

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

MEMORIA DEL SEGUNDO Y TERCER SEMINARIOS
DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA



Primera edición: abril de 2008
D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Av. José María Pino Suárez Núm. 2
C.P. 06065, México, D.F.

ISBN 978-970-712-858-3

Impreso en México
Printed in Mexico

La compilación de esta obra estuvo a cargo del Dr. Bertín Vázquez González y del Lic. Óscar Rodríguez Álvarez bajo la coordinación de los señores Ministros Juan Díaz Romero y José Fernando Franco González Salas.

La edición y diseño de esta obra estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

**MEMORIA DEL SEGUNDO
Y TERCER SEMINARIOS
DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Presidente

Primera Sala

Ministro Sergio A. Valls Hernández
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Juan N. Silva Meza

Segunda Sala

Ministro José Fernando Franco González Salas
Presidente

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministro Genaro David Góngora Pimentel
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Comité de Publicaciones y Promoción Educativa

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Comité Editorial

Mtro. Alfonso Oñate Laborde
Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Directora General de la Coordinación de
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Gustavo Addad Santiago
Director General de Difusión

Mtro. César de Jesús Molina Suárez
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez
Director de Análisis e Investigación Histórico Documental

CONTENIDO

Presentación	IX
--------------------	----

SEGUNDO SEMINARIO MAYO-JUNIO 2006

La argumentación jurídica en la historia del derecho occidental	3
<i>Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez</i>	
I. El derecho: un saber prudencial	5
II. Derecho y tiempo como base de la sabiduría del jurista ...	9
III. La argumentación a partir de la codificación	14
IV. La recuperación de la argumentación jurídica tras la descodificación	20
 El conocimiento de la retórica y la argumentación jurisdiccional	 23
<i>Mtro. Gerardo Dehesa Dávila</i>	
Bibliografía	36

Dialéctica y argumentación jurídica	43
<i>Dr. Bertín Vázquez González</i>	
Sobre el principio de universalidad en la aplicación del Derecho	67
<i>Dr. Roberto Lara Chagoyán</i>	
I. Introducción	69
II. Origen del principio de universalidad	71
III. Del principio de universalidad a la teoría del razonamiento	74
IV. Funciones y ventajas de la observancia del principio	77
V. La obligatoriedad del principio de universalidad	78
1. ¿Qué parte del fallo es la parte vinculante?	79
2. ¿En qué sentido puede hablarse de obligación?	81
a. Obligación en sentido estricto	82
b. Obligación en sentido amplio	84
VI. ¿Qué consecuencias pueden generarse en el caso de que se desatienda el principio de universalidad?	98
VII. “Nuevas y profundas reflexiones...”. Sobre la ruptura del principio de universalidad	99
VIII. A manera de conclusión	103
Los límites de la argumentación; entre la ética y la corrupción	105
<i>Dra. María del Carmen Platas Pacheco</i>	

TERCER SEMINARIO
AGOSTO 2007

El problema jurídico en el contexto de la argumentación.....	137
<i>Dr. Bertín Vázquez González</i>	
I. El Derecho	141
II. El caso judicial	143
III. Teoría del problema	146
1. Concepto	146
2. Naturaleza.....	148
3. Origen	149
4. Identificación	151
5. Planteamiento	151
6. Solución	151
La argumentación prudente	153
<i>Dra. María del Carmen Platas Pacheco</i>	
Algunas notas sobre principios y ponderación	167
<i>Dr. Roberto Lara Chagoyán</i>	
I. Introducción	169
II. Una distinción incómoda.....	170
III. Distintos tipos de razonamiento para diferentes tipos de enunciados jurídicos	181
IV. ¿Qué es la ponderación?	185
V. Algunos ejemplos	189
VI. A manera de conclusión: precauciones y advertencias..	195
VII. Bibliografía	198

PRESENTACIÓN

Debido a la importancia que la argumentación jurídica tiene en los ámbitos académico y jurisdiccional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación continúa celebrando seminarios de argumentación jurídica, cuya difusión en versión impresa ha sido especialmente exitosa. El presente libro electrónico, contiene la *Memoria del Segundo y Tercer Seminarios de Argumentación Jurídica*, llevados a cabo, respectivamente, en mayo-junio de 2006 y agosto de 2007.

Ambos Seminarios estuvieron integrados por numerosas ponencias, entre las que cabe citar las siguientes: "La argumentación jurídica en la historia del derecho occidental", del Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez; "El conocimiento de la retórica y la argumentación jurisdiccional", a cargo del Mtro. Gerardo Dehesa Dávila; "Dialéctica y argumentación jurídica" y "El problema jurídico en el contexto de la argumentación", expuestas por el Dr. Bertín Vázquez González; "Sobre el principio de universalidad en la aplicación del derecho" y "Algunas notas sobre principios y ponderación", explicadas por el Dr. Roberto Lara Chagoyán; y, "Los límites de la argumentación; entre la ética y la

corrupción" y "La argumentación prudente", pronunciadas por la Dra. María del Carmen Platas Pacheco.

Estos seminarios ofrecieron diversos elementos para entender y practicar la argumentación jurídica desde una óptica sólidamente sustentada en datos históricos, filosóficos, filológicos y éticos. Los asistentes a ambos eventos obtuvieron las bases fundamentales del quehacer jurisdiccional, claramente vinculado con la necesidad de convencer razonablemente al justiciable, a través de fallos comprensibles, estructurados mediante argumentos lógicos, sin que ello implique apartarse de principios éticos y jurídicos inherentes al proceder del juzgador.

Comité de Publicaciones y Promoción Educativa
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

SEGUNDO SEMINARIO
MAYO- JUNIO 2006

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
EN LA HISTORIA DEL
DERECHO OCCIDENTAL
*Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez**

* Director de Análisis e Investigación Histórico Documental de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I. EL DERECHO: UN SABER PRUDENCIAL

Existen muchos métodos de razonamiento, según el fin que se persiga. Así, por ejemplo, si se pretende deducir el peso de un material de carga en el diseño de un puente, el razonamiento no puede ser otro que el propio del cálculo matemático; o quizá deberíamos decir, para ser más precisos, que el apodíctico o lógico deductivo. Por el contrario, si se busca contemplar el universo y recrearlo por medio de la imaginación, lo primero que el sujeto cognoscente debe hacer, es disponerse a la contemplación especulativa del mundo, para luego, tras la inspiración que aquello le provoque, y en la que entran en juego las pasiones y emociones, logre aplicar ciertas reglas del arte (o técnica) para plasmar lo que observa, en un lienzo o en una pieza de mármol, o bien en la partitura de composición.

Tratándose del derecho, la forma de razonar es distinta. Lo que se pretende es resolver problemas concretos. De ahí que se diga que las reglas del razonamiento jurídico, esto es, de la argumentación, pertenezcan al terreno del conocimiento aporético.

Una aporía es un problema, una situación compleja en la que se debaten posiciones o se suscitan encuentros de yuxtaposición de intereses. Los problemas tienen como característica fundamental la convergencia de tiempo y espacio. No son hipótesis, ni realidades aislables, sino realidades circunstanciadas, que, como tales, han de ser tratadas.

El método prudencial de los juristas romanos, y más tarde, de los medievales, tal como se enseñaba en Bolonia, no consistía en la explicación de normas jurídicas estáticas, pues el derecho —al igual que la ética—, como ha visto Manlio Bellomo, se mueve en el campo de lo contingente, de lo probable, de la *dubitatio*, “donde lo que es puede no ser, y a cada afirmación puede corresponder una negación: este terreno es propio de los hechos de la vida no incluidos en las normas”.¹

La invención (palabra cuya raíz, *inventio*, *invenire* significa encuentro, hallazgo o descubrimiento) consistía fundamentalmente en un “arte de integración” dirigida a encontrar, por medio del discurso racional y argumentativo, la mejor solución posible para un caso concreto.

El método surgió en la universidad medieval, misma que no estaba —como lo está hoy en la mayor parte de los países del mundo occidental— aislada de los problemas concretos de la vida. La universidad, y específicamente las facultades de Derecho, no eran “centros de investigación” ni menos aún lugares para elaborar teorías abstractas, sino instituciones en las que se ofrecía a los alumnos “métodos de razonamiento”. De hecho, sabemos que para eso nació la universidad en el siglo XIII, pues en sus

¹ Bellomo, Manlio, *La Europa del Derecho Común*, Roma, Galileo Galilei, 1996, p. 155.

orígenes era una “corporación”, como lo eran los gremios de artesanos o las ciudades y cabildos. La finalidad de la corporación universitaria era precisamente enseñar a razonar.

Para llevar a cabo este cometido, el profesor de derecho hacía observar el hecho a sus alumnos para plantear el problema; después venía el razonamiento conjetural y la argumentación de su mejor solución por elemental juicio lógico y de conveniencia de los hechos; además había que revisar las leyes generales y su posible incidencia y aplicación al caso. Enseguida debían buscar en los dichos antiguos de los juristas romanos y de los glosadores de su época similitudes y diferencias con el caso presente (*loci paralleli aut contrarii*), y concluía deduciendo la mejor solución posible.² Inventar es, por tanto, un arte o forma de razonar sobre lo justo e injusto a la que los juristas romanos llamaron “arte de lo bueno y de lo justo” (*ars boni et æqui*). Este modo de trabajar se caracteriza sobre todo porque permite a los juristas entender el derecho, no como algo que se limitan a aceptar (*aequitas constituta*), sino como algo que está por hacerse y que ellos han de elaborar de una manera responsable: “toda su personalidad –señala Viehweg– esta comprometida en ello, y como decía Ihering, *su orgullo no es sólo de tipo intelectual, sino también de tipo moral*”.³

El significado de la palabra “razón” (*ratio*) entre los jurisconsultos del siglo XIV es elaboración de los profesores universitarios boloñeses quienes, inspirados en la tradición romanística y a partir de las nocio-

² Carpintero Benitez, Francisco. “En torno al método de los juristas medievales”, en *Anuario de Historia de Derecho Español*, vol. LII (1982), pp. 617-647.

³ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986, p. 96.

nes fundamentales de la Escolástica, se ocuparon de establecer sus alcances y límites en el Derecho. Santo Tomás de Aquino se ocupa de la razón práctica en la *Suma Teológica* (Ia-IIæ, qq.18-21), y allí mismo, en su tratado de la justicia, explica el Derecho como realización de la razón prudencial cuyas resoluciones tienen siempre un carácter aproximativo, nunca apodíctico, como las ciencias exactas que concluyen enunciando leyes de valor absoluto.⁴ De allí que la palabra “razón” sea utilizada en la baja Edad Media para referirse a la capacidad del jurista de sobrepasar el texto de la ley, con plena conciencia de ello, es decir, de modo libre. El objeto de esta libertad es razonar y descubrir la justicia a partir de las cosas y no según una ley o mandato superior.

El más grande jurista de la época, Bártolo de Saxoferrato (1314-1357), así como sus discípulos, estuvo muy lejos de ver en el *Corpus Iuris* un conjunto de leyes romanas que debían conservarse íntegras. Aquel cuerpo fue visto como el fundamento más firme y sólido para la construcción de un nuevo derecho, para la creación de nuevas figuras jurídicas que habrían de incluirse en la argumentación en los tribunales.

El jurista debía, pues, cumplir la importante función de interpretar aquel cuerpo jurídico y confrontarlo con la realidad. Y el profesor en la universidad, debía enseñar a sus alumnos a pensar y a discernir con libertad, es decir, no según el mandato, sino según la *ratio iuris*. Sólo así estaría en condiciones de encontrar y realizar la Justicia.

⁴ Vid. Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales* (Traducción y estudio preliminar: C. Orrego), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 422 y ss.

Me parece que este es el *quid* de la enseñanza del derecho en la universidad medieval. Ya Cino de Pistoia había señalado a este respecto que es a la razón, más que a la voluntad del legislador, a la que compete la determinación de lo justo y de lo injusto (*si non esset aliqua lex... tamen per rationem probaretur quod esset ius*). Siguiendo a su maestro Cino, Bártolo señalaba que la razón ha de discernir con libertad la justicia, pues lo justo no está primero en la ley sino en las cosas según las *capta* y entiende la recta razón natural (*non est aliud mens legis quam ratio*), y en última instancia, concluye Bártolo haciéndose eco de una profunda convicción de los juristas de su época, la razón práctica y ordenada por la lógica de las cosas creadas (en el tiempo y el espacio) vence siempre a la ley hecha por el hombre (*ratio vincit legem*).⁵

II. DERECHO Y TIEMPO COMO BASE DE LA SABIDURÍA DEL JURISTA

Según la tradición romano-canónica, la argumentación jurídica debe tener como base el tiempo real y empírico, tal como lo marcan los calendarios naturales o los campanarios y relojes de los pueblos, pues los problemas jurídicos se dan siempre en un ámbito cronológico y topográfico concretos. De ahí la estrecha relación que guarda el derecho con la ética, pues ésta se ocupa de regir los actos humanos para enderezarlos al bien moral, pero siempre *in fieri*, en su hacerse, en un aquí y un ahora condicionados por las circunstancias históricas, por la eventualidad, en fin, por un regato de imponderables sobre los que sólo se puede gober-

⁵ Paradisi, Bruno, “La diffusione europea del pensiero di Bartolo e le esigenze attuali della sua conoscenza”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, XXVI (1960), pp. 1-70, recogido más tarde en *Studi sul Medioevo Giuridico* Roma, Instituto Storico Italiano per il Medio Evo, Studi Storici, 1987, pp. 911-913.

nar con la virtud moral de la *prudencia*, a la que los juristas medievales concibieron también como *sabiduría*.

Para los romanos el tiempo y el derecho forman una unidad moral. Los juristas de la época clásica hacían girar la acción prudencial en torno a la “ocasión”, entendida como el tiempo oportuno para llevar a cabo una acción o para tomar una buena decisión, según el decir de Cicerón (*tempus actionis opportunum*).⁶ Por eso he dicho que el jurista no es hombre de especulación y contemplación metafísica, sino de pensamiento pertinente, puntual y oportuno. Su actividad está inserta en la historia, entendiendo por tal no el pasado muerto sino el *pasar pasando*, el devenir en un espacio concreto. Así lo encontramos en algunos textos antiguos, no sólo latinos sino también griegos. En la *Política* de Aristóteles, por ejemplo, *nomos* y *chronos*, orden y tiempo, forman una simbiosis.⁷

En el pensamiento judeo-cristiano estas ideas se enriquecieron a partir de su inserción en la trascendencia y de su interpretación escriturística. En las Sagradas Escrituras está siempre presente la imagen del tiempo en relación con la virtud de la prudencia, consistente en dar respuestas adecuadas a los problemas concretos en el momento oportuno, pues como dice el *Eclesiastés* (3, 1-8): “todo tiene su tiempo y su sazón”.

La sabiduría, tal como aparece en la Biblia, se adquiere y se recibe. Se adquiere, mediante el esfuerzo del hombre; se recibe, en cambio, como don de Dios, si bien recae en el hombre que está inmerso en el

⁶ Iglesias, Juan, *Roma. Claves históricas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid (Seminario de Derecho Romano), 1985, p. 24.

⁷ Cf. Bretone, Mario, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 40.

tiempo. En el libro de *Ester* (1, 13) leemos que “los sabios [son los] conocedores de los tiempos”, es decir, los que entienden el sentido de la historia, que no es otra cosa que el orden de la realidad temporal expresado en los diversos momentos e instantes de la vida. Pero llama la atención que en otra traducción del mismo texto bíblico la expresión “los tiempos” es sustituida por “la ley y el derecho”: “Sabios –leemos– son los conocedores de la ley y del derecho”.⁸ Sabiduría se identifica, pues, con el conocimiento del derecho que se desarrolla en el tiempo, por lo que podemos decir entonces que pensar jurídicamente –con *criterio jurídico*– no puede ser otra cosa que razonar diacrónicamente, es decir, según los problemas reales de este mundo, que tienen lugar en el tiempo real y suelen presentarse como “ocasión”.

Como he mencionado, no hay contradicción entre la concepción de la sabiduría de estos textos bíblicos y la que se desarrolló en la tradición jurídica romana. En ambas visiones la sabiduría pertenece a una “especie humana mutante”.⁹ El iusfilósofo francés Michel Bastit, en un artículo de gran interés en el que se ocupa de las *Instituciones* de Gayo, ha señalado que es precisamente esa mutabilidad que sobrepasa cualquier uniformidad espacial y temporal, lo que caracteriza al derecho romano de la época clásica. Como fundamento de esta diversidad, dice Bastit, subyace, por una parte, una clara conciencia de imperfección, y consecuentemente de la posibilidad de mejorar la resolución. Por otra parte, se nota un profundo respeto del jurista romano por todas las modalidades de la realidad, por la variación y movimiento propios de

⁸ Vid. Rad, Gerhard von, *Sabiduría en Israel. Proverbios, Job, Eclesiastés, Eclesiástico, Sabiduría*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 1985, p. 30.

⁹ La expresión es de Gastón Bachelard, *La formación del espíritu científico. Contribución de un psicoanálisis del conocimiento objetivo*, México, Siglo XXI, 1993, p. 48.

todo lo temporal y caduco.¹⁰ Y esta realidad fluctuante sólo se conoce y encausa por medio de un razonamiento igualmente dinámico: este es el papel del pensamiento deliberativo, también llamado problemático, o de una manera más común, según venimos diciendo, prudencial, el cual opera, no sobre nociones y conceptos, sino sobre realidades temporales.

En la Edad Media, como ha visto Laurent Mayali, con la utilización de los relojes mecánicos de varillas y campanillas, más confiables para medir el tiempo que las viejas clepsidras de agua o los relojes romanos de arena y de sol, se facilitó la medición de los años, días, horas y minutos, pero además se fue desarrollando una más clara conciencia del curso del tiempo y de la capacidad del hombre para dominarlo mediante el uso de la razón.¹¹

A la vez que se colocaban los primeros relojes mecánicos en las torres de las ciudades medievales (siglo XIII), los *legum doctores* se iban familiarizando con la manipulación de unidades de tiempo (plazos, términos, prórrogas, treguas) que aplicaban a los procesos judiciales en casos concretos. El jurista italiano Baldo de Ubaldis (1327-1400) había señalado en sus comentarios a los textos romanos, que para el jurista es primordial medir el tiempo con precisión, pues esa medición es parte de la realización concreta de la justicia, ya que en la mayoría de los casos es necesario actuar según los *tiempos*.¹² Se refería a los tiempos en todas sus inflexiones, ya sea los acordados por las partes, o

¹⁰ Bastit, Michel, “La diversidad en las Instituciones de Gayo”, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Madrid (1996), año VI, 2000, pp. 17-26.

¹¹ Mayali, Laurent, “Law and time in medieval jurisprudence”, en Helmholz, R., Mikat, P., Müller, J., Stolleis, M. [ed.], *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, Zürich, 2000, pp. 605-619.

¹² *Idem*.

en su caso, la duración de los sucesos reales que sirve como base para deslindar ciertas responsabilidades (imputación) y reconocerse títulos y derechos (caducidad, prescripción, posesión), o bien, simplemente los tiempos y ritmos vitales (climáticos, vegetativos, ciclos agrícolas) que imponen las diversas regiones y comarcas geográficas.

A partir de estos descubrimientos, los juristas llevaron a cabo una serie de clasificaciones del tiempo, distinguiendo los tiempos útiles de los módicos, o los tiempos reales de los negociados o ficticios, y los plazos breves de los largos. En adelante, todo contrato o pacto y toda resolución judicial o arbitral debían plantearse en términos claros de temporalidad: el tiempo entre los juristas medievales –dice con toda razón Mayali– se volvió de este modo “tiempo jurídico”.¹³

Desde esta perspectiva es punto menos que imposible si quiera pensar en el desarrollo de una ciencia de la argumentación jurídica en aquellas sociedades en las que arbitrariamente se niega el tiempo real, sustituyéndolo por tiempos ficticios, vacíos de su esencia. Hay dos formas de realizar esta desnaturalización de la historia y, por ende, del derecho, en ambas se trata de visiones míticas de la realidad. La primera es la propia de algunas sociedades tribales en las que el tiempo queda atrapado en las costumbres ancestrales (*longa consuetudo*) cuando éstas dejan de corresponder a conductas reales, mutables e históricas, y se transforman en mitos intemporales refractarios a cualquier cambio o innovación.

La segunda es esa otra forma de mitificación del tiempo, consistente en petrificar el derecho histórico en la letra muerta de la ley y en

¹³ *Idem.*

el discurso de la igualdad social isócrona. En uno de sus más recientes libros, el iushistoriador florentino, Paolo Grossi, ha destacado como una de las características distintivas del derecho jurisprudencial medieval, la tensión vital y temporal en que éste se desenvuelve, así como la complejión mental de los juristas, capaz de adaptarse a la diacronía histórica, mientras que, en contraste, la modernidad, al querer reducir la *complejidad jurídica* a un sistema de categorías formales, separa al derecho de su dimensión naturalmente histórica y diacrónica, transformándolo en “mito”, es decir, en tiempo irreal, deshistoricado y reducido a forma estática, a dogma carente de vitalidad temporal.¹⁴ Este era el señalamiento que ya había hecho Bonnacase al afirmar que:

[...] al esclavizar el derecho positivo a la ley y a la intención del legislador, la escuela de la exégesis necesariamente lo inmoviliza, lo reduce a la impotencia, le impide alcanzar su fin, al menos si nos atenemos a las reglas que integran el programa de la escuela.¹⁵

III. LA ARGUMENTACIÓN A PARTIR DE LA CODIFICACIÓN

Lo que solemos llamar *modernidad* –que es esa forma de pensar y de entender el mundo a partir del individuo y según los principios de las matemáticas y de la geometría, la cual se extendió en occidente a partir del renacimiento y se radicalizó en la época de la Ilustración– conlleva necesariamente un cambio en el papel asignado a la razón en el derecho.

¹⁴ Grossi, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, Giufrè, 2001, pp. 50 y ss.

¹⁵ Bonnacase, Julien, *Introducción al Estudio del Derecho*, Bogotá, Temis, 1991, p. 156.

Si para los medievales la razón está estrechamente relacionada con el ejercicio de la virtud moral de la prudencia, y tiene por objeto el descubrimiento (*inventio*) del orden preexistente en las cosas, para los modernos no hay más razón que la aritmética. Ésta tiene por finalidad no sólo inventar sino sobre todo crear y construir nuevas realidades a partir del vacío. Ante tales cambios epistemológicos la filosofía práctica hubo de dejar el paso a un nuevo concepto de “filosofía”, que habría de cambiar con el tiempo el sentido del derecho y, por tanto, el de la argumentación. En el siglo xvii, uno de los padres del pensamiento jurídico y político moderno, Thomas Hobbes, resumía esta forma de pensar señalando que “filosofar es razonar, y razonar no es más que contar, sumar o restar”.¹⁶

Entre las causas que produjeron este cambio conceptual, podemos señalar como una de las principales, el utópico deseo de certeza absoluta que movió a los filósofos a rechazar cualquier método que implicara duda, dilemas metodológicos o fluctuación de respuestas en las diversas facetas del conocimiento.

Como culminación del largo proceso de racionalización geométrica del derecho y de creciente rechazo al método prudencial, apareció en la primera década del siglo xix, el fenómeno conocido como “codificación”. En términos generales se entiende por codificación del derecho la tendencia a reunir varios ordenamientos jurídicos (originalmente heterotextuales) en un solo texto con pretensiones de sistematicidad y totalidad.¹⁷

¹⁶ Hobbes, Th., *De Corpore* II, I, 6, *Leviatán* I, V, citados por Ballesteros, Jesús, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 32.

¹⁷ Oppetit, Bruno, “De la Codification”, en Bernard Beiniger [ed.] *La codification*, Toulouse, Institut d’Études Judiciaires, 1996, pp. 7-18.

Se trata de un fenómeno de ruptura y discontinuidad histórica estrechamente vinculado a una ideología política del siglo XVIII que proponía fortalecer el papel del Estado moderno otorgándole la facultad plena y exclusiva de “decir el derecho” mediante leyes y decretos derivados de su poder soberano. Es de suponerse que en este régimen conocido como “Despotismo ilustrado”, se lograría la exclusividad jurisdiccional del Estado amparada en el principio de legalidad. En adelante la ley pondría a salvo a los individuos de las arbitrariedades de los jueces y de la diversidad de opiniones y doctrinas de los juristas y doctores. Sin embargo, como bien lo ha señalado Bernardino Bravo Lira, en el terreno de los hechos “esta exaltación de la ley estuvo lejos de significar un fortalecimiento de ella. Antes bien, abrió las compuertas a su desvirtuación. Lo que la ley ganó en fuerza obligatoria –poder– lo perdió en contenido racional –autoridad–. Desde que los jueces dejaron de examinar su contenido, la ley se vacía. En adelante, lo único que cuenta es el mandato, *iussum*, sin importar lo mandado, *iustum*”.¹⁸

Los antecedentes más directos de la codificación los podemos encontrar en la Ilustración y en el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, época en la cual el terreno estaba abonado para que creciera pronto la ideología de la codificación, tanto desde el punto de vista teórico (*vgr.* el concepto de legalidad, de los derechos subjetivos y las libertades individuales), como desde el metodológico (método axiomático de razonamiento según el modelo de las ciencias exactas). Asimismo, las obras de Montesquieu, Bentham y Filangieri, entre otros, planteaban

¹⁸ Bravo Lira, Bernardino, “*Judex, Minister, Æquitas*. La integración del derecho antes y después de la codificación”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1991, pp. 111-163.

un modelo de legislación eudemonista perfecta que influyó en el ambiente intelectual de la época. Estas ideas están en la base de los primeros proyectos de codificación europeos. Siguiendo la idea, especialmente de Bentham, acerca de la necesidad de un derecho total y unitario, solía hablarse de la “omnicomprensividad” (*allcomprehensiveness*) del nuevo ordenamiento general, es decir, de la exclusividad de su aplicación y de su carácter exhaustivo, tanto en lo formal como en lo material. Además, según los principios benthamianos de la “utilidad pública”, el código tenía en sí mismo una expresión moral pues por su generalidad debía servir al bien común. Voltaire, por su parte había sentado el principio de un nuevo orden ético, social y político *ex nihilo*, para instalar el cual, el código era considerado un instrumento imprescindible.¹⁹

La ideología codificadora triunfante en el siglo XIX fue la que habían defendido los filósofos ilustrados Thomasius, Puffendorf y Leibnitz, quienes enfatizaron la necesidad de unificar los criterios de interpretación como parte de la unificación del derecho, tendiente a lograr una mayor certeza jurídica. Lógica consecuencia de este afán unificador y centralizador del saber jurídico, como veremos más adelante, sería la suspensión del juicio, o para decirlo drásticamente, la prohibición de razonar el derecho más allá del texto de la ley.

En ningún momento desapareció del panorama doctrinal de entonces, la imagen eticista del derecho vinculada al deísmo. Se consideraba, al igual que en la Edad Media, que Dios había creado el mundo como “Gran Arquitecto del Universo”, dejando en la creación unos principios

¹⁹ Ksz, “Codification”, en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, Sous la direction de André-Jean Arnaud, CNRS, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, *sub voce*.

de orden (*ordo iuris*) cifrados matemáticamente, por lo que sólo un ilustrado, capaz de leer el lenguaje oculto de las matemáticas, sería capaz de deducirlos y plasmarlos en una ley universal. De allí el discurso matematizador del derecho, que se desprende de esa visión mítica de la supuesta lectura matemática del orden universal. En realidad, como diré más adelante, esta visión deísta de lo jurídico no desapareció, ni aun en el siglo XX, pues el derecho desde entonces abandonó la antigua concepción cósmica medieval para sumarse a la visión ideológica del Estado moderno, en donde no hay más fuente del razonamiento argumentativo que la voluntad del Estado expresada en sus leyes, idea ésta que generalmente aparece rodeada de un marco de interpretación mítica o de un discurso teologizante con fines de legitimación.

Como es bien sabido el resultado material de esta ideología fue el *Código Civil* de Napoleón, de 1804, considerado como la expresión más acabada de la racionalidad jurídica y, por lo mismo, como eficaz instrumento de gobierno. Se trata, como acertadamente le ha llamado Manlio Bellomo, de un ordenamiento que no es otra cosa que la imagen de su triunfo militar y político en Europa:

[...] la simplificación por medio de la unificación del sujeto jurídico, la posibilidad de prever un status igual para todos, una sola e idéntica capacidad jurídica [...] significa la imposición de un modelo al que debe corresponder la identidad de cada individuo [...] la seguridad de la ley es la seguridad de un orden social: La vocación por la justicia, se convierte en legalidad.²⁰

²⁰ Bellomo, Manlio, *La Europa...*, cit., p. 11.

Así pues, a partir de la promulgación de aquel código la legalidad se convirtió en el ideal y en el dogma inspirador de todo orden jurídico.²¹ Este dogma se mantiene vivo y llega hasta nuestros días, no únicamente al ámbito de la práctica jurídica, sino además a la universidad en donde se le incluye en cualquier programa de enseñanza del derecho

Pero antes de lo que se podría haber previsto, la argumentación se resisitó a ser reducida a mera interpretación. León Duguit señalaba, con su característico tono crítico, que:

Los hombres de 1789 y los autores del Código de Napoleón, y también, debemos decirlo, la mayoría de los jurisconsultos franceses y extranjeros de la primera mitad del siglo XIX, salvo la Escuela de Savigny, estimaron que se trataba de un sistema de derecho definitivo, el cual se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría; que así como la geometría moderna se basa aún en los principios formulados por Euclides, así en todos los tiempos y en todos los países, el Derecho de todos los pueblos civilizados, no podría ser sino el desarrollo normal y racional de los principios inmortales y definitivos formulados en estos textos. Ha sucedido, empero, que tan pronto como se hubo concluido la construcción jurídica aparecieron las lagunas...²²

²¹ Sobre el monismo codicista moderno y la ocusión de otras formas de expresión jurídica que este implica, me permito remitir al lector a mi artículo: "Pluralidad Jurídica y democracia consociativa en México (Una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas)", publicado en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, No. 26, México, Escuela Libre de Derecho, 2002, pp. 99-132.

²² Duguit, Leon, *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, citado por Bonnacase, Julien, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de familia* (trad. J. M. Cajica), Puebla, J. M. Cajica-Porrúa Hnos., 1945, p. 48.

IV. LA RECUPERACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA TRAS LA DESCODIFICACIÓN

Nadie duda de la profunda crisis por la que atraviesa el derecho en el mundo occidental desde la irrupción y general adopción del modelo codicista francés. Los síntomas del malestar son claros: la incapacidad del discurso jurídico para dar respuestas a una problemática cada vez más compleja, sus lánguidas figuras derivadas de una lógica formal inmanente alejadas de la realidad, así como sus sistemas clausurados de interpretación, cerrados a una hermenéutica que pretenda reivindicar derechos y libertades más allá de la ley. Todo nos habla de un evidente fracaso del modelo voluntarista y del discurso legalista que de éste se desprende, el cual ha venido afirmando que es posible deducir el derecho de un conjunto sistemático de leyes promulgadas por el poder público y recogidas en un código único, relegando toda concreción en lo real.

Pero el Derecho del siglo XXI apunta claramente hacia la dispersión y la pluralidad, tal y como era antes de la codificación, es decir, a la recuperación de un derecho como cosa concreta, histórica, real, singular y diferenciada, un derecho en fin, que recupera el contacto con lo real (*ius ad rem*). Es un hecho que el legalismo abstracto del Estado empieza a ceder el paso al arbitrio judicial y al arbitraje de carácter privado, mientras que el centralismo burocrático hace lo mismo respecto a la pluralidad de centros de decisión en la periferia social. El Derecho mercantil (*Ius mercatorum*) es el ejemplo más claro de como las demandas del comercio pueden crear y sostener un sistema jurídico de carácter privado, llegando a desafiar en ocasiones al orden legal vigente creado por los órganos del Estado.

El Internet, por otra parte, ha propiciado el desarrollo de un “mundo virtual” regulado no por los códigos estatales, sino por la ley del más fuerte. El profesor Robert Ellickson de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale ha señalado que estos casos no vienen sino a poner de manifiesto que: “en el Internet, al igual que sucedía en el viejo oeste, la gente resuelve sus disputas frecuentemente en forma privada, sin prestar demasiada atención a las leyes del Estado”.²³ Este salvajismo de las sociedades cibernéticas ha llevado a los usuarios a plantear algunas iniciativas a nivel mundial con el objeto de lograr una mayor “equidad en el Internet”.

La institución en algunos países de los “ciudadanos de la red” (*Netcitizens*), es uno de los primeros intentos por fijar unas reglas formales mínimas de equidad. Otra iniciativa interesante que ya ha empezado a funcionar es la creación de sistemas de mediación y arbitraje por vía del correo electrónico, como el *Magistrado virtual* o el *Internet arbitral*. Los criterios de resolución en estos servidores judiciales no son, obviamente, ni aquellos que provienen de la interpretación de alguna ley estatal, ni los expuestos en la doctrina de los juristas, sino exclusivamente los de la así llamada “equidad de la red”, que se determina de acuerdo a ciertos patrones de comportamiento cibernético.

²³ Los conflictos comerciales en Estados Unidos tienden cada vez más a ser resueltos por compañías privadas como la *Asociación Americana de Arbitraje* (A.A.A.), que administró 62,433 casos en 1995. Con esta asociación compitieron más de mil corredores bursátiles por medio de otra compañía californiana llamada *Arbitraje Judicial y Servicios Alternativos de Mediación en Controversias*, fundada en 1979. Esta, por su parte, mantuvo cerca de 15,000 arbitrajes y mediaciones en 1997 con una ganancia de 45 millones de dólares. Para marzo de 1998 su promedio mensual de casos subió un 13% sobre la cantidad de 1997, hasta llegar a un total de 1,500. Bell, Tom W., “Polycentric Law in a New Century”, en *Cato. Policy Report*, noviembre-diciembre de 1998, s.p. Una traducción crítica de este trabajo, la he publicado de modo reciente en la revista *El Siete*, No. 11, del Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora.

Tanto la resolución alternativa de controversias como la equidad de la red, así como un creciente número de casos de derecho comercial internacional, han empezado a acoger los criterios de la equidad judicial (*aequitas*) y de la jurisprudencia o ciencia jurídica creada por juristas (*prudencia iuris*). En tiempos recientes, ante la insuficiencia de las leyes internacionales y de los códigos nacionales, los jueces y árbitros de la Comunidad Europea se han visto en la necesidad de resolver un buen número de controversias, con base en las *Sentencias* de Paulo y las opiniones de Ulpiano, Papiniano y Gayo recogidas, como es bien sabido, en la monumental compilación justiniana, y en ocasiones aparecen al lado de la doctrina clásica, las glosas y comentarios de los grandes juristas medievales como Accursio, Azone, Bártolo y Baldo.

Un nuevo horizonte se abre así ante la Argumentación jurídica. La descodificación del derecho, que no es la supresión absoluta de los códigos modernos, sino la relativización de su exclusividad, pone al descubierto la necesidad de cambios estructurales profundos en las formas de comprender el derecho y de razonarlo. Las normas especiales, el arbitraje y la pluralidad de ordenamientos no constituyen el reino del arbitrio y del capricho, sino como ha visto Natalino Irti, “el terreno de emersión de nuevas lógicas” que forman “microsistemas jurídicos” y rompen con la indiferenciación y generalidad de las leyes codificadas.²⁴ Las nuevas situaciones deben ser afrontadas a partir del derecho histórico, que como hemos visto en estas páginas, no es derecho ancestral o del pasado, sino la jurisprudencia, es decir esa forma de argumentación naturalmente histórica, y por ello flexible para atender al cambio temporal y a las situaciones inéditas y novedosas del mundo actual.

²⁴ Irti, Natalino, *La edad de la descodificación* [trad. de L. Rojo Ajuria], Barcelona, J.M. Bosch, 1992, pp. 58-59.

EL CONOCIMIENTO DE LA
RETÓRICA Y LA ARGUMENTACIÓN
JURISDICCIONAL
*Mtro. Gerardo Dehesa Dávila**

*Asesor de Mando Superior adscrito a la Dirección General de la Coordinación de
Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En la ponencia que presentamos en el *Primer Seminario de Argumentación Jurídica* se habló sobre los conectores lógicos del lenguaje, elementos indispensables para la argumentación jurídica, al inicio de nuestra exposición, en aquella ocasión, nos referíamos a la importancia de la retórica en el desarrollo de las tareas jurisdiccionales. Pues bien, en la ponencia que hoy se propone a la consideración de los estudiosos del derecho, investigadores, litigantes, jueces y todos los auxiliares de la jurisdicción se tratará otra de las múltiples facetas de la retórica imprescindibles para la argumentación jurisdiccional.

La retórica puede ser entendida como la ciencia del lenguaje pero también, y muy especialmente, como una teoría práctica de la argumentación en general y, con las adaptaciones pertinentes, como una valiosa orientación para la argumentación jurídica en particular.

El uso de la retórica está presente siempre (se tenga o no conciencia de ello) de modo necesario en toda tarea argumentativa, sea o no jurídica, ya que al ser ésta la que gobierna el desarrollo y construcción del discurso no puede estar ausente, de manera que sólo quedan dos posibilidades:

- Se aplica de *forma inercial* sin saber todas sus posibilidades y por lo tanto con el peligro de caer en errores fundamentales o,
- Se aplica con *conocimiento de causa*, lo que permite explotar al máximo el gran número de posibilidades que nos puede prestar en las diversas tareas argumentativas.

Lo que no puede hacer es prescindir de ella, bien decía Baltasar Gracián, cuando los labios despegamos para hablar ahí empieza el reino de la retórica; y nosotros completaríamos el dicho de Gracián: aun en el acto de pensar está presente la retórica como una estructura fundamental del trabajo intelectual.

Al respecto debe recordarse que la lógica es hija de la retórica y no al revés, es decir, la ciencia de la lógica se perfila con posterioridad para dar y concretar las leyes esenciales de correcto razonamiento, pero, con independencia de ella, el ejercicio del habla sigue sus propios derroteros.

Parte fundamental de las reflexiones que a continuación proponemos giran en torno a la retoricidad del lenguaje o bien el carácter retórico del lenguaje. Las reflexiones sobre este aspecto las ha iniciado ya Antonio López Eire en una de sus publicaciones que lleva este mismo título.¹

La tesis fundamental sobre la que gira la reflexión que nos ocupa es que:

¹ Vid. López Eire, Antonio, *Sobre el carácter retórico del lenguaje y de cómo los griegos lo descubrieron*, México, UNAM, 2005, 191 pp.

El lenguaje, lejos de ser un instrumento con alta precisión apto para comunicar la realidad de modo objetivo, es un instrumento básicamente de persuasión en que la lógica y sobre todo la lógica formal se ve claramente limitada, ya que no hace falta esforzarse mucho para constatar que muchas argumentaciones que lingüísticamente parecen impecables, desde el punto de vista de la lógica no lo son.

No debe olvidarse que el fin natural de la retórica es el reino de la persuasión y, en el mejor de los casos, el de la convicción, que termina en mover la voluntad del sujeto para adherirse a la proposición que ha sido planteado por el orador (o argumentador). El punto está en que, con mucha frecuencia, en el acto de la persuasión la lógica juega un papel limitado; pero vayamos por partes.

En primer lugar hemos afirmado que el lenguaje no es un instrumento totalmente apto para describir la realidad y, en segundo lugar, para comunicar objetivamente esta realidad que nos rodea. Este es uno de los problemas fundamentales que tienen y tendrán siempre los lenguajes formalizados como lo son, cada uno a su modo, los lenguajes de las diferentes ciencias cuyo principal objetivo es, precisamente, describir la realidad. La lucha por la univocidad del lenguaje, está perdida de antemano por la misma naturaleza del lenguaje.

Este problema lo percibió claramente Platón en su diálogo el *Crátilo*, en el que examina el origen del lenguaje si este está constituido por naturaleza o por convención de los hombres.²

² Platón, *Crátilo*, Introducción, versión y notas de Ute Schmidt O, México, UNAM (Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana).

Sobre este particular comenta López Eire:

¿Son extrañas o extranjeras todas las palabras del lenguaje? Todas las palabras, aún las de la lengua propia, si se comparan con la realidad que designan, son extrañas y convencionales, y, en ese caso, el lenguaje es fundamental y esencialmente “retórico”.

No hay relación natural entre el “lenguaje racional” o lógos y las cosas de la naturaleza. Ello se debe a que el “lenguaje razón”, verdadero, absoluto y definitivo es, para Heráclito, no el lógos humano, limitado, sujeto a error y flojo, sino el Lógos divino y sabio y universal.

Un siglo más tarde, mientras que para Crátilo, en el diálogo platónico que lleva su nombre, todas las palabras denominativas son tan exactas y correctas, exhiben con tanto acierto, exactitud y precisión la naturaleza de la cosa que designan que es de todo punto imposible, al hablar decir cosas falsas, Sócrates, adaptando una posición intermedia entre la de Crátilo y Hermógenes –para quien todo era simple convención y mero acuerdo en el lenguaje–, demuestra que los nombres son, en tanto que imitaciones de los objetos, comparables a los dibujos y pinturas, que puede ser más o menos exactas o fieles al original y de hecho unos lo son más y otros menos o incluso nada en absoluto. De manera que al hablar se pueden decir cosas verdaderas o cosas falsas.

La misma conclusión había alcanzado un siglo antes Heráclito. El lógos o “lenguaje razón” humano es falible y así ocurre que si quienes intentan aprender sometiendo el testimonio de los oídos y los ojos al juicio definitivo de la razón albergan almas de bárba-

ros, en ese mismo momento sus palabras, su lenguaje y su raciocinio se convierten en un conocimiento inaceptable pues es propio de las almas de los bárbaros dar crédito a sensaciones irracionales.³

De la transcripción anterior se deduce la convencionalidad del lenguaje, es por ello que con anterioridad, afirmamos que la univocidad del lenguaje, sueño tan acariciado por las ciencias experimentales, es eso, un sueño. Lo mismo sucede con el empleo del vocabulario jurídico que es parte fundamental en su ejercicio argumentativo. De estos dos asertos se infiere la extraordinaria importancia del buen manejo de la retórica para las diversas actividades argumentativas que realizan todos los órganos jurisdiccionales. Su desconocimiento no puede sino situarnos en franca desventaja respecto, por ejemplo de un buen litigante bien pertrechado de todo el instrumental que la retórica le proporciona.

Nunca quedará suficientemente claro que el aspecto peyorativo que sigue acompañando a la retórica desde el siglo V a.C., hasta hoy es sólo una parte de ella y es la consecuencia de su mal uso y empleo, pero ello, como ya lo dijo el Estagirita, es responsabilidad del sujeto agente que la emplea, no de la misma retórica, su finalidad es la persuasión, ahora que ésta se haga con fines torcidos y carentes de toda eticidad es un problema muy diferente.

No puede pasar desapercibido para un atento lector que el ejercicio de la retórica en las tareas argumentativas no puede estar separada de un continuo ejercicio ético, en este aspecto debe destacarse la preocu-

³ López Eire, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

pación que tiene el Poder Judicial de la Federación por impulsar la reflexión y el ejercicio de las virtudes éticas del juzgador.⁴

Si se reflexiona un momento sobre los diversos aspectos que hemos enunciado con anterioridad puede deducirse que uno de los problemas fundamentales de cualquier ejercicio interpretativo radica, esencialmente, en los aspectos semánticos y sintácticos del lenguaje ambos parte sustancial de la retórica.

Por si esto fuera poco, la retórica nos explica el origen mismo de la estructura de la sentencia y no solo de las sentencias mexicanas y prácticamente de toda Latinoamérica sino las del ámbito anglosajón todas ellas parten de la estructura básica del discurso retórico latino, con su antecedente natural en la retórica griega, veamos.

Las partes fundamentales del discurso retórico latino que le dan una sólida estructura lógica son los siguientes:

EXORDIUM o exordio.

NARRATIO o narración.

CONFIRMATIO o *ARGUMENTATIO*, es propiamente la argumentación.

⁴ Al respecto pueden verse las diversas publicaciones que ha empezado a generar el *Instituto de Investigación Jurisprudencial y Difusión de la Ética Judicial*. Como ejemplo de ello puede verse la magnífica obra del Dr. Saldaña Serrano, Javier, *Ética Judicial. Virtudes del Juzgador*, México, SCJN, 2007, 124 pp.

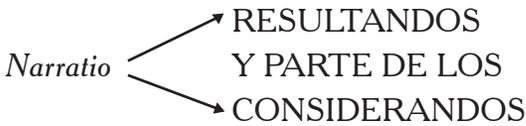
REFUTATIO o refutación de los argumentos del contrario.

CONCLUSIO o conclusión.

Las partes correspondientes de nuestra sentencia son:



El *exordium* tiene como fin volver al auditorio atento, benévolo y dócil, en la actualidad debe notarse que esta figura puede omitirse siempre según el contexto y la si la situación lo amerita, todo depende del contexto.

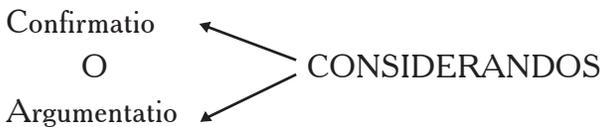


Las características de la *narratio* son:

Brevedad

Claridad

Verosimilitud

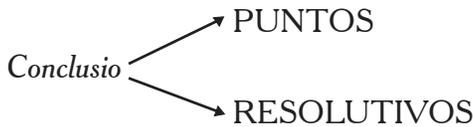


Esta es la parte fundamental del trabajo argumentativo en la que se da todo el juego dialéctico de la argumentación.



Esta parte que se encuentra dentro de los considerandos es en la que destruyen los argumentos contrarios, por ejemplo, de ser el caso, los de quejoso o de la autoridad responsable.

Finalmente, aparece la



Como puede observarse de los esquemas anteriores el conocimiento de la estructura del discurso retórico latino garantiza una secuencia lógica fundamental, es evidente que aún queda por considerar la multitud de aspectos lógicos que aparecen a lo largo del desarrollo de los considerandos, pero con independencia de ello, lo que quiere recalcar y se deduce de las consideraciones que anteceden es la estructura lógica fundamental.

El objeto de la división que se ha examinado era, a decir de Marco Fabio Quintiliano,⁵ la de dotar al orador (o argumentador) de un método

⁵ Quintiliano, Marco Fabio, *Instituciones de oratoria*, México, UNAM, 2007 (Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana).

esencial o secuencia de pensamiento (una vía o camino, en griego métodos μέθοδος) mediante el cual el desarrollo de la argumentación tuviera, como punto de partida un desarrollo lineal, que éste pueda mejorarse o deteriorarse en el camino, eso es otro problema.

La idea que se tenía respecto de la formación de un buen orador o argumentador era crear en él una estructura mental básica la cual era susceptible de perfeccionarse a lo largo de su formación.

Como conclusión de todo lo anterior puede afirmarse que el conocimiento de la retórica resulta imprescindible para todo aquel que colabora en la impartición de justicia pero máxime del juzgador. La retórica, muy lejos de ser un “hablar para sorprender” o sinónimo de una “verborrea” insulsa y absurda, es la estructura fundamental de todo ejercicio argumentativo y del rigor dialéctico que debe acompañarlo.

No puede pasar desapercibido que, como se mencionaba al inicio de esta ponencia: “muchas argumentaciones que lingüísticamente parecen impecables desde el punto de vista de la lógica no lo son”.

Sin embargo, no debe verse en este aserto un desprecio de la lógica ni formal ni dialéctica, todo lo contrario, lo que hay que recordar es que, en el hilo del discurso argumentativo la versatilidad del mismo es extraordinaria. Prácticamente todos los esquemas que se proponen en un ejercicio de argumentación no son formales sino dialécticos, ahora, por supuesto que de ninguna manera se excluye el uso de la lógica formal pero su uso es, cuantitativamente, mucho menos que el de la lógica dialéctica y aún el de la lógica informal.

Como conclusión de este breve trabajo podemos afirmar que: *la sentencia es un discurso retórico en el cual el papel del orador (o argumentador) principal le corresponde al Juez*, evidentemente que a lo largo de todo el proceso, “se cede el uso de la voz (de la argumentación)” a las partes a su debido tiempo procesal.

De este aserto se infiere que la sentencia es (o debería ser) un instrumento privilegiado de comunicación en el cual subyace un fino ejercicio retórico (entendida la retórica como una teoría de la comunicación y de la argumentación).

En una parte no pequeña, la falta de estructura, errores de redacción y en parte de argumentación se debe a la falta de manejo una buena teoría y práctica retórica.

Hay que recordar que una de las principales observaciones que se realizaron en la consulta que se concretó en el *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una Agenda para la Justicia en México*, es la que a continuación se transcribe:

La calidad de las sentencias fue severamente cuestionada durante la consulta. (...) adicionalmente la redacción de las sentencias es muy deficiente, incluso al grado que en ocasiones las sentencias resultan ininteligibles, lo que dificulta entender cuál fue el razonamiento preciso del Juez.

Precisamente, la tarea de la retórica es proporcionar al juzgador y a todos sus auxiliares los integumentos necesarios para desarrollar con éxito el trabajo argumentativo que realizan cotidianamente y plasmarlo en una

clara redacción para lograr lo que con anterioridad decíamos que es la sentencia:

Un discurso retórico en el cual el papel del orador (o argumentador) principal le corresponde al Juez (o al órgano jurisdiccional) y que resulta ser, en consecuencia, un instrumento privilegiado de comunicación en el cual subyace un fino ejercicio retórico (entendida la retórica como una teoría de la comunicación y de la argumentación).

Nota: se inserta a continuación una amplia bibliografía que esperamos sea de utilidad para el lector.

BIBLIOGRAFÍA

- Argudín, Yolanda et María Luna, *Aprender a pensar leyendo bien*, Barcelona, Paidós, 2006, 247 pp.
- Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 316 pp.
- Bacigalupo, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, 250 pp.
- Baquero Velásquez, J.M., et J.F. Pardo Pardo, *El texto jurídico-argumentativo: cuestiones de comprensión y redacción*, Santa fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, 141 pp.
- Beristáin, Helena, *Gramática estructural de la lengua española*, México, UNAM, 2006, 517 pp.
- _____, *Historia de la filosofía del lenguaje*, México, FCE., 2005 (Colección Breviarios, No. 549).

- Beuchot, Mauricio, *La semiótica. Teorías del signo y el lenguaje en la historia*, México, FCE., 2004 (Colección Breviarios, No. 513).
- Breton, Philippe, *Argumentar en situaciones difíciles. Qué hacer ante un público hostil*, Barcelona, Paidós, 2005, 150 pp.
- Capdevila Gómez, Arantxa, *El discurso persuasivo*, Barcelona, Aldea Global, 2004, 211 pp.
- Cassany, Daniel, *Describir el escribir. Cómo se aprende a escribir*, Barcelona, Paidós, 1989, 194 pp.
- _____, *Tras las líneas. Sobre la lectura contemporánea*, Barcelona, Anagrama, 2006, 294 pp.
- _____, Daniel, *Taller de textos*. Barcelona, Paidós, 2006, 187 pp.
- Colli, Giorgio, *Zenón de Elea*, México, Sexto Piso, 2006, 195 pp.
- Cohen, Morris et Ernest Nagel, *Introducción a la lógica y al método científico*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2000, 2 Vols.
- Covarrubias Correa, Andrés, *Introducción a la retórica clásica. Una teoría de la argumentación práctica*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, 131 pp.
- Dubouchet, Paul, *Sémiotique juridique. Introduction a une science du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, 220 pp.

- Eemeren Frans van et R. Grootendorst, F., Snoeck Henkemans, *Argumentación. Análisis, evaluación, presentación*, Buenos Aires, Biblos, 2006, 187 pp.
- _____, *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*, Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2002, 259 pp.
- Espíndola Castro, José Luís, *Comprensión y razonamiento verbales*, México, Edere, 2006, 228 pp.
- García Madruga, Juan, *Lectura y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 2006, 305 pp.
- García Trevijano, Carmen, *El arte de la lógica*, Madrid, Tecnos, 2002, 218 pp.
- Goodman, Ken, *Sobre la lectura. Una mirada de sentido común a la naturaleza del lenguaje y la ciencia de la lectura*, Barcelona, Paidós, 2006, 243 pp.
- Graham, Daniel, *Aristotle's two systems*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 359 pp.
- Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Disensos y consensos*, México, Laguna Editora, 2006, 516 pp.
- _____, *Laberintos de la justicia*, México, Laguna Editora, 2006, 285 pp.

- Guillaumin, Gofrey, *El surgimiento de la noción de evidencia*, México, UNAM, 2005, 281 pp.
- Gutiérrez Cabria, Segundo, *Filosofía de la probabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, 374 pp.
- Gutiérrez García, Ricardo E. R., *Notas lógicas aplicadas al derecho*, México, Porrúa, 2006, 136 pp.
- Hernández Franco, Juan Abelardo, *Dialéctica y racionalidad jurídica. Principios teóricos prácticos para la conformación del razonamiento lógico jurídico*, México, Porrúa, 2006, 110 pp.
- Kennedy, George, *La retórica clásica y su tradición cristiana y secular, desde la antigüedad hasta nuestros días*, Logroño, 2003, 380 pp.
- Lomas, Carlos, *Cómo enseñar a hacer cosas con las palabras. Teoría y práctica de la educación lingüística*, Barcelona, Paidós, 2001, 2 vols.
- López Eire, Antonio, *Sobre el carácter retórico del lenguaje y de cómo los antiguos griegos lo descubrieron*, México, UNAM, 2005, 191 pp.
- López Farjeat, Luís X., *Teorías aristotélicas del discurso*, Pamplona, EUNSA, 2002, 526 pp.
- Lotean, Iuri, *La semiosfera. Semiótica de la cultura y el texto*, Madrid, 3 Vols.

- Luna Traill, E., et A. Viguera Ávila, *Diccionario básico de lingüística*, México, UNAM, 2005, 283 pp.
- Manguel, Alberto, *Una historia de la lectura*, México, Norma, 1999, 476 pp.
- Marafioti, Roberto, *Los patrones de la argumentación. La argumentación en los clásicos y en el siglo XX*, Buenos Aires, Biblos, 2003, 218 pp.
- Moreno Cabrera, Juan Carlos, *Diccionario de lingüística neológica y multilingüe*, Madrid, Síntesis, 1998, 271 pp.
- Moreso, J. J., *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006, 171 pp.
- Narváez-Mora, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2004, 397 pp.
- Ortega Carmona, Alfonso, *El discurso político. Retórica-parlamento-dialéctica*, Murcia, DM Editor, 2006, 189 pp.
- Otero Parga, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2006, 206 pp.
- Parra Martín, María Dolores, *La argumentación retórica en Juvenio Celso*, Madrid, Dykinson, 2005, 349 pp.
- Pettit, Philip, *Rules, Reasons and norms. Selected essays*, Oxford, Clarendon Press, 2002, 410 pp.

- Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Argumentación jurisdiccional*, México, Porrúa, 2007, 213 pp.
- Pozo Silva, Nelson, *La Sentencia. El juez y la sentencia*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas la Ley, 1993, 443 pp.
- Puy Muñoz, Francisco-Jorge Portella (compiladores) *La argumentación de los operadores jurídicos*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2005, 468 pp.
- Rangel Hinojosa, Mónica, *El debate y la argumentación. Teoría, técnicas y estrategias*, México, Trillas, 2003, 120 pp.
- Raz, Joseph, *Practical reason and norms*, Oxford, University Press, 1999, 220 pp.
- Reygadas, Pedro, *El arte de argumentar*, México, Castellanos Editores, 2005, 646 pp.
- Rosales, Emmanuel G., *Estudio sistemático de la jurisprudencia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, 795 pp.
- Ruffinelli, Jorge, *Comprensión de la lectura*, México, Trillas, 2005, 110 pp.
- Ruiz Miguel, Alfonso, *Una Filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002, 329 pp.

- Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, 141 pp.
- Shotter, John, *Realidades conversacionales. La construcción de la vida a través del lenguaje*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2001, 291 pp.
- Spang, Kurt, *Persuasión. Fundamentos de retórica*, Pamplona, EUNSA, 2005, 294 pp.
- Vigo, Alejandro G., *Estudios aristotélicos*, Pamplona, EUNSA, 2006, 475 pp. (Colección filosófica, No. 193).
- Waicukauski, Roland et Paul Mark Sandler, *The winning argument*, Chicago, Illinois, American Bar Association Publishing, 2001, 182 pp.

DIALÉCTICA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*

*Dr. Bertín Vázquez González***

El presente tratado se propone encontrar un método que nos hará capaces de razonar deductivamente, tomando como apoyo en ideas admitidas, sobre todos los temas que pueden presentarse, así como, cuando tengamos que sostener una afirmación, no decir nada que sea contradictorio con ella. Es necesario, por lo tanto, comenzar diciendo qué es un razonamiento deductivo y cuáles son sus variedades, para hacer comprender la naturaleza de la deducción dialéctica; en efecto, ésta última es el objeto de las investigaciones del trato que nosotros nos proponemos componer

Aristóteles
[Tópica., I, 1, 100 a 18-24]

* Ponencia presentada el día 30 de mayo de 2006, en el Auditorio “José María Iglesias” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo del Segundo Seminario de Argumentación Jurídica, organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación adscrito a la ponencia del señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel. E-mail: bertin.vg@gmail.com.

 un año de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación llevó a cabo el Primer Seminario de Argumentación Jurídica, igual que en aquella ocasión, este Segundo Seminario se propone reflexionar en torno a los temas de actualidad de la argumentación jurídica, los cuales, sin duda, constituyen las columnas vertebrales que inciden en la actividad interminable de pensar y repensar el Derecho y en el Derecho y, en su caso, su reconstrucción, rehabilitación y reorientación.

Este Segundo Seminario inicia con la participación del Doctor Salvador Cárdenas Gutiérrez, reconocido historiador del Derecho, quien se hizo cargo del tema: “La argumentación jurídica antes y después de la codificación”; seguido por el Maestro Gerardo Dehesa Dávila con el tema “Lenguaje y retórica en las sentencias del Poder Judicial de la Federación”. En esta sesión me haré cargo del tema “Dialéctica y argumentación jurídica”; posteriormente seguirá el Doctor Roberto Lara Chagoyán, con el tema “El principio de universalidad de las sentencias” y, finalmente, concluirá la Doctora María del Carmen Platas Pacheco,

con la ponencia “Los límites de la argumentación jurídica; entre la ética y la corrupción”.

Nuestro agradecimiento a las señoras Ministras Olga del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas y Margarita Beatriz Luna Ramos, así como al señor Ministro Presidente don Mariano Azuela Güitrón, por su apoyo e impulso a la cultura de la argumentación jurídica.

Mi agradecimiento personal a mi amigo y compañero Óscar Rodríguez Álvarez, por su invaluable apoyo en la coordinación de este Seminario, el cual esperamos coadyuve al enriquecimiento cualitativo de las resoluciones que compete emitir a este Alto Tribunal de la Nación y fortalezca la generación de la cultura del Derecho y de la Justicia.

La argumentación jurídica, ya sea que se conciba como una operación discursiva, que busca influir en un público determinado, o como el conjunto de razones que justifican críticamente la conclusión, conlleva a la idea de que ésta se desarrolla bajo algún método de pregunta-respuesta, problema-solución o ensayo-error.

Por ello, se admite que el Derecho, desde sus distintas dimensiones *iusfilosóficas*, consiste fundamentalmente en argumentar;¹ argumen-

¹ Argumento es un razonamiento destinado a probar o refutar una proposición dada; y argumentar es el acto del empleo de ese razonamiento; no debe confundirse con la afirmación. Existen en filosofía argumentos que llevan su denominación propia y que hasta tienen su historia particular. Así: a) El argumento *a contrario* (véase a contrario). b) El argumento acerbo, que se remonta a la Escuela de Mégara (ver megáricos) y que consiste en que dado un número de piedras no suficiente para formar una pila, no es posible hacer una pila añadiendo una piedra más; pero eventualmente, si se repite el procedimiento, se llegará a obtener una pila. c) El argumento ontológico, debido a San Anselmo de Canterbury (1033-1109), relativo a la prueba de la existencia de Dios. Con el nombre de Dios –arguye– todos sin

tamos cuando ofrecemos razones para sostener o refutar una premisa o una conclusión, para mover en cierta dirección el ánimo de un jurado o para justificar alguna decisión judicial. Por ello, se dice que argumento es todo aquello que arguye la mente para convencer a otro.

Actualmente la argumentación ha ido recuperando los espacios perdidos desde el nacimiento del Estado moderno, inicio de la codificación conforme al modelo decimonónico. Sin embargo, al parecer, hasta ahora sólo ha conocido una historia asistemática que es necesario reorientar, pues igual que acontece con algunas otras disciplinas, a la argumentación jurídica la podemos explicar y operar a partir de la filosofía o fuera de ella, con el riesgo de no atender al fundamento de las cosas si se hace desde esta última postura.

La argumentación como actividad, es una técnica o un arte (*ars inveniendi*) que se dirige a establecer o descubrir premisas. Actualmente, tal como acontecía a principios del siglo XX,² hay que preguntarse si el derecho únicamente se encuentra en la ley y, por tanto, si el método deductivo formal es el único camino para razonar el derecho.

Al parecer, cada vez es más difícil dar respuestas correctas a partir de la ley y desde el método deductivo formal, pues los problemas

excepción entienden lo más grande que pueda pensarse, pues nada puede concebirse más grande que la noción de Dios. Desde que todo lo, que es lo más grande y carece de existencia, es menos que lo más grande que posea existencia, lo primero resulta no ser en realidad lo más grande; y entonces esto último debe necesariamente existir. d) El argumento teleológico.

² Carnelutti, desde 1942, en su *Teoría general del derecho* enseñó que el derecho no se agota en la ley, pues también puede encontrarse en el proceso judicial, en la formación de contratos y actos administrativos. Asimismo, en su *Metodología* de 1950 insistía que el derecho debe fundarse en razones prácticas procesales.

por su naturaleza, son opinables y no opinables, de ahí que sea necesario operar el razonamiento jurídico a través de los métodos idóneos que atiendan a la naturaleza del problema jurídico.

En este sentido, Joseph Esser considera que la solución de un caso no puede alcanzarse únicamente mediante un razonamiento deductivo, esto es, aplicando el texto de la ley, sino a través del método adecuado a la naturaleza del caso o problema a resolver y susceptible al mismo tiempo de insertarse en el sistema jurídico vigente.

Chaim Perelman también se manifiesta en contra de la aplicación del método deductivo, en virtud de que no permite llegar a soluciones justas y equitativas, pues en las cuestiones jurídicas, como ocurre con el saber científico, no es posible hallar criterios objetivos, ciertos y seguros, de validez incuestionable y, por otro, la solución de dichas cuestiones no puede quedar abandonada a los meros impulsos emocionales como tampoco a la violencia.

Rodolfo Luis Vigo afirma que los operadores jurídicos, para dar respuesta a la pregunta planteada, se apoyan en otras fuentes como la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado y los principios generales del derecho, entre otros, así como otros saberes no jurídicos.³

Agustín Gordillo, buscando averiguar la naturaleza del Derecho, llega a la conclusión de que el Derecho es una ciencia de problemas.⁴

³ Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, 1a. ed., Porrúa, México, 2003, p. 12.

⁴ Gordillo, Agustín, *Introducción al Derecho*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. 26.

Viehweg, en este mismo sentido, considera que “la ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser, una ciencia de problemas singulares, jamás reducibles, frente a ingenuos intentos, siempre fallidos, al esquema mental axiomático deductivo expresado en las matemáticas”.⁵

Lo anterior denota la necesidad de acudir a la aporética o ciencia del problema, la cual se desarrolla en tres momentos: a) planteamiento de la dificultad, b) examinar a fondo (desarrollar tesis opuestas que pueden formularse sobre el tema), y c) proponer la solución que consiste en un proceso de refutación.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que si el Derecho tiene como propósito resolver problemas y éstos, por su naturaleza, son opinables y no opinables, el método también debe atender a dicha naturaleza. En efecto, para los problemas que no son opinables, resulta aplicable la lógica formal, mientras que para las cuestiones opinables y plausibles será la dialéctica.⁶ “Los razonamientos dialécticos”, enseña Aristóteles en las refutaciones sofísticas, “son los que deducen una contradicción partiendo de opiniones plausibles”.

El término dialéctica proviene de {f.} *dialectics* (del lat. *dialectica*, y éste del gr. *dialektikḗ*, terminación f. de -ῥικός, 'dialéctico'); sust. f. También deriva del verbo griego *dialogizomai*, que significa discutir, dialogar, razonar juntos.

⁵ Montero Ballesteros, Alberto, *Aproximación al estudio de la lógica jurídica* (“Consideraciones preliminares y actitudes metodológicas”), p. 88. Cfr. también Theodor Viehweg, *Tópica y Filosofía del Derecho*, GEDISA, Barcelona, 1991, y *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1986.

⁶ Cfr. Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1979, pp. 14, 17, 120, 135-137.

La dialéctica ha sido definida como el arte de debatir o argumentar mediante discursos, cuyo objeto es descubrir la verdad. La dialéctica también es el arte de argumentar sobre toda cosa, dialogando a partir de lo probable.

Para la filosofía, la dialéctica es la rama que estudia el razonamiento como arte de aproximarse metódicamente a la verdad.⁷ Asimismo, se describe como el desarrollo de una idea o teorema mediante el encadenamiento de razonamientos o de hechos o sistema de razonamiento que analiza las contradicciones que surgen a la hora de estudiar la realidad y que intenta dilucidarlas.

Se dice que el primero que aplicó el método fue Sócrates, quien practicaba constantemente la técnica de refutar el enunciado de un oponente haciendo que, en el curso del interrogatorio, tuviera que aceptar un enunciado contradictorio o contrario a su primera postura.

Platón, en cambio, percibe a la dialéctica como la actitud propia del verdadero filósofo, de aquel que trata de llegar a la verdad por medio del diálogo, en contraposición a la erística que se orienta a hacer triunfar una tesis independientemente de su verdad.

El diálogo permite contraponer argumentaciones, aparentemente opuestas y frecuentemente complementarias, para posibilitar un ascenso a la verdad mediante la explicación de tales argumentaciones.

⁷ Según Platón, Sócrates era uno de los mejores maestros de dialéctica.

Platón, en algunos de sus diálogos, identifica a la dialéctica con la filosofía misma y considera que se constituye por dos movimientos lógicos inversos: el primero de ellos es la composición o unificación, que consiste en captar la esencia inmutable de las cosas mediante una elevación progresiva desde los objetos de experiencia sensible hasta los conceptos más generales. El segundo es la división mediante la cual se llega a lo particular siguiendo las diferencias internas de los distintos géneros.

Aristóteles difiere en algunos puntos de la idea de Platón. El estagirita considera que la dialéctica, postura a la que nos adscribimos, es una sección particular de la lógica, ya que se trata de aquella ciencia que se ocupa del estudio de los razonamientos que son sólo "probables" y que pueden reconstruirse según los esquemas silogísticos. A diferencia del silogismo demostrativo (aquel que da lugar al saber científico por partir de premisas cuya verdad es evidente o universalmente aceptada), el silogismo dialéctico⁸ parte de premisas cuya verdad no ha sido comprobada o aceptada previamente, y que son sólo posibles, es decir, admitidas con relativa amplitud. Este tipo de silogismo encuentra su uso típico en la discusión y la controversia (razonamiento crítico), pero no en el razonamiento demostrativo.

La dialéctica, enseña el filósofo, es el método que se encarga del conocimiento de los principios, y ello es de suyo evidente si consideramos

⁸ Comanducci afirma que "el silogismo jurídico encuentra su confirmación en la consistencia lógica del silogismo judicial, esto es, del silogismo que en su configuración tradicional tiene como premisa mayor una norma jurídica válida general y abstracta; como premisa menor la descripción de un caso concreto y, como conclusión, una norma individual y concreta que constituye lo dispuesto en la sentencia".

que el procedimiento que nos puede guiar en la búsqueda protológica no puede ser el apodíctico, dado que su uso nos llevaría a incurrir en una petición de principio. No toda ciencia es demostrativa, sino que la de las cosas inmediatas es indemostrable. Además, no es posible demostrar los principios de cada cosa, pues estos son evidentes.

El silogismo dialéctico es el instrumento de razonamiento de la técnica de la dialéctica, entendida ésta como el acto de sacar conclusiones de proposiciones probables desde el diálogo entre dos o más disputantes.

Para Aristóteles, la proposición dialéctica es una pregunta que debe ser probable para alguno de los dialogantes, y sus razonamientos son todos aquellos que provienen del silogismo. La diferencia radica en que en el silogismo, la proposición es verdadera, mientras que en la dialéctica la proposición es probable. Pero el hecho de que sea probable para alguno de los dialogantes permite razonar desde el modelo del silogismo. Las proposiciones dialécticas pueden ser también una opinión “parecidas a las opiniones probables” o pueden ser también contradictorias, mientras que las proposiciones necesarias son aquellas que forman el silogismo.

Desde el punto de vista de la argumentación jurídica, el silogismo deductivo formal es inconsistente, ya que las premisas mayor y menor se presentan desde la pretensión de verdad, desde la verdad objetiva y no discutida. Son verdaderas a efecto de que la conclusión sea verdadera.

Sin embargo, la premisa mayor sólo es verdadera desde el punto de vista de la legalidad. Esto es, es verdad que es legal dado que es emitida por el órgano competente cumpliendo con la formalidad estable-

cida, pero no necesariamente es verdad la prescripción que contiene. La prescripción legal es una interpretación de la realidad que "triunfó" en un momento dado, pero ello no nos asegura que las interpretaciones que "perdieron" en el debate (proceso legislativo o los votos particulares en la jurisdicción), en otro momento y coyuntura, no puedan convertirse después en verdad o criterios correctos.

Por otra parte, la concepción iuspositivista, que reivindica a ultranza el silogismo como modelo de argumentación, se encuentra en franco retroceso en la teoría jurídica, enfrentando teorías como la de Dworkin y Alexy que hacen descansar al derecho en principios no escritos que los participantes del proceso ponen en juego en sus valoraciones, ya sea en la argumentación como partes o en la decisión judicial.

Otro argumento que hace insostenible la pretensión de verdad del silogismo, como técnica de argumentación, es la posibilidad real de la inexistencia de la premisa mayor. Es decir, la premisa mayor como expresión de la proposición legal sólo es válida cuando existe, cuando el supuesto legal ha sido contemplado por el legislador.

Por tanto, la pretensión de verdad de la premisa mayor sólo es válida legalmente, pero desde la argumentación que parte de la filosofía es una premisa posible de ponerse en crisis.

La premisa menor, la descripción de un caso concreto, sólo es verdad en tanto se haya probado fehacientemente el hecho. Sin embargo, las partes siempre propondrán perspectivas diferentes de los hechos y pruebas que sustenten dicha perspectiva. La pretensión de verdad de la premisa menor está asociada, indisolublemente, no a la prueba en sí, sino a la valoración judicial de la misma.

Esto nos lleva a concluir que el silogismo puede ser correcto formalmente; pero no necesariamente verdadero en su contenido. En esta segunda aseveración es en donde se coloca la teoría de la argumentación jurídica, creando otro sistema diferente de silogismos válidos formalmente, pero construyendo otro contenido.

Lo anterior permite afirmar que el argumento silogístico es válido como modelo de veracidad del razonamiento, aunque no sea válido como modelo para deducir la "verdad".

Sin embargo, el problema no radica en la utilidad de la lógica deductiva, sino en la veracidad de las premisas con las que se construye el silogismo. La utilidad del silogismo dialéctico para Aristóteles radica en que éste nos permite reconocer un razonamiento verdadero de uno falso, pero no tiene como objetivo convalidar la veracidad de las premisas. "En derecho [dice Atienza], hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones puedan presentarse de manera desnuda, desprovistas de razones".⁹

El derecho no puede decidirse éticamente, sino a través de razones. El juzgador, como operador jurídico, seguramente se cuestiona si en cada caso concreto debe decidir el derecho; luego, qué es el derecho, en cuanto objeto de la decisión.

Desde la perspectiva de la razón práctica, el Derecho no es otra cosa que lo debido a otro. Josef Pieper, dice que el concepto de derecho,

⁹ Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006, pp. 61 y 62.

de lo debido, es una noción hasta tal punto radical y primaria que no se deja reducir a ninguna otra que le fuese anterior y de la que pudiera ser derivada, de ahí que dicho concepto no puede ser definido, sino solo descrito.¹⁰ Lo debido –*suum*– es lo que un individuo tiene derecho a reclamar de otro, como algo que se le adeuda y que no le corresponde a nadie más que a él. Por tanto, lo debido no sólo puede ser una cosa sino también una acción.

El sustento de que alguna cosa le sea debida a alguien, lo encontramos en los pactos, contratos, promesas y disposiciones legales, entre otros; mientras que respecto de otras, habría que buscarlo en la naturaleza misma de la cosa –*ex ipsa natura rei*–, esto es, en el contexto del *ius naturale*.

Ahora bien, para llegar a determinar si en un caso concreto existe algo debido por una de las partes, se requiere de una operación de análisis o deliberación en dos direcciones: por una parte, se analizan los hechos del caso con el objeto de distinguir los que son relevantes de los que carecen de importancia, para determinar si existe o no algo debido y, por otro, se analizan las posibles reglas aplicables al caso, con el objeto de elegir la regla o conjunto de reglas que se ajusta a los hechos del caso. Luego se analizan los hechos y seleccionada la regla aplicable, se procede a juzgar si respecto de tales hechos y a la luz de dicha regla, existe o no algo debido.¹¹

¹⁰ Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Ed. Rialp, S.A., Madrid, 1990, p. 91.

¹¹ Adame Goddard, Jorge, “La justicia del juez: juzgar bien”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, PJJF, México, 2006, pp. 120-121.

La operación intelectual de juzgar acerca de lo debido requiere de los siguientes hábitos intelectuales:¹²

- memoria,
- intuición o inteligencia,
- docilidad,
- sagacidad y
- razón o capacidad de raciocinio.

La razón o raciocinio, como operación intelectual, permite definir si existe algo que sea debido, pues constituye la culminación y finalidad de la deliberación y el punto de partida para decidir prudentemente.¹³

Las operaciones de la razón práctica del juzgador prudente son:¹⁴

- deliberación,
- juicio y
- decisión o imperio.

Esto permite corroborar la importancia de la argumentación jurídica en la actividad del operador del derecho, especialmente en el juzgador, pues a través de ésta se define cuál es el medio adecuado en relación a las circunstancias y los hechos del caso para alcanzar el fin

¹² *Ob. cit.*, pp. 121-122.

¹³ La prudencia, señala María del Carmen Platas Pacheco, es una cualidad de la razón práctica del juzgador que lo dispone a realizar con prontitud, acierto y eficacia los actos encaminados a descubrir qué es lo debido que hay que dar a cada quien, según su mérito o demérito (“Prudencia y Justicia: exigencias de la ética judicial”, publicado en la *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 21, México, 2006, p. 199).

¹⁴ Platas Pacheco, María del Carmen, *op. cit.*, p. 205.

que es dar a cada uno lo suyo. En efecto, si juzgar es distinguir lo distinto de lo indistinto, del juzgador no puede ser otra su misión, que la de un reparador de la injusticia, pues sólo así se puede ordenar el reparto que el Derecho supone. El acto de juzgar

Como se observa, la argumentación como actividad se apoya en la dialéctica, dado que la búsqueda de lo justo se realiza a través del diálogo que confronta los puntos de vista, de donde surgen las razones que sustentan la decisión judicial. Sin argumento no hay diálogo, sin éste tampoco existe dialéctica. Lo anterior es así, ya que las personas humanas interactúan entre sí a través de la argumentación, del diálogo y del debate; pues nadie pone en duda que todo ser racional interactúa de esa manera. Quien niegue este hecho, ya está argumentando.

La dialéctica tiene por objeto buscar la verdad, ya que sólo a través de la interacción de los participantes puede encontrarse la verdad.

Luis Vega, señala que la región de la lógica es el lugar natural de las pruebas deductivas y, en particular, de las demostrativas, esto es, aquellas que discurren desde unos principios o puntos de partida iniciales e incontestables para establecer otra proposición verdadera que se sigue de ellas por necesidad.¹⁵ La dialéctica, en cambio, sería el lugar natural de la discusión razonable en torno a cualquier cuestión abierta, sea teórica o práctica, de orden especializado, no de interés común o general. Aquí lo que importa no son los productos de la argumentación, sino los procedimientos argumentativos y las normas que gobiernan y dirigen el ejercicio de los papeles de defensor u oponente.

¹⁵ Vega Reñón, Luis, *El rigor informal de las pruebas matemáticas clásicas*, Madrid, 2001, pp. 673 y ss.

El debate dialéctico tiene lugar entre dos o más argumentadores que asumen la posición de defensor (proponente) o contradictor (oponente) de una determinada tesis. Ambos juegan un rol activo. Así, el oponente puede señalarle al proponente una razón, un argumento que, en principio, contradice la tesis inicial de éste y le obliga a producir un nuevo argumento (un contraargumento) para defender su posición. El proponente puede reaccionar señalando que esa razón es irrelevante o que no es congruente con alguna otra posición asumida por el oponente.

En la argumentación dialéctica se desarrollan discursos cortos; tanto el proponente como el oponente, no pueden salirse del punto de discusión. Existe oportunidad de examinar los pros y contras de una situación, de una tesis; el discurso avanza en forma espiral, pues la dialéctica está más vinculada a la filosofía, esto es, al descubrimiento de la verdad. La contradicción y la negación juegan un papel importante en la dialéctica. Esto se puede constatar en el *Gorgias*,¹⁶ en el que Sócrates reprochaba a Calicles que, como éste no quiere responder a sus preguntas, le obliga a hablar como un verdadero orador popular.

Sin duda, el teórico de la dialéctica fue Aristóteles, cuyas enseñanzas fueron seguidas por los juristas romanos y por Tomás de Aquino. Frente al camino de la ciencia y de la retórica, o sea de la verdad absoluta y la mera persuasión, está el camino de la dialéctica, en tanto que el diálogo se ordena a buscar la verdad, pero consciente de que las conclusiones serán, en principio, sólo probables. El saber que se alcanza en la dialéctica ocupa el punto medio entre la ciencia y la retórica, no tiene por objeto la mera persuasión, sino una investigación dialogada.

¹⁶ Platón, *Diálogos*, Colección "Sepan Cuantos", núm. 13a., Porrúa, México, 2005, pp. 237 y ss.

Michel Villey señala que en el corazón de la lógica está la dialéctica, para ello, es necesario volver al arte de donde nació la filosofía, que permitió a los juristas romanos crear el derecho como saber autónomo. La dialéctica se inspira en la confianza de ir encontrando horizontalmente un punto de vista común, alcanzando un conocimiento más amplio de la cosa (su *quiddidad*). El procedimiento propuesto por los romanos para el razonamiento jurídico dialéctico es el siguiente:¹⁷

- *Ponere causam*: el razonamiento jurídico gira en torno de casos, sobre cosas o realidades que acotan el ámbito del diálogo. Se define la *quaestio juridicialis*, el jurista se interroga sobre la cualidad del objeto litigioso: si es justo.
- *Choque de opiniones*: una causa jurídica no se trata por vía deductiva, sino confrontando puntos de vista (discusión-interrogación-refutación). Se emplean diferentes instrumentos de la dialéctica (crítica del lenguaje, superación de ambigüedades, autoridades invocadas, se valora a la naturaleza de las cosas).
- *Conclusiones o definiciones*: la dialéctica debe conducir a definiciones (*oroi*) regla: *regula juris*, sobre las que se apoya la sentencia.

K. Popper¹⁸ enseña que la dialéctica, en el sentido que le da Hegel, es una teoría según la cual hay cosas —*el pensamiento humano*— que se

¹⁷ Villey, Michel, *Filosofía del Derecho*, Scire Universitaria, Barcelona, 2003, pp. 182-183.

¹⁸ Popper, Kart R., *Conjeturas y refutaciones*, Paidós, Barcelona, 1972, pp. 376-377.

desarrollan de manera caracterizada, por lo que se llama la tríada dialéctica: tesis, antítesis y síntesis.¹⁹ Primero se da una idea, teoría o movimiento que puede ser llamada una “tesis”. Esta tesis a menudo provoca oposición, porque, como la mayoría de las cosas del mundo, probablemente será de valor limitado y tendrá sus puntos débiles.

La idea o movimiento opuesto es llamada la “antítesis”, porque está dirigida contra la primera, la tesis. La lucha entre la tesis y la antítesis continúa hasta llegar a una solución que, en cierto sentido, va más allá que la tesis y la antítesis al reconocer sus respectivos valores, tratar de conservar los méritos de ambas y evitar sus limitaciones. Esta solución, que es el tercer paso, es llamada síntesis. Una vez alcanzada, la síntesis puede convertirse a su vez en el primer paso de una nueva tríada dialéctica, lo cual ocurrirá si la síntesis particular alcanzada es unilateral o presenta cualquier aspecto insatisfactorio, pues, en este caso, surgirá nuevamente la oposición, lo cual significa que se puede considerar la síntesis como una nueva tesis que ha provocado una nueva antítesis.

Popper invita a aprender de nuestros errores, a someter a crítica nuestras afirmaciones, a no considerar las propias ideas como dogmas o como verdades indiscutibles. Considera que no hay inducción porque las teorías universales no son deducibles de enunciados singulares. Por semejantes razones, rechaza el verificacionismo y, en general, todo intento de justificación (probabilidad, comprobabilidad, etcétera). Una teoría universal puede ser refutada a través de la teoría de la falsabilidad. Las

¹⁹ Nota: la terminología *tesis-antítesis-síntesis*, aspecto que no precisa Popper es de Fichte y la empleaba Schelling.

teorías en lugar de ser verificadas, deben ser contrastadas, sometidas a prueba. El método será el crítico, de ensayo y error. Se procede por hipótesis, problemas, conjeturas, que son sometidas a discusión crítica. Popper propone la falsabilidad como criterio de demarcación, y lo contrapone al criterio inductivista de demarcación que correspondería al verificacionismo.

E. Kapp,²⁰ siguiendo a Aristóteles, dice que en la dialéctica se hallan presentes dos interlocutores, uno que pregunta y otro que responde. El que pregunta plantea al otro un problema. Ejemplo, es definición de hombre: “ser viviente que anda en dos pies, o no” El que responde, al escoger una de las dos alternativas posibles del problema como su punto de vista, fija la tesis, después la tarea para el que pregunta es refutar esa posición. El que pregunta tiene que forzar al que responde a conceder lo contrario. Tal proposición, a la que debe ser forzado el que responde, se llama a veces “lo establecido” y con frecuencia también “proposición inicial” (*principium*). La presión sobre el que responde para que conceda esta “proposición inicial”, que es lo contrario de la tesis escogida por él, se ejerce mediante preguntas que deben tener, no la forma problemática, sino la forma de pregunta simple, que espera un sí o un no. La conclusión lograda mediante una serie de tales preguntas, que es idéntica a la proposición inicial, tiene que admitirla el que responde. El razonamiento jurídico es un razonamiento débil, pero a partir de un proceso argumentativo va transformándose y perdiendo paulatinamente ese carácter de debilidad, asumiendo por el contrario firmeza. A este proceso los griegos le llamaban *endoxal* y sus premisas *endójicas*.

²⁰ Düring, Ingemar, *Aristóteles, exposición e interpretación de su pensamiento*, traducción de Bernabé Navarro, UNAM, México, 1987, p. 131.

Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst, consideran que existen cuatro fases o estadios: a) confrontación, b) apertura, c) argumentación y d) conclusión. En la confrontación, un usuario del lenguaje avanza un punto de vista sobre el cual surge una duda; la existencia de una discrepancia es lo que genera el diálogo. En el estadio de la apertura se toma la decisión de embarcarse en una discusión, se especifica el tipo de diálogo que tendrá lugar y, en su caso, las reglas de procedimiento a seguir. En la fase de argumentación se presentan y evalúan los argumentos y contraargumentos de cada parte. Y el estado de conclusión o cierre tiene lugar cuando se ha alcanzado la finalidad del diálogo o cuando los participantes están de acuerdo en poner fin al mismo.

Reglas para el diálogo que proponen van Eemeren y Grootendorst:²¹

- Ningún participante debe impedir a otro tomar su propia posición, positiva o negativa, con respecto a los puntos o tesis en discusión.
- Quien sostenga una tesis, está obligado a defenderla y responder de ella cuando su interlocutor se lo demande.
- La crítica de una tesis debe versar sobre la tesis realmente sostenida por el interlocutor.

²¹ Eemeren, F. H. v. y Grootendors, R., *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*, trad. de C. López and A. M. Vicuña, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002. Eemeren, F. H. v. and Grootendorst, R., *Speech acts in argumentative discussions: a theoretical model for the analysis of discussions directed towards solving conflicts of opinion*. Studies of argumentation in pragmatics and discourse analysis; 1. Foris Publications, Dordrecht, Holland; Cinnaminson, USA, 1984. Eemeren, F. H. v. and Grootendorst, R., *Argumentation, communication, and fallacies: a pragma-dialectical perspective*. L. Erlbaum, Hillsdale, N. J., 1992.

- Una tesis sólo puede defenderse con argumentos referidos justamente a ella.
- Todo interlocutor puede verse obligado a reconocer sus supuestos o premisas tácitas y las implicaciones implícitas en su posición, debidamente explicitadas, así como verse obligado a responder de ellas.
- Debe considerarse que una tesis o una posición ha sido defendida de modo concluyente si su defensa ha consistido en argumentos derivados de un punto de partida común.
- Debe considerarse que una tesis o una posición ha sido defendida de concluyente, si su defensa ha consistido en argumentos correctos o resultantes de la oportuna aplicación de esquemas o pautas de argumentación comúnmente admitidas.
- Los argumentos deductivos utilizados en el curso de la discusión deben ser válidos o convalidables mediante la explicitación de todas las premisas tácitas codeterminantes de la conclusión.
- El fracaso en la defensa de una tesis debe llevar al proponente a retractarse de ella y, por el contrario, el éxito en su defensa debe llevar al oponente a retirar sus dudas acerca de la tesis en cuestión.
- Las proposiciones no deben ser vagas e incomprensibles, ni los enunciados deben ser confusos o ambiguos, sino ser objeto de la interpretación más precisa posible.

Otras reglas para el diálogo sugieren:

- No te consideres infalible; no creas que tus ideas son intocables y tus argumentos incontrovertibles. Tienes derecho a tratar de ser convincente, pero si no lo logras, reconócelo. Mantente abierto a la duda y dispuesto a revisar tu posición de partida.
- Busca un punto de partida común. La idea de que no se puede discutir si no se está de acuerdo puede sonar a paradoja, pero compartir al menos una premisa resulta fundamental.
- Atente a lo que crees cierto. No afirmes como si fuera objetivamente verdadero lo que sabes que es falso.
- Aporta las pruebas que se te piden.
- No eludas las objeciones. En la disposición a responder a las contestaciones y a las críticas está la razón de ser de la discusión, por tanto, eludirlo la hace naufragar.
- No eludas la carga de la prueba.
- Trata de ser pertinente. La irrelevancia de los argumentos es una de las causas difundidas del vicio lógico.
- Esfuérzate en ser claro. La ambigüedad no es un recurso para quien discute.

- No deformes las posiciones ajenas. Al referir los hechos o reformular las intervenciones del otro, aplica el principio de claridad, haciendo la mejor interpretación posible de la posición de tu interlocutor.
- En condiciones de empate final, suspende el juicio, a no ser que comporte un daño mayor.
- En presencia de nuevos elementos, acepta la reapertura del debate y la revisión del caso.

En conclusión, el Derecho no puede operarse sólo a partir de las reglas de la lógica formal, porque ello equivaldría a no atender a la naturaleza de los problemas jurídicos, los cuales, por su contenido pueden ser opinables y no opinables.

Así como un medicamento no puede curar todas las enfermedades; de igual manera, el método para conocer la realidad no debe buscarse únicamente en el razonamiento silogístico formal (*premisa mayor, premisa menor y conclusión*), pues tratándose del Derecho, en el que existen cuestiones probables, verosímiles o plausibles, el método idóneo es la dialéctica.

En suma, si al juzgador, aún le queda algo por hacer, seguramente será, descubrir en cada caso concreto el Derecho (*ius*), a través de la dialéctica, sólo así podrá concretar su misión de dar a cada uno lo suyo.

SOBRE EL PRINCIPIO
DE UNIVERSALIDAD EN LA
APLICACIÓN DEL DERECHO
*Dr. Roberto Lara Chagoyán**

* Doctor en Derecho. Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscrito a la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

I. INTRODUCCIÓN

*P*asar del trabajo meramente académico a la práctica jurídica resulta, por lo menos, inquietante. Ese ha sido mi caso. He estado en contacto con la teoría y filosofía del Derecho durante los últimos años y, sin que deje de asombrarme de la velocidad con que se avanza en las discusiones, he incursionado en la solución de problemas prácticos en el terreno jurisdiccional. Además de las diferencias obvias entre uno y otro campo (en la academia no hay plazos para entregar un artículo, no hay caducidad, tampoco presión de las partes o de la prensa, no existe –por fortuna– el sobreseimiento de los ensayos), uno se encuentra con una realidad que no imaginaba en el cubículo universitario: los problemas y la forma en que se resuelven no hacen nada sencilla la “puesta en práctica” –nunca mejor dicho– de la buena teoría. A veces uno se siente situado en dos campos que parecen irreconciliables: la academia no puede “entender” que se hagan ciertas cosas en la “realidad”, y la actividad jurisdiccional real no puede entender que la academia no tenga el hábito de bajar de vez en cuando a la tierra.

El trabajo judicial –especialmente los casos difíciles que escapan de la mera subsunción del hecho en el supuesto jurídico de la norma– incentiva al jurista a asomarse al océano de la teoría para poder resolver los asuntos de la mejor manera posible. Esta práctica, empero, puede llegar a seducir al proyectista o juez (especialmente si se trata de alguien no muy prudente) llevándole con cierta facilidad al peligroso terreno del esnobismo en donde, como dice Manuel Atienza, se tiende a decir “todo lo que se sabe”, en lugar de “saber lo que se dice”. Por ello, el operador jurídico ha de saber cuándo y cómo usar una determinada herramienta teórica.

Pero la teoría no sólo es, por decirlo de algún modo, constructiva, sino también destructiva o, si se quiere, deconstructiva. Gracias a ella, se puede evaluar el trabajo práctico desde la dimensión de las buenas razones, esto es, desde la argumentación. El principio de universalidad es una de estas herramientas. Con él puede evaluarse el trabajo judicial de órganos unitarios y colegiados en aquellos casos difíciles. Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues una buena evaluación requerirá también de otros criterios de racionalidad.

En este trabajo presento un esbozo acerca del origen del principio de universalidad y de su utilidad en la práctica judicial. Pretendo llamar la atención en aspectos tales como la función y ventajas del principio, su obligatoriedad, las consecuencias de su inobservancia y la posibilidad de su ruptura. Aunque va dirigido especialmente a los juzgadores, hago la advertencia de que no intento establecer prescripciones de ninguna especie. Tan solo pretendo poner algunos elementos de juicio sobre la mesa de la discusión para destacar que la evaluación del trabajo argumentativo no se queda en la frontera de lo que suele llamarse “técnica”, sino que llega hasta la senda de la razón práctica.

II. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Como se sabe, el principio de universalidad tiene su origen en la filosofía de Immanuel Kant (1724-1804); concretamente en la primera formulación del llamado *imperativo categórico*. Conviene hacer una breve descripción de la filosofía kantiana, a fin de entender el imperativo categórico y su posterior traslado a la teoría del razonamiento judicial.¹

La filosofía kantiana (tanto su filosofía de la ciencia como su filosofía moral) puede considerarse en cierto sentido una filosofía conservadora, en la medida en que acepta la ciencia o la moral como algo ya dado. La tarea del filósofo no es construir, sino reconstruir conceptualmente, buscar y aislar los elementos *a priori* (esto es, que no proceden de la experiencia, que no son aprendidos a partir de la observación) de la ciencia y la moral. Esta actitud de “no construir”, llevó a Kant a cierto conformismo con la moral vigente en su tiempo y, especialmente, con la que fue educado: las creencias pietistas.²

En su tarea de buscar los elementos *a priori*, Kant se planteó si existe algo común a las distintas morales divergentes, y pensó que la

¹ Para profundizar sobre este tópico, véase en especial Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), trad. de Manuel García Morente, 6a. ed. México, Porrúa, 1986. Existe un excelente y reciente libro sobre Kant: Rivera, Faviola, *Virtud y justicia en Kant*, Fontamara, México, 2003.

² Movimiento religioso protestante iniciado en Alemania en el siglo XVII, principalmente por Philipp Jakob Spener (1634-1705), como reacción evangélica contra el intelectualismo y el formalismo dominantes en las iglesias luterana y calvinista. Esta tendencia alejada del absolutismo y el nacionalismo, reaccionaria contra la razón y defensora de la intuición de Dios como el mejor de los conocimientos se fundamenta en la experiencia religiosa centrada en los sentimientos y la rigurosidad moral, más que en las prácticas externas y las formulaciones doctrinales, haciendo hincapié en la entrega personal a Dios. Halle y la ciudad natal de Kant, Königsberg, fueron el núcleo donde se situaron sus más importantes teólogos y filósofos.

noción central a todas ellas era la idea de la *buena voluntad*. Existe, según Kant, una conciencia moral ordinaria (una especie de bondad natural y con frecuencia irreflexiva) que las personas manifiestan en su buena voluntad. Además, la buena voluntad es algo incondicionado: la salud, la inteligencia, la riqueza, etcétera, son bienes buenos o malos en función del objetivo al que se les destine; en cambio, la buena voluntad es buena en sí misma y consiste, por tanto, en la intención de actuar exclusivamente por cumplimiento de un deber, y no porque cuando se actúa de esa manera se consigue algún fin que se pretende.

Si se realiza una determinada acción *X* porque así consigo algún fin *F*, no se está actuando con buena voluntad. En cambio, si realizo *X* porque creo que ése es mi deber, actúo con buena voluntad. Actuar moralmente es entonces actuar con buena voluntad, esto es, para cumplir lo que creo que es mi deber moral. Con el peso que la filosofía moral kantiana atribuye a la idea de *buena voluntad* o recta intención, el centro de gravedad de la ética se traslada desde las consecuencias (donde ponían el acento los utilitaristas) a la intención. Lo relevante para determinar si una acción es correcta o no desde el punto de vista moral es la intención del agente que actúa, y no las consecuencias de esa acción. Para Kant, actuar moralmente es actuar de acuerdo con nuestros deberes morales y exclusivamente por respeto al deber (y no, por ejemplo, para evitar una sanción o para conseguir una recompensa). Pero ¿cómo sabe el individuo cuál es su deber? Kant sostiene que cualquier individuo puede encontrar cuáles son sus deberes o imperativos morales, aplicando lo que él llamaba el *imperativo categórico fundamental*. Este sería una especie de “regla procedimental” de la que podemos derivar los deberes morales (y todos llegaríamos al mismo resultado si aplicamos correctamente el imperativo categórico fundamental). Dicho imperativo tiene tres formulaciones distintas, pero equivalentes (todas llevan el mismo resultado):

- “Obra según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal” (principio de *universalización*).
- “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca como un medio” (principio de *dignidad*).
- “Deben rechazarse aquellas máximas que no puedan com- padecerse con la propia legislación universal de la voluntad” (principio de *autonomía*).

Un ejemplo de aplicación del imperativo categórico fundamental, en su primera formulación, podría ser el de las promesas: supongamos que me planteo si actuar de acuerdo con la máxima “me es posible incumplir las promesas si me conviene” es moralmente correcto o si, por el contrario, esta máxima no es un principio moral correcto. Es imposible *universalizar* coherentemente esta máxima (esto es, proponerla como principio válido para todos), porque si todos actuáramos de esta manera, la práctica de las promesas se extinguiría, porque lo que caracteriza precisamente a las promesas es que obligan a realizar lo prometido convenga o no hacerlo. Los deberes morales o imperativos categóricos que se extraen a partir del imperativo categórico fundamental tienen, según Kant, las siguientes características:

- Son categóricos.
- Son autónomos, esto es, proceden de la razón de cada uno (Supongamos que un ser divino, real o supuesto, me ordena hacer algo. Sólo debo hacer lo que me ordena si lo que or-

dena es justo; pero si estoy en condiciones de saber por mí mismo lo que es justo, entonces no necesito un ser divino que me instruya sobre lo que debo hacer).

- Son *a priori*: no provienen de la naturaleza o la experiencia, sino de la razón.

La filosofía moral de Kant tiene aciertos indiscutibles. Podría decirse que para la mayoría de las personas la moral se parece mucho a lo que Kant describió. La buena voluntad o recta intención es, efectivamente, un dato esencial al que con frecuencia recurrimos cuando hemos de valorar la corrección moral de las acciones o de las personas. Asimismo, el principio de *universalización*, el de dignidad y el de autonomía están detrás de la mayoría de los argumentos que utilizamos cuando discutimos sobre cuestiones morales. Son usuales razonamientos en los que incluimos expresiones como “no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti” (principio de universalización), “no trates a los demás como medios” (principio de dignidad), o “haré lo que a mí me parezca mejor” (principio de autonomía).

III. DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD A LA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO

Ahora bien, el principio de universalización o de universalidad, trasladado a la teoría del razonamiento jurídico, significa que esa regla de conducta deben acatarla los jueces. Ellos deben fundamentar sus decisiones con base en un principio general o una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. No sería aceptable que fundamentaran sus decisiones en

criterios *ad hoc*, caprichosos o coyunturales. El juez debe resolver los casos concretos de conformidad con el derecho vigente, por lo que tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.

Muchos teóricos contemporáneos han hecho de la exigencia de la universalidad el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una sociedad democrática. Por ejemplo, Wechsler ha señalado que los jueces deben decidir sus casos con base en “principios neutrales y generales”;³ Perelman y MacCormick sostienen que los jueces deben guiarse, al resolver conflictos, por el principio de justicia formal, que obliga a decidir de manera igual los casos iguales.⁴ O también, ésta es la base de la tesis de Alexy según la cual toda decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal.⁵

Neil MacCormick, en un ensayo titulado *Universalization and Induction in Law*, de 1987, consideró que el principio de universalidad es uno de los requisitos necesarios para justificar una decisión normativa.⁶ Manuel Ajenza, comentando este artículo, resume este principio de la siguiente manera: de acuerdo con el requisito de universalidad, es necesario que el operador jurídico (el juez) cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio (la premisa mayor del silogismo judicial).

³ Véase Wechsler, “Towards neutral principles of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, 73, 1959.

⁴ Véase MacCormick, Neil, *Legal reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1995, cap. IV

⁵ Véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 214 y ss.

⁶ MacCormick, Neil, “Universalization and Induction in Law”, en *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna*, 12-15 diciembre de 1984, vol. I, Giuffrè, Milán, 1987.

Para justificar una determinada decisión (d) —continúa Atienza—, hay que ofrecer razones particulares (A), (B), (C), en favor de la misma, pero tales razones particulares no son suficientes; se necesita además *un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las circunstancias A, B, C, debe tomarse la decisión (d)*. A decir de Atienza, MacCormick no hace sino reproducir el esquema de argumentación de Toulmin, según el cual en favor de una pretensión o conclusión hay que aducir no sólo *razones* concretas, sino también la *garantía* que permite el paso de las razones a la conclusión.⁷

MacCormick llama al requisito de universalidad «exigencia de justicia formal» y coincide en lo esencial con la tesis de otro teórico de la argumentación llamado Chaim Perelman, cuya tesis es conocida como la «regla de justicia formal». Para MacCormick, esta regla tiene un alcance que se extiende tanto hacia el pasado (un caso presente debe decidirse de acuerdo con el mismo criterio utilizado en casos anteriores) como, sobre todo, hacia el futuro. Atienza menciona el siguiente ejemplo: si a propósito del problema de interpretación de una norma, un Ayuntamiento no acepta a Z entre las personas que tienen derecho a una vivienda protegida por ser ciudadano polaco y no británico, ello tiene que significar que, en el futuro, no va a aceptar tampoco las solicitudes de españoles, canadienses, etcétera.⁸

Según Atienza, este requisito no sólo constituye una exigencia normativa, sino también de un postulado que, de hecho, es tenido en cuenta por los jueces. Es MacCormick quien ha mostrado cómo el principio de

⁷ Vid. *Infra*, § 5.2.2.

⁸ Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 142.

universalidad es asumido tanto por los jueces que representan la opinión mayoritaria, como por los que defienden el punto de vista de la minoría.

IV. FUNCIONES Y VENTAJAS DE LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO

Para construir este apartado me he basado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Consideré prudente hacerlo así por las ventajas que representa una visión práctica hecha por funcionarios judiciales que, por lo demás, en el caso colombiano, dicho sea de paso, tienen un soporte teórico verdaderamente notable.

Señala la Corte Constitucional de Colombia que el respeto a los precedentes cumple funciones esenciales, incluso en los sistemas de derecho legislado. De este modo, todo juez, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional:⁹

- En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.
- En segundo término, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de

⁹ Tomado de la Unificación de Tutela, identificada con el número SU.047/99, resuelta por la Corte Constitucional de Colombia, el 29 de enero de 1999. Véanse también las sentencias T-13 de 1995 y C-400 de 1998.

interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

- En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.
- Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.

Se afirma que, de acuerdo con este principio, en un Estado de derecho es natural que los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

V. LA OBLIGATORIEDAD DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Me parece que lo relevante en cuanto a la obligatoriedad o grado de vinculatoriedad del principio gravita en torno a las siguientes preguntas: ¿Qué parte del fallo es la parte vinculante? ¿A quiénes obliga el principio? ¿En qué sentido puede hablarse de obligación? ¿Qué consecuencias

pueden generarse en el caso de que se desatienda el principio? Trataré de comentar tales problemas.

1. ¿Qué parte del fallo es la parte vinculante?

Para responder a esta cuestión es importante hacer algunas precisiones conceptuales. Para ello, voy a utilizar la terminología de los sistemas del *common law*, que es en donde más fuerza tiene la regla del *stare decisis*,¹⁰ que funge, a mi juicio, como la puesta en práctica más notoria de este principio de universalidad. En el *common law* es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada a veces *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. Estos conceptos son formulados de distinta manera y con lenguajes diversos por los autores,¹¹ lo cual ha generado a veces agudas discusiones conceptuales. Sin embargo, su sentido esencial es relativamente claro:

El *decisum* es la resolución concreta del caso, esto es, la determinación específica de si el acusado es o no culpable en materia penal, si el demandado debe o no responder en materia civil, si al peticionario el juez le tutela o no su derecho, si la disposición acusada es o no retirada del ordenamiento, etcétera. Por su parte, la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo

¹⁰ Véase Keennan, Denis, *English Law*, 9a. ed. Londres, Pitman, 1989, p. 134. Igualmente, Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", en *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 500 y ss.

¹¹ Existen variaciones en cuanto a la terminología: algunos autores estadounidenses hablan del *holding*, en vez de *ratio decidendi*, y de *disposition*, que es la parte resolutive.

de la parte resolutive. En cambio, constituye un mero *dictum* toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión, por lo cual son opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario.

En el *common law*, estos diversos componentes de una sentencia tienen distinta obligatoriedad: el *decisum*, una vez que la providencia está en firme, hace tránsito a cosa juzgada y obliga a los partícipes en el proceso. Sin embargo, y contrariamente a lo que a veces se piensa, esta parte resolutive no constituye en sí misma el precedente, ni vincula a los otros jueces, por la sencilla razón de que a éstos no corresponde decidir ese problema específico sino otros casos, que pueden ser similares, pero jamás idénticos. Por ello, en el sistema del *common law* es claro que el precedente vinculante es la *ratio decidendi* del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares.¹² Finalmente, los *obiter dicta* tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; un *dictum* constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces. El *decisum* obliga, en principio, a las partes en el litigio, con fuerza de cosa juzgada; sólo vincula a quienes participaron en la controversia judicial, salvo algunas excepciones, como los casos de acciones colectivas o cuando el ordenamiento confiere efectos *erga omnes* a determinadas sentencias. La *ratio decidendi* constituye doctrina vinculante para los otros jueces, mientras que

¹² Denis Kenan afirma que en el caso *Osborne vs. Rwllet*, de 1880, se señala que “la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión”. *English Law, op. cit.*, p. 133.

los *obiter dicta*, incluso de los tribunales máximos, tienen una simple fuerza persuasiva.

La existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia resulta, precisamente, del respeto al principio de universalidad; de la necesidad de que los casos no sean decididos caprichosamente sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de otras personas. Así pues, podemos señalar que el principio de universalidad se predica esencialmente de la *ratio decidendi* del fallo, pues es ahí donde cobra verdadero sentido hablar del principio de universalidad en sentido propio. A mi juicio, existe también un sentido amplio o metodológico de este principio, como a continuación se verá.

2. *¿En qué sentido puede hablarse de obligación?*

La fuerza vinculante del principio de universalidad opera, pues, con respecto a los jueces, en cualquier tribunal. Es importante precisar que los jueces (o mejor dicho, los órganos jurisdiccionales) son al mismo tiempo fuente y destino de la obligación, pues para cumplir con el principio han de tomar en cuenta lo que ellos mismos habían resuelto con respecto a un problema contenido en una misma clase. De este modo, se abren otros problemas de no poca importancia. Si separamos al individuo juez del órgano jurisdiccional y aquél no está dispuesto a aplicar lo resuelto antaño por el órgano ¿qué sucede? La respuesta depende, en primer lugar, de si se trata de un órgano unitario o de un colegiado, ya que en el segundo de los casos surge la necesidad de persuadir a los pares del disenso con respecto al precedente.

El principio de universalidad constituye, desde mi punto de vista, una guía de conducta en dos sentidos: en estricto, se trata de una extensión del principio kantiano antes señalado, en tanto se trata de una razón práctica, es decir, referida con el deber ser. En sentido amplio, se trata también de una guía de conducta, pero en el sentido metodológico del término.

a. Obligación en sentido estricto

La obligación de los jueces a ser consistentes con sus propias determinaciones es un problema que queda comprendido dentro del universo de la llamada ética judicial, que no es otra cosa que un capítulo de la ética aplicada. Parece haber un consenso en cuanto a que los principios rectores de la ética judicial son la independencia, la imparcialidad y la motivación. El primero implica que las decisiones de los jueces tienen que estar basadas exclusivamente en el derecho y viene a ser una consecuencia del papel institucional del juez: él tiene el poder de dar la última respuesta social a un conflicto. El de imparcialidad supone que el juez debe aplicar el Derecho sin sesgo de ningún tipo, y deriva de la posición del juez como tercero frente a las partes, ajeno al conflicto. Y el de motivación establece la obligación del juez de fundamentar su decisión, pues ese es el principal mecanismo de control de su poder.¹³

¹³ Existe una conexión necesaria entre ética y argumentación jurídica. La teoría de la argumentación jurídica viene a ocuparse del análisis del razonamiento judicial, esto es, de todo el proceso que lleva al juez a tomar la decisión, no sólo de la decisión misma. Se ocupa, pues, del proceso que lleva al juez a realizar una adecuada motivación de sus resoluciones. Como puede verse, la relación existente entre la ética y la argumentación es evidente, en tanto que la obligación de motivar (de argumentar) constituye uno de los principios rectores de la ética judicial. Para abundar sobre este tema, véase mi artículo “Argumentación Jurídica y Ética Judicial”, en Fondevilla, Gustavo (comp.), *Instituciones, legalidad y Estado de Derecho en el México de la Transición Democrática*, Fontamara, México, 2006, pp. 437-457.

Pues bien, el principio de universalidad rige en la obligación de motivar las resoluciones judiciales. Esta obligación tiene que ver con la justicia de la decisión entendida como ideal regulativo de la actividad de los jueces. Cuando un juez resuelve un caso con una determinada solución y hace lo propio con otros casos que pueden ubicarse en la misma clase que el primero, estará fortaleciendo la motivación de su resolución y, con ello, estará actuando en cumplimiento del principio de universalidad. No se puede hablar de una buena motivación sin la satisfacción del requisito de universalidad.

Para la Corte Constitucional de Colombia aplicar el precedente es una obligación del juez, como se aprecia en el siguiente extracto:

[E]l juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.

Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores.¹⁴

¹⁴ Unificación de Tutela número SU.047/99, pp. 50-55.

b. Obligación en sentido amplio

La actividad de los jueces está delimitada por el marco normativo, especialmente por las reglas adjetivas que rigen su actuación hacia adentro del proceso. Sin embargo, más allá de la observancia de esas reglas existe cierto espacio de libertad en cuanto al modo de confeccionar una resolución: se trata de los distintos pasos a seguir a la hora de aplicar el Derecho; la prelación en el orden de los mismos; el seguimiento de algún modelo, etcétera. Todas estas cuestiones quedan comprendidas en lo que se conoce como “metodología jurídica”, “método jurídico” y, más recientemente, “argumentación jurídica”.

Pues bien, esas reglas no son precisamente claras ni puede decirse que haya cierto grado de consenso respecto a cuál puede ser el modelo más adecuado. Dentro de esa metodología el principio de universalidad ha de tener un papel central. Dicho de otro modo, debe ser una condición necesaria –aunque no suficiente– para la aplicación de una metodología que se precie de ser seria.

He señalado que es en la *ratio decidendi* donde cobra fuerza el principio de universalidad. Pues tal principio debe considerarse como un marco de referencia en cualquier metodología judicial. Siendo consciente de que no se puede hablar de reglas estrictas a la hora de referirse al trabajo de los jueces en cuanto a la confección de los fallos, considero que el siguiente marco de referencia podría ser útil para los juzgadores.¹⁵

¹⁵ Con algunas variaciones, este mismo método lo propongo en mi artículo “Argumentación e investigación en Derecho”, en *Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, edición de Chistian Courtis, Trotta, Madrid, 2006, pp. 69-82.

Primer paso: identificar y acotar el problema. Todo proceso argumentativo parte necesariamente de un problema. No se puede argumentar en el vacío, sino que se requiere que una cuestión ofrezca más de una vía de solución para poder emitir una decisión que, soportada con razones, permita demostrar que se trata de la mejor respuesta.

Una práctica generalizada a la hora de plantear el problema es, curiosa y precisamente, no plantearlo. No es extraño encontrar sentencias que se pierden en un mar de información sin que se establezca con precisión y claridad qué es lo que se piensa abordar en el estudio del fallo. Desde el punto de vista lógico, es claro que no se pueden emitir argumentos si no se sabe a ciencia cierta en contra o a favor de qué se argumenta. Lo que explica esa práctica es, justamente, que no se argumenta, por ello la falta del planteamiento del problema queda diluida.

Otro vicio frecuente es no acotar el problema a tratar. Generalmente los jueces consideran, erróneamente, que los problemas se abordan bajo una regla como ésta: “a mayor cantidad de elementos a considerar, más completo será el análisis”. Así, es frecuente encontrar sentencias que, para abordar el problema a resolver, transcriben (en el mejor de los casos hacen referencia) todos y cada uno de los artículos constitucionales y legales que tengan algo que ver con el tema; hacen referencia al pasado legislativo relacionado con el tema, a veces desde el Código de Hamurabbi; recogen toda la posible jurisprudencia y la transcriben; adhieren referencias de autores y obras “clásicas” de la ciencia jurídica mexicana —que muchas veces han sido superadas—; utilizan voces de diccionarios de la lengua y a veces especializados, etcétera.

Este tipo de análisis suele ser de muy poca utilidad, porque arrojan gran cantidad de información que hace que se pierda la línea o líneas

argumentativas; las partes de argumento, la *ratio decidendi*. No queda claro cuáles son las premisas y cuál la conclusión. Muchas páginas adelante se empieza a hablar del caso concreto y resulta complicado relacionarlo con la información transcrita. Aquí es donde los jueces suelen dar saltos mortales con frases como: “...de lo anterior se desprende que...”, para hacer referencia a la conclusión, sin que quede claro cómo o de qué forma se “desprendió” esa parte del razonamiento.

Esas sentencias pueden llegar a ser muy extensas pero poco profundas,¹⁶ porque la fuerza o la energía empleada queda de alguna manera distribuida o diluida a lo largo de los diferentes elementos traídos a colación por el juez, sin que en ninguno de ellos, en particular, se haya penetrado lo suficiente para imprimir fuerza justificativa al fallo. La regla que debe seguirse es la contraria: a mayor delimitación del problema planteado, es decir, a mayor especificidad del análisis, mayor será la profundidad del mismo. Esto no quiere decir que no se atiendan otros puntos de vista distintos del elegido, o que tengan que preferirse los problemas concretos a los abstractos, pero en todo caso, el tronco central del análisis debe quedar privilegiado respecto de los demás, tomando en cuenta que se ha elegido una perspectiva determinada. Si son varios los puntos a resolver, será importante que el juez los separe en distintos apartados, y en cada uno de ellos llevar a cabo la misma labor: acotar suficientemente el problema.

Segundo paso: distinguir entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Esta distinción se ha convertido en un tópico

¹⁶ Manuel Atienza suele repetir que no debe confundirse la oscuridad con la profundidad, pues no porque un texto sea complejo y barroco se garantiza que sea profundo. La claridad y la sencillez no están peleadas con la profundidad.

en la teoría de la argumentación jurídica,¹⁷ por lo que considero innecesario adentrarme en ella. Tan sólo mencionaré que para elaborar una buena sentencia es conveniente no perder de vista que una cosa es la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría y otra, muy distinta, es la actividad consistente en validar esa teoría.

Como se sabe, el contexto de descubrimiento no es susceptible de análisis lógico, ni es necesario que sobre él se apliquen las reglas del método científico, pues lo único que cabe en el mismo es mostrar cómo se genera y se desarrolla el conocimiento científico; en cambio, en el contexto de justificación debe confrontarse la teoría con los hechos a fin de mostrar su validez. A diferencia del contexto de descubrimiento, el de justificación sí es susceptible de análisis lógico y se rige por las reglas del método científico. Cuando se realiza una sentencia resulta conveniente establecer adecuadamente esta distinción, pues ello imprimirá claridad al fallo, ayudando al lector a distinguir entre la enunciación de la hipótesis planteada y el proceso de validación de la misma. De este modo, las decisiones que se tomen estarán mejor fundamentadas porque no se quedarán en el mero proceso explicativo, sino que ofrecerán algún tipo de justificación; cuestión que, por lo demás, se traduce en una exigencia del llamado Estado Constitucional de Derecho¹⁸.

¹⁷ El creador de la distinción es Hans Reichenbach (1891-1953), filósofo alemán ligado al Círculo de Viena. Véase: Reichenbach, Hans, *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1951. En el campo concreto de la teoría de la argumentación jurídica, esta distinción fue adoptada por autores como Richard A. Wasserstrom, en *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, 1961; Martin P. Holding, en *Legal Reasoning*, Nueva York, Borzoi, 1984; Manuel Atienza, en *Las razones del Derecho*, op. cit., Aguiló Regla, Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en *Jueces para la democracia*, núm. 46, marzo 2003, pp. 47-55.

¹⁸ A decir de Manuel Atienza, por Estado constitucional no debe entenderse simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre

Tercer paso: establecer un procedimiento justificatorio de las razones. Como se sabe, en la teoría de la argumentación jurídica se distingue entre razones explicativas y razones justificativas. Carlos Nino ha trazado esta distinción asociando el primer tipo de razones con los motivos y el segundo tipo con un proceso de valoración. Las razones explicativas –dice– están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones; se trata de una combinación de creencias y deseos. En cambio, las razones justificativas u objetivas no sirven para entender por qué se realizó determinada acción, sino para valorarla.¹⁹

Pues bien, en una sentencia resulta por demás útil diferenciar las distintas razones que se utilizan para soportar alguna decisión.

Si –por ejemplo– se pretende sustentar en un fallo que el concepto tradicional de familia (compuesta exclusivamente por padre, madre e hijos) no se ajusta ya a la realidad social, resulta necesario elaborar un proceso argumentativo en el que se distingan las razones que apoyan dicha creación, tanto las explicativas como las justificativas. Más aún: resulta conveniente no sólo establecer las razones de manera horizontal (que en nuestro ejemplo, podrían ser sociológicas, políticas, jurídicas, etcétera), sino también en la profundidad de cada una de ellas para poder entender “las razones de las razones”.

los diversos órganos estatales, b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho, y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Véase, Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 17.

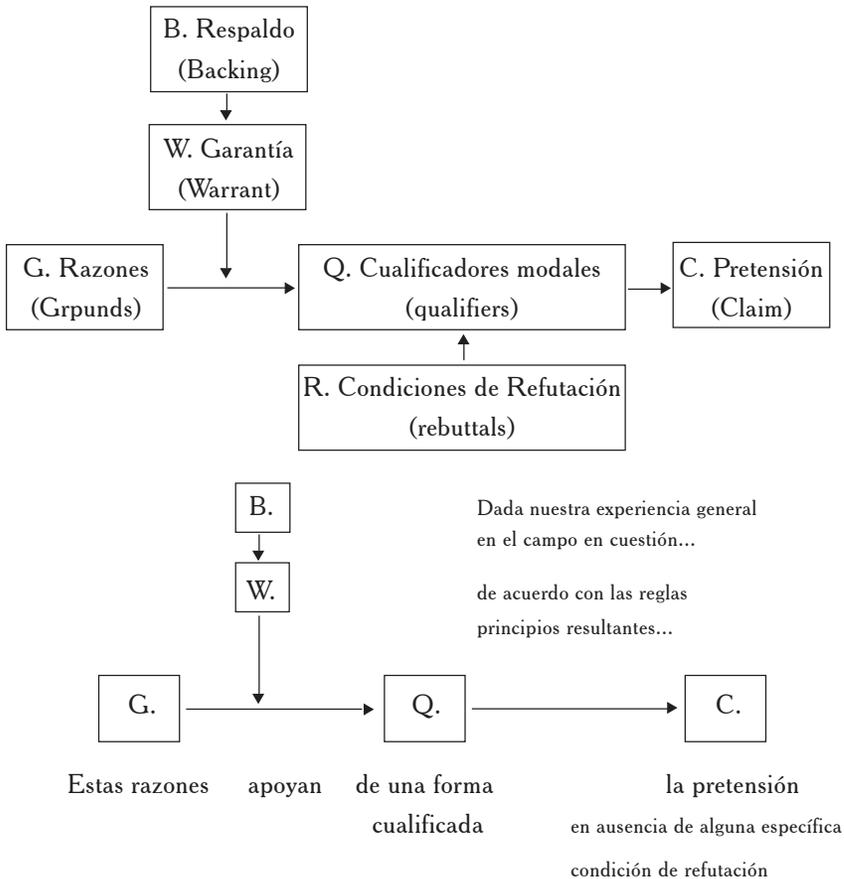
¹⁹ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 126. Para abundar sobre este tema, puede verse Aguiló Regla, Josep, “De nuevo sobre independencia e imparcialidad...”, *op. cit.*

Stephen Toulmin, el teórico de la argumentación que llegó a afirmar que la lógica era “jurisprudencia generalizada”, diseñó un conocido modelo argumentativo, según el cual toda argumentación parte de una *pretensión* (aquello que se quiere fundamentar), la cual, cuando se pone en duda, debe ser apoyada por *razones* que den cuenta de la corrección de la pretensión. Para explicar por qué las razones apoyan la pretensión, es menester utilizar un enunciado (la *garantía*) que exprese una regularidad en la relación que se da entre la razón y la pretensión. Esta garantía siempre radica en una regla, norma o enunciado general. A su vez, la garantía puede ser apoyada con un *respaldo*, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad. Existen también las *condiciones de refutación*, que son cuestiones que pueden poner en entredicho a las razones, esto es, que pueden llegar a mostrar que esas razones no soportan la pretensión.²⁰

De acuerdo con Toulmin, pretensión, razones, garantía y respaldo son elementos que deben estar presentes en toda argumentación o razonamiento, ya sea jurídico, científico o de la vida cotidiana. No le falta razón. En el caso de las resoluciones judiciales, el empleo de este modelo puede ser más que enriquecedor, pues cubriendo estos elementos el juez podrá demostrar, mediante el planteamiento de razones de varios niveles, que su decisión es sólida y, en consecuencia, podrá enfrentar con mayor éxito la posible crítica. En pocas palabras, el modelo de Toulmin resulta conveniente, porque permite al juzgador no sólo establecer las razones de manera horizontal, sino también en la profundidad de cada una de ellas para poder entender “las razones de las razones”.

²⁰ Véase Toulmin, Stephen, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958, pp. 100 y ss. Véase también Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, op. cit., cap. IV.

No podemos negar que en el ámbito jurisdiccional –donde esperamos jueces vanguardistas e innovadores, sobre todo en los casos difíciles– es donde más cobra sentido la necesidad de validar, esto es, justificar, la decisión. A continuación se muestra de manera esquemática el modelo:



En el caso de un juicio de amparo indirecto promovido en contra de la norma X, el modelo de Toulmin podría entenderse de la siguiente forma: la decisión de conceder el amparo sería la *pretensión*; lo que lleva

al juzgador a determinar que la norma X es inconstitucional, serían las *razones* (por ejemplo que es violatoria de la garantía de igualdad y de libertad de comercio, porque excluye de un beneficio a un determinado colectivo social, de manera injustificada); la *garantía* podría constituirse por ciertos tópicos jurídicos que dan cuenta de algunas constantes jurídicas del tipo: “las normas jurídicas deben otorgar un mismo trato a quienes se encuentren en la misma situación; no pueden limitar el goce de un derecho de manera injustificada”; y el *respaldo* estaría configurado por las normas jurídicas (legales y constitucionales) que validan la garantía.

Veamos un ejemplo.²¹ Cierta grupo farmacéutico X impugnó el artículo 226 de la Ley General de Salud, que esencialmente señala que los medicamentos cuya venta no requiere receta médica, pueden ser expendidos en otros establecimientos que no sean farmacias; asimismo, que tales medicamentos no podrán venderse en puestos semifijos, módulos móviles o ambulantes. El juez de distrito determinó negar el amparo. El grupo farmacéutico X recurrió la sentencia. El Tribunal Colegiado se declaró incompetente para resolver el recurso y remitió los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Primera Sala de ese tribunal resolvió que los agravios resultaban fundados y, por ende, debía revocarse el fallo recurrido y conceder el amparo.

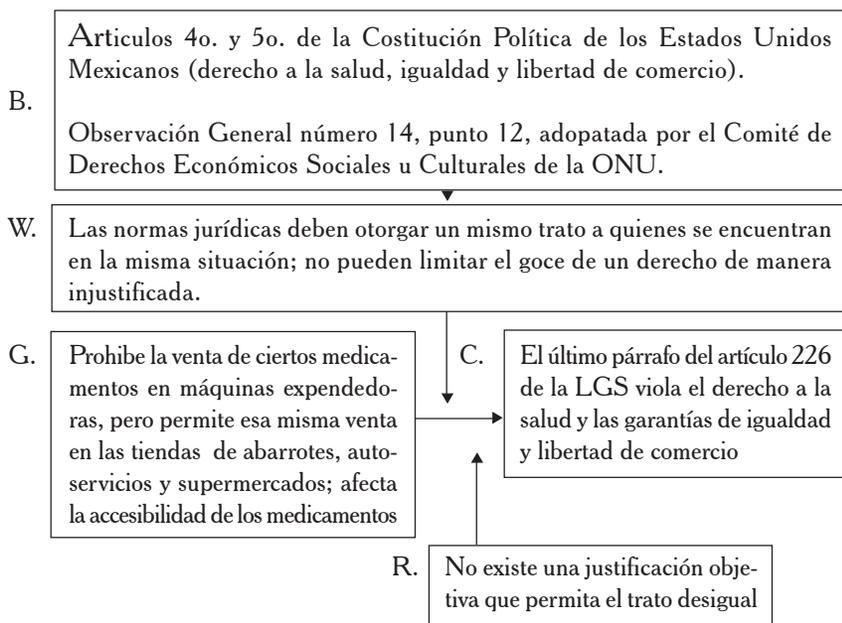
Se resolvió que el último párrafo del artículo 226 de la Ley General de Salud contiene tres tipos de prescripciones: a) una cláusula definitoria que hace referencia a la pertenencia de ciertos productos a una determinada clase a partir de ciertas propiedades: que no requieran receta médica para adquirirse, y que puedan expendirse en establecimientos distintos a las farmacias; b) una permisión consistente en que ese tipo de medi-

²¹ Se trata de un ejemplo real: el amparo en revisión 1340/2006, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se ha eliminado el nombre de la parte quejosa.

camentos pueden expendirse en establecimientos que no sean farmacias, y c) una prohibición expresa referida a la venta de medicamentos u otros insumos para la salud en puestos semifijos, módulos móviles o ambulantes. Posteriormente se analizó si el trato diferenciado de dos situaciones de hecho, diversas, constituye o no una discriminación, intentando contestar a estas interrogantes: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual?, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

El análisis arrojó como resultado que la norma impugnada afecta distintos valores constitucionalmente protegidos: 1) por un lado, se afecta al principio de igualdad; 2) por otro lado, y derivado de lo anterior, se lesiona la libertad de comercio; 3) se lesiona el derecho a la accesibilidad de los medicamentos, y finalmente, 4) con la prohibición no se eleva la protección a la salud por las medidas de control sanitario que aparentemente no se tendrían en el caso de los puestos semifijos, módulos móviles o ambulantes. Se dijo que la prohibición no eleva la protección a la salud por las medidas de control sanitario que aparentemente no se tendrían en el caso de las máquinas expendedoras; fuera de las razones técnicas o que deban ser demostradas por pruebas periciales, la propia Ley General de Salud, en el artículo 132, considera que los puestos semifijos, módulos móviles o ambulantes son establecimientos y, en consecuencia, todas las normas de control sanitario sobre estos últimos se aplican también a los primeros. Se consideró, finalmente, que las máquinas expendedoras son instalaciones aptas para la distribución de bienes, por lo que quedan comprendidas dentro del género “establecimientos” que señala el artículo 132. De este modo, si la Ley General de Salud considera como establecimientos a aquellas instalaciones fijas o móviles, entonces es claro que toda la regulación sanitaria establecida con relación a ellos, alcanza también a las instalaciones móviles como las máquinas expendedoras.

Se determinó, en consecuencia, que la norma impugnada no es condescendiente con los valores constitucionales que el legislador pretendió alcanzar. De ahí que sea desproporcional. Evidentemente existe una alternativa que a todas luces mejora la pervivencia de los valores señalados: la eliminación de la prohibición. En consecuencia, la medida adoptada en la adición al artículo 226 de la Ley General de Salud resulta violatoria del derecho a la salud en tanto afecta la accesibilidad de los medicamentos, así como de las garantías de igualdad y libertad de comercio, contenidas, respectivamente, en los artículos 4o., tercer párrafo, y 5o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En la sentencia se utilizó también como respaldo la Observación General número 14, punto 12, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Veamos el caso bajo el modelo de Toulmin.



Cuarto paso: determinar qué enfoque es adecuado para abordar el problema: formal, material o pragmático. La argumentación jurídica –ha escrito Manuel Atienza– puede entenderse a través de tres concepciones, a saber, la formal, la material y la pragmática.²² La primera de ellas puede identificarse con la lógica formal, en la que el sentido del razonamiento es establecer el paso de las premisas a la conclusión sin haber violado las reglas o los principios lógicos. Así, desde esta perspectiva, un argumento deductivamente válido es aquél en el que si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión es necesariamente verdadera, dada la forma de los enunciados que lo integran. La validez del argumento no depende, pues, del contenido verdadero o falso de las premisas o de la conclusión, sino de la forma en la que se ordenan tales elementos.

La concepción que Atienza llama material, pone énfasis no en la inferencia misma –como hace la concepción formal–, sino en el trabajo consistente en demostrar que las premisas que integran el razonamiento son verdaderas. Se trata de demostrar si existen razones para creer o aceptar algo como verdadero (razones teóricas), o razones para actuar como es debido (razones prácticas). En esta concepción, la validez del razonamiento dependerá de los aspectos materiales que permiten validar las premisas y la conclusión, esto es, de la demostración de que existen buenas razones –desde el punto de vista de la ciencia, de la moral o de otros criterios– para sostener una determinada tesis.

Finalmente, la perspectiva pragmática ve a la argumentación como un proceso interactivo en el que dos o más sujetos llegan a determinados acuerdos utilizando la fuerza de la persuasión. El proceso puede estar

²² Véase Atienza Manuel, *El Derecho como argumentación*, *op. cit.*

basado en una disputa en la que cada uno de los sujetos intenta vencer al otro provocando la contradicción, gracias al buen uso de la retórica; o puede estar basado en un diálogo racional en el que cada sujeto intenta convencer al otro buscando el esclarecimiento mutuo para resolver el problema. En cualquiera de los dos casos –dice Atienza– deben acatarse ciertas reglas que regulan el comportamiento lingüístico de los contendientes, con la finalidad de persuadir a un auditorio para que acepte una determinada tesis.

Las sentencias de los jueces suelen basarse en la subsunción de los hechos bajo la descripción de los enunciados normativos. Para ello, es conveniente emplear esquemas argumentativos que permitan validar racionalmente el paso de las premisas a la conclusión, lo que no es equivalente a aplicar “mecánicamente” la norma al caso. No obstante, cuando se trata de casos difíciles, en los que la premisa normativa o la fáctica ofrecen problemas,²³ es menester emplear otra estrategia argumentativa que no sea la formal. Así, para validar cualquiera de las premisas (normativa o fáctica) se hace necesario acudir a criterios científicos, sociológicos o, incluso, morales; esto es, hacer una justificación de tipo material.

²³ Los casos difíciles son aquellos en los que el establecimiento de la premisa normativa y/o de la premisa fáctica resulta una cuestión problemática. Para poder resolverlos, no basta la justificación interna (el paso de las premisas a la conclusión con apego a las reglas de la lógica formal); es necesario presentar argumentos adicionales a favor de las premisas, los cuales probablemente no serán puramente deductivos, sino con algún contenido material que puede referirse a la eficacia, al conocimiento científico o a la corrección moral. Según MacCormick, existen cuatro tipos de problemas jurídicos: problemas de relevancia (que se dan cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso); problemas de interpretación (cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o las normas aplicables al caso); problemas de prueba (cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar), y finalmente, problemas de calificación (cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo un campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma). Véase, Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, op. cit., pp. 138-141.

También existen problemas en los que la concepción dialéctica se hace presente: cuando el juez “entabla” un diálogo con las partes en el proceso (o con los autores que emplea para sus argumentos de autoridad, o con los precedentes e, incluso, la jurisprudencia), ya sea refutando o aceptando sus ideas (o parte de ellas). A final de cuentas, el juez tendrá que enfrentar ante el auditorio al que tenga que convencer con su trabajo (al tribunal de alzada, la comunidad jurídica o la opinión pública, por ejemplo) y eso servirá como criterio de evaluación de la estrategia empleada.

Quinto paso: formular diversas hipótesis y establecer distintas líneas de argumentación. Una forma interesante de presentar un proyecto de sentencia es, a mi juicio, ensayar en el borrador de la misma las alternativas posibles de solución del problema, con la debida justificación de por qué no resultan correctas. Ello, además de fortalecer la tesis que se sostiene, permitirá prever los posibles ataques (los famosos dictámenes en contra) y así prevenir los pertrechos necesarios, para defender la propuesta final. Considero que el que el documento llamado sentencia no tenga las hipótesis alternativas y la estrategia de defensa, no significa que el autor del mismo no las tenga (o, mejor, no deba tenerlas). De ahí que sea tan importante no esclavizarse con los lamentables “machotes” que nacen sin la cualidad de planear estrategias.

Podemos decir que entre el borrador (o los borradores) del trabajo y el trabajo final, se producen algunas experiencias dignas de ser plasmadas, porque representan el contexto de descubrimiento²⁴ del nuevo conocimiento, con lo cual se enriquece en buena medida el producto final. Podemos decir que este proceso consiste en la eliminación de las hipótesis

²⁴ *Supra*, véase el “segundo paso”.

alternativas, especialmente de aquellas que resultaron problemáticas, pues no tiene ningún sentido referirse a aquellas que son totalmente irracionales. Así, el grado de validez de cada línea argumentativa quedará demostrado cuando se haya culminado con el proceso de justificación de cada una de las líneas mencionadas.

Sexto paso: establecer la fundamentación de la hipótesis elegida. Una vez hecho el descarte señalado en el punto anterior, es necesario concentrarse en la vía (o vías) de solución para proceder a la demostración de la tesis central.

Sin que esto signifique una prescripción, conviene que la estrategia de justificación sea analítica y tome en cuenta tanto la cantidad como la calidad de las razones justificativas que se ofrezcan a favor de la resolución del caso. En otras palabras, no basta con que se enuncie una serie más o menos numerosa de razones, sino que se trate de buenas razones. Muchas veces el éxito de una buena decisión radica en saber presentar las razones de manera adecuada y ordenada. Para ello, conviene trabajar con modelos como el de Toulmin, en el que, como ya se dijo, se muestra no sólo la razón, sino la fuerza de la misma.²⁵

Séptimo paso: reconstruir el argumento central a través de un proceso de justificación interna. Al final del proceso argumentativo, una vez que las premisas han quedado demostradas debidamente, conviene volver a formular el argumento central a través de un razonamiento formal, en el que se “conmine” al lector de la sentencia a aceptar la verdad de la conclusión, una vez que aceptó ya la verdad de las premisas.

²⁵ *Supra*, véase el “tercer paso”.

VI. ¿QUÉ CONSECUENCIAS PUEDEN GENERARSE EN EL CASO DE QUE SE DESATIENDA EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD?

Considero que de no observarse este principio, pueden generarse consecuencias de cara al sistema y de cara al mundo. Las primeras tienen que ver con la inconsistencia que se genera al interior de un determinado sistema jurídico en el que la jurisprudencia –entendida no como precedentes, sino como *abstract* de cierto tipo de fallo como se hace en nuestro país– resulta obligatoria y se torna en una genuina fuente del Derecho. En este sentido, las resoluciones no se dictan por una vez, sino que adquieren un grado de abstracción que les permitirá ser utilizadas en casos futuros. Para que ese empleo pueda ser útil y racional, es necesario que exista el menor grado posible de inconsistencia por parte de los tribunales. Puede haber inconsistencia en las resoluciones de un mismo tribunal, lo cual es preocupante, pero cuando la inconsistencia es sistémica, el problema se multiplica. El “desorden jurisprudencial” no alcanza a solucionarse con estrategias tales como la “contradicción de tesis” que tenemos en México, pues muchas veces ocurre hacia dentro del mismo tribunal, o es padecido por los tribunales de última instancia.

Con la observancia de esta sencilla regla de justicia formal, en la medida de lo posible, pueden eliminarse en un alto grado los problemas de inconsistencia jurisprudencial en un sistema jurídico.

Por otro lado, pueden generarse consecuencias de cara al mundo. Con ello me refiero, sobre todo, al escrutinio público, tanto del mundo jurídico como de los legos en Derecho. Vivimos actualmente una suerte de “moda” por la transparencia y el sometimiento de las cuestiones públicas al juicio popular que es facilitado por los medios de comunica-

ción. La falta de consistencia enciende alarmas en el mundo, lo que muchas veces provoca una especie de linchamiento mediático de los fallos, en el que, por desgracia, suele participar una academia irresponsable y desinformada.

Los juristas —y especialmente los que hacen un trabajo jurisdiccional— no podemos ser ciegos ante la realidad. Hemos de ser conscientes de que el mundo de los medios de comunicación se ha convertido en el más eficiente campo de batalla en la que el desprestigio de las personas y las instituciones son las medallas que se prenden del pecho de los más hábiles, que no necesariamente de los que tienen razón. Ante este panorama, conviene vigilar la consistencia de los fallos y el respeto al principio de universalidad, pues, gracias a él, pueden cerrarse avenidas de crítica y ataque.

VII. “NUEVAS Y PROFUNDAS REFLEXIONES...”. SOBRE LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Existe una frase que se escucha a menudo en el ámbito judicial y que se usa cuando va a darse un cambio de criterio, un cambio jurisprudencial: “nuevas y profundas reflexiones han llevado a este órgano a considerar que debe abandonarse el criterio X”. Este enunciado no es sino el resultado de una reflexión derivada de la siguiente pregunta: ¿cuándo se puede romper con el principio? No puede darse el cambio en automático y, mucho menos, soportarlo en una razón de este tipo. El destinatario del fallo en el que se produzca el cambio, espera otro tipo de razones que pueden quedar contenidas en estas otras preguntas: ¿cuáles son esas nuevas reflexiones?, ¿en qué radica su profundidad y su novedad?, ¿se trata de un cambio justificado?

La Corte Constitucional de Colombia ha avanzado sobre el particular en la sentencia que he venido comentando. Aplaude, por un lado, la observación del principio de universalidad, pero advierte, por otro, del peligro que puede representar el hecho de sacralizarlo. Uno de los riesgos de aplicar de manera sacramental este principio es la petrificación del ordenamiento jurídico; otro más es que su uso indiscriminado podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso, por ejemplo cuando se intenta universalizar una equivocación del pasado. Dice la Corte Constitucional:

[L]as eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica.²⁶

Acepta la Corte Constitucional que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica –que implica unos jueces respetuosos de los precedentes– y la realización de la justicia material del caso concreto –que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas–. Señala también que dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. En sistemas de derecho legislado –en donde la fuente esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia–

²⁶ Unificación de Tutela número SU.047/99, resuelta por la Corte Constitucional de Colombia, el 29 de enero de 1999, p. 49.

dencia— un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas. Incluso —dice— en los sistemas del *Common Law*, en donde el derecho derivado de los precedentes judiciales o *case Law* es fuente básica del ordenamiento jurídico, el principio del *stare decisis* o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no es absoluto, puesto que las más altas corporaciones admiten que pueden apartarse de un precedente, con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial.²⁸ En seguida hace la siguiente referencia en el Derecho inglés:

Así, Inglaterra durante siglos adhirió de manera muy rígida a la fuerza vinculante de los precedentes; sin embargo, las propias necesidades del derecho en una sociedad compleja llevaron a la Cámara de los Lores a abolir, en julio de 1966, la regla según la cual ella quedaba atada de manera absoluta a sus decisiones anteriores. Según la más alta corporación judicial inglesa, el respeto al precedente es “indispensable” para decidir casos concretos ya que “provee al menos un cierto grado de certeza sobre la cual los individuos pueden confiar para llevar a cabo sus negocios y es la base para un desarrollo ordenado de las reglas jurídicas”. Sin embargo, precisan los Lores, una “adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a injusticias en casos concretos y también restringir indebidamente el adecuado desarrollo del derecho”. Por ello concluyen que a partir de ese momento la Cámara de los Lores va a considerar que si bien los precedentes son “normalmente vinculantes”, será posible para esa corporación “apartarse de una decisión previa cuando sea justo

²⁷ Véase Keenan, Denis, *English Law, op. cit.* pp 130 y ss.

hacerlo”. El tribunal precisó empero que esa nueva regla sólo era aplicable a la Cámara de los Lores, pero no a los otros jueces, que siguen entonces vinculados a los precedentes de la más alta corporación judicial inglesa, al menos hasta que ésta no los varíe, o sean modificados por una ley del Parlamento.²⁸

De acuerdo con la jurisprudencia del este Tribunal Constitucional, para que el cambio jurisprudencial quede justificado es necesario que se cumpla con los siguientes *requisitos*:

- Corresponde a la Corte Constitucional, y sólo a ella, como intérprete auténtico de la Constitución y guardiana de su integridad y supremacía, modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos.
- Un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación; esto es, tiene que aportar las razones que justifican el abandono de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado.
- Para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que

²⁸ Unificación de Tutela número SU.047/99, p. 50.

el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto al precedente en un Estado de derecho.²⁹

De este modo, se puede tomar conciencia de lo que implica la afirmación “nuevas y profundas reflexiones...”, pues no puede sólo tratarse –aun en el caso de la Suprema Corte– de un argumento de autoridad. Explicitar la profundidad y la justificación de las nuevas reflexiones no sólo es saludable desde el punto de vista de la buena argumentación, sino también desde la perspectiva de la legitimidad de los jueces. No encuentro peligro en el cambio mismo, sino en la falta de justificación del cambio, ya que las decisiones judiciales se presumen adecuadas *prima facie*, de modo que un cambio ha de convencer a los destinatarios del fallo y a toda la población en general que el nuevo criterio es, en algún sentido, mejor que el otro. Por ello, considero que las razones que sustentan el cambio de criterio deben integrarse en la misma resolución en la que se aplique, ya que, a mi juicio, ello producirá un doble beneficio: por un lado, legitimará la solución de la controversia concreta y, por otro, fortalecerá la consistencia y la legitimación de la autoridad jurisdiccional.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Siempre me ha llamado la atención la práctica generalizada en el *argot* judicial mexicano referida a la razón prudencial de “no comprometer criterio” cuando se resuelve un asunto. Esta práctica consiste en no emitir un juicio determinado en un caso, por temor a sentirse “amarrados”

para casos posteriores en los que posiblemente ya no se sostenga dicho juicio. Como puede verse, el temor no se dirige sino al principio de universalidad que aquí he esbozado.

Cuando un juez no “quiere comprometer criterio”, guarda silencio y opta por no aplicar la solución que pensó y preferir otra “menos riesgosa”. Esta práctica demuestra, por un lado, la fuerza vinculante del principio de universalidad y, por otro, una falta de seguridad en el juzgador. Para poner una tesis bajo el riesgo de la universalización hay que estar convencido de ella. Por ello, no considero que siempre sea criticable esa actitud de los juzgadores. Lo que no parece tener justificación es cuando se opta por una solución no tan razonable como la que se pensó por darle quizás un excesivo peso a la prudencia. El juez que no toma en ocasiones ese tipo de riesgos no es un juez valiente. Incluso se llega al extremo de esperar a que otro lo diga para que si en el futuro se llega a cambiar de criterio no sea él quien deba justificar el cambio.

Otra actitud reprochable en un juzgador es no “comprometer criterio” por el temor a abrir la puerta a una avalancha de asuntos del mismo tipo. Esta actitud, además de encerrar la falacia conocida como la pendiente resbaladiza, no demuestra prudencia ni virtud, sino fastidio por el trabajo y por la misión de ser juez. Paradójicamente, estas virtudes suelen salir a relucir sólo en los eventos solemnes. A muchos jueces se les olvida que nada hay más solemne que el trabajo mismo y nada es más aborrecible que la falta de congruencia entre lo que se dice y lo que se hace.

Como hemos visto, nada de malo hay en apartarse de un criterio si ello tiene justificación. De hecho, apartarse justificadamente de un criterio se convierte también en una actitud universalizable.

LOS LÍMITES DE LA ARGUMENTACIÓN; ENTRE LA ÉTICA Y LA CORRUPCIÓN

*Dra. María del Carmen Platas Pacheco**

Es imposible que tengan prosperidad, quienes no obran el bien y no hay obra buena ni del individuo ni de la ciudad sin virtud y prudencia. La fortaleza, la justicia y la prudencia de la ciudad tienen la misma energía y el mismo carácter que aquellas otras cualidades por cuya participación dicese cada hombre justo, prudente y morigerado.

Aristóteles

* Doctora en Derecho; Profesora investigadora de la Universidad Panamericana; miembro del Sistema Nacional de Investigadores; autora de diversas obras de Filosofía del Derecho, editadas por Porrúa; miembro de Número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, y Profesora del Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación.

I

 agradezco a la señora Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas y al señor Ministro Juan Díaz Romero su presencia y compañía en este Seminario de Argumentación Jurídica al que ha convocado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también agradezco al Lic. Bertín Vázquez González y al Lic. Óscar Rodríguez Álvarez por las atenciones que me han dispensado.

Señoras y señores abogados:

Al tener el honor de dirigirme a ustedes en este selecto foro de colegas, en la generosa hospitalidad de este hermoso y significativo inmueble sede del Máximo Tribunal del país, me siento especialmente agradecida por la oportunidad que advierto, también como un reto.

Me corresponde la responsabilidad de pronunciar la última conferencia de este Segundo Seminario de Argumentación Jurídica y quisiera

aprovechar este espacio para abordar un aspecto que se inscribe en la preocupación esencial del arte de la argumentación; me refiero, desde luego, al tema de la ética que ha de animar e inspirar los esfuerzos argumentativos de todo jurista para hilvanar hechos con derechos en la delicada tarea de pedir y hacer justicia.¹

En épocas de transición, como la que vivimos en el ocaso del sexenio, el pragmatismo y el oportunismo² son lugares comunes para acoger las voluntades pequeñas de quienes buscan la comodidad de lo seguro e inamovible, no así para quienes aprovechan el tiempo reflexionando sobre la labor realizada, a fin de encontrar, en un elemental ejercicio de autocrítica, aquellos aspectos en los que podemos y debemos ser mejores.

El ejercicio de la abogacía nos exige, a quienes hemos decidido ejercerla, algo más que respetar normas de conducta. Supone hacerse cargo de un conjunto de conocimientos, actitudes y aptitudes de respeto y aplicación de la ética en el foro, allí donde rige nuestra gestión profesional.

Si el derecho, en cuanto dimensión ordenadora de la sociedad, no puede renunciar a su arreglo formal, éste debe nutrirse siempre de valores legitimadores, deponiendo la perniciosa presun-

¹ Cfr. Pérez Varela, Víctor Manuel, *Ser más humano, Reflexiones sobre Ética y Derecho*, Universidad Panamericana, Porrúa, México, 2005, pp. 3-16, 205-211, 225-2256, 233-234.

² Cfr. *Diccionario de la lengua española*, voz: "Oportunismo", t. II, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 1480.

ción de una autolegitimación como el único fundamento de un texto normativo autorizado.³

La profesión del abogado se encuentra al servicio de la justicia, y la materia sobre la que incide son las relaciones de deuda que vinculan jurídicamente a las partes;⁴ al trabajar cotidianamente en la interrelación humana el ejercicio de virtudes como la prudencia, la discreción, la honradez y la lealtad son esenciales para la solución de los conflictos o negocios.

En contraste, un abogado cuyos actos están regidos por vicios como la codicia, la soberbia, la cólera, la avaricia y tantas otras formas de corrupción, influyen negativamente en el asunto que tiene en sus manos evitando o dificultando su justo arreglo

Vamos a considerar los diversos sentidos de la palabra «injusto». Parece que es injusto el transgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo, y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo.⁵

La abogacía requiere de un delicado equilibrio ético, su actual crisis y deterioro, en la opinión de la ciudadanía, se debe justamente a

³ Grossi, Paolo, *Derecho, sociedad, Estado*, El Colegio de Michoacán, Escuela Libre de Derecho, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Michoacán, 2004, p. 216.

⁴ Cfr. Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho, Analogía de proporcionalidad*, Porrúa, México, 2003, pp. 7-23.

⁵ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1129 a 30 - 1129 b 5, intr., trad. y notas de Antonio Gómez Robledo, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, Centro de Estudios Clásicos, México, 1983.

que en el ejercicio profesional, los abogados no nos hemos ocupado de la necesidad de atender la cuestión, me refiero a la reflexión serena sobre la plena vigencia de normas de conducta que permitan mejorar el ejercicio, esto supone erradicar el vicio generalizado de la profesión, que es la soberbia. Y qué mejor manera que afrontar este vicio que mediante la prudencia:

Ciertamente [la prudencia] es perfeccionamiento de la razón, pero este perfeccionamiento está condicionado también por disposiciones afectivas (lo que no sucede con las demás virtudes intelectuales). La prudencia es en sentido propio la virtud de la razón práctica, la cual, [...] está inserta en el proceso tendencial, en la dinámica afectiva. La prudencia no sólo depende de las tendencias, sino que en su calidad de virtud de la razón práctica es también la perfección de la facultad que guía cognitivamente las tendencias. Por eso se cuenta a la prudencia también entre las virtudes morales. Es la virtud moral por excelencia, puesto que un hombre malo no puede ser realmente prudente. Es la «recta razón de lo que hay que hacer», la *recta ratio agibilium*.⁶

A continuación les presentaré la síntesis de un pensamiento en gestación, una búsqueda que a través de la palabra construye argumentos ofreciéndonos los primeros frutos de la reflexión ética, en este sentido esta exposición en manera alguna está terminada. En otras palabras, mostraré la estrecha relación entre ética y argumentación en el derecho como la vía para evitar la corrupción tan arraigada en nuestra sociedad.

⁶ Rhonheimer, Martin, *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la Ética Filosófica*, Rialp, Madrid, 2000, p. 202.

Existen diferencias abismales entre el primer abogado en la ciudad antigua identificado como el *pater familias*, –que concurría al foro a defender a los miembros de su parentela, incluidos los extraños llamados clientes–,⁷ y el despacho organizado como empresa de servicios donde trabajan decenas o centenas de abogados en distinto nivel de jerarquía. Frecuentemente las exigencias económicas de estas empresas de servicios jurídicos hacen perder de vista el objetivo de nuestra profesión, que consiste en servir a la sociedad en la realización de la justicia, de manera que la crisis de credibilidad, reflejada en frecuentes comentarios que ponen en duda la honorabilidad de los abogados, muestra lo deteriorado de la imagen que tiene el mundo de nuestra profesión.

Para ilustrar la idea de que el abogado es visto como el que se aprovecha de las situaciones, por las ventajas que se derivan de su profesión, se suele citar un caso típico que plantea Diderot, el filósofo de la Ilustración, en su diálogo *Conversación de un padre con sus hijos...* Allí el padre de Diderot que estaba encargado de distribuir los bienes de un testamento, se encuentra con un grave problema: por un lado, los presuntos herederos, que se debaten en la más completa miseria esperan su parte de la herencia. Mas el abogado, examinando un cajón de papeles viejos, descubrió un testamento antiquísimo, muy probablemente olvidado, que con seguridad el testador no había destruido por descuido. En este documento toda su fortuna se heredaba a un comerciante riquísimo, con el que el testador antes de morir llevaba pésimas relaciones. El ejecutor testamentario duda en destruir el testamento o hacerlo valer, pero se inclina por esto último. La opinión del filósofo Diderot es que en este caso, por razones humanitarias, de ética y aun de legalidad, el testa-

⁷ Barrow, R. H., *Los romanos*, FCE, México, 2000, p. 17.

mento debía haber sido destruido. En todo caso, la moral estaría por encima del Derecho, como lo establece tajantemente Ángel Osorio en el séptimo mandamiento de su Decálogo deontológico: “pon la moral por encima de las leyes”, y lo confirma el cuarto mandamiento del Decálogo de Eduardo Couture: “tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”.⁸

En los orígenes del derecho no existía una separación tajante entre la ética y nuestra noble ciencia. El ciudadano de Grecia y Roma estaba consciente de que debía ejercitarse en las armas, porque era soldado, y también en la argumentación, el uso del lenguaje y las habilidades para el convencimiento retórico atraían el interés de las personas que asistían al foro a presenciar los litigios, como concurrían al circo a ser espectadores de las luchas de gladiadores, de manera que el *pater familias* debía ejercitarse como soldado y como abogado. Algunos destacaron en el arte de abogar mediante la argumentación y adquirieron fama, éste es el caso de Cicerón y Quintiliano, quienes llegaron a ocupar posiciones políticas de relevancia.⁹

En los orígenes de la abogacía, el derecho y la ética estaban unidos, quien acudía a la Asamblea a defender a sus parientes y clientes, lo hacía respetando y conociendo las costumbres, la moral de la ciudad y sobre todo ofreciendo como garantía su propio testimonio de vida. Debía

⁸ Pérez Varela, Víctor Manuel..., *op. cit.*, pp. 13-14.

⁹ Heredia Correa, Roberto, *Prólogo* en Quintiliano, Marco Fabio, *Institución Oratoria*, trad. Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, Conaculta, Cien del Mundo, México, 1999, pp. 13-17.

mostrar a los demás una conducta ética que le otorgara credibilidad para sostener sus argumentos.¹⁰

A dos milenios de distancia, en el momento presente, esta condición de credibilidad reviste singular importancia en nuestro país porque, como es de todos conocido, nos encontramos inmersos en una crisis moral que incide directamente en la administración de justicia y donde la abogacía es blanco de todo género de críticas, muchas de ellas fundadas y provenientes de todos los sectores.¹¹

En este ambiente adverso, donde pareciera que es posible vaciar el contenido de los conceptos o construir consensos contrarios a los valores y los deberes morales que nos obligan como abogados,¹² considero que es realmente un acierto de este Alto Tribunal que nos convoca a reflexionar sobre “Los límites de la argumentación; entre la ética y la

¹⁰ Cfr. Reale, Giovanni y Antiseri, Darío, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, t. I, Herder, Barcelona, 1995, pp. 149-153. Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1094 a 20- 1094 b 10.

¹¹ Pese a que algunos consideran que desde Platón ya existía mala fama, nosotros la consideramos aún más generalizada en la actualidad. La mala fama de la profesión jurídica ya existía desde la época de Platón. El filósofo de la Academia escribió en su diálogo *Las leyes*: “Hay muchas cosas nobles en la vida humana, pero en la mayoría se fijan males que fatalmente los corrompen y dañan... ¿cómo puede ser el abogado de justicia otra cosa que noble? Y sin embargo, a esta profesión que se nos presenta bajo el bello nombre de arte se le asigna una mala reputación... Ahora bien, en nuestro Estado, este llamado arte... no debería existir jamás”. No sólo Platón, empero, los eliminó de su Estado, también Tomás Moro, un gran abogado, los desterró de su Utopía: “Ellos no tienen abogados entre sí, porque los consideran la clase de personas cuya profesión es desvirtuar las cosas”. Más radical es la proclama de los revolucionarios del drama *Enrique VI* de Shakespeare: “Lo primero que hacemos es matar a todos los abogados”. Pérez Varela, Víctor Manuel..., *op. cit.*, p. 3. Si bien siempre ha habido hombres viciosos, ahora además hay redes enteras de corrupción dentro de los sistemas jurídicos.

¹² Cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, FCE, México, 2000, 530 pp.

corrupción”; en consecuencia, son los abogados en el ejercicio del foro los destinatarios primeros de cuanto aquí se diga.

La situación de crisis que vive la abogacía exige reflexiones profundas y acciones concretas, que inicien por replantearse para qué sirve nuestra profesión en un mundo donde los adelantos científicos y tecnológicos frecuentemente corren en sentido contrario al respeto y reconocimiento de la dignidad humana, la finalidad de la abogacía es solucionar los conflictos, los abogados deben ser profesionales de la argumentación jurídica al servicio de la justicia y de la paz.

Se trata, como se ve, no de ejercicios teóricos desprendidos de toda traducción en la realidad concreta; su relevancia está más bien, a nuestro parecer, sobre todo en un aspecto: son juristas –en su mayor parte, hombres de ciencia– que, detrás de una vocación que es típica del científico, diseñan una trama jurídica que es pensada como supranacional, tendencialmente universal. La tarea de tejer tramas valientes que superen las miserias de lo particular puede ser confiada a la ciencia jurídica, la única fuente que tiene en sí los recursos intelectuales y espirituales para vencer las tentaciones fraccionadoras.¹³

Para ejercer a cabalidad el arte de abogar, es decir, de representar y defender los intereses de terceros en un negocio o conflicto, se requiere principalmente comprender las motivaciones humanas, los intereses, las pasiones, vicios y virtudes que inciden en las conductas del hombre;

¹³ Grossi, Paolo..., *op. cit.*, p. 223.

además, el abogado debe conocer la ciencia del derecho, el arte de la argumentación oral y escrita, las habilidades de persuasión y el sentido de la oportunidad enmarcado en la estrategia procesal. Éste es el orden que desde sus orígenes seguía el arte de abogar y de argumentar, primero conocer al hombre y luego las armas para defenderlo.

Son juristas y esto (...) es muy significativo: después de una larga expropiación perpetrada durante toda la modernidad, después de siglos de condenación a trabajos forzados de exégesis, el derecho regresa a ser aquello que fue en los grandes momentos de la historia jurídica occidental –el romano y el medieval– lo que fue y es en el planeta del *common law*: cosas de juristas. Que sea tal lo prueba el actual contexto histórico con sus vocaciones universalistas con juristas protagonistas en la elaboración y fijación de los principios, con juristas protagonistas del fenómeno globalizador. Hoy, este brujo mantenido con sus destiladores en un calabozo del castillo, a disposición servil de los poderosos, se muestra con su papel engrandecido. No es más el técnico que gestiona modestos aparatos ortopédicos para proveer las claudicaciones del omnipotente legislador, sino es, él, el último eslabón de una cadena bimilenaria de tradiciones culturales, en cuanto es quien percibe valores universales y al mismo tiempo es capaz de traducirlos en reglas, el personaje en quien puede ser confiado el oficio difícilísimo de tejer la red de la que tenemos necesidad. El nuevo protagonismo de los juristas no responde al orgullo de una orden, sino a un reclamo de nuestro tiempo histórico.¹⁴

¹⁴ *Ibidem*, pp. 223-224.

Entre griegos y romanos se solía establecer una clara diferencia entre el hacer o *facere*¹⁵ y el obrar o *agüere*.¹⁶ El hacer compromete existencialmente a la persona en todos sus actos, desde antiguo, el Derecho, sensible a esta realidad, juzga al hombre tanto por lo que hace como por lo que omite; en cambio, el obrar –o *agere*–, se refiere a las acciones exteriores que realiza el sujeto, pero que en realidad no inciden en él, de manera que se puede ser un ingeniero altamente competente en alguna especialización, aunque en su vida personal sea un sinvergüenza;¹⁷ con el abogado no ocurre así, porque en cada asunto en que interviene contribuye o no a hacer realidad la justicia y con ello se está construyendo o destruyendo a sí mismo y a la sociedad en la que vive.¹⁸ El abogado virtuoso lleva su bien hacer a todos los aspectos de su vida, el abogado corrupto arrastra sus vicios ensuciando todo lo que toca.

Por desgracia en nuestra profesión la confusión de estos conceptos se advierte desde el inicio en la formación de los abogados. Los planes de estudio de todas nuestras facultades concentran la mayoría del tiempo en la enseñanza de repertorios legislativos o códigos, otorgando al final de la carrera un título habilitante para ejercer la profesión. Se piensa que un abogado es aquél que memoriza y maneja los códigos y que ese conocimiento le basta para ostentar el título de abogado:

A todo lo dicho se juntará, como lo pidiere la ocasión, la manera de perorar, que no solamente instruya a los aficionados en el

¹⁵ Cfr. *Diccionario de Latín*, voz: “*Facio, feci, factum*”, Vox, SPES, Barcelona, 1999, p. 188.

¹⁶ Cfr. *Ibidem*, voz: “*Ago, egi, actum*”, p. 21.

¹⁷ Cfr. *Diccionario de Griego*, voz: *ποιέω*. SOPENA, Barcelona, 1999, p. 1110.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, voz: *ποιέω*. p. 1136.

conocimiento de aquellas cosas a las que únicamente dieron algunos el nombre de arte, e interprete el derecho de la retórica (para explicarme en estos términos), sino que asimismo pueda fomentar la facundia y aumentar las fuerzas de la oratoria. Porque de ordinario los preceptos por sí solos, afectando demasiada sutileza, destruyen y despedazan cuanto hay de más noble en el discurso, se llevan todo el jugo del ingenio y le dejan en los huesos, los cuales, así como debe haberlos y estar sujetos con los nervios, así deben estar cubiertos con la carne.¹⁹

En el medio universitario que rige la enseñanza del derecho, el estudio de la ética profesional hoy carece de importancia, con esta actitud se pretende desconocer que las normas éticas forman parte esencial de las reglas del arte de abogar y argumentar correctamente, porque si bien el abogado se debe al interés de su cliente²⁰ y, desde ese punto de vista, podría pensarse que a éste le convendría más un abogado corrupto que ante la disyuntiva de respetar las normas éticas o corromperse para obtener un beneficio en su interés, no dudara en optar por esto último; hemos de reconocer sin embargo, que la sociedad se fortalece o debilita con el respeto o desprecio al orden jurídico, cuya raíz es eminentemente ética.

En el tiempo que nos toca vivir, a menudo al abogado se le caracteriza como un sujeto cuyo oficio consiste en sacar provecho de la desgracia ajena, hábil, astuto y frecuentemente tramposo, como para encontrar

¹⁹ Quintiliano, Marco Fabio, *op. cit.*, p. 33.

²⁰ El abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición del juez, sino que sería el peor enemigo de éste; porque no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibrada de una parcialidad en el sentido inverso, favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la justicia contraria. Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces, escrito por un abogado*, Oxford, México, 2004, p. 54.

en los múltiples vericuetos legales los resquicios que le permitan favorecer a sus clientes, frecuentemente en contra de la justicia.

¿Por qué el abogado tuvo y tiene tan lamentable estima social? Esta pregunta pocas veces ha sido formulada desde los ámbitos profesionales. Es triste advertir que los abogados prefieren no reconocer el problema, en lugar de encararlo para analizarlo y resolverlo. Parte de dicho problema radica en lo que describe Víctor Manuel Pérez Varela, en el tan atinado planteamiento que a continuación transcribo:

Se aducen varias razones para explicar esta mala reputación. No se cae en la cuenta, como opina Jung, que es normal que en las relaciones humanas surjan conflictos. Ahora bien, muchos de estos conflictos tienen repercusiones jurídicas. Además, hay que considerar que es muy difícil que las partes en conflicto busquen la conciliación razonable y lleguen a valores compartidos. A lo anterior hay que añadir que, precisamente por motivos éticos, en algunas ocasiones el abogado no puede declinar asumir causas impopulares y desagradables. La sociedad en cambio, muchas veces lo atribuye a la falta de ética, y en ocasiones llega a identificar al abogado con su cliente. Tampoco se cae en la cuenta de que frecuentemente los pleitos no los generan los abogados, sino los heredan, y es mucho más civilizado buscar una solución jurídica y no una de fuerza, si bien es cierto que, muchas veces, no se obtiene la justicia perfecta, sino una justicia humana, a veces pobre y deficitaria. En suma, buena parte de razón asiste a Robert Post cuando afirma que odiamos a los abogados porque reflejan el lado oscuro de nuestro yo.²¹

²¹ Pérez Varela, Víctor Manuel, *op. cit.*, pp. 3-4.

Pero vayamos por partes. Las siguientes reflexiones se esfuerzan por dar un cauce a aquel que pretenda distinguir cuándo es mejor que un conflicto se resuelva sólo mediante el litigio.

Durante el siglo pasado y lo que va del presente, muchos de los grandes políticos y hombres de empresa fueron abogados, su prestigio se debía a esas actividades o roles y no al estricto ejercicio de la profesión. En la segunda mitad del siglo XX, se han desarrollado otras profesiones ocupando campos en donde tradicionalmente se desempeñaban los abogados, los contadores, los licenciados en administración de empresas y los economistas han hecho en el mundo de los negocios un buen papel, incluso en el asesoramiento legal en algunos campos como el fiscal, laboral, ambiental, etcétera.

Con el paso de las décadas, la falta de credibilidad institucional acentuó la sospecha hacia el imperio del derecho y la justicia en todos los órdenes, en México vivimos la paradoja de ser un país con una gran producción legislativa y, sin embargo, con una sociedad insatisfecha con la vivencia real de la justicia, donde el hacer legislativo se ha convertido en una maraña de disposiciones incoherentes, ambiguas y contradictorias, imposibles de ser conocidas y comprendidas, frecuentemente más numerosas de lo que es posible leer y más oscuras de lo que cualquier ciudadano puede comprender.

Ante la abrumadora carga de trabajo que este estado de cosas genera, el Poder Judicial se ve rebasado por la carencia o insuficiencia de medios, y por la urgente necesidad de capacitación para la argumentación judicial, que permita establecer en el caso concreto qué es lo debido en que la justicia se concreta; en consecuencia, la mala imagen

del abogado litigante se ha acentuado, frecuentemente cobijado en legislaciones pletóricas de lagunas, insuficiencias y contradicciones, se complican los pleitos para obtener grandes ganancias.²²

Sólo por referir algunos ejemplos de cotidiana observación, el abogado litigante en materia de arrendamiento se ha convertido en un verdadero especialista en vericuetos legales, frecuentemente hace uso de sus conocimientos a fin de conseguir que el inquilino se mantenga sin derecho en el inmueble alquilado, pactando sus honorarios en función del tiempo que lograra demorar el desalojo, haciendo uso de las maniobras procesales que hábilmente conoce.

En materia laboral, la industria del despido y las enfermedades profesionales hicieron nacer prósperos despachos de abogados que realizan cuantiosos negocios del pleito, pactando porcentajes elevados por concepto de honorarios sobre la indemnización de sus clientes.

La verdadera tierra prometida del abogado ambicioso y proclive a la avaricia la constituye la materia fiscal, allí es donde el ansia de tener explaya sus horizontes de posesión, y donde el cliente cubre gustoso

²² “Pues hay que abarcar un saber en muchísimos ámbitos, sin el cual las fintas verbales resultan huera y ridículas. Por otra parte, el discurso ha de conformarse no sólo mediante las palabras adecuadas sino también con su ordenación pertinente, y hay que conocer a fondo todas las pasiones con que la Naturaleza dotó al género humano, ya que toda la fuerza y esencia de la oratoria ha de manifestarse en calmar o excitar el ánimo de los oyentes; conviene añadir aquí un cierto donaire y sentido del humor y una cultura digna de un hombre libre, así como rapidez y agudeza tanto al responder como al atacar, todo ello unido a un sutil encanto y desenvoltura. Hay que dominar, además, todo el pasado y el arsenal de sus ejemplos y no descuidar el conocimiento de las leyes y del derecho”. Cicerón, Marco Tulio, *Sobre el orador*, I, 4, 17-18, intr., trad. y notas de José Javier Iso, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 2002.

altísimos honorarios profesionales con tal de obtener un fallo que le libere o postergue su obligación con la Hacienda Pública.

En algunos casos estos abusos rebasan a los juzgadores, quienes abrumados de trabajo no advierten o por ley están impedidos para evitar que el procedimiento sea utilizado por hábiles abogados —léase astutos— para retardar las resoluciones que son adversas al interés de sus clientes.

En otras ocasiones, las múltiples interpretaciones que sobre las jurisprudencias se pueden hacer han fomentado la argumentación falaz o retórica, haciendo del pleito un modo de vida para los abogados, quienes en sus argumentaciones frecuentemente rozan los límites que separan lo debido de lo indebido, lo justo de lo legal.

Mas al presente todos los días nos ponemos a tratar de aquellas materias que son peculiares de la filosofía. Porque ¿quién, por malo que sea, no habla ahora de lo bueno y justo? ¿Quién, aun de los hombres del campo, no disputa sobre las causas naturales? La propiedad y diferencia de los términos debe sin duda ser común a todos los que cuidan el lenguaje; pero el orador las debe saber y hablar con mucha perfección; el cual, si en algún tiempo hubiera sido consumado, nunca se mendigarían de las escuelas de filósofos los preceptos de la virtud. Ahora se hace preciso recurrir alguna vez a aquellos autores que se apropiaron, como llevo dicho, de una parte de la oratoria, y la mejor, que estaba abandonada, y pedirles lo que en cierto modo es nuestro: esto no para valernos de lo que inventaron, sino para hacer ver que se aprovecharon de invenciones ajenas.²³

²³ Quintiliano, Marco Fabio, *op. cit.*, p. 32.

A últimas fechas y a fuerza de no atender el problema, la situación se ha ido complicando y el deterioro del prestigio y credibilidad en los abogados ha llegado a extremos como para producir enfrentamientos entre el gobierno y los propios representantes del pueblo, frecuentemente asesorados por abogados.

Lamentables aquellas escenas donde los legisladores no debaten iniciativas y proyectos de ley que sirvan a la ciudadanía que los sostiene, el tiempo parlamentario cotidianamente se emplea en denostaciones y descalificaciones que impiden el avance jurídico e institucional de este país que les paga excesivamente por un trabajo que no hacen o hacen mal. Los gritos e insultos se hacen cada vez más frecuente en los debates camerales y cuando éstos se agotan el recurso son los escupitajos y los golpes.

Vergonzosamente memorables aquellas escenas donde los legisladores interrumpen hasta el fastidio y se burlan del ciudadano Presidente de la República en el Acto Oficial de rendir su Informe de Gobierno.²⁴ La ciudadanía mira perpleja a través de los medios de comunicación estas conductas y se pregunta ¿dónde está el Estado de Derecho?, ¿dónde el mínimo respeto y cumplimiento de las normas jurídicas que a todos obliga y de manera especial a quienes se desempeñan en una representación social.²⁵

²⁴ Cfr. <http://www.diariomonitor.com.mx/hemeroteca/1125639098/4%20tem%20=02=09=05.pdf>; http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_nota=129049&tabla=nacion, <http://www.jornada.unam.mx/2005/09/02/003n1pol.php>

²⁵ Cfr. Ramón Ayllón, José, *Ética razonada*, Ediciones Palabra, Colección Libros MC, Madrid, 1998, pp. 186-188.

El respeto por las instituciones, por la ley y la justicia, constituyen el bien social que de manera natural debe custodiar todo abogado, no deben sernos indiferentes los abusos y las arbitrariedades, provengan de donde provengan, la profesión que ejercemos compromete nuestra conciencia, no debemos permanecer como espectadores entretenidos contemplando el triste espectáculo en que se ha convertido nuestra vida institucional, pretendidamente cobijados en los argumentos del derecho a la libre expresión.

La ciudadanía se olvida, como también lo olvidamos los abogados, que todo derecho nace y es exigible en la medida en que previamente se ha cumplido con las obligaciones que los inspiran, nadie puede pretender que tiene derechos, cuando no ha iniciado por cumplir con sus obligaciones.

Ante lo abrumador de la cotidiana evidencia de desprestigio a que la abogacía ha llegado, es absurdo refugiarse en la indiferencia, el cinismo o el escapismo y ocuparse de otras áreas de la profesión diferentes al litigio, donde la imagen del abogado se encuentra menos deteriorada, cabe intentar responder a la pregunta que antes formulé para encontrar la manera de superar la desconfianza con que el ciudadano nos mira.

II

El abogado, como el médico, ejerce su actividad en ámbitos que el ciudadano considera importantes para su vida. El médico trabaja intentando restituir o preservar la salud, en consecuencia su actuación se valora con rigor y se juzga con severidad, en el caso del abogado es la

justicia la que está en juego, y quien recurre a sus servicios pretende la solución de sus conflictos jurídicos, a diferencia de la enfermedad que se presenta implícita en la fragilidad de la condición humana, la experiencia de la injusticia y del atropello a los derechos es relacionada con las acciones de otros, esto produce en el afectado pasiones y resentimientos que se extienden incluso al abogado que defiende o sostiene el interés contrario.

La vida buena es una vida ordenada conforme a las exigencias de la razón, y precisamente por eso una vida que debe ser considerada como feliz: no porque una vida así tenga que ser siempre la más exitosa, sino porque pensamos que es una vida lograda.²⁶

La nobleza de la función de abogar supone que ante la experiencia de injusticia, el ciudadano considere ruin y mezquino a aquél que por su profesión está llamado a argumentar para que impere la justicia respetando las leyes y produce el efecto contrario, como es obvio, siempre habrá personas que se sientan perjudicadas por abogados contrarios y que les reprochen incluso a los propios no haber defendido con fuerza aquello que, desde su particular punto de vista, consideran justo.

Lo anterior genera el problema que se planteó arriba: el de la acostumbrada recurrencia al litigio.

Pocos advierten que el verdadero triunfo se obtiene solucionando el conflicto, porque el abogado debe contribuir, con su arte argumentativo, a suavizar y avenir las disputas, de manera que lo relevante de la

²⁶ Rhonheimer, Martin, *op. cit.*, pp. 199-200.

actividad argumentativa es comprender que su función es buscar la solución de los conflictos, a fin de concretar la garantía de defensa y la representación de intereses, en consecuencia, en ninguna otra profesión la exigencia moral incide en forma tan directa en la obra que realiza.²⁷

Por contraste, la enseñanza del derecho está fundamentalmente orientada al litigio, al pleito y ello contribuye a crear, en el estudiante, la convicción de que su vida profesional estará dedicada a tratar con desencuentros y donde el éxito personal se concreta en obtener una sentencia que le dé la razón al cliente, le asista o no.

En consecuencia, la idea que el ciudadano tiene del abogado competente es la de una persona agresiva e incluso violenta, el consejo que se ofrece a quien se encuentra en un conflicto legal es que debe buscar un abogado hábil para el pleito, agresivo y violento. Estas características se advierten como garantía de éxito porque, ante el conflicto, la posición que habitualmente asume el abogado es la de derrotar al adversario e imponer el criterio del cliente, a como de lugar.

Casi nadie considera que lo más importante para la sociedad, y también para las partes, es la solución del conflicto, de manera que en la mayoría de los casos no ocurren triunfos absolutos o derrotas absolutas.

²⁷ El proceso, al lado del cual se daba aún la autodefensa, era común tanto para las cuestiones civiles como para las penales, y su fin era obtener una reparación. Primero se procuraba llegar a un acuerdo entre las partes. Si no se lograba, entonces se imponía coactivamente el pago de una sanción pecuniaria, con objeto de evitar la venganza del lesionado o de su tribu. Gómez Lara, Cipriano y Domínguez Mercado, Margarita, *Teoría general del proceso*, Oxford, México, 2004, p. 18.

Uno de los problemas morales más arduos que se presentan en el ejercicio profesional, es la valoración del asunto desde el punto de vista ético. Muchos opinan que el abogado debe rechazar las causas que a su juicio considera injustas o contrarias a las leyes, esta posición, que es fácil de sostener en forma teórica, en la práctica supone grandes dificultades, frecuentemente la justicia de una causa no se vislumbra de manera transparente y en la mayoría de los casos no asiste toda la razón a una de las partes.

Los casos reales ofrecen diversos matices argumentativos y en ocasiones existen motivos moralmente atendibles por los que las personas se apartan de sus deberes legales.

El primer juez del conflicto es el abogado; en este aspecto, más que sus conocimientos jurídicos está a prueba su sentido ético argumentativo de justicia. En el sistema judicial contradictorio en que vivimos, la defensa eficiente de los intereses particulares de las partes permite al juez confrontar los argumentos, pruebas y alegatos y sacar su propia conclusión, de manera que abogado y juez son dos caras de una misma moneda, dos realidades que se complementan en la ardua labor de desenmarañar, en el caso concreto, qué es lo debido de cada quien.

Los defectos de los abogados repercuten sobre los jueces, y viceversa. El abogado oscuro, prolijo, caviloso, induce al juez a la desatención y aislamiento mental; insensiblemente el juez, extendiendo a todos los abogados la desconfianza originada por los defectos de uno de ellos, se habitúa a desdeñar, ya que no a despreciar completamente, a los defensores y a considerarlos como males necesarios del proceso, que es preciso tolerar con pasiva

resignación, llevada hasta el sopor. Así el juez, por culpa de un mal abogado, renuncia a valerse del preciso auxilio que diez buenos abogados serían felices de poder ofrecerle. Pero, a su vez, el juez desatento y desidioso induce al abogado a la superficialidad, y a veces hasta a la corruptela procesal. ¡A cuántas excepciones de incompetencia, a cuántas peticiones de pruebas testificales innecesarias, no estarían dispuestos a renunciar los abogados si la experiencia no les hubiese demostrado que, con tal de no estudiar profundamente el mérito de la causa, ciertos jueces están prontos a acoger a ojos cerrados toda excepción procesal o a poner buena cara al medio instructorio que, para ser admitido, exige solamente la levisima fatiga de una interlocutoria de cuatro renglones! También los jueces, que son hombres, tienden a seguir en su labor la *via minoris resistentiae*; y el abogado experto, para cultivar esa aletargadora tendencia a la inercia, acostumbra sembrar sus defensas de atajos laterales que induzcan al juez a no seguir el camino real. Las “excepciones procesales”, en vez de un maligno evento de los abogados para hacer más ardua y fatigosa la tarea del juez, son muy a menudo un respetuoso homenaje que ellos dedican a la salud del juez, ayudándole a no fatigarse tanto.²⁸

Los límites del secreto profesional se fundamentan en el derecho de defensa del justiciable, de manera que la confidencialidad es esencial, pero ésta no debe confundirse con la complicidad o el encubrimiento.

Un problema clásico de conciencia se le presenta al abogado ante la necesidad de valorar los medios y las tácticas procesales que la

²⁸ Calamandrei, Piero, *op. cit.*, pp. 25-26.

naturaleza del caso exige; con frecuencia la utilización de recursos ilícitos se plantea como estrategia para obtener, por la vía rápida pero equivocada, el resultado deseado. Pensar que *el fin justifica los medios*²⁹ es caer en un doble discurso que ha vuelto insegura e inhumana nuestra vida diaria, en consecuencia, la violencia y la ilegalidad le ganan terreno a la justicia y al derecho.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, prudencia y audacia no son virtudes que se contrapongan, en ocasiones el abogado debe ser audaz y tomar decisiones riesgosas porque los intereses del cliente así lo exigen; por ejemplo, ante el problema de la verdad, precisamente porque el abogado decide defender intereses particulares, con frecuencia se encuentra ante la disyuntiva de ocultar la verdad o perjudicar a su cliente, en esos casos la prudencia aconseja tener en cuenta los límites de la discreción.³⁰

La gran diferencia entre la prudencia y la astucia consiste en que la primera ordena los actos del abogado a la consecución del bien en que la justicia se concreta, mientras que la astucia se propone conseguir el provecho personal a costa de lo que sea.³¹

La virtud de la lealtad constituye un imperativo más para el abogado litigante, de manera que por lealtad éste nunca debe hacer perder a su

²⁹ Nos referimos a la conocida doctrina de Maquiavelo. Cfr. Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*, Sopena Argentina, Buenos Aires, 1955, pp. 76 y ss.

³⁰ Desarrollamos el tema de la prudencia judicial en una participación en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho “Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados”, en *La ética judicial supone prudencia y no astucia*, UNAM, 2006.

³¹ Cfr. *Diccionario de la lengua... op. cit.*, voz: “Astucia”, p. 217 y “Ardid”, p. 184. Cfr. Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, 7a. ed., RIALP, Madrid, 2000, pp. 54-56. Es estas páginas Pieper no sólo estudia el sentido de la palabra astucia como contrapuesta a la prudencia, además hace una observación desde el sentido de la palabra astucia en el idioma alemán, en el que se entiende como sinónimo de avaricia.

cliente una oportunidad procesal en beneficio del abogado contrario, porque la primera lealtad, el abogado se la debe al cliente que depositó en él su confianza.

En nuestras escuelas de derecho se privilegia la idea del abogado litigante, pero en este esfuerzo se omite de la currícula la lógica, la argumentación y frecuentemente la ética. Cuando se analizan los planes de estudio, se descubren con facilidad estas carencias, en realidad los abogados que nuestro país necesita, más que expertos en pleitos deberían capacitarse como solucionadores de conflictos, es decir, expertos en argumentación.

El viento fuerte y demoleedor puede ser eliminado, o al menos muy atenuado, si se tiene el sentido común de ojear más allá del derecho formal, de no contentarse con su manifestación en formas y normas, y de buscar aquellas raíces que siempre, aun se quiera o no, sacan el estrato escondido de los valores.³²

En el contexto de los cambios que experimenta nuestro país, es indispensable la consideración de otras alternativas como la mediación, la conciliación y el arbitraje, a fin de abatir la saturación y el rezago de los tribunales. La judicialización de casi cualquier conflicto societario pone de manifiesto la necesidad de privilegiar los acuerdos, por sobre los pleitos, en el hacer del abogado; sin embargo hoy se advierte un especial interés nacional en la mediación, ya que su verdadera aplicación sólo será posible si son los abogados litigantes quienes valoran esta posibilidad como un deber profesional.³³

³² Grossi, Paolo, *op. cit.*, p. 219.

³³ *Enciclopedia jurídica Omeba*, voz: en CD-Rom, "Conciliación y arbitraje", Bibliográfica Omeba, México, 2005, p. 92.

El espíritu de lucha característico del abogado debe manifestarse en aquellos casos donde compromete sus esfuerzos argumentativos para obtener la conciliación y avenencia de las partes.

En nuestros días poco se dice de la obligación que tiene el abogado de buscar el acuerdo y la conciliación, es fundamental hacer realidad el deber de lealtad entre colegas a fin de ofrecer los medios para que entre ambos objetiven la situación, eliminando los factores de violencia que mantienen en tensión a las partes, a fin de encontrar bases de acuerdos; en este orden de ideas, es fundamental que el abogado se convenza de que la vía judicial no necesariamente es la única alternativa para resolver el conflicto.

La obra más valiosa de los abogados civilistas es la que cumplen antes del proceso, truncando con sabios consejos de transacción los litigios en su comienzo, y haciendo todo lo posible porque no alcancen ese morbo paroxístico que torna indispensable la internación en la clínica judicial. También cuando se trata de los abogados ocurre lo que con los médicos; respecto de los cuales, si hay quien duda de que su obra logre hacer variar realmente el curso de la enfermedad ya declarada, nadie se atreve a negar la gran utilidad social de la labor profiláctica que realizan. El abogado probo deber ser, más que el clínico, el higienista de la vida judicial; y precisamente por este diario trabajo de desinfección de la litigiosidad, que no llega a la publicidad de Salas, deberían los jueces considerar a los abogados como a sus colaboradores más fieles.³⁴

³⁴ Calamandrei, Piero, *op. cit.*, pp. 63-64.

En la labor intelectual y de estudio que realiza el abogado, es tanto o más importante aplicar la imaginación en la búsqueda de soluciones creativas que el análisis jurídico del caso, es defecto común la tendencia a razonar basados en la teoría. Al tratar el caso, teniendo en cuenta sólo las consecuencias de esas construcciones teóricas ideales, a menudo se dificulta la posibilidad de conseguir una pronta solución al conflicto por la vía de la avenencia.

Frecuentes son las reflexiones que nos advierten sobre la insuficiencia del estado subjetivo de la conciencia personal, donde se sabe que se tiene el derecho, pero esta certeza de poco sirve si conjuntamente no se posee, como condiciones, la capacidad argumentativa de demostrar y pedir para que efectivamente la autoridad lo conceda. En este orden de ideas, otro tanto de esta responsabilidad corre por cuenta del juzgador, quien tiene la delicada tarea de contribuir con cada resolución que dicta a la solución de los conflictos que se le plantean, él también debe argumentar para hacer asequibles al justiciable las razones por las que concede o niega el derecho, haciendo realidad aquella reflexión forjada en la experiencia del foro romano: “el que convence, vence dos veces”.³⁵

En materia de administración e impartición de justicia, existe hoy una grave insatisfacción social debido a los altos niveles de rezago acumulado y por la desconfianza del justiciable frente a la delicada prestación de este servicio público en donde el Estado pone a prueba su poder pacificador y ordenador de la vida societaria. Desde diversos espacios

³⁵ Acerca del tema de la argumentación, estamos trabajando en un material que continúa la línea de investigación de Filosofía del Derecho, enfocado ahora en la argumentación jurisdiccional.

de la vida nacional, surgen voces y propuestas que se pronuncian en el sentido de migrar hacia la oralidad de los juicios para hacerlos ágiles y transparentes, pretendiendo abatir de este modo las deficiencias más significativas.³⁶

Alternativas de esa naturaleza hacen aún más oportuna la reflexión sobre la necesidad de todo jurista, pero especialmente de quienes se desempeñan en la judicatura y en el foro, de saber argumentar con la coherencia y la consistencia que exige concretar la justicia en cada caso. En esencia estamos ante un problema de falta de capacitación y no de modalidad para ejercer las funciones judiciales y forales que son eminentemente argumentativas.

Si se pretende acometer con seriedad el reto de mejorar la calidad de la impartición de justicia en nuestro país, es indispensable formar y capacitar a los abogados en las exigencias de la argumentación judicial, con la intención de contribuir a aportar soluciones ante este trascendente reto nacional para la conservación del Estado de Derecho.

En los despachos, a los abogados se les enseña a trabajar teniendo como expectativa de éxito la espectacularidad de la sentencia, el triunfo resonante del pleito ganado a como de lugar, estos logros contribuyen a acrecentar la soberbia personal y profesional, más que la eficacia de la justicia y del respeto por el Estado de Derecho.

La enseñanza de la argumentación ética en la formación del abogado que aquí he propuesto como antídoto al ejercicio corrupto de

³⁶ Cfr. <http://www.scjn.gob.mx/Reforma/Foro/archivos/4109.pdf>

la profesión, puede resumirse en la necesidad de cultivar la virtud de la humildad, virtud esencial que llena de sentido el ejercicio profesional del abogado cuando ésta se entiende como oportunidad de servir.

La milenaria y rica tradición romana que nutre nuestra cultura jurídica mexicana, debe ser fuente de inspiración y de reflexión para explorar caminos de diálogo y convergencia que superen la frialdad de la mera legalidad, frecuentemente incomprensible para el justiciable, de manera que la vivencia de lo justo honre las enseñanzas de nuestros antepasados y abra caminos amplios, transitables que permitan el desarrollo social en un marco de orden y respeto

III

Señoras y señores abogados:

Al tener el honor de dirigirme a ustedes para compartir estas reflexiones sobre la urgente necesidad de impregnar de ética la argumentación jurídica, debo formular una reflexión final.

La calidad de nuestra sociedad y de la vida de todos los mexicanos, es directamente proporcional al compromiso ético existencialmente asumido por los abogados.

Hemos de mirar el horizonte de nuestro futuro nacional y profesional, como la oportunidad de contribuir con el hacer de nuestra ciencia a que en cada caso concreto la justicia, como expresión del derecho, se imponga, dando a cada quien lo suyo según su mérito o demérito.

Ésta es la mejor forma de restablecer el Estado de Derecho y de construir para nosotros y nuestros hijos una patria donde el respeto y el reconocimiento de la dignidad humana de cada mexicano sea el motivo y el fin de nuestras acciones argumentativas de abogar.

Muchas gracias

TERCER SEMINARIO
AGOSTO 2007

EL PROBLEMA JURÍDICO
EN EL CONTEXTO
DE LA ARGUMENTACIÓN*
*Dr. Bertín Vázquez González***

* Ponencia presentada el día 16 de agosto de 2007, en el Auditorio “José María Iglesias” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo del Tercer Seminario de Argumentación Jurídica.

** Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscrito a la ponencia del señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel. E-mail: bertin.vg@gmail.com.

*D*urante estos últimos siete años he tenido la oportunidad de estudiar y reflexionar, entre otros, el tema de la Argumentación Jurídica. Esto me ha permitido participar desde el Primer Seminario de Argumentación Jurídica que, en forma ininterrumpida, ha venido organizando la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el año de dos mil cinco, así como en diversos congresos y seminarios organizados por algunas Universidades del país y Casas de la Cultura Jurídica del Máximo Tribunal.

Esta experiencia me ha acercado a las teorías de la argumentación hasta ahora difundidas, las cuales se han ocupado de proponer algunos modelos o paradigmas sobre el razonamiento de los operadores jurídicos, a fin de respaldar o justificar las pretensiones o decisiones, a partir de criterios de razonabilidad.

Empero, estas teorías, si bien es cierto han aportado elementos de gran valor para la argumentación, también lo es que han prestado escasa atención a uno de los elementos esenciales de la metodología: el *problema jurídico*.

Es posible que quienes se han dedicado a este esfuerzo, de por sí valioso, han preferido poner todo su empeño en la eficacia de la respuesta correcta, pero al parecer, este enfoque metodológico, sin considerar el tema que nos ocupa, ha sido poco eficiente.

En el Derecho, a semejanza de lo que acontece en otras disciplinas, no hay respuestas sin preguntas, aunque pueden existir preguntas que aún no tengan respuesta.

Por tanto, si la preocupación de las teorías de la argumentación jurídica es estudiar cómo responder adecuadamente, deben también ocuparse en el qué y el cómo preguntar correctamente.

Preguntar correctamente supone un conocimiento adecuado del problema jurídico a resolver, pues como advirtiera Einstein, una buena pregunta lleva un ochenta por ciento de la respuesta.

El objetivo de este ensayo es ofrecer un primer acercamiento teórico del problema jurídico, así como una propuesta metodológica que permita plantear correctamente el problema que nos proponemos resolver.

Ronald Dworkin expresa que el operador jurídico actúa como un verdadero investigador, ya que primero recoge los datos y luego los interpreta. Cierra esta idea K. Popper, al señalar que una vez realizadas las operaciones planteadas y recabados los datos, deben someterse a una severa crítica.

Por todo ello, este ensayo se circunscribe en estudiar el *problema jurídico* en el contexto de la argumentación del caso judicial.

I. EL DERECHO

Todas las ciencias se clasifican según su objeto de estudio. Por su naturaleza, la ciencia puede ser teórica o práctica. El derecho es una ciencia práctica y prudencial, en virtud de que tiene por objeto averiguar *qué es lo debido a cada quien*.

Si el fin del derecho es la justicia y la justicia es *dar a cada uno lo suyo*; la operación jurídica práctica necesariamente tiene que averiguar qué es lo debido, esto es, la relación de deuda que se genera entre los sujetos jurídicos.

La jurisprudencia romana concibió al Derecho como lo justo (*ius*). El Derecho para esta tradición es la cosa, pero no la cosa como precisa Javier Saldaña, considerada en sí misma y sin ninguna referencia al sujeto, sino la cosa que le está atribuida a alguien por algún título y, por tanto, le es debida.

Lo debido como presupuesto de la justicia, enseña María del Carmen Platas Pacheco, es la correcta atribución del principio de debitud según la proporción existente entre éste y las demás cosas debidas a alguien según su mérito.

El principio de debitud, dice Javier Hervada, parte de la idea de que las cosas están previamente repartidas, ya que todo hombre debe poseer en su justa medida (*proporcional*) cuanto hay en la naturaleza, esto es, a cada quien según su mérito o demérito. Esta idea tiene su origen en Aristóteles, quien en la *Política*, enseña:

Las plantas (vida vegetativa), existen para los animales (vida sensitiva), y los animales para el hombre (vida intelectual); los domésticos para su servicio y alimentación; los salvajes, si no todos, al menos la mayor parte, con vistas al alimento y otras ayudas, para proporcionar vestido y diversos instrumentos. Por consiguiente si la naturaleza no hace nada imperfecto ni en vano, necesariamente ha producido todos esos seres a causa del hombre.

Lo anterior supone que el arte del reparto justo de las cosas, consiste en averiguar en cada caso concreto qué es lo justo. Esto es, determinar en cada caso qué cosa o cosas le son debidas a alguien.

Aclarando que es la cosa debida y no la facultad de exigir, ni lo que la ley es, lo que constituye el derecho (*ius*) de cada cual. El derecho, tal como lo entendieron los romanos, es la ciencia de lo justo. Esto significa que la función del operador jurídico por naturaleza es crítica; aspecto que algunas concepciones iusfilosóficas del derecho, como el positivismo, tratan de negar.

No se trata de que el jurista dé soluciones por darlas, sino de que su interpretación y construcción incluya una dimensión crítica, que viene determinada por el núcleo central del Derecho.

El Derecho por naturaleza tiene una dimensión crítica, porque el operador jurídico debe saber determinar lo justo. También a esta disciplina se le denomina *ciencia prudencial práctica*, dado que para cumplir con su función se requiere, por parte del operador jurídico, un razonamiento que resuelva los problemas que producen las relaciones jurídicas entre las personas humanas.

Esto ha motivado a algunos autores como Agustín Gordillo y Viehweg, entre otros, a considerar al Derecho como la *ciencia de problemas*, esto es, una dimensión tópica.

II. EL CASO JUDICIAL

Un Estado que se rige por el Derecho y opta por resolver los problemas jurídicos a través de los tribunales (*públicos o privados*), requiere del impulso de un caso concreto o *caso judicial*.

Se entiende al *caso judicial* como el planteamiento que las partes hacen al órgano jurisdiccional competente, respecto de una cuestión que requiere ser decidida por éste. El proceso se inicia con la admisión de la demanda; corriéndose traslado a la contraparte para el efecto de que dé contestación, pudiendo ésta reconvenirla; lo que hará que la actora se convierta en demandada y, a su vez, podrá dar contestación.

Concluida la etapa de demanda y contestación, se abre el periodo probatorio, en el que las partes tienen oportunidad de aportar las pruebas pertinentes para su desahogo y conocimiento de la verdad.

Finalmente, el proceso concluye con el cierre de instrucción, el cual acontece en la fecha señalada por la ley para exhibir alegatos; aclarando que el proceso quedará cerrado con o sin aquéllos.

Es importante precisar que dentro del proceso llegan a dictarse acuerdos, autos o resoluciones interlocutorias que eventualmente afectan a las partes o a alguna de ellas, quienes podrán impugnarlas dentro de los plazos previstos en la norma que rija el procedimiento.

Al concluir el proceso, el expediente judicial pasa al juzgador para el dictado de la resolución correspondiente, la cual debe guardar coherencia con los hechos, las pruebas, los argumentos y el problema jurídico planteado.

La actividad de juzgar los actos humanos con el fin de hacer justicia, se sirve de instrumentos como la lógica jurídica, que permite ordenar el razonamiento, la argumentación para respaldar con razones las premisas o la conclusión y del lenguaje para comunicar el derecho (*ius*).

Juzgar supone un saber jurídico que se concreta en averiguar qué es lo debido a cada uno, a quién es debido algo, quién es deudor, en qué medida, y por qué. Esta idea la encontramos en Michel Villey, quien dice:

Los que tienen a su cargo dirimir y dar solución a los conflictos que la dinámica de lo social supone, requieren para ello de un saber jurídico a la luz de los cuales valorar las conductas jurídicas normativas acerca de cuál es la conducta jurídicamente debida en un cierto tipo de situaciones; en otras palabras, lo que los juristas realizan en la práctica tanto los jueces como los abogados, o legisladores es un estudio práctico, intrínsecamente ordenado a la dirección del obrar humano jurídico.

De ahí que el operador jurídico, para averiguar lo que es debido, debe tomar en cuenta la proporción existente entre las cosas que se dicen debidas y su relación con la persona a la que le es debido algo.

Por ello, la función del jurista será deliberar en torno a la pertinencia de los medios y los fines implícitos en los actos para decidir con prudencia el caso concreto sometido a su potestad.

La idea de que los jueces ya no son meros aplicadores de la ley, según Montesquieu, sino que también crean derecho (*Holmes*), parte del presupuesto de que el derecho es una ciencia práctica discursiva que se apoya en diversos instrumentos como la lógica jurídica, la argumentación y el lenguaje, entre otros; así como en el principio de debitud que está en función del sujeto y de las circunstancias de la realidad social. En relación a la función del Juez, Marco Tulio Cicerón, señala:

En las causas legales, el juez debe luchar por descubrir la verdad, pero el abogado puede a veces defender lo que parece una verdad, aunque sea menos verdadero.

Además, la aporía fundamental a la que se enfrenta toda resolución o sentencia radica en esclarecer, a la luz de unos argumentos, qué es lo debido en un caso concreto.

La decisión judicial es crucial para la correcta interpretación de lo debido en cada caso. Decidir implica la posibilidad de optar por una entre diferentes alternativas y elegir o preferir una solución frente a las otras que también aparecieron como posibles. Además, la decisión judicial se concreta en la sentencia, ya que es el instrumento por el que se realiza la justicia como fin del derecho.

La sentencia tiene la siguiente estructura:

- Preámbulo
- Resultandos
- Consideraciones, y
- Resolutivos

III. TEORÍA DEL PROBLEMA

1. *Concepto*

De acuerdo con Karl Popper, la ciencia no empieza con observaciones, sino con problemas. El hombre de ciencia se asoma a la naturaleza bien provisto de ideas acerca de lo que espera encontrar, portando un esquema preliminar de la realidad. El problema surge cuando se registran discrepancias entre las expectativas del científico y lo que encuentra en la realidad. La ciencia empieza en el momento en que la estructura hipotéticamente anticipada de un segmento de la naturaleza no corresponde a ella.

El esquema inicial de la realidad del investigador es una hipótesis derivada de todo lo que aprendió al respecto de sus antecesores, todo lo aportado por su experiencia personal en ese campo y toda su imaginación.

La ciencia simplemente es un asunto de tener ideas y ponerlas a prueba, una y otra vez, intentando siempre demostrar que las ideas están equivocadas, para así aprender de nuestros errores.

La etimología de la palabra “problema” proviene del griego (πρόβλημα) *proballein* que quiere decir “proyección, algo lanzado hacia delante”, “cuestión científica que debe resolverse o cuestión difícil de solucionar”. Gramaticalmente, problema significa “lo presentado” o lo “planteado”.

Según el *Webster’s New Encyclopedic Dictionary*, el problema es una cuestión planteada a partir de una pregunta, consideración o

solución, es también una situación considerada como difícil de resolver. La *Enciclopedia multimedia Salvat*, define al “*problema*” como la proposición dirigida a averiguar de manera científica un resultado por el conocimiento de ciertos datos.

Aristóteles, según enseña en la *Tópica*, considera que el problema es:

[...] una pregunta hecha para su análisis, la cual se refiere a hacer u omitir, o también sólo al conocimiento general y el conocimiento de la verdad, sea para sí misma, o como apoyo para otra frase de este tipo, sobre lo cual, o no existe ninguna opinión determinada, u opiniones opuestas entre el pueblo y el sabio, o también en cada una de estas dos parte en sí.

En el proceso judicial, el problema es el punto de partida que surge cuando el operador jurídico encuentra un conflicto a definir dentro de un conjunto de datos conocidos o hechos desconocidos.

La razón significada de debitud es el punto de partida para definir el problema jurídico, el cual será el hilo conductor de la argumentación jurídica, ya que la solución de los conflictos humanos no puede elegirse desde una perspectiva unidimensional, sino multidimensional, en tanto el derecho no tiene un sentido unitario sino unitivo, pues la realidad social está en función de las circunstancias concretas, de ahí que, como señala Mauricio Beuchot, la necesidad engendra derecho y correlativamente origina un derecho que tiene que satisfacerse.

El paradigma jurídico propuesto se desarrolla en las siguientes fases:

Primera: el legislador establece de modo general el tipo de conducta que se debe obrar en aras del bien común, mediante el conocimiento de las cosas que se dicen debidas, que guardan una relación proporcional con una misma razón significada que es el principio de debitud.

Segunda: los sujetos se autodeterminan al cumplimiento de esos preceptos según las circunstancias y lo que es debido.

Tercera: corresponde a los juristas aconsejar qué es lo que procede según el caso concreto, esto es, determinar lo debido, lo justo.

2. Naturaleza

El problema jurídico, por su naturaleza, se concreta en una cuestión de reparto, esto es, a quien corresponde la cosa, pues sin esta demarcación no sería posible saber *qué es lo suyo de cada quien*.

De ahí que si la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo; no será posible realizar esta virtud en donde no haya cosas previamente repartidas; o habiéndolas, nunca estén bajo el poder de otro.

Javier Hervada dice que dos son los supuestos de la justicia y el derecho. En primer lugar, el reparto de las cosas, *las cosas están previamente repartidas*; en segundo lugar, las cosas están o pueden estar bajo el poder de otro.

Por tanto, los problemas que al operador jurídico le preocupan en todo caso judicial son de distribución o reparto.

El problema por su naturaleza es:

- Resoluble: permite llegar a una solución.
- Delimitado: para poder llevar a cabo un estudio de justicia, hay que saber con precisión hasta donde se extenderán sus conclusiones.
- Relevante: el problema debe poseer un valor significativo:
 - a) científico: aporte de nuevos conocimientos.
 - b) humano: mejoramiento de la vida social.
 - c) contemporáneo: solución de problemas actuales.

3. Origen

El problema brota de una situación en la que se reconoce que algo ocurre o que existen dificultades por resolver. El problema se origina a partir de una situación de necesidad en la que aparecen dificultades sin resolver.

Irving M. Copi y Carl Cohen, *dicen* que todo problema surge de algún tipo de conflicto entre una creencia y una situación respecto a la cual la creencia parece inadecuada. De esta colisión entre situaciones y creencias que no encajan es de donde surge la incomodidad de la duda. Y la duda estimula la indagación.

Los problemas de la vida humana tienen que ver con cómo evitar el sufrimiento y lograr la felicidad. Para ello, tratamos de aprender a

partir de las causas y los efectos. Los investigadores médicos tradicionales tratan de descubrir las causas de enfermedades específicas para que los pacientes puedan ser curados y para erradicar las enfermedades eliminando las causas.

En cambio, los investigadores que parten de un punto de vista más moderno que enfatiza el bienestar (mantenimiento y mejoramiento de la salud), tratan de identificar aquellos aspectos de la alimentación, la higiene y el ejercicio que producen una mayor fuerza física y mental.

En la práctica jurídica observamos que muchos problemas no están adecuadamente descritos y su inadecuada descripción o planteamiento dificulta seriamente su solución correcta.

Para resolver problemas jurídicos es necesario el uso de teorías, instrumentos y técnicas. Probar que una respuesta es correcta se requiere un argumento cuyas premisas estén contenidas en el enunciado del problema, cuya conclusión sea la respuesta al mismo.

Los problemas se originan en las siguientes fuentes:

- Una interrogante o vacío en el conocimiento de algún aspecto de la realidad y respecto del cual no se tiene una respuesta.
- Discrepancias acerca de varias investigaciones sobre una misma cuestión en estudio.
- Debate o polémica sobre un asunto de interés público.
- Determinados hechos, para los cuales no se cuenta con la explicación que dé razón de su ocurrencia.

El problema puede manifestarse en el problema mismo, como objeto conceptual o creación del intelecto, diferente de un enunciado, en el acto de preguntar, antecedido por el acto de pensar, así como en la expresión del problema mediante un conjunto de sentencias interrogativas (aspecto lingüístico).

4. *Identificación*

Planteada la existencia de esta necesidad, el proceso reflexivo empieza con la identificación de un problema concreto.

5. *Planteamiento*

Después de considerar que algo es un problema, es importante pasar a su planteamiento o definición.

Definir (del latín *finis*, límites) un problema significa edificar una valla a su alrededor, esto es, individualizarlo por medio de meticolosas distinciones de cuestiones análogas halladas en conexión con el mismo. Así, definir un problema es especificarlo en detalle y con precisión. Cada cuestión y aspecto subordinado que deban responderse han de ser delimitados. Deben determinarse los límites de la investigación.

6. *Solución*

Al elegir un problema específico para su análisis hay que emprender el estudio de todo lo ya conocido, de toda investigación previa, buscar las lagunas de las explicaciones, descubrir conclusiones sin demostrar, seguir indicios, identificar contradicciones con la experiencia, inspeccionar

sugerencias concretas acerca de investigaciones necesarias. La solución de un problema es un proceso continuo de pensar reflexivo. La valoración del problema ha de seguir a su definición.

En conclusión, tanto los operadores jurídicos como los argumentadores, no podemos estar al margen de una metodología que permita descubrir y delimitar el problema jurídico en cada caso concreto, pues éste es y será en toda la actividad que el Derecho supone, el hilo conductor que permita llegar a la única respuesta correcta.

LA ARGUMENTACIÓN PRUDENTE

*Dra. María del Carmen Platas Pacheco**

* Doctora en Derecho; Profesora investigadora de la Universidad Panamericana; miembro del Sistema Nacional de Investigadores; autora de diversas obras de Filosofía del Derecho, editadas por Porrúa; miembro de Número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, y Profesora del Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación.

 agradezco a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en especial a su presidente, el señor Ministro Guillermo I Ortiz Mayagoitia, al Dr. Bertín Vázquez González y al Lic. Óscar Rodríguez por su gentil invitación para participar en este *Tercer Seminario de Argumentación Jurídica*, y compartir con ustedes un conjunto de reflexiones en torno a la argumentación prudente.

Señoras y señores, servidores judiciales:

Esta es una ocasión especial, y lo es porque acuden a la cita servidores judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación unidos por el afán y la ilusión de generar los espacios propios de reflexión que permitan mejorar la calidad de la impartición de justicia. En este encuentro México, sus servidores judiciales e instituciones están impulsando los cambios y diseñando la historia.

Las reflexiones que deseo compartir con ustedes en la generosa hospitalidad de este hermoso y significativo inmueble, sede del Máximo

Tribunal del país, han sido escritas con la intención de esclarecer los límites y alcances de la argumentación prudente en la práctica judicial, que sirva a las mujeres y a los hombres para resolver en justicia las demandas del justiciable.

En primer lugar, la prudencia es una virtud del entendimiento y después de la voluntad, con esta afirmación me propongo, desde el inicio de estas reflexiones, evitar entender a la prudencia como exclusivamente teórica y, en consecuencia, como objeto de estudio de profunda reflexión filosófica que poco o nada tiene que ver con la práctica de la decisión judicial, con frecuencia apremiante precisamente porque está sujeta a las exigencias procesales.

La prudencia es virtud del entendimiento porque los actos del ser humano, en tanto que es racional, están precedidos del conocimiento, es decir, el hombre no es un ser sometido al instinto sin más, como es el caso de los animales, cuando el hombre actúa, lo hace desde cierto conocimiento, a veces deficiente, pero en cualquier caso sus acciones, lo mismo que sus omisiones, le son imputables. Con este primer supuesto ya podemos afirmar que la distancia que separa al acto prudente del imprudente es el conocimiento suficiente.

En un segundo momento, la prudencia es virtud de la voluntad, porque para actuar profesionalmente bien, no basta con poseer el conocimiento suficiente en relación con la naturaleza del acto que se va a realizar, es necesario, además, que éste se oriente a la construcción del bien social, en consecuencia, cada vez que el servidor judicial prudente actúa lo hace conociendo no sólo la ciencia que es aplicable al caso concreto, sino también la trascendencia de la acción que realiza, y como ésta se inscribe o no en la construcción del bien personal y social.

La delicada labor que realizan los servidores judiciales trabajando en los casos concretos controvertidos, exige conocimiento de la ciencia del Derecho para restablecer el orden y actuar en justicia, dando a cada quien lo suyo según su mérito o su demérito, esta función hace necesario cultivar la virtud de la prudencia como condición de la justicia, no basta con capacitarse y estar actualizados en los repertorios legislativos que nos rigen; ese conocimiento técnico es importante, pero lo es más la formación en la virtud de la prudencia para argumentar de manera justa; de poco o nada aprovecha al ciudadano que acude a los tribunales cuando el servidor judicial conoce las normas, pero decide de manera imprudente.

La máxima aspiración del buen servidor judicial es la de ser prudente en sus argumentaciones y no la de ser sabio o experto en el manejo de los códigos y los procedimientos.

La prudencia es virtud de totalidad, porque compromete a la persona precisamente en la integridad de sus actos, tanto los que realiza en el ejercicio de su profesión, como aquellos propios de su vida privada, de esta manera va avanzando o retrocediendo en ella a fuerza de vivir y de adquirir, para bien o para mal, la experiencia de las consecuencias y la trascendencia de sus acciones, nadie nace prudente, es necesario dedicar tiempo para conocerse y profundizar en las motivaciones y afectos para lograr por la vía del estudio y la reflexión serena los cambios personales en los hábitos, en las disposiciones y en las actitudes, para hacer de los servidores judiciales, profesionales competentes en la ciencia del Derecho y prudentes en la toma de decisiones, que por naturaleza impactan significativamente al justiciable y a la sociedad.

La importancia de entender con profundidad estas distinciones es determinante en la vida del juzgador; la prudencia como virtud integral, como expresión de la ética en plenitud, permite comprender la ineludible responsabilidad que cada persona tiene en relación con sus actos.

La prudencia judicial no se reduce simplistamente, como pretenden algunos, a ofrecer e imponer a los servidores judiciales un formulario o catálogo de restricciones y prohibiciones que garanticen la decisión y el comportamiento “ético” de los integrantes del Poder Judicial.

La prudencia jurídica a la que aquí nos estamos refiriendo, se opone a ese sucedáneo diluido, que bien podríamos llamar prudencia *ligh*, cuidadosa de las apariencias y las formas, una especie de prudencia de ficción, ajena al compromiso del ejercicio profesional en plenitud, propio de quien se desempeña como servidor público.

La prudencia jurídica como virtud integral del servidor judicial supone dos aspectos, a saber;

- el conocimiento de la ciencia aplicable al caso concreto, porque sin ciencia no hay conciencia, dirían los clásicos, y
- el orden en los actos de la voluntad para concretar en el caso concreto lo que es debido.

El servidor judicial podrá alcanzar la justicia en las resoluciones que plasma en sus sentencias en la medida en que previamente sea prudente, toda injusticia es una imprudencia en sí misma, un desorden que supone violencia.

Entre los estudiosos clásicos de esta virtud existe unanimidad en considerar que lo propio de la persona prudente es juzgar y argumentar rectamente. Para conseguirlo es necesaria una actitud personal de sinceridad para conocer la verdad y adecuar la conducta a ella.

Con frecuencia, dos riesgos o extremos impiden entender en plenitud la virtud de la prudencia, éstos son:

- el dogmatismo, que consiste en pretender identificar la decisión judicial con unos preceptos rígidos e inflexibles, se trata de un riguroso cumplimiento de normas que vuelve intransigente y rigorista el servicio de impartición de justicia, y
- el oportunismo, éste consiste en pretender que la buena intención y la flexibilidad excesiva supla las carencias o deficiencias en la prestación del servicio de impartición de justicia, de todos es sabido que no basta con buenas intenciones para responder con excelencia al derecho del justiciable.

La virtud de la prudencia en el entendimiento requiere de cinco elementos que el servidor judicial, si se propone ser prudente, debe esforzarse por cultivar, a saber;

- *memoria*, para conservar la experiencia de lo estudiado y aplicado,
- *inteligencia*, para aplicar el Derecho pertinente al caso concreto,

- *docilidad*, para saber escuchar a quien tiene mayor experiencia,
- *sagacidad*, para resolver con oportunidad, en tiempo, y
- *razón*, para argumentar de manera correcta

En la voluntad, la virtud de la prudencia requiere de tres hábitos que es necesario cultivar, a saber;

- *previsión*, para actuar valorando los diferentes escenarios,
- *circunspección*, para considerar adecuadamente las circunstancias que inciden en los actos, y
- *precaución*, para actuar con la consideración y el cuidado que cada caso exige.

La armoniosa conjunción de estos ocho elementos de la prudencia, da como resultado para el servidor judicial, que sea posible encontrar, conocer y elegir la acción que aquí y ahora, en estas circunstancias concretas, constituye el medio adecuado para argumentar en justicia.

Formalmente tres actos pertenecen a la virtud de la prudencia, a saber,

- *deliberación*; el juzgador indaga los medios conducentes al bien que es la justicia del caso concreto,

- *juicio*, el servidor judicial valora y determina cuáles son los medios idóneos para concretar la justicia, y
- *decisión o sentencia*, el servidor judicial da cumplimiento de las acciones ya deliberadas y juzgadas, de manera que pronuncia su sentencia con prudencia.

Es de la experiencia de todo servidor judicial que los obstáculos que se presentan en la actividad jurisdiccional sólo pueden superarse con decisión, porque no se juzga a distancia de una acción pretérita o futura, sino presente, el juez argumenta lo que debe hacerse aquí y ahora y lo expresa imperativamente, como es propio de la sentencia. De esta manera articular prudencia y justicia en el ejercicio de la función jurisdiccional, es el reto de toda argumentación justa.

La acción de argumentar el Derecho que el juez concreta en cada resolución, consiste esencialmente en establecer un orden en los actos que deben llevarse a cabo, mandando lo que corresponde hacer u omitir, ésta es la característica más significativa en la función jurisdiccional.

Conviene recordar, como enseña Justiniano¹ que la palabra ley procede de elección, y que la sentencia que dicta el juez debe ordenarse al cumplimiento prudente de los preceptos legales aplicables al caso.

Donde la función jurisdiccional alcanza su plenitud es en el juez prudente, que ni se excede en la argumentación, ni se queda corto en

¹ *De Legibus*, I, 6.

ella. En cambio, el juez imprudente cae siempre o en un excedente de legalidad o en un déficit de autoridad. Y con exceso o con defecto la existencia humana será siempre irregular y deforme, precisamente porque la frivolidad es carencia de decisión o decisión precipitada, dejándose llevar por preocupaciones diversas que le impiden descubrir soluciones que no pueden encontrarse a fuerza de apresurar o retardar el tiempo.

Para en verdad servir al justiciable, el reto ético que tienen por delante los juzgadores consiste en adquirir la virtud de la prudencia para argumentar con justicia; conviene entonces esclarecer los límites entre la prudencia y la imprudencia.

Ninguno de los actos que constituyen lo que todo el mundo entiende por imprudencia son propios de los funcionarios judiciales, una imprudencia es un acto de precipitación, de desconsideración, de inconsistencia o de negligencia, estas cuatro faltas no pueden atribuirse a la persona que con dignidad y jerarquía llamamos juzgador.

El servidor judicial prudente puede perder su virtud y seguir beneficiándose de su nombre, puede no haber sido prudente en su vida y pasar como tal ante sus semejantes, y no por mera equivocación de quienes le conocen, sino por algo efectivo en su conducta y que en las apariencias le hermana con el legítimo prudente. Es la falsa prudencia: la astucia, la actitud frívola y engañosa.

Entre la astucia y la prudencia existe una similitud muy estrecha, que permite poner a ésta el mismo nombre de aquélla y llamar prudente al que sólo es astuto. Esta semejanza consiste en la habilidad para

prevenir los acontecimientos y preparar los medios, disponiendo hábilmente las acciones para la obtención de un fin, es el culto a las apariencias que todo y a todos confunde, de esta manera el astuto es a su habilidad para obtener ventajas, lo que el prudente para realizar el bien en que la justicia se concreta.

El poder de los conceptos sobre la mente humana es prodigioso, las metáforas juegan un papel significativo en la vida del hombre; lo dramático del caso es que no siempre se distingue lo que se argumenta en sentido propio, de lo que se argumenta en sentido metafórico. Y entonces el hombre se hace víctima de sus propias metáforas y acaba por vivir entre sombras, por ello nos advertía el clásico Lope de Vega: los vicios ponen a los ojos vendas y a las manos riendas.

Esto significa que el vicio de la astucia hace de la simulación la venda que impide ver las obras deshonestas de las manos hábiles para la simulación.

Es triste para la cultura jurídica actual estar ajena al estudio y reflexión sobre la necesidad de la argumentación prudente, hoy el concepto de prudencia es tan desconocido que se identifica preferentemente con la noción de falsa prudencia, que es la astucia.

El falseamiento de la argumentación prudente abre espacios de acción a la argumentación del astuto. El astuto o falso prudente encamina sus acciones a la apariencia de una ficción de justicia, en el fondo ésta consiste en la obtención de ventajas que lesionan el orden social y generan ocasiones de corrupción.

Lo que se dice metafóricamente y con sentido traslaticio no se puede entender sin conocer previamente lo que se expresa con sentido propio. El símil sólo se descubre viendo el modelo; la sombra, percibiendo el cuerpo; la virtud fingida, conociendo la virtud real; la argumentación prudente que ilumina al servidor judicial virtuoso y la astucia que medra en la oscuridad de las argumentaciones astutas.

El máximo exponente de la astucia como sucedáneo de la prudencia es Maquiavelo, él recomienda a los servidores públicos “aprender a saber no ser buenos”, sin embargo, se confunde porque:

Una cosa es que todo funcionario público, en este caso todo servidor judicial, deba ser cauteloso y conocer las argucias de los abogados litigantes y de los justiciables para prevenir sus emboscadas y no dejarse sorprender, y otra que él mismo deba adquirir los defectos argumentativos aprendiendo a saber no ser bueno.

Lo primero es muy necesario al servidor judicial, pero lo segundo es tan nocivo que resulta absurdo hasta pensarlo. ¿Cómo proponer como norma de vida a los funcionarios públicos adquirir los vicios que deben evitar?, por esta vía fácilmente se descubre que la prudencia fingida, es redoblada malicia.

Para el ejercicio de la argumentación prudente es necesario desarrollar en la persona del juzgador un hábito o tendencia en contra de lo injusto, de manera que en todos sus actos ha de quedar plasmado este objetivo, especialmente en la reflexión pausada y serena de sus resoluciones, que siempre son trascendentes, no sólo por el impacto en la vida de personas concretas, sino porque en ocasiones inciden en el rumbo del país.

El servidor judicial y el justiciable provienen de una sociedad que vive momentos difíciles en todos los aspectos de la vida nacional, con frecuencia el orden y respeto a las instituciones se ve amenazado porque la injusticia se hace presente como un monstruo de mil formas que todo lo hiere y descompone. Ante este estado de cosas, el servidor judicial prudente posee el hábito y la oportunidad de erradicar con sus argumentaciones la injusticia en los asuntos que sean de su competencia.

Judicialmente hablando, argumentar equivale a ejercer en plenitud la libertad de juzgar conforme a Derecho, y esta acción supone siempre un compromiso y una responsabilidad personal y social, de manera tal que con propiedad podemos afirmar que el servidor judicial se va haciendo a sí mismo, va configurándose en cada sentencia que dicta.

Toda decisión jurisdiccional implica un compromiso cuya trascendencia rebasa con mucho los límites de la mera legalidad, precisamente porque posee una obligatoriedad que incide en el rumbo de la sociedad, sobran ejemplos en la historia mundial y nacional donde se puede advertir el impacto estabilizador o disruptor del orden social que alcanzan las argumentaciones judiciales.

Desde una perspectiva filosófico-jurídica, la decisión supone cuatro elementos, a saber:

- Un sujeto que posee el encargo de argumentar con prudencia, precisamente porque está investido de autoridad para que por medio del imperio de la ley que él prescribe, se restablezca el orden social que todo conflicto rompe.

- Una cuestión controvertida o litigiosa que es de su competencia atender para resolver.
- La realización de una serie de tareas en orden a esclarecer la cuestión planteada en el marco del Derecho que es aplicable.
- Un ánimo de resolver prudentemente, es decir, con intención de concretar la justicia y, en consecuencia, restablecer el Estado de derecho.

Así entendida, la responsabilidad de argumentar del juzgador supone un gran esfuerzo y dedicación personal que se orienta no sólo a prescribir la satisfacción de las deudas, sino que la trascendencia de la resolución judicial se encamina al restablecimiento de los vínculos sociales, de manera que después de haber dado cabal cumplimiento a la sentencia, el actor y el demandado no tienen más entre ellos una desavenencia.

La delicada responsabilidad que supone argumentar prudentemente, compromete la vida del juzgador en cada sentencia que dicta, se trata de una responsabilidad que ha de entenderse como una vocación de servicio y no sólo como un medio para ganarse la vida.

La ciudadanía espera de los servidores judiciales, no la erudición de sus conocimientos, sino la capacidad de concretar en sus resoluciones las argumentaciones prudentes que en cada caso hagan realidad la justicia.

Muchas gracias

ALGUNAS NOTAS
SOBRE PRINCIPIOS Y PONDERACIÓN

*Dr. Roberto Lara Chagoyán**

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscrito a la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

I. INTRODUCCIÓN

Anivel teórico, no supone ninguna novedad afirmar que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas, sino también por principios. Tampoco que en la aplicación del Derecho en casos concretos, la argumentación no se reduce al esquema deductivo-formal como el de la subsunción, puesto que el razonamiento finalista y la ponderación son utilizados sobre todo por tribunales constitucionales. Sin embargo, en países como el nuestro la práctica jurisdiccional sigue resistiéndose al uso de estas herramientas, considero, básicamente por dos razones: 1) por el desconocimiento de la herramienta y de su efectividad práctica, y 2) por un ideológico arraigo a lo que se conoce como “tradicón”. Luchar contra ese arraigo representa un desafío de tal magnitud que ni la filosofía del Derecho, con su comprobado poder transformador, puede superar. La primera razón, en cambio, puede ser tomada como una meta más plausible.

El propósito que persigo con este trabajo es aportar algún tipo de ingrediente que despierte el interés de quienes operan con casos prácticos y eluden la argumentación en la que intervienen principios jurídicos. Así, este artículo no está especialmente dirigido a los teóricos, sino a los prácticos celosos de la tradición jurisdiccional que por lo regular son escépticos de la teoría y en general del mundo académico.

La estrategia argumental que emprenderé pasará por una reconstrucción muy apresurada —y quizás un tanto obvia— de la distinción entre reglas y principios (2); posteriormente, expondré las diferencias entre algunos modelos de razonamiento como son la subsunción, el razonamiento finalista y la ponderación (3); en seguida, me referiré a la ponderación propiamente dicha, sus características, su ley, su fórmula, etcétera (4); expondré algunos casos prácticos resueltos mediante este modelo (5), y finalmente plantearé, a manera de conclusión, una reflexión sobre las bondades y limitaciones del manejo de la herramienta, a la que llamaré: “precauciones y advertencias” (6).

II. UNA DISTINCIÓN INCÓMODA

Como se sabe, desde sus orígenes en Inglaterra, el positivismo jurídico dejó en claro que las normas jurídicas se presentaban como reglas. John Austin, por ejemplo, entendió la idea de norma como mandato. Según sus propias palabras:

Cada disposición o norma (...) es un mandato. O, más bien, las disposiciones o reglas, propiamente así llamadas, son especies de mandatos (Austin, 1995, p. 21).

Una ley es un mandato que obliga a una o varias personas a un *curso* de conducta (Austin, 1977, p. 96).

Si tú expresas o formulas un deseo de que yo haga u omita algún acto, y vas a infligirme un daño en caso de que yo no cumpla tu deseo, la *expresión o formulación* de tu deseo es un mandato. Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por el estilo en el que el deseo se manifiesta, sino por el poder y el propósito por parte del que lo emite de infligir un daño o castigo en el caso de que el deseo no sea atendido (Austin, 1995, p. 21).

Por su parte, Hans Kelsen, al caracterizar al ordenamiento jurídico como un orden de la conducta humana, coactivo y normativo,¹ considera que cada una de las normas que lo componen son también coactivas.² El concepto de norma de Kelsen es, en algunos aspectos, similar al de Austin, aunque presenta también algunas diferencias. Para Kelsen, debe distinguirse entre enunciados descriptivos y enunciados prescripti-

¹ Es un orden de la conducta humana en la medida en que es un sistema social que “sólo regula positivamente la conducta de un hombre en tanto y cuanto se refiere inmediata o mediatamente, a otro hombre [...]; es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto de esta regulación” (Kelsen, 1960, p. 46); es un orden coactivo por cuanto la nota común de los sistemas sociales designados como «Derecho» es que reaccionan con un acto coactivo ante ciertas circunstancias que se consideran indeseables (Kelsen, 1960, pp. 46-47); y, finalmente, es un orden normativo porque “el sentido de un orden jurídico es que, bajo ciertas condiciones, deben infligirse ciertos males; que, formulado con mayor generalidad, determinados actos coactivos deban ser ejecutados bajo determinadas condiciones. Éste no es sólo el sentido subjetivo de los actos mediante los cuales se instaure el Derecho, sino también su sentido objetivo. Justamente al entenderse así su sentido objetivo, son reconocidos como actos instauradores de Derecho, productores de normas o ejecutores de normas” (Kelsen, 1960, p. 57). Véase, Lara, 2004, p. 186.

² Tal consideración, como es sabido, le ha merecido la crítica de incurrir en la falacia de la distribución: que el Derecho en su conjunto sea un orden coactivo, no permite sin más inferir que necesariamente sean coactivos cada uno de los elementos que lo componen.

vos o de deber ser (y a propósito de la ciencia jurídica, introdujo la categoría de “enunciados descriptivos de deber ser”). Las normas jurídicas son enunciados prescriptivos en los que se establece que un determinado sujeto *debe hacer* una determinada acción. La principal diferencia con Austin es que para Kelsen las normas no son expresión de una voluntad real y subjetiva (la del soberano), sino que se independizan de la autoridad que las dictó. Para este autor todas las normas jurídicas (sin excepción) tienen la siguiente estructura: “Si A es debe ser S”, donde S representa una sanción. Por tanto, para Kelsen todas las normas jurídicas establecen sanciones.

A partir del principio de imputación (*Zurechnung*), que vincula la sanción con el ilícito, no como un mero efecto sino como un efecto que *debe ser*, la sanción kelseniana representa una verdadera revolución en la teoría del Derecho. Esta revolución consiste en afirmar que el juicio formulado en una norma jurídica, es un juicio de *deber ser* fundado en la atribución de una consecuencia (la sanción) a una condición (el ilícito). Y uso la palabra “revolución” porque para Kelsen existe un ilícito no porque lo sea en sí mismo, sino porque le es imputada una sanción. Así las cosas, Kelsen llama “primarias” a las normas sancionadoras que la tradición positivista –Austin, por ejemplo– había llamado secundarias; y llama secundarias a las normas que prescriben o prohíben un comportamiento y que la tradición había llamado primarias (Lara, 2004, pp. 135 y 136).

Más tarde, Herbert L. A. Hart, al lanzar su conocida crítica contra la teoría del Derecho de Austin –que, por cierto, alcanzan también a Kelsen y a Ross–, sostuvo, por un lado, que el modelo de las órdenes no es un modelo adecuado porque los sistemas jurídicos, además

de contener normas que establecen sanciones, contienen también normas que confieren poderes (públicos o privados). Y, por otro, señaló que el hábito general de obediencia y la noción de soberano no permite explicar la persistencia del Derecho cuando cambia el legislador. Para mejorar lo anterior, propuso la noción de “regla social” para explicar el Derecho, así como su validez y obligatoriedad.

Hart sostuvo, por otro lado, que para dar cuenta adecuadamente de la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos de normas: las primarias, que establecen cuáles son las obligaciones de sus miembros, y las secundarias, que podrían solucionar los defectos de un sistema jurídico (normas de reconocimiento, de adjudicación o de cambio). En palabras del autor:

Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo que quieran o no. las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las primeras, o son secundarias en relación con ellas. Pues las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversa maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones (Hart, 1963, p. 101) .

La evolución del concepto de norma jurídica no había sufrido hasta aquí un cambio esencial. Es hasta 1967 cuando el artículo de Ronald Dworkin *¿Es el Derecho un sistema de reglas?* (Dworkin, 1984) vino a introducir un aspecto fundamental en la discusión sobre lo que las normas jurídicas son: los principios.³ El tema despertó gran interés, acompañado de una gran polémica: para algunos introducir el tema de los principios al análisis jurídico implica mezclar de manera indebida el Derecho con la moral, por lo que no debieran en modo alguno ser tomados en cuenta; para otros, por el contrario, la incursión de los principios había sido incorrectamente postergada tanto en la teoría como en la práctica del Derecho.

En efecto, autores como Atienza y Ruiz Manero consideran que Hart postergó el análisis de los principios en su obra *El concepto de Derecho*, lo cual, de suyo, es criticable en el que se considera fundador de la filosofía analítica del Derecho.⁴ Por su parte, autores como Kelsen o Alchourrón y Bulygin representan las posturas “anti-principios” más importantes en la teoría contemporánea y se ubican, respectivamente,

³ Como señalan Atienza y Ruiz Manero, los “principios jurídicos” o los “principios generales del Derecho” son “viejos conocidos” de los juristas, puesto que de ellos ya hablaban los códigos civiles de Austria (1811), de Italia (1865) y de España (1889). Asimismo, dicen estos autores, se habla de principios en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia constitucional. Finalmente, en la teoría y filosofía del Derecho anterior a Dworkin, también se hablaba de ellos: Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, vol. I, Milano, 1958; Esser, Joseph, *Grundsatz und Norm in der richter Fortbildung des Privatrechts*, J. C. B. Mohr, Ubingen, 1956; Bobbio, “Principi generali di diritto”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966. Atienza y Ruiz Manero (1991, p. 101).

⁴ Estos autores consideran que el origen del debate derivado del artículo de Dworkin se debe a que éste lo lanzó con el propósito de oponerse frontalmente a la teoría del Derecho en el momento, concretamente, a la obra *El Concepto de Derecho* de Hart. Sin embargo, sostienen, Dworkin no acertó porque caracterizó mal la concepción del Derecho de Hart y del positivismo jurídico en general (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 101).

antes y después de la referida obra de Hart. Para tales autores, los principios son o bien *normas no coactivas*, o bien ni siquiera son normas. En el primer caso, se trataría de enunciados que prescriben conductas en determinados casos genéricos sin establecer sanciones, mientras que en el segundo caso no tendrían influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 102).

Ronald Dworkin fue, como se sabe, sucesor de Hart en su Cátedra de la Universidad de Oxford, y basó su concepción del Derecho en la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho, al estilo de los realistas. Consideró que para tener una comprensión adecuada del ordenamiento jurídico resultaba indispensable atender a la práctica judicial, es decir, ver cómo resuelven los jueces los casos y qué normas aplican para resolverlos. Puso especial cuidado en los llamados “casos difíciles”, es decir, aquellos en los que las reglas aplicables no dan una solución determinada y concreta, ya sea porque faltan normas aplicables, o bien porque hay varias normas aplicables que ofrecen soluciones distintas. Por ello, sostuvo que además de las reglas los ordenamientos jurídicos incluyen otro tipo de normas: los principios.

Para él las reglas y los principios apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero unos y otros difieren en la orientación que dan. Las reglas —dice— son aplicables a la manera de “todo-o-nada”. Si se actualizan los hechos que una regla estipula, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión. Pero los principios no operan de esta manera. Ni siquiera aquéllos que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condi-

ciones previstas están satisfechas. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios, quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno; las reglas no tienen esa dimensión (Dworkin, 1984, pp. 77 y ss).

Dworkin distingue, a su vez, dos tipos de principios: los principios en sentido estricto, que son aquellos que hacen referencia a la justicia y la equidad, y las directrices, que establecen los objetivos sociales que se deben alcanzar y se consideran beneficiosos. Los principios (sean de uno u otro tipo) cumplen la función de solucionar casos en los que se presenta alguna laguna y ayudan a interpretar las reglas. Incluso los principios pueden llegar a desplazar a las reglas cuando se considera que violan un valor importante.

No obstante lo anterior, no ha resultado nada sencillo clarificar el significado del concepto “principio”. Una de las obras que más han contribuido con esta empresa es, sin duda, *Las Piezas del Derecho* de Atienza y Ruiz Manero. En ella, entre otras cosas, exponen que “principio jurídico” es una expresión regularmente utilizada para referirse a las siguientes cuestiones (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 3-4):

- Norma muy general
- Norma dictada en términos particularmente vagos
- Norma programática o directriz
- Norma que expresa valores superiores

- Norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable
- *Regula iuris* (máxima sistematizadora del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo)

Por otro lado, la obra ofrece una triple perspectiva para poder distinguir las reglas de los principios. La siguiente tabla intenta resumir dicho análisis:

Criterio de distinción	Reglas	Principios
1. Desde el punto de vista de la estructura según las “condiciones de aplicación” (von Wright).	Hipotética	Categorica
2. Desde el punto de vista de la “característica especial” (Dworkin).	“Todo o nada”	Peso
3. Desde el punto de vista de las “razones para la acción” (J. Raz).	Son razones perentorias e independientes del contenido	Son razones independientes del contenido, no perentorias, en el caso de principios explícitos; y razones no perentorias ni independientes del contenido, en el caso de principios implícitos.

Veamos esto más detenidamente.

1. De conformidad con la estructura, conviene recordar la caracterización que de los elementos de la norma llevara a cabo George Henrik von Wright a mediados del siglo XX. Según este autor, la mayoría de las normas jurídicas son prescripciones que tienen los siguientes elementos: a) *carácter*: representa la modalidad deóntica que indica que algo debe hacerse (obligatorio), que algo no debe hacerse (prohibido) o que algo puede hacerse (permitido); b) *contenido*: aquella acción u omisión que la norma indica que está prohibida, que es obligatoria o que está permitida; c) *condiciones de aplicación*: el conjunto de circunstancias que han de darse para que la norma deba ser cumplida; d) *autoridad*: la persona u órgano de la que emana la norma; e) *sujeto normativo*: es el destinatario de la norma; f) *ocasión*: localización espacio-temporal en el que es aplicable la norma; g) *promulgación*: la formulación de la norma en un lenguaje (oral o escrito); y h) *sanción*: la consecuencia que se sigue del incumplimiento o del cumplimiento (Von Wright, 1970 y 1951; Atienza, 2001, pp. 65 y ss).

Según la condición de aplicación, las normas pueden ser *categorías* o *hipotéticas*. En el caso de las primeras, sus únicas condiciones de aplicación son aquellas que se desprenden del propio contenido de la norma; por ejemplo “cierra la puerta” tiene como únicas condiciones de aplicación que exista una puerta y que esté abierta). Las normas de estructura hipotética añaden condiciones de aplicación adicionales. Por ejemplo, “cierra la puerta, si hace frío”. Así pues, las reglas tienen una estructura hipotética mientras que la de los principios es categórica. La formulación lógica es:

Reglas: $P \longrightarrow Q$

Principios: P

2. En cuanto a la “característica especial”, Dworkin sostuvo, como vimos, que las reglas se aplican a la manera de todo-o-nada, mientras que los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de *peso* o importancia (Dworkin, 1984, pp. 77 y ss).

3. Finalmente, desde el punto de vista de las “razones para la acción”, ha de decirse que tanto las reglas como los principios pueden ser de acción o de fin. En la terminología de Atienza y Ruiz Manero, cuando hablamos de principios de acción nos estamos refiriendo a los principios en sentido estricto, y cuando hablamos de principios de fin, a las directices (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 12 y ss). Así, las reglas y los principios suponen razones para la acción de distinto tipo: las reglas constituyen razones perentorias (aquellas que, según Raz, permiten superar los conflictos que se presentan entre las llamadas razones de primer orden); los principios, por su parte, suministran razones más débiles, es decir, razones no perentorias que deben ser sopesadas con otras razones.⁵

Las reglas, tanto de acción como de fin, además de que constituyen razones perentorias, son independientes de su contenido porque los órganos jurisdiccionales que las aplican lo hacen atendiendo solamente a la autoridad que las emitió; esto es, son aplicadas porque son

⁵ Cuando son aplicadas, las razones perentorias determinan por sí mismas un curso de acción; las razones no perentorias, en cambio, contribuyen a la decisión pero no la determinan por sí mismas (Atienza, 2006, p. 211).

normas válidas dispuestas por el legislador precisamente para resolver los conflictos y, digámoslo así, son el material de primera mano que un juez emplea en su trabajo cotidiano. Entre las reglas de acción y las de fin existe una importante diferencia: las primeras permiten simplificar el proceso de decisión de sus destinatarios o de quien ha de aplicarlas, ya que sólo deben comprobar que se hayan dado determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias; las reglas de fin, por su parte, trasladan a su destinatario el control o la responsabilidad por las consecuencias de su conducta. Los principios explícitos, es decir, los formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, son razones para la acción también independientes de su contenido, pero no perentorias. Son independientes del contenido por la misma razón que lo son las reglas; pero no son razones perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar. Sólo constituyen razones de primer orden⁶ para resolver en un determinado sentido, y su fuerza respecto de otras razones del mismo tipo, es decir, de otros principios, ha de ser ponderada por el juzgador. Los principios implícitos (extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico) son razones para la acción que no son perentorias ni tampoco independientes del contenido. No son perentorias por la misma razón que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque cuando entran a formar parte del razonamiento de los jueces no lo hacen en función de su origen

⁶ Las razones de primer orden se presentan cuando en un proceso de decisión se mezclan deseos que tiran en sentido contrario y que se resuelven mediante una deliberación en la que se toman en cuenta todos los factores que están implicados en el proceso decisorio mediante la atribución de un determinado peso. Esta idea fue en principio desarrollada por Raz y posteriormente por Carlos S. Nino y Juan Carlos Bayón (Atienza, 2001, pp. 74-75).

en fuente alguna sino, precisamente, por cierta cualidad de su contenido (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 12-13).

III. DISTINTOS TIPOS DE RAZONAMIENTO PARA DIFERENTES TIPOS DE ENUNCIADOS JURÍDICOS

A decir de Atienza, la argumentación subsuntiva o clasificatoria se utiliza cuando una regla de acción va a ser aplicada a un caso concreto. Esa regla establece que si se dan determinadas condiciones de aplicación (un caso genérico) entonces alguien debe, puede o está obligado a realizar una determinada acción. La estructura de ese razonamiento sería, desde el punto de vista lógico, la misma que del *modus ponens* (Atienza, 2006, pp. 164 y 165).

- Premisa mayor: si se dan una serie de propiedades, X (que configuran un caso genérico), entonces es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.
- Premisa menor: en este caso se dan las propiedades X (o sea, el caso concreto se subsume en el caso general).
- Conclusión: por tanto, es obligatorio (prohibido, permitido) realizar la acción Y.

Este tipo de razonamiento es el más comúnmente usado por los órganos jurisdiccionales. Representa el llamado silogismo judicial formado por una premisa normativa (la mayor), una fáctica (la menor) y una conclusión normativa que será la norma individualizada que constituye la sentencia. Este modelo tiene toda la fuerza aristotélica del silogismo

clásico y, desde luego, es sumamente útil en la práctica judicial. Lo cuestionable no es el modelo, sino el abuso que de él se hace por los llamados “imperialistas de la lógica” (Atienza, 2006, p. 178). Lo cuestionable es pretender resolver todos los problemas (fáciles, difíciles o trágicos) con este modelo exclusivamente.

Pretender resolver un caso difícil sólo desde esta perspectiva formal orilla al juzgador a atender el problema desde una posible solución que el sistema da sin tomar en cuenta los casos de la llamada zona de penumbra. Si por ejemplo un juez analiza el problema del aborto desde esta perspectiva, estaría posiblemente satisfecho con mostrar los diferentes supuestos jurídicos y las correspondientes consecuencias; analizaría los casos de excepción, las causas de justificación y las reglas técnicas en torno a la figura; quizás pondría de relieve la evolución histórica que la figura jurídica ha sufrido en el sistema y la interpretación que los jueces han hecho al respecto. Podría, incluso, establecer con toda precisión un baremo para determinar cuándo estamos ante un caso de aborto permitido y cuándo estamos ante un caso prohibido. Sin embargo, dejaría de lado importantes cuestiones que el sistema no resuelve automáticamente, señalando simplemente que el caso amerita (de forma maniquea) la sanción o la no sanción. Por ejemplo, ¿qué sucede con la mujer que es inseminada artificialmente en contra de su voluntad y quiere abortar? Si llegara a hacerlo y fuera juzgada por nuestro juez formalista, éste diría algo así: “es culpable porque esa excepción a la regla no está contemplada en el sistema”. Pero lo delicado del asunto no es la opinión misma del juez, sino que su sentencia producirá consecuencias en el mundo que quizás no constituyan la mejor respuesta que el Derecho puede llegar a dar en un caso como ese.

No obstante lo anterior, tampoco parece razonable abandonar del todo el esquema formal, ya que si el juez no atendiera en absoluto la zona de claridad y se fijara sólo en la zona de penumbra, entonces la resolución presentaría otro tipo de déficit. En efecto, un enfoque exclusivamente valorativo del mismo problema podría dejar de lado las respuestas que el Derecho válido da al problema, abandonando quizás la discusión propiamente jurídica para tornarse en un discurso moral. Sin que deje de ser interesante esa perspectiva, poco interés podría despertar para el juez que necesita resolver un problema con los elementos que le da el sistema. Si el juzgador no atiende en absoluto las cuestiones estructurales del sistema, las soluciones que pueda dar no tendrán asidero jurídico y, por ende, estarán posiblemente destinadas a no ser tomadas en cuenta.

Precisamente para no caer en ninguno de estos excesos, se han ideado modelos de razonamiento (teóricos y prácticos) como la argumentación finalista o la ponderación, que están diseñados para analizar (y resolver) esos casos.

Cuando el juzgador opera con una regla de fin, su argumentación no podría ser, pues, subsuntiva o clasificatoria, sino finalista. Este esquema sigue el modelo del razonamiento práctico aristotélico, con la diferencia de que la primera premisa, es decir, la que marca el objetivo a cumplir, no es un deseo sino una norma (Atienza, 2006, pp. 165 y ss.). El esquema sería el siguiente:

- En las circunstancias X, es obligatorio procurar alcanzar F.
- Si no se realiza la acción M, no se alcanzará F.

- En este caso concreto se dan las circunstancias X.
- Por lo tanto, es obligatorio realizar la acción M.

Véamos un ejemplo. Los padres no han llegado a un acuerdo respecto de cuál de los dos ejercerá la custodia de su hijo menor de 7 años, y ha quedado demostrado en autos que la madre es alcohólica.

Para resolver este conflicto, el juez aplica el contenido del último párrafo del artículo 282, del Código Civil Federal que dice: “Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre”, el cual es claramente una norma de fin.

Su razonamiento podría quedar formulado de la siguiente manera:

- Los menores de 7 años quedarán bajo la custodia de la madre, salvo que corran un peligro grave para su normal desarrollo (art. 282, último párrafo, CCF).
- Si el juez de lo familiar no toma en cuenta que la madre es alcohólica, no se alcanzará el fin de procurar el normal desarrollo del menor.
- En este caso concreto se da la circunstancia de que la madre es alcohólica.
- Por tanto, es obligatorio tomar en cuenta que la madre es alcohólica y disponer que la custodia corresponde al padre.

Por último, tenemos el juicio de ponderación que, como se verá en seguida, adopta una estructura que no se corresponde ni con la subsunción, ni con la argumentación finalista.

IV. ¿QUÉ ES LA PONDERACIÓN?

A partir de las tesis de los principios de Dworkin, Robert Alexy desarrolló el tema de la ponderación para poder operar con aquéllos. Para este último autor los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas (Alexy, 2002, p. 95).

La ponderación es, pues, la forma argumental diseñada para aplicar los principios y así resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos cuando juegan en sentido contrario. La palabra ponderación deriva de la locución latina *pondus* que significa peso. Se trata de una actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto, para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso (Bernal Pulido, 2005, pp. 96-97).

Manuel Atienza lo expresa del siguiente modo (Atienza, 2006, p. 171):

En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 –que tienen condiciones de aplicación abiertas– establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q).

En la situación concreta *S*, dadas las circunstancias *C*, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, *P2* sobre *P1*).

Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si *p* (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias *C*), entonces está prohibido *q*.

Los elementos que forman la estructura de la ponderación, según Alexy, son los siguientes: a) la ley de la ponderación; b) la fórmula del peso, y c) las cargas de argumentación.

La ley de la ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2002, p. 161 y ss). Siguiendo esta ley, la ponderación puede dividirse en tres pasos (Alexy, 2002b, p. 32):

- *Primer paso*: es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
- *Segundo paso*: se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- *Tercer paso*: debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Por su parte, Manuel Atienza ve estos tres pasos de la siguiente manera (Atienza, 2006, p. 170):

- *Primer paso:* se constata que ante una determinada situación existen principios, valores, que tiran en direcciones opuestas y que necesitan algún tipo de ajuste, pues todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo.
- *Segundo paso:* se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias; y se aducen las razones para ello.
- *Tercer paso:* se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente.

La fórmula de peso todavía tiene tres variables:

- *Primera: (A)* El grado de *afectación* de los principios en el caso concreto.
- *Segunda: (Pes)* El *peso abstracto de los principios relevantes* (según la concepción de valores predominante en la sociedad: por ejemplo, a la vida puede asignársele un valor superior al de la libertad).
- *Tercera: (S)* La *seguridad de las apreciaciones empíricas* que se refieren a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes.

La fórmula del peso viene a decir que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto,

resulta del cociente entre el producto de esas tres variables referidas al principio P_i , por un lado, y el producto de las mismas variables referidas al otro principio, P_j , por el otro:

$$P_{es\ i, j} = \frac{A_i \times P_{es\ i} \times S_i}{A_i \times P_{es\ j} \times S_j}$$

Alexy atribuye, además, un determinado valor numérico a las variables que bien puede resumirse de la siguiente manera:

En cuanto a la afectación de los principios

Afectación o peso leve	= 1
Afectación o peso medio	= 2
Afectación o peso intenso	= 4

En cuanto a la afectación del peso abstracto

Afectación o peso leve	= 1
Afectación o peso medio	= 2
Afectación o peso intenso	= 4

En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas:

Seguras	= 1
Plausibles	= 1/2
No evidentemente falsas	= 1/4.

¿Qué pasaría en caso de un **empate** entre los dos valores? Es decir, ¿qué pasaría si el peso de los dos principios fuera idéntico? La respuesta

está en lo que Alexy ha llamado “cargas de la argumentación”, que se refieren a ciertas reglas orientadoras que permiten a los operadores decantarse por uno de los principios en conflicto con base en ciertas prioridades que son generalmente aceptadas. Por ejemplo, la regla que establece una prioridad en favor de la libertad, el principio *pro homine*, el mínimo vital, etcétera.

Me parece que conviene detenernos un poco para comentar que la asignación de valores a las variables ha supuesto no pocas críticas al modelo de Alexy. Algunos consideran que dicha asignación es arbitraria y que se echa en falta algún criterio objetivo (al estilo de las reglas) mediante el cual quien aplica la ponderación pueda en todos los casos asignar el mismo valor a cada una de las variables. Eso, sin embargo, es imposible porque lo que caracteriza a los valores es su graduación y su polaridad. Por eso no siempre se puede operar con ellos mediante un modelo de reglas. Me parece que Alexy no hizo más que proponer un modelo formal para operar racionalmente con las variables una vez que el operador ha tomado la determinación de asignarles un grado de importancia, lo cual, desde luego, implica la presencia de cierta dosis de discrecionalidad, que no debe confundirse con la arbitrariedad. A mi juicio, ello no resta méritos a la tesis de Alexy, sólo supone que la herramienta propuesta no puede operar de manera aislada y por sí misma no garantiza la correcta resolución de conflictos. Más adelante volveré sobre este punto.

V. ALGUNOS EJEMPLOS

Ejemplo 1. Bernal Pulido narra un interesante ejemplo que, a su vez, comenta Atienza de la siguiente manera (Atienza, 2006, p. 173):

[I]maginemos un caso en el que entran en conflicto el derecho a la vida y a la salud de un menor, por un lado, y el derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad, por el otro; se trata de resolver si los padres tendrían la obligación de ingresar al menor en un hospital, dado que existe un riesgo para la salud de este último y que la intervención médica que habría que realizar supondría ir en contra de las convicciones religiosas de los padres. Los valores respectivos del derecho a la vida y a la salud (tomados conjuntamente) serían: 4,4 y 1; del derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad, 2, 2 y 1. Entonces, el peso del primer principio sería $16/4 = 4$; y el peso del segundo principio $4/16 = 0,25$; de manera que lo que resulta es claramente que el primer principio prevalece sobre el segundo: los padres deben ingresar al menor en el hospital. Ahora bien, en el caso de que existiera un empate entre los dos valores (el peso de los dos principios es idéntico; una situación, por lo demás, no tan rara), entonces entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, una regla que establece una prioridad en favor de la libertad, o (si se enjuiciara un caso de posible inconstitucionalidad de una ley), en favor de la ley, de considerar que esta última es constitucional.

De forma esquemática podría quedar así:

Principio 1. Derecho a la vida y a la salud (tomados conjuntamente) serían:

En cuanto a la afectación de los principios:	4 (peso intenso)
En cuanto a la afectación del peso abstracto:	4 (peso intenso)
En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas:	1 (seguras)

Principio 2: Derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad serían:

En cuanto a la afectación de los principios: 2 (peso medio)

En cuanto a la afectación del peso abstracto: 2 (peso medio)

En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras)

Entonces, el peso del primer principio sería:

$$\frac{4 \times 4 \times 1}{2 \times 2 \times 1} = \frac{16}{4} = 4$$

Y el peso del segundo principio sería:

$$\frac{2 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Claramente, el primer principio prevalece sobre el segundo: los padres deben ingresar al menor en el hospital.

Ejemplo 2. El señor Leon Degrelle, antiguo miembro de la SS, realizó unas declaraciones a una determinada publicación en las que, entre otras cosas, negó la existencia de campos de concentración en la Alemania Nazi y realizó algunos comentarios respecto a los judíos; la señora Friedman, persona judía cuyos familiares perecieron en Auschwitz, estimó que lo anterior atentaba contra su honor. El asunto llegó al Tribunal Constitucional español, el cual mediante sentencia de 11 de noviembre de 1991 decidió que el derecho al honor de la señora Friedman debía prevalecer sobre el derecho a la libertad de expresión del señor

Degrelle. En este caso se da un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor.⁷

Principio 1. Derecho a la libertad de expresión:

En cuanto a la afectación de los principios: 2 (peso medio)

En cuanto a la afectación del peso abstracto: 2 (peso medio)

En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras)

Principio 2: Derecho al honor:

En cuanto a la afectación de los principios: 2 (peso medio)

En cuanto a la afectación del peso abstracto: 2 (peso medio)

En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1/2 (plausibles)

Entonces, el peso del primer principio (d. honor) sería:

$$\frac{2 \times 2 \times 1}{2 \times 2 \times 1/2} = \frac{4}{2} = 2$$

Y el peso del segundo principio (d. libertad de expresión) sería:

$$\frac{2 \times 2 \times 1/2}{2 \times 2 \times 1} = \frac{2}{4} = 0.5$$

El primer principio prevalece sobre el segundo: se afecta el derecho al honor de la señora Degrelle.

⁷ El ejemplo lo he tomado de Manuel Atienza (Atienza, 2006, p. 169).

Ejemplo 3. Antes de narrar el siguiente caso, conviene advertir que lo que voy a presentar es una reconstrucción del mismo a través del modelo de la ponderación de Robert Alexy. Fue resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y aclaro que en la sentencia no se advierte el ejercicio que aquí se presenta. Creo, sin embargo, que en el caso concreto sí se llevó a cabo un ejercicio de ponderación aunque no de manera explícita.

El caso es el siguiente: el señor Witz, en abril de dos mil uno, publicó en la revista *Criterios* un poema relativo a los símbolos patrios. Considerando el poema como ultrajante de la bandera, una asociación civil denunció a Witz ante la Secretaría de Gobernación. Posteriormente dicha autoridad dio vista del asunto al Ministerio Público, el cual consignó al poeta por la comisión del delito de ultraje al pabellón nacional. Seguidos los trámites legales fue condenado, por lo que solicitó un amparo ante la justicia federal. Una vez negado el amparo, el asunto llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual determinó que existía una contradicción entre el derecho a la libertad de expresión y el respeto a la moral y a la paz pública, y que debía prevalecer el segundo principio sobre el primero. Si formalizáramos el razonamiento podríamos representarlo de la siguiente manera:

Principio 1: Respeto a la moral y a la paz pública:

En cuanto a la afectación de los principios:	4 (peso intenso)
En cuanto a la afectación del peso abstracto:	4 (peso intenso)
En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas:	1 (seguras)

Principio 2. Derecho a la libertad de expresión:

En cuanto a la afectación de los principios:	4 (peso intenso)
En cuanto a la afectación del peso abstracto:	2 (peso medio)
En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas:	1 (seguras)

Entonces, el peso del primer principio (moral y paz pública) sería:

$$\frac{4 \times 4 \times 1}{4 \times 2 \times 1} = \frac{16}{8} = 2$$

Y el peso del segundo principio (d. libertad de expresión) sería:

$$\frac{4 \times 2 \times 1}{4 \times 4 \times 1} = \frac{8}{16} = 0.5$$

El primer principio prevalece sobre el segundo: el derecho a la moral y paz pública limita el derecho a la libertad de expresión.

La resolución de la mayoría de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación coincide en lo esencial con esta formalización. Una minoría formada por el Ministro José Ramón Cossío Díaz y el Ministro Juan N. Silva Meza votó en contra.⁸ En lo personal, considero que en la sentencia, o bien se forzó una suerte de ponderación que quizás no era necesaria ante un caso claro de violación de la libertad

⁸ Véase Cossío Díaz, José Ramón, “Libertad de expresión y símbolos patrios”, en *Letras Libres*, núm. 85, año VIII, diciembre de 2005, pp. 60-65.

de expresión (en realidad la libertad de expresión no se oponía a otro principio del mismo grado), o bien, se erró en la asignación del peso, aceptando que la colisión se daba ente un principio y una directriz.

El caso narrado puede mostrar, por un lado, que la ponderación no es útil para cualquier caso que quiera resolverse y, por otro, que el instrumento no asegura necesariamente una solución justa, pues no posee un poder transformador de ideas o posturas morales.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN: PRECAUCIONES Y ADVERTENCIAS

Recuerdo que una vez, hablando con Ernesto Garzón Valdés, me preguntó si estaba yo de acuerdo con las tesis de Alexy, a lo que le contesté presuroso un “desde luego”. El viejo y sabio profesor me hizo entonces las siguientes preguntas: ¿No crees que la propuesta de Alexy se olvida de algo esencial? Si alguien es un impresentable ¿no podría defender una causa iliberal utilizando el modelo de Alexy y así blindar su postura? El efecto socrático tuvo de inmediato resultados: el ingrediente esencial —pensé— es haber asumido una teoría de la justicia, cuestión que Alexy quizás da por supuesta. La herramienta es sólo eso: un mero instrumento que, como la teoría de la argumentación jurídica o las falacias, puede ser utilizado para bien o para mal.

Por ello, el último ejemplo narrado sirve como base para poder expresar que la ponderación, al igual que otras herramientas argumentativas, ha de utilizarse de manera prudente. No es extraño que en países como el nuestro, cuando los teóricos incursionamos en el terreno práctico, seamos foco de críticas. Muchas de éstas se deben a que algunos

juristas prácticos abusan de las herramientas o simplemente no las han entendido bien; sin embargo, ninguna de estas razones puede llevarnos a concluir que las herramientas no sirvan. De hecho, lo mismo pasa con el manejo habitual de las fuentes del Derecho: su mal uso no puede implicar, sin más, su inutilidad.

Coincido con Bernal Pulido que la ponderación tiene, al menos, las siguientes limitaciones: a) deja a veces demasiado abierta la discrecionalidad de los jueces; b) no puede tomarse más que como un esquema de argumentación y no como un método algorítmico que por sí mismo resuelva problemas de derechos fundamentales; c) se rige por ciertas reglas que requieren ser aplicadas racionalmente, pero de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación; d) la graduación de la afectación de los principios, la de terminación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad, y e) permite o posibilita un espacio a la subjetividad (Bernal Pulido, 2005, p. 110).

Pero más allá de estas críticas, considero, como Garzón Valdés, que lo más delicado de la ponderación es que presupone que los jueces se interesen por el estudio de la metaética, que conozcan las diferentes teorías de la justicia y que en buena hora se adscriban a una de ellas. Lo peor es contar con jueces autómatas, enfermos de formalismo jurídico que ven a la ley en sentido ideológico; aquéllos que consideran que para que algo (la teoría, por ejemplo) pueda ser utilizado en la resolución de conflictos antes debe ser convertido en ley, como quien admite que lo único valioso es lo que ha sido tocado por el dedo del rey Midas.

Como he dicho en otras ocasiones, lo que necesitamos no son jueces a secas sino buenos jueces: aquéllos que puedan ser calificados como virtuosos en atención a la calidad de su trabajo, a lo justo de sus decisiones; jueces que realmente cumplan con el principio de motivación de las decisiones, principio que sintetiza, desde mi punto de vista, los aspectos técnicos y éticos de la buena argumentación; jueces que además de estar al día en el conocimiento de la dogmática jurídica y del Derecho positivo, abreen en la buena teoría; jueces conocedores del mundo; jueces cultos; jueces lectores que vivan, a través de la literatura, otras vidas; jueces que conozcan al ser humano y al mundo en el que vive; jueces que adopten el punto de vista interno de su trabajo; jueces comprometidos; jueces vocacionales; en una palabra, jueces virtuosos (Lara, 2006, pp. 453-454).

Así, cuando no se conocen (o al menos no adecuadamente) las herramientas teóricas como la ponderación, y así se opera con ellas, se corre el doble riesgo de hacer parecer a la teoría como algo que “es mejor no utilizar para evitar barbaridades”, como algunos afirman, y de no resolver de la mejor manera el problema planteado. Me parece que para que las herramientas teóricas muestren su gran utilidad práctica deben, en primer lugar, ser difundidas y bien aprendidas; luego deben ser puestas en acción eligiendo adecuadamente el tipo de problema al que van a aplicarse; posteriormente, quien las utiliza debe ser consciente de que la herramienta no funciona de manera mágica y que es muy conveniente emplear la herramienta acompañada de la prudencia; y finalmente, antes de resolver un caso difícil con ellas, es muy conveniente reflexionar sobre la tesis que se quiere sostener. Este último tipo de reflexión, por cierto, regularmente escapa de las técnicas argumentativas: tiene más bien que ver con la postura moral y cultural de cada quien. Hasta donde yo sé, para esto último no hay manuales ni mucho menos fórmulas exactas al estilo de las reglas que uno pueda seguir.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2002): *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- _____ (2002b): “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, traducción de C. Bernal Pulido, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66, 2002.
- Atienza, Manuel (2001): *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- _____ (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (1991): “Sobre principios y reglas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, Universidad de Alicante, 1991.

- _____ (1996): *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Austin, John (1977): *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, compendio de la edición de Robert Campbell, Londres, Edición orifinal de John Murray, 1913, Michigan, Scholarly Press, Inc., 1977.
- _____ (1995): *The Province of Jurisprudence Determined*, Edición de Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, 1995.
- Bernal Pulido, Carlos (2005): *El derecho de los Derechos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Dworkin, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona (traducción castellana de M. Guastavino de la versión inglesa de 1977).
- Hart, Herbert L.A. (1963): *El concepto de Derecho* (trad. de G. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
- Kelsen, Hans (1960): *Teoría Pura del Derecho, Introducción a la ciencia del Derecho*, 10^a. ed., Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- Lara Chagoyán, Roberto (2004): *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2004.

- _____ (2006): “Argumentación jurídica y ética judicial”, en *Instituciones, legalidad y Estado de Derecho*, compilación de Gustavo Fondevilla, Fontamara, México, 2006. pp. 437-454.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos Shelley Allegro Bt 64.3 puntos y Cheltenham BT de 9, 10, 11, 12, 13, y 14 puntos. La edición consta de 1,000 ejemplares. Abril de 2008.

