

CAPÍTULO QUINTO

COMPROBACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. REFERENCIA INICIAL A LA COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN

En este nivel de la investigación, ya estamos en posibilidad de abordar la comprobación o no de la hipótesis planteada en la parte introductoria del presente trabajo; previamente a ello, se destaca que la posible no verificación de la misma no implicaría desechar totalmente el presente trabajo, pues como lo hemos señalado, ya sería útil para la ciencia del derecho el no poder comprobar la hipótesis planteada, pues nos mostraría qué camino no deben seguir futuras investigaciones a fin de resolver el problema planteado al inicio de la nuestra, a saber: la necesidad de mejorar el proceso de evaluación de la argumentación en la justicia constitucional de nuestro país y justificar la elección de las teorías de la argumentación a utilizar en las decisiones judiciales.

Ahora bien, recordando que la hipótesis fue una respuesta tentativa a la problemática planteada y que para la formulación de la misma fuimos impulsados por nuestra curiosidad e intuición, pues no contábamos con una investigación previa,⁶⁷⁸ cabría recordar que la hipótesis general fue formulada en los siguientes términos:

Si en México se deben mejorar los criterios de evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos y justificar la elección de las teorías de la argumentación a aplicar, entonces del análisis de la justicia constitucional de otros países y de la justicia internacional se identificarán diversos parámetros que servirán como prototipos y guías a implementar para la calificación de la argumentación desplegada en casos sobre derechos

⁶⁷⁸ Para la redacción de este párrafo se recurrió a las ideas plasmadas por González Galván, Jorge Alberto, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación y enseñanza*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 66.

humanos de nuestro país, así como para la elección de teorías de la argumentación jurídica.

En este sentido, se puede esbozar, de forma inicial, que sí se logró comprobar la hipótesis en lo que respecta a la identificación de diversos criterios de evaluación de la argumentación de la justicia constitucional de España y Colombia, así como de las cortes regionales de derechos humanos (Europea, Interamericana y Africana), criterios que, desde luego, pueden ser utilizados como guías para la calificación de la argumentación jurídica esbozada por los jueces constitucionales de nuestro país; así, contrariamente a lo que se podría pensar, sí se ubicaron algunos parámetros para calificar la corrección del proceso de toma de decisiones sobre derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido.

Con todo, se trata de una comprobación inicial y parcial de la hipótesis planteada, ya que la misma hipótesis necesita sustentarse en otros parámetros científicos de verificación, como son el método de la contrastación de Popper, por lo que cabría someter a los criterios de calificación de la argumentación encontrados en la justicia constitucional e internacional a un escrutinio más complejo, como el que se propone, por medio del método de falsación de dicho autor, ejercicio que efectuaremos en el punto siguiente. Por ahora, basta con señalar que inicialmente sí hemos podido comprobar parcialmente la hipótesis de nuestra investigación.

Por otro lado, se resalta que no se logró verificar en su totalidad dicha hipótesis, pues del análisis de cada uno de los seis casos prácticos aludidos en la presente investigación no se obtuvieron criterios o parámetros para la justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a implementar en la toma de decisiones, pues como se observó, en las diversas sentencias del ámbito constitucional e internacional se recurrió a la teoría de Robert Alexy, pero no se presentaron razones para su adhesión y utilización.

En consecuencia, se afirma que la tesis fue verificada de manera parcial; esto es, sólo en lo que respecta a la existencia en la justicia constitucional e internacional de criterios de evaluación y calificación de la argumentación jurídica; de modo que en la parte final de esta investigación se presentarán algunas consideraciones y propuestas, a fin de atender la problemática de la omisión de justificación en la utilización de postulados teóricos, como el de Alexy, problemática que quedó expuesta en los casos prácticos estudiados en el presente trabajo.

Pese a ello, en el punto siguiente se buscará comprobar de forma final (definitiva) la hipótesis general de esta investigación, referente a la existencia de criterios armónicos de evaluación en la justicia comparada (que pueden

ser utilizados en la justicia constitucional mexicana), con base en los postulados del método de falsación de Popper. Veamos a dónde nos lleva este ejercicio científico.

II. APLICACIÓN DEL MÉTODO DE FALSACIÓN DE POPPER A LOS HALLAZGOS ENCONTRADOS EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL (COMPROBACIÓN FINAL DE LA HIPÓTESIS GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN)

Como lo hemos referido a lo largo del presente trabajo, nuestro objetivo nunca fue crear una teoría para la evaluación de la argumentación jurídica de alcance general, sino más bien contribuir con el desarrollo y perfeccionamiento de los postulados vigentes sobre el tema, mediante aportaciones concretas desde la práctica judicial y la creatividad académica; bajo este sendero, una vez identificados los criterios de evaluación utilizados en el ámbito de la justicia constitucional e internacional contemporánea (a través de la muestra empírica de casos prácticos), estamos en posibilidad de aplicar a los mismos el método de la falsación-contrastación de Popper, a fin de comprobar y validar de forma definitiva los criterios identificados en la presente investigación y, consecuentemente, nuestra hipótesis general planteada en la parte introductoria del presente trabajo, al menos por lo que hace a dicho punto.

Para comenzar, se señala que somos partidarios del método de contrastación de Popper, porque estimamos que atiende los problemas del método de inducción, bajo el cual se busca inferir postulados generales con base en enunciados concretos,⁶⁷⁹ lo que nos parece criticable, pues, como diría Popper, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que se hayan observado con una investigación no justifica que todos los cisnes sean necesariamente blancos.⁶⁸⁰

Con mucho, no se descarta totalmente el método inductivo, sino que más bien se busca su perfeccionamiento, pues no compartimos la idea de que se pueda crear una teoría general mediante la simple referencia a enunciados concretos; pensar diferente nos llevaría a asumir que derivado del

⁶⁷⁹ En concreto, Popper señala que desde el contexto de la lógica, dista mucho de ser correcto que esté justificado inferir enunciados universales partiendo de enunciados concretos, por elevado que sea su número, ya que toda conclusión que se obtenga de esta forma corre el riesgo de resultar algún día falsa. Así, para dicho autor, el problema de la inducción puede formularse como la cuestión de saber cómo establecer la verdad de los enunciados universales sustentados en la experiencia. *Cf.* Popper, Karl R., *op. cit.*, p. 27.

⁶⁸⁰ *Idem.*

análisis de nuestra muestra de seis casos prácticos (enunciados singulares) llegaríamos a una teoría general de la evaluación de la argumentación jurídica para México, de ahí que nunca se haya tenido la intención de alcanzar ese objetivo.

Un objetivo así sería irresponsable, pues caería en una falacia común, al ser un argumento engañoso que induciría al error; en concreto, hablaríamos de una falacia de sobregeneralización, lo que es lo mismo, una generalización a partir de pocos ejemplos; aún más, se ha señalado que no puede ni siquiera generalizarse a partir de una muestra grande, a no ser que ésta sea demostrablemente representativa, todo lo cual confirma las críticas y objeciones de Popper al método inductivo.⁶⁸¹

Pues bien, siguiendo el método de falsación de Popper, debemos deducir algunas conclusiones de los criterios de evaluación encontrados en la justicia constitucional e internacional, para después compararlas entre sí a fin de identificar su compatibilidad y armonización, como lo sugiere Popper, comencemos pues con la identificación de algunas conclusiones de la justicia constitucional.

En concreto, de todos los criterios de evaluación encontrados en la justicia constitucional, a saber: finalidades constitucionales válidas, idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, terminológico, jurisprudencial, dignidad humana, derecho comparado y de la duda razonable, se pueden obtener, mediante una deducción, las siguientes conclusiones particulares:⁶⁸²

- a) Que toda restricción a los derechos humanos debe estar respaldada en los principios de una Constitución política o carta fundamental.
- b) Que deben buscarse siempre medidas que afecten menos a los derechos humanos.
- c) Que debe existir un equilibrio entre el grado de afectación de un derecho con el nivel de realización del derecho que juega en sentido opuesto.

⁶⁸¹ Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. de Mar Vidal, México, Ediciones Culturales Paidós-Ariel, 2015, pp. 111 y 117.

⁶⁸² Para la redacción de las conclusiones particulares se utilizaron las propias consideraciones y argumentaciones expuestas por los jueces constitucionales mexicanos, colombianos y españoles en los casos analizados en la presente investigación. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 2; Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, pp. 5, 7 y 8; y Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66654- 66655.

- d) Que se deben aclarar los conceptos y problemas relacionados con el derecho humano a tratar.
- e) Que para resolver el caso se tiene que recurrir a los precedentes judiciales sobre el tema, aunque se pueden abandonar los mismos previa justificación.
- f) Que en todo momento y bajo cualquier escenario la decisión debe buscar materializar la dignidad humana.
- g) Que se deben analizar las distintas formas en que otros países han abordado el tema y la problemática a revolver sobre los derechos humanos.
- h) Que cuando exista una duda razonable sobre el alcance de un derecho humano se tienen que estudiar las semejanzas y diferencias entre las diversas formas para su ejercicio.

Ahora bien, cabe realizar el mismo ejercicio para el caso de la justicia internacional; así, se tiene que de los criterios de evaluación encontrados en dicha justicia, esto es, de los fines legítimos, necesidad, económico, razonabilidad, argumentación exhaustiva, internacional, del derecho comparado interamericano, jurisprudencia comparada, proporcionalidad en sentido estricto, de la sociedad democrática e interpretación no jurisprudencial, se pueden deducir las siguientes conclusiones particulares:⁶⁸³

- a) Que toda restricción a los derechos humanos tiene que sustentarse en un fin considerado legítimo para la carta fundamental del país respectivo.
- b) Que siempre se debe buscar una medida alternativa menos restrictiva a los derechos humanos.
- c) Que el disfrute de ciertos derechos humanos representa un costo para los Estados, por lo que éstos deben propiciar su ejercicio.
- d) Que toda afectación a los derechos humanos debe perseguir un objetivo legítimo que sea proporcional con los mecanismos aplicados.
- e) Que cualquier restricción a los derechos humanos debe justificarse de forma rigurosa.

⁶⁸³ Para la redacción de las conclusiones particulares se recurrió a las consideraciones e ideas expuestas por los jueces internacionales: europeos, interamericanos y africanos en los asuntos estudiados en la presente investigación. Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 1; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 20; y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

- f) Que para tomar una postura sobre la afectación de los derechos humanos se debe observar la práctica comparada (instrumentos y decisiones), en particular la de la región interamericana.
- g) Que las restricciones a los derechos humanos deben ser razonablemente proporcionales con el fin perseguido por la medida que los restringe.
- h) Que toda efectución a los derechos humanos tiene que ser necesaria en el contexto de las sociedades democráticas.
- i) Que las determinaciones sobre los derechos humanos también deben sustentarse en interpretaciones no jurisdiccionales.

Una vez identificadas las conclusiones particulares de los criterios de evaluación de la argumentación de la justicia constitucional e internacional, resulta ahora apropiado comparar las mismas conclusiones, a fin de ubicar su compatibilidad, armonización y equivalencia, como lo demanda el método de contrastación de Popper; para ello, cabe integrar todas las conclusiones en un bloque para analizar dicha compatibilidad. Representemos pues las mismas conclusiones mediante el siguiente esquema:

| <i>Aplicación del esquema de contrastación de Popper a las conclusiones particulares de los criterios de evaluación de la justicia constitucional e internacional</i> | |
|---|--|
| <i>Conclusiones deducidas de la justicia constitucional</i> | <i>Conclusiones deducidas de la justicia internacional</i> |
| <ul style="list-style-type: none">• Que toda restricción a los derechos humanos debe estar respaldada en los principios de una Constitución política o carta fundamental.• Que deben buscarse siempre medidas que afecten menos a los derechos humanos.• Que debe existir un equilibrio entre el grado de afectación de un derecho con el nivel de realización del derecho que juega en sentido opuesto.• Que se deben aclarar los conceptos y problemas relacionados con el derecho humano a tratar.• Que para resolver el caso se tiene que recurrir a los precedentes judiciales sobre el tema, aunque se pueden abandonar éstos previa justificación. | <ul style="list-style-type: none">• Que toda restricción a los derechos humanos tiene que sustentarse en un fin considerado legítimo para la carta fundamental del país respectivo.• Que siempre se debe buscar una medida alternativa menos restrictiva a los derechos humanos.• Que el disfrute de ciertos derechos humanos representa un costo para los Estados, por lo que éstos no deben propiciar su no ejercicio.• Que toda afectación a los derechos humanos debe perseguir un objetivo legítimo que sea proporcional con los mecanismos aplicados.• Que cualquier restricción a los derechos humanos debe justificarse de forma rigurosa. |

Aplicación del esquema de contrastación de Popper a las conclusiones particulares de los criterios de evaluación de la justicia constitucional e internacional

| | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Que en todo momento y bajo cualquier escenario la decisión debe buscar materializar la dignidad humana.• Que se deben analizar las distintas formas en que otros países han abordado el tema y la problemática a revolver sobre los derechos humanos.• Que cuando exista una duda razonable sobre el alcance de un derecho humano, se tienen que estudiar las semejanzas y diferencias entre las diversas formas para su ejercicio. | <ul style="list-style-type: none">• Que para tomar una postura sobre la afectación de los derechos humanos se debe observar la práctica comparada (instrumentos y decisiones); en particular, la de la región interamericana.• Que las restricciones a los derechos humanos deben ser razonablemente proporcionales con el fin perseguido por la medida que los restringe.• Que toda efectución a los derechos humanos tiene que ser necesaria en el contexto de las sociedades democráticas.• Que las determinaciones sobre los derechos humanos también deben sustentarse en interpretaciones no jurisdiccionales. |
|---|---|

¿Son compatibles y armónicas dichas conclusiones particulares?

Como se puede apreciar del análisis comparativo de cada una de las conclusiones particulares, podemos señalar que efectivamente las mismas son compatibles entre sí, y en algunos casos idénticas; así, no encontramos diferencias entre los parámetros de evaluación, por lo que se puede afirmar que no hay razones para desechar tales criterios ni tampoco la hipótesis planteada en este trabajo.

Con todo, consideramos que para asumir que hemos logrado comprobar de forma definitiva tales criterios y la propia hipótesis planteada en esta investigación sobre este tema se requiere, como sugiere Popper, comparar además las conclusiones obtenidas con algunos enunciados científicos disponibles; esto es, con algunas teorías de la argumentación jurídica de alcance general, lo cual efectuaremos a continuación.

¿Son compatibles las conclusiones particulares con algunas teorías de la argumentación jurídica vigentes?

A fin de resolver dicha interrogante, se señala que varias conclusiones singulares encuentran su respaldo en postulados de algunas teorías generales sobre el razonamiento jurídico; en concreto, podemos asumir que las conclusiones son compatibles con los postulados del principio de proporcionalidad en sentido general, que se desprende de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, por lo cual se corrobora que efectivamente los criterios de evaluación han sido comprobados bajo el test de falsación de Popper.

Con base en dicho esquema, se concluye que los criterios de evaluación de la justicia constitucional e internacional, identificados en esta investigación, han logrado acreditar el método de contrastación y falsación de Popper, ya que los mismos son compatibles y equivalentes entre sí y con una teoría de alcance general, por lo que no existen razones para descartar tales criterios de evaluación de la argumentación jurídica desplegada en casos que involucren tensiones entre derechos humanos; de esta manera, se asume que hemos logrado verificar y comprobar de forma definitiva la hipótesis general planteada en este trabajo por lo que hace a la existencia de criterios viables de la justicia constitucional de otros países y de la justicia internacional, que pueden operar como guías y prototipos para la calificación de la argumentación esbozada por los jueces constitucionales de nuestro país.

III. PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS

Hasta aquí hemos podido comprobar que sí existen parámetros de evaluación de la argumentación jurídica sobre derechos humanos en la justicia constitucional e internacional que pueden ser implementados en México, pero ¿son suficientes dichos hallazgos para el desarrollo y fortalecimiento de la argumentación jurídica? La respuesta es negativa en dos sentidos. Veamos por qué.

En un primer sentido, porque si bien es cierto que con el análisis de los seis casos prácticos de la presente investigación identificamos diversos criterios para calificar la argumentación jurídica, que resultan de fácil aplicación y operatividad; esto es, viables para ser utilizados por los jueces constitucionales de nuestro país, incluso, algunos criterios ya son aplicados por los jueces mexicanos (piénsese en la Suprema Corte de Justicia de la Nación), cabe hacer notar que los parámetros expuestos no son suficientes para evaluar ampliamente los esquemas argumentativos sobre derechos humanos. En este sentido, somos conscientes de la necesidad de diseñar y operar otros criterios que contribuyan con el fortalecimiento y desarrollo de la argumentación jurídica, por lo cual realizaremos algunas propuestas al respecto en este capítulo de la investigación.

En un segundo sentido, porque no logramos, como lo hemos esbozado con antelación, identificar un test o metodología de justificación de la elección de las teorías de la argumentación a aplicar en los casos sobre derechos

humanos, lo cual consideramos sumamente importante para el respaldo de la decisión adoptada. Por ello, en esta parte de la investigación presentaremos una propuesta de solución al problema identificado de falta de justificación en la elección de los postulados científicos utilizados en las decisiones judiciales.

Pues bien, con el objetivo de contribuir con el mejoramiento de los modelos de evaluación de la argumentación jurídica, adicionalmente a todos los parámetros de calificación identificados en este trabajo, se proponen los siguientes criterios para evaluar el razonamiento a presentarse en la justicia constitucional mexicana al momento de resolver casos prácticos sobre derechos humanos:

- Criterio del máximo esfuerzo.
- Criterio de la doble posición.
- Criterio *pro personae*.
- Criterio progresista.
- Criterio de falsación (Popper).
- Criterio dialógico.
- Criterio sobre la paz.

Sobre el criterio del máximo esfuerzo, se destaca que el mismo pugna por un ejercicio intelectual arduo por parte de los jueces constitucionales (pues su decisión puede restringir válidamente un derecho humano), a saber: una argumentación de naturaleza creativa y sofisticada, lo que implicaría que para calificar como correcto un esquema de razonamiento se revisaría que el mismo abordara y analizara todos los elementos y consideraciones relevantes para el sentido de la decisión y no sólo cuestiones jurídicas; todo ello, siempre y cuando así lo requiera el tipo de asunto a resolver.

Sin ir más lejos, en un caso en materia electoral (nulidad de una elección), será necesario que los jueces se esfuercen (intelectualmente hablando) por estudiar todas las consideraciones importantes para la decisión, como podrían ser los elementos sociales y culturales; ello, sin perder la idea de que el elemento fundamental de este criterio lo constituye, desde luego, el ámbito jurídico; pero el mismo necesita alimentarse de otros parámetros, más aún en casos sobre derechos humanos, en los cuales las líneas divisorias entre los discursos son muy difusas, pues ¿acaso podríamos abordar los derechos humanos haciendo alusión únicamente a cuestiones jurídicas? La respuesta es en sentido negativa, tomando como referencia que la dignidad humana (como base de los derechos humanos) se inscribe en un ámbito pluridimensional.

En torno al criterio de la doble posición, se señala que éste exige que los jueces muestren empatía con cada una de las partes y sus derechos humanos en tensión; en concreto, exige que no asuman una posición de indiferencia y autoridad frente a las partes, sino más bien un escenario amistoso y humanista (lo cual no es una tautología, ya que a veces las personas no actúan con humanidad); ello, derivado de que estamos en presencia de una posible restricción a los derechos humanos de alguna de las partes en conflicto, lo que comporta una afectación a su dignidad humana, por lo cual los decisores deben materializar un esquema de comprensión de las demandas y necesidades de las personas desde una perspectiva humilde, humanista y empática.

Para lograr dicho escenario, se requiere adoptar la figura de la posición dual, o doble posición, lo que implica que el juez se quite su careta de autoridad y analice el asunto como si él o ella fueran las personas que posiblemente van a sufrir una afectación a alguno de sus derechos humanos; sólo así podrán comprender realmente el sentir y preocupación de las partes, no pueden ni deben ser tratadas como un simple número de expediente; por ejemplo, el AR 234/2017, el JDC 21-13- 2017 o cualquier otra nomenclatura posible, ello disminuye la parte humana, sensible, amigable y empática que debe estar presente en el quehacer jurisdiccional; en otros palabras, los jueces no deben olvidar que están tratando con personas, con sus derechos concretos, con sus ideales de una vida digna, no con expedientes, números, criterios o seres insensibles e inanimados. En efecto, el criterio de la doble posición permite a los jueces analizar los derechos humanos, y, el caso concreto, en su máxima expresión, como si ellos fueran las partes afectadas, a saber: de la forma en que cualquier persona esperaría ser comprendida en sus ideales morales, en sus expectativas de una vida digna, lo cual representa el mejor acto de consideración hacia el otro, hacia la misma humanidad.

Sobre el criterio *pro personae*, se señala que el mismo criterio deriva del artículo 1o. de la Constitución de la República, que precisa que las normas sobre derechos humanos se interpretarán favoreciendo a las personas la protección más extensa; en concreto, para los fines de esta investigación, este criterio implica que los jueces argumenten los derechos humanos propiciando siempre la protección y garantía más amplia de la dignidad humana de las personas; en otros términos, deben buscar, en todas las formas posibles, que toda decisión judicial sea la más benéfica para las personas, lo que conlleva que operen bajo parámetros garantistas que limiten ampliamente la restricciones a los derechos humanos. Se acreditará este criterio cuando los jueces y cualquier observador externo (*i. e.*: académicos, defensores de derechos humanos o las organizaciones de la sociedad civil) puedan identificar que la decisión tomada es la más favorable para la dignidad de las per-

sonas, en virtud de que restringe en menor medida los derechos humanos, y dicha restricción está ampliamente justificada.

El criterio progresista establece que el razonamiento en torno a los derechos humanos debe comportar su desarrollo y ensanchamiento permanente, con lo cual se materializa el principio que prohíbe que la argumentación jurídica fomente un escenario regresivo para los derechos humanos. Como lo podrá observar el atento lector, este principio fue obtenido de las características de los derechos humanos; en concreto, de las obligaciones que tienen todas las autoridades, de conformidad con el artículo 1o. de la Constitución mexicana, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos con base, entre otros, en el principio de progresividad. Pues bien, este criterio resulta de suma importancia para la mejora continua del alcance de los derechos humanos por medio de la argumentación jurídica; he aquí el gran compromiso y responsabilidad de los jueces con la conformación del Estado constitucional de derecho.

Así, se tiene que para poder evaluar positivamente la argumentación desplegada en toda decisión se debe acreditar que el razonamiento propicia la ampliación del contenido de los derechos humanos, lo que significa que la misma no es regresiva en ningún sentido para las personas; ello, en relación con lo ganado y decretado por otras decisiones del ámbito nacional e internacional, lo cual, si bien se torna complejo (ya que los jueces deben conocer la jurisprudencia internacional emitida al respecto), se trata de una exigencia justificada, pues en última instancia está en juego la idea de vida digna de las personas.

Respecto al criterio de falsación o contrastación, se destaca que el mismo fue tomado de las ideas esbozadas por Popper en sus investigaciones sobre la lógica de la investigación científica (como de hecho se titula su obra en el idioma castellano); en concreto, aplicando los postulados de dicho autor al ámbito del razonamiento jurídico; este criterio señala que de la decisión emitida que resuelva una colisión entre derechos humanos se deben deducir ciertas conclusiones particulares, que tienen que compararse entre sí y con otros enunciados científicos y criterios judiciales a fin de determinar su armonización y compatibilidad; si se logra acreditar con éxito la contrastación, se podrá asumir que la decisión adoptada ha sido verificada, por lo que puede ser aceptada por las partes y la propia sociedad.⁶⁸⁴

Bajo este escenario, los jueces no terminarían con su quehacer jurídico al emitir una sentencia que resuelva una tensión entre principios constitucio-

⁶⁸⁴ Para la redacción de este párrafo han sido utilizadas las ideas de Popper. Véase Popper, Karl R., *op. cit.*, pp. 32 y 33.

nales, ya que después de emitirla deben pasarla al escrutinio de este criterio, a saber: deducir conclusiones particulares de la determinación judicial, que deben compararse entre sí, para verificar su compatibilidad, de modo que si no se logra acreditar este examen, la decisión debe ser abandonada por ser falsable; esto es, incorrecta.

Sobre el criterio dialógico,⁶⁸⁵ se precisa que el mismo alude a abrir la argumentación jurídica a consultas públicas y mesas de debate; ello, una vez que los jueces han formulado sus argumentos y tienen una decisión sobre el caso, pero antes de que sea notificada la sentencia; lo anterior permite generar un diálogo directo entre los jueces constitucionales y la sociedad, en concreto, con cualquier persona, académicos y miembros de las organizaciones de la sociedad civil interesados en el tema que se discutió en la determinación judicial, sin que deban acreditar experiencia sobre el tópico respectivo.

Ahora bien, para materializar este criterio, los jueces deben elaborar y presentar un resumen con lenguaje sencillo que contenga las principales razones que sustentan el sentido de su decisión, el cual debe hacerse del conocimiento de la sociedad a través de cualquier medio electrónico, a fin de que inicie el proceso de recepción de opiniones sobre la decisión adoptada, adicionalmente, se debe convocar a la celebración de mesas de debate con la sociedad interesada, principalmente con los profesionales del derecho, con objeto de que los jueces deliberen públicamente sus posturas con los asistentes a las mesas, todo ello, con el propósito de que cuenten con mayores elementos para sustentar o abandonar las razones expuestas para la solución del caso; con mucho, las opiniones y razones esgrimidas por la sociedad no serán vinculantes, pero sí deben ser oídas en un entorno dialógico y de respeto mutuo.

El criterio dialógico es similar a la figura del *amicus curiae*,⁶⁸⁶ muy utilizada en el contexto de los tribunales internacionales; sin embargo, se distingue

⁶⁸⁵ Este criterio encuentra su realce en el seno de una justicia abierta, que supone la aplicación de los principios del gobierno abierto al ámbito de la justicia y el Poder Judicial, a fin de lograr transparencia, rendición de cuentas, colaboración, participación y apertura al ciudadano. Cfr. Jiménez-Gómez, Carlos E., “Hacia el Estado abierto: justicia abierta en América Latina y el Caribe”, en Naser, Alejandra *et al.* (eds.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017, p. 240.

⁶⁸⁶ Se ha dicho que la figura del *amicus curiae* es útil en la práctica judicial, ya que democratiza la misma, al permitir que diversas personas con algún interés legítimo participen en el proceso jurisdiccional. Entre las ventajas de su utilización se tienen la legitimación de los jueces en casos paradigmáticos, la búsqueda de nuevos argumentos y el establecimiento de una democracia deliberativa. Cfr. Mena Vázquez, Jorge, “El *amicus curiae* como herramienta de la democracia deliberativa”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, cuarta época, vol. 1, núm. 6, 2010, pp. 174, 184 y 185, disponible en

de éste porque aquél se presenta una vez que los jueces ya han decidido el asunto, a saber: cuando ya tienen una determinación respaldada con razones; asimismo, porque implica celebrar mesas de debate con la sociedad. Con mucho, ambas figuras se complementan; esto es, no son excluyentes, pues se pueden recibir *amicus curiae* al inicio y durante el trámite del juicio, y una vez que los jueces emitan una decisión se puede someter la misma decisión al criterio dialógico que se propone.

En suma, para considerar que una decisión es correcta y adecuada en el contexto del gobierno abierto del Estado constitucional de derecho, la misma decisión debe acreditar el criterio dialógico, lo que conlleva que ésta última ha sido sometida a un debate público y crítico, que invariablemente abonará y enriquecerá el esquema argumentativo adoptado por los jueces constitucionales de nuestro país.

Por lo que hace al criterio sobre la paz, se esboza que el mismo implica un cambio del lenguaje y pensamiento en la argumentación jurídica; esto es, un tránsito de un lenguaje bélico y de un pensamiento polarizado (ganar o perder, todo o nada) hacia un lenguaje pacífico y no polarizado de los jueces, pues en materia de derechos humanos se debe buscar ante todo un escenario de entendimiento y concordancia entre las partes y sus derechos. En particular, el criterio sobre la paz obliga a los juzgadores a alcanzar la tranquilidad y armonía en la adversidad mediante una argumentación amistosa, sincera, reconciliatoria, dirigida a favorecer la calma en las sociedades.⁶⁸⁷

Para que se pueda acreditar este criterio, los jueces deben utilizar, como hemos indicado, un lenguaje pacífico y no polarizado en su argumentación; además, deben presentar razones tendientes a buscar la conciliación de los derechos humanos en colisión, a fin de promover el entendimiento no sólo de las partes, sino de la sociedad, para lo cual los juzgadores tienen que razonar e interpretar todo el arsenal jurídico bajo el ideal de una vida pacífica, a saber: sin disturbios, perturbaciones, enfrentamientos o malestares; pero ¿no acaso una colisión de derechos humanos es *per se* una perturbación? Desde una realidad simplista, sí lo es, pero, desde una realidad crítica, tenemos que

<https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-2010-04-006-173.pdf>, fecha de consulta: 12 de enero de 2018.

⁶⁸⁷ Otros autores nacionales ya han relacionado la argumentación con la paz; así, refieren, por ejemplo, que la paz, antes que un derecho, es una actitud, una forma de observar las vicisitudes, por lo que se asume como una epistemología; concretamente, como una pauta hermenéutica de todo jurista, por lo que si el argumento no funciona para lograr la paz, algo anda mal; aún más, que la paz opera como un parámetro eficaz, que como didáctica social puede significar la construcción de figuras jurídicas útiles, como las comisiones de la verdad, la justicia restaurativa y la conciliación y mediación. *Cfr.* Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, pp. 136-138.

asumir que no necesariamente, o no en el sentido común de la expresión. Aquí está la gran labor de los jueces, que deben buscar por todos los medios posibles la tranquilidad de las partes dentro de las posibles adversidades.

Bajo esta senda, se aprecia que el criterio sobre la paz se sustenta en una filosofía de la armonía, no de la adversidad, lo que implicaría observar los conflictos y desacuerdos humanos como una excepción y no como una regla de las relaciones humanas. Reconocemos que dicha filosofía puede visualizarse como un ideal inalcanzable o, si se quiere, como un deseo de difícil realización; pese a ello, se piensa que la argumentación nos brinda un excelente espacio para lograr una vida pacífica en la adversidad humana, que podría asumirse como adversidad aparente, pues es posible diluirla.

Pues bien, los anteriores criterios constituyen nuestra hoja de ruta y propuesta concreta para mejorar y fortalecer la evaluación de la argumentación jurídica en nuestro país. La propuesta queda, desde luego, sujeta a la crítica libre de los operadores jurídicos, defensores de los derechos humanos, así como de los miembros de la sociedad civil, pues sabemos que la misma puede perfeccionarse; asimismo, no debe ser asumida como la única vía posible para calificar y fiscalizar la argumentación jurídica; con todo, pensamos que es un borrador adecuado para generar un desarrollo en el razonamiento jurídico, ya que los criterios propuestos son viables en la justicia constitucional mexicana; sin ir más lejos, algunos de los parámetros ya se han discutido en la cultura jurídica nacional; por ejemplo, bajo la idea de justicia abierta y de las relaciones entre la argumentación y la paz.⁶⁸⁸

Para seguir avanzando en la parte propositiva de la presente investigación, se reitera que para conseguir el desarrollo y fortalecimiento de la argumentación jurídica no fue suficiente con identificar diversos criterios de calificación de la misma (mediante el análisis de los casos prácticos expuestos); ello, porque a través de dicho estudio práctico no se logró ubicar

⁶⁸⁸ Sobre esto, cabe hacer notar que la idea de paz no es un concepto abstracto, sino concreto y realizable; esto es, se asume como un derecho humano *a la paz*, que ha tenido un desarrollo progresivo que inició en 2010 en el contexto del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por impulso de la sociedad civil organizada; así, recuérdese que el 19 de diciembre de 2016 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 71/189, que contiene la Declaración sobre el Derecho a la Paz, misma que el Consejo de Derechos Humanos había aprobado el 1 de julio de 2016 en una resolución diversa. De esta forma, se observa que con tales acciones terminaron las tareas de codificación progresivo del derecho humano a la paz, por lo que se trata de un ideal realizable en el ámbito práctico. Véase Villán Durán, Carlos, “Luces y sombras en el proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz”, en Faleh Pérez, Carmelo y Villán Durán, Carlos (dirs.), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*, Asturias, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Velasco Ediciones, 2017, p. 23.

algún modelo para justificar la elección de las teorías de la argumentación jurídica utilizadas en la solución de las colisiones entre derechos humanos, por lo que está claro que no conseguimos comprobar y verificar la hipótesis planteada en esta investigación, respecto a dicho tema.

La justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica es un punto que no ha sido atendido por las investigaciones recientes en nuestro país, que sólo se centran en presentar los postulados existentes en torno a las diversas teorías de la argumentación jurídica de alcance internacional; de esta forma, consideramos que es un tópico vigente que debe ser analizado desde la trinchera académica, a fin de generar un efecto posterior en la arena jurisdiccional, pues no es posible afirmar que una decisión sea la más correcta y adecuada si no cuenta con un esquema de respaldo sobre la elección de los postulados teóricos que han informado a la misma decisión.

Ahora bien, la realidad que sí se logró demostrar es que, en la justicia constitucional e internacional actual, los jueces no se preocupan por argumentar la adopción y aplicación de una u otra teoría de la decisión judicial; pongamos por caso la sentencia que analizamos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual no existió un test o metodología de la elección de la teoría de Robert Alexy; así, la misma fue adoptada sin reparar en su conveniencia para el caso concreto; a causa de ello, se puede tener la duda razonada sobre si dichos postulados, de entre muchos otros que existen, fueron los más precisos, adecuados y convenientes para el sentido de la decisión.

En efecto, pensamos que del abanico de teorías de la argumentación existentes (como las esbozadas en este trabajo de los autores Neil MacCormick, Robert Alexy, Manuel Atienza, Frans van Eemeren y Rob Grootendorst), se requiere justificar su elección y utilización en un caso práctico sobre derechos humanos, pues si no lo hacemos caeríamos irremediabilmente en la falacia *ad verecundiam*, que se explica con el argumento de autoridad, a saber: con el sentimiento de respeto que se tiene hacia cierta autoridad para probar la verdad de una conclusión; en otras palabras, se apela a la autoridad como argumento para defender la corrección de una proposición.⁶⁸⁹ En el tema que nos ocupa es evidente que al no justificar la elección, por ejemplo, de la teoría del Robert Alexy para resolver una colisión, estaríamos asumiendo que tal autor es una autoridad en argumentación jurídica, por lo que no habría necesidad de argumentar sobre su elección, lo que comportaría la materialización de la referida falacia *ad verecundiam*.

⁶⁸⁹ Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 73.

De esta manera, para no caer en esa falacia y para eliminar cualquier vicio en la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos, pues le resta credibilidad y confianza al quehacer jurisdiccional, consideramos apropiado proponer algún tipo de test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación. Lo anterior, ya que nos interesa realmente mejorar los modelos de razonamiento jurídico en nuestro país, derivado de los problemas encontrados en la práctica judicial (ausencia de justificación en la elección de las teorías científicas a aplicar); por eso, estimamos que la creación de un test de justificación de las mismas es un pequeño paso y un borrador viable para el desarrollo del razonamiento jurídico en la justicia constitucional.

Bajo este escenario, con el objetivo de atender la problemática planteada, proponemos la siguiente metodología o test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a aplicar para resolver las colisiones entre principios constitucionales en sentido amplio (que incluye derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido), que será una hoja de ruta para nuevas investigaciones. Veamos pues cuáles son los componentes o gradas del test de justificación y las preguntas críticas que lo integran.

La primera grada tiene que ver con la identificación de una verdadera colisión entre principios constitucionales en sentido amplio (derechos humanos o principios constitucionales en sentido estricto). A fin de atender tal encomienda, debemos contestar las siguientes interrogantes:

1. ¿Las demandas de las partes buscan materializar una vida digna en el contexto del Estado constitucional de derecho?
2. ¿La idea de vida digna que se demanda encuentra sustento en alguna dimensión de los derechos humanos reconocida en instrumentos internacionales o nacionales o en algún principio constitucional en estricto sentido?
3. ¿Al ejercer una dimensión de los derechos humanos se afecta directa o indirectamente el ejercicio otra dimensión de los derechos humanos o un principio constitucional en sentido estricto?
4. ¿Una de las partes demanda la prevalencia de sus derechos humanos frente a los derechos humanos o principios constitucionales en estricto sentido de la otra parte?
5. ¿Existe ausencia de un ejercicio armónico y ordenado entre las dos dimensiones de los derechos humanos o entre una dimensión de aquéllos y un principio constitucional en sentido estricto?

Si todas las respuestas a las interrogantes son afirmativas, entonces, debemos asumir que efectivamente nos encontramos frente a una colisión

entre principios constitucionales, por lo que podemos pasar a la segunda grada del test de justificación; esto es, al componente en el cual debemos argumentar sobre la elección de los postulados teóricos a aplicar para resolver, de forma definitiva, la tensión entre derechos humanos o entre éstos y los principios constitucionales en sentido estricto.

De modo que la segunda grada del test se manifiesta con un esquema de justificación amplio sobre la elección, adopción y aplicación de alguna de las vigentes teorías de la argumentación jurídicas de alcance general en la cultura jurídica nacional o internacional, con la cual se pueda resolver la tensión identificada en la grada anterior; para ello, debemos responder las siguientes preguntas críticas:

1. ¿Por qué se ha elegido cierta teoría de la argumentación jurídica para resolver la colisión?
2. ¿Qué inconvenientes o críticas ha sufrido la teoría de la argumentación jurídica a aplicar?
3. ¿Cómo se han resuelto los inconvenientes de la teoría de la argumentación jurídica a aplicar por parte de la doctrina o cómo se resolverían en la decisión?
4. ¿Qué tipos de criterios de calificación y evaluación del razonamiento contiene la teoría de la argumentación jurídica que se propone?
5. ¿Son viables y de fácil realización para la justicia constitucional mexicana los parámetros de evaluación del razonamiento que defiende la teoría de la argumentación que se intenta adoptar?
6. ¿Cuál sería el efecto que se generaría si no se utiliza la teoría de la argumentación jurídica propuesta?
7. ¿Cómo sería el modelo de razonamiento de la decisión con base en la teoría de la argumentación jurídica que se pretende aplicar?
8. ¿Qué le aporta a la decisión el modelo de razonamiento de la teoría de la argumentación jurídica a adoptar?
9. ¿Es un adorno intelectual para la decisión la teoría de la argumentación jurídica propuesta o realmente tiene un efecto fundamental en el sentido de la decisión?⁶⁹⁰

⁶⁹⁰ Para la formulación de esta pregunta, se utilizaron las ideas esbozadas por Salas, Minor E., "Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica. Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho", *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 27, octubre de 2007, pp. 111-142 (p.129), disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/debate-sobre-la-utilidad-de-la-metodologia-juridica--una-reconstruccion-critica-de-las-actuales-corrientes-metodologicas-en-la-teoria-del-derecho-0/>, fecha de consulta: el 14 de enero de 2018.

10. ¿Cómo contribuye la teoría de la argumentación jurídica propuesta para lograr la adhesión de las partes y de la sociedad con la decisión?
11. ¿Cuáles son las ventajas que generaría para el Estado constitucional de derecho la teoría de la argumentación jurídica que se quiere adoptar frente a otros postulados teóricos existentes?
12. ¿Qué antecedentes existen de casos similares que hayan adoptado la teoría de la argumentación jurídica que se desea aplicar?

De esta forma, estimamos que los jueces deben responder a cada una de las preguntas anteriores antes de la utilización de cualquier teoría de la argumentación jurídica; ello, si realmente se interesan por mejorar su actividad jurisdiccional en el seno del Estado constitucional de derecho, en el cual se exige a todas las autoridades (administrativas, legislativas y judiciales) una justificación amplia de todas las acciones, políticas, decisiones y criterios a adoptar, más aún, cuando se trata de una posible afectación a los derechos humanos de las personas.

Ahora bien, para seguir avanzando, se resalta que con la superación de las dos anteriores gradas no hemos concluido aún el test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica, pues nos falta agotar satisfactoriamente la última grada del test, la cual activa un esquema de diálogo y participación con los miembros de la sociedad, que se asume como indispensable para la legitimación material de las decisiones en torno a temas fundamentales, como es el desarrollo de un proyecto de vida digna de las personas, que los derechos humanos posibilitan.

En particular, la tercera grada conlleva abrir el test a la crítica constructiva de los académicos expertos en el tema de razonamiento judicial; para ello, se propone que una vez que los jueces han justificado la elección de alguna teoría de la argumentación jurídica con base en los dos criterios anteriores, sometan la elección al diálogo con los expertos académicos de las principales universidades de derecho y centros de investigación jurídica del país.

Lo anterior, mediante la celebración de mesas de discusión y debate entre los jueces y los académicos, la que permitirá la evaluación de las elecciones realizadas por los jueces, de modo que puedan ser rechazadas o adoptadas por la comunidad académica de expertos a través de la emisión de argumentos sólidos. Con todo, se aclara que dichas manifestaciones académicas tendrían una naturaleza no vinculante; pero ello no le restaría importancia a esta grada, pues los jueces (como autoridad jurisdiccional) sí tendrían la obligación de presentar las razones para justificar el rechazo de

las manifestaciones elaboradas por los académicos. Dichas razones deberán hacerse del conocimiento de los expertos en las mismas mesas de debate y figurar en la misma sentencia.

Así pues, esta última grada de test de justificación; le brindará una mayor solidez a la adopción de las teorías de la argumentación jurídica para resolver casos sobre derechos humanos, ya que la elección estaría respaldada por un diálogo judicial y académico, que no haría más que enriquecer el quehacer jurisdiccional en torno a los modelos argumentativos a aplicar para la toma de decisiones en casos paradigmáticos.

Con base en todo lo señalado sobre el test de justificación de las teorías de la argumentación jurídica, se tiene que hemos podido presentar una propuesta concreta para resolver la problemática identificada sobre la escasa deliberación por parte de los jueces constitucionales e internacionales respecto a la adopción de postulados teóricos sobre el razonamiento jurídico. Dicha propuesta constituye una metodología de fácil aplicación, que puede mejorar sustancialmente la labor argumentativa en nuestro país; se trata, en concreto, de una hoja de ruta para futuras investigaciones en la materia o, como dirían algunos autores, son instrucciones para armar.⁶⁹¹

IV. COLOFÓN

Como lo pudimos apreciar, fueron dos cuestiones las que buscamos atender con las propuestas esbozadas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos; por un lado, la necesidad de crear y establecer más criterios para la calificación de la argumentación jurídica; por el otro, la exigencia de diseñar modelos para elegir (justificar) teorías de la argumentación jurídica a utilizar en la toma de decisiones sobre posibles afectaciones a los derechos humanos.

Pensamos que en ambos cometidos hemos tenido cierto éxito, porque logramos exponer una serie de nuevos parámetros para fiscalizar la argumentación jurídica que pueden aplicar los jueces constitucionales de nuestro país, en conjunto con los demás criterios encontrados con el estudio de casos prácticos de esta investigación. Asimismo, porque diseñamos un test o metodología compuesta de tres gradas, para la justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a aplicar en la solución de colisiones entre principios constitucionales en sentido amplio (que incluye derechos

⁶⁹¹ La expresión *instrucciones para armar* no es nuestra, fue tomada del título de una obra reciente de Vázquez, Daniel, *op. cit.*, s. p.

humanos y principios constitucionales en sentido estricto), que puede ser adoptado por la justicia constitucional mexicana.

En este sentido, las propuestas presentadas en esta investigación buscan generar un avance en el desarrollo y el fortalecimiento de la argumentación jurídica de nuestro país; aún más, tales propuestas son viables y operables en el corto plazo, ya que no conllevan costos excesivos para su puesta en marcha; en concreto, sólo se requiere de su difusión en la comunidad jurídica, así como de la voluntad de la misma para colaborar con el desarrollo y perfeccionamiento de la práctica argumentativa. Consideramos que un primer paso para su difusión es lograr la presentación de esta investigación en diversos foros nacionales.

Finalmente, se reitera que los planteamientos propositivos generados en este trabajo no constituyen la única vía para fortalecer la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos ni, muchos menos, la mejor respuesta a la problemática observada, sino solamente un borrador viable, una directriz para actuar en el futuro, que tiene en mente un solo objetivo: la idea de mejorar el razonamiento jurídico desplegado principalmente en la justicia constitucional mexicana; de esta manera, todas las propuestas presentadas quedan sujetas a la crítica académica y jurisdiccional, críticas constructivas que como partidarios del Estado constitucional de derecho aceptamos anticipadamente, pues estimamos que no hay mejor manera de comprometernos con el progreso constante de la argumentación jurídica y del Estado constitucional sino a través del diálogo abierto y perpetuo entre todos los que pensamos y creemos en los derechos humanos.