

LA OBJETIVIDAD EN LA PONDERACIÓN Y EN OTROS MÉTODOS ARGUMENTATIVOS

OBJECTIVITY IN WEIGHTING AND OTHER ARGUMENTATIVE METHODS

A OBJETIVIDADE NA PONDERAÇÃO E EM OUTROS MÉTODOS DE ARGUMENTAÇÃO

*Iván Rodrigo Ávalos Barreno**

Recibido: 24/X/2022

Aceptado: 09/XII/2022

Resumen

En los últimos años la argumentación jurídica se ha convertido en una rama del Derecho muy relevante y ampliamente estudiada, a pesar de que su existencia data de mucho tiempo atrás. Este fenómeno, entre otras razones, se debe a la distinción que ha adquirido el constitucionalismo. En tal sentido, uno de los métodos argumentativos más analizados es el de la ponderación, propugnada por Alexy; que es, reiteradamente, criticado por su aparente falta de objetividad en tanto otorga un peso a principios jurídicos a fin de escoger uno en desmedro de otro. El artículo analiza si el mentado método argumentativo de la ponderación es realmente objetivo, haciendo lo mismo frente al método de la subsunción y el propuesto por Toulmin. La conclusión obtenida refleja que la mayoría de los métodos argumentativos, incluyendo la ponderación, son objetivamente observables en diferentes grados, ya que su objetividad difiere dependiendo de la dificultad del caso a resolver.

Palabras clave: Argumentación jurídica; Fórmula del peso; Subsunción; Principios; Reglas

Abstract

In recent years, legal argumentation has become a relevant and widely studied branch of the law, even though its existence dates back a long time. This phenomenon, among other reasons, is due to the distinction that constitutionalism has acquired. Thus, one of the most analyzed argumentative methods is Alexy's weighting, which is repeatedly criticized for its apparent lack of objectivity as it gives "weight" to legal principles in favor of choosing one at the expense of another. The article examines the objectivity of the argumentative

method of weighting by contrasting it with the Toulmin and the subsumption methods. The conclusion obtained reflects that most argumentative methods, including weighting, are objectively observable to different degrees since their objectivity varies depending on the complexity of the case to be solved.

Keywords: Legal argumentation; Weight formula; Subsumption; Principles of law; Rules

Resumo

Nos últimos anos a argumentação jurídica se converteu num ramo do direito muito relevante e amplamente estudado, apesar de que sua existência remonta de muito tempo atrás. Este fenômeno, entre outras razões, se deve a distinção que vem adquirindo o constitucionalismo. Neste sentido, um dos métodos argumentativos mais analisados é a ponderação proposta por Alexy, que é reiteradamente criticada pela sua aparente falta de objetividade uma vez que outorga um "peso" a princípios jurídicos a fim de escolher um em detrimento de outro. O artigo analisa se o método argumentativo da ponderação é realmente objetivo, fazendo o mesmo com o método da subsunção e a proposta de Toulmin. A conclusão obtida reflete que a maioria dos métodos de argumentação, incluído a ponderação, são objetivamente observáveis em diferentes graus, já que a objetividade difere dependendo da dificuldade do caso a resolver.

Palavras-chave: Argumentação jurídica; Fórmula do peso; Subsunção; Princípios; Regras

* El autor se ha interesado por la investigación jurídica, colaborando con artículos en diferentes revistas académicas del Ecuador; sobre todo, en el ámbito constitucional y el de la argumentación jurídica. Entre sus principales trabajos se pueden destacar los artículos: "La afectación al derecho humano a recibir información veraz causado por los políticos en sus campañas electorales", que recibió una mención de honor en el Premio Internacional Juan Larrea Holguín; y "Las TIC como medio para emitir publicidad engañosa sobre la Covid-19". Correo electrónico: ivanro41@hotmail.com

Cómo citar este artículo: Ávalos Barreno, Iván Rodrigo. 2023. "La objetividad en la ponderación y en otros métodos argumentativos". *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 66-77.

INTRODUCCIÓN

La evolución histórica tanto en el ámbito político, social o jurídico, ha provocado un cambio significativo en lo que respecta al campo de la argumentación jurídica, entendida como aquella forma en la que “jueces y abogados¹, por medio de la utilización del lenguaje, pretenden resolver un problema de carácter jurídico, de tal manera que logren convencer a los receptores del mensaje, para lo cual realizan un proceso que desencadena en la obtención de un resultado” (Ávalos 2020, 156). Al respecto, varios de los procesos ventilados ante jueces se refieren a principios y derechos fundamentales, área en el cual la argumentación jurídica tiene mayor cabida.

Dichos principios han adquirido total notoriedad y relevancia como consecuencia de causas externas como el constitucionalismo de posguerra (o neo-constitucionalismo), e internas, como la voluntad de nuestro constituyente de hacer de los principios, límites de hierro al ejercicio del poder” (Estrada 2016, 49). Es de conocimiento general que, a raíz de los atroces sucesos acontecidos en la Primera y Segunda Guerra Mundial, surgió la idea de blindar o tutelar a todos los seres humanos sin diferenciación alguna, tomando así protagonismo los principios y/o derechos fundamentales. Los procesos que hacen referencia a derechos fundamentales son en su mayoría los relativos a garantías jurisdiccionales; por ejemplo, la acción de protección, anteriormente conocida en el Ecuador como acción de amparo; la cual, dada su naturaleza, flexibilidad y procedimiento, es utilizada de manera indiscriminada, llegando al punto de obviar su naturaleza. En tal virtud, queda claro que los mentados principios del derecho han adquirido una relevancia que seguramente era inimaginable en épocas pasadas, llegando inclusive a abarcar gran parte de los procesos ventilados ante tribunales y juzgados.

Entre los métodos utilizados por altas cortes y tribunales, los cuales están dirigidos a tratar sobre principios

del Derecho, se encuentra la ponderación, la cual se ha convertido en “un ejercicio habitual en la teoría jurídica, en la práctica judicial de los tiempos actuales” (González 2020, 559). Basándose en ella, mediante un proceso complejo, es posible dotar de valores numéricos a ciertos parámetros adheridos a un principio en contraposición a otro; resultando así que cada uno de estos principios en pugna merezca un número; de tal manera que, aquel que obtenga el mayor vencerá a su semejante. El profesor alemán Robert Alexy es el máximo exponente de este método argumentativo, sin perjuicio de que varios otros tratadistas hayan aportado en su evolución.

La asignación de aquellos valores numéricos, a fin de averiguar el peso de un principio en determinado caso, al decir de varios estudiosos del Derecho, es un ejercicio totalmente subjetivo en el cual los magistrados tienen una posibilidad amplia y casi ilimitada de anteponer sus predilecciones y creencias so pretexto de ponderar; cosa que ha puesto en jaque a este método argumentativo. “La explicación de Alexy resulta rígida y excesiva y artificialmente refinada. Dicho refinamiento, por un lado, la aleja de la experiencia de los operadores jurídico” (Etcheverry 2021, 224).

Puesto que la afamada ponderación no es el único método argumentativo, ni mucho menos el más utilizado, en tanto que gran parte de los problemas jurídicos se dan en el campo de las reglas, quedando estas por fuera del accionar del método expuesto por Alexy, cabe preguntarse: ¿son acaso los demás métodos argumentativos, como la subsunción y el propuesto por Toulmin, observables en cuanto a su objetividad, al igual que la ponderación? Dicha pregunta nace porque existen varios autores, entre ellos Carlos Bernal Pulido y Juan Antonio García Amado (con sus notables diferencias), que han escrito ampliamente sobre la objetividad de la ponderación, haciendo así parecer que este es el único método argumentativo expuesto y flexible en cuanto a parcialidad judicial.

¹ Cabe aclarar que en el concepto citado no considera que no solamente los jueces y abogados pueden hacer uso de la argumentación jurídica. En realidad, cualquier persona en torno al complejo mundo del derecho puede hacerlo, inclusive aquellas que de manera independiente pretenden entablar un debate de esta índole.

Con la pregunta previamente expuesta surge otra: ¿la exigencia o dificultad del caso que está siendo abordado por el argumentador tiene relevancia alguna en cuanto a la objetividad del método utilizado? Y por último: ¿existe un método argumentativo totalmente objetivo y rígido que evite, por completo, la subjetividad judicial? Para dar respuesta a estas inquietudes el presente artículo se desarrolla de manera que; en un primer apartado,

se tratará sobre las generalidades tanto del método de la ponderación, de la subsunción y el de Toulmin. Posteriormente, se tratará sobre los parámetros por medio de los cuales es posible calificar a los métodos argumentativos en cuanto a su objetividad. Después, mediante aquellos parámetros, se los calificará; para, por último, tratar sobre la incidencia de la dificultad del caso a tratarse en cuanto a la objetividad del método.

DE LA SUBSUNCIÓN, EL MÉTODO DE TOULMIN Y LA PONDERACIÓN: GENERALIDADES

En todos y cada uno de los diferentes ámbitos de la vida cotidiana muchas de las veces un individuo que transmite un mensaje se ve en la necesidad de darle mayor fuerza o credibilidad; es decir, hay ocasiones en las cuales la sola enunciación de cierta afirmación o negación no es suficiente por sí misma. Por ejemplo, una persona que afirme ante los demás que pronto acaecerá una erupción volcánica, seguramente no obtendrá la mejor de las respuestas; por el contrario, si la misma persona efectúa igual afirmación, pero a ella le acompaña un estudio vulcanológico o noticias acertadas sobre la caída de ceniza, probablemente descubra que su mensaje es contundente y que los receptores confían en su enunciado.

Pues bien, cuando el emisor del mensaje, en el ejemplo previamente propuesto, anexó a su enunciado ciertos elementos que le dieron mayor fuerza, hizo uso de la argumentación, entendida como lo hace Neil McCormick:

la actividad de formular argumentos a favor o en contra de algo. Esto se puede hacer en contextos especulativos o prácticos. En cuestiones puramente especulativas, se aducen argumentos a favor o en contra de una creencia sobre lo que se considera verdadero. En contextos prácticos, se aducen argumentos que pueden ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que debe, podría o puede hacerse. (McCormick 2010, 66)

Dicho de otro modo, la argumentación en contexto especulativo es la utilizada de manera menos formal o técnica; o, visto de otra forma: la llevada a cabo para cuestiones alejadas del campo científico; pues esta, simplemente, afirma creencias con base en argumentos. La argumentación en contexto práctico, por su parte, o bien afirma o niega algo, emitiendo razones para ello. En tal contexto, está claro que la argumentación no solo se utiliza en el campo de la ciencia jurídica², sino en todas las ciencias, inclusive en cuestiones habituales del diario vivir.

Tomando en consideración lo dicho, en el año de 1958 hace una aparición importante el matemático Stephen Toulmin, tratadista ampliamente estudiado. Sobre él, Rodríguez comenta:

las argumentaciones cotidianas no siguen el clásico modelo riguroso del silogismo y crea uno adecuado para analizar cualquier tipo de argumentación en el marco de los discursos sociales: conversación, periódico, televisión, radio, prensa escrita, entrevista, interacción docente alumno, médico-paciente, abogado-cliente. Considera que un “argumento” es una estructura compleja de datos que involucra un movimiento que parte de una evidencia (*grounds*) y llega al establecimiento de una aserción (tesis, causa). El movimiento de la evidencia a la aserción (*claim*) es la mayor prueba de que la línea argumental se ha realizado con efectividad. La garantía permite la conexión. (2004, 5)

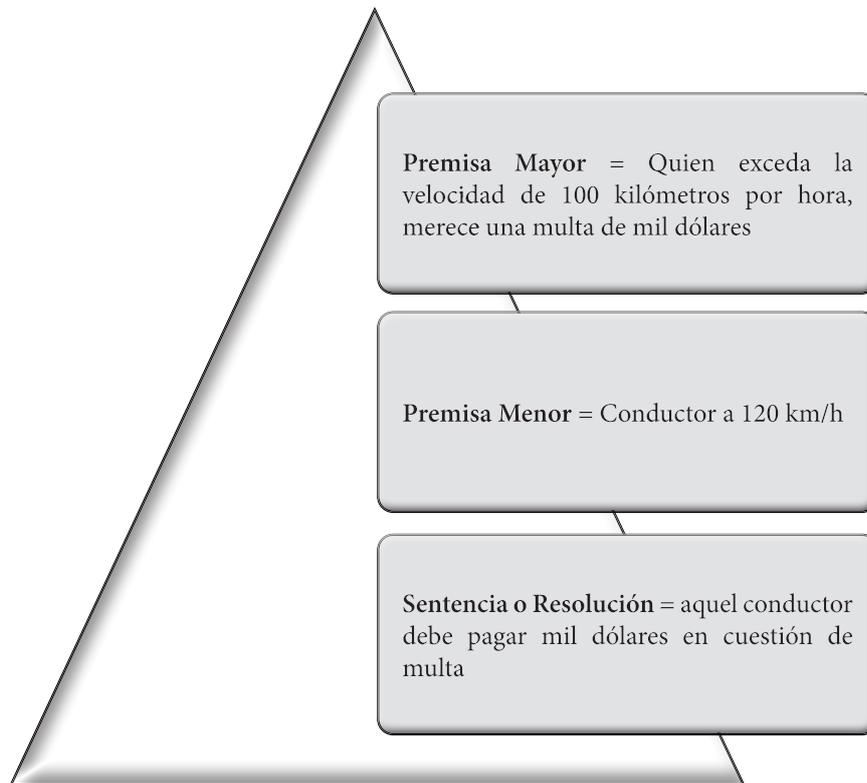
² Aunque la argumentación en la ciencia jurídica es más observada y calificada que en otros ámbitos de la ciencia, pues la aplicación del Derecho, ya sea por medio de las reglas o principios, siempre va a requerir un ejercicio argumentativo profundo.

En definitiva, Toulmin se opone a la clásica argumentación efectuada por medio de la subsunción, misma que responde a la corriente *iuspositivista* con sus elementos y características esenciales, las cuales arrojan una serie de tesis; según Guastini:

el Derecho es el conjunto de mandatos promulgados por una autoridad soberana; la fuerza vinculante de tales órdenes está garantizada por la amenaza de sanciones; el Derecho es un sistema completo y consistente, de tal manera que no existen lagunas ni conflictos normativos; [...] la aplicación del Derecho es una actividad eminentemente lógica, que consiste en (conocer hechos e) inferir prescripciones individuales a partir de reglas generales (“Todos los asesinos deben ser castigados. X es un asesino. Por lo tanto, X debe ser castigado”). (2021, 218)

Por lo dicho, la subsunción se efectúa a partir de dos premisas por medio de las cuales se obtiene la conclusión, o, en el campo de la ciencia jurídica, la sentencia o resolución.

En la primera premisa, se coloca a los hechos que motivan el caso; mientras que, en la segunda, la norma que abarca tales hechos. Por ejemplo, de los hechos se desprende que un conductor conducía su vehículo a 120 kilómetros por hora, cosa que sería el contenido de la primera premisa. La regla sostiene que quien exceda la velocidad de 100 kilómetros por hora merece una multa de mil dólares; por lo tanto, la conclusión será que aquel conductor debe pagar mil dólares en cuestión de multa. De forma gráfica se obtiene lo siguiente:



En este orden de ideas, el tratadista Josep Aguiló Regla, sobre la subsunción, sostiene que:

Congruentemente con el modelo de las reglas, el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subsuntivo. La justificación por subsunción consiste

centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla. (Aguiló 2007, 671)

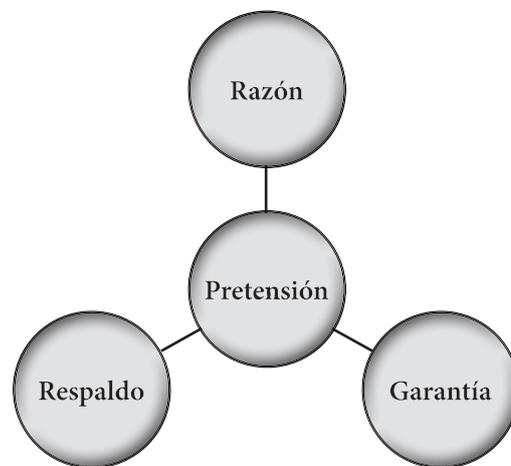
En síntesis, la subsunción de un caso concreto o de una situación vital, en el supuesto de hecho pensado

in abstracto de una proposición jurídica general dada, puede ser entendida como la ordenación de ese caso concreto o situación vital en el grupo de casos o situaciones vitales descritos en el supuesto de hecho y, para ello, previamente, se requiere, tanto de la determinación del caso o situación como de la interpretación de esa proposición jurídica general (Petzold 2011, 109). Por su parte, el método de Toulmin se compone de:

- Pretensión: es la parte medular que motivó la argumentación; es decir, es aquello de lo que el argumentador pretende convencer a los oponentes o auditorio. Por ejemplo, continuando con la

dinámica del caso anterior, el abogado del conductor pretenderá convencer de que su cliente no conducía a más de 100 kilómetros por hora.

- Razón: puede ser una o varias, las cuales consisten en fundamentos que dotan de justificación a la pretensión. Por ejemplo, afirmar que el medio electrónico por medio del cual se mide la velocidad de los vehículos tiene un desperfecto que provoca una medida errónea.
- Garantía: son elementos que apoyan o dan mayor fuerza a cada una de las razones y la dotan, a su vez, de sentido con relación a la pretensión.
- Respaldo: sirven como apoyo a las garantías.



Stephen Toulmin plantea una argumentación concatenada; pues, cada componente de su método se entrelaza y apoya al otro. El autor afirma que:

La pretensión implícita en una aseveración es como la pretensión o reivindicación de un derecho o un título [...] su valor depende de los méritos de los argumentos que puedan deducirse en su apoyo [...] en todos los casos se puede poner en entredicho la afirmación y exigir que nuestra atención se centre en aspectos básicos (fundamento o razones en los que se apoya, datos, hechos, pruebas, consideraciones, componentes) de los que depende el valor de la afirmación. (2007, 30)

Años más tarde, una vez que el método de Toulmin había sido ampliamente desarrollado y utilizado en diversas ciencias, alrededor de los años 1980, y debido a una gran influencia de lo suscitado en las dos guerras

mundiales, el importante tratadista Robert Alexy hace un cambio radical en lo que respecta a la argumentación jurídica. Así, hasta el momento analizada y ampliamente comentada, se da paso a la ponderación; cuyo punto de partida es abordar el completo sistema jurídico, de modo que a las normas se las divide en reglas y principios.

Tratar sobre la diferenciación entre reglas y principios es un tema que puede abarcar estudios y tratados completos, cosa que no es del interés del presente trabajo; por lo cual, es suficiente con diferenciarlos. Es relevante citar lo afirmado por el mismo Alexy:

los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades

reales sino también de las jurídicas [...] En cambio las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse lo que expresamente ella exige, ni más ni menos. (1993, 87)

Por su parte, en cuanto a la forma en que se puede llegar a solventar los problemas suscitados entre el choque de reglas y principios, de forma muy acertada Borowski manifiesta:

Los principios son normas que llevan a sí mismas a la ponderación. De hecho, cuando los principios entran en competencia y el conflicto no puede resolverse al apelar a otras medidas entonces requieren de ponderación. En otras palabras, los principios, a diferencia de las reglas, muestran la dimensión del peso [...] las reglas no llevan a la ponderación. Los conflictos de reglas llevan a la invalidez de una de las reglas mediante la introducción de una cláusula de excepción. (2019, 89)

En suma, los principios son aquellos mandatos que componen el sistema jurídico mediante los cuales se dota de sentido a las reglas, pues en ellos se contempla el fin o meta de aquellas; sin que para ello sea necesario establecer una consecuencia jurídica en el caso de violarlos. Por ejemplo, un principio es aquel que manifiesta que todas las personas tienen derecho a la vida o a la salud; en contraposición a estos, están las reglas, las que sí contemplan una sanción o consecuencia jurídica en el supuesto de que no se las aplique: el que exceda la velocidad de 100 kilómetros por hora se hará acreedor a una multa de mil dólares. Ahora bien, la diferenciación entre reglas y principios es de total relevancia para la ponderación; pues mediante esta, es posible escoger un principio en desmedro de otro,

en un caso específico donde exista una contraposición entre estos, dejando de lado, así, a los problemas suscitados en el campo de las reglas. Portocarrero afirma que:

Con frecuencia los derechos fundamentales entran en conflicto entre sí. El método que la teoría de los principios prevé para la resolución de estas relaciones de tensión entre derechos fundamentales o principios materiales es la ponderación. (Portocarrero 2016, 27)

Para escoger al principio vencedor, lo que hace la famosa ponderación³ es dilucidar el peso de un principio frente a otro en el caso concreto, hecho lo cual: vencerá el de mayor peso. Para ello Alexy ha planteado su famosa fórmula:

$$G_{pi,Je} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

Según el autor colombiano Carlos Bernal Pulido, es posible obtener la solución a esta fórmula en tanto que:

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio Pi, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio Pj, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables mediante la escala triádica. (Bernal Pulido 2003, 75)

¿EXISTE OBJETIVIDAD EN LOS MÉTODOS ARGUMENTATIVOS?

Una vez expuestas las generalidades de los métodos argumentativos que están siendo tratados en el presente trabajo, es momento de entablar la difícil cuestión de su objetividad; para lo cual, inicialmente, es necesario hacer referencia a sus principales críticas;

pues, a partir de ellas, será posible referirse a los parámetros por medio de los cuales es posible calificarlos.

Iniciemos puntualizando que, como ya se dejó sentado previamente, la ponderación es, seguramente, el

³ Abarcar el tema de la ponderación de manera amplia y detallada es un trabajo extenso y específico, lo que no es fundamental en el presente artículo. Además, se trata de un método ya estudiado extensamente por otros autores; por ello, se aborda sus generalidades de forma rápida.

método argumentativo más vulnerable; dicho en otras palabras, es aquel que más críticas ha recibido por parte de sus acérrimos detractores. Al respecto, Salim Zaidan sostiene que la ponderación:

Al ser un método que se basa en el fortalecimiento de la posición del juez, le da valor determinante a sus apreciaciones subjetivas, se fundamenta en el realismo jurídico y en la dimensión axiológica del Derecho, es un método que puede derivar en una discrecionalidad o subjetividad valorativa altamente peligrosa si los operadores de justicia no tienen una buena formación o no ajustan su actuación a los parámetros del derecho preestablecido. (2010, 92)

En la misma línea, uno de los críticos de la ponderación más influyentes en la actualidad es, indudablemente, el profesor Juan Antonio García Amado, quien afirma:

Cuando pesamos normas del tipo que sea, o valores o principios o cualesquiera entidades normativas, no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, al modo como lo tienen el lápiz o el bolígrafo. Por eso en este ámbito normativo las expresiones peso, pesar, ponderación, ponderar y similares tienen un alto contenido metafórico. [...] Lo que en el ámbito de los objetos materiales es, por ejemplo, pesar o medir o establecer la dureza, en el campo normativo es valorar [...] Valoro si es justa o no la norma que manda una cosa o la que permite otra. (2017, 58-59)

En definitiva, la ponderación tiende a ser ampliamente criticada; pues, no existe escala o enunciación jerárquica alguna en la cual se conciben a los principios del Derecho de modo que uno prevalezca ante otro en cualquier situación. Esto, porque la naturaleza de este método argumentativo supone aplicarlo únicamente en casos concretos y nunca en abstracto; lo cual, sumado a la compleja tarea a la que se ve sometido el argumentador para otorgar un peso al principio, provoca que muy difícilmente exista objetividad. A más de ello, varios tratadistas sostienen que la afamada ponderación es, incluso, innecesaria; pues, afirman que ejecutar fórmulas que se acercan más a otro tipo de ciencias que a la jurídica, provoca un esfuerzo superfluo; argumentando, además, que es posible

abarcar y dar solución a los choques entre principios si se hace uso de los métodos clásicos.

De forma personal, en base a la experticia adquirida, tanto en la doctrina como en la práctica cotidiana de la ciencia jurídica, considero que la debilidad sobresaliente, y por ende, la crítica más relevante del método argumentativo de la ponderación, se refleja al momento de intentar explicarla ante un tribunal o en cualquier otro ámbito; pues, se vuelve casi obligatorio adentrarse en cuestiones técnicas que provocan inobservar el principio de simplicidad; lo cual, a su vez, contribuye a que la argumentación se vea forzada y se reproche su objetividad.

En cuanto al método argumentativo de Toulmin, se puede aducir que no propone un sistema como tal, pues, a fin de cuentas, lo que plantea este autor es el establecimiento de un sinnúmero de argumentos en los que uno da fuerza al otro, sucesivamente; de tal forma que, parecerían formar una telaraña sin mayor detalle u orden alguno; haciendo notar que, posiblemente, mientras más argumentos existan, más fuerza tendrá la pretensión, cosa que en la práctica no es del todo cierta.

Toulmin en su intento por crear un método argumentativo sólido logró describir la forma en que las personas argumentan sin necesidad de recurrir a texto, experiencia o método alguno; es decir, obviando cualquier rama de la ciencia. Esto debido a que, por naturaleza, el ser humano, en su afán por convencer a sus oponentes, crea argumentos que se apoyan unos a otros; cosa que, *per se*, no es del todo un método, pues se aleja de la forma sistemática y ordenada en busca de un fin.

Es posible resaltar que, si la ponderación es considerada como compleja e innecesaria, muy por el contrario, el método de Toulmin puede ser visto como extremadamente simple; lo cual, en ciertas ramas de la ciencia es una ventaja, pero en lo que respecta a lo jurídico, puede convertirse en una desventaja al ser un método inexacto y poco elaborado.

Por último, en cuanto a la subsunción que predominó en el positivismo jurídico: es aplicable si tomamos

como punto de partida que el juez (o el argumentador) es un ente mecánico que adecúa los hechos a la norma previamente establecida por el legislador, convirtiéndose en un servidor que actúa como boca muda de la ley; de tal manera que, haría parecer al estudio del Derecho un mero aprendizaje memorístico de las diversas leyes, cosa que es por completo equivocada. En este sentido López considera que:

Este dogma, de que los jueces solo aplican el Derecho legislado, ha sido apoyado por un modelo subsuntivo-deductivo de argumentación con el fin de obtener su más obvia consecuencia jurídica de carácter procesal: la sentencia o fallo, evidenciada como el resultado de una fórmula aritmética que se obtiene de agregar hechos más normas. [...] De hecho, la práctica judicial

como una actividad relacionada con hechos reales y situaciones complejas no supone solamente una actividad lógica de subsunción y posterior deducción metodológica. (López 2015, 56-57)

A más de ello, la subsunción se torna totalmente ineficaz cuando del choque entre principios se trata; debido a que, es necesario tomar en consideración que en un sistema jurídico complejo, como el que rige en la mayor parte del mundo en la actualidad, no existen únicamente reglas, sino también principios, lo cual provoca que no sea del todo sencillo dilucidar entre la consecuencia jurídica a aplicar a un supuesto de hecho; en tanto que, la naturaleza misma de los principios es no contemplar resultado alguno en caso de inaplicación.

LA CALIFICACIÓN DE LOS MÉTODOS ARGUMENTATIVOS. ¿OBJETIVOS O NO?

Si el hecho de entablar una argumentación jurídica en torno a un problema, ya sea en el campo de los principios o de las reglas, resulta una tarea compleja, no lo es menos determinar la objetividad del método o modelo utilizado para llevar a cabo tal argumentación; pues, al parecer, resulta menos complicado señalar las deficiencias de los precitados métodos que llevarlos a una especie de examen mediante criterios, mediadamente, sostenibles.

La ciencia jurídica, a diferencia de muchas otras, en especial aquellas denominadas exactas, no puede contemplar de manera uniforme e inequívoca un resultado; es decir, una fórmula aritmética o matemática siempre va a tener una respuesta general (a la que llegarían todos los entendidos en aquella labor), la cual va a ser la misma sin que sea relevante el momento o la persona que la resuelva. Aquello no ocurre en el ámbito jurídico, pues en este no hay cabida para una única respuesta (correcta). Al respecto, Manuel Atienza considera que:

La cuestión de si existe o no una única respuesta correcta (en los casos difíciles), o sea, si el Derecho es o no capaz de determinar una solución para cada caso

(o hasta qué punto es capaz de hacerlo), es una de las cuestiones más debatidas en la teoría del Derecho contemporánea. [...] la cuestión de si existe o no una única respuesta para cada caso (susceptible de ser resuelto judicialmente) no puede ser (no es) contestada simplemente con un sí o un no. (2011, 119)

La doctrina ha contemplado parámetros dentro de los cuales es posible, de la manera más objetiva, calificar a una argumentación en pos de resolver un problema jurídico; en tal sentido, el mismo Manuel Atienza propugnó que la universalidad (relacionada, de cierta manera, con la seguridad jurídica o, si se quiere en su sentido más filosófico, conexas al imperativo categórico), la noción de coherencia (que hace alusión a la lógica y la interpretación sistemática), la adecuación de las consecuencias y la moral social son los elementos claves para considerar a una argumentación como acertada o no.

Dichos elementos son de total aplicación y eficacia si lo que se pretende es discutir sobre una sentencia judicial, mas no lo son si se lo quiere hacer en torno a un método argumentativo. En este orden de ideas, Carlos Bernal Pulido sostiene:

resulta imposible imaginar que exista un procedimiento objetivo para la aplicación de los principios jurídicos. La indeterminación normativa abre siempre la puerta a las apreciaciones subjetivas del juez. Estas aparecen indefectiblemente tanto en la ponderación como en cualquier otro método alternativo. También hay subjetividad en la subsunción. (2015, 66)

De lo expuesto, se colige que, el campo de la argumentación jurídica, en lo que respecta a los problemas entre principios, siempre va a tener una mayor carga de subjetividad. Esto, porque la propia naturaleza de dichos principios como mandatos de optimización, denota la posibilidad de que, dada su textura abierta, su aplicación sea inexorablemente condicionada; pues, para tal menester, es necesario atender las posibilidades y limitaciones tanto jurídicas, reales o de hecho.

Llevar a cabo una argumentación sobre principios, que sea del todo objetiva, requeriría que tales principios muten, dotándolos de rigidez y abarcando una significación estricta. Esto provocaría, entre otras cosas, un retroceso en la alcanzada evolución de los sistemas jurídicos contemporáneos, aniquilando así el Estado de derecho(s), ya que es inherente a los principios de estos sistemas su carácter abierto, sin el cual se convertirían en otro tipo de reglas. Por ejemplo, se puede decir que el principio según el cual todos tienen derecho a la salud, no puede ser aplicado de la misma manera en un país con una seguridad social eficiente y en otro en el que el único profesional de la salud se encuentra a kilómetros de distancia. Esto es lo que se conoce como limitación fáctica. En el mismo ejemplo, denotando las limitantes jurídicas, se podría pensar que en el sistema jurídico de un país europeo en el que todos tienen ese derecho a la salud existe la posibilidad de decidir sobre continuar o no con la vida de uno mismo, encontrándose esta en un peligro tal que cause un gran sufrimiento y dolor (eutanasia); mientras que otro Estado, donde no se garantiza tal derecho, no cabría la posibilidad de la eutanasia.

No obstante, considero que la forma en la que es posible llevar a cabo la argumentación, de acuerdo con la objetividad aplicada, es no dejar de lado otros métodos

argumentativos más rígidos, como la subsunción; de tal suerte, que se evite flexibilizar o inobservar la norma con el pretexto de ponderar.

Por el contrario, la objetividad, en cuanto a los métodos argumentativos utilizados en pos de resolver problemas en el campo de las reglas, es mayormente probable, debido a que tanto la lógica deductiva como la propia naturaleza de las reglas así lo permiten. En efecto, estas contienen ya una consecuencia jurídica a cierto supuesto de hecho, provocando así que una vez esclarecidos los hechos, y mediante una adecuada interpretación de la norma, sea plausible obtener un resultado que seguramente va a ser uniforme en un gran número de personas, a pesar de que la quimera de objetividad siga siendo difícil de alcanzar ante los ojos de quien argumenta.

Un indicador (o variable) importante según el cual es posible determinar el grado de objetividad que debería estar presente en el método argumentativo a calificar es, indudablemente, la dificultad del caso resuelto. Por ello, cabe hacer mención a la diferenciación existente entre los casos denominados fáciles y los difíciles⁴.

Los casos fáciles son aquellos que “proveen una respuesta mediante la aplicación de un silogismo jurídico, por lo que el Juez simplemente se encarga de obedecer una regla, que se traduce en una simple operación de subsunción del caso” (Figueroa 2016, 140). Dicho de otro modo, un problema jurídico de solución sencilla es aquel que reúne, por lo menos, dos condiciones: la primera, que se encuentre en el campo de las reglas, porque solamente estas son susceptibles de ser evacuadas mediante la subsunción; y la segunda, que dicha regla encaje en los hechos sin esfuerzo alguno.

Por su parte, según Benfeld, los casos difíciles son aquellos que denotan “la falta de previsión legal del supuesto de facto constitutivo de la pretensión y la ambigüedad propia del lenguaje de las normas jurídicas” (2015, 402). En otras palabras, los condicionantes, que una vez constatados dan a entender que un caso es complejo son: la insuficiencia normativa, en cuanto a abarcar una norma para un supuesto de hecho, y la textura abierta

⁴ El profesor Manuel Atienza, a más de la diferenciación entre casos fáciles y difíciles ha profundizado el tema con la enunciación de los casos trágicos, en los cuales no existe solución sin que sea necesario sacrificar un valor jurídico relevante.

del lenguaje. Tales supuestos se acoplan casi de forma perfecta a los que conllevan los principios del Derecho,

dejando en claro que un choque entre ellos siempre va a ser considerado como un caso difícil.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La constante evolución propia del ser humano en sus diferentes ámbitos y ramas de la ciencia ha provocado que la argumentación jurídica mute, ajustándose a la compleja situación de los diversos sistemas jurídicos; de manera que, mientras los principios no hacían su aparición estelar, la subsunción parecía ser suficiente para resolver la generalidad de casos. Hoy, al parecer, las cosas han cambiado a favor de la ponderación.

La objetividad, en cuanto a la ciencia jurídica, aparece como una idealización en la cual desaparece la discrecionalidad judicial. De esta manera, el juzgador queda en plena capacidad de, mediante el uso de un método argumentativo, llegar a la solución de un caso que sería la misma a la cual llegaría otro juez. Pero este escenario se torna en una quimera, pues en el Derecho es muy poco probable hablar de una sola respuesta correcta, a diferencia de lo que sucede en otras ramas de la ciencia.

De manera innegable está claro que un mayor grado de objetividad se puede alcanzar en lo que respecta al campo de las reglas; a diferencia de lo que sucede en lo referente a principios, dada la naturaleza de cada uno de ellos. Destacando, a su vez, que la ponderación puede ser mayormente objetiva si no desplaza e inobserva a un método más rígido como la subsunción;

de tal manera que, no se inobserven so pretexto de ponderar a las normas.

La balanza o herramienta de medición de objetividad en los métodos argumentativos no puede ser la misma para la generalidad de casos, pues es evidente que es plausible acercarse a lo subjetivo y discrecional en aquellos casos considerados difíciles; lo cual difiere de los casos fáciles, en los que, tanto el método a usarse para resolver un choque entre ellos, como su lenguaje que evita la textura abierta, tienden a ser más objetivos.

Es recomendable que, con base en la filosofía del derecho, así como en la argumentación jurídica, se propenda a la creación de métodos argumentativos que se complementen. De tal suerte que la simplicidad del método de Toulmin, la rigidez de la subsunción y la flexibilidad de la ponderación formen un método que se acerque, en el mayor grado posible, a la objetividad deseada.

Se recomienda que la creación de los nuevos métodos argumentativos tienda a dejar de lado la complejidad y tecnicidad en su aplicación; pues es necesario considerar que no es ilustrado aquel juez o argumentador que utiliza un sinnúmero de páginas para demostrar que conoce un vertiginoso método, cuando se podía llegar al mismo resultado de forma más simple y sin dejar de lado la correcta aplicación de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep. 2007. "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 30: 665-675.
- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2011. "Cómo evaluar las argumentaciones judiciales". *Diánoia*, vol. 56: 113-134.
- Ávalos, Iván. 2020. "De la argumentación jurídica y los métodos alternativos. Una revisión a la Sentencia del matrimonio igualitario del Ecuador". *Revista Científica FEUCE*, vol. 1: 169-195. Acceso el 29 de septiembre de 2022. <https://issuu.com/feuce2020/docs/revista>
- Etcheverry, Juan Bautista. 2021. "El papel de los principios formales en la ponderación de los derechos fundamentales. Desafíos a la propuesta de Robert Alexy". *Prudentia Iuris*, n.º 92: 221-248. Acceso el 30 de septiembre de 2022. <https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021.pp.221-248>
- Benfeld, Johann. 2015. "Una aproximación a la disertación 'De casibus perplexis' de G. W. Leibniz como estrategia de solución al problema contemporáneo de los llamados 'casos difíciles'". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 37: 401-427.
- Bernal, Carlos. 2015. *La racionalidad de la ponderación*. Quito: Cevallos.
- Borowski, Martin. 2019. "La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad". *Ciencia Jurídica*, n.º 8: 81-98.
- Estrada, Sergio. 2016. "Los Principios generales del derecho en el artículo 230 de la Constitución Política. ¿Normas morales o normas jurídicas?". *Revista Opinión Jurídica*, n.º 15: 47-66.
- Figuroa, María. 2016. "De la noción del caso trágico en la teoría de la argumentación jurídica estándar y su proyección para el desarrollo de una categoría de análisis en el ámbito de aplicación de la norma". *Revista Temas Socio Jurídicos*, n.º 35: 133-150.
- García Amado, Juan. 2017. *Decidir y Argumentar sobre Derechos*. México: Tirand lo Blanch.
- González, Alejandro. 2020. "La ponderación en la aplicación judicial del Derecho". *Revista Derechos en Acción*, n.º 5: 558-655.
- Guastini, Ricardo. 2016. "El realismo jurídico como teoría positivista del derecho". *Revista Cubana de Derecho*, n.º 1: 216-227.
- MacCormick, Neil. 2010. "Argumentación e interpretación en el Derecho". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 33: 65-78. Acceso el 18 de octubre de 2022. https://etica.uazuay.edu.ec/sites/etica.uazuay.edu.ec/files/public/Doxa_33.pdf#page=65
- López, Sebastian. 2015. "Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del derecho?". *FORO Revista de Derecho*, n.º 23: 53-68.
- Petzold, Hermann. 2011. "El problema de la subsunción o cómo se elabora la sentencia". *Academia y Derecho*, n.º 2: 109-125.
- Portocarrero, Jorge. 2016. *La ponderación y la autoridad en el Derecho*. Madrid: Parcial Pons.

- Rodríguez, Luisa. 2004. "El Modelo Argumentativo de Toulmin en la Escritura de Artículos de Investigación Educativa". *Revista Digital Universitaria*, n.º 5: 1-18. Acceso el 4 de septiembre de 2022. https://www.revista.unam.mx/vol.5/num1/art2/ene_art2.pdf
- Toulmin, Stephen. 2007. *Los usos de la argumentación*. Traducido por María Morras y Victoria Pineda. España: Ediciones Península.
- Zaidan, Salim. 2010. "Cuestionamiento a la aplicación generalizada del método de la ponderación judicial a partir de una Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional". *Iuris Dictio*, n.º 9: 31-103. Acceso el 28 de septiembre de 2022. <https://doi.org/10.18272/iu.v9i13>