

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA QUE ESTABLECEN CRITERIOS DE CORRECCIÓN

I. EPÍGRAFE

Toda investigación que analice las teorías de la argumentación jurídica y sus criterios de corrección debe partir del hecho de que el producto del proceso argumentativo, por ejemplo, una sentencia, requiere una revisión posterior (inmediata) efectuada por el mismo sujeto o sujetos que han participado en dicho ejercicio, a fin de evaluar (objetivamente o lo más objetivamente posible) el resultado final que deriva de la propia argumentación.

Así, la evaluación es una fase sumamente importante en la justificación judicial, ya que la misma opera como un puente entre la decisión y su aceptación (particular y social), al fungir como un esquema de fiscalización que sólo permite el paso de las decisiones más correctas; esto es, las más razonables, por ser las mejor sustentadas en un abanico de razones que no fueron vencidas en el proceso de contra argumentación.

De ahí que sean varios los autores que se han preocupado por establecer diversos criterios de corrección en sus teorías de la argumentación; por ejemplo, en orden de aparición se tienen las esbozadas por Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenick, Manuel Atienza, John H. Wigmore, entre otras más. Ahora bien, pese a la diversidad de autores y teorías, se aclara que no será nuestra finalidad exponer cada una de las teorías existentes en torno a la justificación judicial y sus esquemas de fiscalización, sino más bien nos enfocaremos en precisar sólo algunas teorías que podemos identificar como precursoras de las demás postulaciones académicas.

Las teorías de la argumentación jurídica con criterios de corrección que analizaremos en el presente trabajo serán las de Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van Eemeren, Rob Grootendorst y Manuel Atienza. La elección de dichos autores se sustenta en las siguientes razones: *a)* los postulados de Neil MacCormick y Robert Alexy son informadores de la mayoría de los criterios de evaluación que se han establecido en el ámbito teórico y prácti-

co, por ejemplo, por parte de autores como Manuel Atienza⁷² y Aleksander Peczenik;⁷³ b) la teoría de Robert Alexy ha adquirido carta de naturalización en México y en la mayoría de los países de América Latina, derivado de lo cual es necesario identificar el modelo de corrección que defiende el autor; c) la teoría de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst esboza un esquema de evaluación con rigor científico que ha sido poco explorado en nuestro país, por lo que se estima de gran utilidad su análisis y difusión en el contexto nacional; d) los postulados de Manuel Atienza se corresponden con algunas de las ideas asumidas en este trabajo, en concreto, con la que asume un papel de la moral en la toma de decisiones judiciales.

El esquema que se ha elegido para representar cada uno de los postulados defendidos por dichos autores será el siguiente: en primer lugar, se expondrán los criterios de evaluación o corrección que asume cada teoría de la argumentación; en segundo lugar, se ejemplificará la aplicación de los mismos mediante un caso práctico hipotético; en tercer lugar, se realizará un análisis crítico de los criterios de corrección, en donde rescataremos los principales inconvenientes de cada parámetro de evaluación de la argumentación. Ello, en el entendido de que no describiremos todos los postulados de las teorías, lo cual rebasaría los fines de la presente investigación.⁷⁴

De esta forma, en el presente capítulo no se buscará únicamente difundir los criterios de corrección de las teorías de la argumentación jurídica, sino también evaluarlos en el contexto mexicano y de forma prospectiva; esto es, no se asume ciegamente, por ejemplo, el efecto irradiación de las teorías de Alexy-Atienza en Latinoamérica,⁷⁵ pues nos inquietan interrogantes fundamentales, como las siguientes: ¿pueden ser aplicables directa-

⁷² Una de las preocupaciones de Atienza tiene que ver con los criterios de evaluación de la argumentación. Dicho autor identifica los siguientes: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social y moral justificada (de los cuales los tres primeros fueron expuestos por MacCormick). Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 554.

⁷³ Para Peczenik, la mejor ponderación es la más coherente; así, un discurso es perfectamente racional sólo si su resultado está determinado lo más posible por razones coherentes. La idea de coherencia se corresponde con la teoría de MacCormick. Cfr. Peczenik, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003, pp. 8 y 47.

⁷⁴ Para un análisis más amplio de las teorías de la argumentación jurídica véase Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit.

⁷⁵ Denominamos *efecto irradiación de las teorías de Alexy-Atienza en Latinoamérica*, a la circunstancia de adoptar irreflexivamente, en todas los ámbitos posibles, a las teorías de la argumentación jurídica de Manuel Atienza y Robert Alexy, que se ha dado en varios países de América Latina (México, Colombia, Perú, Ecuador y Argentina), en donde sus juristas parecen asumir dichas teorías y a sus representantes como su verdadero tótem jurídico actual. Para un estudio crítico reciente sobre el pensamiento de Manuel Atienza, véase Aguiló Regla,

mente los criterios de evaluación de las teorías de la argumentación jurídica al contexto mexicano?, y ¿es posible generar una teoría nacional de la argumentación jurídica que utilice sus propios parámetros de corrección?

Bajo este sendero, a fin de cumplir los objetivos de nuestra investigación, a lo largo del presente capítulo se presentará una postura dialógica y calificativa de las actuales teorías de la argumentación jurídica y sus criterios de corrección. Lo anterior nos ayudará a preparar el camino para asumir una postura propia en torno al fortalecimiento de la argumentación jurídica con derechos humanos.

En suma, la principal aportación de este capítulo será el análisis y balance de los criterios de corrección asumidos por diversas teorías de la argumentación jurídica, con independencia de que se trate de teorías ampliamente exploradas o poco conocidas, pero de relevancia manifiesta; así, se pretende contribuir con el desarrollo de la argumentación jurídica en nuestro país. Por último, se aclara que la muestra de las teorías a estudiar será, desde luego, limitativa; sin embargo, se busca que sea representativa del enfoque que actualmente dirige la toma de decisiones en las cortes constitucionales de Europa y América.

II. CRITERIOS DE CORRECCIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

1. *Presentación*

Neil MacCormick es uno de los autores que ha esbozado diversos criterios para evaluar la corrección o no de la argumentación que se emita para sustentar alguna determinación judicial, lo cual nos permite afirmar que su teoría reviste cierto grado de sofisticación en comparación con algunas otras, por ejemplo, la de Toulmin, ya que MacCormick no sólo presenta un modelo para argumentar, sino que además identifica diversos elementos para fiscalizar la corrección de la argumentación.

De esta forma, su modelo de corrección ha sido replicado por autores contemporáneos, como Atienza, aunque, en México, cabe decir que no ha tenido el auge y reconocimiento que se le ha otorgando en el contexto académico, pues basta con observar la línea jurisprudencial seguida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para percatarnos de que esta teoría no

Josep y Grández Castro, Pedro P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra Editores, 2017.

ha sido tan utilizada para sustentar las decisiones que resuelvan una tensión entre derechos humanos.

Sin entrar a detalle en el pensamiento de MacCormick, se señala que los criterios de evaluación de la argumentación, que también pueden ser asumidos como principios, son básicamente los siguientes: universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias.⁷⁶

El parámetro de universalidad tiene que ver con la noción de justicia formal, la cual conlleva que la justificación de las decisiones en casos concretos debe estar basada siempre en proposiciones universales, las cuales el juez está preparado para asumir como una base en la determinación y decisión de otros casos similares al asunto presente.⁷⁷

El criterio de consistencia se comprende frente a un cuerpo de normas jurídicas; en concreto, señala que una decisión no debe ser adoptada si la misma es contradictoria con alguna regla válida y enlazada con el sistema jurídico. Desde luego, un precedente aparentemente contradictorio debe ser explicado y distinguido para evitar tal o un estatuto aparentemente contradictorio interpretado de una forma que se evite la misma.⁷⁸

El parámetro de coherencia implica la compatibilidad de una decisión o una norma en relación con valores, principios y teorías. De esta manera, una norma o decisión es coherente si puede entenderse bajo un conjunto de principios y valores; a saber: los del ordenamiento jurídico.⁷⁹ Así, las normas son o deben ser tratadas como instancias de principios, a fin de que el sistema adquiera un grado de coherencia.⁸⁰

El criterio de consecuencias se enfoca hacia el futuro, a diferencia del parámetro de coherencia, que se basa en el pasado, en los argumentos consecuencialistas; lo que justifica emitir una decisión o norma en cierto sentido es la consecuencia que va producir.⁸¹ Se trata, en otras palabras, de identificar los efectos que una decisión judicial generará en el futuro para las partes y para la misma sociedad, la que se encuentra sujeta a un orden jurídico determinado.

Un modo de argumento de este tipo considera las consecuencias de realizar una decisión en un camino o en otro, para la extensión, por lo

⁷⁶ Las criterios de evaluación se desarrollan en MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 97, 99, 106, 107, 108-128, trad. propia.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁷⁸ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 556.

⁸⁰ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 107.

⁸¹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 557.

menos, de los tipos de decisión que tendrían que ser dados en otros casos hipotéticos, los cuales podrían ocurrir y vendrían dentro de los términos de la decisión.⁸² Así, para MacCormick, hay buenas razones para suponer que los jueces deben considerar y evaluar las consecuencias de las diversas alternativas en las decisiones judiciales.⁸³

Ahora bien, cabría señalar que todos los anteriores criterios de evaluación de la argumentación jurídica se explican con base en la idea del segundo orden de justificación en el derecho de MacCormick en la cual se encuentra el test de relevancia de la decisión, que señala que la misma debe hacer sentido con el mundo (criterio de consecuencias) y con el contexto del sistema jurídico (criterios de consistencia y coherencia).⁸⁴

Con base en todo lo anotado, se comprende el nivel de estructuración del esquema de corrección que presenta el autor que se comenta, para quien una decisión debe acreditar cada uno de los criterios (universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias) si quiere ser caracterizada como correcta. En el siguiente apartado presentaremos un ejemplo de aplicación de cada uno de los criterios esbozados, con la intención de evaluar su aplicación práctica.

2. Ejemplificación

Los parámetros de evaluación de la argumentación de MacCormick pueden ser puestos en acción mediante un caso hipotético, que podría darse en el contexto mexicano; así, imaginemos que somos jueces y tenemos que resolver un problema de tensión entre dos derechos humanos que ha sido llevado a nuestro tribunal. Veamos pues los hechos del caso (hipotético) y los derechos involucrados:

Se trata de un particular que solicitó información sobre el estado de salud del presidente de la República, que ha sido sometido a una cirugía en el Hospital Central Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, aludiendo que es relevante conocer si el correcto ejercicio de las funciones del Poder Ejecutivo pudiera afectarse como consecuencia del estado de salud del presidente. Ante ello, el sujeto obligado (Hospital Central Militar) se negó a brindar la información solicitada por el particular aludiendo que se trata de

⁸² MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 105.

⁸³ *Ibidem*, p. 129.

⁸⁴ Somos deudores en este punto de las ideas expuestas por MacCormick en MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 103.

datos personales sensibles del presidente de la República que han sido clasificados como información confidencial, de conformidad con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Los derechos humanos en colisión son, por un lado, el derecho del particular al libre acceso a la información, reconocido en el artículo 6o. de la Constitución de la República y, por otro, el derecho humano de protección de datos personales del presidente de la República, reconocido en el artículo 16 de la Constitución federal.

Pensemos ahora que después de un amplio análisis del caso y de la utilización del método de MacCormick para la toma de decisiones judiciales, se logra presentar un abanico de razones (las cuales no fueron derrotadas con los contra argumentos esgrimidos), derivado de lo cual se llega a la siguiente determinación: *debe prevalecer el derecho humano de acceso a la información pública del particular sobre el derecho humano a la protección de datos personales del presidente de la República.*

Como lo hemos asumido, la decisión debe ser evaluada; esto es, sometida a un test de corrección; así, para efectos didácticos, a continuación fiscalizaremos tal decisión con base en cada uno de los criterios de corrección de MacCormick:

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de MacCormick</i>		
<i>Criterios de corrección</i>	<i>Acredita el criterio</i>	<i>Por qué lo acredita</i>
Universalidad	Sí	La decisión tomada se sustenta en proposiciones de aplicación universal como lo es la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que en su artículo 120 establece excepciones a la no divulgación de información confidencial, por lo que la decisión es justa formalmente hablando.
Consistencia	Sí	La decisión emitida no se contrapone con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública ni con la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, ya que, por ejemplo, la primera permite el acceso a la información confidencial sin necesidad de contar con el consentimiento del titular de la información, cuando se pretenda proteger los derechos de terceros (artículo 120, fracción IV). En el caso concreto, el derecho humano de acceso a la información pública.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de MacCormick</i>		
Coherencia	Sí	La determinación es compatible con ciertos principios, como es el contenido en el artículo 6o. de la Constitución Política, que reconoce el derecho humano al libre acceso a información plural y oportuna.
Consecuencias	Sí	Antes de tomar la decisión, se analizaron los efectos de la misma decisión en la sociedad y el particular afectado en su derecho de protección de datos personales; asimismo, se proyectaron los efectos de la decisión en el otro sentido (afectando el derecho de libre acceso a la información), a fin de evaluar todas las consecuencias positivas y negativas de la decisión en uno y otro camino, en el contexto del Estado constitucional democrático.

Como se observa, la resolución dada al caso hipotético puede ser calificada de correcta, ya que ha logrado acreditar con éxito cada uno de los criterios de corrección del método de MacCormick, por lo que los mismos se asumen como una guía útil para la revisión y fiscalización de las decisiones judiciales.

3. *Estudio crítico*

Pese a la utilidad e importancia del test de corrección de MacCormick, cabría hacer algunas críticas al mismo en el seno de la argumentación jurídica nacional.

Sobre el criterio de universalidad, se señala que éste es evidente, ya que en el ámbito jurídico toda determinación debe sustentarse en una proposición universal a fin de generar seguridad jurídica a las personas a las cuales se dirige; así, la justicia formal es una idea patente en el derecho, por lo que tal criterio no aporta mucho al test de fiscalización de las decisiones judiciales.

Respecto al criterio de consistencia, se observa que éste ha sido superado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional contemporáneo, ya que es posible emitir una decisión judicial que se aparte de las reglas del sistema jurídico; en concreto, cuando las mismas reglas sean incompatibles con los derechos humanos; de esta manera, los jueces de todos los niveles y materias están habilitados para

inaplicar las reglas válidas del sistema cuando sean contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por México, los cuales constituyen un parámetro de control de regularidad constitucional, en términos de los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sobre el criterio de coherencia, cabe decir que éste comporta una naturaleza difusa, ya que, más allá de los principios contenidos en la Constitución (derechos humanos), resultaría complicado y, en cierto sentido, arbitraria la elección de los valores que funcionarían como parámetros rectores de la decisión judicial adoptada, pues los mismos valores son variables de cultura a cultura; ello, sin considerar las dificultades de su identificación.

Finalmente, respecto del criterio de consecuencias, se observa que resulta de compleja realización en el ámbito mexicano, derivado de la excesiva carga de trabajo que todos los tribunales tienen en nuestro país; de esta forma, aunque exista interés de los decisores en realizar un ejercicio prospectivo de la sentencia que emitan, no cuentan con el tiempo ni con los recursos humanos para realizar tan importante labor de evaluación de las consecuencias y efectos que sus sentencias puedan generar para casos futuros y para la mismas partes en conflicto.

En este sentido, Atienza ha juzgado también dicho parámetro de corrección, al señalar que el mismo parámetro comporta una gran dificultad, ya que se trata de predecir efectos y estado de cosas hacia el futuro; por ello, propone interpretar de forma restringida el criterio de las consecuencias, de cara a la eficacia económica. Así, una decisión judicial correcta (justificada) será la que mejor posibilite la maximización de la riqueza en la sociedad; dicha idea la relaciona con la optimización en el contexto paretiano, que asume que una distribución de recursos es preferible a otra si ninguna persona empeora su situación y al menos una la mejora.⁸⁵

⁸⁵ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 558. Bajo este sendero, se interpretaría entonces que para Atienza la decisión judicial mejor justificada es la que logra una distribución de recursos en donde ninguna persona empeora su situación actual y alguna la mejora, lo cual parece adecuado en cierto tipo de decisiones; por ejemplo, las que tienen que ver con la propiedad o los recursos financieros, pero no en el seno de las sentencias que tratan temas ajenos al ámbito económico, como sería la que resuelve una colisión entre el derecho de libre acceso a la información y el derecho de protección de datos personales. Con mucho, la idea implícita que se tiene en la concepción de Atienza es compatible con las teorías sobre el análisis económico del derecho. Para un estudio nacional de tales perspectivas véase Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008.

Pese a las anteriores críticas, se considera que es necesario seguir profundizando en el tema a fin de rediseñar los criterios de evaluación de MacCormick y adaptarlos, en la medida de lo posible a las necesidades de nuestro país, pues no somos partidarios de la simple descalificación, sino que más bien buscamos el perfeccionamiento de las ideas planteadas por otros autores; así, asumimos que pese a los inconvenientes identificados, el esquema planteado por el autor escocés tiene muchos méritos. Con todo, en otro lugar de la investigación analizaremos la forma en que los jueces han ido aplicando los criterios de calificación de MacCormick.

III. CRITERIOS DE CORRECCIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

1. *Presentación*

Las ideas de Robert Alexy han tenido una amplia aceptación por parte de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los magistrados de tribunales colegiados de circuito y de los jueces de juzgados de distrito de nuestro país, lo cual no es una casualidad, pues dicho fenómeno obedece a la abundante difusión que ha tenido el pensamiento de Alexy en toda la región interamericana, pensamiento que a veces ha sido adoptado sin reflexionar sobre las diferencias radicales que existen entre el orden jurídico alemán y los órdenes jurídicos de la mayoría de los países de Latinoamérica.

Con independencia de tales inconvenientes, se señala que no será nuestra finalidad presentar un análisis exhaustivo de la teoría de la argumentación jurídica del autor alemán, aunque sí se buscará resaltar los criterios de evaluación que ha presentado el modelo de toma de decisiones de Alexy, a fin de poder asumir una postura crítica sobre los mismos en el seno del orden jurídico nacional.

Los criterios de corrección de la argumentación jurídica propuestos por Robert Alexy pueden identificarse en dos formulaciones teóricas; por un lado, en las reglas y formas del discurso jurídico, que encuentran respaldo, en cierta medida, en las reglas y formas del discurso práctico general⁸⁶ y, por

⁸⁶ Como ejemplos de reglas del discurso práctico general se tienen las siguientes: *a)* ningún hablante puede contradecirse; *b)* todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree; *c)* todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *A* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *A* en todos los aspectos relevantes, y *d)* distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con diversos significados. *Cfr.* Alexy, Robert,

el otro, en la teoría de los principios, la cual se explica en el contexto del principio de proporcionalidad.⁸⁷

En este sentido, el propio Alexy ha asumido que la idea de argumentación jurídica racional se corresponde con la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que tiene que adoptar la argumentación para que cumpla sus pretensiones. En concreto, para dicho autor, si una discusión jurídica es compatible con tales reglas y formas, el resultado que se obtenga de la misma puede calificarse como correcto.⁸⁸

Por su parte, la teoría de los principios se subdivide en tres tesis: *a)* optimización, *b)* colisión y *c)* ponderación; en la primera tesis se presenta un concepto de principios que los identifica con los mandatos de optimización,⁸⁹ de la cual se obtienen a su vez tres criterios de corrección de la argumentación jurídica (idoneidad, necesidad y ponderación), los que se han adoptado de forma universal y, a veces, de manera irreflexiva, en el ámbito de la toma de decisiones judiciales en nuestro país. En la doctrina vigente, los tres criterios de corrección señalados se desprenden del principio de proporcionalidad, de ahí que se les identifique como subprincipios del mismo.⁹⁰

Ahora bien, antes de describir los criterios de corrección de Alexy, se aclara que para efectos de nuestra investigación sólo esbozamos las reglas y formas del discurso jurídico que consideramos menos problemáticas; es de-

Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 405 y 406.

⁸⁷ En México, se conoce a Alexy por su teoría de los principios, en particular, por el desarrollo del principio de proporcionalidad, aunque, algunos criterios relevantes de corrección se encuentran en las reglas y formas del discurso jurídico. Con todo, para un estudio detallado de la teoría de los principios véase Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 95-103.

⁸⁸ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, *cit.*, p. 401.

⁸⁹ La difundida conceptualización de los principios de Alexy señala que estos últimos son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, a diferencia de las reglas, que ordenan hacer exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos. *Cfr.* Alexy, Robert, *Tres escritos sobre...*, *cit.*, p. 95. Las posibilidades fácticas conducen a los subprincipios de idoneidad y necesidad; por su parte, las posibilidades jurídicas, se representan con el principio de proporcionalidad en sentido estricto; esto es, con la misma ponderación. *Ibidem*, pp. 102 y 103.

⁹⁰ Por ejemplo, Alexy señala que si la teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad, significa entonces que sus tres subprincipios, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto, se siguen necesariamente de ella o son deducibles de ella en una forma estricta. De esta manera, quien objeta la teoría de los principios tiene que objetar también el principio de proporcionalidad. *Cfr.* Alexy, Robert, *Tres escritos sobre...*, *cit.*, p. 101.

cir, de fácil aplicación en cualquier ámbito jurídico; con todo, reconocemos el esfuerzo intelectual del autor que se comenta, para identificar diversas reglas y formas complejas del discurso especial del derecho.⁹¹

Con base en el estudio de las dos formulaciones teóricas de Alexy (reglas y formas del discurso jurídico y la teoría de los principios), se pueden obtener los siguientes criterios de corrección o calificación de la argumentación:

- 1) Regla de universalidad: señala que para la justificación de una decisión judicial se debe expresar por lo menos una norma universal, lo que implica que la decisión deba seguirse lógicamente al menos de una norma, enlazada con otras proposiciones.⁹²
- 2) Regla de saturación: esboza que hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse entre los cánones de la interpretación.⁹³
- 3) Regla del precedente: esboza que cuando pueda aludirse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse necesariamente.⁹⁴
- 4) Subprincipio de idoneidad o adecuación: excluye la adopción de medidas que vulneren un derecho constitucional, sin promover algún derecho u objetivo por los que se adoptaron tales medidas.⁹⁵ Se desarrolla en dos ámbitos para determinar la licitud de la intervención de un derecho humano: primero, la medida de intervención debe cubrir un fin legítimo; segundo, la medida debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizar tal fin.⁹⁶ En este sentido, el subprincipio de idoneidad tiene la naturaleza de criterio negativo, a través del cual se pueden detectar qué medios no son idóneos; de esta forma, el subprincipio no lo establece todo, sino más bien excluye algo; esto es, los medios no idóneos, lo cual se asume como su principal función.⁹⁷

⁹¹ Todas y cada una de las reglas y formas del discurso jurídico se desarrollan en Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., pp. 408-412.

⁹² *Ibidem*, p. 409.

⁹³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 411.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Alexy, Robert, "Sobre los derechos constitucionales a protección", trad. de Rebecca Jowers, en Alexy, Robert et al., *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 57.

⁹⁶ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 40.

⁹⁷ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de

- 5) Subprincipio de necesidad o indispensabilidad: exige que de dos medios igualmente idóneos sea elegido el más benévolo con el derecho constitucional afectado.⁹⁸ En otros términos, el subprincipio de indispensabilidad requiere que de entre dos medidas igualmente idóneas en términos generales para materializar un derecho a protección deba elegirse la que afecte menos el derecho de defensa.⁹⁹ De esta forma, este subprincipio señala que la medida que afecte un derecho debe ser estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a los afectados se busca oponer, ya que, por un lado, es la menos gravosa para el derecho interferido, entre las diversas opciones igualmente idóneas para materializar el fin buscado o, por el otro, porque no existen opciones para satisfacer el fin buscado o las existentes afectan el derecho intervenido en un grado mayor. Si no logramos acreditar el test del subprincipio de necesidad, la medida adoptada sería ilegítima e inconstitucional porque se afectaría un derecho constitucional de una forma que no sería la estrictamente necesaria, al existir otras medidas alternativas menos dañinas para el derecho en cuestión, que cumplen igualmente con el fin buscado por la medida.¹⁰⁰
- 6) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación: es idéntico a lo que se conoce como la ley de ponderación, que establece que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto más relevante es satisfacer el otro principio.¹⁰¹ Se origina a partir de la obligación de la máxima realización posible de los principios, con base en las posibilidades jurídicas; en particular cuando los principios entran en tensión. Así, la propia ponderación resulta necesaria en el supuesto de que la realización de un principio implique la afectación de otro; esto es, cuando un derecho sólo puede materializarse a costa de otro derecho.¹⁰² De esta forma, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,

España, 2004, p. 41. Un ejemplo sobre la aplicación del subprincipio de idoneidad se encuentra en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...cit.*, pp. 39 y 40. Asimismo, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre... cit.*, p.102.

⁹⁸ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría... cit.*, p. 41.

⁹⁹ Alexy, Robert, *Sobre los derechos constitucionales... cit.*, p. 57.

¹⁰⁰ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de... cit.*, pp. 45 y 46. Con mucho, un caso sobre la aplicación del subprincipio de necesidad se encuentra en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría... cit.*, pp. 41-43. Asimismo, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre... cit.*, pp.102 y 103.

¹⁰¹ Alexy, Robert, *Sobre los derechos constitucionales... cit.*, p. 58.

¹⁰² Alexy, Robert, *Tres escritos sobre... cit.*, p.103.

como tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, muestra la optimización en relación con los derechos que juegan en sentido opuesto. Por ello, como se ha señalado, este subprincipio representa la ley de ponderación, la cual divide a la misma en tres pasos; en el primer paso, se precisa el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los derechos; en el segundo paso, se identifica la importancia de la realización del derecho que juega en sentido opuesto; en el último paso, se debe considerar si la importancia de la realización del derecho en cuestión justifica la afectación del derecho que juega en sentido contrario.¹⁰³ Finalmente, cabe indicar que este subprincipio conlleva una valoración entre un derecho constitucional y el fin concreto que origina la afectación, mediante el examen de los gravámenes que se materializan recíprocamente, a fin de identificar si el beneficio logrado por tal fin o medida justifica la afectación de los derechos constitucionales.¹⁰⁴

2. Ejemplificación

Se conoce que la teoría de Robert Alexy ha sido ampliamente aplicada por los tribunales de nuestro país; no obstante, cabría hacer un ejercicio práctico sobre los criterios de corrección de la argumentación que propone dicho autor; para tal fin, se utilizará un caso hipotético, que bien podría presentarse en la práctica judicial mexicana. Lo anterior será útil para observar la operatividad actual de tales criterios de evaluación en el seno nacional.

Los hechos del caso hipotético se refieren a un acuerdo general emitido por la Secretaría de Medio Ambiente de la Ciudad de México, mediante el cual se restringen los días y horas en los que los establecimientos mercantiles podrán prestar el servicio de lavado de vehículos, a saber: ningún establecimiento podrá operar después de las 13 horas los días viernes, sábados y domingos de la primera y última semana de cada mes; lo anterior, en el contexto de escasez de agua potable en la Ciudad de México y a fin de proteger el medio ambiente por el uso excesivo del vital líquido en dichos establecimientos. Inconformes con el referido acto de autoridad, un grupo de personas físicas, en su carácter de propietarios de los establecimientos comerciales, que tienen como objeto social la prestación del servicio de lavado de vehículos automotores, promovieron diversos juicios de amparo indirectos.

¹⁰³ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, cit., pp. 48 y 49.

¹⁰⁴ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de...*, cit., p. 48.

to ante jueces de distrito, alegando que se vulneran sus derechos humanos, de manera injustificada, por la sola emisión del citado acuerdo general.

Los derechos humanos en colisión son el derecho a un medio ambiente sano de todas las personas, reconocido en el artículo 4o. de la Constitución de nuestro país, que busca proteger el acto de autoridad impugnado; por el otro, se tiene el derecho humano a la libertad de comercio, que se reconoce a las personas en el artículo 5o. de la Constitución de la República.

Pensemos que una vez que hemos utilizado el método de argumentación de Alexy se logran presentar diversas razones para sustentar la siguiente decisión: *el acuerdo impugnado es inconstitucional porque afecta de manera injustificada el derecho de libertad de comercio.*

Con objeto de calificar la corrección de la decisión, es necesario someterla a los seis criterios de evaluación propuestos por Alexy; para efectos prácticos, se ha decidido representar de forma esquemática el cumplimiento o no de los parámetros de Alexy, mediante el siguiente cuadro, que podría ser utilizado para un ejercicio posterior de corrección de cualquier otro tipo de decisión judicial en el ámbito nacional:

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy</i>		
<i>Criterios de corrección</i>	<i>Acredita el criterio</i>	<i>Por qué lo acredita o no lo acredita</i>
Regla de universalidad	Sí	La decisión tomada se sustenta en normas de alcance universal, como la propia Constitución de la República, la que en su artículo 5o. reconoce el derecho a la libertad de comercio. Asimismo, en el artículo 4o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece que las sociedades mercantiles podrán realizar todos los actos de comercio necesarios para el cumplimiento de su objeto social.
Regla de saturación	Sí	La decisión se sustenta en argumentos de todo tipo, no sólo jurídicos, sino también económicos y sociales. Por ejemplo, considera la afectación al desarrollo económico que generaría el acto impugnado, así como el descontento social generalizado de la medida atacada. De esta forma, se desdobra una argumentación de naturaleza maximalista; en concreto, se cumple con la regla de saturación.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy</i>		
Regla del precedente	Sí	La decisión se sustenta en un abanico de criterios jurisprudenciales y sentencias emitidas en el ámbito nacional e internacional en materia de libertad de comercio y de trabajo; esto es, en precedentes que resultan de aplicación obligatoria y orientativa.
Subprincipio de idoneidad	Sí	Este subprincipio debe aplicarse a la medida impugnada, para evaluar su constitucionalidad o no; en este sentido, se observa que el acuerdo general emitido por la Secretaría de Medio Ambiente de la Ciudad de México, que interviene el derecho a la libertad de comercio, sí cubre un fin legítimo; esto es, la protección del medio ambiente, lo cual es compatible con la Constitución de nuestro país. Por otro lado, la medida es objetivamente adecuada para cubrir tal fin, ya que al restringir el uso del agua potable en ciertos establecimientos mercantiles se contribuye a disminuir su desperdicio. Por ello, se concluye que el acto impugnado acredita el subprincipio de idoneidad o adecuación, por lo que no hay razón, al menos hasta este punto, para calificarlo de inconstitucional.
Subprincipio de necesidad	No	Al igual que el anterior subprincipio, el de necesidad tiene alcance en el ámbito de la medida impugnada y no en la sentencia emitida; así, se observa que el acuerdo general impugnado no cubre el principio de necesidad, ya que existen otras medidas y opciones menos gravosas o dañinas para el derecho a la libertad de comercio, que también son igualmente idóneas para proteger el derecho a un medio ambiente sano. Por ejemplo, se podría implementar un programa de reciclaje y almacenamiento de agua utilizada en las oficinas de gobierno y en las casas-habitación de la Ciudad de México, a fin de que pueda distribuirse y reutilizarse en los establecimientos mercantiles que tengan como objeto social el lavado de vehículos automotores. Tal medida permite satisfacer el fin buscado (proteger el medio ambiente), ya que se disminuiría el consumo de agua potable, pero sin afectar el derecho humano a la libertad de comercio. De esta manera, se concluye que el acto impugnado afecta la libertad de comercio de forma innecesaria, por lo que es ilegítimo e inconstitucional el acuerdo general emitido por la Secretaría de Medio Ambiente de la Ciudad de México.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy</i>		
Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	No	<p>No se logra acreditar la proporcionalidad entre el grado de afectación del derecho a la libertad de comercio frente al grado de importancia de la realización del derecho a un medio ambiente sano, ya que la medida impugnada interviene fuertemente en el derecho a la libertad de comercio, en comparación con lo leve que logra la realización de sus fines, a saber: la protección del medio ambiente, con la sola prohibición a los establecimientos de prestar sus servicios de lavado de vehículos automotores en ciertos días y horas de cada mes.</p> <p>En este sentido, se observa una desproporción entre el nivel de afectación a la libertad de comercio frente a la satisfacción del derecho a un medio ambiente sano, que la medida impugnada consigue en un nivel bajo frente al alto costo que representa para la libertad de comercio.</p> <p>Por ello, de conformidad con el último paso de la ley de ponderación, se considera que la importancia de la realización del derecho a un medio ambiente sano (logrado en un nivel mínimo) no justifica la afectación del derecho a la libertad de comercio (afectado en un nivel alto).</p> <p>Así, se concluye que deben otorgarse los amparos a los quejosos y decretarse la inconstitucionalidad del acto impugnado, por intervenir de forma desproporcionada con el derecho a la libertad de comercio.</p>

Con base en todas las consideraciones aludidas en el cuadro anterior, la sentencia emitida en el caso hipotético puede ser calificada como adecuada, ya que ha sido sometida a un serio escrutinio de corrección, y nos ha arrojado tal resultado, por lo que se puede afirmar que la decisión que declara inconstitucional la medida impugnada es la más correcta, con lo cual se aprecia la importancia de contar con un método de evaluación de la argumentación, pues el mismo contribuye a brindar mayor confianza a los destinatarios de las decisiones judiciales; con todo, en el siguiente apartado presentaremos algunas críticas a los criterios de evaluación de Alexy, que debemos asumir como puntos a retener para ulteriores investigaciones.

3. *Estudio crítico*

Con el propósito de generar reflexiones en torno a los criterios de corrección propuestos por Alexy, en seguida se presenta un análisis crítico de algunos de ellos, ya que no es posible asumirlos ciegamente, pues se necesita, paradójicamente, evaluarlos frente a nuestra realidad.

Sobre el criterio de universalidad, resultan aplicables las mismas críticas esbozadas con anterioridad respecto a su reducida aportación a las teorías de la corrección de decisiones judiciales, pues es evidente que toda sentencia debe sustentarse en criterios de alcance universal, como lo es una norma constitucional o internacional.

Sobre la regla de saturación, se indica que la misma no debe implicar que los argumentos de tipo jurídico pierdan su primacía, ya que de hacerlo nos encontraríamos en otro tipo de discurso; por ejemplo, moral, económico, político o cultural, lo cual no es adecuado; así, se sugiere que la regla de saturación se utilice de forma cauta, siempre y cuando el caso judicial lo justifique, pues no hay que perder de vista que el tiempo para que los jueces resuelvan los asuntos es muy limitado; de esta manera, deben reflexionar y justificar el nivel de aplicación del criterio de saturación de argumentos, ya que existirán algunos casos que demanden utilizar un abanico de razones de diversa naturaleza, y otros que sólo requieran uno o dos argumentos extrajurídicos, lo cual debe aclararse, pues tal como se presenta este criterio en el modelo de Alexy, parecería que exige su materialización irreflexiva.

Sobre el subprincipio de idoneidad, se señala que el mismo tiene un diseño limitado, ya que fue creado para ser utilizado, esencialmente, en el contexto de la emisión de algún acto de autoridad legislativo o administrativo (*i. e.*: ley, reglamento o acuerdo general) que busque proteger algún fin concreto; pero cabe indicar que no todas las afectaciones a los derechos humanos se dan por la emisión de una medida legislativa o administrativa; así, en la práctica nacional, las sentencias judiciales que resuelven cualquier conflicto jurídico concreto pueden vulnerar derechos humanos, por lo que se considera que deben incorporarse como determinaciones sujetas al subprincipio de idoneidad, aunque Alexy no lo reconozca, ni la misma práctica judicial mexicana. Es evidente que es más complejo aplicar este subprincipio en la evaluación de las sentencias; pero ello no conlleva su eliminación, pues ¿no acaso una decisión judicial puede ser asumida como una medida idónea para proteger algún derecho, aunque afecte paralelamente otro derecho? O, mejor, ¿una sentencia puede ser visualizada como una medida adecuada para la realización de un derecho humano? De las respuestas dadas a tales interrogantes, se puede asumir la posibilidad o no de aplicar el subprincipio de idoneidad a la práctica judicial. Nosotros daríamos res-

puestas positivas a tales preguntas; esto es, consideramos la posibilidad de la materialización del citado subprincipio en las decisiones judiciales.

Sobre el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, cabe señalar que el mismo puede realizarse a través de la fórmula del peso de Alexy, la cual se compone de diversos elementos, entre los que se encuentran el grado de efectuación de un derecho, en contraste con el nivel de importancia de la realización de otro derecho,¹⁰⁵ a los cuales se les puede asignar un valor numérico en cada caso concreto, de acuerdo con una escala triádica de afectación e importancia: leve-medio-grave.¹⁰⁶ El problema radica en que no existe un parámetro objetivo para la asignación de valores numéricos; por ejemplo, cuando se dice que un derecho humano tiene un grado de afectación de dos, en contraste con el nivel de importancia del derecho que juega en sentido contrario fijado en cuatro. He aquí la gran dificultad en la aplicación de la fórmula del peso o cociente de Alexy, que se manifiesta en el mismo subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Con todo, el único recurso que nos queda es justificar la elección del valor numérico con el mayor número posible de razones de cara a las partes en conflicto y a la misma sociedad; además, debemos ser conscientes de que no debe ser la fórmula del peso nuestro único parámetro a utilizar para justificar el sentido de nuestra decisión judicial, sino sólo una razón de todas las que presentemos en la sentencia, que contribuyan a justificar el sentido de la misma.

IV. CRITERIOS DE CORRECCIÓN EN EL MODELO DE ARGUMENTACIÓN DE FRANS VAN EEMEREN Y ROB GROOTENDORST

1. *Presentación*

Una de las teorías de la argumentación general menos exploradas en el continente americano es la teoría pragmadialéctica desarrollada por los autores

¹⁰⁵ En particular, la fórmula del peso se compone de los siguientes elementos: intensidades de las intervenciones en los derechos (por un lado, la afectación de un derecho y, por el otro, la importancia de la realización del otro derecho), los pesos abstractos de los principios en tensión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos sobre la realización y la falta de realización de los derechos en colisión, generados por la medida que se enjuicia. *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 481. Un estudio detallado de la fórmula del peso se encuentra en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, cit., pp. 67-71 y 96. Un análisis nacional de la fórmula se tiene en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit., pp. 213-220.

¹⁰⁶ Dicha escala fue establecida por Alexy, y representa un modelo de tres intensidades o rangos, que se identifican con las citadas expresiones: leve, medio y grave. *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., pp. 468 y 469.

holandeses Frans van Eemeren y Rob Grootendorst en la Universidad de Amsterdam, lo cual resulta extraño, ya que la misma presenta una estructura muy detallada sobre cómo analizar y evaluar las discusiones argumentativas, y que examina los elementos que contribuyen a resolver alguna diferencia de opiniones.¹⁰⁷

Sin el propósito de analizar con detalle la teoría pragmatialéctica de la argumentación, lo cual podría ser objeto de otra investigación, cabe destacar que el elemento pragmático de esta teoría considera a la argumentación como una manera de lenguaje orientada a ciertos objetivos (por ejemplo, la solución de una disputa); por su parte, el elemento dialéctico de la teoría conlleva que la argumentación se asuma como parte de un intercambio crítico de criterios u opiniones.¹⁰⁸

Ahora bien, el núcleo de la teoría pragmatialéctica es un esquema ideal para las discusiones críticas y, además, un código de conducta para los intervinientes en la discusión. El esquema ideal detalla las etapas que se deben cubrir para facilitar la solución del problema, a saber: confrontación, apertura, argumentación y conclusiones. Por otro lado, el código de conducta para los participantes en la disputa esboza las reglas para solucionar el problema, de conformidad con el esquema ideal. En concreto, las reglas se refieren al derecho de exponer un punto de vista, a plantear dudas, al derecho y obligación de defender un punto de vista a través de la argumentación, entre otras más.¹⁰⁹

A todo esto, de la teoría pragmatialéctica de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst nos interesa estudiar concretamente el modelo de evaluación de la argumentación, que busca determinar si la misma es aceptable y si la discusión se ha conducido con base en las reglas de la discusión racional.

¹⁰⁷ Feteris, Eveline T.; *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 247 y 248.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 248.

¹⁰⁹ Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 249. El esquema ideal aplicado al proceso legal se desarrolla de la siguiente manera: *a*) en la fase de confrontación, las partes exponen sus puntos de vista sobre el tema a resolver, aquí el juez asume una postura pasiva; *b*) en la fase de apertura, las partes llegan a un acuerdo sobre los puntos de partida y las reglas de la discusión, los puntos de partida están decretados de antemano en las normas jurídicas, en los principios generales del derecho y en las proposiciones de la dogmática del derecho, además las reglas de la discusión se establecen previamente en el sistema institucionalizado del proceso legal (códigos de procedimientos); *c*) en la fase de argumentación, las partes tienen que exponer sus argumentos y contraargumentos para defender sus puntos de vista y, *d*) en la fase de conclusiones, el juez debe decidir si las pretensiones se defendieron exitosamente de los contraargumentos críticos. *Cfr.* Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 259 y 260.

Para fines didácticos, se puede representar el esquema de evaluación de la argumentación de dichos autores en dos vertientes; por un lado, que busca evaluar el contenido de la argumentación y, por el otro, que se ocupa de calificar el procedimiento de discusión.¹¹⁰

En la vertiente de evaluación del contenido de la argumentación se verifica, en primer lugar, si un argumento es idéntico a un punto de partida común (*i. e.*: normas jurídicas, principios generales del derecho o proposiciones de la dogmática del derecho), lo que se conoce como procedimiento de identificación; en segundo lugar, si resulta que el argumento no es idéntico a un punto de partida común, se recurre al procedimiento de comprobación, con el cual se verifica si el argumento expuesto se puede estimar aceptable de conformidad con algún método de prueba común.¹¹¹

En este sentido, cuando se trata de argumentos fácticos, lo que debe hacer el juez es decidir si los hechos son generalmente conocidos; en caso contrario, decidir si los hechos pueden ser verificados conforme a las normas jurídicas sobre la prueba. En el caso de argumentos jurídicos, el juez debe decidir si la norma jurídica se puede asumir como una norma válida con base en las fuentes de creación del derecho; en algunos asuntos se tiene que recurrir a la regla de preferencia para elegir entre la diversidad de normas jurídicas válidas (una regla de preferencia sería, por ejemplo, la que señala que la ley especial deroga a la ley general).¹¹²

Por otro lado, cuando se califica el contenido de la argumentación, el decisor también debe comprobar si la conexión entre las premisas y la conclusión es aceptable, en el ámbito pragmatialéctico, si el modelo de argumentación utilizado (*i. e.*: argumentación por analogía, teleológica o de consecuencias) ha sido seleccionado y practicado adecuadamente. Para ello, se utilizan preguntas concretas de evaluación, que se deben contestar correctamente, a fin de acreditar este criterio de calificación.¹¹³

En la segunda vertiente de evaluación del procedimiento de discusión se requiere identificar si la misma se ha efectuado con base en las reglas de la discusión racional. Pero ¿cuáles son las reglas que van a dirigir la argumentación? En la teoría pragmatialéctica se establece un sistema de diez reglas esenciales para dicha discusión racional,¹¹⁴ que en nuestra opinión pueden trasladarse en la mayoría de los casos al ámbito de la argumentación jurí-

¹¹⁰ Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 270.

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 270 y 271.

¹¹³ *Ibidem*, p. 271.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 274.

dica. Veamos pues cada una de las reglas que se utilizan para la evaluación del procedimiento de discusión en general:

- 1) Ninguna parte debe impedir que la otra exponga puntos de vista ni que plantee dudas sobre los puntos de vista.
- 2) Una parte que expone un punto de vista está obligada a defenderlo si la otra parte le pide que lo defienda.
- 3) El ataque de una parte a un punto de vista debe referirse al punto de vista que expuso realmente la otra parte.
- 4) Una parte sólo puede defender su punto de vista exponiendo argumentos relacionados con ese punto de vista.
- 5) Una parte no puede presentar falsamente como premisa algo que dejó implícito la otra parte ni negar una premisa que ella misma dejó implícita.
- 6) Una parte no puede presentar falsamente una premisa como punto de partida aceptado ni negar una premisa que constituye un punto de partida aceptado.
- 7) Una parte no puede considerar que un punto de vista ha sido defendido concluyentemente si la defensa no se ha efectuado mediante un esquema de argumentación apropiado y correctamente aplicado.
- 8) En su argumentación, una parte sólo puede usar argumentos lógicamente válidos o susceptibles de ser validados haciendo explícitas una o más premisas implícitas.
- 9) Una defensa fallida de un punto de vista debe llevar a que la parte que expuso el punto de vista se retracte, y una defensa concluyente a que la otra parte se retracte de sus dudas sobre el punto de vista.
- 10) Una parte no debe usar formulaciones insuficientemente claras o confusamente ambiguas y debe interpretar las formulaciones de la otra parte tan cuidadosa y precisamente como sea posible.¹¹⁵

Ahora bien, cabe indicar que en el ámbito jurídico dichas reglas de la discusión racional pueden ser desobedecidas, ya que las partes por sí mismas suelen comportarse como litigantes no razonables; para controlar tal situación, las normas de derecho buscan asegurar que la discusión jurídica cumpla con los requisitos de una discusión racional; por ejemplo, cuando

¹¹⁵ Van Eemeren y Grootendorst, *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragmatic-dialectical Perspective*, Hillsdale, N. J., Erlbaum, 1992, pp. 208 y 209, y Van Eemeren y Grootendorst, *Speech Acts in Argumentative Discussions*, Dordrecht, Foris, 1984, pp. 151-175, (cit. por Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 249 y 250).

especifica cuál sujeto debe asumir la carga de la prueba; esto es, quién debe defender ciertas afirmaciones. Debido a que las partes no siguen voluntariamente las reglas del procedimiento legal, la función del juez es vigilar su debido cumplimiento. Desde la visión pragmatialéctica, la tarea principal de los jueces es lograr que la discusión se efectúe de conformidad con las reglas esenciales a una solución racional de las controversias legales.¹¹⁶

Con base en lo señalado en torno a la evaluación del procedimiento de discusión, se podría afirmar que el parámetro de corrección tiene que ver con la observación y cumplimiento de las reglas de la discusión crítica,¹¹⁷ que se pueden integrar en los siguientes criterios de evaluación aplicables a la discusión jurídica, con base en la teoría pragmatialéctica:¹¹⁸

- a) Criterio de prerrogativas, que se relaciona con el derecho a plantear pretensiones o posturas y con el derecho a dudar sobre las mismas.
- b) Criterio del deber, que esboza la obligación de defender las posturas cuando se dude de las mismas.
- c) Criterio de exactitud, el cual implica que los contraargumentos hacia una postura deben esgrimirse concretamente a la postura que realmente fue defendida.
- d) Criterio de compatibilidad entre la postura emitida y los argumentos que la sostienen.

¹¹⁶ Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 275 y 277. Con todo, la pretensión de que las reglas sean aceptables no se sustenta en una necesidad metafísica, sino más bien en la conveniencia de resolver una disputa. La aceptabilidad de las reglas del discurso racional no se deriva de una autoridad externa ni de un origen divino, sino que se sustenta en la efectividad de su aplicación. Puesto que la aceptabilidad de las reglas se debe verificar por el nivel en que se logran resolver las disputas legales, la razón para aceptar las reglas se puede asumir, filosóficamente hablando, como pragmática. *Cfr.* Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 251.

¹¹⁷ La idea de la observación de las reglas de la discusión crítica no es propia, sino que se expresa en Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 253. En concreto, se señala que para evaluar el discurso es necesario considerar los siguientes aspectos: a) los esquemas de argumentación que se usan en la argumentación (*i. e.*: argumentación sintomática, analógica o causal), lo que conlleva determinar si el esquema de argumentación se ha elegido y aplicado adecuadamente. Como se ha señalado, para cada esquema de argumentación existen una serie de preguntas críticas que se deben contestar adecuadamente para la que argumentación sea aceptable; b) la observación de las reglas de la discusión crítica. *Cfr.* Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 253 y 254.

¹¹⁸ Todos los 10 criterios que en adelante se expondrán no son una creación propia, como se ha aclarado, representan un resumen de las reglas para la discusión racional de la teoría pragmatialéctica, por lo que todos los créditos de su creación son de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst y no nuestros, en toda caso, solamente la identificación de los títulos de los criterios sería un ejercicio intelectual propio, para una revisión de las reglas véase Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 249 y 250.

- e) Criterio de falsa negación, que comporta la imposibilidad de falsear premisas implícitas propias o de la otra parte.
- f) Criterio de congruencia, que impide que una parte desconozca una premisa que integre un punto de partida previamente aceptado.
- g) Criterio de defensa adecuada, el cual señala que no se puede considerar que ha prevalecido una postura, si su defensa no se ha realizado a través de un esquema de argumentación adecuado.
- h) Criterio de explicitud, que conlleva que los argumentos utilizados puedan ser corroborados mediante la conversión de las premisas implícitas en premisas explícitas.
- i) Criterio de adhesión, que esboza que una defensa frustrada de una postura implica que la parte que la sostuvo la abandone; paralelamente, una defensa victoriosa de una postura supone que la parte que la atacó abandone las dudas que tenga sobre la postura vencedora.
- j) Criterio de claridad, el cual señala que las partes deben presentar sus postulados y defensas de forma no confusa y sin ambigüedades.

Para finalizar el estudio de la teoría pragmatialéctica de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, como puntos a retener, se señala que esa teoría ofrece una estructura teórica y práctica para la evaluación de la argumentación jurídica. En concreto, la teoría pragmatialéctica pone de relieve que para calificar una argumentación jurídica de manera adecuada se necesita contar con un modelo de evaluación que se pueda utilizar como herramienta crítica para identificar si la argumentación es aceptable. Ahora bien, el modelo debe señalar cómo se usan los puntos de partida y las normas de evaluación común; sobre los puntos de partida (normas o principios jurídicos, entre otros más), se deben especificar los enunciados que se pueden usar como argumentos jurídicos; para el caso de las normas de evaluación, se indican y justifican los tipos de esquemas de argumentación jurídica (*i. e.*: por analogía) que se pueden usar para sustentar un decisión judicial. Finalmente, para lograr una evaluación correcta de la argumentación se tienen las reglas de discusión que se aplicarán al caso concreto, a fin de determinar si se materializa una discusión jurídica racional.¹¹⁹

¹¹⁹ Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 277-279. Con mucho, sobre el proceso de evaluación de la argumentación, cabe indicar que el mismo se ha desdoblado en dos perspectivas: la interna y la externa. Desde la perspectiva interna, el juez es el encargado de realizar la evaluación; él debe decidir si una parte defendió exitosamente su punto de vista de conformidad con las normas jurídicas de corrección. Desde la perspectiva externa, el teórico del derecho realiza la evaluación de la argumentación; él debe determinar si un punto de vista legal (*i. e.*:

2. Ejemplificación

Una vez planteados los criterios de evaluación en el modelo de argumentación pragmatialéctico de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, cabe ponerlos en práctica mediante la calificación de alguna sentencia. Tal ejercicio nos va a ayudar a identificar la utilidad de dicho modelo. Analicemos pues los criterios de los autores holandeses en un caso práctico hipotético, que podría presentarse en la realidad nacional.

Los hechos del caso se resumen en los siguientes puntos:

- 1) Una universidad privada, en aras de promover los derechos de las personas adultas mayores, modificó su reglamento de ingreso a los estudios de doctorado, a fin de establecer que del total de aspirantes en cada convocatoria se asignarán al menos diez lugares a las personas mayores de sesenta años, con independencia de los resultados que hayan obtenido en todas las pruebas aplicadas para el ingreso a los estudios.
- 2) Con base en dicho reglamento, la universidad privada emitió una convocatoria de ingreso al doctorado, en la cual ofreció sólo cincuenta lugares, señalando los requisitos con los que debían cumplir los aspirantes.
- 3) Se inscribieron al proceso de selección cien personas, de las cuales quince eran mayores de sesenta años. Una vez aplicadas todas las pruebas técnicas y de idioma, se determinó que sólo sesenta personas habían acreditado exitosamente las pruebas, dentro de las que no se encontraba ninguna de la tercera edad.
- 4) En cumplimiento estricto al reglamento de ingreso al doctorado, la universidad privada asignó los lugares de la siguiente forma: 35 lugares a personas no adultas mayores que habían obtenido la mayor calificación en el examen de ingreso, y los restantes quince lugares, a las personas adultas mayores que no habían acreditado el examen, dejando sin oportunidad de estudiar un doctorado a quince perso-

una decisión judicial) fue defendida adecuadamente de conformidad con determinadas normas jurídicas de corrección. *Cfr.* Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 261. Pese a ello, para nosotros, el propio juez puede y debería realizar la evaluación desde el ámbito interno y externo, a fin de lograr la corrección (autocorrección) total de la misma. Como lo veremos en otro lugar de la presente investigación, por ahora basta con precisar que algunos autores dividen el ámbito de evaluación de la argumentación.

nas que sí habían acreditado las pruebas, pero que eran menores de sesenta años.

- 5) De todo el grupo de aspirantes a ingresar al doctorado que quedaron fuera por la cuota de las personas de la tercera edad, sólo una presentó un juicio de amparo indirecto contra el primer acto de aplicación del reglamento emitido por la universidad privada, al tratarse de un ente que realiza actos equivalentes a los de una autoridad, que se encuentran establecidos en la Ley General de Educación.

Para seguir avanzando, cabe mencionar que en este asunto hipotético, los derechos humanos en tensión son los mismos, sólo que se materializan en distintos titulares; por un lado, se tiene el derecho humano de las personas adultas mayores a la no discriminación por razón de edad (derecho a la igualdad) reconocido en el artículo 1o. de la Constitución de la República (que el reglamento de la universidad buscó hacer realidad), así como el derecho a la participación e integración comunitaria reconocido en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; por el otro, se tiene también el derecho humano de no discriminación por razón de edad (igualdad) de las personas menores de sesenta años, reconocido en el citado artículo 1o. de la Constitución de nuestro país (que con la determinación de la asignación de lugares en el doctorado se restringió por parte de la universidad).

Ahora bien, pensemos que el juez que conoce del amparo, una vez realizado el análisis del asunto y mediante la aplicación del modelo de argumentación pragmatialéctico de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, llega a la determinación de que debe prevalecer, en el caso concreto, el derecho humano de no discriminación de las personas menores de sesenta años, frente al mismo derecho humano de las personas adultas mayores, por lo que la sentencia otorgaría el amparo a efecto de que se asignaran los quince lugares a las personas menores de sesenta años que sí lograron acreditar con las calificaciones más altas las pruebas técnicas previamente establecidas.

Pues bien, como lo hemos venido afirmando a lo largo de este trabajo, la actividad del juez no debe terminar con la simple emisión de la sentencia, sino que ésta continúa o, mejor, debe continuar, mediante una fiscalización posterior e interna que se haga del producto de la argumentación; todo ello, con el único propósito de medir objetivamente la corrección o no de la sentencia que se exponga a las partes y a la ciudadanía.

En este sentido, a continuación se representará, de forma esquemática, la aplicación de cada uno de los parámetros de evaluación de la argumen-

tación que asume la teoría pragmadialéctica, en el contexto del caso hipotético planteado:

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios propuesto por el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst</i>		
<i>Criterios de corrección</i>	<i>Acredita el criterio</i>	<i>Por qué lo acredita o no lo acredita</i>
Identificación	Sí	La decisión tomada se sustenta en el argumento de rechazo en todas sus formas de discriminación (negativa o positiva), que es idéntico al punto de partida del derecho humano a la igualdad reconocido en normas internacionales.
Comprobación	No se aplica	Derivado de que en la decisión asumida existe un argumento idéntico a un punto de partida común, de conformidad con la teoría pragmadialéctica, ya no se debe recurrir al procedimiento de comprobación.
Conexidad o adecuación	Sí	La decisión se sustenta en el modelo de argumentación de consecuencias, que ha sido escogido y practicado adecuadamente; así, se efectuaron las siguientes preguntas críticas para su acreditación: ¿es posible aplicar una argumentación de consecuencias en este asunto? Sí es posible, y además deseable, a fin de propiciar la adhesión de las partes y los ciudadanos a la sentencia emitida: justicia realista ¿qué beneficios comporta para la decisión el argumento de consecuencias? Muchos; por ejemplo, se valora el escenario prospectivo que la decisión generará en la prohibición de un trato discriminatorio en alguna forma, para otros casos posibles; ¿existen precedentes que prohíban su utilización? No existen criterios que restrinjan su utilización, sino más bien posturas judiciales que lo fomentan.
Prerrogativas	Sí	Este criterio ha sido acreditado con la decisión tomada, ya que se permitieron y ejercieron los derechos de las partes a plantear pretensiones y a poner en duda las mismas.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios propuesto por el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst</i>		
Deberes	Sí	En la determinación judicial planteada se le exigió a una parte defender sus posturas con diversos argumentos ante las dudas esbozadas por su contraria.
Exactitud	Sí	Se verificó que los contraargumentos expuestos por una parte fueran dirigidos concretamente a la postura sostenida por la otra parte, sin que existieran variaciones de ningún tipo en torno a la postura defendida; lo anterior, para lograr una diálogo adecuado entre las partes.
Compatibilidad	Sí	Se verificó la compatibilidad entre las posturas sostenidas y los argumentos esgrimidos para sustentarlas.
Falsa negación	Sí	Derivado de que se comprobó que ninguna de las partes negó premisas implícitas propias o de su contraparte.
Congruencia	Sí	No se identificó que alguna de las partes haya desconocido un punto previamente asumido o aceptado; esto es, defendieron sus posturas de forma congruente.
Defensa adecuada	Sí	La postura sostenida por la decisión emitida ha prevalecido, ya que la misma se sustenta en un modelo de argumentación adecuado, como es la teoría pragmatodialéctica.
Explicitud	Sí	Derivado de que el argumento que expresa que nadie debe ser discriminado por cuestiones de edad, fue verificado a través de la conversión de la premisa implícita sobre la existencia de una prohibición de trato diferenciado en el acceso a las oportunidades, a la premisa explícita respecto del derecho humano de igualdad que rige en todo Estado constitucional de derecho.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios propuesto por el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst</i>		
Adhesión	Sí	Ya que la sentencia emitida ha propiciado que la parte que no resultó victoriosa con la misma y la propia sociedad abandonen las dudas que tengan sobre el sentido de la decisión; esto es, los ha logrado convencer de su corrección.
Claridad	Sí	Derivado de que los postulados que se defienden en la sentencia han sido expuestos de forma clara y sin ambigüedades, a saber: bajo parámetros de justicia abierta a los afectados y a toda la ciudadanía interesada en el tema que resuelve la determinación.

En conclusión, se puede afirmar que la decisión asumida en el caso hipotético ha logrado acreditar con mucho éxito todos y cada uno de los criterios de evaluación del modelo de argumentación pragmatialéctico de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, por lo que podemos asumir que la decisión tomada es correcta y adecuada, al menos bajo los parámetros de dicha teoría; además, es una guía útil en la emisión de decisiones judiciales nacionales, acorde con los actuales elevados estándares de justificación de toda postura en el ámbito jurídico.

3. *Estudio crítico*

Si bien la teoría pragmatialéctica ha sido poco explorada en nuestro país, a pesar de los beneficios que puede generar para la justificación judicial, cabe indicar que esa teoría no resuelve todos los problemas en torno a la corrección de las decisiones judiciales; así, es apropiado identificar algunos de los puntos débiles de los criterios de evaluación que la misma teoría sostiene, con el único objetivo de evaluarla en el contexto de nuestra realidad jurídica.

En este sentido, a continuación se presentará un breve análisis crítico de algunos de los parámetros de corrección que merecen ser revisados o abandonados del modelo de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst:

- a) Sobre el criterio de identificación, se observa que el mismo es inapropiado, ya que un argumento puede apartarse válidamente de

un punto de partida común como lo es una norma jurídica o una proposición de la dogmática del derecho; por ejemplo, cuando las mismas son incompatibles con el parámetro de control de la regularidad constitucional (que se integra de normas de diversos órdenes jurídicos). Con todo, para que los jueces puedan apartarse de tales elementos de partida común se les exige una amplia justificación frente a la sociedad.

- b) Respecto al criterio de prerrogativas, se observa que éste es muy básico para calificar de correcta o incorrecta una decisión, pues es conocido que las partes tienen el derecho, por un lado, de plantear pretensiones, y, por el otro, de esbozar dudas sobre las mismas. Así, se podría abandonar este criterio sin grandes costes para la verificación de la decisión.
- c) Sobre el criterio del deber, se puede aplicar la misma crítica del criterio de prerrogativas, pues es entendible que las partes se encuentran obligadas a defender sus posturas, en el caso de que éstas sean atacadas por la contraria; así, en nuestra opinión es posible omitir este criterio sin generar algún perjuicio en la corrección de la decisión.
- d) Por lo que hace al criterio de compatibilidad, cabe resaltar que el mismo es apropiado teóricamente hablando; sin embargo, el problema está en saber cómo calificar eficazmente que la postura defendida se corresponde exactamente con los argumentos de respaldo, para lo que la teoría pragmatialéctica no nos brinda una respuesta, lo cual podría ser objeto de otra línea de investigación.
- e) Respecto del criterio de defensa adecuada, éste es muy abierto, por lo que genera ciertas dificultades en su aplicación práctica, ya que nos exige calificar la corrección de la decisión con base en un modelo de argumentación, pero no nos fija directrices para la elección; en concreto, este criterio sería auto destructivo, ya que permitiría dejar a un lado el esquema pragmatialéctico si así lo estimamos conveniente. Con mucho, se precisa que la elección de uno u otro esquema de argumentación va a depender del caso que estemos analizando, además de la mejor justificación que se presente en la elección.
- f) En torno al criterio de claridad, se señala que el mismo necesita ser detallado, a fin de conseguir su cumplimiento, ya que, por ejemplo, en el ámbito de la justicia mexicana, se encuentra muy arraigada la costumbre de que entre más confusa, poco clara, extensa y técnica sea una sentencia, la misma será calificada como mejor; así, se

necesitan establecer las bases para operar este criterio de claridad, a fin de que no sea letra muerta en la práctica. Acciones como las implementadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sobre la difusión permanente en distintos foros judiciales y académicos de la figura de *justicia abierta* constituyen un buen comienzo para hacer realidad la idea de sentencias ciudadanas, que tanto demanda nuestra sociedad.

V. CRITERIOS DE CORRECCIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA

1. *Presentación*

La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza ha sido ampliamente explorada en nuestro país; de hecho, se podría afirmar que ha adquirido carta de naturalización en México, ya que muchos juristas la han estudiado y asumido como necesaria en la justificación de las decisiones judiciales, lo cual ha sido criticado por algunos autores, los que en nuestra opinión parecen interpretar que la adopción de modelos externos de argumentación (como el de Atienza) comportaría un especie de colonialismo teórico en pleno siglo XXI.¹²⁰

Se piensa que tienen razón los críticos de la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza, al destacar que se ha adoptado la misma teoría sin considerar y reflexionar sobre su efectiva aplicación en el contexto mexicano; sin embargo, se observa que el problema no es del modelo de argumentación que sintetiza Atienza, sino más bien de los autores mexicanos que han asumido los postulados de dicho autor, como si se tratara de una verdad absoluta.

Con independencia de dicha situación, a fin de no apartarnos de los objetivos de nuestra investigación, se aclara que en este apartado sólo se

¹²⁰ Uno de los críticos de Manuel Atienza y de muchos otros autores extranjeros que han analizado el proceso argumentativo es José Ramón Narváez, para quien la teoría de la argumentación jurídica poco tiene que ver con el ser humano. En este sentido, el autor propone otro modo de argumentar los derechos humanos, en el cual se recupere la dimensión emotiva del derecho; por ejemplo, al argumentar los derechos humanos, dice Narváez, debería existir conciencia de que se trata de seres humanos que buscan ser reconocidos en su esfera de libertades, pero también escuchados y comprendidos. Véase Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, pp. 53, 82 y 83.

describirán los criterios de evaluación que asume Atienza, sin efectuar un estudio completo de su teoría de la argumentación jurídica y de sus críticas.¹²¹ En dicho ejercicio, el lector se dará cuenta de que los parámetros que asume Atienza derivan de criterios estudiados por otros autores; con todo, nos interesa destacar dos parámetros que han sido poco explorados en la teoría de la decisión judicial.

De este modo, los criterios de evaluación más relevantes, según Atienza, son los siguientes:

- *Universalidad*. Este criterio se aplica tanto a los problemas normativos como a los fácticos. Sobre las cuestiones normativas, implica que la *ratio decidendi* no puede ser *ad hoc*. Así, cuando en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N1, implica que ésa fue la interpretación que se hizo en el pasado sobre casos análogos a C, además de que ésa será la interpretación que se hará a casos futuros semejantes a C.¹²² Respecto de las cuestiones fácticas, se establece que debe figurar un enunciado de tipo universal, por ejemplo, un enunciado que señale que cuando se den los hechos A, B y C, entonces, es probable que ocurrió el hecho D. De esta forma, el criterio de universalidad exige que dicho enunciado se utilizará para todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias.¹²³
- *Coherencia*. El criterio de coherencia se refiere a la compatibilidad de una decisión con ciertos principios, valores y teorías. En particular, se señala que una norma o decisión judicial es coherente si puede corresponderse con una serie de principios y valores del sistema jurídico. Por ejemplo, ante un problema de interpretación, la razón para interpretar la norma X en el sentido A1 y no en el sentido A2 es que A1 resulta más compatible con los propios y valores del orden jurídico.¹²⁴
- *Adecuación de consecuencias*. Este criterio se enfoca hacia el futuro; se expresa mediante los argumentos consecuencialistas, que justifican la emisión de una norma con cierto contenido; la presentación de una estrategia de acusación o defensa o el establecimiento de una

¹²¹ Un análisis completo de la teoría de la argumentación jurídica de Atienza se encuentra en Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 643-656. Un resumen de los postulados de Atienza en torno a la argumentación se presenta en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit., pp. 113-123.

¹²² Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 554 y 555.

¹²³ *Ibidem*, p. 555.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 556.

decisión judicial, con base en las consecuencias que van a producir los mismos.¹²⁵ La diferencia entre utilizar o no utilizar el criterio de adecuación de consecuencias para calificar la argumentación de una decisión significa no tomar en consideración sólo el resultado de la decisión, sino otros estados de cosas que se conectan con la misma decisión por lazos de causalidad.¹²⁶

- *Moral social*. El criterio de moralidad social tiene un peso en la evaluación de la argumentación judicial, ya que los jueces no pueden ser indiferentes o alejarse de las convenciones sociales. Decantarse a favor de la moral social facilita que la decisión judicial sea persuasiva, lo que constituye un elemento relevante en la justificación de las sentencias; todavía más, los criterios socialmente mayoritarios se vinculan con la idea de democracia, pues tomar una determinación, como la mayoría preferiría que se hiciera, es un adecuado ejercicio democrático, en concreto, para los jueces, los cuales no han sido elegidos a través de votaciones de los ciudadanos.¹²⁷ En otro orden de ideas, se ha señalado que la mejor manera de limitar la discrecionalidad de los jueces es a través de las valoraciones sociales predominantes,¹²⁸ a saber: la moral social vigente en determinada colectividad.
- *Moral justificada*. El criterio de moral justificada (racionalmente justificada) se sustenta en teorías éticas normativas, que sostienen un objetivismo moral; en opinión de Atienza, una de las teorías más adecuadas para descubrir la moral correcta es el constructivismo moral suscrito por autores como Rawls, Habermas y Nino; la base de dichos estudios es que los principios de la moral justificada son aquellos a los que un grupo de personas han podido llegar mediante el consenso, generado en una discusión que respeta ciertas reglas.¹²⁹

¹²⁵ *Ibidem*, p. 557.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 558.

¹²⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 559 y 560.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 560. Con mucho, Atienza encuentra varios inconvenientes en la aplicación de los criterios de moralidad social; por ejemplo: a) puede acontecer que no sea fácil saber cuál es la opinión mayoritaria o que simplemente no exista la misma; b) no puede descartarse la posibilidad de que las opiniones mayoritarias sean expresiones que van contra los principios del ordenamiento jurídico, y c) las Constituciones de nuestra época integran un código moral (declaraciones de derechos) que no es simplemente la moral social establecida; esto es, pueden no coincidir en muchas formas. Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 560.

¹²⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 560-562.

Ahora bien, se debe precisar que defender una postura objetivista de la moral (moral justificada) no conllevaría defender el absolutismo moral; en particular, el objetivista asume que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero los mismos están abiertos a la crítica constante y al discurso racional, por lo que pueden ser modificados y superados; esto es, no son juicios morales absolutos.¹³⁰

Pues bien, como se puede apreciar, los criterios esbozados por Atienza constituyen una reformulación de los parámetros asumidos por otras teorías; por ejemplo, los referentes a la universalidad, coherencia y consecuencias son elementos abordados por MacCormick; asimismo, el criterio de moralidad justificada, como bien lo anuncia Atienza, deriva de postulaciones de diversas teorías éticas (*i. e.*: de Habermas y Nino). Con mucho, llama la atención la idea de Atienza de incorporar en la evaluación de la argumentación el parámetro de moral social que, por cierto, resulta de materialización compleja. En adelante, representaremos los criterios adoptados (no creados) por Atienza en un caso práctico, tal como lo hicimos con las demás teorías de la argumentación con criterios de corrección.

2. Ejemplificación

Resulta apropiado poner en práctica cada uno de los criterios de evaluación de la argumentación jurídica esbozados por Atienza; para ello, se presentará un caso hipotético, que bien podría darse de manera rutinaria en el ámbito jurídico nacional.

Los hechos del caso hipotético se resumen en los siguientes puntos:¹³¹

- 1) Se trata de un particular (paciente) que fue intervenido quirúrgicamente en el hospital privado Médica Sur en 2016.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 562. Además, para Atienza, la pretensión de corrección de los juicios morales no se identifica con la pretensión de verdad de los juicios científicos; así, la objetividad moral es similar, pero no idéntica a la científica; en otros términos, objetivismo moral no equivale a realismo moral. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 562.

¹³¹ Para la elaboración del caso práctico resultaron muy útiles las ideas esbozadas en “Toda persona tiene derecho a acceder a su expediente clínico: Ximena Puente de la Mora”, *El Heraldillo de Saltillo*, México, 2 de septiembre de 2017, disponible en: <https://elheraldodesaltillo.mx/2017/09/02/toda-persona-tiene-derecho-a-acceder-a-su-expediente-clinico-ximena-puente-de-la-mora/>, fecha de consulta: 7 de septiembre de 2017.

- 2) Un año después, el particular solicitó a dicho hospital el acceso a su expediente clínico generado con motivo de la cirugía que se le había practicado.
- 3) En respuesta a su solicitud, el representante legal del hospital le manifestó que no era posible brindarle acceso al expediente clínico solicitado, por las siguientes razones: *a)* se trataba de información interna generada por el propio hospital para el desarrollo de sus funciones; *b)* el expediente médico y la información contenida en el mismo era de propiedad exclusiva de Médica Sur, y *c)* el particular ya no era paciente ni contaba con ninguna relación jurídica con el hospital.
- 4) Inconforme con dicha respuesta, el particular agotó los recursos internos ante las autoridades correspondientes, sin obtener una respuesta favorable a su petición, por lo que decidió presentar un juicio de amparo indirecto contra la negativa de acceso a su expediente médico.
- 5) De dicho asunto correspondió conocer a un juzgado de distrito en materia administrativa del primer circuito judicial de la Ciudad de México, que admitió a trámite el juicio, al considerar que el hospital Médica Sur, a pesar de ser un institución privada, sí tenía la calidad de autoridad responsable, porque realizó actos establecidos en una norma general equivalentes a los de una autoridad pública, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley de Amparo.

Los derechos humanos en colisión del caso práctico descrito son, por un lado, el derecho de acceso a los datos personales del solicitante reconocido en los artículos 6o. y 16 de la Constitución mexicana; por el otro, el derecho a la propiedad privada del prestador de servicios médicos Médica Sur, reconocido en el artículo 27 de la Constitución de nuestro país.

Ahora bien, pensemos que nosotros somos el juzgador de distrito que debe resolver la tensión que se da entre dichos derechos humanos, para lo cual recurrimos al esquema de argumentación de Atienza; así, después de aplicar cada uno de sus pasos¹³² y de presentar diversas razones jurídicas y de otro tipo, llegamos a la siguiente determinación:

En el caso concreto, debe prevalecer el derecho humano de acceso a los datos personales (expediente médico) del quejoso, reconocido en los artículos 6o. y 16 de la Constitución mexicana; por lo que se le otorga el amparo a efecto de que la autoridad responsable (el hospital Médica Sur) proporcione los datos e información contenida en el expediente clínico del quejoso,

¹³² Para un análisis de las etapas del modelo de argumentación de Atienza, véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 646-651.

para los fines que él mismo estime convenientes, sin que sea una razón para negar el acceso el que el prestador de servicios médicos sea el dueño del expediente o que ya no sea paciente el quejoso del hospital. De esta forma, se aduce que el titular de los datos personales contenidos en el expediente médico es solamente el quejoso, quien constitucionalmente puede acceder, rectificar, cancelar y oponerse a la utilización que se le dé a sus datos por parte del hospital privado; ello, de conformidad con las normas jurídicas nacionales sobre protección de datos personales en posesión de particulares.

Pues bien, como lo hemos asumido, en el contexto de la toma de decisiones judiciales no basta con llegar a un resultado o producto; esto es, emitir una sentencia que resuelva la tensión entre derechos, sino que se requiere efectuar un ejercicio más amplio de justificación de las sentencias, mediante su fiscalización; en este sentido, resulta necesario someter nuestra decisión a un test de corrección bajo los parámetros asumidos por Atienza. En el siguiente cuadro presentamos el escrutinio de la decisión adoptada al caso hipotético analizado en esta investigación:

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios asumidos por Manuel Atienza</i>		
<i>Criterios de corrección</i>	<i>Acredita el criterio</i>	<i>Por qué lo acredita o no lo acredita</i>
Universalidad	Sí	Para la emisión de la decisión se consideró un caso análogo, en el cual se interpretó extensivamente el derecho humano de acceso a los datos personales sobre otros derechos como el de propiedad privada. Asimismo, se consideró el enunciado universal que señala que cuando se den las circunstancias en las que una persona solicite el acceso a sus datos personales y la autoridad se niegue rotundamente a brindar tal acceso, es probable que se materialice el hecho de que la información sea errónea.
Coherencia	Sí	Derivado de que la decisión judicial es compatible con el principio del sistema jurídico nacional, que señala que todas las personas deben tener acceso irrestricto a sus datos personales, así como con las teorías científicas que reconocen los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto de los datos personales sensibles (como son el estado de salud).

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios asumidos por Manuel Atienza</i>		
Adecuación de consecuencias	Sí	Para la emisión de la sentencia se consideraron todos los efectos futuros que la misma generaría. En este sentido, se identificó que las consecuencias eran en su mayoría de naturaleza positiva; por ejemplo, se va a contribuir a crear una cultura de respeto hacia los datos personales sensibles; asimismo, se va a propiciar que los entes privados asuman una postura de difusión del expediente clínico a favor de los titulares de la información contenida en el mismo. Todavía más: la decisión promoverá el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el contexto médico.
Moral social	Sí	Este criterio fue superado, ya que para emitir la decisión se tomaron en cuenta las convenciones sociales prevalcientes en nuestro país, a saber: la moral social, que entiende que los datos sobre el estado de salud de las personas constituye información íntima y sensible. De esta manera, la decisión se relaciona directamente con los criterios mayoritarios que prevalecen en la sociedad mexicana, con lo cual se contribuye a acercar la labor de los jueces con los ciudadanos, quienes, de hecho, no pueden elegir a los primeros mediante votaciones, como sí lo hacen para el caso de otros servidores públicos.
Moral justificada	Sí	Se cumplió el criterio, toda vez que en la emisión de la determinación judicial defendida se utilizó una moral objetiva (justificada); ello implicó que para decantarnos por su adopción se recurrió al diálogo abierto entre los servidores públicos del juzgado de distrito y las mismas partes en conflicto, llegando al consenso de que la moral que debe sustentar la decisión es la que entiende que los datos médicos personales constituyen información sensible de la que sólo son titulares las personas y no los prestadores de servicios médicos (hospitales). Por lo que al lograr el consenso, bajo ciertas reglas de la discusión, dicha moral se transformó en una moral justificada; esto es, objetivada.

Con base en el anterior ejercicio de evaluación, se puede afirmar, sin equivocarnos, que la sentencia, al menos bajo los parámetros de Atienza, es una decisión correcta y constitucional, ya que ha logrado acreditar todos y cada uno de los criterios de corrección expuestos por dicho autor; así, se asume que es indispensable y deseable contar con un modelo de calificación-fiscalización de las decisiones, a fin de generar la adhesión de las partes y la sociedad a las determinaciones emitidas por los jueces constitucionales.

3. *Estudio crítico*

Pese a las bondades de los criterios de calificación del modelo de Atienza, cabría realizar un análisis de los mismos en el ámbito del orden jurídico mexicano, a fin de evaluar las fortalezas y debilidades de los criterios de corrección descritos por dicho autor; ello, con el único ánimo de contribuir al desarrollo y diálogo en torno a la teoría de la argumentación jurídica.

Sobre el criterio de universalidad, se señala que el mismo es muy básico, por lo que no representa un elemento relevante para calificar la argumentación; así, todo jurista entiende que en la emisión de todo acto de autoridad se debe materializar, en la medida de lo posible, el criterio de justicia formal; de esta manera, se necesitan crear otros parámetros más sofisticados y compatibles con las demandas actuales de la toma de decisiones judiciales; además, se sabe que es posible abandonar el criterio de universalidad (justicia formal) si las condiciones así lo demandan, para lo cual se debe argumentar el abandono del criterio.

Respeto al criterio de coherencia, cabría retomar la críticas efectuadas al mismo cuando se analizó el modelo de MacCormick, por lo que se reiteran las objeciones sobre la dificultad de identificar y elegir los valores que fungirán como parámetro rector de la decisión. Todavía más: se añade a la crítica el problema que comporta incluir como elementos de medición a las teorías científicas, pues en el ámbito de las ciencias sociales y, del derecho en particular, existe una diversidad de postulados científicos que en muchos casos se contraponen; de esta forma, se considera que no es un criterio adecuado para calificar la corrección de la argumentación, ya que podría ser arbitrario el esquema de elección, en todo caso, si se opta por su utilización se tendrían que definir previamente reglas para elegir los postulados teóricos que servirán como respaldo de las sentencias, a fin de no caer en argumentos de autoridad.

Sobre el criterio de adecuación de consecuencias, se reitera que el mismo es de compleja aplicación en el ámbito mexicano, derivado del exceso de trabajo de la mayoría de los tribunales del país, por lo que se debe comenzar por resolver el problema de saturación judicial antes de intentar aplicar este parámetro de evaluación. Así, se advierte que en la conciencia de los jueces está presente el ánimo de aplicarlo, pero, desafortunadamente, se desvanece al momento de iniciar sus actividades con la lista de asuntos en trámite en su juzgado o tribunal.

En torno al criterio de moral social, se afirma que éste, más allá de lograr la legitimidad de los jueces en la sociedad mexicana, puede propiciar arbitrariedad judicial y malestar social. Este parámetro desconoce que existe una pluralidad de morales positivas en México, que se sustentan en la diversidad de formas de ver y comprender el entorno humano, que la misma Constitución reconoce; así, las preguntas que surgirían para los defensores de este elemento de evaluación son: ¿qué moral social va a aplicar el juez?, ¿con base en qué criterios va a elegir entre la diversidad de moralidades? Si la decisión se va a tomar como la mayoría desea que se tome, ¿qué hacemos si la mayoría aprueba la vulneración de la dignidad humana?

Se piensa que este criterio debe abandonarse, ya que genera más problemas que beneficios; así, se observa que si bien es importante que el juez se comprometa con la sociedad, ello no implica el abandono de los criterios técnicos que debe mostrar en la toma de decisiones, ya que la legitimación judicial se logra con el quehacer diario, con la argumentación correcta, no mediante la emisión de sentencias que muestren los deseos de alguna parte de la sociedad, a saber: una moral positiva. Por ejemplo, un rubro importante de la sociedad mexicana piensa que a los secuestradores se les deberían aplicar las máximas sanciones, si fuera posible hasta la pena de muerte, en el mejor de los casos, la tortura y tratos inhumanos; pero ello no es compatible con criterios científicos y técnicos, que han mostrado que una sanción severa no necesariamente inhibe ni resuelve el problema de la comisión de delitos; además, sería inconstitucional e inconveniente dejarse llevar por el sentir de la sociedad, ya que cualquier persona, incluso el condenado por los peores delitos, es ante todo persona y tiene dignidad y derechos humanos, que se deben respetar, lo que no se corresponde con la moral positiva de cierta parte de la sociedad mexicana, que desearía suspenderles su dignidad; ahí el gran problema de este criterio de evaluación.

Finalmente, sobre el criterio de moral justificada, se observa que éste puede ser poco operativo en los juzgados de distrito que se integran por un solo juez, pues además del diálogo que debe tener el juez con las partes en

conflicto ¿con quién más va a discutir y consensuar en el interior del juzgado? Con mucho, se prefiere la utilización de este criterio que el de moral social, pues se asume que la razonabilidad y el consenso deben guiar la argumentación jurídica.

Hasta aquí con lo señalado en torno a los parámetros de evaluación que utilizan las teorías de la argumentación jurídica de Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van Eemeren, Rob Grootendorst y Manuel Atienza. Como pudimos observar a lo largo de todo este capítulo, cada una de las cuatro teorías estudiadas integran diversos criterios de corrección para la argumentación, algunos de los cuales son compatibles o se repiten entre las propias teorías (por ejemplo, los defendidos por Neil MacCormick y Manuel Atienza); de esta forma, hemos logrado caracterizar el estatus actual sobre los criterios de evaluación en el ámbito exterior y el grado de importancia que los autores le otorgan a los mismos, así como identificar la existencia de un abanico de opciones para la calificación de la argumentación jurídica.

En este sentido, la encomienda perseguida en esta parte de la investigación ha tenido éxito, pues comprendemos ahora cómo operan los parámetros de corrección existentes principalmente en el contexto europeo; sin embargo, queda pendiente responder a las interrogantes planteadas en el capítulo anterior, en concreto si los criterios de evaluación encontrados en las teorías de la argumentación jurídica pueden ser aplicados directamente al contexto mexicano o si es posible generar una teoría de la argumentación que utilice criterios de corrección del exterior.

Como respuesta inicial a la primera pregunta, se señala que la aplicación de cualquier criterio de evaluación o de alguna teoría de la argumentación jurídica requiere de una justificación previa y detallada sobre su utilización, pues en un Estado constitucional de derecho lo que se exige a todos los órganos que integran el mismo (incluido los jueces) es argumentar la elección de una acción en uno u otro sentido (como la aplicación de los criterios de evaluación de determinado postulado teórico); en la práctica se observa que no se ha justificado por parte de los juzgadores mexicanos tal elección, pues en la mayoría de los casos, ellos aplican directamente teorías de la argumentación de cierto autor extranjero, sin presentar las razones que justifiquen que fue la mejor opción entre el abanico de alternativas existentes; he aquí el gran problema de la toma de decisiones en el contexto nacional.

Sobre la segunda interrogante, de forma preliminar, se señala que sí es posible generar una teoría de la argumentación jurídica nacional tomando como referencia los criterios de evaluación existentes en el exterior; lo anterior, con base en un esquema ecléctico, a saber: un modelo de complemen-

tariedad entre todos los parámetros de corrección existentes; pero, se insiste, para ello se debe justificar previamente la adecuación y compatibilidad de dichos criterios con las necesidades y demandas nacionales, lo cual no se ha efectuado en la práctica judicial ni en las investigaciones jurídicas nacionales; así, para nosotros, otro camino a seguir es la creación de nuevos criterios para la evaluación de la argumentación jurídica aplicables al ámbito mexicano (sobre esto regresaremos en otro lugar de la investigación, cuando presentemos algunas propuestas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica con derechos humanos).

Con todo, a fin de contar con una radiografía completa del tema y siguiendo los objetivos generales de la presente investigación, en los capítulos siguientes se presentará un estudio de casos prácticos sobre la justicia constitucional e internacional, lo cual resultará útil en dos sentidos; por un lado, para identificar las tendencias actuales en materia de evaluación de la justificación judicial y, por el otro, para asumir una postura final de cara a la corrección de la argumentación jurídica en el ámbito nacional.