

DIÁNOIA

Diánoia

ISSN: 0185-2450

dianoia@filosoficas.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

CRUZ PARCERO, JUAN ANTONIO

Réplica a "Cómo evaluar las argumentaciones judiciales" de Manuel Atienza

Diánoia, vol. LVI, núm. 67, noviembre, 2011, pp. 143-153

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=58433540008>

- 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

Réplica a “Cómo evaluar las argumentaciones judiciales” de Manuel Atienza*

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

Instituto de Investigaciones Filosóficas

Universidad Nacional Autónoma de México

cruzparc@gmail.com

Resumen: En esta réplica se analizan las ideas de Manuel Atienza sobre cómo evaluar la argumentación judicial. La crítica se enfoca en la afirmación de que, en cada ámbito del Derecho (legislativo, judicial, abogacía, etc.), los criterios de corrección son diferentes. Se sostiene, en cambio, que los criterios que sirven para el ámbito judicial son iguales a los criterios que rigen los argumentos de los abogados. Si bien los argumentos de los abogados buscan la persuasión, su éxito requiere que se cumplan los estándares usados por los jueces al evaluarlos. Donde sí cabe la distinción es respecto de la argumentación del legislador, pues en ese ámbito sus argumentos no dependen de las opiniones de los jueces al ser los propios legisladores autoridad en materia de interpretación de leyes.

Palabras clave: argumentación jurídica, criterios de corrección, persuasión, evaluación de argumentos, decisión judicial

Abstract: In this paper the author examines Manuel Atienza's ideas on how to evaluate judicial argumentation. One of the highlights of his work is the assertion that in every area of the law the marking criteria are different. The critique of this paper focuses on denying that the criteria used for the judiciary are different from the criteria governing lawyers' arguments. While the arguments of lawyers seek persuasion to succeed, they need to fulfill the standards used by judges to evaluate them. The distinction apparently does hold in relation to the legislative's argumentation because in this area arguments do not depend on the views or criteria of the judges insofar as the legislator himself is an authority, in his own sphere, in matters of interpretation of laws and the constitution.

Key words: legal argumentation, marking criteria, persuasion, evaluation of arguments, judicial decision

Uno de los retos de la argumentación jurídica como disciplina ha consistido en entender cómo funciona la argumentación en el ámbito del Derecho y poder establecer criterios racionales para evaluar la argumentación. La tarea no es nada sencilla dado que en el Derecho no pueden operar todas las reglas de la racionalidad que operan en el razonamiento práctico. Por razones obvias, la argumentación jurídica

*Incluido en este número en las pp. 113–134.

opera dentro de contextos altamente institucionalizados,¹ donde existen procesos de discusión con reglas específicas que limitan el número de participantes, el tiempo y los temas; en cuanto al contenido, imponen especialmente el deber de justificar con base en el ordenamiento jurídico (aunque no de manera exclusiva, como luego se verá).

Dentro de estos contextos, en “Cómo evaluar las argumentaciones judiciales”, Manuel Atienza se plantea el problema de determinar qué es un buen (o un mal) argumento en el razonamiento judicial. Para él, una teoría de la argumentación jurídica debería ser capaz de contestar tres preguntas básicas: ¿cómo analizar una argumentación?, ¿cómo evaluarla? y ¿cómo argumentar?

Atienza parte de asumir que en la argumentación hay tres perspectivas que deben tomarse en cuenta: la formal, la material y la pragmática (esta última, a su vez, puede dividirse en una aproximación retórica y otra dialéctica). En la evaluación de una argumentación debe considerarse que se trata de un proceso complejo con múltiples pasos (algunos argumentativos, otros no). Así, la idea es que la argumentación se puede evaluar como un proceso, pero también la evaluación puede recaer en un solo argumento. Ahora bien, por lo que hace a la argumentación judicial, aquí lo que se evalúa es el resultado de dicho proceso, que consiste en la motivación de la sentencia.

Atienza distingue entre lo que es *decidir* y lo que es *justificar*; se trata de dos cosas que tienen que hacer los jueces, que están obligados a hacer, pero que no necesariamente van juntas y tampoco pueden evaluarse conjuntamente; puede haber buenas decisiones mal argumentadas y malas decisiones bien argumentadas. Pero aquí precisamente surge la necesidad de aclarar qué se entiende por una buena y una mala argumentación (o decisión). Atienza nos dice que hay dos sentidos de lo que es una buena argumentación (o una decisión): un *sentido técnico* y un *sentido moral*.

Hacer esta distinción es importante, pues, a pesar de que el ideal regulativo del estado de derecho es que una decisión bien argumentada sea considerada una buena decisión, puede existir una brecha entre ambas nociones en la medida en que las normas que se apliquen no sean justas. Sin embargo, Atienza parece querer afirmar que, en el ámbito judicial, el compromiso con el Derecho es tan fuerte que se puede hablar de una “vinculación conceptual” entre las decisiones y los argumentos, vinculación que no existe en otros ámbitos del Derecho.

¹ Véase en este sentido Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Aquí es donde encuentro ya algunos problemas en la tesis que sostiene Atienza y por ello me detendré en este punto.

1. *Las instancias de la argumentación jurídica: el problema de la independencia de criterios*

En esta sección sostendré que existe un problema con la independencia de criterios que el profesor Atienza quiere establecer entre estas instancias de la argumentación jurídica. Él observa que hay varios ámbitos o *instancias* de lo que podríamos llamar la argumentación jurídica: el ámbito de la argumentación judicial, el de la argumentación de las partes de un litigio (o fiscales, abogados, terceros afectados, etc.), el de los peritos, el de la doctrina o los teóricos del Derecho, el de los legisladores, el de la administración pública, el de la negociación, etc. Es importante ver que, en algún sentido, todos son instancias jurídicas porque usan (y deben usar) el Derecho como una fuente para respaldar sus argumentos. El Derecho es un campo que todas estas formas de argumentación específicas comparten. Hasta aquí no hay problemas.

Ahora bien, precisamente eso que comparten todos los ámbitos nos puede llevar a pensar que los criterios de evaluación de los argumentos que se producen en cada instancia tendrían criterios comunes. Sin embargo, Atienza no piensa así y sostiene que “(l)a argumentación y la evaluación de los argumentos se plantean [...] de manera distinta en una u otra instancia” (p. 115).

Cuando sostiene que el ideal regulativo del estado de derecho es que las buenas decisiones son precisamente las decisiones bien argumentadas, y que ésta es la garantía de que las decisiones bien motivadas no pueden ser malas decisiones, parece querer decir que eso es algo que caracteriza a la argumentación judicial frente a otras instancias cuyo *grado de compromiso* con el Derecho no es el característico de la función judicial.

Veamos esto con detenimiento. Atienza sostiene que otras instancias (el legislador, los abogados) “se sirven del Derecho” para cumplir propósitos sociales e individuales, y que

en general, la adecuación al Derecho es un límite, no el fin de su actividad. La argumentación y la evaluación de los argumentos se plantean, por ello, de manera distinta en una u otra instancia. Una sentencia puede ser anulada por carencia o defecto de fundamentación, pero esto no ocurre con las leyes; o, por lo menos, si ocurre es de manera muy excepcional [...]. Y en cuanto a los abogados, sus argumentaciones no son normalmente evaluadas en términos de validez, sino de eficacia. (p. 115)

Es posible que concuerde con él respecto de la argumentación legislativa (con las matizaciones que él mismo incluye), pero no me parece igual de obvia su distinción en lo que se refiere a la argumentación de los abogados. ¿Quién evalúa *normalmente* la argumentación de los abogados? Si partimos de que ellos mismos evalúan sus argumentos y dados sus fines (ganar el caso a favor de su cliente), entonces posiblemente la eficacia (o el éxito) sea un parámetro importante. Pero aun así no pocos abogados están fuertemente comprometidos con el Derecho. Hay abogados que luchan por causas más allá de sus intereses particulares, ven el Derecho como algo importante y buscan que en la sociedad impere el estado de derecho. Su compromiso puede ser tan grande o mayor que el de muchos jueces; pero dejo este argumento un poco de lado porque, a fin de cuentas, esto es algo contingente y no quiero parecer ingenuo al respecto; lo que me interesa simplemente es señalar que el grado de compromiso es algo contingente tanto en el gremio de los abogados como en el de los jueces.

Pero si es algo contingente, entonces tiene que ser otra cosa lo que tendría que caracterizar la argumentación de los distintos actores, sean abogados, funcionarios públicos, legisladores o jueces. Atienza habla también del grado de compromiso *de la función judicial*. Esto implicaría que, para evaluar una argumentación judicial, hemos de suponer que entre quienes forman parte del poder judicial debe existir (es exigido) un alto grado de compromiso con el Derecho. Éste parece ser ya un criterio de evaluación de esa argumentación y no un dato que explique la existencia de criterios diferentes entre los abogados y los jueces.

¿Cómo se justifica, entonces, que haya criterios diferentes de evaluación en las diferentes instancias? ¿Por qué no habría que exigirles a los abogados que también muestren un alto grado de compromiso con el Derecho? ¿Y a los legisladores?

Atienza sostiene que la evaluación de los argumentos es una cuestión fundamentalmente contextual y que la pregunta sobre qué es un buen argumento (o uno malo) tiene respuestas distintas en los distintos campos de la argumentación jurídica. Pero faltan razones de más peso para defender su tesis; no basta con decir que son contextos o instancias diferentes. Nadie duda de que podemos identificar instancias o contextos específicos dentro de la argumentación jurídica y que cada una tiene distintas finalidades; sus actores suelen tenerlas y las funciones de cada instancia son diferentes, pero no queda claro por qué eso tiene que implicar que tengamos criterios de evaluación diferentes y que la respuesta a qué es un buen argumento (o uno malo) tenga que ser diferente en cada una.

Habría que distinguir entre la *eficacia* de un argumento (su éxito o fracaso), dadas las finalidades que se persiguen en cada ámbito, y la *corrección* del mismo como argumento jurídico, esto es, como un argumento fundado en el Derecho (aunque no sólo en el Derecho). La vieja distinción entre persuadir y convencer es importante. Son criterios que están en cualquier empresa argumentativa con mayor o menor peso. No veo razón para que el que haya empresas argumentativas donde es más importante (para el hablante) la persuasión nos conduzca a renunciar a evaluar sus argumentos con otros criterios distintos del de eficacia.

Los criterios para evaluar la eficacia o éxito y los que evalúan su corrección (en un sentido amplio) tendrán que ser diferentes dado que parten de distintos puntos de vista, pero es difícil pensar que no estén relacionados en una empresa como el Derecho. La persuasión exitosa depende muchas veces de una argumentación correcta, y precisamente ése es el ideal regulativo que vale en un estado de derecho, según el mismo Atienza. Y efectivamente lo que planteo es que un buen argumento persuasivo, en los distintos ámbitos del Derecho, tiende a coincidir al menos parcialmente con los criterios de un argumento convincente.

¿Cómo se podría explicar que los criterios de persuasión (de éxito) y de corrección difieran considerablemente?, ¿cómo se podría sostener que los criterios para determinar si una demanda civil son buenos contrastan con los criterios con los que tiene que resolver un juez en esa materia? Es cierto que un abogado no tiene por qué incluir los argumentos que perjudican a su cliente, pero tiene que seleccionar los que considera buenos argumentos a su favor, y ¿de qué depende que el abogado elija éstos como buenos argumentos? Un realista estadounidense diría que un buen abogado tiene que predecir lo que hará el juez, esto es, tiene que predecir qué criterios usará el juez; de modo que un buen argumento para el abogado tiene que ser aquel que logra emplear los mismos criterios que usará un juez al decidir. Desde luego, esto no equivale a decir que el abogado tiene que argumentar como lo hace el juez. De ahí la diferencia que traza Atienza entre criterios para evaluar un argumento y formas de argumentar (implícitas en sus preguntas de cómo evaluar y cómo argumentar).

No sé si mi argumento funcione también para el caso de la argumentación legislativa. Mi intuición es que no, que ahí sí tenemos una instancia o un contexto donde lo que es un buen argumento difiere de la argumentación judicial. Los legisladores no tienen por qué pensar (y no suelen hacerlo) que una buena ley es aquella que respaldarán los jueces. Los argumentos de un legislador pueden ser buenos por razones

diferentes de las razones por las que un juez declare inconstitucional dicha ley.

La diferencia, me parece, no está en que haya finalidades diferentes en cada instancia, sino que está en si en tales ámbitos tienen que predominar los puntos de vista de los actores. Los legisladores pueden tener muchas finalidades; una muy recurrente, por ejemplo, es que la ley que se crea genere más votos en una futura elección para la facción mayoritaria. Pero no creo que ésa sea la finalidad que tenga que prevalecer cuando se evalúa un argumento del legislador. Los criterios han de ser normativos y hemos de elegir los fines con respecto a los cuales vamos a evaluar un argumento. Los fines institucionales son importantes para ello y, como diría Dworkin, la interpretación en una práctica como el Derecho ha de guiarse por la mejor imagen que podamos tener de él. Lo mismo valdría con las instancias de la argumentación jurídica; hay que buscar su mejor interpretación para poder seleccionar los fines que nos permitan reconstruirlas de mejor manera. Ganar elecciones no puede ser el fin de la argumentación legislativa (normativamente hablando); legislar para resolver problemas sociales y de gobierno de diversa índole sí. La resolución de problemas sociales en sentido amplio debe darse dentro de un marco de respeto a los derechos de las personas, respeto a la organización política, respeto al marco constitucional y legal. En toda constitución (la mexicana ciertamente) y en cualquier sistema legal se reconocen no pocas veces derechos que pueden entrar en conflicto, o competencias entre instituciones que también entran en conflicto, directrices políticas encontradas, etc. No es extraño, entonces, que afirmemos que un buen argumento del legislador tendrá que basarse en criterios de eficacia y criterios consecuencialistas, dado que la ley que crea (o deroga) tiene que ser un medio adecuado para cumplir con ciertas necesidades sociales e institucionales. Pero, además, lo que legisla debe estar amparado constitucional y legalmente, sin que ello implique que los legisladores tengan que preocuparse demasiado por lo que los jueces o tribunales piensen; pero en un sistema legislativo que funcione bien, al menos algo que sí les debería importar es cómo reaccionarán los jueces y los tribunales ante las normas que dictan, especialmente a la luz de su constitucionalidad. No obstante, esta deferencia al poder judicial es una cuestión de matiz, ya que el legislador, por derecho propio, es una autoridad legítima para interpretar la constitución y las leyes (cosa que de un abogado, por ejemplo, no podría decirse).

En el ámbito de los abogados, dado que sus argumentos son evaluados por los jueces y su práctica de representación de clientes se inserta, por lo general, dentro del ámbito del proceso judicial, los criterios que

han de regir la evaluación de sus argumentos no pueden ser muy diferentes de los que usamos para evaluar los argumentos de los jueces.

2. *La evaluación del razonamiento*

Un buen *razonamiento* judicial, nos dice Atienza, es aquel que:

- a) Tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia válido (deductivo o no);
- b) sus premisas (o razones) son relevantes y sólidas, y
- c) es persuasivo o tiene la capacidad de persuadir en condiciones ideales (a un auditorio ideal con información suficiente, imparcial y racional).

A estas condiciones añade que:

- d) En la actividad de argumentar, los autores deben respetar las reglas de la discusión racional.

Me gustaría hacer notar que con los dos primeros criterios no encuentro problema y comparto esa idea, sin dejar de lado que cada uno de ellos es por sí mismo difícil y existen discusiones muy complejas al respecto. Sin embargo, se puede aceptar que son criterios generales que se aplican no sólo en el Derecho, sino en cualquier otro ámbito que pretenda ser racional.

El tercer punto me extraña un poco dado que menciona que debe ser persuasivo o tener la capacidad de persuadir a un auditorio ideal. Pero ser persuasivo puede ser, en muchas circunstancias o contextos, un requisito que exija muy poco, mientras que el tener la capacidad de persuadir a un auditorio ideal nos lleva al terreno del convencimiento, donde al argumento se le piden estándares más altos. De modo que no me queda muy claro cómo habría que entender este criterio. Es más, cuando Atienza habla de los criterios de evaluación, introduce el criterio de la *moral justificada*, y ahí la manera que él considera apropiada para identificarla —el método constructivo— parece aludir a una forma de auditorio ideal, mientras que cuando al final de su texto habla del criterio de *aceptabilidad* (como un criterio de lo razonable) me parece que está diciendo lo mismo o algo muy semejante. Y si es así, entonces este tercer requisito no tiene que ver con la mera persuasión, sino con la persuasión de un auditorio ideal, que supone precisamente usar una

noción fuerte de racionalidad (universalidad, no contradicción, coherencia, adecuación a las consecuencias, moral justificada, que son los criterios que él mismo explicita).

El cuarto requisito —respetar las reglas de la discusión racional— es un requisito procedimental. Como tal, nos genera el problema de qué pasaría si se cumplen los primeros tres requisitos pero no el cuarto; ¿cómo influiría esto último para evaluar el argumento?, ¿qué tipo de crítica se le podría hacer *al argumento*?, ¿sería correcto que se desestimara por su origen, llamémoslo, “corrupto”? Es posible que la respuesta a esta última cuestión sea afirmativa. El Derecho, como se dijo al principio, se trata de un contexto institucional donde las formas —los procesos— cuentan, y cuentan mucho. Pero, aun con eso, del argumento podríamos decir, aunque careciera de *eficacia* por sí mismo (por ejemplo, si fue presentado fuera del término legal, o por una persona no autorizada, etc.), que no tiene nada de malo y que era un buen argumento. Es importante, entonces, separar el éxito o la eficacia que puede tener el argumento, que es un criterio ligado a las reglas procesales, de la corrección formal o material del mismo.

Estos cuatro requisitos, como sostiene Atienza, no son suficientes para evaluar cualquier razonamiento judicial. No hay un acuerdo sobre los criterios materiales o pragmáticos. En el ámbito de la interpretación del Derecho y de las fuentes, como dice Atienza, reina la disputa.

Un reto para la argumentación jurídica es contestar a la objeción del escéptico de que no hay criterios objetivos (como, por ejemplo, los de la ciencia) para evaluar los buenos y malos argumentos, y para determinar cuál es la respuesta correcta en cada caso. Atienza piensa que las inquietudes de los escépticos pueden ser contestadas. En primer lugar, el que existan desacuerdos y disputas sobre las respuestas en los casos judiciales puede tener otras explicaciones y no deberse a que no haya una respuesta correcta. Las faltas de consenso son explicables por el tipo de intereses que intervienen en las disputas judiciales. En segundo lugar, quizá la objetividad de la ciencia no sea el estándar que haya que imponerle al Derecho; la objetividad de los criterios jurídicos puede ser una objetividad más débil que permita excluir muchas respuestas como incorrectas y como correctas, aunque no pueda hacerlo en todos los casos. En tercer lugar, y relacionado con el primer punto, en ocasiones se magnifican los problemas de falta de acuerdos debido a que la teoría del Derecho suele centrarse en discutir los llamados casos difíciles o los dilemas, pero se olvida, hasta cierto punto, de que la mayoría de los casos son de los llamados fáciles, esto es, casos que suscitan un amplio acuerdo sobre cómo han de resolverse. En cuarto y último lugar, de

aceptarse el argumento escéptico de que no hay criterios objetivos para evaluar los argumentos, nos dice Atienza, tendríamos que renunciar a la crítica de las decisiones judiciales, es más, tendríamos que renunciar a exigir que se funden y motiven las decisiones. Lo que quedaría es el *imperio* de la autoridad y el voluntarismo.

Algo que quiero apuntar es que quizá la objetividad a la que aspira el Derecho no sea semejante a la de las otras ciencias; pero lo que al menos muestran los criterios del razonamiento judicial que ofrece Atienza es que son, en parte, los mismos criterios lógicos los que sirven para evaluar los razonamientos (argumentos) judiciales.

3. *La evaluación de los argumentos (judiciales)*

Para Atienza, los criterios más importantes para evaluar los argumentos judiciales son los de: a) universalidad, b) coherencia, c) aceptabilidad de las consecuencias, d) moralidad social y e) moral justificada.

a) La *universalidad* consiste, para Atienza, en un requisito lógico, pero también en una regla de justicia (tratar igual a los iguales). Esto significa que, para que un argumento jurídico sea considerado bueno, tiene que incluir premisas universales (reglas o principios). Este requisito parece fácil de satisfacer en el Derecho, pues la incorporación de normas y principios sería suficiente para este propósito, al menos en cuanto a los aspectos de la argumentación judicial que no tienen que ver con la argumentación sobre hechos (aunque en este tipo de argumentos hay ocasiones en que también se utilizan normas, por lo general se suele recurrir a máximas de experiencia o enunciados generales que enuncian relaciones causales).

b) La *coherencia*, entendida como compatibilidad con valores, principios y teorías, es una cuestión de grado. Atienza parece pensar que una argumentación judicial es coherente cuando las normas que se utilizan en la justificación de una decisión son coherentes con los principios y valores del sistema jurídico y en relación “con cierta filosofía moral y política”. Es básicamente un criterio contextual, donde el contexto es el sistema de normas y las teorías políticas y morales. Para Atienza, dos formas de argumentar características del Derecho, la analogía y la reducción al absurdo, están justificadas por el criterio de la coherencia. Habría que señalar que no sólo la analogía y la reducción al absurdo, sino también las argumentaciones sistemáticas, alguna forma de argumentación histórica, los argumentos teleológicos, e incluso algunas formas de argumentos gramaticales, tienen que ver con criterios de coherencia, etcétera.

c) *Adecuación a las consecuencias*. Para Atienza, este criterio no debería usarse para evaluar la argumentación judicial, y si se hace uso de él habría que ser cautos y establecer dentro de qué límites, porque las instituciones judiciales no son las adecuadas para hacer cálculos a fin de predecir efectos. Pero esto es relativo, dependiendo de qué se tenga que calcular y en qué circunstancias los jueces hagan tales cálculos, el uso de argumentos consecuencialistas parece necesario a la hora de evaluar conflictos entre derechos, entre derechos y directrices políticas, etc. Hay, pues, ciertos pasos de lo que llamamos ponderación de valores, derechos o intereses donde es legítimo (y necesario) introducir argumentos consecuencialistas.

d) *La moral social*. Este criterio parece plantear varios problemas: ¿se puede usar cuando no está previsto expresamente?, ¿cuál puede ser su fuerza justificatoria?, ¿vale que en casos difíciles se opte por la interpretación más acorde con las creencias morales de la mayoría? Atienza dice que, con ciertos límites, se puede usar este criterio y ello facilita que el argumento sea persuasivo. Además, los criterios mayoritarios parecen estar vinculados a la democracia, y decidir como la mayoría quiere parece un buen ejercicio democrático. Pero Atienza en seguida reconoce que esto no es enteramente satisfactorio por las razones siguientes: 1) no siempre es fácil saber cuál es la opinión mayoritaria o puede ser que no exista una opinión claramente mayoritaria; 2) estas opiniones pueden expresar prejuicios; 3) si no hay opiniones justificadas, ¿por qué habríamos de elegir inclinarnos por las opiniones mayoritarias?, 4) las constituciones incorporan un código moral que no consiste en la moral positiva.

e) *Moral justificada*. Los escépticos suelen presentar dos objeciones: primero, no es necesario o no se debe recurrir a este criterio, y, segundo, no es posible hacerlo. Los iuspositivistas dirían que los buenos argumentos jurídicos no tienen que evaluarse en términos morales. Para Atienza parece claro que las fronteras entre el Derecho y la moral son fluidas; las razones para aceptar las normas y la constitución no pueden ser sino razones morales y eso hace que el razonamiento justificativo siempre descansa, en último término, en razones morales. Pero aquí surge una segunda cuestión: ¿cuál es la moral justificada? ¿Acaso existe? La respuesta de Atienza es que en la filosofía moral hay diversas propuestas éticas (normativas) que sostienen el objetivismo moral, las cuales pueden ser aptas para suministrar métodos para identificar cuál es la moral correcta. Atienza se inclina por el constructivismo o procedimentalismo moral (John Rawls, Jürgen Habermas, Carlos S. Nino), que sostiene que la forma de llegar a los principios de una moral jus-

tificada es a través de un consenso de agentes racionales que discuten bajo ciertas reglas de racionalidad. Por ello, los criterios para evaluar las argumentaciones judiciales remiten a la argumentación racional.

Aquí cabría recordar que Atienza incluye, bajo los criterios para evaluar el razonamiento, el de respetar las reglas de la discusión racional. El problema que veo es que un argumento judicial pueda cumplir con el requisito del consenso ideal y que, a su vez, el juez o el tribunal que lo formula puedan no seguir las reglas de la discusión racional (por ejemplo, haber violado algunos derechos de las partes, o no haber escuchado a alguna de las partes). ¿Qué pasaría en estos casos? Lo que suele ocurrir es que como las reglas procesales suelen tener mucho peso, basta muchas veces una violación relativamente poco importante de tales reglas para demeritar los argumentos que podría haber en cierta dirección; pero suele ocurrir también que, en casos donde se perciben problemas más importantes que las reglas procesales, éstas sean derrotadas por criterios cualitativos. Es decir, las reglas procesales, a fin de cuentas, son también reglas que tienen una justificación, y las razones que apoyan el cumplimiento de las reglas procesales en ocasiones ceden ante otro tipo de consideraciones de mayor peso. Y eso nos lleva quizá a concluir que, en última instancia, son esos criterios sustantivos los que suelen tener mayor peso y más poder para justificar una decisión. Por ende, son esos criterios los que nos deben servir también como criterios últimos de evaluación de los argumentos judiciales.

Ésta parece ser, en definitiva, la conclusión del mismo Atienza, pues al hablar sobre *lo razonable en el Derecho*, dice que dado que no siempre es posible satisfacer todos los criterios y que, además, entre ellos pueden surgir contradicciones, al final siempre será un criterio moral (en un segundo nivel de la argumentación) el que justifique que en un caso específico prevalezca un criterio institucional frente a otro criterio moral (en un primer nivel argumentativo).

Para terminar este comentario, y como se puede apreciar seguramente, las coincidencias con las afirmaciones de Manuel Atienza son más grandes que las diferencias que encontré; sin embargo, habría que señalar y tensar los puntos que, en mi opinión, quedan confusos y requieren alguna precisión de su parte. El tema que aborda sin duda merece tratarse e investigarse con mayor profundidad; lo importante de este trabajo de Atienza es que las coordenadas que traza para su discusión parecen ser las indicadas.

Recibido el 17 de junio de 2011; aceptado el 29 de septiembre de 2011.