

TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Theories of Legal Argumentation and the Application of Human Rights

Recepción: 20/11/2019

Aceptado para su publicación: 31/01/2020

JORGE ULISES CARMONA TINOCO*

RESUMEN: En este estudio pretendemos analizar la manera en que la argumentación jurídica se ha convertido en un pilar de la función judicial y la impartición de justicia, a partir del establecimiento de los sistemas de convencionalidad y constitucionalidad difusos, ya que plantea una manera nueva de ver el Derecho lejos de la escuela de la exegesis y el positivismo jurídico. Para lograrlo abordaremos las etapas de la argumentación jurídica a través de sus principales exponentes, así como la forma en que la Segunda Guerra Mundial y los juicios que derivaron de ella lograron exponer las debilidades de la obediencia ciega a las reglas, más aún cuando se trata de servidores públicos como los jueces o magistrados. Planteamos los retos a los que se enfrenta la teoría de la argumentación jurídica, además de señalar algunos casos relevantes, de los cuales derivaron criterios que ayudaron a mejorar la función de administración de justicia.

PALABRAS CLAVE: función judicial, control de convencionalidad, argumentación jurídica.

ABSTRACT: In this research we intend to analyze the way in which legal argumentation has become a pillar of the judicial function and the administration of justice. Based on the establishment of diffuse conventionality and constitutionality systems. Since it posits a new way of regarding the Law, different from the school of exegesis and from legal positivism. In order to achieve this we will address the stages of legal argumentation through its main exponents. As well as the way in which World War II and the trials that derived from it managed to expose the weaknesses of blind obedience to the rules, even more so when it comes to public servers such as judges or magistrates. We also present the challenges facing the theory of legal argumentation, in addition to pointing out some relevant cases that produced a set of criteria that helped to improve the function of the administration of justice.

KEYWORDS: judicial function, control of conventionality, juridical argumentation.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Investigador Nacional nivel II por el CONACYT.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ALGUNOS COMENTARIOS A LAS LLAMADAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. 3. LA NECESIDAD DE TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE CARA AL SIGLO XXI. RETOS QUE RESOLVER. 4. A MANERA DE CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La presente colaboración tiene por objeto destacar la importancia que tienen las teorías de la argumentación jurídica en la aplicación judicial de los derechos humanos, en el nuevo contexto del control de constitucionalidad y de convencionalidad difusos.

La aplicación del Derecho, y en particular la que realizan los jueces, ha merecido reflexiones y debates intensos desde muchos siglos atrás; especialmente, debido a la tensión existente entre la labor del legislador y la que corresponde jugar a los jueces cuando se trata de normas legisladas consideradas irrazonables o incluso injustas. La cuestión que ha acompañado al Derecho desde tiempos remotos es si los jueces deben siempre y en todos los casos aplicar las reglas provistas por el legislador, aunque éstas en el caso concreto lleven a una injusticia –o en sentido moderno y desde otro ángulo, contraríen algún derecho humano–, o si le está permitido al juez apartarse del Derecho Positivo, para decidir la cuestión conforme a algún criterio de justicia y fundamentar de alguna manera el sentido de su decisión.

Pues bien, la cuestión ha sido respondida en diversas épocas de diversas maneras; durante la etapa de la escuela de la exégesis en Francia en los albores del siglo XIX, era impensable que los jueces se apartaran de la obra del legislador, único detentador de la voluntad general. Si los jueces dictaban sus determinaciones apartándose del texto expreso de la ley o contradiciendo ésta, estaba ahí la Corte de Casación para anular tales determinaciones (recuérdese en que en sus inicios dicha Corte era un apéndice del órgano legislativo, esto es, una proyección de éste para vigilar la labor de los jueces al aplicar el Derecho).

Al mismo tiempo, en los Estados Unidos de América, el caso *Marbury vs. Madison*, decidido en 1803 por el juez John Marshall, daba, desde el incipiente constitucionalismo, una respuesta muy diversa, los jueces no sólo podían, sino debían dejar de aplicar las leyes que contrariaran las normas constitucionales consideradas como supremas.

Posteriormente, luego de la Segunda Guerra Mundial, con motivo de los tribunales de Nüremberg y Tokyo, se verían cuestionadas, en aras de la justicia, algunas de las bases más firmes del positivismo jurídico; así, los principios de *nullum crimen sine lege*, la prohibición de tribunales *ex post facto* y de tribunales especiales serían superadas con la finalidad de no dejar en la impunidad los crímenes de guerra.

Las posturas ius filosóficas posteriores a la segunda posguerra, fueron creando una corriente que intentaba, sobre nuevas bases, contestar la pregunta sobre la relación del juez, la ley –en particular la injusta–, y el legislador. Eran propuestas que cuestionaban el formalismo jurídico en la aplicación del Derecho, que señalaban los problemas derivados de la falta de norma aplicable, de contradicción normativa, de interpretación y cuestiones axiológicas de diversa índole.

Años después, dichas aportaciones anti formalistas conformarían las bases de las actuales teorías de la argumentación jurídica, como una nueva forma de estudiar el fenómeno jurídico y guiar la función judicial en la aplicación del Derecho y en la justificación de las decisiones judiciales. En los siguientes párrafos daremos cuenta de los aspectos más sobresalientes de las teorías de referencia y su impacto en el ámbito jurídico.

2. ALGUNOS COMENTARIOS A LAS LLAMADAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

2.1. Primera generación

Las teorías de la *primera generación* son aquellas que arrancan de los años cincuenta del siglo pasado. Con trabajos como los de Viehweg,¹ Perelman,² Toulmin³ y Recaséns,⁴ se tiene ya una noción bastante clara del movimiento intelectual generado alrededor de la mitad del siglo XX para

¹ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción por DIEZ-PICAZO, Luis, Madrid, Taurus, 1964.

² PERELMAN, Chaïm y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, traducción por SEVILLA MUÑOZ, Julia, Madrid, Editorial Gredos, 1994.

³ TOULMIN, Stephen Edelston, *The uses of argument*, New York, Cambridge University Press, 1997.

⁴ RECASENS SICHES, Luis, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa, 1980.

cuestionar el formalismo que impregnaba la concepción del Derecho y la labor de los jueces al aplicarlo. Al mismo tiempo, se aprecia el inicio de un nuevo paradigma para explicar el Derecho y la labor de los operadores jurídicos, ahora en términos de discurso y control argumentativo de sus decisiones.

El común denominador de las teorías de Perelman, Viehweg y Recaséns, es la crítica al formalismo exacerbado en la aplicación del Derecho, que por supuesto impacta a la interpretación y al razonamiento jurídicos. Dicho formalismo fue producto de una etapa de la evolución del Derecho, y en especial, de la relación del juez con respecto a la ley, que se consideraba indispensable, completa, suficiente e incuestionable; nos referimos en específico a la escuela de la exégesis francesa que se difundió desde diversos países de Europa durante la mayor parte del siglo XIX y principios del XX, y que aún sigue en ocasiones dejando sentir sus efectos.

Otra de las cualidades en común, al menos de las teorías de Perelman y Viehweg, es que representan el rescate y, de alguna manera, la renovación de antiguas disciplinas como son la tópica y la retórica, que se gestaron en la Grecia Antigua y que fueron retomadas y difundidas también durante la época Romana, para seguir su evolución con algunos claroscuros en la edad media, el renacimiento y los siglos posteriores. Algunos de los personajes claves en dicha evolución fueron Aristóteles, Cicerón y Quintiliano.

Pueden entonces considerarse dichas teorías como una propuesta alternativa en el siglo XX al uso exacerbado del formalismo, y en especial, de la lógica formal de tipo matemático, útil para la demostración científica, pero no para el mundo de lo opinable o controvertible, de lo justo e injusto, como es el ámbito jurídico.

Aquí vale la pena hacer una acotación, la sustitución de la lógica formal para canalizar el razonamiento jurídico en la solución de problemas prácticos, no significa en modo alguno renunciar al uso del razonamiento deductivo o inductivo, sino de los parámetros de su evaluación e impacto. Desde el ángulo de la retórica el faro es la persuasión, desde la dialéctica, la búsqueda del argumento más plausible que provea la razón.

Regresando al tema central, mención especial merecen las aportaciones de Toulmin, pues éste no se propuso formular una teoría de la argumentación jurídica, ni tampoco atacar el formalismo en la aplicación

judicial del Derecho, pero se le considera dentro de las teorías de primera generación porque su crítica de fondo es a la lógica formal y al silogismo como su principal instrumento en la obtención del conocimiento y la solución de problemas.

Lo interesante radica en que dicho autor utiliza como modelo rival del razonamiento lógico y de la evaluación de argumentos, una serie de pasos inspirados a manera de hacer valer una pretensión ante los tribunales, así como la representación gráfica de un argumento completo, desde un ángulo panorámico más amplio que el del silogismo de tipo formal.

Lo que lograron en conjunto dichas teorías, que no son las únicas, pero sí una muestra representativa, es al menos llamar la atención del error cometido hasta entonces, en palabras de Recaséns, de llevar tal cual el *logos* de tipo matemático al campo de la aplicación del Derecho. Los autores de referencia sin duda abonaron el terreno para la elaboración de posteriores teorías más sofisticadas y formuladas sobre otras bases, no apoyadas en la dialéctica y la retórica antiguas, sino en la filosofía analítica, nuevos derroteros en la teoría del Derecho e incluso en la teoría de la comunicación humana.

2.2. Segunda generación

Las teorías de *segunda generación* son las surgidas a partir de la década de los años setenta del siglo pasado, éstas son representadas, entre otros, por Robert Alexy, Neil MacCormick, Manuel Atienza, entre otros.

a) Robert Alexy⁵

A Alexy le interesa la justificación racional de las decisiones, por lo que deja fuera de su análisis expresamente lo relativo a la persuasión, con lo cual se aleja de la *nueva retórica*. El análisis de Alexy se enfoca desde el ángulo de la teoría del discurso práctico racional, de la cual la argumentación jurídica es una especie realizada bajo condiciones limitadoras como son la ley, la dogmática y el precedente.

⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, traducción por ATIENZA, Manuel e Isabel ESPEJO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Si a través del discurso racional no se llega al acuerdo o se generan dos opciones posibles incompatibles a las que se arribó sin contravenir las reglas del mismo, entran en juego especies del discurso práctico como la solución judicial de conflictos, respecto a la cual elabora sus reglas de racionalidad.

Alexy es uno de los partidarios de la distinción entre la justificación interna (terreno del silogismo jurídico) y la justificación externa (la corrección de las premisas). De igual forma, distingue casos complicados de los que no lo son, que equivaldría a la noción de casos *fáciles* y *difíciles*.

Por lo que respecta a la justificación externa, que es la más problemática, Alexy señala que la argumentación jurídica sirve para fundamentar las premisas que no son reglas de Derecho Positivo (que se fundamentan vía la satisfacción de los requisitos de validez) o enunciados empíricos (que se fundamentan a través de las ciencias empíricas). Existen seis tipos de reglas que dan lugar a seis formas de justificación externa, que indican cómo se fundamentan la interpretación de la ley, la doctrina, el precedente, la razón, la *empirie* o argumentación empírica y las formas especiales de argumentos jurídicos; éstos constituyen el aporte más rico de los planteamientos de Alexy.

Existe un aspecto adicional que vale la pena remarcar, el principio de justicia formal que equivale al principio de universalidad en el discurso práctico general, de acuerdo con el cual se deben tratar de la misma manera casos iguales. La vigencia real de este principio constituye una de las exigencias básicas de la aplicación judicial del Derecho.

La teoría de Alexy no abarca el universo de la argumentación jurídica, debe ser considerada mejor como teoría de la justificación de las decisiones judiciales para situarla en los temas que aborda.

b) Neil MacCormick⁶

La teoría de MacCormick parte de la afirmar que la adopción y justificación de decisiones en el campo del Derecho pertenecen al ámbito de la razón práctica (que sirve para guiar decisiones o juicios), y que el

⁶ MACCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Nueva York, Oxford University Press, 1997.

objeto de su trabajo es el razonamiento plasmado en las decisiones de los tribunales plasmadas por escrito (Inglaterra, Escocia y en menos casos Francia). Desde este ángulo, la teoría de MacCormick podría calificarse como teoría de la justificación de la decisión judicial ordinaria.

Para MacCormick hay decisiones judiciales que pueden ser justificadas jurídicamente con el uso de argumentos de carácter deductivo, usando la forma del silogismo *modus ponens* lo cual garantiza la validez formal de la decisión, pero la verdad de las premisas en estos casos deriva de los criterios de jueces superiores o de la propia ley. Esto coincide con la llamada justificación interna, propia de los casos *fáciles*.

Si bien, una vez establecida o supuesta la existencia de una regla jurídica en este tipo de casos, se procede con la derivación deductiva de la decisión judicial que a su vez sirve de justificación a ésta, pero en lo que se refiere a la incidencia de problemas de relevancia, requiere para su justificación completa una forma de argumentación distinta a la de tipo deductivo. En estos casos se requiere una justificación de segundo orden (que equivaldría a la justificación externa), donde la regla que se propone esté apoyada en argumentos consecuencialistas y argumentos que prueben la consistencia y coherencia con el resto del ordenamiento, lo que por un lado tiene una función de justificación y, por el otro, evita la arbitrariedad.

Los argumentos *consecuencialistas* son intrínsecamente valorativos pues se dirigen a considerar la aceptabilidad o no de tales consecuencias. Las reglas elaboradas deben satisfacer ciertos requerimientos de consistencia y coherencia con el sistema jurídico que se trate. La consistencia implica que la regla en cuestión no contradiga otras reglas válidas y vinculantes al sistema que, en caso de ocurrir, traerían como consecuencia el rechazo de ésta; la coherencia significa que las reglas se incorporen al sistema dentro del ámbito del cuerpo existente de principios jurídicos generales, esto es, que tengan al menos una razón de ser consistentes con éstos.

c) Manuel Atienza

En el campo de la teoría de la argumentación, Atienza tiene en principio el mérito de ser el difusor de las teorías de la argumentación jurídica

en Iberoamérica, gracias sobre todo a la compilación y crítica que realizó de ellas en su obra *Las Razones del Derecho*, publicada por primera vez en 1991 por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.⁷ Dicha obra fue hecha algunos años publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en la que Atienza agregó algunos comentarios a la teoría del autor norteamericano Robert S. Summers,⁸ sobre la justificación de las decisiones judiciales ampliando su obra más allá de la visión de autores únicamente europeos.

Sin duda, el contacto a fondo con las teorías pioneras y estándar de la argumentación jurídica, que le permitieron explorarlas y analizarlas de manera crítica desde diversos ángulos, habrían dado a dicho autor los elementos para generar una teoría propia que pudiera salvar los inconvenientes encontrados en todas las demás. Sin embargo, en la obra señalada únicamente estableció las bases de un proyecto de teoría de la argumentación jurídica, los contenidos y aspectos que debía abarcar. En posteriores obras del autor, en especial en *El Sentido del Derecho*,⁹ dicho proyecto ha ido tomando una forma más acabada hasta su reciente *Curso de Argumentación Jurídica*¹⁰ que consideramos una obra completa en la materia.

Son diversos los méritos de la propuesta de teoría por Atienza, entre los que podemos destacar:

- Hace uso de los mejores desarrollos y categorías creadas por los diversos autores en la materia, sin tomar posiciones ideológicas de rechazo en bloque a alguna de las posturas.
- Amplia el estudio de la incidencia de la argumentación jurídica más allá de la que realizan los jueces superiores al justificar sus decisiones, bajo el criterio genérico que la argumentación está presente en la creación y aplicación del Derecho, lo cual le permite analizar algunos aspectos de la argumentación legislativa y administrativa, así como la de carácter dogmático;

⁷ ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁸ *Ibidem*, pp. 221-232.

⁹ ATIENZA, Manuel, *El Sentido del Derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003.

¹⁰ ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

- Sitúa con acierto los alcances de lógica formal en el campo del Derecho y hace referencia a las falacias, que no es algo común en los autores sobre argumentación;
- Hace referencia a la argumentación en materia de hechos, que estuvo por mucho tiempo casi abandonada en las teorías de la argumentación;
- A la noción ya estandarizada de casos fáciles o claros y casos difíciles, agrega la de los casos trágicos, que por lo regular coinciden con la colisión de derechos de la persona en un caso concreto y que son aquellos que no pueden ser resueltos más que por vía de una adecuada ponderación y justificación reforzada.

3. LA NECESIDAD DE TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE CARA AL SIGLO XXI. RETOS QUE RESOLVER

Las teorías que apenas hemos pincelado en una muy apretada síntesis han aportado, como ya lo señalamos, nuevos caminos para el estudio del fenómeno jurídico, en particular, la justificación de las decisiones de los operadores jurídicos al aplicar el Derecho.

Desde nuestro punto de vista, la irrupción y el desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos, así como su impacto en los órdenes jurídicos de los diversos países, han traído consigo nuevos retos para la creación, aplicación y estudio del Derecho, pero también, no menos importante, han traído consigo una pieza o ingrediente muy relevante para las teorías de la argumentación, pues en los derechos humanos reconocidos se tiene un referente común a la hora de contar con parámetros para evaluar las normas ordinarias, así, ya no se trata de un sentido subjetivo de justicia, o de criterios axiológicos meta jurídicos, sino de la dignidad humana como límite y guía al legislador y a los operadores jurídicos en general.

En nuestro país, hay varios elementos a considerar: la difusión y enseñanza de las teorías de la argumentación jurídica desde mediados de la década de los noventa del siglo pasado; la importancia de los derechos humanos de fuente internacional; la trascendente reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, así como la apertura e implantación del denominado control difuso de constitucionalidad y de convenciona-

lidad, gracias a la recepción de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, el 23 de noviembre de 2009.

Estos elementos hacen indispensables las teorías de la argumentación jurídica, cuyos postulados guían primordialmente la justificación de las decisiones judiciales, en las que se conjugan la aplicación de las diversas ramas del ordenamiento, con los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente internacional, y que no sólo se ocupan de la decisión de la controversia sometida a su conocimiento, sino que evalúan en dicho proceso la compatibilidad de las normas aplicables con los derechos humanos de las partes involucradas.

Esta tarea no es ni ha sido sencilla y sigue enfrentando diversas dificultades, que deben ser atendidas para que exista una práctica cotidiana, verificable, de las nuevas atribuciones y estándares a considerar en pro de una justicia con rostro humano, donde la dignidad humana se sitúe en el centro y la labor de los jueces siga siendo su garantía institucional. En los párrafos siguientes nos ocupamos de algunos de los retos más importantes a solventar.

3.1. La necesidad de una teoría descriptiva de la argumentación judicial en México

Si bien es cierto que toda teoría está dirigida a un fenómeno universal, como lo es el caso de la aplicación del Derecho y la justificación de las decisiones judiciales, en el ámbito de la argumentación jurídica, por lo regular, las teorías se distinguen en dos grandes tipos, las descriptivas y las prescriptivas. Las primeras buscan, como su nombre lo indica, describir cómo se argumenta en una determinada comunidad, rama del Derecho o sector de una comunidad jurídica, esto es, buscan responder a la pregunta: ¿Cómo se argumenta?; las segundas, ofrecen respuesta a la pregunta ¿Cómo se debe argumentar? Esto significa que proporcionan cánones para llevar a cabo la argumentación, a fin de satisfacer determinados fines de racionalidad o axiológicos.

Las teorías prescriptivas tienen mayores pretensiones de universalidad, mientras que las descriptivas dan cuenta del fenómeno o actividad argumentativa de manera contextualizada. De hecho, las teorías descriptivas preceden a las segundas, que son, de alguna manera, una respuesta

o complemento a las primeras, es decir, que a partir del conocimiento de cómo se argumenta en una determinada comunidad, se elabora un camino a efecto de influir, modificar o fortalecer la práctica a fin de lograr una mejor justificación de las decisiones. Las teorías de la argumentación de Alexy y de MacCormick señalan respectivamente haber sido elaboradas a partir de la observación de la práctica, la primera del Tribunal Constitucional Alemán, mientras que la segunda de los tribunales de Escocia.

En este tenor, un fenómeno constante en otras regiones del mundo, como Latinoamérica, es la adopción de teorías o desarrollos doctrinales que han tenido como referentes otras latitudes y contextos. Es por ello que sería muy relevante generar conocimiento, datos, constantes y narrativas, para dar una explicación en los diversos países y, nos atreveríamos a decir, en sus diversas entidades o regiones, de cómo y por qué se argumentan o justifican las decisiones de una determinada manera o la satisfacción de qué tipo de requisitos hacen que una decisión esté adecuada y suficientemente justificada.

En nuestro país, reflexiones de esa índole tendrían que considerar el enorme peso de la tradición o influencia de la escuela de la exégesis; el aún escaso desarrollo de la cultura constitucional en la población y, en particular, de los operadores jurídicos; la situación de la educación jurídica y de las escuelas judiciales; el desarrollo jurisprudencial de los cambios constitucionales, sobre todo en materia de derechos humanos; el número de asuntos a cargo de los órganos de impartición de justicia y el presupuesto destinado a los poderes judiciales; los tiempos reales de duración del proceso; la situación de la redacción de sentencias y determinaciones, la actuación del foro jurídico y el papel de las barras o colegios de abogados, entre otros muy diversos factores.

El desarrollo paulatino del estudio de aspectos como los señalados, iría dando claridad al panorama y problemáticas propias de la aplicación judicial del derecho y de la justificación de las decisiones en nuestro país.

3.2. Elaboración de teorías prescriptivas de la argumentación frente a la problemática latinoamericana de la aplicación del Derecho

A partir de la realidad del fenómeno es posible construir propuestas para mejorar dicha labor, en lugar de forzar sin más la adopción de las teorías que explican fenómenos en otros contextos, incluso se evidencia-

rían en todo caso las similitudes que permitirían adoptar lo mejor de las teorías hasta ahora difundidas.

En países como el nuestro, es notorio que una problemática común sea el cúmulo de trabajo a cargo de los órganos de impartición de justicia, que se ven rebasados en términos de personal, infraestructura y presupuesto; ello implica buscar respuestas para mejorar la impartición de justicia, incluyendo la justificación de las decisiones a efecto de que sean razonables y justas. En otros términos, si hay lugar a teorías prescriptivas de la argumentación, éstas no pueden dejar de lado la realidad de la impartición de justicia, ¿cómo se podrían tener criterios básicos de justificación racional de las determinaciones, en situaciones de un cúmulo de trabajo abrumador, que genera un ineludible rezago? Las exigencias de una justificación completa e incluso robusta se hacen sentir cada vez más, en particular por los cambios derivados de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y de la recepción nacional de la sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, a que hicimos alusión párrafos arriba.

Las teorías que se generen deben partir de la justificación de determinaciones de primera instancia, para después dar cuenta de aquellas de grados ulteriores. Sin que se concentren en las decisiones de los tribunales de segundo grado o de la justicia federal encabezada por la Suprema Corte de Justicia; con ello se buscaría dar un mayor espectro a las teorías que usualmente se concentran en las decisiones de los tribunales constitucionales.

3.3. Ampliación de los cánones de justificación a las autoridades administrativas

Si bien estas líneas se dedican sobre todo a la justificación de las decisiones en sede judicial, es útil no perder de vista la importancia de la doctrina y que las propias autoridades concentren sus reflexiones en la aplicación del Derecho en sede administrativa y la justificación de las determinaciones administrativas.

No cabe duda que los asuntos que llegan a conocimiento judicial son un porcentaje mucho menor comparados con el sector que ocupa la aplicación del Derecho por las autoridades administrativas, sector que no ha sido estudiado suficientemente en la justificación de sus actos y de-

cisiones, al menos no desde el ángulo de las teorías de la argumentación jurídica.

Ello no significa que las teorías no abarquen lo relacionado con el contencioso administrativo, como una rama jurisdiccional a la que aplican las mismas teorías. Este es precisamente un rubro en el que los cambios en materia de derechos humanos tienen plena aplicación, pues son las autoridades administrativas las que por su propia naturaleza deben observar el respeto, protección, garantía y promoción de los derechos básicos de la persona. En nuestro país, falta aún mucho por hacer a efecto que la trascendente reforma de 2011 sea atendida a cabalidad por las autoridades administrativas, que aún se sienten vinculadas por el principio de legalidad a ultranza, decimonónico, que no da cuenta de la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico, uno de los postulados del postpositivismo jurídico o del neoconstitucionalismo y que no es otra cosa más que aplicar la ley y las normas administrativas a la luz de los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales primordialmente.

3.4. La importancia de la interpretación jurídica, como fase de toda aplicación del Derecho

La justificación de las decisiones judiciales es sólo uno de los sectores del amplio campo de la argumentación jurídica, tal vez el más notable por ser al que se han concentrado las teorías de la argumentación, que en realidad con mayor precisión podrían calificarse como teorías de la justificación judicial.

Además de esta precisión, cabe señalar que la argumentación jurídica no desplaza, ni sustituye, ni abarca el ámbito de la interpretación jurídica, es una fase adicional y previa a toda aplicación del Derecho, la cual opera a nivel normativa primordialmente, aunque también hay lugar a dicha disciplina en la identificación, apreciación, prueba y valoración de los hechos, pero desde ángulos diversos. La interpretación jurídica está integrada básicamente por varios cánones o métodos (semántico, sistemático, teleológico, histórico, exegético, entre otros), aportados por la ciencia jurídica y la praxis judicial, para determinar el sentido y alcance de las expresiones del derecho, en particular de las reglas derivadas de las fuentes formales del Derecho.

El producto o resultado de la actividad interpretativa se suma a los elementos objeto de la justificación de la decisión, a la hora que el juzgador desarrolla la parte de considerativa de la sentencia, donde analiza las propuestas de las partes sobre el sentido y alcance de los preceptos, así como su aplicación a los hechos probados.

El punto que queremos destacar consiste en que la interpretación es una actividad diversa de la argumentación, no deben ser confundidas, aunque estén, por supuesto, estrechamente vinculadas como fases presentes en toda aplicación judicial del derecho. De esta manera, el estudio de la interpretación de los diversos tipos de reglas, así como de los pasos de los cánones o métodos, sigue siendo un campo susceptible de investigación, y no basta decir que con la reforma constitucional de 2011 se vuelve a tener una enorme relevancia a través de los deberes de interpretación conforme y del principio pro persona, que operan sobre la base de los cánones de interpretación.

3.5. El papel de los derechos humanos como criterio de validez de las normas jurídicas

No cabe duda que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, ha sido uno de los cambios normativos más importantes que ha experimentado el orden jurídico mexicano en las últimas décadas.

La aplicación del Derecho se llevaba a cabo de ordinario en el contexto del principio de legalidad, a partir del cual interesa la aplicación de reglas formalmente válidas y que las decisiones encuentren motivación en los hechos probados del asunto y fundamentación en las mencionadas reglas que resulten aplicables. En dicha ruta de actuación, se presuponía la regularidad de las reglas aplicadas, o, mejor dicho, su conformidad con las normas superiores del ordenamiento; además, la jurisprudencia misma había vedado desde la década de los años treinta del siglo pasado la posibilidad del control difuso de constitucionalidad por parte de los tribunales y jueces de los Estados; eso era materia u objeto únicamente del juicio de amparo que en su momento se intentara por las partes contra la sentencia o resolución que ponía fin al juicio (no se dejan tampoco de lado los casos de incidencia del amparo indirecto durante el proceso).

La reforma en materia de derechos humanos trajo consigo un cambio importante, al señalar en el artículo 1º que todas las autoridades del país, incluyendo a los jueces, debían respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos; que en la aplicación de estos derechos debían llevar a cabo la interpretación conforme y atender el principio pro persona; y que debían prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos de la persona.

Estos deberes sin duda implicaron un cambio de reglas que impactaba y superaba el esquema anterior de primacía de la mera legalidad. Adicional a lo anterior, como se mencionó párrafos arriba, la discusión en la SCJN de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos derivó, entre otras importantes cuestiones, en la interrupción o superación de los criterios tradicionales que vedaban el control difuso de constitucionalidad y, además, se agregó el denominado control de convencionalidad como una potestad/deber de los jueces en general. Así lo demuestran las siguientes tesis jurisprudenciales, que afirman la obligatoriedad del control de convencionalidad para los operadores jurídicos. El texto de las tesis es el siguiente:

Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo.

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.¹¹

Control de convencionalidad. Debe ser ejercido por los jueces del Estado mexicano en los asuntos sometidos a su consideración, a fin de verificar

¹¹ Tesis: XI.1o.A.T.47 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p 1932.

que la legislación interna no contravenga el objeto y finalidad de la convención americana sobre derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.¹²

Dichos precedentes están a tono con lo prescrito en la citada sentencia del Caso Radilla, que en su parte considerativa señaló expresamente:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹³

¹² Tesis: I.4o.A.91 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

En este sentido, a partir de la noción de control de convencionalidad, se ha enfatizado la necesidad de que los jueces apliquen los derechos humanos de fuente internacional, adaptando sus criterios a modo de hacer prevalecer estos últimos, incluso frente a disposiciones que los contraríen. Además, a manera de pauta para realizar esta labor, deberán no sólo estar al tratado, sino a su interpretación última y definitiva que realiódclara la Corte Interamericana de Derechos Humanos; con ello, no sólo se dotó a los jueces de nuevas atribuciones, sino que los derechos humanos se fortalecieron como los criterios últimos de validez de las reglas y de las determinaciones en que éstas son aplicadas. Lo que queremos a es que además de los criterios de validez espacial, temporal, personal y material que usualmente debía cumplir una disposición para ser “válidamente” aplicable a un caso concreto, además ésta debía estar acorde con los derechos humanos.

Para que la reforma en derechos humanos y los nuevos criterios puedan rendir los efectos que se esperan, es necesario una intensa y constante capacitación en los operados jurídicos, pues los estándares de derechos humanos no son estáticos, sino que están en constante evolución, como lo demuestra la actividad dinámica de los organismos internacionales de los que derivan gran parte de los nuevos ángulos y criterios para saber el alcance de los derechos humanos.

La complejidad que han implicado las nuevas atribuciones para los jueces, tiene una relación muy importante del papel que a este respecto deben jugar las teorías de la argumentación jurídica, mismas que proporcionan criterios, metodología y elementos para la justificación de decisiones complejas, como son por lo regular aquellas que involucran los derechos de la persona que asisten a cada una de las partes en litigio. A esto también se suman operaciones con un grado importante de complejidad, como la ponderación en los casos de enfrentamiento de los derechos humanos involucrados.

La doctrina, en este sentido, debe tener un acercamiento cada vez mayor a la judicatura, a efecto de proveer con la experiencia que ésta proporcione las herramientas conceptuales y metodológicas que permitan tener criterios cada vez más precisos para poder decidir en situaciones difíciles o, como los denomina acertadamente Manuel Atienza, los casos trágicos.

3.6. La justificación de las decisiones de órganos internacionales

Otro de los grandes temas que aún no han sido explorados por los estudiosos de la argumentación jurídica es el de la justificación de las decisiones de los organismos internacionales, sea o no de naturaleza jurisdiccional (tribunales de derechos humanos, la corte internacional de justicia, el tribunal del mar y muchos otros); cuasi jurisdiccional (comisiones y comités de derechos humanos, instituciones de arbitraje o de solución pacífica de controversias); de asambleas políticas y de carácter legislativo (la Asamblea General de la ONU, el Consejo de Europa o Asamblea de la Organización de Estados Americanos, por mencionar algunos); o las determinaciones de carácter administrativo (Secretario General de la ONU, Alto Comisionado para los Derechos Humanos y afines), que tan sólo son una muestra del complejo entramado del Derecho Internacional Institucional u Orgánico.

Existe un campo sumamente interesante que trata sobre qué bases se puede calificar la justificación de las determinaciones, resoluciones o sentencias de este tipo de cargos, órganos y organismos, pues difieren en aspectos torales de los órganos propios de los estados. En primer lugar, en el ámbito interno de los Estados la cúspide del referente normativo es la Constitución y en algunos casos el Derecho Internacional reconocido e incorporado como parte del Derecho Interno, mientras que en ámbito internacional fuera del mandato propio de cada instancia (en algunos casos un tratado internacional, un reglamento, reglas de consenso bilateral o unilateral), se cuenta sólo con el marco de la normativa que aplican, esto es, no hay un referente superior.

Así como no existe un referente normativo superior, como parámetro o base para la calificación de la justificación, tampoco existe en muchos de los casos instancia ulterior alguna que llevara a cabo dicha labor, esto se trata de órganos de única, última y definitiva instancia en el ámbito internacional. Por lo regular, después de alguna decisión viene únicamente la etapa de aplicación de la misma en el ámbito internacional o incluso en el ámbito interno de los Estados.

En situaciones limítrofes como las señaladas, sea por la carencia de normativa o instancia ulterior de revisión, las decisiones deben ser escrupulosamente justificadas, a fin de evitar indeterminaciones, ambigüedades o incurrir en alguna falacia. Además, las determinaciones y resoluciones internacionales por lo regular son traducidas a diversos idiomas, una cues-

tión adicional que debe ser cuidada para efectos de evitar los equívocos y multiplicidad de significados que alteren el sentido de las mismas.

El campo de la justificación de este tipo de decisiones y resoluciones en general, es muy amplio y, como señalamos, todavía poco abordado, siendo que es necesario incluso para la verdadera universalidad y completitud de las teorías de la argumentación jurídica.

3.7. La enseñanza de la argumentación jurídica en México y la necesidad de repensarla

La argumentación jurídica como materia de enseñanza llegó a nuestro país en la primera mitad de los años noventa del siglo pasado. En una primera fase se incorporó como parte de los programas de posgrado en Derecho y con posterioridad comenzó a impartirse como parte de la formación de los operadores jurídicos, en particular, a las personas integrantes de la judicatura.

Con posterioridad y paulatinamente se ha venido incorporando a los planes de estudio de las escuelas y facultades de Derecho a lo largo de todo el país. Desde el ángulo editorial, abundan en la actualidad las obras monográficas sobre la materia en las diversas áreas del ordenamiento.

No obstante, la estabilidad y el lugar que ha encontrado la disciplina en los estudios universitarios y en la capacitación de operadores jurídicos, consideramos que en ocasiones se ha partido de ángulos inadecuados, que poco tienen que ver incluso con los planteamientos de las teorías más extendidas, como explicamos a continuación.

Las teorías de la argumentación jurídica de la primera generación eran esfuerzos doctrinales por ofrecer una opción alternativa a la primacía de la lógica formal en la aplicación del Derecho, que llevaba al formalismo jurídico cuyos extremos se ejemplificaban con el Derecho surgido durante la Alemania Nazi. El Derecho Legislado en esa época, en particular contra los judíos, hasta ahora no ha sido descalificado en sentido democrático, esto surgió de un legislador al parecer electo democráticamente, siguiendo los cánones de génesis formal del Derecho y, por tanto, considerado como un Derecho válido.

Teniendo a la Ley como una premisa mayor incontestable, lo que seguía era su aplicación al caso concreto con la ayuda del silogismo lógico

de tipo formal. Teorías como las de Perelman, Viehweg, Toulmin y Recaséns, señalaban que la lógica formal de tipo matemático no debía ser la disciplina que guiara el razonamiento jurídico a la hora de aplicar el Derecho, sino que histórica y racionalmente había que tener otras alternativas para hacer justicia con el Derecho en un sentido amplio, a partir de disciplinas como la retórica, la dialéctica, la lógica de lo razonable o la comprensión de cómo operaban en la vida cotidiana los argumentos.

En este sentido, están equivocados quienes consideran que por enseñar argumentación jurídica debemos entender simplemente revitalizar la enseñanza de la lógica, pues se vuelve a incurrir en aquello que las primeras teorías quisieron precisamente evitar. Tampoco se trata reducir la argumentación jurídica a la mera expresión correcta desde el punto gramatical, sintáctico y ortográfico, ni tampoco a los otros comunes certámenes de oratoria.

Las teorías de la argumentación jurídica de segunda generación aceptan el papel de la lógica formal en una fase primaria de la justificación de las decisiones, pero también coinciden en señalar la insuficiencia de la lógica formal para dar cuenta de la justificación en casos complejos, difíciles o trágicos. Es precisamente en el tratamiento de éstos últimos donde se aloja el desarrollo y las propuestas sobre la argumentación jurídica. La obra y los trabajos recientes de Manuel Atienza demuestran la complejidad que ha venido adquiriendo la argumentación jurídica, y con ello, también su enseñanza en los diversos niveles académicos y en el ámbito profesional del Derecho.

En este sentido, consideramos que debe revisarse la manera en que se está enseñando la disciplina de la argumentación jurídica en nuestro país, para, en efecto, recibir lo mejor de las teorías existentes en aquello que sirva a nuestro contexto jurídico como país. Asimismo, cabe señalar que en los esfuerzos de capacitación no se debe dejar fuera al foro, pues es la correlación de los planteamientos de éste, en conjunto con la actividad judicial que va generando los estándares o bases sobre las cuales se resuelven los conflictos y se imparte justicia.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La actividad de argumentación jurídica y las teorías que se ocupan de ella deben ser vistas como un avance importante con efecto de mejorar

y fortalecer la creación, aplicación, estudio y enseñanza del Derecho. La idea que subyace a dichas teorías no es la de hacer más compleja la función judicial, ni la aplicación del Derecho en casos concretos, que de suyo tiene numerosos aspectos y dificultades, sino arribar a nuevas condiciones que permitan contar con decisiones que hagan del acceso a la justicia la base cardinal del sistema, como algo asequible y verificable.

La argumentación jurídica como vía para fortalecer la justificación de las decisiones judiciales primordialmente, no se puede llevar a cabo en el vacío o sin el concurso del legislador, del foro, de la academia y de la población en general. La argumentación se ve limitada ante normas mal elaboradas, irrazonables o injustas, es por eso que la labor del legislador es de suma relevancia, así como también el papel del foro o los abogados litigantes, que, con su comportamiento ético y conocimientos, pueden ayudar a resolver los problemas jurídicos sometidos a consideración de los jueces.

La academia también tiene un importante papel que desempeñar, no sólo en el estudio del Derecho, sino en la generación de nuevo conocimiento, así como en la enseñanza a partir de la que se forman las nuevas generaciones o se prepara a las personas profesionales del Derecho. Se debe contar con una academia cercana a los problemas y la realidad, para que puedan aportarse soluciones a los mismos y no sólo reproducir conocimiento desvinculado de las necesidades actuales.

Por último, consideramos que la población no es un espectador pasivo de los fenómenos jurídicos, hay que reconocer que también estamos inmersos en ellos y formamos parte de estos, en la actitud hacia las normas, las instituciones y la solución pacífica de los conflictos.

La argumentación jurídica representa una vía para la solución de los conflictos, por la vía de la razón con el apoyo de las reglas que como sociedad nos hemos dado, no por la fuerza ni la violencia, es por ello una disciplina que vale la pena difundir y fortalecer, incluso más allá del ámbito de lo jurídico.

5. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, traducción por ATIENZA, Manuel e Isabel ESPEJO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

- ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- , *El Sentido del Derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003.
- , *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- MACCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Nueva York, Oxford University Press, 1997.
- PERELMAN, Chaim y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, traducción por SEVILLA MUÑOZ, Julia, Madrid, Editorial Gredos, 1994.
- RECASENS SICHES, Luis, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa, 1980.
- TOULMIN, Stephen Edelston, *The uses of argument*, New York, Cambridge University Press, 1997.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción por DIEZ-PICAZO, Luis, Madrid, Taurus, 1964.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf
- Tesis: XI.1o.A.T.47 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p 1932.
- Tesis: I.4o.A.91 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927.