

## La argumentación jurídica: del modelo positivista al llamado estado de derecho constitucional\*

Cedma González Andrade\*\*

**RESUMEN:** *La tradición formalista del sistema jurídico mexicano nos ha llevado a una aplicación mecánica del derecho, entendiendo por derecho al conjunto de normas vigentes y expresando la labor del juez como un acto de traducción o reproducción del significado de la ley de acuerdo con la voluntad legislativa. Estos paradigmas sin embargo, se han fracturado con la evolución de las sociedades, pasando de ser unitarias a plurales y diversas donde apreciamos diferentes grupos e intereses minoritarios. Apareciendo por tanto, nuevos conceptos sobre lo que es el derecho, mismo que transita de ser un catálogo normativo, a un fenómeno social en el que se consideran la supremacía de la Constitución, el apego a los derechos fundamentales y las condiciones democráticas; la interpretación desde una perspectiva hermenéutica y la argumentación como instrumento para aplicar el derecho. En tal sentido, esta colaboración tiene como propósito identificar cómo ha transitado la labor interpretativa y argumentativa del modelo positivista del siglo XIX al modelo hermenéutico del siglo XXI que prevalece en el denominado estado de derecho constitucional.*

**ABSTRACT:** *Formalist tradition in mexican juridical system, has derived into a mechanical application of law, considering law as a group of force rules and expressing the function of judges as a translation of the legislative will. But these paradigms have been fractured with social evolution; societies used to be one unit and now are plural and diverse and we see different groups and minorities interests. There are new concepts about law. Law is no longer a catalog of rules and we understand it as a social phenomenon that considers the Constitution supremacy, fundamental rights and democratic conditions. Considering hermeneutics as well as argumentation. The main purpose of this work is to identify how has changed juridical interpretation and argumentation from 19th century positivist model to 21st century hermeneutic model that prevails in constitutional model.*

---

\* Artículo recibido el 27 de marzo de 2011 y aceptado para su publicación el 25 de abril de 2011.

\*\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

**Palabras clave:** Interpretación, **Key words:** Interpretation, argumentation, argumentación, derechos fundamentales. **fundamental rights.**

**SUMARIO:** Introducción. 1. El formalismo y positivismo como sistema de derecho. 2. Nuevos paradigmas frente al formalismo jurídico. 3. El inicio de la interpretación, la integración normativa y la argumentación jurídica. 3.1. La interpretación jurídica. 3.2. La argumentación jurídica. Conclusiones. Bibliografía.

## Introducción

En México, la mayoría de los operadores jurídicos estamos muy familiarizados con la visión formalista del derecho en oposición a la escuela del realismo jurídico, y en gran medida también, en oposición a la hermenéutica y la concepción dialéctica de la argumentación.

El paso del estado de derecho positivo decimonónico al estado neo-constitucional como lo ha referido Miguel Carbonell al analizar las teorías de Luigi Ferrajoli, Gustav Zagrebelsky y Jürgen Habermas, entre muchos otros, es por decir lo menos, aún inacabado en nuestro país.

### 1. El formalismo y positivismo como sistema de derecho

En la actualidad, la cultura jurídica tiene una fuerte carga formalista difícil de superar, y el sistema de derecho encuentra una parte central de su fundamento en el positivismo jurídico, el cual según Norberto Bobbio,<sup>1</sup> puede considerarse desde las perspectivas siguientes:

- a) Como “approach” (aproximación) al derecho, distinguiendo el derecho como hecho, es decir, el derecho que es, del derecho como valor, es decir, el derecho que debe ser;
- b) Como teoría, misma que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano (el Estado), capaz de ejercer la coacción;
- c) Como ideología, tomando en cuenta que el derecho es, sólo por el hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal.

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 4ª ed., Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F., 1995, p.p. 41-47.

## La argumentación jurídica: del modelo positivista al llamado estado de derecho constitucional

En relación a este punto, el derecho por el sólo hecho de emanar de una voluntad dominante, es justo y por lo tanto, es válido. Así mismo, se determina al derecho como un conjunto de reglas, independientes del valor moral, que son obedecidas por el respeto a las leyes y por el temor a la sanción.

En el mismo sentido, ciertos aspectos esenciales del formalismo jurídico que han sido el centro y base de nuestra actuación en la materia son los siguientes:<sup>2</sup>

- a) Concepción formal de la justicia,
- b) Concepción del derecho como forma,
- c) Concepción de la ciencia jurídica como ciencia formal, por lo que la construcción del derecho se explica a partir de la dogmática jurídica.

Desde esta perspectiva, la interpretación formal del derecho, hace referencia a un método que da preferencia a la lógica en sentido estricto, realizando operaciones de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas, y al método sistemático frente al histórico y teleológico.

En el mismo sentido, la interpretación formal considera el método analítico prevaleciente en la escuela de la exégesis, método<sup>3</sup> que se refiere al análisis de los preceptos de conformidad con el orden de los mismos en el cuerpo legal. Por lo tanto, se atribuye al juez un poder meramente declarativo de las leyes vigentes y no el poder de crear un nuevo derecho.

Con el paso del tiempo y la evolución de las instituciones jurídicas, se puede advertir la fractura de los paradigmas del estado formalista y liberal, siendo en términos de Zagrebelsky<sup>4</sup> que los pilares del derecho del siglo XIX son: el principio de legalidad (la autoridad sólo puede hacer aquello que esté expresamente permitido, los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido); el principio de libertad; la generalidad de la ley, principio por medio del cual se validaba la igualdad ante la ley; la abstracción de las leyes, que se consideraba como la generalidad en el tiempo, al dotar de certeza y previsibilidad al sistema jurídico; y la homogeneidad del estado liberal, que reconocía la existencia de una sociedad monista, vinculada a un contexto político-social e ideal, definido y homogéneo.

---

<sup>2</sup> *Ibídem*, pp. 23-33.

<sup>3</sup> CARMONA TINOCO; Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1996, p. 33.

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, Gustav, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2ª ed., Simanca Ediciones, Valladolid, 1997, p. 155.

## **2. Nuevos paradigmas frente al formalismo jurídico.**

No obstante, con el proceso de evolución observamos el advenimiento de las llamadas sociedades complejas, en las que los grupos minoritarios se diversifican y la pluralidad de intereses se intensifica, sobreviniendo la crisis del estado liberal.

Crisis en la libertad del particular, al identificarse la existencia de los actos aplicativos individuales y concretos, así como también la asunción por parte del Estado de la gestión directa de intereses públicos, enderezando la libertad individual a fines colectivos.

Se reduce la generalidad y abstracción de las leyes, pues al diversificarse los grupos y estratos sociales, aparecen diversas legislaciones sectoriales, surgidas de acuerdo a cambiantes necesidades.

Se señala la heterogeneidad del derecho, debido a que los contenidos que se refieren en las leyes son el reflejo de los diversos valores e intereses sociales.

En un estado de derecho positivista y formalista, al aplicar el método lógico-deductivo, centro de la escuela exegética, las teorías de interpretación y argumentación jurídica no eran necesarias.

Al erigirse el juez como un mero traductor de la norma, no se debían señalar los juicios deliberativos que precedían la toma de decisiones por parte de la función jurisdiccional.

Como antítesis, el denominado irracionalismo jurídico, también sostiene que no existe un método o procedimiento que dote de garantías a la decisión jurídica. La escuela libre, encabezada por Francois Geny intentaba demostrar que la ley era insuficiente para prever todos los casos y que el juzgador debía efectuar una labor de investigación libre para colmar las lagunas jurídicas, así como también las escuelas del realismo jurídico estadounidense y escandinavo, representadas por Jerome Frank y Alf Ross respectivamente, también parten de la absoluta discrecionalidad del juez en la toma de decisiones, y la construcción del derecho con base en la aplicación al caso concreto, empíricamente verificable.

Refiriéndonos al contexto formalista, que es el que precede nuestra tradición jurídica, nos remitimos a las interpretaciones literales, por medio de las cuales el juez produce un texto distinto que exhibirá el mismo sentido y significado del texto del cual se parte, por lo tanto, no hay proceso discursivo-argumentativo y en

palabras de Jaime Cárdenas Gracia<sup>5</sup> esta actividad constituye una suerte de traducción.

### 3. El inicio de la interpretación, la integración normativa y la argumentación jurídica

En este punto, llegamos a un tema fundamental para el derecho contemporáneo, ¿qué es interpretar? y ¿qué es argumentar?, y especialmente cuál es el carácter de estas dos actividades dentro del sistema constitucional de derecho.

Aún inmersos en la tesitura estrictamente positivista pero situados ya en un contexto de evolución jurídica, el inicio de la interpretación e integración de las normas que ha caracterizado el objeto de estudio de las teorías contemporáneas del siglo XX, inicia con lo expuesto por Kelsen al plantear que si bien el juzgador debía resolver los casos que se le plantearan con base en el sistema normativo, el propio juez tenía un grado de discrecionalidad al realizar tal actividad.<sup>6</sup>

Para Kelsen, la interpretación es de autoridad o auténtica y por lo tanto, obligatoria jurídicamente; y científica, la cual no es obligatoria, sino que la considera conocimiento.

Al distinguir la ciencia del derecho (despolitizada) de lo que es el derecho (objeto de la ciencia del derecho), advierte que entonces el objeto del derecho es tanto su propia creación como su aplicación, actividades que al ser funciones de órganos de autoridad, constituyen funciones políticas determinadas por juicios de valor.

En tal sentido, la interpretación de autoridad es por tanto, un acto discrecional, y la interpretación jurídica hace referencia a la indeterminación del derecho.<sup>7</sup>

En un camino similar, para Hart la interpretación se explica a partir de la indeterminación en el lenguaje del legislador (indeterminación semántica porque todo lenguaje representa un halo de vaguedad o de textura abierta; y la indeterminación voluntaria). Aunado a la ambigüedad que define en términos de la existencia de más de una norma aplicable a un mismo caso concreto, y la indeterminación por considerar los propósitos perseguidos por la regla.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> CARDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 238.

<sup>6</sup> NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 2-3.

<sup>7</sup> CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Op. Cit.* p. 58.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 63.

### 3.1. La interpretación jurídica

Si dejamos de considerar una visión estatalista del derecho y lo concebimos como un fenómeno social objeto de interpretación, ésta comienza a delinearse como la pre-comprensión, o en su caso, una comprensión con base en el horizonte hermenéutico<sup>9</sup> del operador que intente llevar a cabo la interpretación, es decir, con base en el bagaje cultural y las vivencias que posee.

Para determinar el concepto de interpretación, podemos aproximarnos a su estudio desde diversas perspectivas, tales como:

- a) Su objeto, señalando si es posible interpretar cualquier entidad capaz de transmitir un sentido, o si solamente se interpretan entidades lingüísticas;
- b) Partiendo de la distinción entre el proceso de interpretación y el producto de la misma;
- c) Señalando si se trata de una actividad de atribución de significado o bien de comprensión de sentido.

De acuerdo con Santiago Nieto, la pluralidad normativa y el rompimiento posterior del monopolio legislativo por parte de otros órganos estatales, originó que se hicieran patentes las deficiencias internas del ordenamiento jurídico. Siendo los problemas esenciales, la ausencia de regulación de conductas en las normas jurídicas, dada la evolución social; la opacidad, debido a una jerarquización mal establecida y la contradicción de normas en el mismo ordenamiento jurídico. Esto es, el problema de las lagunas jurídicas, la jerarquización de las normas y las antinomias jurídicas.<sup>10</sup>

En términos generales, se puede señalar que la interpretación es indispensable en el caso de lo que algunos estudiosos refieren como textos dudosos, es decir, aquellos que contienen expresiones imprecisas, ambiguas o vagas; lagunas; antinomias; intenciones del autor no claras; contradicción entre el texto y las finalidades o valores de la norma.

Sintetizando el proceso de interpretación se puede señalar que el primer paso corresponde a la deliberación o juicio, posteriormente se actualiza o concreta la norma y finalmente se aplica el derecho.

---

<sup>9</sup> GADAMER, Hans George, *Verdad y método*, 7ª ed., Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997, citado por NIETO, Santiago, *Op. Cit.*, p. 1.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 16.

Al momento de aplicarse el derecho, es indispensable motivar la decisión, es decir, expresar sus razones y alejarla de todo arbitrio (como lo consideran Kelsen o Hart). La aplicación exige de la motivación para lograr el convencimiento de las partes y la persuasión del auditorio universal (decisión razonable); por lo tanto, la argumentación se erige como el instrumento de la aplicación.<sup>11</sup>

### **3.2. La argumentación jurídica**

El derecho como argumentación implica el carácter específicamente práctico del mismo. Según Manuel Atienza,<sup>12</sup> existen tres concepciones sobre argumentación:

- a) Lógica-formal, que se concreta con la relación entre proposiciones, el cumplimiento de reglas y el silogismo sin atender el contenido de verdad de las premisas;
- b) Material, desde una perspectiva tópica, que examina las premisas o “buenas razones” que determinan la corrección del razonamiento y por tanto la relación entre razones, creencias, acciones y actitudes;
- c) Pragmática o dialéctica, que parte de la interacción lingüística o proceso dialógico. Se trata de una concepción pragmática en la que es imposible hacer abstracción por parte de los sujetos que argumentan. El paso de un enunciado a otro se da mediante la aceptación, esto es, el consenso de cada participante en el proceso argumentativo.

La argumentación entonces, se entiende como un proceso integral de motivación, en el que si únicamente atendemos el aspecto formal que considera la competencia del órgano, el procedimiento y la previsión normativa, sería un proceso incompleto. Es necesario considerar también el aspecto material o de contenido del razonamiento, y la relación intersubjetiva entre las partes (juez, interesados, auditorio universal). No sobra decir que el contexto del auditorio universal es el que presupone condiciones democráticas no sólo como sistema de renovación de élites de gobierno y procedimentales de carácter electoral, sino también con estricto apego a los derechos fundamentales y a los medios de acceso a la justicia (tanto jurisdiccionales como administrativos, públicos y privados).

En este sentido, diversas teorías jurídicas contemporáneas sobre argumentación (entre las que podemos mencionar la de Robert Alexy o la de Ronald Dworkin, entre muchas otras) sostienen que la parte justificativa de la decisión se concentra

---

<sup>11</sup>CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Op. Cit.* p. 18.

<sup>12</sup> ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, D.F., 2009, p. 96.

en dar razones, apelando a la autoridad y al procedimiento, así como al contenido de la decisión, buscando siempre que el resultado sea formal, material y dialécticamente correcto.

Al abordar las teorías de la argumentación que consideran el contenido normativo y la relación intersubjetiva, sobreviene la necesidad de replantear el método para llevar a cabo tal proceso de motivación, y en esta tesitura referimos el pensamiento de Alexy<sup>13</sup> cuando se pregunta cómo afecta la existencia de los derechos fundamentales básicos al razonamiento jurídico.

Su propuesta señala que la argumentación se realiza a través del método de la ponderación, es decir, de un procedimiento racional de balanceo de los principios, los cuales constituyen mandatos de optimización que implican la llamada regla de proporcionalidad (según la terminología alemana).

A su vez, esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación; la regla de necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto.

La adecuación y la necesidad devienen porque los principios son reglas que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida fácticamente posible y los derechos como principios exigen soluciones como óptimos de Pareto, es decir, no son aceptables soluciones que no conlleven ganancias para una de las partes y a su vez generan pérdidas para la otra parte. De lo que se trata es de llegar a decisiones con la fórmula *ganar-ganar*, en la que el beneficio para uno no implique el deterioro del otro.

La proporcionalidad en sentido estricto se vuelve relevante cuando un acto realizado por el Estado es adecuado y necesario. Cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio.

En este caso, la regla establece cómo argumentar cuando sólo se puede cumplir un principio a costa de otro, debiendo investigar la intensidad de la interferencia, prohibiendo en todo caso, que se siga un solo principio, pues esto sería caer en una postura extremista que hiciera prevalecer únicamente un principio, denegando totalmente la existencia del otro, lo cual no es aceptable en un modelo principalista.

Lo anterior conllevaría llegar a resultados divergentes, por lo que para Alexy, en contraste con los representantes de la teoría de principios estricta, en el

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, D.F., 1993, pp. 31-34.



## La argumentación jurídica: del modelo positivista al llamado estado de derecho constitucional

razonamiento práctico general y en el razonamiento jurídico, no se puede contar con un método que permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil.

Alexy resume entonces que los derechos fundamentales basados en principios implican una estructura racional de argumentación orientada a través del concepto de ponderación y que una estructura racional de argumentación jurídica implica que los derechos fundamentales tienen que basarse en principios.

### Conclusiones

El espectro de las teorías de argumentación contemporáneas es muy amplio. Pasa revista por una perspectiva hermenéutica, intermedia entre el formalismo jurídico y el irracionalismo jurídico, que a su vez es vasta y posee cierto grado de complejidad.

Se puede ir desde aquellos juristas que parten del procedimiento y las normas (Kelsen, Hart), los que distinguen las reglas y principios y señalan métodos de ponderación para interpretar los principios (Robert Alexy); quienes sostienen el modelo de construcción interpretativa y la única respuesta correcta, basado en principios (Ronald Dworkin); los que defienden la teoría del garantismo que enfatiza la maximización de los derechos fundamentales (Luigi Ferrajoli), y en términos generales el delineado de un sistema neo-constitucional, que considera a la Constitución como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico.

La respuesta al problema sobre cómo argumentar en una sociedad compleja, compuesta de intereses y grupos minoritarios diversos que muchas veces ya identificamos como mayorías (mujeres, niños, consumidores, grupos indígenas, entre otros), encuentra una limitación en el modelo positivista del siglo XIX y al mismo tiempo advierte una propuesta alternativa para interpretar y argumentar en el modelo hermenéutico, mismo que se delinea como un punto intermedio entre el formalismo y ciertos elementos del realismo jurídico.

Se trata entonces de un modelo integral que se basa en:

- a) La hermenéutica como interpretación;
- b) La ponderación como método argumentativo;
- c) La corrección del derecho a partir de las decisiones materialmente jurisdiccionales al momento de la aplicación en el caso concreto, partiendo de la crítica interna del derecho vigente;

- d) Un concepto de certeza y seguridad jurídica más exigente porque implica tener en cuenta todos los elementos normativos y sociales que intervienen en una decisión jurídica;
- e) La consideración de la relación intersubjetiva por parte del operador jurídico al aplicar el derecho (juez, participantes, auditorio universal), con el objeto de que la decisión sea aceptada y en su caso interiorizada por todos;
- f) La supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales dentro de un sistema democrático.

Al estudiar el espectro social en el que han transitado la interpretación y la argumentación jurídicas, advertimos que hemos pasado de una innecesaria labor argumentativa dentro del sistema positivista que se ha distinguido por la plenitud del derecho y la negación de la existencia de antinomias y lagunas, así como tampoco de la necesidad de considerar el contenido normativo.

A un sistema jurídico en el que la motivación y las razones para tomar decisiones jurídicas se han hecho indispensables para explicar y comprender lo que es el fenómeno del derecho. Entendiendo a este último como un fenómeno social que en su desarrollo y aplicación involucra todas las partes, desde el contexto, pasando por la normatividad (Constitución, legislación, precedentes judiciales), las autoridades y la sociedad civil.

Y ciertamente esta interpretación y argumentación jurídicas son las que refiere un estado de derecho constitucional, en el que la Constitución como fundamento normativo implica no sólo el centro del que emana el derecho sino en el que converge todo lo relativo a la práctica jurídica.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, D.F., 1993.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ed. Distribuciones Fontamara, México, D.F., 2009.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 4ª ed., Ed. Distribuciones Fontamara, México, D.F., 1995.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2006.
- CARMONA TINOCO; Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1996.
- NIETO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustav, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2ª ed., Simanca Ediciones, Valladolid, 1997.

## Bibliografía recomendada

- CARBONELL, Miguel, *Neocostitucionalismo (s)*, compilación, Ed. Trotta, Madrid, España, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999.
- GADAMER, Hans George, *Verdad y método*, 7ª ed., Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1998.