Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

EL MÉTODO JURÍDICO COMO ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Josep AGUILÓ REGLA*

1. El propósito central de esta conferencia es suministrar algunas ideas muy sencillas -y espero que claras- a propósito del método jurídico. Se trata, en realidad, de mostrar que la concepción del método jurídico que ha imperado desde el paradigma formalista del Derecho es desafortunada y deformadora; y que las cosas se ven mucho más claras cuando se abordan desde la perspectiva de la teoría de la argumentación jurídica. Asimismo me propongo mostrar que el auge que en los últimos tiempos ha tenido la teoría de la argumentación no es simplemente un fenómeno de moda; sino que está muy vinculado a la crisis del paradigma formalista generada por la evolución del constitucionalismo contemporáneo.

2. Para explicar qué se entiende generalmente por método jurídico me parece imprescindible esbozar previamente -aunque sea con trazos muy gruesos- la imagen del Derecho que ha construido la que podríamos llamar cultura jurídica dominante. Se trata de exponer brevemente las notas centrales a partir de las cuales suele caracterizarse el Derecho.

a) La cultura jurídica dominante ha sido normativista. El Derecho es un fenómeno social de cuya complejidad no ha dudado casi nadie. La fenomenología del Derecho es, en este sentido, extraordinariamente rica y variada. Abarca sujetos, acciones, hechos, relaciones, instituciones, actos de fuerza, edificios, cosas, prácticas sociales, autoridades, etc.; es decir, tiene múltiples y variadas manifestaciones. Pues bien, cuando decimos que la cultura jurídica dominante ha sido centralmente normativista queremos decir que ha considerado que el Derecho si bien es extraordinariamente

* Catedrático de la Universidad de Alicante.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

complejo y tiene múltiples manifestaciones, se objetiva en normas. Ello no implica que se reduzca a normas, sino que todas esas manifestaciones se entienden, comunican y explican por referencia a normas. En definitiva, el discurso jurídico es un discurso sobre todas esas manifestaciones del Derecho objetivadas a través de las normas.

b) Ahora bien, la cultura jurídica dominante, además de normativista, ha sido también positivista. Obviamente caracterizar el positivismo jurídico es una cuestión compleja y polémica que está mucho más allá de los propósitos de este trabajo. Aquí, sin embargo, voy a tomar como nota más sobresaliente del positivismo la que me parece que es su tesis mínima e irrenunciable, me refiero a la tesis de las fuentes sociales del Derecho. Otras tesis generalmente atribuidas al positivismo -como puede ser, por ejemplo, la de la separación entre Derecho y moral- me parecen prescindibles en el marco de este discurso. La tesis de las fuentes sociales del Derecho grosso modo viene a significar que el Derecho es un orden social artificial, no natural; esto es, que es producto de los hombres. Ello implica dos cosas muy importantes. La primera es que el Derecho es un fenómeno social e histórico y la segunda -que viene a ser un corolario de la anterior- es que la determinación de lo que es el Derecho de una comunidad puede resolverse mediante la observación de hechos sociales complejos. Si sumamos esta tesis de las fuentes sociales a la nota anteriormente destacada, es decir, si el Derecho se objetiva en normas y estas normas son normas sociales, entonces es fácil de entender por qué a la cultura jurídica dominante se le ha planteado como un problema recurrente la cuestión de la distinción entre normas jurídicas y el resto de normas sociales a la hora de caracterizar conceptualmente al Derecho; o, dicho en otras palabras, un problema permanente en relación con el concepto de Derecho ha sido el de distinguir al Derecho de su ambiente, de su entorno, el de determinar el conjunto de normas jurídicas.

c) La respuesta dominante a esta cuestión ha sido la suministrada por el formalismo jurídico. El conjunto de normas jurídicas, es decir, el conjunto de normas que conforman el Derecho, se identifica conforme a criterios formales suministrados por el propio orden jurídico. Estos criterios formales tienen que ver centralmente con el origen de las normas: el origen de las normas permite determinar (aislar) el conjunto de normas jurídicas. El órgano del que proceden las normas y el procedimiento seguido para su dictado son los criterios centrales de validez jurídica en el sentido de validez constitutiva o de pertenencia de una norma al conjunto de normas que es el

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

Derecho. Si nos damos cuenta de que la idea de órgano y la de procedimiento conforman dos notas definitorias de la noción de autoridad jurídica, entonces es fácil percatarse de que conforme a estos planteamientos formalistas la respuesta a la cuestión de la determinación del conjunto de las normas jurídicas es dependiente de la determinación del conjunto de autoridades jurídicas. Todo ello suministra una imagen autoritativa del Derecho. Ahora bien, el formalismo ha distinguido claramente entre autoridades creadoras de Derecho y autoridades aplicadoras de Derecho. O, si se prefiere, entre creación de normas y aplicación de normas; donde la creación de normas es una cuestión de voluntad (la génesis de las normas se halla en actos de voluntad) y la aplicación de normas, por el contrario, es centralmente una cuestión de conocimiento (la génesis de las soluciones jurídicas se halla en la razón). Es importante retener esta idea porque ella jugará un papel central en la explicación del método jurídico que voy a tratar de dar más adelante.

Ahora bien, la idea de conjunto de normas identificadas por su origen permite distinguir a las normas jurídicas del resto de normas sociales, pero no agota lo que ha sido la imagen dominante del Derecho. Ello es así porque a la cultura jurídica se le ha planteado desde siempre no sólo el problema de distinguir al Derecho de su ambiente, sino también el que se ha convenido en rotular como el "problema de la unidad del Derecho". La cuestión de la unidad del Derecho no es -como muchas veces se piensa- una cuestión meramente teórica que preocupe exclusivamente a los filósofos del Derecho, sino que responde a la necesidad de dar respuesta al desafío que supone el que las soluciones a los problemas jurídicos no sean la solución según tal o cual norma, sino que sean la solución "según el Derecho". En este sentido, las soluciones jurídicas no tienen jerarquía normativa; tienen la fuerza del Derecho, no la de la norma que se ha usado para resolver el problema jurídico; son, en definitiva, la solución según el Derecho. Ello ha forzado a la cultura jurídica a abordar la cuestión del paso del conjunto de normas a la solución según el Derecho. La respuesta a esta pregunta ha llevado generalmente a caracterizar al Derecho no sólo como un conjunto de normas, sino como un sistema de normas.

d) En efecto, la respuesta dominante al problema de la unidad del Derecho ha sido caracterizar al Derecho como un sistema de normas. El Derecho es, conforme a esta visión, no sólo un conjunto de normas, sino también un sistema de normas. El criterio fundamental para construir la unidad que repre-

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

senta el sistema de normas es el de jerarquía normativa, es decir, no todas las normas se hallan al mismo nivel, sino que unas son jerárquicamente superiores a las otras; cuentan más, tienen más valor. Junto a la idea de validez constitutiva de una norma (esto es, pertenencia de la norma al conjunto de normas jurídicas) aparece ahora la idea de validez regulativa de una norma jurídica. Esta noción implica que las normas inferiores sólo serán válidas (básicamente obligatorias) en la medida en que sean consistentes (no contradictorias) con las normas superiores. En consecuencia, la unidad del Derecho en términos regulativos significará centralmente consistencia normativa, no contradicción en términos de guía de la conducta. Naturalmente, si combinamos la idea de que el Derecho es un sistema de normas (es decir, un conjunto de normas ordenadas jerárquicamente) con la tesis formalista de que el origen de las normas se halla en actos de voluntad de las autoridades jurídicas creadoras de normas, entonces es fácil de entender que conforme a esta visión hay una relación estrecha entre jerarquía de normas y jerarquía de autoridades. El Derecho es un conjunto de normas ordenadas jerárquicamente (un sistema de normas) porque las normas jurídicas son el producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas que se hallan también ordenadas jerárquicamente (un sistema de autoridades). Si el criterio central para ordenar las normas jurídicas es el de la jerarquía normativa, el criterio central para ordenar jerárquicamente a las autoridades es el de la delegación de poder normativo. El Derecho se nos presenta pues como una unidad de autoridades a través del criterio de la delegación de poder normativo y como una unidad de contenidos regulativos a través del criterio de la jerarquía normativa.

Las dos últimas notas características de la cultura jurídica dominante desembocan en una imagen autoritativa del Derecho. El Derecho tiene naturaleza autoritativa porque el origen de las normas jurídicas se halla en los actos de voluntad de las autoridades jurídicas y porque, en última instancia, el criterio fundamental para construir la unidad del Derecho en términos regulativos está vinculado a la idea de jerarquía de autoridades. En cualquier caso, todo lo dicho hasta ahora podría matizarse mucho más, pero no voy a detenerme en ello porque no quiero convertirlo en el objeto de esta conferencia. Volvamos, pues, a nuestro asunto; conforme a esta imagen del Derecho ¿qué se entiende por método jurídico?

3. Conforme a la visión formalista del Derecho hay -como se ha dicho- una oposición fuerte entre los procesos normativos de creación de normas generales y los procesos normativos de aplicación de dichas normas genera-

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

les para la solución de los casos particulares. Donde la creación es un producto de la voluntad y la aplicación un producto de la razón. Ello lleva a distinguir entre nomodinámica (o momento creativo o productivo de normas) y nomoestática (o momento aplicativo de normas)[1]. Pues bien, dentro de este planteamiento general ¿qué se ha entendido por método jurídico? La respuesta es sencilla. El método jurídico se sitúa entre medio de esos dos procedimientos y se concreta en el conjunto de operaciones que permiten pasar de las normas generales a las soluciones particulares. Es decir, es el procedimiento o conjunto de operaciones a través del cual se pasa, por un lado, de la generalidad de las normas a la particularidad de las soluciones jurídicas y, por otro, del conjunto de normas al sistema de normas[2]. Si bien se considera, las operaciones típicas del método jurídico no son más que eso; piénsese, por ejemplo, en la interpretación, la subsunción, la analogía, la equidad, la resolución de antinomias, la integración de normas y de lagunas, etc. no son otra cosa que operaciones que realizamos los juristas para producir esas dos transformaciones. Obviamente, siempre se ha pensado que la estandarización de estas operaciones que hacemos con las normas es muy importante porque en realidad de ella depende que el Derecho pueda cumplir las funciones de certeza (previsibilidad de las consecuencias de nuestras conductas) que supuestamente debe cumplir.

[1] Es común considerar que Kelsen no aceptaba la tesis de la oposición fuerte entre creación de normas y aplicación de normas porque conforme a su visión del orden jurídico todos los actos normativos eran simúltáneamente aplicativos y creativos; únicamente los actos situados en la cúspide de la pirámide eran susceptibles de ser considerados meramente creativos y sólo los actos situados en la base de la pirámide (los de mera ejecución) podían considerarse meramente aplicativos. Pero todos los demás eran simultáneamente aplicativos y creativos. En eso consiste precisamente su concepción de la construcción en gradas del orden jurídico. Ahora bien, en mi opinión, Kelsen sí participaba plenamente de la tesis de la oposición fuerte entre aplicación y creación de normas por la sencilla razón de que en cada grada oponía de manera radical lo que era el momento puramente aplicativo (cognoscitivo), que consistía en la determinación de las opciones normativas permitidas, y el momento puramente creativo (voluntarista), que consistía en la elección de una de las opciones permitidas. Es decir, en lugar de rechazar esa oposición le dio espacio, la extendió prácticamente a todas las gradas del orden jurídico.

[2] Es posible que alguien considere que esta visión del método jurídico es excesivamente restrictiva por cuanto en muchas ocasiones se incluyen en él operaciones con normas generales que no van orientadas a la resolución de casos. Por ejemplo, es posible que piense que las operaciones de sistematización del Derecho que realiza la dogmática jurídica son normalmente consideradas como componente del método jurídico y que, sin embargo, no tienen como finalidad resolver ningún tipo de caso. No es éste el lugar adecuado para desarrollar en profundidad esta cuestión, pero en mi opinión éstas y otras operaciones que realizan los dogmáticos del Derecho sólo tienen sentido en la medida en que sean vistas como una mediación entre la generalidad de las normas y la particularidad de los casos que se trata de resolver. En concreto, la labor de sistematización que realizan sólo se entiende adecuadamente si se la ve como una mediación en la construcción de la unidad del Derecho que requiere la determinación de cualquier solución jurídica.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

En este punto me interesa llamar la atención sobre dos cuestiones. La primera es que el método jurídico es un procedimiento normativo (un conjunto de operaciones normativas) que no es autoritativo. La autoridad, el poder normativo, la competencia se confiere y, en este sentido, es excluyente; sólo tienen poder normativo aquellos a quienes les ha sido conferido. Por ejemplo, el poder o la competencia del juez para dictar sentencias separa al juez del resto de ciudadanos en general: el poder para dictar sentencias lo tienen en exclusiva aquellos a quienes les ha sido conferido. Pero el método jurídico no es autoritativo, está abierto a todos los que usan el Derecho para resolver casos y/o problemas jurídicos; a todos aquellos que se sitúan sub lege (bajo el Derecho) para solucionar problemas jurídicos. En este sentido, el problema del método jurídico no es otro que el problema de la racionalidad de las soluciones jurídicas. Y ahí va la segunda cuestión sobre la que quería llamar la atención. Si se acepta lo anterior, si se distingue la cuestión del poder normativo (de la competencia para decidir los casos) de la cuestión de la racionalidad de las soluciones jurídicas, entonces es fácil comprender que las autoridades jurídicas (los titulares de los poderes normativos) no tienen por qué ser infalibles: sus decisiones pueden corresponderse o no con soluciones racionales.

Pero no nos desviemos. El punto al que me interesaba llegar es al siguiente. Conforme a la visión formalista del Derecho que establece una oposición fuerte entre los procedimientos de creación de normas y los de aplicación de normas, el método jurídico se ha explicado como un procedimiento o un conjunto de operaciones para descubrir, hallar, encontrar las soluciones jurídicas a los casos particulares. Es decir, se ha explicado como si se tratase de un algoritmo, un protocolo, un cálculo o una función; esto es, como un procedimiento para hallar un resultado. En mi opinión, esta visión del método jurídico es enteramente desafortunada y deformadora de la realidad del Derecho, pues tiende a presentar la realidad del Derecho como compuesto exclusivamente por los llamados casos fáciles o rutinarios y los que podríamos llamar casos no regulados. En los primeros la solución se halla en las normas generales y en los segundos no hay solución, sólo decisión. Pensemos, por ejemplo, en la presentación que la teoría tradicional del Derecho ha hecho de una operación central del método jurídico; me refiero a la interpretación jurídica. En efecto, ha sido muy común presentar la actividad interpretativa como compuesta por cuatro momentos diferentes: el de la interpretación literal o gramatical, el de la teleológica, el de la sistemática y el de la histórico-evolutiva. Estos cuatro momentos -se dice- son necesarios para hallar la interpretación correcta de la formulación de normas de que se

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

trate y, en consecuencia, una vez superados esos momentos el jurista supuestamente dará con la misma. Lo importante aquí es darse cuenta de que la reconstrucción que el formalismo hace de la "interpretación-proceso" es la de un conjunto de operaciones que permiten hallar la "interpretación-resultado" correcta. Esta forma de presentar las cosas -que no es más que un reflejo del paradigma representado por la oposición fuerte entre creación y aplicación- me parece que contribuye a enredar bastante. Para darse cuenta de ello es suficiente con percatarse de que esos cuatro momentos sólo pueden producir resultados unívocos cuando en realidad no tenemos un problema de interpretación.

En mi opinión, todo se ve mucho más claro cuando uno se aproxima al método jurídico no como un método o procedimiento para hallar o descubrir soluciones, sino más bien como un método para justificar soluciones; es decir, si uno se plantea la cuestión como lo hace la teoría contemporánea de la argumentación jurídica; donde el problema no es ya el de cómo hallar la solución, sino el de cómo justificarla. Volviendo al ejemplo de la interpretación y mirándolo desde esta nueva perspectiva, los llamados momentos de la interpretación jurídica dejan de ser un procedimiento para hallar la "interpretación correcta" para pasar a ser esquemas de argumentos susceptibles de ser utilizados en favor de la interpretación considerada correcta. En definitiva, lo que quiero resaltar es la idea de que el método jurídico no es un procedimiento para descubrir en las normas generales las soluciones correctas a los casos particulares, sino un procedimiento para justificar soluciones particulares usando normas generales[3]. Es posible que de lo anterior algunos de Vds. extraigan ya conclusiones escépticas al modo en que lo hicieron algunos autores pertenecientes al realismo americano, pero ello me parece un tanto apresurado y desde luego no responde a mi intención. En cualquier caso, lo relevante por ahora es darse

[3] En la teoría de la ciencia suele distinguirse entre el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación" de una teoría. La primera expresión se utiliza para referirse al contexto en el que se desarrolla la ciencia, al proceso mediante el cual se produce un descubrimiento o se formula una teoría; y respecto del mismo suele decirse que no es susceptible de ser analizado en términos lógicos, pues no habría nada parecido a una lógica del descubrimiento. Frente a esta noción, la de "contexto de justificación" alude al proceso o actividad de validar, justificar, una teoría o un descubrimiento científico; y, a diferencia de la anterior, sí es susceptible de ser analizada en términos lógicos. Esta actividad de validación viene gobernada por lo que se llama el "método científico". Cfr. Atienza, Manuel, Las razones del Derecho, C.E.C., 1991, Madrid, págs. 22 y ss. Si proyectamos esta distinción sobre nuestro discurso, entonces puede verse que el método jurídico no es un "protocolo" para el descubrimiento de ninguna solución jurídica, sino más bien operaciones para su justificación. En definitiva, lo que me parece importante en relación con todo ello es darse cuenta de que en el ámbito del descubrimiento de las soluciones jurídicas no hay reglas dadas y que, obviamente, ello no es así para el ámbito de la justificación de esas mismas soluciones, pues este ámbito está gobernado por el método jurídico.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

cuenta de que si se miran así las cosas y se admite que, en general, justificar es apelar a la razón en busca de aceptación de una tesis, entonces resulta fácil de entender por qué el llamado en términos teóricos "problema del método jurídico" no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas.

4. Olvidémonos por un momento del Derecho y hablemos brevemente de argumentación en general. Lo que voy a decir no pretende tener un gran alcance teórico, se trata más bien de proponer algunos esquemas que nos permitan "reconocernos" en contextos argumentativos ordinarios. En efecto, si bien se considera argumentamos con mucha frecuencia y en contextos muy diferentes. Argumentamos sobre la calidad de una comida que acaban de servirnos, sobre si una sentencia fue correcta o sobre si las comunidades indígenas tienen derecho a la autodeterminación. Iniciamos procesos argumentativos en los contextos más variados. Argumentar no es simplemente exponer nuestras opiniones, nuestras creencias teóricas o prácticas, sino más bien fundamentar nuestras creencias y opiniones. Dar razones en favor de las mismas. En la argumentación pueden distinguirse dos grandes dimensiones. Las voy a llamar respectivamente la dimensión individual y la dimensión social de la argumentación.

La dimensión individual de la argumentación tiene que ver con la indagación, la búsqueda, el establecimiento de los fundamentos (las razones, las premisas) de nuestras creencias y opiniones. Supone, en este sentido, el paso de las intuiciones (antes del esclarecimiento de las razones) a las conclusiones (después del esclarecimiento de las razones) o de las hipótesis a las tesis. Lo importante es darse cuenta de que argumentar no es un proceso orientado a establecer nuestras opiniones o creencias, sino a determinar su fundamentación. En este sentido, la argumentación está vinculada a la racionalidad. Ahora bien, para que ello sea así, el proceso argumentativo (el proceso de fundamentación) presupone una cierta actitud crítica. Esta actitud crítica puede concretarse en la aceptación de las dos siguientes tesis: no todas las creencias u opiniones valen lo mismo porque no todas están igualmente fundamentadas; y no todas nuestras intuiciones (opiniones o creencias) son susceptibles de convertirse en conclusiones, porque no todas son fundamentables.

La otra gran dimensión de la argumentación es social y consiste en defender nuestras creencias y opiniones frente a los demás. Nuevamente, argumentar no es exponer, repetir o enfatizar nuestras creencias u opinio-

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

nes, sino fundamentarlas. En este sentido, la dimensión social de la argumentación presupone también la actitud crítica: si reconocemos en los demás nuestra propia actitud crítica, entonces los otros pueden entender y aceptar nuestras razones y, por tanto, también nuestras conclusiones. Ahora bien, en el debate que presupone la dimensión social de la argumentación es fácil detectar que hay momentos en los que predomina la referida actitud crítica y donde la finalidad del proceso argumentativo es centralmente la evaluación de los fundamentos de las creencias en juego y hay momentos en los que predomina la confrontación y por tanto, también la pretensión de vencer frente a la evaluación de los fundamentos de las creencias. En este sentido, la teoría de la argumentación inevitablemente tiene que lidiar siempre con la tensión existente entre argumentaciones válidas (vinculadas a una actitud crítica y orientadas al esclarecimiento) y argumentaciones eficaces (vinculadas a una actitud estratégica y orientadas al fin de la victoria).

Obviamente podríamos complicar bastante más la cuestión, pero con lo dicho hasta ahora es suficiente, me parece, para entender dos cosas que están muy relacionadas con el Derecho y con lo dicho en los incisos anteriores. La primera es la siguiente: si se recuerda, hay un paralelismo fuerte entre lo dicho a propósito del método jurídico como conjunto de operaciones destinadas a justificar una solución jurídica considerada correcta y lo dicho aquí a propósito de nuestra experiencia argumentativa cotidiana. En ambos casos se trata de procesos orientados no a descubrir o hallar las soluciones jurídicas correctas o nuestras propias opiniones o creencias, sino más bien de procesos orientados a la fundamentación de las soluciones propuestas o de las opiniones sustentadas. El proceso por el cual se alcanzan dichas soluciones o se forman nuestras opiniones o creencias está fuera del proceso de justificación que es el que aquí nos interesa. Otra cosa es que reconozcamos el papel que la actitud crítica desempeña en ambos casos: si no toda solución jurídica intuida ni toda opinión sustentada es susceptible de ser fundamentada entonces en la medida en que adoptemos la referida actitud nos veremos constreñidos a revisar algunas de las soluciones propuestas y de las opiniones sustentadas, pero en ambos casos se trata de procesos de justificación. Si se tiene claro lo anterior, se está en condiciones de entender el desplazamiento que se ha producido en el pensamiento jurídico desde la vieja cuestión del método jurídico hacia las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

La otra cuestión a la que quiero referirme antes de abandonar este punto es la de la relación que existe entre los principios de independencia e imparcialidad de los jueces y la actitud crítica a la que acabo de aludir. En un foro muy similar a éste tuve ocasión de tratar en extenso estos dos tópicos relativos al rol del juez en el Estado de Derecho y el texto que contiene esa intervención les ha sido distribuido como material de apoyo, en consecuencia no voy ahora a detenerme de nuevo en ellos[4]. Simplemente quiero llamar la atención sobre lo siguiente: si bien se considera, la actitud crítica a la que he estado haciendo alusión no es otra cosa que un compromiso por parte de quien argumenta con la verdad de las creencias teóricas y con la corrección de las creencias prácticas sustentadas. Pues bien, no es cierto, como tantas veces se dice, que la imparcialidad equivalga a la neutralidad entre las partes en conflicto. La neutralidad supone equidistancia entre las partes en conflicto y no compromiso con el resultado del contencioso. Y ello obviamente no es aplicable al juez. El juez independiente e imparcial está comprometido con la verdad de los hechos descritos y con la corrección de los criterios normativos aplicados. En este sentido, hay una vinculación fuerte entre la referida actitud crítica y la independencia y la imparcialidad de los jueces.

5. Pasemos ahora al segundo objetivo de esta conferencia, que no es otro que el de mostrar que el auge que está teniendo en los últimos tiempos la teoría de la argumentación no es simplemente un fenómeno de moda, sino que está muy vinculado a la crisis del paradigma formalista del Derecho y que ésta a su vez es debida a la evolución que ha experimentado el constitucionalismo contemporáneo. Hay dos notas que me parece que caracterizan a las constituciones contemporáneas y que pueden elevarse a la categoría de definitorias del constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial. En efecto, las constituciones contemporáneas son a) rígidas y b) regulativas.

a) Una constitución es rígida cuando el procedimiento para su reforma o derogación es un procedimiento agravado en relación con el procedimiento legislativo ordinario y, por tanto, su derogación o reforma está fuera del alcance del legislador ordinario. La rigidez es un mecanismo para garantizar que la constitución tenga una autoridad superior a la de la ley ordinaria. No puedo detenerme aquí a explicar todas las implicaciones políticas y

[4] Aguiló Regla, Josep: "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", en Isonomía, nº 6, abril 1997.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

jurídicas que ello supone; pero tan sólo quiero llamar la atención sobre lo siguiente. El constitucionalismo rígido plantea a la teoría constitucional y política un problema recurrente: el de las relaciones entre poder constituyente y poder soberano. El poder constituyente es un poder extraordinario que está llamado a extinguirse, pues todos los poderes constitucionales (incluso los extraordinarios de reforma constitucional) serán ya poderes constituidos y delegados. Mientras que por poder soberano generalmente se entiende la suprema potestas permanente cuya principal manifestación hacia el interior de la comunidad política es la potestad legislativa. En este sentido, puede decirse que el constitucionalismo rígido ha hecho entrar en crisis ad intra del sistema el concepto de soberanía.

b) Las constituciones contemporáneas son también constituciones regulativas; es decir, incluyen además de lo que los constitucionalistas llaman la parte orgánica (establecimiento de los órganos y procedimientos básicos del Estado, en definitiva, el mapa de las fuentes del Derecho y el principio dinámico del sistema jurídico-político) una parte dogmática (un conjunto de principios y derechos que se interpretan como normas regulativas, como normas que imponen deberes, que determinan guías de conducta). Ello supone centralmente que la constitución ya no es sólo fuente de las fuentes del Derecho, sino que ella misma es fuente del Derecho.

Estas dos características de las constituciones contemporáneas suponen necesariamente una revisión de los esquemas clásicos del Estado de Derecho; entre otras cosas, porque el legislador deja de ser un poder soberano que deba cumplir exclusivamente con las exigencias derivadas del gobierno per leges (gobierno mediante el dictado de normas generales) pues debe satisfacer también algunas exigencias derivadas del principio del gobierno sub lege (gobierno sometido a la constitución regulativa). Ello supone una modificación de las relaciones entre la política y el Derecho; se produce inevitablemente una juridificación de la política. En efecto, el razonamiento jurídico (típicamente razonamiento sub lege) penetra en el razonamiento político y legislativo juridificándolo; pues el razonamiento político y legislativo ya no puede ser un razonamiento meramente externo, de aquél que crea normas jurídicas para alcanzar fines sociales; se vuelve más interno, más jurídico, puesto que algunos deberes le vienen jurídicamente impuestos al legislador por la constitución. En este sentido, la extensión del ámbito sub lege de los procedimientos autoritativos del Derecho supone una extensión del método jurídico (del ámbito de la justificación o fundamentación

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

jurídica de las normas dictadas). Recuérdese, en este sentido, lo anteriormente dicho a propósito de los dos sentidos de validez: la validez constitutiva (pertenencia de una norma al conjunto de normas jurídicas) y la validez regulativa (consistencia de una norma con normas superiores).

Ahora bien, hay dos formas diferentes de concebir los deberes incorporados en la parte dogmática de las constituciones, es decir, los deberes derivados de los derechos y de los principios constitucionales. Estas dos formas, dan lugar a dos modelos diferentes de relación entre constitución y orden jurídico que a continuación trataré de exponer. La clave para entender la cuestión está en interpretar dichos deberes como deberes cerrados o como deberes abiertos. Detengámonos brevemente a explicar esta distinción antes de exponer esos dos modelos.

Probablemente todas las constituciones contienen normas que imponen deberes cerrados y normas que imponen deberes abiertos. Por ejemplo, el art. 15 de la Constitución española que establece la abolición de la pena de muerte es un ejemplo claro de norma cerrada; y es cerrada por la sencilla razón de que su cumplimiento exige simplemente ejecución. Sin embargo, hay muchas otras normas que son ejemplos de deberes abiertos, pues su cumplimiento no requiere simplemente ejecución, sino desarrollo: exigen la promulgación de un sinfín de normas correctas y eficientes que garanticen los múltiples derechos reconocidos por la misma. Pues bien, lo anterior me interesa no tanto como criterio de clasificación de las normas regulativas cuanto para mostrar una evolución que se ha producido en la interpretación de los derechos y de los principios constitucionales. Esta evolución ha consistido en dejar de interpretar los derechos y principios constitucionales como deberes cerrados que centralmente imponen límites negativos a la acción política legítima; para pasar a verlos como el contenido propio de la acción política legítima. Esta evolución, se traduce en dos modelos de relación entre constitución y orden jurídico. Tratemos de explicarlos brevemente.

6. Los dos modelos de relación entre constitución y orden jurídico que voy a exponer los voy a llamar respectivamente a) el modelo de la conexión externa entre derechos y principios constitucionales, y orden jurídico; y b) el modelo de la conexión interna entre derechos y principios constitucionales, y orden jurídico.

a) El modelo de la conexión externa entre derechos y principios constitucionales, y orden jurídico. Conforme a este modelo, los derechos y princi-

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

pios constitucionales operan centralmente como límites al contenido del orden jurídico, son límites negativos a la acción del Estado (a la soberanía y a la acción política legítima). La legitimidad del orden jurídico dependerá fundamentalmente del "respeto" a los límites, a los derechos. Las exigencias normativas en términos de límites y de respeto responden a la cuestión de qué no se puede ordenar, prohibir o castigar legítimamente. Conforme a este modelo, el orden jurídico tiene un contenido relativamente autónomo en relación con la constitución, pues al concebir los derechos y principios constitucionales como límites negativos al contenido del orden, el control normativo que la constitución como fuente del Derecho desempeña es un control negativo. Por ello, el contenido legítimo del orden jurídico es explicable a partir de una combinación, por un lado, de respeto a los derechos y a los límites y, por otro, de discrecionalidad (entendida como libertad dentro de los límites). La inconstitucionalidad se canaliza a través de los principios de jerarquía y de inconsistencia (contradicción) normativas. La constitución, al imponer sólo límites, genera únicamente antinomias, no lagunas axiológicas y, en este sentido, la nulidad de la norma inconstitucional es la forma de ejecutar lo prescrito por la constitución.

b) El modelo de la conexión interna entre derechos y principios constitucionales, y orden jurídico. Frente al anterior, este modelo concibe al orden jurídico básicamente como un desarrollo positivo de los principios y derechos constitucionales; el contenido del orden jurídico es visto ahora como una concreción de las exigencias normativas derivadas de los mismos. Los derechos y principios constitucionales tendrán una fuerza expansiva fundamental en la determinación del contenido del orden jurídico y ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de desarrollo y concreción: ellos serán la fuente fundamental para determinar qué se debe ordenar, prohibir y castigar. Aquí el contenido del orden jurídico carecerá de autonomía en relación con las normas constitucionales. Estas normas regularán no sólo las relaciones de los ciudadanos con el Estado, sino también las relaciones entre los ciudadanos. El orden jurídico legítimo ya no será aquél que simplemente respeta los derechos, sino aquél que desarrolla en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los mismos. El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad; sino el orden jurídico legítimo será una concreción de los derechos a partir de una "razonable" ponderación de bienes y principios constitucionales; de forma que la

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

discrecionalidad no podrá interpretarse como ausencia de guía normativa, sino más bien como ese tipo específico de deberes que denominamos "responsabilidades". En consecuencia, el control normativo que la constitución como fuente del Derecho ejerce en relación con el orden jurídico es mucho más expansivo. Las relaciones entre constitución regulativa y orden jurídico ya no se presentan en términos de una oposición en forma de límites; y, por tanto, los principios de consistencia y jerarquía normativas ya no serán suficientes para dar cuenta del rol normativo de la constitución, ni del método y el razonamiento jurídicos. El orden jurídico legítimo será expresivo de una "razonable" determinación y concreción de los derechos constitucionales; y de esta forma, junto a la exigencia de consistencia normativa por lo que se refiere a la unidad de contenidos del orden jurídico, hará aparición la exigencia de coherencia valorativa como test de corrección normativa. La noción de laguna normativa será desplazada por la de laguna axiológica y la de caso difícil, pues de la constatación de la falta de regulación (o de regulación defectuosa) se procederá a buscar en las fuentes constitucionales la respuesta correcta en relación con el caso en cuestión.

Estos dos modelos de relación entre constitución y orden jurídico me parece que son fácilmente reconocibles para todos aquellos que estén familiarizados con la teoría del Derecho. En realidad, ellos no valen para clasificar sistemas constitucionales; no pueden afirmarse cosas tales como, por ejemplo, que nuestro sistema constitucional responde al primero o al segundo de los modelos. Obviamente podrá reconocerse que la jurisprudencia actual de nuestro tribunal constitucional se adapta más a uno que a otro y cosas por el estilo. Pero no valen para clasificar sistemas constitucionales porque en realidad esos dos modelos no responden a rasgos estructurales de los sistemas constitucionales, sino más bien a rasgos de la cultura jurídica predominante en un sistema constitucional. La identificación mayor o menor con cada uno de los modelos será una función de la concepción constitucional dominante en la cultura jurídica de referencia. En cualquier caso, lo que me interesa resaltar es que me parece que en el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo se puede observar una evolución desde el primero al segundo de los modelos descritos. Si quisiéramos expresar sintéticamente esta evolución podríamos recurrir a la siguiente formulación "De los derechos frente al Estado a la constitucionalización del orden jurídico".

No es difícil advertir la transcendencia que todo ello tiene para la concepción del método y del razonamiento jurídicos; entre otras cosas porque

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

implica, me parece, una crisis de los modelos formales del Derecho más vinculados a la idea de autoridad (algo es obligatorio porque proviene de una autoridad legítima) en beneficio de los modelos sustanciales más vinculados a la idea de justicia (algo es obligatorio porque está orientado a la protección y/o promoción de bienes y/o valores jurídicos). En ello radica una de las claves para entender el peso que en los últimos años ha adquirido la teoría de la argumentación jurídica.

7. En un trabajo anterior, Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico),[5] sostuve que dentro de la teoría del Derecho normativista que había dado el paso de considerar que la coacción era un "carácter jurídico secundario, no primario", es decir, que había asumido que la noción de deber jurídico era anterior a la de coacción, se planteaba inevitablemente una cuestión fundamental ¿cómo y por qué obliga el deber jurídico? Ello era así porque si el deber jurídico era anterior a (y, por tanto, independiente de) la coacción, ya no podía responderse que el Derecho obligaba porque era coactivo. Allí sostuve que una vez que se había dado este paso sólo quedaba una vía abierta y que era la de considerar que el deber jurídico obligaba por el valor que se le atribuía. Obviamente ello llevaba a enfrentar la cuestión de cómo se atribuye valor al deber jurídico. En este sentido, traté de mostrar que, con todas las matizaciones que se quisieran hacer, la respuesta a esta pregunta sólo podía venir por una de las dos siguientes vías. Una era la de atribuir valor al deber jurídico por la vía de reconocer valor al origen de las normas que lo expresaban; es decir, de reconocer valor al proceso del que las normas eran un resultado. Centralmente ello desembocaba en la atribución de valor al deber jurídico por la vía de reconocérselo a las autoridades jurídicas. La otra vía de atribuir valor al deber jurídico consistía en hacerlo depender de aquello que los deberes jurídicos tratan de proteger y promocionar, es decir, del valor reconocido a los bienes jurídicos. En resumen, la alternativa consistía en que el valor atribuido al deber jurídico provenía bien del valor reconocido a las autoridades jurídicas, bien del valor reconocido a los bienes que las normas protegen o promocionan. Se trataba, en definitiva, de mostrar que había dos grandes formas de aceptar el deber jurídico. Vistas así las cosas, la teoría del deber jurídico desembocaba bien en una teoría de la autoridad, bien en una teoría de la justicia y, por extensión, la teoría del Derecho normativista debía construirse bien

[5] Aguiló Regla, Josep: Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Ed. Ariel, Barcelona, 2000.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

como una teoría de la autoridad, bien como una teoría de la justicia. Obviamente, la alternativa no se planteaba en términos de todo o nada, sino más bien como una cuestión de acentos y de prioridades. En las prácticas jurídicas ambas perspectivas no siempre resultan conflictivas; pero los acentos son importantes porque cuando sí resultan conflictivas, el qué prima sobre qué adquiere una relevancia fundamental; no en vano cuando ello ocurre los juristas suelen encontrarse con alternativas metodológicas que resultan realmente incompatibles entre sí; piénsese, por ejemplo, en la alternativa mens legislatoris/mens legis a propósito de la interpretación. Todo este planteamiento grosso modo venía a desembocar en que aquellas teorías del Derecho que fundaban la obligatoriedad del deber jurídico en la autoridad acaban por considerar que el género rector o supremo en el Derecho era la política y que aquéllas que optaban por la vía valorativa acaban incorporando la justicia como género rector en el Derecho.

Pues bien, en mi opinión, el constitucionalismo rígido y regulativo ha hecho entrar en crisis las concepciones autoritativas del Derecho, pues no se pueden ignorar los problemas políticos que supone para un sistema jurídico-político dotar de demasiado valor al poder constituyente: desde la cuestión de la tiranía del pasado (la constitución y aspectos centrales del orden jurídico están fuera del control democrático de las generaciones vivas) hasta todas las objeciones contramayoritarias que la constitución rígida plantea. Todo ello hace que el sistema de normas no pueda construirse a partir del sistema de autoridades en cuya cúspide estaría el poder constituyente: las normas constitucionales (los derechos y principios fundamentales) no se ven como un mandato del constituyente, sino más bien como una formulación de los valores y bienes que el sistema jurídico-político debe tratar de proteger y promocionar. Y el desarrollo de este planteamiento desemboca, me parece, en el segundo modelo de relación entre constitución y orden jurídico, el de la conexión interna entre derechos y principios constitucionales y orden jurídico. En definitiva, lo que he tratado de mostrar es que la importancia que en los últimos tiempos han adquirido dentro de la reflexión jurídica cuestiones tales como la del papel de los principios jurídicos en el razonamiento jurídico, la de la argumentación jurídica en la determinación de la validez jurídica, la de la relativización de la oposición entre creación y aplicación de normas, la de la juridificación de la política, etc. es debido a que todas ellas son manifestaciones de un cambio profundo en nuestra concepción del Derecho y que este cambio está muy vinculado a la evolución del constitucionalismo.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

Para finalizar simplemente quiero formularles una pregunta cuya respuesta les dará, me parece, alguna clave para que Vds. mismos se reconozcan como aceptantes de un determinado sistema jurídico; les permitirá determinar qué es lo que Vds. sitúan como más básico, como rector en el Derecho. Piensen, por ejemplo, en la libertad de expresión como un derecho fundamental del sistema jurídico al que Vds. pertenecen y del que les presupongo aceptantes ¿Consideran Vds. que tienen un derecho a la libertad de expresión porque así lo quiso el poder constituyente o, por el contrario, piensan que si el poder constituyente no se lo hubiera reconocido no hubiera podido aspirar a ser un poder legítimo?

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/