado análisis estructural del derecho... y, en general, las relaciones entre el derecho y el mundo de los valores; los límites (formales) del razonamiento jurídico; o los elementos ideológicos y de poder que, por supuesto, se pueden hallar en el derecho y en el razonamiento jurídico. Lo que el enfoque del derecho como argumentación trata de hacer es conectar todos esos elementos de análisis a partir de una concepción dinámica, instrumental y "comprometida" del derecho que arranca de la noción de conflicto".<sup>7</sup>

### IV. ROLANDO TAMAYO

En *El juego de argumentar y cómo jugarlo*, el doctor Rolando Tamayo nos dice que la argumentación es un juego, argumentar consiste en

<sup>5</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 218.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>7</sup> Atienza, Manuel y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 79.

confrontar argumentos, se trata de una contienda regulada, "...Los "argumentos" son las "jugadas" de la argumentación",<sup>8</sup> quien argumenta expresa una afirmación que contiene un desafío, si el argumento no puede ser vencido, si no puede ser refutado, entonces éste es el argumento "verdadero", "correcto" o "válido"; un argumento no refutado clausura la confrontación.

Para el doctor Tamayo: "En la argumentación sólo participan argumentos cuya identidad, conmensurabilidad y oportunidad ha sido satisfecha. La argumentación no es indefinida, la argumentación presupone un ámbito bien determinado, espacial (identidad de 'jugadores'), material (sólo jugadas del juego), espacial y temporalmente. El argumento (o contrargumento) que 'venza' (refute) a los otros argumentos y no pueda ser 'vencido' por ningún argumento ulterior es la 'jugada ganadora'.<sup>9</sup>"

Continúa el desarrollo de su teoría diciendo que las normas pueden ser consideradas como razones para la acción, pero eso no es suficiente para concluir que las normas sean sólo razones. Estas razones pueden ser de dos niveles: razones ordinarias (razones para la acción) o razones de segundo orden (son para seleccionar o excluir razones para la acción), y es en este último sentido que se habla de razones excluyentes.

El doctor Tamayo sostiene: "...la argumentación jurídica puede ser descrita en cercana analogía con jugar juegos".<sup>10</sup> Cuando tomo en cuenta una norma y considero que ésta sea el único tipo de razones sobre la base de las cuales voy a actuar, estamos en el ámbito de la argumentación jurídica.

En el juego de la argumentación jurídica, los jugadores tienen que pasar por alto todo tipo de razones salvo una: la que constituye el punto de vista jurídico, que lo proporcionan las normas que gobiernan el juego, la premisa es "juega actuando sólo sobre la base de normas jurídicas".

<sup>8</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 195.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 196 y 197.

<sup>10</sup> Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, p. 214.

El juego consiste en una confrontación entre dos partes (actor y demandado), quienes tratan de probar que lo que ellos hacen es jurídicamente justificado, de conformidad con las normas jurídicas que consideran se aplican al hecho. La más clara expresión de confrontación es el litigio que tiene que resolverse por un tercero, ese tercero es quien además de resolver, conduce el proceso, quien admite o rechaza "jugadas". En esta confrontación ningún tipo de razones participa, salvo las normas jurídicas.

Concluye el doctor Tamayo diciendo: "...jugar el juego de la argumentación jurídica requiere de una norma fundamental del juego, la cual es una razón de segundo orden que, precisamente, establece que únicamente normas jurídicas son admitidas y que todas las otras razones son excluidas".<sup>11</sup>

#### V. JAIME CÁRDENAS

En la obra *La argumentación como derecho*, el doctor Jaime Cárdenas realiza un análisis exhaustivo de las teorías modernas de la argumentación jurídica, pero, además, nos da su propia teoría que se sintetizará en este apartado.

El doctor Cárdenas reconoce que el derecho es un fenómeno muy complejo, compuesto de elementos diversos, expresión de cultura y práctica social, sin embargo, considera que la argumentación de las distintas piezas del derecho en relación con su contexto social, económico, y político constituye una clara expresión de que "...el derecho de nuestros días es sobre todo argumentación",<sup>12</sup> porque: "...El derecho ha dejado de estar sólo en los códigos y en las leyes, y ha pasado a ocupar su lugar en las decisiones de autoridades y jueces, y sobre todo en el debate cotidiano de la multitud de intérpretes jurídicos que componen una comunidad".<sup>13</sup>

Para el doctor Cárdenas, la argumentación como derecho es una superación de la interpretación tradicional del derecho centrada en

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>12</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 1.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 6.

métodos interpretativos que son incapaces de dar cuenta, por ejemplo, de problemas entre principios; la argumentación implica que la seguridad jurídica no tiene la solidez formal del pasado, ya no es producto de un silogismo sino de un ejercicio argumentativo.

Interpretar ya no es conocer o averiguar, cada vez más es valorar y decidir, el referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación sino que ahora son criterios sociológicos o de justicia. Estamos ante un nuevo paradigma porque se traspasa el edificio jurídico y se entiende el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico, ya no estamos ante un razonar subjetivo sino intersubjetivo, "...las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones no provienen de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores razones aportadas... teniendo en cuenta el componente de irracionalidad que puede existir en cualquier decisión, se debe intentar darle un carácter de racionalidad a la argumentación".<sup>14</sup>

En palabras del doctor Cárdenas, interpretar consiste en sopesar alternativas de solución y decidirse por una, la argumentación es el elemento presente en la deliberación y en el juicio interpretativo que posteriormente servirá para determinar si nuestro procedimiento y resultado fue formal, material y dialécticamente correcto. La argumentación permite —aunque no sólo— entender el derecho como una técnica de solución de conflictos prácticos, como un instrumento que nos auxilia para perfeccionar el ordenamiento jurídico en cada decisión de autoridad, orientando esa actividad hacia objetivos sociales valiosos a través del respeto a principios y valores racionales y razonablemente comprometidos con los derechos humanos, los principios democráticos y el Estado de Derecho".<sup>15</sup>

Algo fundamental dentro de la teoría de la argumentación jurídica de Jaime Cárdenas es el significado de "seguridad jurídica", ya que se entiende como una seguridad jurídica no referida con exclusividad a la aplicación mecánica de las reglas, sino que incorpora la pluralidad de métodos interpretativos, así como la aplicación del princi-

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 23-24.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 24-25.

pio de proporcionalidad para solucionar conflictos entre principios jurídicos contrapuestos; y en ese sentido, la labor interpretativa es más ardua, menos simple, ya que exige un conocimiento profundo del ordenamiento jurídico y de los valores que lo orientan.

Y es en este orden de ideas que concluye parafraseando a Liborio Hierro: "...el Estado de Derecho contemporáneo no concibe el derecho exclusivamente como conjunto de reglas, sino también de principios jurídicos expresos e implícitos que subordinan el derecho infraconstitucional al constitucional, pero que debido a la indeterminación y la fuerza expansiva de los principios, es imprescindible la argumentación de todo el ordenamiento. Bien podríamos decir que el derecho de nuestro tiempo es argumentación; el Estado de derecho no es ya el imperio de la ley sino el imperio del derecho, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de los intérpretes y argumentadores".<sup>16</sup>

## VI. ANÁLISIS DE LAS POSTURAS DE LOS AUTORES

La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy constituye un esfuerzo singular por encontrar, dentro del ámbito complejo de la argumentación, un esquema de racionalidad que permita analizar el pensamiento jurídico bajo un tamiz objetivo, de ahí que formule reglas y formas del argumento con una pulcritud intelectual, en aras de lograr una decisión verdadera, una decisión racionalmente fundamentada.

Considero que Robert Alexy se niega a aceptar que el derecho no tenga un margen de certeza, de seguridad, y si bien reconoce que el método lógico-deductivo ha demostrado su insuficiencia, tampoco permite un margen amplio de discrecionalidad para la solución de los problemas que se le presentan al derecho, ya que el análisis sobre la corrección de la solución se realiza con base en las reglas y formas que él mismo elabora en su teoría, buscando acercarse lo más posible a ese ámbito de corrección.

Desde mi punto de vista, el esfuerzo de Alexy es considerable al buscar dar una teoría sólida que resuelva los cuestionamientos que el

<sup>16</sup> Cárdenas Gracia, *op. cit.*, pp. 34-35.

método tradicional no resuelve, y al reconocer la existencia en el sistema, no sólo de reglas, sino de principios que deben valorarse en forma distinta, bajo la ponderación. Sin embargo, considero que no logra apartarse totalmente de la pretensión de la única respuesta correcta al caso, dependiendo de su proximidad a las reglas y las formas, y en ese sentido les da el carácter de relativamente correcta.

El caso de la teoría de Manuel Atienza considero que tiene el mérito de determinar cuáles son los elementos esenciales que cualquier teoría de la argumentación jurídica debe reunir para considerarse como tal, tan es así que más que presentar una teoría presenta un proyecto, lo cual considero atinado.

Sin duda, resulta una gran aportación que nos hable de la argumentación de hechos, y no sólo de normas, ya que ha existido una clara tendencia en el devenir del derecho, de circunscribir lo jurídico a las normas, olvidando que son los hechos los que le dan nacimiento. Reconoce también la existencia de valores inmersos en lo jurídico. Sin embargo, también nos habla de que debe existir un método que permita analizar el proceso de la argumentación y de criterios que permitan juzgar esos argumentos, lo cual considero un resabio del método lógico-deductivo.

Desde mi punto de vista, el que Manuel Atienza considere que el derecho arranca de la noción de conflicto me parece muy valioso, porque implica el reconocimiento de la realidad, esa realidad que justifica esa superestructura llamada derecho.

Pasando a los autores mexicanos que se expusieron en líneas precedentes, retomando la teoría del doctor Rolando Tamayo he de decir que resulta por demás sencilla, lógica y congruente, ya que efectivamente la argumentación es un juego, en el que "gana" aquel que expone el argumento que no puede ser vencido, es decir, aquel que expone el argumento más sólido.

El doctor Tamayo nos indica que en este juego de la argumentación sólo juegan las reglas –yo diría que también los principios–, las cuales ante una contienda deberán exponerse como argumentos para que un tercero –juez– decida el caso en determinado sentido, y esta resolución será únicamente vigente para ese caso particular, sin que vincule a posteriores situaciones que podrán presentarse, ya que en eso consiste precisamente el juego, en que se pueden presentar jugadas distintas en cada caso, y por tanto el resultado del juego dará la

victoria a aquel que haya presentado aquel argumento que no haya sido vencido.

El mérito de la teoría del doctor Tamayo es darle suma claridad a un proceso argumentativo que puede complicarse considerablemente, pero siempre bajo estas reglas básicas.

Ahora bien, sin duda alguna comparto en sus términos la teoría de la argumentación jurídica que expresa el doctor Jaime Cárdenas, me parece una teoría seria, sólida, contundente y comprometida verdaderamente con el desarrollo del derecho.

La teoría del doctor Cárdenas evidencia la relación que existe entre el problema jurídico, la interpretación, la argumentación y la aplicación del derecho. Reconoce la existencia de diversas piezas dentro del sistema jurídico, y no sólo, el de las reglas o las normas, sino también de los principios, en donde se incluyen los valores. El doctor Cárdenas reconoce la insuficiencia de la ley para resolver los problemas jurídicos, con lo que implícitamente revalora y redimensiona a las demás fuentes del derecho que han sido prácticamente olvidadas. Destruye el paradigma del intérprete auténtico y casi exclusivo que tradicionalmente se reconocía en el legislador, incorpora al juzgador y señala a la multitud de intérpretes jurídicos que componen una comunidad, es decir, al jurista; entre líneas se aprecia la dimensión que busca dar al intérprete particular y no sólo a la autoridad.

Se consideraba que el derecho sólo se integraba con ley y que todo lo demás se consideraba ajeno al derecho, del malentendimiento de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen se ha parcializado la realidad del derecho, se le ha dejado trunco, se le ha amputado, y por tanto, hoy estamos ante un reconocimiento de un derecho insuficiente para resolver los problemas que se presentan en la realidad tan compleja que vivimos, por lo que no existe otro camino que el de la redimensión del derecho, entendido como argumentación, y entonces sí podemos hablar del derecho que requiere la sociedad, un derecho que solucione conflictos que superan el ámbito normativo.

El autor reconoce implícitamente que no estamos ante una respuesta correcta para cada caso, sino ante una pluralidad de alternativas que pueden dar solución a problemas, en la medida en que sean argumentadas, por lo que serán igualmente plausibles, siempre que consideren principios y valores comprometidos con los derechos humanos y con los principios democráticos del Estado de Derecho.