ARGUMENTACIÓN Y DERECHOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

José Ramón Cossío Díaz

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
ITAM (México)

RESUMEN. Diversas circunstancias —como la creciente aceptación de la fuerza normativa de la Constitución, el posicionamiento de los tribunales constitucionales como sus intérpretes y el reconocimiento de los derechos humanos— han evidenciado la necesidad de encontrar el equilibrio entre la dimensión discursiva de los derechos y sus posibilidades de eficacia jurídica, es decir, su aplicación a través de la argumentación. En el presente trabajo, el autor señala los elementos que los operadores jurídicos deben tener en cuenta para que las disposiciones constitucionales dejen de formar parte de un discurso emotivo y cumplan con funciones normativas concretas, como la asignación de derechos y obligaciones.

Palabras clave: Constitución, derechos humanos, impartición de justicia, argumentación.

Legal Reasoning and Rights Discourse in Judicial Adjudication

ABSTRACT. Various circumstances —such as the growing acceptance of the Constitution as a legal standard, the positioning of constitutional courts as its interpreters and the emergence of human rights— have shown the need to find a balance between the public discourse of rights and their enforcement. In this article, the author indicates various elements that legal operators should take into account to make constitutional rights fulfill their legal task, leaving their emotional burden behind.

Keywords: Constitution, human rights, justice procurement system, legal reasoning.

---

* Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2013.

Estas ideas fueron expuestas en la conferencia dictada en el *III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?,* que tuvo lugar en el Archivo General de la Nación el 23 de noviembre de 2012. Agradezco a L. E. Torres Morán su apoyo para la preparación de este documento.

La argumentación de los derechos está relacionada con la impartición de justicia, pero para poder establecer ese vínculo considero necesario hacer un breve recuento histórico. El nacimiento en la argumentación, desde luego en términos modernos, tiene que ver con un problema que se plantea a mediados de los años cincuenta, derivado del creciente pluralismo jurídico. Como todos sabemos, una vez que la Constitución se acepta como norma jurídica y que se le deja de entender como un simple conjunto de decisiones políticas fundamentales —como quería C. SCHMITT— o como una recreación de las grandes decisiones que tomaban los cuerpos políticos, que desde luego no es un proceso fácil. Entramos en un muy importante dilema: la Constitución contiene normas jurídicas, éstas evidentemente están «textualizadas» —permítaseme la expresión— pero al aceptarlo anterior, ¿cómo sabemos cuál es el sentido de esas normas?

Por supuesto que todos los grupos políticos, independientemente de su tendencia ideológica, tratan de encontrar la realización de sus aspiraciones o la materialización de su ideario en el texto. Desde mi punto de vista, éste es un cambio muy significativo y no tan antiguo como pudiera parecer, porque deriva de la aceptación de que en la Constitución hay normas jurídicas. Sin embargo, la disputa dejó de estar en el terreno de las ideas políticas y pasó a una discusión creciente, a partir del ejercicio de los tribunales constitucionales, sobre el significado de los textos que todo el mundo podía leer pero que cada quien entendía de una forma distinta.

Lo anterior se puede ver reflejado en la aparición de tesis como la sustentada por VIEHWEG o la nueva retórica de PERELMAN, a finales de los años cincuenta, en el sentido de que no sólo se trata de un problema de aceptación normativa del texto, sino que es necesario encontrar límites racionales a los modos en que nos acercamos a su lectura y, más aún, a las formas y posibilidades interpretativas que tienen en especial los tribunales constitucionales después de la segunda guerra mundial, como figuras institucionales en ascenso.

Posteriormente, las nuevas formas de argumentación fueron desarrolladas por muchos otros estudiosos del derecho como ALEXY o ATIENZA. Estos autores, de enorme importancia presente, sustentan una idea en común que puede enunciarse de la siguiente manera: hay un texto, el cual es interpretable, pero adicionalmente a las interpretaciones tenemos que hacer un determinado tipo de operaciones jurídicas que deben tener cierta consistencia, en otras palabras, cierta estructura. No se puede decir cualquier cosa respecto de los textos. Es necesario generar un discurso que permita, insisto, ordenar o controlar la manera en la que nos aproximamos a ellos. Adicionalmente a esto, en otra corriente histórica se presentó también el problema de la aparición de los derechos humanos, ya no entendidos como una mera retórica, como algo que no era de ejercicio judicial o de ejercicio normativo directo, sino entendidos ahora como posibilidades normativas de acción de los sujetos o de las colectividades, ahí donde éstas estén reconocidas para proteger ciertos valores o esferas.

Creo que el problema más importante en materia de argumentación de derechos humanos está en tratar de encontrar un equilibrio entre el discurso y las posibilidades de —por decirlo así— racionalizarlos, convirtiéndolos en un discurso jurídico sobre todo en su aplicación por los tribunales constitucionales. ¿Por qué digo que aquí es donde, a mi parecer, está la tensión fundamental? Porque el discurso de los derechos

humanos tuvo que elaborar uno mayor para poder abrirse paso en un contexto institucional que estaba sumamente acotado, donde prácticamente sólo los derechos de libertad podrían tener una eficacia jurídica. Se trata de un «metadiscurso» —como se dice— para los efectos de legitimar a los propios derechos humanos y esto, desde mi punto de vista genera, a su vez, una enorme complejidad porque el discurso, en muy buena medida, se ha planteado en términos emotivos y esto no se aviene bien con el discurso que trata de racionalizar la aplicación del derecho a través de la argumentación, lo cual no implica que sea contrario a él.

La argumentación es un ejercicio que tiene formas muy específicas y rigurosas de expresión de los distintos contenidos jurídicos: no se puede incurrir en falacias o ir más allá de ciertos cánones para efectos interpretativos. Pero ¿qué pasa cuando, a esta racionalidad que nos exige la argumentación jurídica, queremos incorporar un discurso que se plantea fundamentalmente en términos emotivos por razones de apertura y de legitimación? Éste es el problema central que, en buena medida, estamos enfrentando debido a que una parte importante del discurso de los derechos humanos no ha caído en el discurso o en la técnica de la dogmática jurídica, entendida como la exploración de los sentidos posibles de las normas que no como un discurso cerrado que se constituye a sí mismo. Éste es uno de los temas centrales hoy en día en la construcción del discurso de los derechos humanos, ya que ha empezado a ser una especie de gran discurso que engloba prácticamente a la totalidad del derecho. Se ha perdido mucho de la especificidad que es conveniente mantener en el ejercicio del propio análisis normativo, porque el análisis dogmático-jurídico tiene funciones sociales muy importantes como la restricción del ejercicio del poder, la diferenciación de los distintos componentes normativos y, finalmente, la legitimación de los órganos del Estado que están generando distintas posibilidades. Por ello, mantener un discurso puramente o básicamente emotivo de los derechos humanos, donde calificarlos de universales o importantes —cualidades que sin duda tienen— hace que arrasemos prácticamente con la totalidad de los elementos normativos. Esto me parece muy peligroso porque, insisto, perdemos la especificidad del análisis jurídico y con ello también nos privamos de muy importantes formas de control de los propios productores de normas jurídicas.

En materia procesal me parece que lo anterior es particularmente claro. A partir de que se ha tomado conciencia de la existencia de los derechos humanos, se ha pretendido llegar, desde esta vertiente emotiva del discurso, a una condición en la cual los términos procesales, los plazos, las condiciones de legitimidad, de sobreseimiento, de caducidad, de preclusión, de prescripción, en fin, las distintas figuras que articulan los procesos, empiezan a verse como simples obstáculos para la aplicación de los propios derechos humanos. Es decir, hay una especie de discurso que acusa que el mantenimiento de las normas jurídicas es contrario a la realización plena de los derechos humanos, sin percatarnos que —desde luego pueden ser controladas a través de distintos mecanismos para determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad— mientras no tengan la condición de inválidas o de inconstitucionales, van orientando los procesos. Aquéllos que están determinados por una igualdad entre las partes, permiten mejorar la condición procesal de una de ellas cuando el legislador democrático la identifica como la parte más débil en la relación. A mi juicio, la

forma de construir una argumentación jurídica en materia de derechos procesales no puede ser derrotada, al menos absolutamente, por esta idea emotiva de los derechos humanos.

Lo anterior me conduce a señalar la importancia de entender a la argumentación como una forma para racionalizar el ejercicio del poder público. Es indispensable que dentro de aquélla se construya también —y esto me parece central— una racionalización o una argumentación de los propios derechos humanos. En otros términos, creo que es muy peligroso suponer que éstos tienen una sustantividad absoluta y que el ejercicio de la argumentación jurídica corre por cuerda separada, cuando, en realidad, debe ajustarse a los derechos. La situación que debemos generar una vez que hemos logrado como sociedades una aplicación razonable de los derechos humanos, es encontrar la manera de hacerlos objeto de la argumentación jurídica. Me parece que es indispensable dejar de lado este discurso emotivo —no completamente porque el discurso mantiene su presencia, pero sí al menos en paralelo— para comenzar a discutir seriamente, a conceptualizar, a diferenciar y a establecer categorías más puntuales en la materia. Desde mi perspectiva, en México tenemos un déficit enorme en cuanto a la forma de hacer distinciones respecto de los derechos humanos. Este primer reto no sólo les corresponde a los que hacen argumentación jurídica. Si pudiéramos hacer una división del trabajo, el anterior sería un problema que debemos resolver los que hacemos dogmática constitucional. Cuando tenemos un derecho frente a nosotros, debemos preguntarnos cómo puede balancearse o ponderarse frente a otro. Cuando no estamos hablando de derechos en un sentido técnico, sino que nos referimos a otro bien protegido constitucionalmente —sea este un valor o un principio— debemos saber qué condiciones de aplicación vamos a tener en el caso.

Con la reforma reciente al art. 1 constitucional se nos están presentando problemas de gran importancia en este ámbito. Lo anterior en atención a que los derechos humanos ya no sólo son los de fuente constitucional. La clasificación topográfica de VALLARTA, que había perdido vigencia desde hace tiempo, no tiene sentido respecto del texto actual ya que no podemos decir que aquéllos se encuentran en los 29 primeros artículos de la Constitución. Los derechos políticos que el referido autor no consideraba, hoy son derechos humanos —lo cual es indiscutible— pero adicionalmente tenemos que contar con un criterio para saber cuándo hay un derecho humano en un tratado internacional celebrado por el Estado mexicano que, en principio, no tenga esa vocación. Debemos generar criterios, por ejemplo, para identificar la existencia de un derecho humano en un tratado de doble tributación, de aguas o de comercio. Ése es el criterio que nos exige la propia Constitución.

Entonces, no se trata sólo de leer el texto constitucional tomando en cuenta lo que intuitivamente o tradicionalmente podamos entender como derechos humanos; tampoco nos podemos limitar al contenido de los tratados internacionales con esa vocación. Es necesario conocer el contenido de todos los tratados internacionales para identificar cuáles contienen derechos de este tipo, tarea que —desde luego— no deben realizar los que hacen argumentación jurídica ya que la construcción de las categorías normativas no es su campo específico de acción. El trabajo descrito nos corresponde a los dogmáticos y tenemos que hacerlo para construir un material respecto del cual después se pueda argumentar en términos de derechos humanos.

Yo estimo que uno de los problemas centrales que podemos enfrentar, si seguimos argumentando circularmente respecto de los derechos humanos —sosteniendo que valen simplemente por ser derechos humanos— es el agotamiento del discurso. Si no somos capaces de construir categorías fuertes en esta materia para después utilizarlas en los ejercicios argumentativos, vamos a terminar por «abaratar» el propio discurso, si se me permite la expresión.

Ahora bien, respecto de algunos derechos humanos sí tenemos ciertas construcciones. Tal es el caso de lo previsto en los arts. 14, 16 y 31, fracción IV de la Constitución. Además existe un desarrollo creciente, tanto por la interpretación de la Suprema Corte como de algunos trabajos dogmáticos en materia penal, respecto de la libertad de expresión y, recientemente, respecto del fuero militar. Aunque insisto, hay otros campos muy amplios en materia de derechos humanos de fuente constitucional en los que tenemos muy poco desarrollo dogmático.

En relación con los derechos humanos de fuente convencional —es decir, los que provienen de los tratados internacionales— hay un desarrollo dogmático muy escaso, prácticamente nulo, como no sea desde luego el reconocimiento del derecho establecido en un tratado de derechos humanos, un pacto o una convención. Estos casos no son tan problemáticos debido a que sí contamos con un desarrollo importante tanto por la Corte Interamericana como por algunas aplicaciones que se han hecho en el ámbito nacional.

Pero suponiendo que tuviéramos un mayor desarrollo en la conceptualización de lo que son los derechos humanos, es decir, que tuviéramos una dogmática más rica que la actual, diferenciando este discurso emotivo de otro tipo de discurso, uno que se va construyendo en términos de categorías, ¿qué es lo que correspondería hacer en términos de una argumentación jurídica? Desde luego ésta, al menos en el ámbito judicial, nos exigiría ser extraordinariamente claros en la forma de presentación de los propios derechos. Cabe aclarar que las cuestiones anteriores son obvias en el discurso pero no lo son en su realización cotidiana.

Un profesor de los Estados Unidos, de apellido TYLER, analizó una encuesta realizada en su país en la que se preguntó a la gente respecto de cuándo una sentencia dictada por los tribunales adquiere una condición de legitimidad. La respuesta que obtuvo es muy interesante: a juicio de los encuestados, una sentencia está legitimada cuando ésta es clara, no sólo en el sentido de la redacción o de la forma, sino en el sentido de la cadena argumentativa que realiza y en el resultado al que llega. Si nosotros comparecemos ante la justicia y tenemos iguales posibilidades de quedarnos o no con una casa, de quedar en libertad o en la cárcel o de mantener la custodia de nuestros hijos o perderla, ¿qué es lo que nos lleva al final del proceso a aceptar la sentencia? ¿Qué es lo que nos lleva a no agredir a quienes la dictaron? ¿Qué nos lleva a mantener la institucionalidad de los tribunales y a seguir recurriendo como sociedad a ellos?

El ministro Ulises Schmill respondía estos cuestionamientos de la siguiente manera: «si el trabajo de la justicia fuera un negocio, quebraría muy pronto, porque al menos el 50 por 100 de la clientela se iría descontenta con el resultado al que se llegó». No hay negocio que resista con el 50 por 100 de la clientela insatisfecha con el servicio. ¿Qué es entonces lo que hace que se siga manteniendo esta condición de legitimación

otorgada por la sociedad? Me parece que es la claridad argumentativa la que nos lleva a saber que en un determinado litigio hubo razones suficientes para que nosotros nos quedáramos sin la casa, la libertad o la custodia de nuestros hijos. Éste es un proceso bastante simple de entender en donde cada uno de los argumentos se estudia, cada una de las pruebas se desahoga y se valora, los alegatos son considerados y eso produce un resultado razonablemente claro. Por supuesto no todo el mundo va a salir satisfecho con la sentencia, pero es importante que sí haya una claridad en los procesos judiciales. Esto guarda una relación con el problema de los derechos humanos, misma que se explica a continuación.

Hoy en día, afortunadamente, los derechos humanos son un componente creciente en la construcción de las resoluciones judiciales. Lo anterior se debe tanto al control concentrado que se da en el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, como al control difuso que actualmente pueden realizar todos los tribunales del país a partir de lo que resolvió la Suprema Corte el 14 de julio del año de 2011 en el llamado caso *Radilla*. Es muy importante entonces que los derechos humanos no se utilicen simplemente como argumentos ideológicos o referentes aislados en una cadena argumentativa. Éstos deben tener una construcción normativa suficientemente sólida para mantener la claridad y la «causalidad argumentativa» —si se puede decir así— dentro de la propia sentencia. ¿Por qué? Porque hay una gran cantidad de demandas y de sentencias en donde el derecho humano se está utilizando como una especie de «piedra de toque» para «ahorrarse» muchos de los elementos que serían propios de la cadena argumentativa. Si cierto derecho humano protege alguna cosa, esto se tiene como suficiente para llegar a determinado tipo de resolución.

A mi parecer, en el mediano plazo esta situación va a jugar en contra del propio discurso de los derechos humanos, porque normalmente su aplicación en favor de una persona produce un perjuicio para otra. Por supuesto que hay categorías que merecen mayor protección, pero la aplicación irrestricta o nebulosa de este conjunto de elementos normativos llamados «derechos humanos», insisto, puede producir una falta de claridad en la cadena argumentativa que terminará por generar una pérdida de legitimidad, no sólo de una sentencia en particular sino del trabajo que hacemos los juzgadores en general, lo cual es un problema de gran importancia.

Es necesario tener en cuenta que en México estamos viviendo un proceso de transición que nos va a tomar varios años. Si se observan las demandas que llegan a los órganos jurisdiccionales se verá que —expresándolo gráficamente— se toma un «puño» de derechos humanos y se «arrojan» al escrito, como si la sola cita generara una significación completa de lo que se quiere decir. En buena parte de los casos de los que conoce la Suprema Corte, las demandas hacen referencia a ciertos artículos, opiniones consultivas y resoluciones, como si tuvieran el mismo valor normativo, como si todas las fuentes del derecho internacional tuvieran la misma jerarquía o la misma función.

Desafortunadamente, un ejercicio semejante está practicándose en las sentencias: se toma otro «puño» de derechos, tal vez de la propia demanda o, atendiendo al principio de *iura novit curia*, del sistema general del derecho internacional, y se lanzan en la sentencia como si la sola cita del derecho, del tratado o de la resolución, tuviera la capacidad de generar sentido y de cubrir un tramo, al menos, de la cadena argumentativa que debe llevar a la resolución.

Nos encontramos en un momento de tránsito, en el que es normal que haya cierta «turbulencia». A mi parecer, la situación tenderá a estabilizarse pero, por lo pronto, es importante tomar en cuenta que el problema en la argumentación de los derechos humanos no está sólo en la incapacidad o en la dificultad para argumentar correctamente. Éste radica en la ausencia de categorías jurídicas más precisas, más puntuales, que nos permitan tener un material normativo construido con mayor claridad, más diferenciado en ese mismo sentido. La falta de estabilidad, al parecer, va a persistir en el mediano plazo.

Con la nueva Ley de Amparo se modificarán las condiciones del interés y legitimación, se ampliará el concepto de autoridad, se crearán efectos generales y se modificará el sistema jurisprudencial. Entonces tendremos un amparo mucho más «generoso» en sus posibilidades de protección, con lo cual es previsible que se incrementen las alternativas de litigio y las oportunidades de impugnación de las autoridades.

Además, es preciso tomar en cuenta el cambio mencionado en materia de derechos humanos. El nuevo art. 1 de la Constitución tiene una gran importancia, ya que da lugar a un nuevo orden jurídico nacional desde su entrada en vigor, en junio de 2011. Lo anterior ha cambiado la forma en que debemos entender tanto el control concentrado como el control difuso. En este contexto, mi preocupación consiste en que estemos descuidando la construcción material de los derechos humanos, limitándonos a reforzar el movimiento emotivo al que hice referencia, como si esto, que fue utilizado para efectos de la legitimación de un discurso y de nuevas posiciones jurídicas, pudiera cumplir funciones normativas estrictas dentro de los procesos judiciales concretos.

Podemos seguir utilizando el discurso emotivo, desde el punto de vista de una antropología constitucional, pero como abogados, juristas, juzgadores o funcionarios públicos, debemos ser capaces de rehacerlo, llevándolo a realizar funciones normativas mucho más concretas, ya sea en forma de derechos o de obligaciones. Si la situación anterior se diera en todas las categorías normativas sería posible una mejor distribución o construcción en términos de los derechos humanos. Esto en atención a que, a mi parecer, la mejor manera de hacerle perder sentido a la juridicidad de los derechos humanos, a las posibilidades de control de las autoridades públicas y a las posibilidades de ordenación de otra forma de las relaciones sociales, es sobre-simplificando —como se dice comúnmente— el discurso de los derechos humanos, pensando que se puede utilizar para todo. Dejar que esto suceda nos puede llevar, en el mediano plazo, a una pérdida de sentido del propio discurso, causada por la incapacidad de quienes trabajamos en el mundo del derecho para transformarlo en categorías jurídicas que tengan una aplicación cotidiana por parte de los órganos del Estado.