



Sección

DOCTRINAL

NORMATIVIDAD Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Carlos Bernal Pulido*

SUMARIO: I. Introducción: II. El concepto de normatividad. III. El concepto de argumentación jurídica. IV. La argumentación jurídica en la normatividad. 1. La argumentación jurídica y las reglas primarias. 2. La argumentación jurídica y los principios primarios. V. La normatividad en la argumentación jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

La argumentación jurídica tiene una pluralidad de relaciones con el concepto de normatividad. Por una parte, la normatividad juega un importante papel en la argumentación jurídica. Ello es así, porque las normas son elementos de los argumentos que conforman el discurso jurídico. Sin embargo, no es evidente si los argumentos relativos a las normas jurídicas deben tener un peso particular en la argumentación jurídica o si ellos deben tener el mismo peso que otros argumentos provenientes del discurso práctico. Por otra parte, la argumentación jurídica juega también un importante papel en la normatividad, ya que ésta se basa no sólo en la autoridad sino también en la corrección. Las normas jurídicas no pueden ser concebidas únicamente como facticidad, es decir, como la consecuencia empírica del nudo ejercicio del poder. Las normas jurídicas también son una institucionalización de la corrección. Ellas implican por lo menos una pretensión de corrección. Al establecer qué comportamientos están prohibidos, ordenados, permitidos o habilitados, pretenden institucionalizar lo que es correcto jurídicamente para cada caso posible. Asimismo, la interpretación de las disposiciones jurídicas, es decir, la comprensión de su sentido, se desarrolla mediante un discurso,¹ cuyo objetivo es fundamentar una interpretación correcta. La interpretación jurídica tampoco puede

verse solamente como un mero acto de autoridad de los tribunales, ni siquiera de las Altas Cortes. Aun el más alto Tribunal siempre pretende alcanzar la corrección mediante sus sentencias, es decir, adscribir a cada disposición jurídica aquella norma que le corresponda para cada caso concreto. La argumentación jurídica es el instrumento para fundamentar y evaluar la corrección de dichas interpretaciones. No obstante, debe reconocerse que las relaciones entre la autoridad y la corrección aún no están del todo claras. Los dos fenómenos son relevantes en la argumentación jurídica. La corrección se evalúa y se fundamenta mediante el discurso y la autoridad, establece límites institucionales a éste.

El objetivo de esta trabajo es analizar las más significativas relaciones entre normatividad y argumentación jurídica. Para lograr este objetivo, me referiré a cuatro aspectos: (I) el concepto de normatividad, (II) el concepto de argumentación jurídica, (III) el papel de la argumentación jurídica en la normatividad y (IV) el papel de la normatividad en la argumentación jurídica.

II. EL CONCEPTO DE NORMATIVIDAD

A lo largo de la historia de la filosofía general, y de la filosofía y teoría del derecho, se han enunciado diversos conceptos de normatividad. Esta circunstancia no debe extrañar, si se tiene en cuenta que el concepto de normatividad designa la propiedad “valorativa (evaluativa) o prescriptiva” de un enunciado.² Los juicios que ostentan

* Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Cfr. R. Alexy, “Juristische Interpretation”, en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, p. 71 y s.

² Cfr. R. Hare, *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1972, p. 1 y s.

esta propiedad, y que se contraponen a los juicios fácticos, son relevantes para el derecho, la moral, la ética y los órdenes religiosos, así como para las teorías que se ocupan de ellos.

Referido al derecho, el concepto de normatividad tiene importancia en relación con variados aspectos.³ En el sentido que aquí interesa, puede preguntarse en qué consiste la normatividad del derecho en general o de sus elementos, es decir, las normas jurídicas, en particular. Sobre este aspecto, debe señalarse que el derecho se compone de diversos tipos de normas jurídicas y que la normatividad de cada uno de estos tipos de normas ostenta ciertas propiedades singulares. Para el objetivo de este análisis, deben considerarse dos tipologías que, con fines conceptuales, dividen las normas jurídicas en dos grupos. Relacionadas entre sí, estas dos tipologías fundamentan cuatro tipos de normatividad que tienen implicaciones en la argumentación jurídica. La primera tipología es la conocida diferenciación entre reglas y principios. La segunda tipología es la distinción entre normas primarias y secundarias.

La diferenciación entre reglas y principios da lugar a dos tipos de normatividad: la normatividad de las reglas y la normatividad de los principios. La normatividad de las reglas es una normatividad de todo o nada. Las reglas son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto para la solución de un caso determinado. Si sucede el supuesto de hecho previsto en la regla, el juez debe aplicarla por completo. Si, por el contrario, el supuesto de hecho previsto por la regla no se verifica, o a pesar de tener lugar, concurre una excepción estipulada por ella, el juez debe excluir su aplicación.⁴ Por su parte, la normatividad de los principios es una normatividad de la optimización. Se trata de una normatividad *prima facie*.⁵ Como sostiene Alexy, los principios son mandatos de optimización, con validez *prima facie*, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. El ámbito de las posibilidades jurídicas

se determina por los principios que juegan en sentido contrario. Mientras las reglas son mandatos definitivos, que se aplican mediante la subsunción, los principios son mandatos *prima facie* que se aplican mediante la ponderación.⁶

También la diferencia entre normas jurídicas primarias y secundarias da lugar a dos tipos de normatividad. De acuerdo con Kelsen, la norma primaria atribuye al juez una competencia para imputar la sanción, una vez que ha tenido lugar el hecho previsto en el supuesto de hecho. La norma secundaria, en cambio, establece la acción que debe realizarse para impedir la sanción.⁷ En la doctrina de Kelsen, es discutible si la norma secundaria se dirige al sujeto o si es un mero reflejo de la norma primaria.⁸ Lo cierto es que estos dos tipos de normas están revestidas de un diverso tipo de normatividad. La normatividad de las normas primarias es una normatividad que puede denominarse débil.⁹ A este sentido de la normatividad aludía Kelsen, cuando se interrogaba en qué consistía la específica normatividad del derecho (*Gesetzlichkeit des Rechtes*). De acuerdo con Kelsen: “la imputación es (...) reconocida por la teoría pura del derecho como la particular normatividad del derecho. Así como el efecto se sigue a su causa, la consecuencia jurídica se imputa a su supuesto jurídico”.¹⁰

³ Cfr. Uno de ellos se refiere al sentido normativo del significado de las palabras que conforman el derecho. Sobre este sentido de la normatividad: M. Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 122 y s.

⁴ Cfr. R. Dworkin, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 89.

⁵ Cfr. sobre este concepto: W. D. Ross, *The Right and the Good*, Clarendon Press, Oxford, 1930, p. 19 y s.; R. M. Hare, *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point*, Clarendon Press, Oxford, 1981, p. 27 y s. y 38 y ss.; J. Searle, “Prima Facie Obligations”, en AAVV (J. Raz Edt.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 1978, p. 84 y s.

⁶ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 111.

⁷ En este punto me refiero a la clasificación entre normas primarias y secundarias según Kelsen y no a la diferenciación entre reglas primarias y secundarias según Hart. De acuerdo con Kelsen: “Thus, the norm that establishes sanction-avoiding behaviour —behaviour the legal system aims to bring about— is a legal norm only on the presupposition that it is saying something (in abbreviated form for the sake of convenience) that the reconstructed legal norm alone states fully and correctly: given as condition, behaviour opposite that which the norm establishes as sanction-avoiding, then a coercive act is to be forthcoming as consequence. This reconstructed legal norm is the legal norm in its primary form. The norm establishing sanction-avoiding behaviour can only be regarded, then, as a secondary legal norm”. Cfr. H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 30.

⁸ Cfr. C. Bernal Pulido, “Las normas de competencia en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen”, en L. Villar Borda (Ed.), *Hans Kelsen 1881-1973*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 117 y ss.

⁹ Cfr. S. Paulson, “Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre Hans Kelsens”, en id. y M. Stolleis (eds.), *Hans Kelsen Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Mohr (Siebeck), Tübingen, 2005, p. 191 y ss.

¹⁰ Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Auflage, Scientia Verlag, Darmstadt, 1994, p. 22. En la traducción inglesa de B. Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson: “imputation is recognized in the Pure Theory of Law as the particular lawfulness, the autonomy, of the law”. Cfr. H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 23.

Normatividad y argumentación jurídica

Junto a este concepto, aparece un concepto fuerte de normatividad. El concepto fuerte caracterizaría mejor la normatividad de las normas secundarias.¹¹ A este concepto alude Joseph Raz cuando señala que un aspecto del mundo es normativo en la medida en que él o su existencia constituye una razón para las personas, es decir, una razón que hace apropiadas o inapropiadas ciertas creencias, maneras, emociones, intenciones o acciones.¹² La aplicación de este concepto al derecho fundamentaría la obligación jurídica del sujeto.¹³

Es necesario reconocer que hasta el momento, la clasificación entre normatividad primaria y secundaria se ha desarrollado más en cuanto a las reglas. Los desarrollos de Kelsen se referían a normas que tenían la estructura condicional hipotética y las propiedades de las reglas. Cabe señalar, sin embargo, que los principios —y su normatividad— también admiten la caracterización como primarios y secundarios. Los principios secundarios tienen la estructura OOx. Estos principios ordenan al destinatario del principio optimizar el objeto del principio (por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución colombiana —se garantiza el derecho (...) a la intimidad— establece el principio que ordena, entre otros, al empleador, optimizar la intimidad del trabajador en el uso del correo electrónico en el lugar de trabajo). Este mandato de optimización puede llamarse la normatividad fuerte de los principios. Ella se dirige a todo destinatario del principio, público o privado, por cuanto los principios —sobre todo cuando ellos son derechos fundamentales— vinculan a todos los poderes públicos y privados.

Adyacente a esa dimensión, los principios tienen también una normatividad débil. Esta normatividad se dirige al juez y se hace efectiva en el momento de la aplicación del principio. Esta normatividad se concreta en la norma de competencia para llevar a cabo una ponderación, o con mayor precisión, para aplicar el principio de proporcionalidad,¹⁴ y así determinar cuál es la máxima medida posible en que el principio debe realizarse, habida cuenta de las razones jurídicas y fácticas que juegan en contra. En el ejemplo, el artículo 15 de la Constitución colombiana atribuye al juez constitucional competencia para ponderar el principio de protección de la intimidad con otros principios relevantes en un cierto caso concreto, verbigracia, con la protección de la libertad de empresa del empleador.

La combinación de estos cuatro tipos de normatividad puede observarse en el cuadro siguiente:

	Normatividad fuerte	Normatividad débil
Reglas	Mandato de hacer u omitir X	Competencia para imputar la sanción
Principios	Mandato de optimizar X	Competencia para ponderar

III. EL CONCEPTO DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En segundo lugar, debe precisarse el concepto de argumentación jurídica. Ésta puede definirse como una actividad de interlocución o diálogo llevada a cabo por todos los participantes en la práctica jurídica. Como señala Feteris, “siempre se espera que quien defiende una tesis jurídica presente argumentos para apoyarla”.¹⁵ De la corrección de dichos argumentos dependerá la aceptabilidad de la tesis y su adopción como solución práctica. Por esta razón, la argumentación jurídica es una actividad práctica, que intenta resolver en los casos concretos la pregunta práctica por excelencia: ¿qué debe hacerse? Por medio de la argumentación jurídica se pre-

¹¹ A pesar de su tendencia a considerar que la tesis débil de la normatividad se aplica a todo el derecho, incluso el propio Kelsen parece defender en algunos pasajes la tesis fuerte, al considerar que las normas jurídicas son mandatos, formulados en la forma del imperativo categórico y que están dirigidas al sujeto jurídico por medio de una norma secundaria. Cfr. un exhaustivo análisis de estos pasajes en S. Paulson, “An Empowerment Theory of Legal Norms”, *Ratio Juris*, vol. 1, núm. 1, 1998, p. 60 y s.

¹² J. Raz, “Explaining Normativity. On Rationality and the Justification of Reason”, en *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 67: “Aspects of the world are normative in as much as they or their existence constitute reasons for persons, that is, grounds which make certain beliefs, moods, emotions, intentions, or actions appropriate or inappropriate”.

¹³ Cfr. S. Paulson, “Zwei radikale Objektivierungsprogramme in der Rechtslehre Hans Kelsens”, *op. cit.*, p. 191.

¹⁴ Cfr. Sobre el concepto y la estructura del principio de proporcionalidad: C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición, 2005, capítulo VI.

¹⁵ E. T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Kluwer, Dordrecht—Boston—Londres, p. 1: “Someone who presents a legal thesis is expected to put forth arguments to support it”.

tende obtener una respuesta correcta para esta pregunta. Sin embargo, a causa de la pluralidad de concepciones sociales, no intenta lograrse la corrección mediante su derivación de un sistema único de valores coherente en sí mismo, sino mediante el respeto de ciertas reglas de procedimiento que hacen racional a la argumentación jurídica. Es bien cierto que el respeto de dichas reglas de procedimiento no garantiza la obtención de una única respuesta correcta para cada caso. No obstante, la violación de tales reglas de procedimiento sí constituye un serio indicio acerca de la falta de corrección de la respuesta para un caso o para su justificación.

Estos planteamientos explican por qué la principal actividad de los teóricos de la argumentación jurídica ha sido la creación de modelos de argumentación jurídica,¹⁶ en donde aparecen explícitas las reglas para el desarrollo de una argumentación jurídica racional. En la teoría jurídica no existe un catálogo unívoco de reglas de racionalidad de la argumentación jurídica. Este es uno de los aspectos que ha despertado las más intrincadas polémicas entre la doctrina.¹⁷ Con todo, las reglas más conocidas y aceptadas por la doctrina son las de (1) claridad y consistencia conceptual, (2) consistencia normativa, (3) saturación, (4) respeto de la lógica deductiva, (5) respeto de las cargas de argumentación, (6) honestidad, (7) consistencia argumentativa y (8) coherencia. De acuerdo con estas reglas, una argumentación jurídica será tanto más racional, cuanto más se desarrolle mediante (1) argumentos provistos de claridad¹⁸ y consistencia¹⁹ conceptual y lingüística,²⁰ (2) que además puedan fundamentar los mismos resultados interpretativos, cuando se apliquen a los mismos su-

puestos,²¹ (3) sean completos, es decir, que contengan todas las premisas que les pertenecen,²² (4) respeten la lógica deductiva²³ y (5) las cargas de argumentación, (6) correspondan al pensamiento verdadero de quien los aduce, (7) carezcan de contradicciones internas²⁴ y (8) estén respaldados por reglas o principios generales.²⁵

IV. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA NORMATIVIDAD

Estas reglas de argumentación jurídica juegan un papel protagónico tanto a la hora de hacer efectiva la normatividad de las reglas primarias (1) como de los principios primarios (2) mediante su aplicación.

1. La argumentación jurídica y las reglas primarias

En primer lugar, el ejercicio de las competencias judiciales establecidas en las reglas primarias no debe depender de la voluntad o de la discrecionalidad del juez, sino debe ser el resultado de una argumentación jurídica correcta. El ejercicio de dichas competencias se lleva a cabo mediante una subsunción, cuya estructura más simple es la siguiente:

Premisa mayor:	(1) $(\forall x) (Tx \rightarrow Rx)$
Premisa menor:	(2) Ta
Conclusión:	(3) Ra (1), (2) ²⁶

¹⁶ Cfr. sobre los modelos más notables: M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; E. T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, op. cit.

¹⁷ Cfr. E. Tugendhat, "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht", *ARSP*, Beiheft núm. 14, 1980, p. 1 y ss. Asimismo: U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, p. 94 y s.

¹⁸ Cfr. R. Alexy, "Grundgesetz und Diskurstheorie", en AAVV, *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Nomos, Baden-Baden, 1996, p. 344.

¹⁹ Cfr. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 185; A. Aarnio, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 254 y s.

²⁰ Cfr. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 185.

²¹ Cfr. A. Peczenik, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Springer, Viena - Nueva York, 1983, p. 189.

²² Cfr. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 236.

²³ Cfr. M. Atienza, "Para una razonable definición de razonable", *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 193.

²⁴ N. McCormick, "Coherence in legal justification", en W. Krawietz, H. Schlesky, G. Winkler y A. Schuamm (Edt.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1984, p. 43 y s.

²⁵ Cfr. R. Alexy y A. Peczenik, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", *Ratio Juris*, núm. 1, 1990, p. 115 y s.; B. Baum Lavenbook, "The Role of Coherence in Legal Reasoning", *L&Ph*, núm. 3, 1984, p. 355 y s.; y sobre todo: R. Alexy, "Juristische Begründung, System und Kohärenz", en AAVV (O. Behrends, M. Diesselhorst y R. Dreier Edts.), *Rechtsdogmatik und Praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von F. Wieacker*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1990, p. 97 y s.

²⁶ Cfr. sobre esta estructura como formulación lógica de la fundamentación interna de las decisiones jurisdiccionales en general: R. Alexy, "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, op. cit., p. 20 y s.

Normatividad y argumentación jurídica

Esta estructura expresa el paso de la regla primaria (1) a la norma individual (3) y consta de los siguientes elementos: (1) La regla primaria, compuesta por un supuesto de hecho (Tx), el vínculo de imputación (\rightarrow) que simboliza la competencia atribuida al juez para imputar la consecuencia jurídica (Rx), si ocurre el supuesto de hecho (T), además de la mencionada consecuencia jurídica; (2) la premisa menor (Ia), es decir, el juicio subsuntivo según el cual, el hecho (a), individuo del género de hechos (x), cumple las condiciones fijadas por el supuesto de hecho (Tx) de la regla (1); y la regla individual Ra , según la cual se imputa la consecuencia jurídica R al hecho a .

Las reglas de la argumentación jurídica cumplen una doble función en esta estructura. En primer lugar, la propia estructura de la subsunción establece un proceso argumentativo respetuoso de las reglas de la lógica deductiva. En segundo lugar, las reglas de racionalidad de la argumentación jurídica deben aplicarse para determinar las premisas mayor y menor de la subsunción. De este modo, la identificación de la regla primaria que ocupe el lugar de la premisa mayor, es el resultado de un proceso interpretativo de las disposiciones pertenecientes a las fuentes del derecho que debe respetar las reglas de la argumentación jurídica. El respeto de las reglas de claridad, consistencia y coherencia no sólo es un límite y un criterio de orientación para hallar el significado normativo de las disposiciones relevantes en el caso, sino también para resolver antinomias entre varias reglas primarias válidas en un mismo momento. Las reglas de coherencia son indispensables para solucionar las antinomias normativas. Además de ello, las reglas de claridad, consistencia, coherencia y saturación deben orientar el examen de las pruebas que conducen a la identificación de la ocurrencia del hecho (a) y sobre todo a la formulación del enunciado subsuntivo (Ia). Desde un punto de vista racional, la reducción de la eventual indeterminación de la regla primaria no debe dejarse a la discrecionalidad del juez, sino que debe ser el producto de la aplicación de las reglas de la argumentación jurídica.

Es evidente que desde la perspectiva institucional, la determinación de las premisas mayor y menor de la subsunción depende del ejercicio de la autoridad del juez. Sin embargo, dicho ejercicio sólo será legítimo desde una perspectiva ideal —crítica—, si es además respetuoso de las reglas de la argumentación jurídica.

2. La argumentación jurídica y los principios primarios

Las reglas de la argumentación jurídica también deben orientar la aplicación de los principios primarios mediante la ponderación, o con mayor amplitud, mediante el principio de proporcionalidad. La normatividad primaria de los principios atribuye al juez una competencia para aplicar el principio de proporcionalidad. Este principio es un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda medida de intervención en un principio debe cumplir para poder ser jurídicamente legítima. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:²⁷

1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en un principio jurídico debe ser adecuada para contribuir a la realización de otro principio jurídico.
2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en un principio debe ser la más benigna con el principio intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.
3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en un principio debe guardar una adecuada relación con el significado del principio intervenido.

Al igual que en la subsunción, las reglas de la argumentación jurídica determinan la propia estructura del principio de proporcionalidad. Si se observa con detenimiento, este principio es una estructura argumentativa precisa, compuesta por varias cargas de argumentación, libre de contradicción, que clarifica cuáles son las variables fácticas y normativas relevantes para la aplicación de los principios. Las variables fácticas se expresan en los subprincipios de idoneidad y de necesidad, así como también en la ponderación, cuando en ella se determina el grado de intervención fáctica en los principios relevantes en el caso. Por su parte, las variables fácticas aparecen en la determinación del peso abstracto y concreto de los principios en la ponderación.

²⁷ Cfr. C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 799 y ss. Asimismo, R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 111 y ss.

La utilización de cadenas de argumentos saturadas, consistentes y coherentes permitirá atribuir una respuesta correcta a cada variable. Es posible que en algunos supuestos, dichas cadenas conduzcan a una única respuesta correcta para cada variable. En otros la única respuesta correcta será que no existe respuesta correcta. En este caso, aun desde el punto de vista de la corrección, el juez dispondrá de un irreducible margen de discrecionalidad.

V. LA NORMATIVIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Por último, es necesario referirse a la incidencia de la normatividad en la argumentación jurídica. La normatividad fuerte de las reglas y de los principios secundarios incide en la subsunción y en la ponderación. En un sistema jurídico, dicha normatividad no sólo hace que las reglas y principios secundarios constituyan razones para la acción de sus destinatarios, excluyentes de razones de otro tipo, sino que, además, implica que junto a la competencia para subsumir y para ponderar, las reglas primarias impongan también al juez el deber de imponer la consecuencia jurídica en caso de que ocurra el supuesto de hecho, y los principios primarios, el deber de atribuir al caso la solución prevista en el principio que prevalezca en la ponderación. Este deber expresa el peso especial que la normatividad otorga a las reglas y a los principios, en relación con otro tipo de argumentos prácticos generales que intervienen tanto en la subsunción como en la ponderación.

En lo que concierne a la subsunción, este deber que expresa la normatividad de las reglas hace variar su estructura argumentativa, de la siguiente manera:

- Premisa mayor: (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- Premisa menor: (2) Ta
- Conclusión: (3) ORa (1), (2)

En la premisa mayor, a la competencia judicial para imputar la consecuencia jurídica $(\rightarrow Rx)$ se adiciona el mandato u orden de imputarla $(\rightarrow ORx)$. Este mandato hace que al ejercer dicha competencia, el juez deba excluir otro tipo de razones que determinen una consecuencia diferente de (Rx) . La regla primaria es entonces una razón excluyente de otro tipo de argumentos prácticos generales.

Algo similar ocurre en la ponderación. En su estructura, los principios que concurren también son razones para la acción revestidas de normatividad. Sin embargo, esta no es una normatividad definitiva, como la de las reglas, sino sólo una normatividad *prima facie*. Este tipo de normatividad impide, en primer lugar, que el juez pueda prescindir del principio en una ponderación relativa a un caso que tenga por lo menos una propiedad semántica que permita conectarlo con el principio. De este modo, si un caso concreto tiene una propiedad semántica que lo conecte con el principio P_1 y una propiedad semántica que lo conecte con el principio P_2 y las soluciones jurídicas que se desprenden de P_1 y P_2 son incompatibles entre sí, el juez debe necesariamente establecer si ante el caso (C) P_1 debe preceder a P_2 o viceversa, es decir, si $P_1 PP_2$ o $P_2 PP_1$. Pero además de ello, en segundo lugar, la normatividad *prima facie* del principio que resulte precedente en la ponderación obliga al juez a atribuir al caso la solución prevista por tal principio. De este modo, por ejemplo, si P_1 prevalece en la colisión, entonces el juez debe extraer de la ponderación una norma adscrita con la estructura de una regla: $(x) (Tx \rightarrow ORx)$. En esta estructura, Tx es el supuesto de hecho que se compone de las propiedades relevantes en el caso concreto y ORx expresa el mandato de imputar las consecuencias previstas por el principio P_1 .²⁸

Finalmente, debe reconocerse que el resultado de la argumentación jurídica en el discurso judicial, relativo a la determinación de las premisas de la subsunción o de los subprincipios de la proporcionalidad en cada caso concreto tiene también un estatus normativo como precedente. Los precedentes expresan normas adscritas con la estructura de una regla primaria: $(x) (Tx \rightarrow ORx)$. Tales normas adscritas están revestidas de la normatividad propia de las reglas primarias y así deberán aplicarse en casos futuros. De este modo, cada ejercicio de la argumentación jurídica en el discurso judicial arroja un resultado normativo y este resultado normativo condiciona a su vez el desarrollo de la argumentación jurídica en el discurso judicial frente a casos futuros.



²⁸ Esta es la llamada por R. Alexy ley de la colisión. De acuerdo con esta ley: "Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente". R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 94; id., "Logische Analyse der juristischen Entscheidungen", op. cit., p. 46.