



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

MORENO CRUZ, Rodolfo

Argumentación jurídica, por qué y para qué

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 133, 2012, pp. 165-192

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723287006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, POR QUÉ Y PARA QUÉ\* *LEGAL ARGUMENTATION, WHY? AND WHAT FOR?*

Rodolfo MORENO CRUZ\*\*

**RESUMEN:** Importante cantidad de disposiciones normativas contenidas en los textos legales tienen una textura abierta que producen diferencias legítimas. Esta textura abierta es el resultado de la ambigüedad, vaguedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico o de diversas lecturas ideológicas permitidas por los propios textos. Para superar estas diferencias se oferta la teoría de la argumentación jurídica. En el presente ensayo se ejemplifica y se justifica por qué y para qué argumentamos.

**Palabras claves:** argumentación jurídica, textura abierta, legítimas diferencias, ambigüedad, lagunas.

*ABSTRACT:* Important quantities of normative dispositions on the legal texts have an open texture that produces legitimate differences. This open texture is the result of the ambiguity, vague, loophole, contradictions of the legal language or diverse ideological lectures permitted by its own texts. To overcome these differences the theory of legal Argumentation is presented. In the essay it is justified and exemplified why we come to this argument this and what for.

**Keywords:** legal argumentation, open texture, legitimate differences, ambiguity, loophole.

\* Artículo recibido el 13 de enero de 2011 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2011.

\*\* Profesor en la Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca. [rodmcrz@gmail.com](mailto:rodmcrz@gmail.com). Agradezco los valiosos comentarios de Rubén Vasconcelos Méndez, así como el de dos dictaminadores anónimos. Sin lugar a dudas, sus evaluaciones me hicieron repensar los planteamientos. Desde luego, los errores existentes son míos.

SUMARIO: I. *Preliminares*. II. *Por qué es necesario argumentar*. III. *Para qué se argumenta*. IV. *A manera de conclusión*.

## I. PRELIMINARES

México y Estados Unidos comparten un mismo río: el Colorado. Él nace en las montañas rocosas del estado de Colorado (Estados Unidos) y desemboca en el Golfo de California (Méjico). Por su paso, beneficia tanto a los estados de territorio estadounidense como a los estados de México. En un momento histórico determinado, y para evitar conflictos sobre el uso de las aguas, ambos países firmaron un Tratado (Tratado de Aguas de 1944). En dicho documento se acordó que México tendría derecho a recibir la cantidad de 1850 millones de metros cúbicos de agua. Bajo esa perspectiva, Estados Unidos siempre cumplió su pacto. Pero hubo una circunstancia no contemplada en el documento: ¿se cumplía con la condición estipulada dando el líquido en las cantidades señaladas o era necesario que se tratara de líquido limpio (sin sal)?<sup>1</sup>

La pregunta adquirirá más claridad si se tiene en cuenta que después de la firma del Tratado, los agricultores estadounidenses de Wellton-Mohawk (Arizona) comenzaron ha realizar perforaciones de pozos y la salinidad la arrojaban para uno de los ríos que alimentaba precisamente al río Colorado. Ante esto, los 1850 millones de metros cúbicos de agua que recibía México no era agua dulce sino salada. “Por lo que de una salinidad promedio entonces de 950 partes por millar, el índice salinico del río Colorado, súbitamente se aumentó desde 2,500 hasta 4000 partes por millar, lo que convirtió en totalmente inútiles las aguas recibidas por México”.<sup>2</sup> La disputa, pues, versó sobre sí se estaba o no cumpliendo el Tratado. Estados Unidos alegaba que el Tratado se cumplía pues se respetaba la cantidad de 1850 millones de metros cúbicos. Por su parte, México era de la opinión contraria: no bastaba con entregar la cantidad sino que debería

<sup>1</sup> La historia del conflicto y su resolución se narra en Rabasa, Emilio, “El triunfo del derecho: la solución definitiva al problema de la salinidad de las aguas del río Colorado”, *Agua. Aspectos constitucionales*, México, UNAM, 2008, pp. 1-15.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 4.

ser un líquido moderadamente salado, pues de lo contrario el agua no tendría ninguna utilidad. ¿Cuál era la solución adecuada?<sup>3</sup>

Sin duda, sea cual fuere la solución, en nuestros tiempos, ella no puede surgir sino a través de un proceso de argumentación. El caso con el cual se inicia esta exposición permite observar que el derecho no puede contemplar todos los casos. Su textura abierta genera problemas de interpretación y no siempre permite una aplicación mecánica de sus órdenes.

En el presente documento se pretende exponer 1) Por qué, en materia jurídica, es necesario argumentar; enseguida se dirá 2) Para qué se argumenta;<sup>4</sup> finalmente, y a manera de conclusión, 3) Se hará una brevísima recopilación de lo que se narró en los anteriores apartados.

## II. POR QUÉ ES NECESARIO ARGUMENTAR

Es necesario argumentar, en materia jurídica, porque una importante cantidad de disposiciones normativas contenidas en los textos legales tienen una textura abierta (producto de la ambigüedad, vaguedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico o por las diversas lecturas ideológicas permitidas por los propios textos) que pueden producir diferencias legítimas, y en consecuencia disputas.

Si se fraccionan cada una de las afirmaciones anteriores, las razones que responden a la pregunta por qué es necesario argumentar son las siguientes: la textura abierta de los textos legales y las diferencias legítimas y disputas.

### 1. *Textura abierta frente al “paraíso de los conceptos”*

En el ejemplo con el que se inició este documento se presentaban dos versiones sobre la idea del cumplimiento del Tratado de Aguas.

<sup>3</sup> Rabasa (*op. cit.*, p. 15) explica que el conflicto, al final, se resolvió a favor de México: “Méjico empezó a recibir en la presa Morelos (digno nombre por tan digno acontecimiento) agua con calidad que fijó el acta 242 a partir del 24 de junio de 1974. Concluía así un problema que nos había perjudicado, un agravio por doce años”.

<sup>4</sup> Sobre la tercera pregunta del ¿cómo argumentar?, véase Moreno, Rodolfo, *Argumentar y contraargumentar: el combate de las ideas jurídicas*, México, 2011, en prensa.

Para Estados Unidos, el texto del Tratado era claro y no había lugar a dudas: se cumplió entregando los 1850 millones de metros cúbicos, pues nunca se había aludido a la calidad del agua. Por su parte, México alegaba que la calidad del agua —aunque no se hubiera mencionado— era un presupuesto necesario implícito que se empalmaba con la cantidad. Aquí estamos, ante un ejemplo de textura abierta.

Efectivamente, “la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”.<sup>5</sup>

La idea de textura abierta se contrapone a la imagen —llamada, por Hart, como el paraíso de los conceptos— que presupone que el lenguaje jurídico es claro y preciso, que “no se requiere ni se hace esfuerzo alguno para interpretar el término a la luz de las diferentes cuestiones que están en juego en las diversas reglas en que se presenta”.<sup>6</sup> Desde luego, el mismo Hart reconoció que no todo es abierto. Hay casos de aplicación clara, pero también hay casos de aplicación dudosa. Particularmente, él explicó que “habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables (‘es indudable que un automóvil es un vehículo’)”<sup>7</sup> y agrega “pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no (‘la palabra vehículo, tal como se la usa aquí ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?’)”.<sup>8</sup>

La posición de Hart de distinguir entre textos claros y de textura abierta no es una posición uniforme en el mundo académico jurídico. Hay diversas posturas al respecto. Guastini<sup>9</sup> alude a tres teorías respecto a la interpretación del derecho. Las tres teorías son las siguientes:

<sup>5</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 168.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> Guastini, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Madrid, Trotta, 2008, p. 39.

- La teoría de la interpretación de la ilustración.
- El escepticismo realista.
- El neocognitivismo contemporáneo.

Para la primera (interpretación de la ilustración) los textos normativos contienen un solo sentido, y la ambigüedad, la vaguedad y mucho menos afirmar que pueden surgir interpretaciones encontradas por concepciones ideológicas no es aceptado. Esta teoría parte de la idea de que el texto normativo tiene un “sentido unívoco y susceptible de ser conocido, y que desconoce por tanto la vaguedad y lo equívoco de los enunciados normativos”.<sup>10</sup> Los autores que sostuvieron esta posición fueron principalmente los franceses: Demante y Demolombe. Actualmente, es difícil encontrar a alguien que sostenga esta posición.

Para la segunda teoría (el escepticismo realista) todos los textos normativos pueden dar origen a una confrontación “se toma en serio la equivocidad y la vaguedad del lenguaje de las fuentes del derecho, y extrae como consecuencia que, antes de la interpretación, no existe algún sentido objetivo en los textos normativos”.<sup>11</sup> Un ejemplo de esta posición se presenta en el autor anglosajón Duncan Kennedy, quien afirma lo siguiente: “Si usted me dice que siempre existe una respuesta correcta a un problema jurídico, yo le contestaré, armado de todos estos casos en los que mi experiencia fue, que la ley es indeterminada, o que fui yo quien le dio su forma determinada como resultado de una libre opción, ética o política”.<sup>12</sup>

Para la tercera teoría (neocognitivismo contemporáneo) hay textos normativos claros, pero también ambiguos y vagos. Es una especie de teoría intermedia entre la teoría de la interpretación de la ilustración y el escepticismo realista. La mayor parte de autores que se citaran adelante pertenecen a esta posición.

Para fines de este trabajo, la tercera teoría sobresale como una de las más adecuadas para explicar las razones del por qué es necesario argumentar. Desde una óptica personal, ésta tiene importante respal-

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>12</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego Eduardo López y Juan Manuel Pombo, Bogotá, Instituto Pensar, p. 220.

do por las y los teóricos de la argumentación. La razón de lo anterior es que ella realiza una clasificación en casos fáciles y difíciles. Y es en los casos difíciles donde la argumentación jurídica tiene un campo fértil. Así que los casos difíciles, y sobre todo su clasificación, entran ahora al escenario con pleno derecho.

Pero antes de observar la clasificación de los casos difíciles, resulta importante tener en cuenta que, dada la naturaleza de este documento, se pasarán por alto muchas sutilezas de la tipología de los casos difíciles. Realmente el trabajo de la tipología de los casos difíciles, desde Hart a la fecha, ha sido desarrollado profundamente (una de las más acreditadas es la de Neil MacCormic)<sup>13</sup> y rebasa por mucho las expectativas de este documento. Aquí lo que se pretende es hacer únicamente un esquema —bastante genérico y elemental— de clasificación de dichos casos difíciles. Una idea personal, aunque nada original, pues en realidad es la acumulación de diversas propuestas cuya base fundamental está en la tipología de Neil MacCormic (véase esquema en la página siguiente).

Los casos difíciles de derechos pueden surgir por dos situaciones genéricas: por una situación relativa a los derechos o por una situación relativa a los hechos. La primera situación surge por conflictos normativos o por conflictos de asignación de sentido. A su vez, la segunda situación surge en virtud del problema de determinación de hechos o en virtud del problema de la relevancia de hechos. A continuación se ejemplifican cada una de estas cuatro categorías.

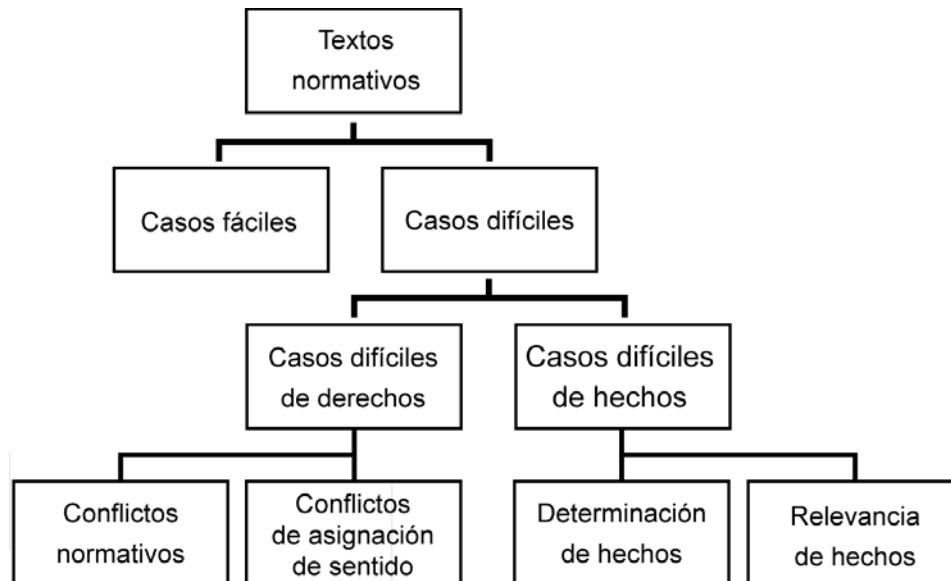
#### A. *Conflictos normativos*

Hay conflictos normativos, de la forma más elemental, cuando dos normas entran (real o aparentemente) en contradicción. Carla Huerta explica que “un conflicto normativo (*sensu largo*), éste sería el género, se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, es decir, en virtud de los procedimientos de su creación o de sus contenidos respectivamente”.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 73 y ss.

<sup>14</sup> Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, 2a. ed., México, UNAM, 2007, p. 52.

Esquema. Clasificación de casos difíciles



Un ejemplo se puede observar en la Constitución del Estado de Oaxaca que, por un lado, permite que un servidor público del Estado pueda ser candidato a concejal, siempre y cuando renuncie con setenta días de anticipación, pero por otro lado establece que la renuncia debe hacerse con ciento veinte días de anticipación. Es en el artículo 113 donde se establece esta circunstancia y se anota únicamente la parte relevante.

- Primer supuesto (setenta días). Artículo 113, fracción I: “Para ser miembro de un Ayuntamiento se requiere:... e) No ser servidora o servidor público municipal, del estado o de la Federación, con facultades ejecutivas”; se agrega en el mismo artículo 113 que “Las ciudadanas y ciudadanos comprendidos en los supuestos de los incisos d) y e) podrán ser concejales, siempre y cuando se separen del servicio activo o de sus cargos, *con setenta días de anticipación a la fecha de la elección*”.
- Segundo supuesto (ciento veinte días de anticipación). Artículo 113, fracción I, decimo párrafo:“No pueden ser electos miembros de los ayuntamientos: los militares en servicio activo, ni el personal de la fuerza de seguridad pública del Estado. Podrán serlo los servidores públicos del estado o de la Federación, si se separan del servicio activo, los primeros, o de sus cargos, los segundos, *con ciento veinte días de anticipación a la fecha de las elecciones*”.

#### B. *Conflictos de asignación*

Hay conflictos de asignación cuando es necesario interpretar sobre los alcances de cierto texto. Piénsese, por ejemplo, en el uso de la expresión justo título en el lenguaje jurídico para fines de la usucapión.

Como se sabe, en muchos códigos civiles, aún vigentes, se utiliza dicha expresión como uno de los requisitos para la procedencia de la usucapión.<sup>15</sup> Esta palabra puede dar origen a un conflicto de asigna-

<sup>15</sup> Una definición de usucapión es la siguiente: “es una forma de adquirir el derecho real de propiedad, mediante la posesión de la cosa en que recae, en una forma pacífica, continua, pública y a título de dueño, por todo el tiempo que pide la ley”. Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 524.

ción, puesto que “la expresión justo título puede tener dos acepciones: ya sea como el documento que acredite la propiedad; y otra como la causa o el motivo legítimo o de buena fe que da derecho a una persona a poseer o tener alguna cosa en su poder”.<sup>16</sup>

En el sistema jurídico mexicano, a través de jurisprudencia, se ha precisado el alcance de la expresión justo título bajo la siguiente definición:

Por justo título no debe entenderse el documento con que se justifique el dominio, sino la causa legítima o de buena fe de la tenencia o posesión de la cosa, ya que de interpretarse de la primera manera, la acción publiciana sería inútil, puesto que teniendo el título que demuestre la propiedad, la acción procedente sería la reivindicatoria; por el contrario, cuando la parte actora carece del documento de propiedad, puede intentarse la acción plenaria de posesión, pues ésta, como ya se dijo, tiende a proteger la posesión legítima de un bien, siempre que se encuentre su origen en un acto lícito y de buena fe.<sup>17</sup>

### C. *Conflictos por determinación de hechos*

El proceso judicial, en cualquiera de sus modalidades (penal, civil, mercantil) busca obtener una verdad (jurídica), esto es “en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no”.<sup>18</sup> Cuando se presentan situaciones tan complejas y extremas que dificultan una sola versión de los hechos, estamos ante un conflicto por determinación de hechos.

Debe tenerse en cuenta que de por si, el proceso es en sí mismo complejo, pero quizás no siempre sea extremo. Ciertamente, una constante en todo proceso es la problemática de la verdad jurídica<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Cf. la tesis aislada “Justo título, que debe entenderse por. En los juicios sobre posesión”, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XIV, julio de 1994, p. 645.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2005, p. 21.

<sup>19</sup> Debe aclararse, desde luego, que no es lo mismo la verdad jurídica que la verdad real. Sobre el tema de la verdad en el derecho puede consultarse la siguiente

y que “consiste, más bien, en la individualización de las condiciones y de las modalidades en cuya presencia está justificado considerar como verdadera una versión de los hechos para los que existen elementos de credibilidad, pero que no puede ser calificada como verdadera y cierta de forma indiscutible”.<sup>20</sup> O dicho de otra manera “se trata de establecer cómo pueden ser utilizados conocimientos que son inevitablemente inciertos, pero que sin embargo son los únicos que pueden constituir la base del juicio acerca de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa”<sup>21</sup>

Ahora bien, si lo anterior hace que el proceso y las pruebas en materia de hechos la regla común sea la complejidad, existen casos extremos que duplican dicha dificultad. La vida jurídica diaria los muestra. A manera de ejemplo, puede pensarse en el muy difundido caso de la niña Madeleine McCann. Como se sabe, Madeleine desapareció de la habitación de un hotel de Portugal, la noche del jueves 3 de mayo del 2007. El día de su desaparición, ella, sus dos hermanos, su papá y mamá, todos de nacionalidad inglesa, se encontraban de vacaciones. La noche del suceso, según se dice, el papá y la mamá salieron a cenar y a su regreso encontraron a los hermanos, pero no a Madeleine. Inmediatamente denunciaron el hecho a la policía portuguesa y está comenzó las investigaciones. La investigación tuvo varias etapas. En una primera etapa, la policía de Portugal consideró que la niña había sido secuestrada. Después, se consideró que hubo homicidio. Durante el transcurso de las investigaciones resultaron más de 10 personas sospechosas (incluidos el papá y la mamá). Durante las pesquisas, una de las hipótesis más fuertes fue la que acusaba a la mamá y al papá de Madeleine. Incluso, en los ya famosos claves de Wikileaks se afirmó que “el entonces nuevo embajador del Reino Unido en Lisboa, Alexander W. Ellis, admite ante su homólogo estadounidense, Alfred Hoffman, que ha sido la policía británica

obra: Pintore, Ana, *El derecho sin verdad*, trad. de Ma. Isabel Garrido Gómez y José Luis del Hierro, Madrid, Dykinson, 2005.

<sup>20</sup> Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 241.

<sup>21</sup> *Idem*.

quién ha hallado las pruebas contra los padres de Madeleine".<sup>22</sup> No obstante, la complejidad del asunto no permitió corroborar dichas hipótesis y hasta el momento, sobre Madeleine, no hay una versión definitiva y mucho menos una o un culpable preso.

Desde luego, es posible que haya personas que puedan considerar el anterior asunto como altamente mediático y sin repercusiones jurídicas objetivas sobre la tipología que aquí se desarrolla; sin embargo, creo, sí es útil (al margen de la opinión que se tenga sobre el asunto Madeleine McCann) como ejemplo sobre la complejidad de probar los hechos.<sup>23</sup>

#### D. *Relevancia de hechos*

Otra problemática puede surgir ante la presencia de hechos que, dada su especificidad, no permiten descubrir su relevancia para el proceso. A diferencia del anterior tipo (determinación de hechos) en donde los hechos objetos del proceso no pueden ser probados, en este tipo se trata de hechos que están probados pero se duda sobre su relevancia para el caso específico. "En estos casos el problema no se encuentra en un conocimiento defectuoso de los hechos, sino que a pesar de conocer perfectamente lo ocurrido empíricamente, existen dudas acerca de cómo calificar tales hechos".<sup>24</sup>

Para exemplificar esta situación se puede acudir al asunto electoral del infomercial que conoció el Consejo General del Instituto Federal Electoral de México. Esto es, el sistema mexicano sanciona la contratación de comerciales para fines electorales. Pero cuando se trata de

<sup>22</sup> La información puede verse en el diario español *El País* del 13 de diciembre de 2010, en [http://www.elpais.com/articulo/internacional/Caso/Madeleine/policia/britanica/afpunto/padres/elpipi/20101213elpipi\\_23/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/Caso/Madeleine/policia/britanica/afpunto/padres/elpipi/20101213elpipi_23/Tes).

<sup>23</sup> No por casualidad el tema de la prueba en materia de hechos ha tenido un importante desarrollo teórico. La lista es grande, pero a manera de ejemplo se pueden consultar los textos siguientes: el de Taruffo, ya citado; Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?*, Madrid, Trotta, 2010; Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008; Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2004, y Damaska, Mirjan R., *Evidence Law Adrift*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1997.

<sup>24</sup> Martínez Zorrilla, David, *Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 55.

un infomercial ¿se está en el mismo supuesto normativo? Es decir, hay un hecho comprobado: el infomercial. Pero la pregunta es si ese hecho es un comercial o es una nota informativa. Si se trata de un comercial, su exhibición se sanciona; en caso de que sea una nota informativa su difusión es legal.

Concretamente, en el sistema jurídico mexicano se prohíbe la contratación, para fines electorales, en radio y televisión. Particularmente, el inciso g) del apartado A) de la base III, del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo siguiente:

Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión. Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

Ahora bien, en 2010 fueron las elecciones para gobernador del estado de Oaxaca. El acto inaugural de campaña de uno de los candidatos fue transmitido en el horario de un programa de noticias de televisión. Particularmente se documentó lo siguiente:

El día lunes 12 de abril del año 2010, en el Canal 2 de Televisa, a las 22:55, durante la transmisión del noticiero del periodista Joaquín López Dóriga, se difundió una cortinilla o infomercial relativo a la toma de protesta del candidato a gobernador del Partido Revolucionario Institucional en el cual aparecen escenas del evento que se realizó el domingo 11 de abril del año en curso, en la histórica Alameda de León... Ese material audiovisual tenía una duración de 60 segundos y se insertó justo después del corte que anuncia la interrupción del noticiero como entrada al segmento de comerciales... Inmediatamente aparece un espacio que informa de la toma de protesta del candidato del Partido Revolucionario Institucional al cargo de gobernador del estado de Oaxaca en cadena nacional.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Resolución del Consejo General del Instituto Federal Electoral respecto del procedimiento especial sancionador iniciado con motivo de la denuncia presentada por el

La resolución del Consejo, con base en una opinión académica,<sup>26</sup> consideró que el infomercial era en realidad un comercial y no una nota informativa, y ante lo cual se explicó que sí procedía la sanción. Pero esa opinión no fue uniforme. Por un lado el especialista mencionó que la diferencia básica entre la nota informativa y el infomercial era la siguiente: nota informativa: “Unidad de contenido informativo en donde se presentan hechos y/o declaraciones considerados relevantes y de interés público por el medio de comunicación que la produce”;<sup>27</sup> y el infomercial: “Asemeja en su narrativa a una nota informativa, pero presenta características de producción propias de la publicidad como la promoción discrecional del protagonista del mensaje”.<sup>28</sup> Estos criterios fueron tomados en cuenta por la mayoría de consejeros electorales al momento de resolver el asunto. Sin embargo, por otro lado, hubo versiones discrepantes al respecto. En voto particular,<sup>29</sup> los consejeros, Marco Antonio Gómez Alcántara y Francisco Javier Guerrero Aguirre, sostuvieron que el criterio académico no se ajustaba a las disposiciones legales, ya que con anterioridad di-

senador Pablo Gómez Álvarez, consejero del Poder Legislativo de la fracción parlamentaria del Partido de la Revolución Democrática, y el Partido Acción Nacional, en contra del c. Eviel Pérez Magaña, del Partido Revolucionario Institucional, y de las personas morales identificadas como Televimex, S. A. de C. V., concesionaria de XHHLO-TV canal 5; radiotelevisora de México Norte, S. A. de C. V., concesionaria de XHPAO-TV canal 9, y canales de televisión Populares, S. A. de C. V., concesionaria de XHBN-TV canal 7, todas con difusión en el estado de Oaxaca, por hechos que consideran constituyen infracciones al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, identificado con el número de expediente SCG/PE/PRD/CG/040/2010 y su acumulado SCG/PE/PAN/CG/041/2010, p. 83.

<sup>26</sup> El Consejo General del Instituto Federal Electoral solicitó el auxilio del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien a su vez designó al doctor Julio Juárez Gámiz, investigador asociado de dicho centro, especialista en el tema de ciencias y medios de comunicación, publicidad y campañas electorales.

<sup>27</sup> Resolución del Consejo General del Instituto Federal Electoral respecto del procedimiento especial sancionador iniciado con motivo de la denuncia presentada por el senador Pablo Gómez Álvarez, véase *op. cit.*, p. 175.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> Cfr. Voto particular que emiten los consejeros electorales Marco Antonio Gómez Alcántara y Francisco Javier Guerrero Aguirre en relación con el proyecto de resolución del Consejo General del Instituto Federal Electoral respecto del procedimiento especial sancionador iniciado con motivo de la denuncia presentada por el senador Pablo Gómez Álvarez...

cho Instituto, en coordinación con la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, habían definido como nota informativa lo siguiente: “se trata de un hecho probable o consumado. Es todo aquello que ocurrió, que va ocurrir y que a juicio del periodista será de gran trascendencia y de interés general. Expone oportunamente un hecho noticioso”.<sup>30</sup> Y agregaban que “el material denunciado encaja perfectamente en la definición antes transcrita, es decir, contiene todos los elementos de la misma, ya que lo que está narrando es la cobertura de un hecho que efectivamente sucedió”.<sup>31</sup>

Sea como fuere, la decisión final por voto mayoritario fue en el sentido de que sí hubo violación a la legalidad. Este ejemplo muestra de forma interesante el tema de los casos difíciles y la relevancia de los hechos, pero además permite conectar con una segunda razón por la cual es necesario argumentar las diferencias legítimas y las disputas.

## 2. *Diferencias legítimas y disputas*

Se dijo en el apartado anterior (II,1) que las disposiciones normativas, contenidas en los documentos legales presentan textos claros y también textos ambiguos, vagos, con lagunas o con contradicciones, que dan origen a los casos difíciles.

Pero debe tenerse en cuenta que no sólo es la característica de “caso difícil” lo que ocasiona la necesidad de argumentar. A la par de su dificultad existe también la diferencia de soluciones que se pueden ofertar para dichos casos difíciles con base en una perspectiva determinada. Esto es, por un lado está el problema en sí mismo como origen del caso difícil, pero además está la dificultad de una solución uniforme para dicho caso difícil. A esto se le identificará aquí como diferencias legítimas y disputas.

Para mayor claridad distintiva entre origen del problema (a lo que se englobó en el numeral anterior como textura abierta-caso difícil) y la diversidad de soluciones (diferencias legítimas y disputas), puede

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>31</sup> *Idem*.

acudirse al ejemplo que menciona Amartya Sen bajo el rubro de “tres niños y una flauta”.<sup>32</sup> El economista Sen explica que hay una sola flauta para dos niñas y un niño. Él les llama Anne, Bob y Carla. Ahora bien, por un lado está el problema “material” —por llamarlo de alguna forma— de contar con una sola flauta para tres personas, y por el otro está el problema de adjudicación con base en razones, pues cada quien tiene argumentos valiosos para que la flauta le sea adjudicada. Bob “toma la palabra y defiende su reclamación de la flauta con el argumento de que él es el único de los tres que es tan pobre que no tiene juguetes propios”,<sup>33</sup> y agrega que “la flauta le ofrecería algo con qué jugar (los otros dos admiten que son más ricos y están bien provistos de entretenimiento).<sup>34</sup> Carla, por su parte “señala que ha estado trabajando con diligencia durante muchos meses para elaborar la flauta con sus propias manos (los otros dos lo confirman), y en el momento de terminar su labor ‘aparecieron estos usurpadores para arrebatarme la flauta’”.<sup>35</sup> Por su parte, Anne “reclama la flauta con el fundamento de que ella es la única de los tres que sabe tocarla (los otros dos no lo niegan) y de que sería muy injusto negar el instrumento al único que realmente puede tocarlo”.<sup>36</sup>

Ante esta situación, Amartya Sen concluye lo siguiente:

Tras escuchar a los tres niños y sus diferentes líneas de argumentación, hay una decisión difícil que tomar. Los teóricos de diferentes persuasiones, como los utilitaristas económicos o los libertarios pragmáticos, pueden opinar cada uno por separado que existe una solución justa inequívoca que salta a la vista y que no hay dificultad alguna en avisarla. Pero casi con certeza cada uno vería una solución diferente como la obviamente correcta.<sup>37</sup>

Ahora bien, la distinción, por un lado, entre el problema “material” y las diferencias legítimas pueden ocasionar ciertas objeciones,

<sup>32</sup> Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus, 2010, pp. 44 y 45.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> *Idem*.

pues es común que puedan presentarse o generarse casos difíciles en los cuales hay una alimentación recíproca entre problemas y discusión legítima. Lo que ocasionaría que se dijera que los casos difíciles son precisamente difíciles por las interpretaciones diversas, y no porque en sí mismos sean problemáticos. Aunque parcialmente puede ser cierto, considero que no hay que confundir entre la enfermedad y los efectos.

Además, creo, una diferencia fundamental entre la argumentación que se pugnaba en siglos pasados y la de estos momentos consiste precisamente en que aquella no se aperturó al explícito “reconocimiento de la diferencia”. Pero, en cambio, aquella, al igual que la de ahora, también reconocía la existencia de problemas de interpretación.

Ciertamente, a pesar de la importancia que tuvo la escuela exegética, también encontró detractores importantes (los cuales comparten ciertos rasgos “de familia” con las actuales teorías de la argumentación jurídica). Efectivamente, la expansión de la escuela exegética se empalma con las magistrales obras en materia de interpretación como la de François Geny y su obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, o el *Sistema del derecho romano actual* de Friedrich Carl Savigny. En dichas obras ya se aludía a las complicaciones de la lectura de los textos, y aunque nunca se mencionó como tal, el reconocimiento de los “casos difíciles” era de hecho aunque no de nomenclatura.

Por ello, la gran aportación de la propuesta argumentativa de estos tiempos no es necesariamente la idea de “los casos difíciles”, sino la idea de la legitimidad de las discrepancias en la solución por el reconocimiento explícito de la diferencia.

Efectivamente, la diversidad de ideas se basa en algo más allá del propio texto: está nuestra visión del mundo, del momento histórico que vivimos, de la justicia.<sup>38</sup> Por ello, algunas personas, como Jeremy Waldron, han escrito que “somos una multitud, y tenemos desacuerdos sobre la justicia. Esto es, no solo tenemos desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida, sino también acerca de

<sup>38</sup> Cfr. Wagner, Anne et al., *Interpretation, Law and the Construction of Meaning: Collected Papers on Legal Interpretation in Theory, Adjudication and Political Practice*, Netherlands, 2010.

cuáles son los términos justos de cooperación entre las personas que tienen desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida”;<sup>39</sup> y agrega, “tenemos desacuerdos sobre lo que nos debemos los unos a los otros en términos de tolerancia, indulgencia, respeto, cooperación y ayuda mutua”;<sup>40</sup> y finaliza con lo siguiente, “no me importa especialmente si estas disputas son ‘desacuerdos acerca de los derechos mismos’ o ‘desacuerdos acerca de la interpretación de dichos derechos’. Lo que me importa es que nos llevan a controversias furiosas y difíciles de manejar”.<sup>41</sup>

Ahora bien, que un número importante de disposiciones genera desacuerdo, parece que nos obliga a pisar las puertas del escepticismo, y lo que es peor, ¿cómo, entonces, resolver nuestras diferencias de forma legítima? La respuesta amerita espacios propios, y eso se comentará en el siguiente apartado.

### III. PARA QUÉ SE ARGUMENTA

Tenemos desacuerdos importantes, pero no por ello todo es desacuerdo. Tenemos algunos puntos de contacto que sirven, a manera de plataforma común, para expresar nuestras diferencias. Como explica Ronald Dworkin, “en el mundo del boxeo la gente está de acuerdo en el concepto de ganar un asalto, aun cuando a menudo discutan sobre quién ha ganado un concreto asalto”.<sup>42</sup>

La argumentación es precisamente una plataforma común de acuerdo para una importante parte de la humanidad. Estaríamos de acuerdo que resolver nuestras diferencias a través de un proceso de argumentación es legítimo a diferencia de resolverlas, por ejemplo, a través de escupitajos. O la mayor parte de las personas podrán estar de acuerdo que lo que hizo el líder soviético Nikita Jrushchov —se dice—, durante la sesión plenaria de la ONU, al golpear con uno de sus zapatos su propio estrado, no era una forma legítima de resolver

<sup>39</sup> Waldron, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiróga, Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 7.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>42</sup> Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 21.

sus diferencias. Por ello, a la interrogante de para qué se argumenta, se respondería de esta forma: se argumenta para resolver de forma legítima nuestras diferencias.

Ciertamente, de forma similar a lo que pasa en la argumentación práctica general,<sup>43</sup> en la argumentación jurídica se genera legitimidad por el mismo proceso dialéctico de argumentar y contraargumentar. Esto se podrá entender mejor si se tienen en cuenta las razones que se pueden ofrecer a favor de la argumentación jurídica: el rechazo al autoritarismo, la apertura a la diferencia, la publicidad, sirve como medio de investigación, y, finalmente, la satisfacción de obtener un resultado común bajo el ejercicio de ciertas reglas.

### *1. El rechazo al autoritarismo*

La historia del derecho ha documentado en diversos momentos el autoritarismo jurídico: me obedeces por mandato de la historia; me obedeces por mandato del derecho natural; me obedeces porque lo dictan las tradiciones. La misma invocación a ley, cuando esta es ambigua o vaga, es un ejemplo de autoritarismo.<sup>44</sup> Bajo la perspectiva de la argumentación, la obediencia ya no apela a un autoritarismo. La razón de obediencia descansa precisamente en el convencimiento de los argumentos. O como escribe Habermas:

La teoría consensual de la verdad pretende explicar la peculiar coacción sin coacciones que ejerce el mejor argumento por las propiedades formales del discurso y no por algo que, como la consistencia lógica de las oraciones, subyace al contexto de argumentación o que, como la

<sup>43</sup> Sobre este punto de la relación entre la argumentación jurídica y argumentación práctica general, es importante tener en consideración la explicación de Alexy: “La cuestión de cómo se distingue la argumentación jurídica de la argumentación práctica general es una de las cuestiones centrales de la teoría del discurso jurídico. Aquí se puede ya establecer un punto: la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoredad, como quiera que deba determinarse, al derecho vigente”. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 206.

<sup>44</sup> Es de sobra conocida la expresión de Demolombe: “Mi divisa, mi profesión de fe es la siguiente: ¡Los textos ante todo!”, o la de Jean-Joseph Bugnet: “Yo no conozco el derecho civil, y no enseñó más que el Código de Napoleón”: que reflejan un culto al texto de la ley, que orilla a un autoritarismo jurídico.

evidencia de las experiencias, penetra, por así decirlo, en la argumentación desde fuera. El resultado del discurso no puede decidirse ni por coacción lógica ni por coacción empírica, sino por ‘la fuerza del mejor argumento’. A esta fuerza es lo que llamamos motivación racional.<sup>45</sup>

El rechazo al autoritarismo, debe aclararse, no significa carecer de criterios de decisión. Al contrario, significa tener criterios de decisión pero que éstos estén sustentados en argumentos y contraargumentos que giren a través de una plataforma común aceptada y no en una posición de verdad impositiva. Es decir, la decisión razonable, si de veras lo es, no tendría ningún inconveniente por pasar el test de la argumentación. Con frecuencia, suele suceder que ante una “verdad evidente” se pasa por alto la argumentación y se incurre en un autoritarismo. Un ejemplo de lo que aquí se expresa se puede representar de forma adecuada con un caso concreto que se vivió en el estado de Oaxaca. Durante los últimos meses de noviembre de 2009, el Congreso del estado de Oaxaca aprobó una reforma a la Constitución estatal y en la cual se estableció expresamente que “en el estado de Oaxaca se protege y garantiza el derecho a la vida”. El texto aprobado ocasionó reclamos por parte de un sector de la sociedad que manifestaba que con ello se restringía el derecho humano al aborto que tienen las mujeres. Pero, la pregunta es esta: ¿es o no un derecho humano el abortar?

El tema es por demás polémico en sí mismo y origen de variadas disputas. Existen intelectuales —hombres y mujeres, desde luego— en el mundo entero, de considerable prestigio, que se agrupan defendiendo o rechazando dicho derecho humano. En otras palabras, cada bando tiene buenos elementos y buenas razones para defender su postura, así que no parece fácil el decir que un sólo grupo tiene la razón y que el otro grupo no la tiene.

En Oaxaca, similar a lo que ha sucedido en el mundo entero, la disputa adquirió el siguiente rostro: por un lado estaban las personas que negaban el aborto como derecho humano, y por el otro, las personas que lo defendían. Los argumentos de uno y otro extremo estaban representados, principalmente, por ideas que parecen convincentes.

<sup>45</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Cátedra, 1997, p. 140.

tes. En contra: el derecho a la vida es un derecho humano; abortar es atentar contra la vida; en consecuencia, abortar no es un derecho humano y, por ello, no debe permitirse. A favor: es un derecho humano el uso del propio cuerpo, el aborto es el uso del propio cuerpo de la mujer, en consecuencia: el aborto es un derecho humano.

Sea como fuere, el aborto como derecho humano no es un asunto que pueda resolverse con facilidad. Por ello, uno de los reclamos del grupo proabortion fue en el sentido de la falta de una discusión de altura para llevar a cabo la reforma. Ciertamente, a pesar de la importancia del tema y de lo necesario de exponer los argumentos y confrontarlos con los contraargumentos, la reforma fue aprobada en sólo cinco horas, y únicamente dos de ellas fueron realmente de discusión.<sup>46</sup> Por ello, creo, en este caso en particular, las personas que se inconformaron por la reforma les asistía la razón en cuanto al procedimiento de toma de decisión. Para mayor claridad, imaginemos que el sector antiaborto hubiera “perdido” y el sector proabortion logrará colocar una reforma a favor del aborto sin mediar una seria discusión del tema. ¿Tendría derecho el sector antiaborto a inconformarse, por las mismas razones que lo hacía el sector proabortion en el caso que aquí se narra? Sin duda que sí. No es legítimo que el grupo proabortion —sólo porque ellos consideran como verdad absoluta que la mujer tiene derecho a abortar— se imponga, sin mediar argumentos evaluados frente a contraargumentos, al grupo antiaborto.

Por ejemplo, una verdadera discusión del tema se dio en el Parlamento inglés.<sup>47</sup> Hubo una discusión mucho más rica, pues se discutió el aborto desde diversos enfoques: moral, filosófico, político; estatus

<sup>46</sup> Se documenta en la ficha informativa del Congreso local, en la página 1, lo siguiente: “Luego de un amplio debate, que se prolongó por casi dos horas, se pronunciaron a favor de la reforma constitucional los diputados Eva Diego Cruz, Antonio Amaro Cancino y Jaime Aranda Castillo, del PRI; Gustavo Velásquez Lavariega, del PC, así como Perla Wolrich Fernández y Alfredo Ahuja Pérez, del PAN, quienes coincidieron en considerar el cambio constitucional como viable y justo, sobre todo un acto de defensa de la dignidad humana de las personas porque conlleva al resguardo al derecho de la vida”. Véase comunicado de prensa del H. Congreso del estado de Oaxaca, LX legislatura, 9 de septiembre del 2009.

<sup>47</sup> Cfr. Waldron, Jeramy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006, p. 1385.

ético del feto, la libertad y la vida privada de la embarazada, conflictos morales entre posiciones encontradas.<sup>48</sup>

Por ello, la importancia de argumentar y contraargumentar las diversas posiciones, pues cada grupo tendrá su propia visión. Una visión no puede imponerse de forma dogmática. Es el resultado de la deliberación y el triunfo de la mejor razón lo que al final de cuentas debe servir como elemento decisivo para determinar cuál es el derecho humano: si permitirlo o negarlo.

Eso es lo que debió de haber promovido el Congreso antes de la reforma. Pero eso no lo hizo el Congreso local. En conclusión: si no hay deliberación previa, en la que surja un proceso de argumentos y contraargumentos, la causa aprobada, sea buena o mala, carece de legitimidad.

## 2. *La apertura a las diferencias*

Una segunda razón a favor de la argumentación es que ésta —a través de su naturaleza dialéctica— apertura espacios para conocer, visualizar y, en su caso, respetar las diferencias. El texto jurídico, como se ha venido insistiendo, no tiene una sola lectura sino varias lecturas, y éstas dependen de la posición —por llamarlo de alguna manera— de la persona que lee el texto. Al respecto de la posición y su relación con la diferencia, Amartya Sen ha pugnado por una idea que le asigna el nombre de posicionalidad de observación y conocimiento. Explica que “la variación posicional de las observaciones constituye una cuestión elemental”,<sup>49</sup> y agrega que “puede ilustrarse con un ejemplo muy directo de la física. Considérese la siguiente afirmación: ‘El Sol y la Luna parecen similares en tamaño’. La observación no es, obviamente, independiente de la posición, y los dos cuerpos celestes podrían parecer muy disímiles en tamaño desde otra posición, digamos desde la Luna”,<sup>50</sup> y concluye, “pero ello no niega la objetividad de la afirmación, ni la convierte en un mero fenómeno mental de una persona en particular. Otra persona que observe al

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> Sen, Amartya, *op. cit.*, p. 186.

<sup>50</sup> *Idem*.

Sol y a la Luna desde el mismo sitio (la Tierra), deberá ser capaz de confirmar la aseveración de que parece ser del mismo tamaño".<sup>51</sup>

En este sentido, la argumentación jurídica, al permitir expresar la posición particular, es una herramienta idónea para poner a la vista las diferencias, pero particularmente para descubrir las causas que están atrás de ellas.

Debe tenerse en cuenta, desde luego, que no es nueva la idea de escuchar a las partes, pues ya había existido desde hace mucho tiempo el principio *Audiatur altera pars*. Sin embargo, lo nuevo en este caso es que aquí no sólo se trata de escuchar a la otra parte, sino también de evaluar desde la posición de la diferencia. Evaluar desde la posición de la diferencia no significa ni caer en el relativismo ni mucho menos consiste en otorgar prerrogativas injustificadas, sino al contrario, significa equilibrar las situaciones desventajosas.

Un ejemplo de lo mencionado puede encontrarse en una modificación que sufrió el Código Civil del estado de Oaxaca. Como es sabido, esta entidad federativa tiene un número importante de pueblos indígenas, y la mayor parte de ellos con alto grado de pobreza. A pesar de esta situación, hasta el 2000 existían las siguientes disposiciones en el Código Civil: artículo 9o. "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario"; artículo 20. "La ignorancia de las leyes debidamente promulgadas no sirve de excusa y a nadie aprovecha". Pero dichas disposiciones en lugar de generar igualdad entre las y los habitantes oaxaqueños, lo que ocausaba era una mayor diferencia, pues los más afectados eran (y siguen siendo) las personas de los pueblos indígenas. Por ello, en el 2000 se propuso que se modificara el artículo 20 para quedar como sigue:

La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieran incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban; o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten al interés público.

<sup>51</sup> *Idem*.

Bajo esta óptica, la argumentación jurídica mantiene un estrecho vínculo con los derechos humanos,<sup>52</sup> las reivindicaciones multiculturales<sup>53</sup> y el tema de respeto al derecho de las mujeres.<sup>54</sup>

### 3. Sirve como medio de investigación

Carlos Santiago Nino,<sup>55</sup> cuando explica el valor epistémico de la democracia, aporta dos razones que desde mi óptica son razones que justifican también a la argumentación jurídica. Estas dos razones son las siguientes:

- La argumentación sirve como medio de investigación o de descubrimiento de razones para la toma de una mejor decisión.
- La argumentación permite la detección de errores fácticos y lógicos.

En cuanto a la primera razón, la base de ella consiste en que se trata del conocimiento de los intereses de las otras personas, y eso, desde esta perspectiva, facilitaría conocer la opción más adecuada. El proceso argumentativo facilitaría, según Nino, una mayor armonía entre intereses que aparentemente son incompatibles. “Los altruistas, por ejemplo, podrían darse cuenta de que sus propios intereses chocan con otros y entonces cambiar sus elecciones para que los intereses de los demás puedan ser satisfechos”.<sup>56</sup>

Por otro lado, en cuanto a la segunda razón, la argumentación jurídica ayudaría a detectar errores fácticos y lógicos, pues en el desarrollo del mismo proceso argumentativo, los otros participantes indicarían dichas situaciones.

<sup>52</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 503-553.

<sup>53</sup> Marrero Avendaño, Danny, “Los retos de la argumentación jurídica multicultural. Un modelo de evaluación de argumentos”, en varios autores, *Desde otros centros. Memorias del Coloquio Inter-universitario “Perspectivas y retos del diálogo intercultural”*, Corporación Universitaria Minuto de Dios, pp. 95-142.

<sup>54</sup> Smith, Patricia, *Feminist Jurisprudence*, Nueva York, Oxford University Press, 1993.

<sup>55</sup> Santiago Nino, Carlos, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 168-174.

<sup>56</sup> *Idem*.

#### *4. Obtención de un resultado común bajo el ejercicio de ciertas reglas*

Finalmente, si el proceso argumentativo parte de reglas aceptadas, la conclusión resolvería —al menos legítimamente— un importante (aunque no todas) número de diferencias. A este respecto, puede considerarse el siguiente texto que resulta ser bastante clarificador a este respecto:

Quejarnos porque la cuenta del restaurante es alta no nos dará ningún resultado: no lograremos convencer al mozo y pasaremos por mezquinos. Pero si encontramos algún error en la suma provocaremos una consulta y obtendremos, junto con la enmienda, las correspondientes excusas: tal es el poder de la aritmética, que ni los comerciantes se atreverán contra ella.<sup>57</sup>

Ahora bien, en el caso particular de la argumentación jurídica, hay una gran variedad de reglas aceptadas en el mundo jurídico y cuya razonabilidad parece llevar a algunos acuerdos. Ya en otro lugar se ha hecho referencia de forma detallada a ellas, pero por el momento,<sup>58</sup> y para no dejar sin ejemplos esta parte final, puede acudirse a las cuatro reglas fundamentales que ha propuesto Robert Alexy y que son las siguientes:<sup>59</sup>

##### *A. Ningún hablante puede contradecirse*

A esta regla, quizás sería apropiado también denominarla como regla de coherencia. Es decir, el hablante no debe incurrir en contradicciones. Es válido todo lo que diga, menos sus propias contradicciones. Un ejemplo en materia jurídica: se puede seleccionar lo que se establece en el artículo 138 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Oaxaca (primer párrafo), que prescribe lo siguiente: “El tribunal que reconozca la jurisdicción de otro por providencia expresa, no puede sostener su competencia”. Puede notarse que la exigencia

<sup>57</sup> Teresa Echave, Delia *et al.*, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 19.

<sup>58</sup> Moreno, Rodolfo, *op. cit.*, en prensa.

<sup>59</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, *cit.*, p. 283.

cia de la coherencia está precisamente en la idea de que si un tribunal reconoció la jurisdicción de otro tribunal, no puede alegar después que él (que lo había negado) es el competente.

*B. Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree*

Otro nombre apropiado para esta regla podría ser la de distinguirla como regla de afirmación. Un ejemplo de su aplicación se puede hallar en el artículo 337, segunda fracción. Específicamente se establece lo siguiente. Artículo 337: “La confesión judicial hace prueba plena cuando concurren en ella las siguientes condiciones:... II. Que sea hecha con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia”. La idea rectora está en cuanto a que sólo se puede afirmar lo que se cree o se conoce, y no se puede afirmar de aquello que no se cree o no se tiene conocimiento.

*C. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes*

Esta regla, sin mayor problema, puede recibir el nombre de regla de analogía y es una de las más recurridas en materia jurídica y en el discurso en general.

*D. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados*

Finalmente, esta regla tiene como objetivo precisamente evitar las ambigüedades en el discurso argumentativo. Por ejemplo, en el caso que se vio en muchas líneas atrás, se desea designar como justo título la causa que legitima la posesión, no se podrá después aludir que por justo título también debe entenderse el documento.

#### IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El objetivo, se dijo al inicio de este documento, fue el de responder a dos preguntas básicas en torno a la argumentación jurídica. Las

dos preguntas y sus respectivas respuestas que se plasmaron en el documento fueron las siguientes:

*Pregunta:* ¿Por qué, en materia jurídica, argumentamos?

*Respuesta:* argumentamos, en materia jurídica, porque las disposiciones normativas contenidas en los textos legales tienen una textura abierta, producto de la ambigüedad, vaguedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico o por las diversas lecturas ideológicas permitidas por los propios textos, que pueden producir diferencias legítimas, y en consecuencia disputas.

*Pregunta:* ¿para qué, en materia jurídica, argumentamos?

*Respuesta:* para resolver nuestras diferencias de forma legítima

De las anteriores preguntas y respuestas se puede ir hilando una especie de conclusión sobre ciertos puntos que, a juicio del autor, deben enfatizarse.

### *1. Argumentación, entre la técnica jurídica y teoría de la justicia*

Debe observarse que la respuesta a la primera pregunta tiene dos hipótesis posibles para el surgimiento de las diferencias.

*Primera hipótesis:* la textura abierta que da origen a los casos difíciles.

*Segunda hipótesis:* diversas lecturas ideológicas.

Ahora bien, estas dos hipótesis reflejan el empalme entre la técnica jurídica y la teoría de la justicia. Ciertamente, la primera hipótesis ha sido considerada desde siempre un tema de técnica jurídica; sin embargo, la segunda hipótesis más que a una técnica pertenece al campo de una teoría; la de la teoría de la justicia. La convergencia de ambas en la respuesta al por qué argumentamos jurídicamente, se trató de visualizar a lo largo del texto. Sin embargo, a manera de punto concluyente se puede sugerir que la argumentación como técnica jurídica busca solucionar el tema de los casos difíciles, pero la argumentación como parte de la teoría de la justicia enfrenta el reto de satisfacer las diversas lecturas ideológicas.

Esto origina que las y los autores citados pertenezcan a una amplia gama de escuelas (por llamarles de alguna forma). Así, en el tema de la clasificación de los casos difíciles, una autoridad indiscutible es Neil MacCormick, pero en el tema de la justicia, un referente inmediato es Amartya Sen.

Ahora bien, evaluado desde la técnica jurídica, lo único que puede dar origen a la argumentación jurídica es la existencia de casos difíciles, pero visto desde el ámbito de la teoría de la justicia, no son los casos difíciles el centro de atención sino las diferentes lecturas (ideológicas) de un texto. De ahí que la afirmación que se hace en el texto, en el sentido de que “debe tenerse en cuenta que no sólo es la característica de caso difícil lo que ocasiona la necesidad de argumentar”, se refiere a esto. Por supuesto, se podrá objetar que el caso difícil no es únicamente técnico, y que se debe ampliar el concepto de caso difícil para incluir también el supuesto de diferencias ideológicas. La intención del autor no es esta. Al contrario, es precisamente enfatizar entre, por un lado, el concepto de caso difícil como un tema eminentemente de técnica jurídica y, por el otro lado, el tema de las diferencias ideológicas.

## 2. *La argumentación jurídica como criterio de legitimación*

La segunda pregunta que se hizo en este documento fue la siguiente: ¿para qué argumentamos? Y la respuesta fue ésta: para resolver nuestras diferencias de forma legítima.

La idea de legitimidad es un concepto de filosofía práctica y también un concepto de filosofía política.

Como concepto de filosofía práctica, en el apartado respectivo se enfatizó sobre la semejanza entre el discurso práctico en general y el discurso jurídico. Es hora de avanzar más y generar un punto concluyente en torno a la relación entre el discurso práctico en general y el discurso jurídico. Y este punto concluyente, con base en lo que se expuso, apunta hacia el sentido de que la legitimidad surge precisamente porque “el aspecto más frecuentemente subrayado de la vinculación entre ambas formas de discurso, no consiste en la coincidencia estructural... sino en la necesidad de argumentos prácticos generales en el marco del discurso jurídico”.<sup>60</sup> Esta estrecha relación ha sido puesta de manifiesto por diversos autores. Aunque uno de los princi-

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 277.

pales es Jürgen Habermas.<sup>61</sup> Aun sin ser jurista, su modelo deliberativo y su propuesta personal en torno a la concepción del derecho,<sup>62</sup> ha influido notablemente entre los teóricos de la argumentación jurídica (incluido, desde luego el propio Alexy).

Ahora bien, como concepto de filosofía política, con el texto aquí elaborado se pretendió demostrar que es necesaria la aproximación entre los filósofos juristas y los filósofos políticos (de aquí las citas desuniformes de autores o autoras de argumentación jurídica, por un lado, y notas periodísticas y politólogos, por otro).

Ciertamente, el derecho apela a la idea de legitimidad interna (práctica) pero también a la legitimidad externa (política). Lo anterior impone intentar acercar a los filósofos jurídicos con los filósofos políticos. Desafortunadamente, la aproximación entre ambos tipos de pensadores no parece trabajo fácil, pues cada uno de ellos parece como si estuvieran hablando de cosas diferentes: los unos están interesados por las categorías eminentemente jurídicas; los otros, interesados por las categorías de índole social y política (aunque no paso por alto el caso de filósofos jurídicos-políticos excepcionales como Bobbio, Dworkin, Ferrajoli, sólo por mencionar algunos nombres). A mi parecer, hay conceptos importantes no atendidos por los filósofos políticos que reclaman una mayor atención, pues aquellos sí tienen repercusión en las ideas de legitimidad externa (la tipología, por ejemplo, de los casos difíciles). Pero también los filósofos juristas olvidan con frecuencia la importancia de categorías importantes dentro de la teoría política que repercuten en la legitimación interna (por ejemplo, los temas del rechazo al autoritarismo y la apertura a las diferencias).

En suma, creo que el tema de la argumentación jurídica es un amplio campo donde el escenario reclama la presencia de los más disímiles actores unidos por la idea de legitimidad.

<sup>61</sup> No por casualidad el propio Robert Alexy incluye el modelo habermasiano de argumentación, como referente ineludible de su teoría de la argumentación jurídica. *Cfr. idem.*

<sup>62</sup> *Cfr. Habermas, Jürgen, Factualidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005.

pales es Jürgen Habermas.<sup>61</sup> Aun sin ser jurista, su modelo deliberativo y su propuesta personal en torno a la concepción del derecho,<sup>62</sup> ha influido notablemente entre los teóricos de la argumentación jurídica (incluido, desde luego el propio Alexy).

Ahora bien, como concepto de filosofía política, con el texto aquí elaborado se pretendió demostrar que es necesaria la aproximación entre los filósofos juristas y los filósofos políticos (de aquí las citas desuniformes de autores o autoras de argumentación jurídica, por un lado, y notas periodísticas y politólogos, por otro).

Ciertamente, el derecho apela a la idea de legitimidad interna (práctica) pero también a la legitimidad externa (política). Lo anterior impone intentar acercar a los filósofos jurídicos con los filósofos políticos. Desafortunadamente, la aproximación entre ambos tipos de pensadores no parece trabajo fácil, pues cada uno de ellos parece como si estuvieran hablando de cosas diferentes: los unos están interesados por las categorías eminentemente jurídicas; los otros, interesados por las categorías de índole social y política (aunque no paso por alto el caso de filósofos jurídicos-políticos excepcionales como Bobbio, Dworkin, Ferrajoli, sólo por mencionar algunos nombres). A mi parecer, hay conceptos importantes no atendidos por los filósofos políticos que reclaman una mayor atención, pues aquellos sí tienen repercusión en las ideas de legitimidad externa (la tipología, por ejemplo, de los casos difíciles). Pero también los filósofos juristas olvidan con frecuencia la importancia de categorías importantes dentro de la teoría política que repercuten en la legitimación interna (por ejemplo, los temas del rechazo al autoritarismo y la apertura a las diferencias).

En suma, creo que el tema de la argumentación jurídica es un amplio campo donde el escenario reclama la presencia de los más disímiles actores unidos por la idea de legitimidad.

<sup>61</sup> No por casualidad el propio Robert Alexy incluye el modelo habermasiano de argumentación, como referente ineludible de su teoría de la argumentación jurídica. *Cfr. idem.*

<sup>62</sup> *Cfr. Habermas, Jürgen, Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005.