



# Revista Iberoamericana de Argumentación

ἐπεὶ δὲ ταύτην τὴν ἐπιστήμην ζητοῦμεν

## **Directores**

Luis Vega  
Hubert Marraud

## **Secretaria**

Paula Olmos

## **Edición Digital**

Roberto Feltrero

## Presentación del Número Especial: Argumentando en Derecho

Ricardo Cueva Fernández

*Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica*

*Universidad Autónoma de Madrid*

*Facultad de Derecho, Campus de Cantoblanco, Calle Kelsen, 1, 28049 Madrid*

*ricardo.cueva@uam.es*



Copyright©RICARDO\_CUEVA

Se permite el uso, copia y distribución de este artículo si se hace de manera literal y completa (incluidas las referencias a la Revista Iberoamericana de Argumentación), sin fines comerciales y se respeta al autor adjuntando esta nota. El texto completo de esta licencia está disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es>

Supone para mí una gran satisfacción el que la *RIA* me invitara a coordinar el presente volumen dedicado a la argumentación jurídica, a través de los profesores Paula Olmos y Huberto Marraud. Ha resultado difícil hacer una selección de textos, dado el alto grado de colaboración que he hallado entre mis compañeros iusfilósofos para entregar sus aportaciones, pero pienso que hay una excelente oportunidad de crear lazos que alimenten futuros proyectos y tareas cooperativas que pongan puentes entre la Filosofía y el Derecho. En cualquier caso, me disculpo con quienes no han podido entrar en estas páginas y les ofrezco desde aquí mi próxima colaboración para difundir sus trabajos, muy en especial a las profesoras que, por razones puramente casuales, no han podido impedir el que saliera un ejemplar claramente sesgado en cuanto al género. Se invitó a numerosas personas a participar en el volumen y hubo una amplia convocatoria, pero supongo que distintas razones y motivos han conducido a padecer esta ausencia.

La idea inicial de la presente compilación parte, pues, del gran desarrollo que ha obtenido en los últimos tiempos la teoría sobre la argumentación jurídica, y que incluso ha llegado a trasladarse a la introducción en planes de estudio, grados y másteres de una materia relativa a su contenido y que va gozando de cada vez mayor atención en la comunidad académica. En tal sentido, vale la pena destacar en España (aunque sin desmerecer las contribuciones de otros países) los esfuerzos de los filósofos del Derecho en las Universidades Pompeu Fabra de Barcelona, la de Alicante y también las de León y el País Vasco, sin olvidar desde luego, y aunque no aparezcan en este volumen contribuciones de ninguno de sus docentes, las de Castilla La Mancha y la mía propia, la Universidad Autónoma de Madrid.

El punto de partida para emprender la presente recopilación, pues, no hay duda de que es la existencia de un campo de estudio y debate que se ha ido volviendo cada vez más destacado en la carrera jurídica. Pero sobre todo, la convocatoria de un congreso internacional precisamente organizado con gran éxito por el área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y denominado "I-Latina" (I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino), en el que pude participar gracias al generoso apoyo del profesor José María Sauca y su proyecto "Identidades y ciudadanías", y que dedicó una de sus diversas mesas íntegramente a la argumentación jurídica. Al evento acudieron distintos investigadores de países americanos, de Europa e incluso algunos de otros continentes, quienes pusieron sobre la mesas sus diferentes hallazgos y propuestas con entusiasmo y esfuerzo. Los textos aquí incluidos, sin embargo, no son propiamente ninguno de los que entonces se

presentaron, pero sí que se deben a la pluma de destacados participantes en el Congreso y exponen una buena parte de las principales líneas de trabajo que actualmente componen la disciplina.

Así, en primer lugar, tenemos el artículo del profesor de la Universidad de Alicante, **Jesús Vega**, quien realiza una estupenda disertación acerca del papel de la legislación en la obra aristotélica. Vega profundiza esa dimensión ofreciendo una perspectiva algo diferente de la habitual sobre la obra del Estagirita. Resulta sin duda difícil atreverse a acometer tan ardua tarea, pero el autor va guiado claramente por la idea central de que los griegos, y principalmente de las manos del antiguo pensador, fueron quienes dieron origen al concepto de legislación de forma que sus rasgos esenciales llegarían hasta hoy día. La “deliberación legislativa”, pues, provendría de la *polis* y andaría a caballo entre la moral y la política. La legislación se hallaría inspirada por una búsqueda de la justicia que supondría un conjunto de habilidades epistémicas y argumentativas, y se trataría de una actividad productiva que, citando a Manuel Atienza (quien, por cierto, se encuentra muy presente en todo el volumen), implicaría cinco niveles de racionalidad, a saber, la comunicativa, la formal, la racionalidad pragmática, la teleológica y la ética. Esta última es precisamente la que atrae la atención del profesor Vega, que entiende que la legislación es una práctica orientada por valores, lo cual repercute en los otros niveles y conlleva que a menudo deban realizarse actividades de *ponderación* para suprimir los conflictos entre ellos. La operación legislativa sostenida por Aristóteles es así la de reorganizar y reformular normas prejurídicas pertenecientes a las diferentes comunidades tradicionales, ahora dentro de un proceso de centralización política, pero dicha empresa dirigida a la obediencia de los destinatarios de la norma no puede quedar respaldada únicamente por la coacción. Al mismo tiempo, y esto también resulta reseñable, es una labor arquitectónica presidida por la prudencia. «Las leyes son para Aristóteles precisamente los dispositivos prácticos racionales que establecen el puente entre la ética y la política, así como su tratado moral culmina con una teoría de la legislación», de manera que conseguiría que el ciudadano adquiriera ciertos hábitos de comportamiento. En este plano, la justicia no se identificaría exactamente con la *virtud moral*, sino que supondría la posibilidad de hacerla efectiva en un nivel político destinado a la ordenación de toda la comunidad. Al respecto, la especialidad del razonamiento legislativo reside en que su conclusión es de por sí una «proposición normativa, una regla o conjunto de reglas de carácter general». En este marco, asimismo la jurisdicción sería la «prolongación práctica de la legislatura» y los jueces evaluarían contextualmente la aplicación concreta al caso de la regla legislativa,

incluso aunque tenga visos de ser correcta inicialmente: la racionalidad legislativa es de carácter práctico, justificativo, y no de tipo teórico.

El siguiente texto de la compilación es también muy destacado y obra de **Juan Antonio García Amado**, cuyo magisterio entre los juristas se distingue por su honradez intelectual y su prosa altamente didáctica, no exenta de humor y amenidad. García Amado asalta de manera directa y sin barroquismo alguno el problema de la ponderación, tan traído y llevado en el ámbito jurídico de la argumentación merced a la obra de Robert Alexy. En efecto, el autor se aleja de la corriente “neconstitucionalista”, para poner en solfa así la presunta relevancia de los discursos “ponderativos”. No rechaza, al respecto, la utilización de metáforas entre juristas, pero sí los tres principales postulados de aquel movimiento, a saber, «que la Constitución sea un orden objetivo de valores, que refleje una moral verdadera, y que se halle en armonía». En realidad, juicios de valor y ponderación son idénticos, y por tanto García Amado sostiene que esta última da lugar a una terminología superflua. Es más, entiende que lo que intenta la corriente “alexiana” (o “principalista”) es formular juicios morales tras la apariencia de una operación técnica, y de forma que los jueces conseguirían así un papel muy discrecional en sus decisiones, corriendo el riesgo de producir con suma frecuencia decisiones arbitrarias, incumpliendo el rol que realmente tienen asignado y perjudicando la seguridad jurídica. El neoconstitucionalismo sería el nuevo rostro que habría tomado el antiguo iusnaturalismo y los tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad alexianos serían controles de aplicación incierta o aleatoria. El objetivo del autor, pues, es el de poner al descubierto lo que entiende como mercancía de contrabando que introduciría criterios morales en el campo del Derecho sin justificación alguna, aunque no esquive una posible deriva axiológica merced a su recurso al principio del daño en las últimas páginas de su contribución.

Tras este severo varapalo a posturas ingenuas, el profesor **Josep Joan Moreso**, de la UPF, firma el siguiente artículo intentando precisamente introducirse en los vericuetos de la argumentación a través de la disección de uno de los más conspicuos representantes del denominado “particularismo moral”, como es el caso del italiano Bruno Celano. Este reconocido jurista sostendría que nuestro razonamiento práctico está siempre sujeto a un “vaivén de razones” y que, por lo tanto, no tendríamos garantía alguna de que lo que fuera razón para un supuesto sirviera también para otros distintos, pretendiendo evidenciar que los *principios generales* de nuestro ámbito moral no resultan adecuados para examinar los casos específicos. Moreso admite que las razones contienen siempre un elemento de generalidad, pero el razonamiento jurídico estaría sujeto a *principios con defeaters* (excepciones), «que

permiten acudir en determinadas ocasiones a la reconsideración de las razones, a la ponderación». Los enunciados de razón son generales, no particulares, por motivos lógicos. Si he de devolver *Anna Karenina* a una amiga, explica Moreso, el contenido de mi deber puede ser orientado hacia unas u otras formas de cumplimiento que sin embargo no alterarían la obligación. Podemos imaginar que la devolución quizás influyera psicológicamente de manera negativa en ella en determinado momento, lo cual supondría que tendríamos que considerar este *defeater* seriamente y todo esto conduciría a considerar un tipo de generalismo “moderado” que evalúe propiedades relevantes del caso: los principios «constituyen nuestra agencia moral, definen nuestra práctica como agentes morales», de forma que son usados para referirse a algo más profundo y más general que las reglas. Por añadidura, eso sí, el razonamiento jurídico sería una especie de razonamiento moral, pero público e institucionalizado, pues aunque ambos «disponen de pautas o estándares previos», «el razonamiento moral se lleva a cabo mediante principios generales, ampliamente sensibles y transparentes a su justificación, y el razonamiento jurídico está *disciplinado* por pautas cuasi-concluyentes que, de manera limitada, remiten a su justificación». La distinción entre reglas y principios obedece a que el razonamiento jurídico pertenece de forma prevalente al ámbito de las primeras, mientras que el razonamiento moral se halla en el campo de los principios. Aristóteles (y aquí la contigüidad con el trabajo de Vega resulta clara) diría que hay dimensiones de la conducta humana que no pueden quedar recogidas en normas universales y que para tratarlas debemos emplear instrumentos que no sean rígidos y que por tanto no pueden resultar configurados por reglas generales, sino por otras de carácter flexible que introduzcan *defeaters* y en cuya aplicación los jueces tiene un papel importante.

Tras estas disertaciones acerca de la aplicación del Derecho en un plano tan abstracto, el texto de **Juan Igartua** nos hace saltar a la realidad circundante por medio del análisis de un caso jurídico concreto. Se trata de una célebre causa penal de no hace tanto tiempo y en la que los implicados eran tres jóvenes de distinta procedencia y que residían en Roma. Tras una serie de vicisitudes con varios recursos y sentencias contradictorias, dos de ellos resultaron absueltos y el tercero finalmente condenado. Aunque el profesor Igartua ofrece numerosos pormenores del caso de forma muy prolija, al final comprendemos el porqué de tanto detalle en su descripción. Y es que el texto da buena cuenta de la insatisfacción que puede producir la actividad probatoria, asunto que muy a nuestro pesar nunca debería conducirnos de todas formas a condenar a alguien contra quien no pesaran *suficientes* pruebas incriminatorias. A tales efectos, Igartua introduce una clara distinción entre *verosimilitud* y *prueba*:

mientras que la absolución exige solo la primera a la posición defensora, la declaración de culpabilidad reclama la segunda, de acuerdo con la justificación racional de las decisiones judiciales propia de la motivación a la que obligan las leyes. En torno a este último punto, y precisamente en relación con el supuesto analizado, la llamada prueba por indicios ha implicado un auténtico desafío para cualquier razonamiento judicial, una subsunción de los hechos que supone esfuerzos añadidos que asignen solidez a la imputación de responsabilidades penales. De hecho, Igartua no se arredra ante un caso que proviene del ordenamiento penal italiano y analiza la norma de aquel país referente a los indicios examinando los propios términos en los que se halla redactada. Los requisitos que ha de cumplir es que los indicios sean graves, precisos y concordantes, y esta última característica además brinda al autor del artículo la posibilidad de analizar la incoherencia de la narración de los hechos de las distintas partes y *en qué medida* ese defecto resulta más fácilmente excusable en el caso de los acusados que en el de la acusación. Así, la motivación psicológica de los implicados, el escenario del crimen y, de forma muy destacable, la precisión de las pruebas de ADN, conforman un todo que sirve a Igartua para mostrarse de acuerdo con la posición del último tribunal que revisó la sentencia. La relación indiciaria es una inferencia que debe revestir los caracteres del razonamiento lógico y someterse a un escrutinio riguroso, y la ausencia en el proceso abordado de pruebas fiables de ADN no permite encontrar prueba de cargo contra dos de los estudiantes enjuiciados: la prueba científica tiene como ineludible postulado la verificación a fin de que sus resultados puedan asumir relevancia y aspirar al rango de certeza.

**Alí Lozada**, por su parte, recupera el hilo de abstracción de los primeros contribuyentes al volumen, partiendo de dos trabajos de principios del siglo XX archiconocidos y firmados por Wesley N. Hohfeld, quien elaboró una teoría de los conceptos jurídicos fundamentales de gran predicamento entre los iusfilósofos. Según su fórmula, todas las relaciones jurídicas podían ser reducidas a derechos (subjetivos) y acciones u omisiones opuestas o correlativas. Así, y a través de una serie de emparejamientos que Lozada expone de forma precisa, la construcción hohfeldiana distingue cuatro clases de derechos subjetivos, a saber: derechos o pretensiones en sentido estricto, y privilegios, potestades e inmunidades, no siendo reducibles unos a otros ninguno de los conceptos utilizados por el jurista norteamericano. Glanville L. Williams primero, y luego Robert Alexy, han interpretado aquel modelo en clave *deóntica*, el primero asumiendo que las posiciones y relaciones jurídicas no son otra cosa que normas entendidas como enunciados deónticos o como mucho anankásticos (porque, en vez de regular conductas, hacen posibles o imposibles ciertas conductas,

las institucionales), y el segundo apoyándose en una teoría de los derechos concebida sobre posiciones y relaciones lógico-deónticas y en una concepción de los principios jurídicos como mandatos de optimización. Ahora bien, Lozada estima que todos estos aparatos analíticos para los derechos no pueden quedar al margen de su comprensión argumentativa, porque tales dispositivos solo proporcionan «esquemas de inferencia deductiva entre las distintas posiciones y relaciones jurídicas», mientras que «desde la perspectiva material, los derechos consisten en tipos de *razones operativas para la acción*; y, desde la pragmática, en cierto tipo de *temas de debate*». De modo que los perfiles lógico-deónticos de los elementos hohfeldianos quedarían enriquecidos si se admite que su *materia* estaría dada por determinados *intereses* de las partes inmersas en las relaciones jurídicas. Tal perspectiva entroncaría, a su vez, como una necesaria conexión de la teoría de la argumentación con la teoría de la justicia.

**Francisco Javier Ezquiaga**, por su parte, y de nuevo desde la Universidad del País Vasco al igual que el profesor Igartua, realiza una labor de depuración concreta en su artículo acerca de la argumentación en torno a los tratados internacionales, centrándose en las constituciones latinoamericanas. Su punto de partida resulta claro, y conforma uno de los típicos debates en el mundo jurídico: el entrelazamiento entre ordenamientos constitucionales de carácter nacional y compromisos internacionales en materias especialmente delicadas. Ezquiaga subraya el hecho de que la gran mayoría de las constituciones (incluida la nuestra) incorporan cláusulas de interpretación que guían la actividad judicial en el campo de los derechos humanos. Este tipo de directrices, sin embargo, son poco eficaces por su generalidad e imprecisión, así que surgen innumerables preguntas sobre su alcance y destino. Además, ¿qué se encuentra antes o tiene precedencia, la carta constitucional correspondiente o el tratado internacional en vigor? El caso es que aquellas cláusulas han proliferado en los últimos tiempos, insiste Ezquiaga, y ello viene acompañado de la fuerza retórica que han adquirido las disposiciones del Derecho Internacional Público. El autor del texto se muestra así favorable a una posición generosa sobre la aplicación de las normas internacionales de los derechos humanos, exponiendo además dos problemas que a su entender han emergido en el debate, a saber, si las disposiciones constitucionales deberían interpretarse también conforme a los tratados internacionales, y no solo los enunciados infraconstitucionales (leyes, por ejemplo), y en segundo término, si la directiva interpretativa debe ser tomada o no como único criterio para la determinación del significado de las disposiciones acerca de los derechos humanos en el Derecho nacional que corresponda. Su conclusión es la de que el Derecho nacional sobre los derechos humanos debería extraerse a través de la

interpretación sistemática y armónica de las normas constitucionales y las de carácter internacional. Nos encontraríamos así ante un problema que en realidad sería de prevalencia, no de jerarquía, y de forma que la norma de carácter más favorable (*pro persona*) haría ceder incluso a la otra que estuviera en un plano inicialmente más elevado, configurándose así “directivas de preferencia” al modo de Wróblewski. De ahí Ezquiaga extrae por último una serie de reflexiones encadenadas que puedan servir para una mejor comprensión de la vinculación entre el ordenamiento internacional y los Derechos nacionales en torno a los derechos humanos.

Como puede advertirse, pues, una variedad de temas para un conjunto de aspectos que tienen como hilo conductor la argumentación en el derecho y sus fundamentos y pretensiones. Esperemos que la preocupación de los colaboradores del volumen pueda ser alimentada a través de un debate atractivo y plural, puesto que al fin y al cabo es lo que aquí se ha intentado con estas páginas cosidas con ilusión.