



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LA APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS DE  
ROBERT ALEXY POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO  
FEDERAL Y TERRITORIOS DE BRASIL**

Bernardo Pablo Sukiennik

BRASÍLIA

2019

**Bernardo Pablo Sukiennik**

**LA APLICACIÓN DE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS DE  
ROBERT ALEXY POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO  
FEDERAL Y TERRITORIOS DE BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD-UnB), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito (Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia).

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto – Presidente

Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Miroslav Milovic – Membro

Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Luis Felipe Lopes - Membro externo

Filosofia - Universidade Federal de Minas Gerais

O objetivo da argumentação, ou da discussão, não deve ser a vitória, mas o progresso.

JOSEPH JOUBERT

A la memoria de mi padre, quién siempre me repetía cuando lo iba a cuidar en Buenos Aires: “**A no descuidar la maestría, a no descuidar los estudios**”.

## AGRADECIMIENTOS

*A Dios, por la oportunidad que me concedió de realizar mi maestría en la Universidad de Brasilia;*

*A mi familia, Juliana, Davi y Sara (que nacerá en abril/2020) por la comprensión y cariño;*

*A mis padres, por el incentivo y apoyo;*

*A mi madre, que como abogada y traductora pública fue fundamental para que esta tesina fuera escrita en castellano;*

*A los profesores del curso de Post Grado en Derecho de la UnB, muy especialmente, a mi orientador Fabiano Hartmann Peixoto, por su empeño y dedicación;*

*Y finalmente a mis amigos, quienes no me vieron ni en foto durante este año de 2019.*

## SUMÁRIO

RESUMEN	vii
RESUMO	viii
INTRODUCCIÓN	1
1 LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE ALEXY	5
1.1 LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	5
1.2 LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS – PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD	17
1.3 CONSIDERACIONES DE HABERMAS SOBRE LA TEORÍA DEL DISCURSO JURÍDICO DE ALEXY	21
1.4 PERCEPCIONES DEL PROPIO ALEXY SOBRE SU TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	23
2 MODELOS DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN	26
2.1 EL MÉTODO PARA REPRESENTAR Y EVALUAR LAS ARGUMENTACIONES DE MANUEL ATIENZA	30
2.2 ESQUEMA DE ORGANIZACIÓN, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DECISORIOS DE FABIANO HARTMANN PEIXOTO	42
3 DELIMITACIÓN DE LAS DECISIONES A SER ESTUDIADAS Y APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS	49
3.1 APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS AL PRIMER CASO SELECCIONADO	50
3.2 APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS AL SEGUNDO CASO SELECCIONADO	61
CONSIDERACIONES FINALES	72



## RESUMEN

El Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios constantemente hace alusión en sus sentencias a la “colisión de principios”, “ponderación” y “proporcionalidad”. Directa o indirectamente, utiliza las teorías del constitucionalista alemán Robert Alexy en las decisiones que toma. Ante eso, esta disertación tiene por objetivo analizar decisiones que hacen mención a la colisión de principios. Se busca verificar si el examen de proporcionalidad fue verdaderamente utilizado, en los moldes de la matriz teórica, o simplemente mencionado como argumento de autoridad. Para eso, inicialmente, se presentó los principales puntos de la teoría de la argumentación jurídica y de los derechos fundamentales del profesor Alexy. Acto seguido, se introduzco breve explicación sobre las diversas corrientes da teorización de la argumentación jurídica. Se expuso el método para representar y evaluar las argumentaciones de Manuel Aienza y el esquema de organización, análisis y evaluación de los argumentos decisorios del doctor profesor Fabiano Hartmann Peixoto. Finalmente, se analizaron dos sentencias referentes a casos de cierta relevancia, lo que podría aumentar las posibilidades de que los jueces se esmerasen en la elaboración de sus votos. La primera demanda involucró el ministro del STF Gilmar Mendes contra el autor del libro “Operación banquero” y su editorial. Sentencia cuya discusión central es la resolución del conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor y a la imagen. El segundo juicio tuvo como actor el gobernador del Distrito Federal, Rodrigo Rollemberg, contra el diputado federal, Laerte Bessa, quien profirió insultos en contra del mandatario en la Asamblea del Sindicato de los Policías Civiles del DF. En este caso, el núcleo legal de la cuestión es el conflicto entre la libertad de opinión de un parlamentario, resguardada por la inmunidad constitucional, y el derecho al honor y la imagen.

Palabras-clave: Argumentación Jurídica. Colisión. Proporcionalidad. Principios. Robert Alexy. Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios.



## RESUMO

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios constantemente faz alusão em seus acórdãos a “colisão de princípios”, “ponderação” e “sopesamento”. Direta ou indiretamente, utiliza as teorias do constitucionalista alemão Robert Alexy nas decisões que toma. Diante disso, esta dissertação visa analisar decisões que fazem menção à colisão de princípios. Busca-se verificar se o exame de proporcionalidade foi verdadeiramente utilizado, nos moldes da matriz teórica, ou simplesmente mencionado como argumento de autoridade. Para isso, inicialmente, apresentou-se os principais pontos da teoria da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais do professor Alexy. Em seguida, introduziu-se breve explicação sobre as diversas correntes da teorização da argumentação jurídica. Expôs-se o método para representar e avaliar as argumentações de Manuel Atienza e o esquema de organização, análise e avaliação dos argumentos decisórios do doutor professor Fabiano Hartmann Peixoto. Por fim, analisaram-se dois acórdãos referentes a casos de certa relevância, o que poderia aumentar as chances dos julgadores se esmerarem na elaboração de seus votos. A primeira demanda envolveu o ministro do STF Gilmar Mendes contra o autor do livro “Operação banqueiro” e sua editora. Acórdão cuja discussão central é a resolução do conflito entre o direito à liberdade de informação e direito à honra e à imagem. O segundo processo teve como autor o governador do Distrito Federal, Rodrigo Rollemberg, contra o deputado federal, Laerte Bessa, quem proferiu ofensas contra o mandatário na Assembleia do Sindicato dos Policiais Cíveis do DF. Neste caso, o cerne jurídico da questão é o conflito entre a liberdade de opinião de um parlamentar, resguardada pela imunidade constitucional, e o direito à honra e a imagem.

Palavras-chaves: Argumentação Jurídica. Colisão. Proporcionalidade. Princípios. Robert Alexy. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

## INTRODUCCIÓN

La noción de principio en el Derecho pasó por grandes cambios bajo la perspectiva de la teoría jurídica discursiva, desde los años cincuenta [o setenta] del siglo pasado. Ocurrió la afirmación de la normatividad de los principios, superando el entendimiento anterior en el que tenían una función subsidiaria, en el momento de la aplicación del Derecho (ESPÍNDOLA, 2002, p. 33; PEIXOTO, 2015, p. 7).

Desde entonces, los principios jurídicos pasaron a ocupar un papel cada vez más relevante en la ciencia del Derecho, especialmente en el constitucionalismo. Se empezó a atribuirles efectiva juridicidad y fuerza vinculante. Esta nueva relevancia dentro del sistema constitucional y sus nuevas funciones trajeron cuestiones originales a ser comprendidas. En este contexto, se destaca la diferencia entre el "conflicto de reglas" y la "colisión de principios". En la primera situación, se excluye del sistema normativo una de las reglas en conflicto. En el segundo caso, dependiendo de las condiciones de hecho y de derecho, un principio prepondera sobre el otro, pero sin anularlo o extirpárselo del sistema jurídico (ESPÍNDOLA, 2002, p. 35; PEIXOTO, 2015, p. 7).

Varios autores trabajaron en la actualización de la teoría de los principios, sin embargo, Paulo Bonavides registra que "[...] fue con el constitucionalista alemán Robert Alexy que ella se perfeccionó aún más, y volvió su fuerza conceptual hacia el norte teórico del Derecho Constitucional"<sup>1</sup>.

En base a este contexto, se eligió la teoría de la argumentación jurídica y de los derechos fundamentales, ambas desarrolladas por el constitucionalista alemán Robert Alexy como marco teórico para analizar las sentencias de segunda instancia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios (TJDFT) en cuanto al contenido o mérito. Este trabajo no tiene la pretensión de agotar la presentación de esas teorías, sino de exponer, brevemente, los aspectos directamente vinculados con su objetivo.

El objetivo general es verificar decisiones del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios, en las cuales ocurrieron conflictos de principios, para verificar la aplicación del

---

<sup>1</sup> [...] foi com o constitucionalista alemão Robert Alexy que ela se aperfeiçoou ainda mais, e voltou sua força conceitual para o norte teórico do Direito Constitucional (ESPÍNDOLA, 2002, p. 76). Traducción mía.

examen de proporcionalidad desarrollado por Robert Alexy y, en consecuencia, su racionalidad desde la perspectiva del autor alemán.

Específicamente, este trabajo busca: 1) Explicar los principales aspectos de la teoría de los principios y la teoría de la argumentación jurídica elaborada por Robert Alexy; 2) presentar el esquema de análisis y evaluación de los argumentos de toma de decisiones desarrollado por el profesor Fabiano Hartmann Peixoto; 3) Examinar si los argumentos de ponderación expresados en las sentencias analizadas del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y los Territorios están relacionados con el estándar teórico de Robert Alexy.

La investigación siguió la metodología adoptada en la tesis de doctorado del profesor Fabiano Hartmann Peixoto, en la cual fueron analizadas sentencias del Supremo Tribunal Federal:

El Método a ser utilizado en la fase de Investigación será el analítico inductivo; en la fase de Tratamiento de los Datos, será analítico-evaluativo, y, dependiendo del resultado de los análisis, en el Informe de Investigación podrá ser empleada la base inductiva y/u otra más indicada. Más allá de la investigación de jurisprudencia indexada, serán accionadas las técnicas de la investigación bibliográfica y del registro en fichas<sup>2</sup>.

Un sondeo en el buscador de jurisprudencia del sitio del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios encontró la palabra “Alexy” en siete sentencias de segunda instancia. A la búsqueda de “ponderación principios” surgieron mil ciento y dos resultados y de “colisión principios” aparecieron ciento setenta y cinco sentencias. De ese universo de decisiones, se eligieron dos para análisis, con base en los siguientes criterios: decisiones tomadas después de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil; y casos con cierta relevancia, lo que podría aumentar las posibilidades de los juzgadores esmerarse en la elaboración de sus votos.

En relación a la bibliografía, fueron privilegiados, siempre que posible, libros en castellano, especialmente, para las obras de Alexy y Habermas. En otras situaciones, se realizó una traducción propia. Para las traducciones de las sentencias de segunda instancia, con muchos más términos técnicos, la traductora pública Isolete Pereira utilizó los equivalentes más próximos, usados en las decisiones de la Justicia Argentina. Cuando eso no fue posible, emitió

---

<sup>2</sup> O Método a ser utilizado na fase de Investigaco será o indutivo analítico; na fase de Tratamento dos Dados, será analítico-avaliativo, e, dependendo do resultado das análises, no Relatório de Pesquisa poderá ser empregada a base indutiva e/ou outra mais indicada. Alm da pesquisa jurisprudencial indexada, sero acionadas as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento (PEIXOTO, 2015, p. 9). Traducción de Isolete Pereira.

una nota del traductor (NT) describiendo el significado de aquel concepto. En todas las traducciones se transcribió, en nota de pie de página, el texto original para que el lector pueda leerlo también.

La tesina está estructurada en tres capítulos. El primero presenta, críticamente, las teorías de Robert Alexy. Al considerar la ciencia del Derecho como una materia práctica, Alexy parte del presupuesto que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general. Él advierte que su teoría busca proveer elementos para evaluar la corrección lógica de un argumento jurídico que se pretenda analizar. Por su parte, Jürgen Habermas analiza la teoría del discurso jurídico de Alexy en su libro “Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”. Él cuestiona la tesis del “caso especial”, presentando sus objeciones. Sin embargo, pasados tantos años de la primera publicación de su libro, el profesor de Kiel rescata como aspectos más importantes de su obra: (1) la pretensión de corrección de las decisiones judiciales; (2) la tesis del caso especial; y (3) la tesis de la argumentación práctica racional. Finalmente, ambos concuerdan en el sentido de que una teoría del discurso jurídico necesitaría tratar elementos de una teoría de la legislación y, a su vez, de una teoría normativa de la sociedad.

En el segundo capítulo se introduce un panorama de las teorías de la argumentación jurídica contemporáneas, nombrando a sus principales exponentes y corrientes doctrinarias. Adentro de ese escenario, con base en la opción analítica definida en el proyecto, se optó por trabajar el “método para representar y evaluar las argumentaciones de Manuel Atienza” y “esquema de organización, análisis y evaluación de los argumentos decisorios de Fabiano Hartmann Peixoto”. El modelo de Atienza se funda en el uso de diagramas de flechas para mostrar la esencia del razonamiento con la menor cantidad de símbolos posibles. Después se explican los principales criterios del autor español para evaluar los argumentos judiciales. En la segunda sección del capítulo se desarrolla el modelo del profesor de la UnB, compuesto de dos tablas. La primera extrae los elementos centrales de la demanda, tanto de hecho como de derecho y la segunda sirve para evaluar el grado de adherencia de la sentencia a las teorías de Alexy.

El tercer capítulo es destinado a analizar las dos sentencias seleccionadas. La primera demanda involucró al ministro de la Suprema Corte Gilmar Mendes contra el autor del libro “Operación banquero” y su editorial. Sentencia cuya discusión central es la resolución del conflicto entre el derecho a la libertad de información y derecho al honor y a la imagen. El segundo juicio tuvo como actor al gobernador del Distrito Federal, Rodrigo Rollemberg, contra

el diputado federal, Laerte Bessa, quien profirió insultos en contra del mandatario en la Asamblea del Sindicato de los Policías Civiles del DF. En este caso, el núcleo legal de la cuestión es el conflicto entre la libertad de opinión de un parlamentario, resguardada por la inmunidad constitucional, y el derecho al honor y la imagen.

## 1 LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE ALEXY

En este capítulo, se presentan las principales características del marco teórico relativo al contenido o mérito de esta tesina: la teoría de la argumentación jurídica y de los derechos fundamentales, ambas complementares y elaboradas por Robert Alexy. El objetivo no es agotar ese asunto ni efectuarle una análisis crítica profunda. El manejo de ese conocimiento permitirá evaluar, más adelante, la correcta aplicación de la ponderación.

En el transcurso del apartado se dará destaque a las siguientes concepciones del autor alemán:

- 1) la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general;
- 2) reglas y formas de argumentos jurídicos;
- 3) justificación interna y externa;
- 4) diferencias entre reglas y principios;
- 5) el examen de proporcionalidad;
- 6) y las máximas parciales de la adecuación, necesidad y de la proporcionalidad en sentido estricto.

A continuación se exponen algunas consideraciones críticas del profesor Jürgen Habermas a la teoría de Alexy, con la finalidad de mostrar al lector algunas eventuales limitaciones del teorema del profesor de Kiel. Se insiste que este trabajo no busca confirmar o refutar el trabajo de Alexy pero verificar si el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios de Brasil aplica su teoría cuando hace mención al examen de proporcionalidad.

### 1.1 LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Robert Alexy concibe el Derecho como una ciencia práctica, en el sentido de identificar lo que es obligatorio, facultativo o prohibido de hacer. Para él, la perspectiva auténtica de la ciencia jurídica es la correspondiente al juez. Eso no significa que no haya otros puntos de vista, pero el del juez se adecua típicamente a la ciencia del Derecho (PEIXOTO, 2015, p. 45).

Al considerar la ciencia del Derecho como una materia práctica, Alexy parte del presupuesto "[...] que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general". Éste último entendido de la siguiente manera:

Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos.

Para el profesor alemán, tanto el discurso jurídico como el práctico general tienen en común la presentación de sucesivos enunciados normativos y la aspiración de corrección. Sin embargo, no se confunden porque la argumentación jurídica tiene varias condicionantes: la legislación, los precedentes, la dogmática y, en las demandas judiciales, las leyes procesales. Frente a esto, surge una cuestión que Alexy considera "[...] especialmente importante [...]": de qué manera se relacionan la argumentación jurídica y la argumentación práctica general. Según él, hay tres tesis al respecto (ALEXY, 2010, p. 46/50).

La primera tesis sostiene que la fundamentación de la decisión debe basarse en los métodos de la argumentación general, correspondiendo al discurso jurídico la función secundaria de darle legitimidad (tesis de la secundaria). La segunda tesis afirma que se debe partir del discurso jurídico y, subsidiariamente, en casos de lagunas, utilizar la argumentación práctica general (tesis de la adición). La tercera tesis defiende: "[...] el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, con el de los argumentos prácticos generales". (tesis de la integración). Esta última es la adoptada por el autor, con base en los parámetros establecidos en su teoría (ALEXY, 2010, p. 50-51).

Con la superación del positivismo más tradicional, las decisiones dejaron de ser vistas, simplemente, como un silogismo con el siguiente formato:

Argumentación deductiva en que, en la premisa mayor, se enuncia el deber-ser contenido en la norma jurídica; en la premisa menor, se tiene el enunciado del caso concreto *sub judice*, y en la conclusión, la decisión que aplica la ley a aquel hecho [...] <sup>3</sup> [énfasis del autor].

Alexy apunta cuatro motivos para superar esa perspectiva:

[...] (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación

---

<sup>3</sup> Argumentação dedutiva em que, na premissa maior, enuncia-se o dever-ser contido na norma jurídica; na premissa menor, tem-se o enunciado do caso concreto *sub judice*, e na conclusão a decisão que aplica a lei àquele fato [grifo no original] (DINIZ, 2008, p. 394). Traducción mía.

jurídica, pero para cuya regulación no exista una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales (ALEXY, 2010, p. 28).

El autor también define bajo qué perspectiva reflexiona sobre el discurso jurídico: empírica, analítica o normativa. En el primer ángulo, se describe, por ejemplo, la frecuencia de repetición de los argumentos. En la analítica, se observa la coherencia estructural del discurso. Desde el punto de vista normativo "[...] se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico". Tradicionalmente, estas perspectivas suelen ser mezcladas, pero el profesor considera esto un defecto, ya que hay muchos vínculos entre ellas. En contraposición a eso, el trabajo del prof. Alexy adopta la postura "analítico-normativa", con el propósito de desarrollar "[...] una teoría analítica co-normativa del discurso jurídico" (ALEXY, 2010, p. 44-46).

Robert Alexy advierte que su teoría busca proporcionar elementos para evaluar la corrección lógica de un argumento jurídico que se pretenda analizar. En ese sentido, permite evidenciar enunciados "[...] discursivamente imposibles [...]" o "[...] discursivamente necesarios [...]". Por lo tanto, su doctrina no determina el contenido final del discurso. Esto dependerá de las premisas utilizadas por el formulador del argumento (ALEXY, 2010, p. 48). En las palabras del profesor:

Se puede considerar como tarea de la teoría del discurso, precisamente el proponer reglas que, por una parte, sean tan débiles, es decir, que tengan tan poco contenido normativo que personas con concepciones normativas totalmente diferentes pudieran estar de acuerdo con ellas, pero que, por otra parte, sean tan fuertes que una discusión realizada de acuerdo con las mismas pueda ser calificada como "racional" (ALEXY, 2010, p. 49).

Alexy explicita las reglas del discurso práctico general, las cuales clasifica en "reglas fundamentales", "reglas de razón", "reglas sobre la carga de la argumentación", "reglas de fundamentación" y "reglas de transición".

Las reglas fundamentales son las siguientes:

- (1.1) Ningún hablante puede contradecirse.
- (1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.



(1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados (ALEXY, 2010, p. 266).

Ese primer conjunto de reglas, con destaque para la (1.1), alude a las reglas de la lógica. El profesor alemán sostiene que la lógica es aplicable a los enunciados normativos. Sin embargo, recuerda la existencia del “dilema de Jørgensen” expreso en las siguientes afirmaciones: (a) “[...] la lógica [es] ‘la ciencia de las leyes más generales de la verdad [...]’”, (b) “[...] las proposiciones normativas no son susceptibles de verdad [...]”, (c) luego “[...] las leyes de la lógica no valen para las proposiciones normativas” (ALEXY, 2010, p. 266-267). Tal dilema puede ser contornado de tres formas: (i) substituir los valores “verdadero y falso” por “válido e inválido” o “lícito e ilícito”; (ii) la mera existencia de términos como “y”, “si... entonces”, “todos” y “algunos” en proposiciones normativas despiertan la noción de vínculos lógicos entre esas proposiciones; y (iii) construir “[...] semánticas (teorías de modelos) [...]” que permitan juzgar si los enunciados normativos son verdaderos o falsos ALEXY, 2010, p. 267).

El autor entiende por reglas de razón:

(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

[...]

(2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

[...]

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa al discurso (ALEXY, 2010, p. 272).

La aplicación de las reglas de razón “[...] forman, junto con el resto de las reglas del discurso, un *criterio hipotético-negativo* para la corrección de las proposiciones normativas” [énfasis del autor] (ALEXY, 2010, p. 273).

Por reglas sobre la carga de la argumentación, Alexy explica:

(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.

[...]

(3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.

[...]

(3.3) Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.

[...]

(3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación (ALEXY, 2010, p. 276-278).

Antes de exponer las reglas de fundamentación, el autor alemán cree relevante presentar las formas de argumento que él considera específicas del discurso práctico (ALEXY, 2010, p. 278):

Hay dos maneras de fundamentar una proposición normativa singular (objeto inmediato del discurso práctico). La primera toma por referencia una regla presupuesta como válida. En la segunda, se anota las consecuencias de atenderse a su mando. De ello deriva un enunciado común:

4.1 y 4.2) La noción de una razón, como siempre, lleva consigo la noción de una regla que afirma que algo es una razón para alguna otra cosa.

[...]

Para Alexy, las reglas distintas pueden llevar a resultados incompatibles entre sí. En esos casos se deben utilizar las llamadas 'reglas de prioridad'. Entre tales reglas, existen aquellas que indicaron prioridad en cualquier condición, otras, están vinculadas a determinadas condiciones. En el caso de conflictos entre reglas de prioridad, se pueden utilizar reglas de prioridad de segundo nivel<sup>4</sup>.

Conforme el profesor de Kiel, las formas de argumentos aumentan la racionalidad del discurso práctico general pero no excluyen la obligación de continuar rastreando reglas para las fundamentaciones realizadas con esas formas (PEIXOTO, 2015, p. 56).

En cuanto a las reglas de fundamentación, son ellas:

---

<sup>4</sup> Há duas maneiras de fundamentar uma proposição normativa singular (objeto imediato do discurso prático). A primeira toma por referência uma regra pressuposta como válida. Na segunda, anotam-se as consequências de se atender seu comando. Disso deriva um enunciado comum:

4.1 e 4.2) A noção de uma razão, como sempre, leva consigo a noção de uma regra que afirma que algo é uma razão para alguma outra coisa.

[...]

Para Alexy, regras distintas podem levar a resultados incompatíveis entre si. Nesses casos deverão ser utilizadas as chamadas 'regras de prioridade'. Dentre tais regras, existem aquelas que indicaram prioridade em qualquer condição, outras, estão vinculadas a determinadas condições. Havendo conflito entre regras de prioridade, poderão ser utilizadas regras de prioridade de segundo nível (PEIXOTO, 2015, p. 55-56). Traducción mía.

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

[...]

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

[...]

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

[...]

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis históricocrítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) si aunque originalmente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o

b) si originalmente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

[...]

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórico individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados (ALEXY, 2010, p. 285-288).

Las reglas de fundamentación, de manera panorámica, son compuestas por variantes del principio de generalizabilidad (ALEXY, 2010, p. 284; PEIXOTO, 2015, p. 56). “En cuanto a las reglas de fundamentación, es posible constatar influencia en Alexy de los pensamientos de Habermas”<sup>5</sup>.

Por último, las reglas de transición son:

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

---

<sup>5</sup> No tocante às regras de fundamentação, é possível constatar influência em Alexy dos pensamentos de Habermas (PEIXOTO, 2015, p. 56).

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso (ALEXY, 2010, p. 289).

El profesor de Kiel resume las funciones jurídicas de los argumentos prácticos generales de la siguiente manera:

La argumentación práctica general puede ser necesaria (1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos, (2) en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados, (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, (4) en la fundamentación de los *distinguishing* y *overruling* y (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna [énfasis del autor] (ALEXY, 2010, p. 389-390).

Alexy afirma que respetar esas reglas aumentan las posibilidades de lograr un acuerdo en los asuntos prácticos, sin embargo no garantiza que se obtenga acuerdos para cada asunto, ni que ese acuerdo sea perpetuo o definitivo (ALEXY, 2010, p. 290). Además:

Las reglas de la discusión racional no se refieren, como las de la lógica, sólo a proposiciones, sino también al comportamiento del hablante. En este sentido, pueden designarse como “reglas pragmáticas”. El cumplimiento de estas reglas no garantiza ciertamente la certeza definitiva de todo resultado, pero sin embargo caracteriza este resultado como racional. La racionalidad, por consiguiente, no puede equipararse con la certeza absoluta. En esto consiste la idea fundamental de la teoría del discurso práctico racional (ALEXY, 2010, p. 254).

El autor alemán constata que el discurso práctico general tiene limitaciones que no deben ocurrir en los discursos jurídicos, por ejemplo, la posibilidad de no alcanzar ningún acuerdo discursivo. Por lo tanto, “los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas”. Estas reglas jurídicas tienen dos funciones: (a) “[...] hacer posible soluciones donde no puede alcanzarse ningún acuerdo discursivo [...]”; (b) “[...] asegurar los presupuestos que hacen posible fácticamente la realización de discursos” (ALEXY, 2010, p. 291-292).

Según Alexy, el núcleo de la tesis del caso especial está en la pretensión de corrección y racionalidad de las proposiciones normativas dentro del ordenamiento jurídico en vigor. La fundamentación, en el Derecho, tiene un aspecto interno y otro externo. El primero comprueba

si la decisión se deriva lógicamente de las premisas de la justificación. El segundo analiza “[...] la corrección de estas premisas” (ALEXY, 2010, p. 305-306).

La cuestión de la coherencia de la fundamentación está bajo la égida del silogismo jurídico, el cual atiende a la necesidad de universalidad o igualdad formal (ALEXY, 2010, p. 306/308). Con el fin de dar cumplimiento a este principio, Alexy formuló las siguientes reglas:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones (ALEXY, 2010, p. 308).

[...]

(J.2.3) [...] si el juez tiene que interpretar de nuevo una determinada expresión o un determinado enunciado jurídico en el caso a decidir por él, puede hacerlo no sólo precisamente para este caso, sino de tal manera que su interpretación pueda mantenerse también para todos los otros casos semejantes. Contradiría a la exigencia de justicia de tratar igual a los casos iguales, así como también a la seguridad jurídica procurada por la ley, si los jueces interpretaran las mismas disposiciones en casos semejantes, ahora de una manera, ahora de otra (LARENZ citado por ALEXY, 2010, p. 313).

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible (ALEXY, 2010, p. 315).

[...]

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo (ALEXY, 2010, p. 315).

En relación con la fundamentación externa:

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo (ALEXY, 2010, p. 318).

En el primer tipo, cabe probar la validez de la regla dentro del ordenamiento jurídico vigente (ALEXY, 2010, p. 318). Para la segunda clase se utiliza “[...] una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso”

(ALEXY, 2010, p. 318). La tercera categoría se fundamenta con lo que el profesor llama de “argumentación jurídica” (ALEXY, 2010, p. 319).

El autor identifica seis formas de argumentación y reglas de fundamentación externa: “[...] (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) e la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica, así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos” (ALEXY, 2010, p. 320).

En cuanto a los métodos de interpretación, Alexy también identifica seis: “[...] semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica”. El argumento semántico es útil para defender, impugnar o mostrar la posibilidad de una interpretación usando el lenguaje. El argumento genético sostiene la intensión del legislador. “Se puede hablar de *argumento histórico* cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones en favor o en contra de una interpretación” [énfasis del autor]. El argumento comparativo justifica su perspectiva basada en otra sociedad. “Con la expresión *argumento sistemático* se comprende tanto la referencia a la situación de una norma en el texto legal, como la referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios. Aquí sólo se tratará de lo último” [énfasis del autor]. El argumento teleológico observa los fines racionales de la norma (ALEXY, 2010, p. 324-331).

Con base en ello, el autor establece:

(J.6) debe resultar saturada toda forma de argumentación que haya que contar entre los cánones de la interpretación, impide de por ello habladurías vacías.

[...]

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

[...]

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

[...]

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación (ALEXY, 2010, p. 339/342-344).

Para entender la regla (J.6), cabe esclarecer que significa “saturar” una forma de argumentación:

Según Alexy [...], un argumento de determinada forma sólo sería completo si contenía todas las premisas pertenecientes a esa forma. A esto se le llama "requisito de saturación". La exigencia de saturación asegura la racionalidad del uso de los cánones, excluyendo la simple afirmación de que un argumento es resultado de cierta forma de interpretación<sup>6</sup>.

Todavía sobre los métodos de interpretación, el profesor de Kiel resalta:

Diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes. Atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para considerar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto sin embargo, no se ha logrado, hasta hoy (ALEXY, 2010, p. 30).

Además, los cánones tienen cierto grado de imprecisión. Cada intérprete puede tener una concepción diferente sobre la finalidad de la legislación o sobre la voluntad del legislador histórico<sup>7</sup>. Por lo tanto, no se bastan como reglas de fundamentación jurídica (ALEXY, 2010, p. 30).

Otra posibilidad sería idealizar un "sistema de reglas de fundamentación" o "sistema de enunciados" capaz de proveer las premisas normativas faltantes. Sin embargo,

Tal fundamentación a partir de un sistema sería concluyente en cualquier caso si este sistema estuviera compuesto sólo de enunciados deducibles de las normas presupuestas. Pero en este caso, el sistema no incluiría ningún contenido valorativo que fuera más allá de los enunciados presupuestos (ALEXY, 2010, p. 31).

Canaris, citado por Alexy, propone que ese sistema sea compuesto de principios generales del Derecho. No obstante, el profesor de Kiel se cuestiona cómo extraer esos principios (ALEXY, 2010, p. 31-32). Otro problema es que "los principios no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; sólo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos [...]" (ALEXY, 2010, p. 32). Con base en eso, concluye

---

<sup>6</sup> Segundo Alexy [...], um argumento de determinada forma só seria completo se contivesse todas as premissas pertencentes a essa forma. A isto ele chama de 'requisito de saturação'. A exigência de saturação assegura a racionalidade do uso dos cânones, excluindo a simples afirmação de que um argumento é resultado de determinada interpretação (PEIXOTO, 2015, p. 62). Traducción mía.

<sup>7</sup> La figura del legislador histórico es una ficción, pues en el ámbito nacional, Brasil tiene quinientos trece diputados y ochenta y un senadores. Es presumible que existan diversas motivaciones entre los parlamentarios que votan a favor de una propuesta. Luego, esa propuesta interpretativa enfrenta la dificultad de establecer quién es el "legislador histórico" y descubrir cuál es su voluntad, lo que abre margen para los más variados resultados.

que “el sistema axiológico-teleológico no permite, por sí solo, una decisión sobre cómo tiene que ser el juego de los principios en un caso concreto y qué valoraciones particulares hay que realizar” (ALEXY, 2010, p. 32).

El profesor Fabiano Hartmann Peixoto introduce la comprensión del autor alemán sobre la definición de dogmática jurídica (la próxima forma de argumentación), de la siguiente manera:

Alexy presenta un concepto operacional dominante de dogmática jurídica, con la Ciencia del Derecho en su sentido más estricto y propio, es decir, una mezcla de la descripción del Derecho vigente, su análisis sistemático y conceptual y la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. Destaca también la importancia de conceptos más estrictos, designados por las expresiones 'conceptual', 'lógica' o 'sistemática'<sup>8</sup>.

Esa concepción está basada en cinco condiciones:

(1) Como los argumentos deben estar apoyados en la dogmática jurídica, es conveniente entender aquí por “dogmática jurídica” no un conjunto de actividades, sino de *enunciados*.

(2) Estos enunciados *están relacionados con las normas establecidas y con la jurisprudencia*, pero no se identifican con la descripción de las normas establecidas o con los principios o *rationes decidendi* de las decisiones judiciales. [...] Los tribunales pueden tomar enunciados de la dogmática y contribuir ellos mismos al desarrollo de la dogmática.

(3) Los enunciados de una dogmática forman *un todo coherente*. Cómo se forma este todo no es fácil de determinar. Se puede destacar tres puntos: (a) no pueden contradecirse, (b) en la formulación de los distintos enunciados aparecen los mismos conceptos jurídicos, y (c) en la medida en que aparecen los mismos conceptos jurídicos es posible fundamentar relaciones de inferencia que tienen lugar entre ellos. Con esto, desde luego, sólo se han mencionado algunas relaciones formales particularmente elementales.

(4) Los enunciados de una dogmática se forman, fundamentan y comprueban en el marco de una *ciencia del Derecho que funciona institucionalmente*.

[...]

---

<sup>8</sup> Alexy apresenta um conceito operacional dominante de dogmática jurídica, com Ciência do Direito em seu sentido mais estrito e próprio, isto é, uma mescla da descrição do Direito vigente, sua análise sistemática e conceitual e a elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos. Destaca também a importância de conceitos mais estritos, designados pelas expressões ‘conceptual’, ‘lógica’ ou ‘sistemática’. (PEIXOTO, 2015, p. 62). Traducción mía.



(5) Las dogmáticas del Derecho tienen *contenido normativo*. Sus enunciados pueden aducirse como argumentos para la decisión de cuestiones que no podrían resolverse únicamente con argumentos empíricos [énfasis del autor] (ALEXY, 2010, p. 351-353).

La unión de exigencias expresas en esas cinco condicionantes deriva en el siguiente concepto:

[...] Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo (ALEXY, 2010, p. 353).

El profesor alemán es consciente que esa definición deja pendencias abiertas. Entre ellas, la más relevante es la de proveer elementos para conseguir identificar qué enunciados, efectivamente, pertenecen a la dogmática jurídica (ALEXY, 2010, p. 353).

Sobre la argumentación dogmática, Alexy destaca tres funciones: "[...] (1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos" (ALEXY, 2010, p. 346). En relación a la dogmática, el autor extrae las siguientes reglas:

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

[...]

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

[...]

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados (ALEXY, 2010, p. 365-366/375).

La importancia del uso de los precedentes está vinculada a la universalidad, en el sentido de previsibilidad de las decisiones (ALEXY, 2010, p. 377). Por ello, el autor afirma:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación (ALEXY, 2010, p. 381).

Por último, el autor así explica los argumentos jurídicos especiales: “[...] cabe entender aquí las formas de argumentos que se usan especialmente en la metodología jurídica, como la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum* [énfasis del autor] (ALEXY, 2010, p. 383).

Con base en todo lo expuesto, el discurso jurídico racional - este entendido por el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas - no lleva a un resultado único, absoluto, pero expone las deficiencias argumentativas del razonamiento que llevaron a dicha decisión y/o explicita las carencias del desarrollo lógico (PEIXOTO, 2015, p. 70).

## 1.2 LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS – PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

La comprensión de las concepciones de Robert Alexy sobre "disposiciones de derechos fundamentales", "reglas" y "principios" es importante para realizar el examen de las sentencias de segunda instancia seleccionadas del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios de Brasil. Según el autor alemán:

Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser (ALEXY, 1993, p. 83).

Alexy se afilia a la tesis de que las reglas y principios se diferencian tanto por su gradualidad como cualitativamente. Para él, los principios son mandamientos de optimización (ALEXY, 1993, p. 86). Por otro lado, "las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible" [énfasis del autor] (ALEXY, 1993, p. 87).

Esas diferencias conducen a métodos distintos de solución de conflictos entre normas (ALEXY, 1993, p. 87). “Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas” (ALEXY, 1993, p. 88). Cuando ocurre un conflicto entre principios, “[...] bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro” (ALEXY, 1993, p. 89). En síntesis: “los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios [...] tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso (ALEXY, 1993, p. 89).

En casos de colisión entre principios, Alexy prescribe el examen de proporcionalidad, a fin de determinar qué principio debe prevalecer en el caso concreto. Esa prevalencia no es

absoluta, sino exclusivamente bajo ciertas condiciones. En otra situación, bajo otras condiciones, puede ocurrir que la prevalencia se invierta. Eso no significa casuismo porque todos los casos similares se deben resolver de la misma manera (ALEXY, 1993, p. 90/92). El autor alemán desarrolló la siguiente formulación para explicar las "condiciones":

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 (ALEXY, 1993, p. 94).

Esa formulación, que Alexy llama de "ley de colisión", fundamenta la teoría de los principios por él sostenida (ALEXY, 1993, p. 94-95). Según el profesor de Kiel:

Las reflexiones hasta aquí presentadas muestran que las reglas y los principios son razones de tipo diferente. Los principios son siempre razones *prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, razones *definitivas* [énfasis del autor] (ALEXY, 1993, p. 101).

Alexy es enfático al defender que: "[...] las colisiones de principios pueden ser solucionadas mediante el establecimiento de una relación condicionada de precedencia" (ALEXY, 1993, p. 157) y añade:

[...] una ponderación es racional si el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente.

[...]

De acuerdo con la regla de colisión, de enunciados de preferencia condicionados se siguen reglas que, cuando se dan las condiciones, disponen la consecuencia jurídica del principio que goza de precedencia (ALEXY, 1993, p. 159).

Estas reflexiones conducen a la siguiente formulación: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (ALEXY, 1993, p. 161).

Para Alexy, esa formulación expresa la ley de la ponderación: "de acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro" (ALEXY, 1993, p. 161). Diversamente de la "ley de colisión" que muestra los condicionantes que justifican la prevalencia de un principio sobre otro, revelando que "[...] el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos" (ALEXY, 1993, p. 161).

A continuación, Alexy establece el vínculo entre la teoría de los principios y la proporcionalidad:

[...] el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él (ALEXY, 1993, p. 111-112).

La máxima parcial de la adecuación demanda la comprobación de que la medida a ser implementada alcanza el objetivo buscado, conforme se muestra, simplifícadamente, en los siguientes enunciados:

- (1) La limitación de un derecho fundamental está permitida.
  - (2) Un medio limita un derecho fundamental para fomentar un fin.
  - (3) El fomento del logro del fin (Z) es obligatorio.
  - (4) Cuando un medio (M) no adecuado técnicamente es implementado, no se logra fomentar el fin que es obligatorio.
  - (5) El fin es obligatorio, y cuando un medio adecuado técnicamente es implementado, se fomenta el logro del fin.
  - (6) La implementación de un medio adecuado técnicamente es obligatoria.
  - (7) La implementación de un medio adecuado se justifica a través del fin que se fomenta.
  - (8) El medio limita un derecho fundamental.
  - (9) La limitación al derecho fundamental debe poder ser justificada a través del fin que es fomentado por el medio.
- (3), (4), (5) y (6) conforman el centro del mandato de la adecuación técnica, pues sin el fomento del fin no se puede comenzar la justificación del derecho fundamental limitado (CLÉRICO, 2016, p. 44).

Luego, la máxima parcial de la adecuación busca excluir las opciones en no conformidad: "[...] aquello que no es adecuado - sin, con ello, determinar todo"<sup>9</sup>.

Caso varias potenciales medidas superen el examen de adecuación, se hace necesario el examen de necesidad para saber cuál de las opciones implementar. El objetivo de este paso

---

<sup>9</sup> [...] aquilo que não é adequado – sem, com isso, determinar tudo (ALEXY, 2008, p. 590). Traducción mía.

es descubrir la medida menos gravosa o menos lesiva al otro derecho fundamental que será afectado. Cabe registrar que:

La aplicación de la regla del medio alternativo menos lesivo permite sólo llegar a una decisión en los casos claros (con constelación simple o compleja). Importa sostener que no siempre después de este examen surge un *medio necesario o alternativo menos lesivo*, por causa de razones estructurales y epistémicas (CLÉRICO, 2016, p. 377).

La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es la exigencia de ponderación, la cual se fracciona en tres etapas. La primera etapa descubre que un principio no está plenamente satisfecho. La segunda etapa estima el mérito de atender a ese principio. Por último, la tercera etapa examina si la aplicación del principio no plenamente satisfecho justifica disminuir la aplicación del otro principio en conflicto (ALEXY, 2008, p. 594).

En las palabras de Alexy: "cuanto más pesada sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor tendrá que ser la certeza de las premisas en las que esta intervención se basa"<sup>10</sup>. Esa es la segunda ley de la ponderación o "ley epistémica de la ponderación" (ALEXY, 2008, p. 617).

El profesor de Kiel sostiene que las tres máximas parciales exponen limitaciones jurídicas y fácticas de las potenciales medidas a ser implementadas, en los siguientes términos:

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas* [énfasis del autor] (ALEXY, 1993, p. 112).

Por otro lado, "[...] las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades *fácticas*" [énfasis del autor] (ALEXY, 1993, p. 112-113).

---

<sup>10</sup> Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia (ALEXY, 2008, p. 617). Traducción mía.

### 1.3 CONSIDERACIONES DE HABERMAS SOBRE LA TEORÍA DEL DISCURSO JURÍDICO DE ALEXY

Jürgen Habermas analiza la teoría del discurso jurídico de Robert Alexy en su libro "Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso". Para él, "las reglas de razón" son fantasías "[...] en la dimensión temporal, en la dimensión social y en la dimensión objetiva – tiempo infinito, ninguna restricción en el número posible de participantes y perfecta ausencia de coerción-"<sup>11</sup> (HABERMAS, 2010, p. 301). La única 'coerción' permitida es la obligación de la búsqueda cooperativa de la verdad. Alexy establece, como precepto de justificación, una comprensión del principio kantiano de universalización para discursos prácticos generales (HABERMAS, 2010, p. 302). Eso lleva a los participantes del discurso "[...] a interpretar y valorar cuanto se diga adoptando también la perspectiva de cada uno de los demás potenciales participantes" (HABERMAS, 2010, p. 302).

Para Habermas, aceptar ese punto de vista implica consentir con dos proposiciones: (1) la argumentación jurídica depende del discurso práctico general, negando su independencia (HABERMAS, 2010, p. 302); (2) "[...] la corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio" (HABERMAS, 2010, p. 302). Sin embargo, en su visión, ninguna de estas proposiciones implica necesariamente que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Denuncia que la tesis del caso especial induce una engañosa sumisión del Derecho a la moral, a causa de su vinculación a algunos supuestos del derecho natural (HABERMAS, 2010, p. 302/305).

Además, plantea las siguientes objeciones a la tesis del caso especial:

(a) en una demanda judicial, las partes no se ven obligadas a colaborar en la búsqueda de la verdad. Cada una suele perseguir sus intereses egoístas. Sin embargo, el propio Habermas reconoce que las partes del proceso contribuyen en la formación del convencimiento del juez, única perspectiva constitutiva de la decisión (HABERMAS, 2010, p. 303).

(b) Más problemática es la indeterminación del procedimiento discursivo; las condiciones procedimentales de las argumentaciones en general no son suficientemente selectivas como para asegurar para cada caso una única

---

<sup>11</sup> Es importante destacar que una fundamentación para ser considerada correcta no necesita llenar la totalidad de las reglas del discurso. Sin embargo, la mayor o menor adherencia a estos criterios permite evaluar objetivamente su grado de corrección (TOLEDO, 2005, p. 51).

decisión correcta. En la medida en que esta objeción se refiere a la teoría del discurso en general, no podemos prestarle aquí atención. Me limito a la crítica a la indeterminación de los discursos jurídicos. Alexy caracteriza estos discursos como el subconjunto de los discursos práctico-morales que están ligados al derecho vigente. Correspondientemente, Alexy complementa las reglas generales del discurso con reglas especiales y formas especiales de argumentación que en lo esencial recogen el canon vigente en las prácticas habituales de argumentación jurídica. Para rebatir la tesis de la indeterminación, Alexy tendría que mostrar que estos principios procedimentales y máximas de interpretación, seleccionados de la propia práctica jurídica y sistematizados en la doctrina jurídica concerniente a métodos, no hacen más que especificar la condiciones procedimentales generales de los discursos práctico-morales en lo tocante a vinculación al derecho vigente. Pero a esta exigencia no se la puede satisfacer, ciertamente, con una breve referencia a las semejanzas estructurales de las reglas y formas de argumentación introducidas para cada una de esas formas de discurso (HABERMAS, 2010, p. 303-304).

(c) “Alexy tiene claro que las decisiones jurídicas fundamentadas discursivamente no son ‘correctas’ en el mismo sentido en que lo son los juicios morales válidos” (HABERMAS, 2010, p. 304). Si la racionalidad del discurso jurídico es definida por la legislación, puede ocurrir conflicto entre moral y Derecho. Para desprenderse de esa crítica, habría que proceder a la reconstrucción racional del Derecho (HABERMAS, 2010, p. 304). De esa manera, “la decisión jurídica de un caso particular sólo puede ser correcta si se ajusta a un sistema jurídico coherente” (HABERMAS, 2010, p. 304).

(d) la tesis del caso especial desoprime las cuestiones de fundamentación del discurso jurídico (HABERMAS, 2010, p. 304). “El juicio ‘adecuado’, que es ‘único’ para cada caso, toma su rectitud de la validez *presupuesta* de las normas acordadas por el legislador político” [énfasis del autor] (HABERMAS, 2010, p. 304). Y agrega:

Mas los jueces no pueden sustraerse a un enjuiciamiento reconstructivo de las normas de las que parten como válidas porque las colisiones de normas sólo pueden resolverlas bajo la suposición ‘de que todas las normas válidas constituyen en última instancia un sistema coherente ideal, que permite para cada situación de aplicación exactamente una sólo respuesta correcta’. Esta suposición contrafáctica sólo conserva su valor heurístico mientras en el mundo del derecho vigente se encuentre con, o efectivamente le responda, un

fragmento de razón existente. Pero si la razón que, bajo ese presupuesto, habría de estar ya en obra – por fragmentariamente que fuese – en la propia producción normativa de los Estados democráticos de derecho, hubiera de ser *idéntica* a la razón *moralmente* legisladora de Kant, apenas podríamos confiar en la reconstruibilidad racional del orden jurídico vigente, transido de contingencias (HABERMAS, 2010, p. 304-305).

Habermas entiende la teoría de la argumentación jurídica de Alexy como procedimental. En consecuencia, la racionalidad de las normas jurídicas es medida por el proceso político democrático de la producción legislativa (HABERMAS, 2010, p. 305). Específicamente:

Este procedimiento [...] es más complejo que el de la argumentación moral porque la legitimidad de las leyes no sólo se mide por la rectitud de juicios morales, sino entre otras cosas también por la disponibilidad, pertinencia, relevancia y selección de informaciones, por la fecundidad en la elaboración de esa información, por la adecuación de las interpretaciones de la situación y de los planteamientos de los problemas, por la racionalidad de las elecciones que se hacen, por la autenticidad de las valoraciones fuertes y, sobre todo, por la *fairness* de los compromisos alcanzados, etc. [énfasis del autor] (HABERMAS, 2010, p. 305).

Luego, la complejidad de validez de las normas del Derecho desautoriza igualar "[...] la rectitud de las decisiones jurídicas a la validez de los juicios morales y, por tanto, considerar el discurso jurídico como caso especial de los discursos morales de aplicación" (HABERMAS, 2010, p. 305).

Habermas finaliza su análisis exhortando a la realización de una investigación más profundizada sobre las argumentaciones, negociaciones y comunicaciones políticas realizadas en el proceso legislativo y reconoce su concordancia con Alexy, en el sentido de que una teoría del discurso jurídico necesitaría tratar de elementos de una teoría de la legislación y a su vez, de una teoría normativa de la sociedad (HABERMAS, 2010, p. 305).

#### 1.4 PERCEPCIONES DEL PROPIO ALEXY SOBRE SU TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En entrevista realizada por Manuel Atienza, publicada originalmente en la Revista *Doxa*, n. 24, del 2001, el profesor de Kiel reflexiona sobre su tesis doctoral casi 25 años después



de su primera publicación. Pasado ese tiempo, él rescata tres aspectos de su teoría (ALEXY, 2010, p. 496). “El primero es que con las decisiones jurídicas y con sus fundamentaciones se erige una pretensión de corrección” (ALEXY, 2010, p. 496). Posteriormente, desarrolló esa tesis para llegar a la comprensión de que, en verdad, esa pretensión es del propio Derecho. El segundo aspecto es la tesis del caso especial, o sea, la conexión de la argumentación jurídica con la legislación, los precedentes y la dogmática, tornan ese discurso una variante peculiar del discurso práctico general (ALEXY, 2010, p. 496). “La apertura a la argumentación práctica general le añaden una dimensión ideal y crítica” (ALEXY, 2010, p. 496). La vinculación entre esos dos puntos deriva en una relación entre Moral y Derecho que no es aceptada por la concepción del positivismo jurídico. El tercer aspecto, bajo su punto de vista, puede que sea el más significativo:

MACKIE ha defendido la tesis de que es falso que con nuestros juicios morales erijamos una pretensión de objetividad, porque no existen valores objetivos. Lo llama la “teoría” del error” (“error theory”; J. L. MACKIE, *Ethics* 1977, p. 35). La teoría del discurso opone a la teoría del error la tesis de que la argumentación práctica racional resulta posible (ALEXY, 2010, p. 496-497).

La tesis de la argumentación práctica racional se asienta en un conjunto coordinado de reglas y formas que exponen la manera por la cual es posible a la razón ser práctica. Así se erige como una alternativa a los extremos del objetivismo y subjetivismo (ALEXY, 2010, p. 497).

Por otro lado, el autor alemán reconoce que su trabajo no desarrollaba las bases no positivistas de su pensamiento sobre el Derecho, las cuales quedaban implícitas en el texto. También percibe que la ponderación no fue examinada en profundidad si comparada a la subsunción que “[...] tenía un desarrollo relativamente amplio” (ALEXY, 2010, p. 497). En ese sentido, él agrega:

Ciertamente, hay una cierta relación de prioridad en las formas del discurso práctico general (4.6) que, sin embargo, de ninguna manera es suficiente como análisis de la ponderación. Esta debilidad muestra también con claridad que en mi tesis los principios aparecían definidos exclusivamente en un nivel de gran generalidad [...]. Por ello, quedaba todavía oculto su verdadero carácter (ALEXY, 2010, p. 497).

En otra pregunta de la entrevista, Alexy asume la influencia de la filosofía analítica y la teoría crítica habermasiana, la cuales, a finales de la década del setenta, eran vistas como

antagónicas. Actualmente, Habermas se aproximó del campo analítico y viceversa. El profesor de Kiel admite que, cuando escribía, era completamente filiado a la filosofía analítica pero se impuso el desafío de realizar una síntesis de ambos. Evaluaba que eso era posible porque las dos corrientes se sustentaban en el pensamiento kantiano. Sin embargo, Alexy mantiene diferencias con Habermas sobre la teoría del discurso, a pesar de que los dos tengan la misma intención básica (ALEXY, 2010, p. 501-502).

Todavía, las discrepancias mayores son en relación a las teorías de los derechos humanos y fundamentales. El profesor alemán afirma que, en términos prácticos, el aspecto más crítico de los derechos fundamentales es fijar sus límites (ALEXY, 2010, p. 502). Alexy buscó dirimir esa cuestión con su teoría de los principios, sostenida en la tesis de que: “[...] los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización” (ALEXY, 2010, p. 502). Otro punto fundamental es la importancia del principio de la proporcionalidad en la dogmática de los derechos humanos, pues cabrá a la ponderación establecer los marcos definitivos. No obstante, Habermas es enfáticamente contrario a esa tesis y propone (ALEXY, 2010, p. 502):

En “Facticidad y validez” ha contrapuesto al modelo de la ponderación, el modelo del discurso de aplicación, ideado por Klaus GÜNTHER, en el que el papel central lo juega la idea de coherencia. Yo soy, como HABERMAS, de la opinión de que en la interpretación del Derecho la coherencia tiene gran importancia. Pero creo que no puede haber coherencia sin ponderación. Aquí es donde hasta ahora discrepamos intelectualmente. HABERMAS cree que la idea de optimización destruye la estructura deontológica de los derechos fundamentales. La ponderación supone un más o un menos. Falta por ello la estructura binaria que es constitutiva para la validez de las normas. La teoría de los principios despoja a los derechos fundamentales de su estructura deontológica y les da un sentido teleológico. Con ello pierden su carácter de “triumfos” en el sentido de DWORKIN. [énfasis del autor] (ALEXY, 2010, p. 502).

Alexy se defiende, afirmando que la gradualidad no es suficiente para acusarlo de darle un sentido teleológico a los derechos humanos, pues la crítica de Habermas, llevada al extremo, cuestiona la racionalidad de la ponderación. Él concuerda que, al final, existen dos respuestas posibles: válido o inválido. A pesar de ello, los pasos intermediarios del razonamiento no precisan, necesariamente, ser binarios (ALEXY, 2010, p. 503).

## 2 MODELOS DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN

Las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica surgieron de los trabajos de Theodor Viehweg (Tópica y Jurisprudencia); Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca (Tratado de la argumentación: la nueva retórica); y Stephen Toulmin (Los usos de la argumentación), durante la década de 50 del siglo XX. Las dos primeras obras mencionadas recuperan la retórica grecorromana. Toulmin teoriza sobre la “argumentación de la vida práctica” en oposición a la excesiva lógica formal. Esos tres estudios generaron gran controversia, en su momento, por criticar la corriente dominante del positivismo científico y jurídico (ROESLER, 2018, p. 25-28; ATIENZA, 2016, p. 302).

En la década de 1970, los trabajos de Robert Alexy (Teoría de la argumentación jurídica) y Neil MacCormick (Razonamiento jurídico y teoría del Derecho) inauguraron lo que el profesor Manuel Atienza (2016) llama de teorías standard de la argumentación jurídica. A ellos se sumaron, más tarde, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik y el propio Atienza, como exponentes de esa línea<sup>12</sup>. Estos estudiosos profundizaron, críticamente, los trabajos de los autores anteriores y desarrollaron modelos de análisis y evaluación de argumentos jurídicos en casos reales, especialmente en los casos difíciles, también conocidos por su nombre en inglés *hard cases*<sup>13</sup> (ROESLER, 2018, p. 28-29). Su objetivo es comprobar la posibilidad de “[...] argumentar racionalmente e indicar los fundamentos decisivos que nos permiten controlar la subjetividad judicial [...]”<sup>14</sup>. Ese control es especialmente relevante en los casos difíciles porque, normalmente, presentan más de una solución plausible y, por lo tanto, aumenta la necesidad de reglas para evaluar la racionalidad de la justificación ofrecida (ROESLER, 2018, p. 29). Por cuenta de eso:

La teoría de la argumentación jurídica se vuelve, en ese sentido, una teoría esencialmente preocupada con las decisiones judiciales y utiliza como materia prima de su reflexión las decisiones realmente tomadas por tribunales,

---

<sup>12</sup> Para conocer una síntesis del pensamiento de esos autores (inclusive de los precursores), se sugiere consultar ATIENZA, 2016; y GRANJALES y NEGRI, 2015.

<sup>13</sup> La diferenciación entre casos fáciles y difíciles busca separar las demandas más comunes, ya pacificadas o con mayoría formada sobre la solución a ser aplicada, de las causas más ininteligibles y complicadas, las cuales requieren la delimitación del contenido de los presupuestos de hecho y derecho para, posteriormente, deducir los resultados jurídicos. Es interesante notar que esa clasificación no es estática: muchos casos que ya fueron difíciles se tornaron fáciles por la asimilación de su solución por la cultura jurídica (ROESLER, 2018, p. 29-30).

<sup>14</sup> “[...] argumentar racionalmente e indicar los fundamentos decisivos que nos permiten controlar a subjetividades judiciales [...]” (ROESLER, 2018, p. 28-29). Traducción mía.

concentrándose, en gran medida, en las posibilidades argumentativas de los casos difíciles. Su principal atención está destinada a la definición de parámetros de racionalidad suficientes para definir una decisión como justificada<sup>15</sup>.

Esa característica es el núcleo de las teorías standard de argumentación, “[...] concibiéndola como discursiva y procedimental, capaz de atribuir su fuerza a los discursos hechos de acuerdo con las reglas de una práctica”<sup>16</sup>. El ejemplo más común de ese abordaje es “La teoría de la argumentación jurídica” de Alexy (ROESLER, 2018, p. 30). “La práctica social es, al mismo tiempo, observada en sus características empíricas y evaluada en su corrección”<sup>17</sup>. Si se entiende que esa práctica tiene un objetivo, se la puede utilizar como guía para desarrollar el concepto de corrección (ROESLER, 2018, p. 30).

Los modelos de análisis y evaluación posibilitan seccionar el texto y opinar si la decisión fue debidamente justificada, o en otras palabras, si puede ser considerada racional (ROESLER, 2018, p. 30). Se la califica como justificada cuando

[...] los participantes de la práctica, viviendo en una perspectiva constructiva, ofrecen sus razones buscando convencer a los demás participantes de que su solución para el caso concreto en examen es la mejor<sup>18</sup>.

Esa idea de lo que sea racionalidad de las decisiones del poder judicial presupone una imagen del Derecho como una práctica social permanente e intencionalmente realizada por sujetos sociales que estiman importante vivir según determinados valores morales y políticos (ROESLER, 2018, p. 31). Bajo ese ángulo, se defiende la posibilidad de dilucidar la decisión jurídica más acertada por medio del control racional, con base en “[...] formas argumentativas específicas del discurso jurídico y moral”<sup>19</sup>. Esa premisa es la que permite su empleo en la “[...] discusión de discursos judiciales concretos”<sup>20</sup>. Por lo tanto, las teorías de argumentación

<sup>15</sup> A teoria da argumentação jurídica se torna, nesse sentido, uma teoria essencialmente preocupada com as decisões judiciais e usa como matéria-prima de sua reflexão as decisões realmente tomadas por tribunais, concentrando-se, assim, em larga medida, nas possibilidades argumentativas dos casos difíceis. A sua principal atenção é destinada à definição de parâmetros de racionalidade suficientes para definir uma decisão como justificada (ROESLER, 2018, p. 30). Traducción mía.

<sup>16</sup> [...] concebendo-a como discursiva e procedimental, capaz de atribuir a sua força aos discursos feitos de acordo com as regras de uma prática (ROESLER, 2018, p. 30). Traducción mía.

<sup>17</sup> A prática social é, ao mesmo tempo, observada em suas características empíricas e avaliada em sua correção (ROESLER, 2018, p. 30). Traducción mía.

<sup>18</sup> [...] os participantes da prática, vivendo-a em uma perspectiva construtiva, oferecem suas razões buscando convencer os demais participantes de que sua solução para o caso concreto em exame é a melhor (ROESLER, 2018, p. 30). Traducción mía.

<sup>19</sup> [...] formas argumentativas específicas do discurso jurídico e moral (ROESLER, 2018, p. 31). Traducción mía.

<sup>20</sup> [...] discussão de discursos judiciais concretos (ROESLER, 2018, p. 31). Traducción mía.

standard ofrecen soluciones para elaborar buenas argumentaciones y permiten evaluar la racionalidad de los discursos, en el sentido ya citado (ROESLER, 2018, p. 31-32).

Por otro lado, existe otra perspectiva, más escéptica, dentro del conjunto de teorías sobre la argumentación jurídica actual (ROESLER, 2018, p. 32). “De la relación con la retórica y con los autores como Viehweg y Perelman nace también una reflexión más preocupada con la dimensión estratégico-retórica del discurso jurídico”<sup>21</sup>, que puede ser llamada genéricamente de teorías retóricas (ROESLER, 2018, p. 32). El foco de esas teorías es entender como los discursos jurídicos forjan una “[...] realidad simbólica lingüística propia y en ella se disputan más que pretensiones de racionalidad, pretensiones de construcción de sentido y de poder por intermedio de la persuasión en los discursos”<sup>22</sup>.

Como ya se puede observar, en esos modelos, el interés no está en establecer guías para orientar o evaluar la racionalidad de los discursos. La cuestión de la racionalidad pasa a ser secundaria o desconsiderada, dependiendo del analista. Estas teorías prefieren ser descriptivas, en vez de normativas, en consecuencia de su punto de vista escéptico (ROESLER, 2018, p. 32-33). Su meta es rehacer los “[...] instrumentos de análisis que puedan mostrar cómo la persuasión se busca en los discursos jurídicos y, dentro de ellos, en los judiciales”<sup>23</sup>.

La profesora Cláudia Roesler así explica tales instrumentos de análisis:

Estos instrumentos se entienden mucho más adecuadamente como modos por los que se capturan, a partir de análisis textuales, los modos de argumentar del jurista que constituyen constantemente las redes de significado [...]. La teoría de las figuras y el conteo de la incidencia de ciertos tipos de estructuras argumentativas reconstruidas a partir de la observación de la práctica argumentativa pueden ser consideradas dos ejemplos significativos de esta creación de mecanismos por los cuales los discursos jurídicos son escrutados y discutidos dentro de esa perspectiva<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Do relacionamento com a retórica e com os autores como Viehweg e Perelman nasce também uma reflexão mais preocupada com a dimensão estratégico-retórica do discurso jurídico (ROESLER, 2018, p. 32). Traducción mía.

<sup>22</sup> [...] realidade simbólica linguística própria e nessa são disputadas mais do que pretensões de racionalidade, pretensões de construção de sentido e de poder por intermédio da persuasão nos discursos. (ROESLER, 2018, p. 32). Traducción mía.

<sup>23</sup> [...] instrumentos de análise que possam nos mostrar como a persuasão é buscada nos discursos jurídicos e, dentro desses, nos judiciais. (ROESLER, 2018, p. 33). Traducción mía.

<sup>24</sup> Esses instrumentos são muito mais apropriadamente compreendidos como modos pelos quais se captura, a partir de análises textuais, os modos de argumentar do jurista que constituem constantemente as redes de significado [...]. A teoria das figuras e a contagem da incidência de certos tipos de estruturas argumentativas reconstruídas a partir da observação da prática argumentativa podem ser consideradas dois exemplos significativos dessa criação de mecanismos pelos quais os discursos jurídicos são esquadrinhados e discutidos dentro dessa perspectiva (ROESLER, 2018, p. 33). Traducción mía.

En vista de ello, se puede afirmar que las teorías retóricas también realizan análisis de decisiones, mediante modelos metodológicos, basados en alguna teoría del Derecho. Tales modelos posibilitan exponer estructuras, sin la intención de proveer fórmulas para subsanar o perfeccionar el discurso jurídico o judicial. Bajo esa perspectiva, las prescripciones de las teorías standard son reprochadas como maneras de camuflar los intereses dominantes que mueven los engranajes de la elaboración de decisiones en sus respectivas colectividades discursivas (ROESLER, 2018, p. 33-35).

Así, la profesora Roesler evalúa:

En nuestro razonamiento sobre los límites internos del Derecho, o sea, del modo en que los juristas ven las argumentaciones posibles, aquí se puede pensar que el centro de interés de las teorías retóricas no está en el contenido del derecho entendido como algo valorativamente positivo, pero en la forma naturalizada de presentar los argumentos y sus funciones persuasivas para que, al final del proceso, como en una caja negra, salgan contenidos legitimados discursivamente porque fueron aceptados por una comunidad jurídica en un determinado momento histórico. La dimensión situacional y fuertemente contextual retorna, pues, en toda su plenitud<sup>25</sup>.

Ella agrega que desde ese punto de vista, el Derecho es un potente instrumento de ejercicio de poder y creación de estructuras sociales, “[...] apelando, con gran frecuencia, a fórmulas lingüísticas de sentido amplio y sin la pretensión de disminuir su amplitud, precisamente para que su 'magia' pueda ser operada”<sup>26</sup>. Una teoría de los tópicos<sup>27</sup> posibilita sondear esa maniobra suasoria, evidenciando como se esquivan aspectos importantes a través de expresiones abiertas, en incesante delimitación de sentido, adaptándose a necesidades, a veces, contradictorias (ROESLER, 2018, p. 35).

---

<sup>25</sup> No nosso raciocínio sobre os limites internos do Direito, ou seja, do modo pelo qual os juristas veem as argumentações possíveis, aqui se pode pensar que o centro de interesse das teorias retóricas esteja não no conteúdo do direito entendido como algo valorativamente positivo, mas na forma naturalizada de apresentar os argumentos e suas funções persuasivas para que, ao final do processo, como em uma caixa preta, saiam conteúdos legitimados discursivamente porque foram aceitos por uma comunidade jurídica em um determinado momento histórico. A dimensão situacional e fortemente contextual retorna, pois, em toda a sua plenitude (ROESLER, 2018, p. 35). Traducción mía.

<sup>26</sup> [...] apelando, com grande frequência, para fórmulas linguísticas de sentido amplo e sem a pretensão de diminuir a sua amplitude, precisamente para que a sua 'mágica' possa ser operada (ROESLER, 2018, p. 35). Traducción mía.

<sup>27</sup> **Tópico**: “Lugar común que la retórica antigua convirtió en fórmulas o clichés fijos y admitidos en esquemas formales o conceptuales de que se sirvieron los escritores con frecuencia” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2019).

A modo de conclusión, Roesler afirma que las teorías retóricas no son positivistas ni realistas ni postpositivistas, a pesar de compartir algunos elementos con cada una de ellas: el escepticismo valorativo del positivismo; sin embargo, ese mismo escepticismo dificulta la aceptación del carácter prescriptivo de las normas, asemejándose al realismo; y comparten con el postpositivismo la idea de que el Derecho es una práctica social pero rehúsan a aceptar de que la praxis jurídica pueda evaluarse con base en valores políticos y sociales (ROESLER, 2018, p. 36-37).

## 2.1 EL MÉTODO PARA REPRESENTAR Y EVALUAR LAS ARGUMENTACIONES DE MANUEL ATIENZA

El estudio de las perístasis implica varias actividades que se tienen que practicar coordinadamente puesto que están vinculadas. La primera es simbolizar los argumentos<sup>28</sup>. La segunda consiste en exponer los componentes de un razonamiento. La tercera es examinar minuciosamente cada componente, especialmente, el/los que venga(n) a poseer mayor relevancia en el razonamiento (ATIENZA, 2013, p. 424).

Para eso, es necesario crear un modelo que simbolice la apariencia, la armazón, las fundamentaciones y los aspectos pragmáticos de un razonamiento. Tal modelo, para conseguir abarcar integralmente todo, sería muy difícil de manejar, por lo tanto, poco práctico (ATIENZA, 2013, p. 424). Sin embargo, eso no significa que los modelos sean inútiles. Para medir la utilidad de modelos de análisis, se debe partir del siguiente presupuesto: teorizar sobre las ciencias sociales aplicadas permite organizar las informaciones que son objeto de estudio, con el objetivo de ofrecer una explicación de la realidad. Así, el paradigma teórico, en las ciencias sociales, se limita a la tarea de clarificar el objeto estudiado, a través de abstracciones que permiten organizar el conocimiento. El análisis no pretende agotar la realidad observada. Hay que tener consciencia de que el hecho social es más complejo que el conocimiento adquirido sobre él. No obstante, eso no disminuye la importancia de las abstracciones y teorías, que facilitan la comprensión de la realidad (CERVO, 2007, p. 65). Según CERVO, las teorías

---

<sup>28</sup> Lo que es muy práctico en razonamientos compuestos de argumentos múltiples asociados entre sí (ATIENZA, 2013, p. 424).

"[...] son epistemológicamente insuficientes" [...] (2007, 63). Por lo tanto, cualquier modelo debe equilibrar el binomio simplicidad – exhaustividad (ATIENZA, 2013, p. 424).

Antes de avanzar en las razones que llevaron a Atienza a desarrollar su método de representación de los argumentos, es necesario presentar los tres modos por los cuales él comprende la argumentación jurídica: la formal, la material y la pragmática, la cual divide en dialéctica y retórica. La primera resulta de la aplicación del razonamiento lógico. Bajo esta perspectiva, cada argumento son preposiciones enlazadas de una forma que una se deduce de la otra. La segunda analiza los fundamentos de cada argumento para estimar la validez de sus presupuestos. La tercera entiende el Derecho como un enredado de razonamientos cuyo objetivo es convencer a los otros sobre el acierto de una decisión. Es el aspecto instrumental que complementa a los dos primeros (GRANJALES y NEGRI, 2015, p. 461).

Retomando la reflexiones sobre el modelo apropiado para expresar argumentos, al profesor de Alicante no le parece adecuado apelar a la lógica formal clásica porque ésta sólo exhibe el resultado y no el proceso argumentativo; además, brinda un diagrama linear en tanto razonamientos se parecen, metafóricamente, a una trama textil; no permite exponer el peso de cada argumento; y tampoco consigue describir la pluralidad de actos de lenguaje que componen un razonamiento. Tampoco correspondería un método fundado en el modo material, pues la finalidad de los argumentos no sería perceptible si se excluyen los componentes estructurales y pragmáticos. Por lo tanto, la opción más conveniente es la que tiene una preponderancia del aspecto pragmático, puesto que ese modo posibilita la descripción de los componentes formales y materiales del razonamiento (ATIENZA, 2013, p. 424-425).

El modelo de Atienza se funda en el uso de diagramas de flechas y el propio autor lo reconoce, en cierta medida, como un desarrollo del de Toulmin. Con este esquema se observa las clases de premisas utilizadas, como la transición entre argumentos, y la pluralidad de actos de lenguaje. Además, evidencia las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos, que a pesar del nombre semejante, no se confunden (ATIENZA, 2013, p. 425). Así lo explica el catedrático:

Un *argumento* es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos. Y una *línea argumentativa* es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o atacarla [énfasis del autor] (ATIENZA, 2013, p. 425).

La hipótesis de arranque es comprender “[...] la argumentación como un flujo de información que va desde el planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar



hasta su solución” (ATIENZA, 2013, p. 425). En el “método Atienza”, los movimientos que no son argumentativos son ilustrados por líneas. Las flechas representan un argumento favorable o desfavorable a determinada proposición, considerado un argumento simple. También existen varios tipos de argumentos complejos (ATIENZA, 2013, p. 425-426):

[...] puede que se trate de varias razones independientes entre sí, o que estén ligadas entre sí de diversas formas (conjuntiva o disyuntivamente); puede que una razón ataque o apoye directamente una tesis, o que el ataque o apoyo esté referido a la inferencia, al paso de un enunciado a otro. Y a todos estos tipos de relaciones de inferencia puede atribuírseles un peso variable: puede tratarse de una inferencia deductiva o no deductiva y, en este último caso, su peso podría ser mayor o menor (ATIENZA, 2013, p. 426).

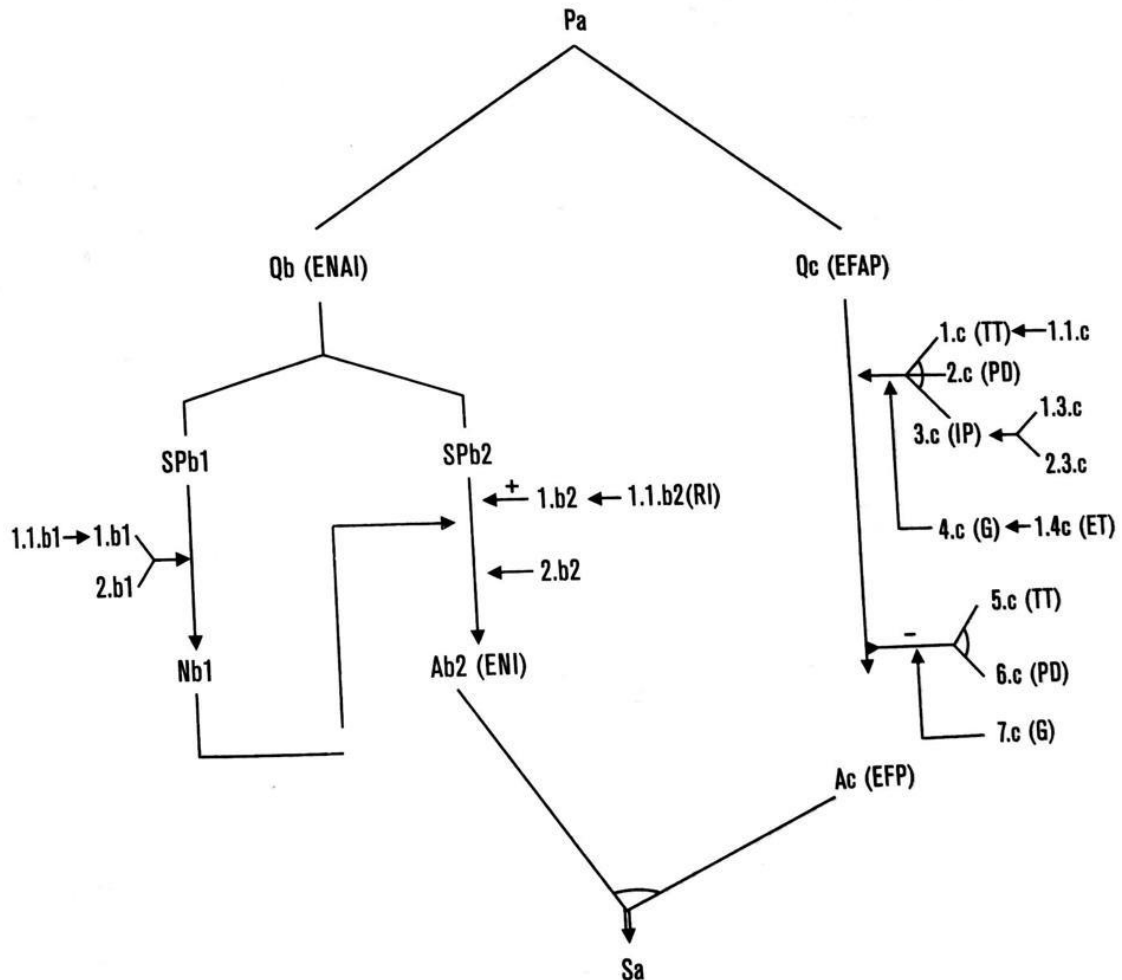
Todo eso dice respecto al aspecto formal del razonamiento. En relación a la dimensión material, el modelo permite clasificar: las sentencias que expresan razones; las pertenecientes al sistema jurídico (teóricas, valorativas, reglas o principios) o de afuera del sistema (interpretativas, dogmáticas, de teoría del Derecho, jurisprudenciales, empíricas, entre otras); consideraciones iniciales y finales (ATIENZA, 2013, p. 426).

Sobre la faceta pragmática:

[...] el esquema trata de captar el aspecto ilocucionario, esto es, los diversos tipos de actos de lenguaje que tienen lugar dentro del acto de lenguaje complejo en que consiste argumentar. Así, además del acto de plantear un problema y de proponer una solución, tienen particular importancia las preguntas que el argumentador se va haciendo a lo largo del proceso argumentativo y que, a su vez, podrán clasificarse, por ejemplo, en cerradas u orientadas (pueden concebirse como una disyunción entre dos o más miembros y cuya respuesta – que no es la respuesta final de la argumentación – consistirá, por lo tanto, en optar por uno de ellos), o bien abiertas (la pregunta está formulada de manera que no están delimitadas de antemano las respuestas posibles entre las que habría que elegir) (ATIENZA, 2013, p. 426).

Todavía en la dimensión pragmática, el diagrama permite identificar “[...] [el] orden de la argumentación, de la concentración del esfuerzo argumentativo en ciertos lugares o momentos y, hasta cierto punto, de la dialéctica que tiene lugar cuando sobre un mismo problema se han producido diversas argumentaciones” (ATIENZA, 2013, p. 426-427). Sin embargo, el autor advierte que el esquema no muestra todos los elementos dialécticos y retóricos posibles en un razonamiento (ATIENZA, 2013, p. 426).

El propio autor español presenta su modelo de análisis, mediante la aplicación a un ficticio:



Fuente: ATIENZA, 2013, p. 427.

El razonamiento es inaugurado con la exposición de un problema (P) “[...] que modaliza un contenido proposicional, *a*” (ATIENZA, 2013, p. 426). En el gráfico, el razonamiento se bifurca, significando que la respuesta del problema depende de dos asuntos (Q seguida de una letra minúscula que representa una proposición). Las letras (ENAI), en el ramo de la izquierda, significan “enunciado normativo a interpretar” y las letras (EFAP) informan que se trata de un “enunciado fáctico a probar” (ATIENZA, 2013, p. 427-428).

En relación al lado izquierdo, existen dos posibles exégesis para la norma a ser interpretada, cada una representada por una suposición (SP) (ATIENZA, 2013, p. 428). Y continúa:

La primera suposición es negada (Nb1) por un argumento complejo que consta de tres razones: 1.b1 y 2.b1 son razones (cada una de ellas es una razón, pero no completamente independiente de la otra) a favor de pasar de la suposición b1 a su negación. Y 1.1.b1 es una razón exclusivamente en favor de 1.b1. Por su lado, la negación de b1 es también una razón para afirmar la interpretación contraria: Ab2. Pero aquí hay otras dos razones, ahora completamente independientes entre sí, para afirmar la interpretación que en principio se había supuesto: una de ellas es 1.b2, en favor de la cual hay además otra razón, 1.1.b2, que es una regla de interpretación; y el signo “+” que aparece sobre la flecha indica que ésta es una razón a la que el argumentador atribuyó un peso considerable; la otra razón, 2.b2, enuncia un argumento simple, independiente, en favor de pasar SPb2 a Ab2 (ATIENZA, 2013, p. 428).

El resultado del análisis de la cuestión de prueba es que se da por confirmado el hecho de la proposición “c” (ATIENZA, 2013, p. 428), con base en el siguiente razonamiento:

Las tres primeras [razones] 1.c, 2.c y 3.c, son hechos probatorios: respectivamente, el testimonio de un testigo (TT), una prueba documental (PD) y un informe pericial (IP); el arco de flechas indica que las tres razones constituyen conjuntamente un argumento, pero que cada una por separado no lo sería; a su vez, a favor de 1.c se aporta una razón, y a favor de 3.c dos razones, 1.3.c y 2.3.c, conectadas entre sí en forma disyuntiva: cada una de ellas sería un argumento a favor de 3.c. La cuarta razón, 4.c, es un enunciado general [...], a favor de la cual hay una nueva razón, 1.4.c, que es un enunciado teórico [...]; esa razón [...] da fuerza para pasar del conjunto de las anteriores a la afirmación de que c ha tenido lugar (Ac). Pero hay además otro conjunto de razones (5.c y 6.c son de nuevo hechos probatorios y 7.c un enunciado general) en el que el sentido de la flecha está invertido; quiere decir con ello que esas tres razones constituyen un argumento en contra de dar como probado el hecho (de pasar de Qc a Ac); pero un argumento más débil que el anterior (lo que se señala con el signo “-”), y de ahí que se concluya afirmando c (ATIENZA, 2013, p. 428).

La parte final simboliza la justificación interna: la premisa mayor, la norma interpretada (Ab2); la presentación de los hechos como ocurrieron (Ac); y, finalmente, la conclusión consiste en la aplicación de la norma interpretada al caso concreto (Sa) (ATIENZA, 2013, p. 429).

El ejemplo ficticio muestra que el razonamiento puede seguir diversos trayectos. Pueden surgir varios nudos a ser resueltos argumentativamente. El modelo permite observar aglutinaciones de argumentos, representar actos de lenguaje, detallar alguna parte del razonamiento que se quiera examinar con más atención, entre otras funcionalidades (ATIENZA, 2013, p. 429).

El profesor de Alicante advierte que diagramar un razonamiento es diferente de analizarlo. La representación gráfica es un facilitador para realizarlo. Por lo tanto, sugiere no exagerar en los detalles, pensando que la profundidad del análisis está vinculado a la complejidad del diagrama. Lo ideal es mostrar la esencia del razonamiento con la menor cantidad de símbolos posibles (ATIENZA, 2013, p. 429).

Representar el razonamiento es el paso previo para poder evaluar los argumentos presentados. Atienza parte de la premisa que:

Un buen argumento, una buena fundamentación judicial, significa, pues, un razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia válido – deductivo o no –; basado en premisas, en razones, relevantes y suficientemente sólidas (al menos, más sólidas que las que pudieran aducirse a favor de otra solución); y que persuade de hecho o que tendría que persuadir a un auditorio que cumpliera ciertas condiciones ideales: información suficiente, actitud imparcial y racionalidad. Si nos fijamos también en la actividad de argumentar (y no sólo en el resultado), a las condiciones anteriores habrá que añadir el respeto de las reglas de la discusión racional por parte de los participantes en la argumentación, de los autores de la motivación (ATIENZA, 2013, p. 549).

Sin embargo, Atienza reconoce que esos criterios no son suficientes para evaluar la racionalidad de una decisión judicial por tres motivos: (a) porque se puede cuestionar la existencia de otras variables no incluidas en ese rol; (b) también es cuestionable la objetividad de esos criterios; y (c) consecuentemente una minoría está dispuesta a aceptarlos con el mismo significado (ATIENZA, 2013, p. 549).

De cualquier manera, los conceptos más significativos y discutibles (ATIENZA, 2013, p. 554), según el profesor español, son: “[...] universalidad, de coherencia, de aceptabilidad de las consecuencias, de moralidad social y de moral justificada (coincida o no con la moralidad social)” (ATIENZA, 2013, p. 554).

El criterio de universalidad se emplea en cuestiones normativas y/o de hecho, así como se encuentra tácitamente en el método de justificación interna, ya que la premisa mayor debe

ser de aplicación universal. Por lo tanto, es un requisito lógico. Mas la universalidad está más allá de la lógica, pues fundamenta el contenido de Justicia en sentido formal (ATIENZA, 2013, p. 554). Alexy lo expresó en la siguiente regla: (1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes (ALEXY, 2010, p. 266).

Referente a cuestiones normativas, la universalidad garantiza que no se debe crear una regla (o una interpretación diferenciada de ella) exclusivamente para un caso específico. Eso se justifica porque el Derecho no debe establecer ni privilegios ni persecuciones. En verdad, la discusión debe centrarse en si es aplicable la norma interpretada al caso concreto. Eso es diferente de interpretar la norma de maneras diferentes, dependiendo del destinatario. De esta forma sí se quiebra el criterio de universalidad (ATIENZA, 2013, p. 555).

Sin embargo, eso no significa que no se pueda hacer ningún tipo de diferenciación entre las personas. Según el constitucionalista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“[...] las discriminaciones son recibidas, como *compatibles con la cláusula igualitaria apenas y tan sólo cuando existe un vínculo de correlación lógica* entre la peculiaridad diferencial acogida [...] y la desigualdad de tratamiento en función de ella aplicada, *desde que tal correlación no sea incompatible con intereses con prestigio en la Constitución*”<sup>29</sup> [énfasis del autor].

En función de eso, se puede afirmar que el criterio de universalidad no impide el tratamiento desigual pero busca impedir inequidades aleatorias o injustificadas (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 18). Para que una distinción de tratamiento sea jurídicamente válida tienen que cumplirse tres requisitos: (1) existir un nexo de causalidad entre el factor de discriminación elegido y el resultado jurídico esperado (se debe probar que el tratamiento diferenciado resuelve el problema); (2) demostrar que la solución adoptada es la que interfiera de manera menos intensa en la igualdad; y (3) comprobar que la desigualdad propuesta atiende a los intereses del Derecho. Hay que observar también que los criterios diferenciales no sean tan específicos que singularicen, de manera absoluta, el sujeto que recibirá el tratamiento diferenciado (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 23). “En resumen: sin agravios a la isonomía,

---

<sup>29</sup> [...] as discriminações são recebidas, como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição* [grifo do autor] (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 17). Traducción mía.

la ley puede alcanzar una categoría de personas o entonces volverse para un sólo individuo, si, en tal caso, tiene como objetivo un sujeto indeterminado e indeterminable en el presente”<sup>30</sup>.

El criterio de universalidad incide también en cuestiones de hecho (ATIENZA, 2013, p. 555). “En la justificación externa de la premisa fáctica tiene que figurar también un enunciado de tipo universal, aunque el mismo sea de carácter probabilístico” (ATIENZA, 2013, p. 555). Por ejemplo, en términos abstractos, algunos hechos presentes, analizados en conjunto, pueden dar cierto grado de certeza que en el pasado haya ocurrido el hecho que se pretende probar. El criterio de universalidad determina que la misma presunción realizada a un caso sea realizada a todos los otros casos semejantes (ATIENZA, 2013, p. 555). Concretamente, eso se puede percibir en los casos de declaración de muerte presumida. La confirmación de una serie de hechos permite afirmar que probablemente ocurrió la defunción de la persona.

El requisito de coherencia, actualmente, ejerce un rol relevante en la epistemología, en la moral, en la lingüística y también en la argumentación jurídica. Para Atienza:

La idea de coherencia está ligada a la de consistencia lógica, pero difiere de esta última porque la coherencia se refiere a la compatibilidad (de una decisión, de una norma o de la narración de unos hechos) en relación con valores, principios y teorías. Por eso, mientras que la consistencia (lógica) es una propiedad que sencillamente se da o no se da, la coherencia es más bien una cuestión de grado: por ejemplo, la fundamentación de una decisión puede contener alguna inconsistencia lógica (resultar incompatible con alguna norma específica del sistema, con algún elemento probatorio) y, sin embargo, ser la más coherente de entre las posibles y, en consecuencia, estar justificada (ATIENZA, 2013, p. 556).

La coherencia normativa es aquella que evalúa si la norma cuestionada no está en conflicto con el restante del ordenamiento jurídico. Es la que se utiliza en la interpretación sistémica para afirmar que una determinada exegesis se encaja mejor en el ordenamiento que otras opciones posibles. Cabe registrar que ese análisis llevará en cuenta que cada ramo del Derecho tiene algunos principios propios o interpretaciones específicas de algún principio general (ATIENZA, 2013, p. 556).

La coherencia narrativa se vale de leyes científicas, máximas de experiencia, relaciones de causalidad, entre otras, para que un relato sea considerado verosímil (ATIENZA,

---

<sup>30</sup> Em suma: sem agravos à isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 25). Traducción mía.

2013, p. 556). Por ejemplo, es incoherente condenar a una persona por cometer dos asaltos, con una media hora de diferencia, en dos ciudades separadas por mil kilómetros de distancia. Tanto leyes científicas como máximas de experiencia refutan esa hipótesis fáctica.

Otro aspecto interesante de la coherencia es su dinamismo. Los cambios en el ordenamiento jurídico (o en su interpretación) alteran también la noción de coherencia (ATIENZA, 2013, p. 557). Como ejemplo se puede citar el caso de la esclavitud negra en Estados Unidos. En un intervalo de unos ochenta años, la interpretación del mismo texto constitucional, por la Suprema Corte, pasó de permitir a prohibir la pose de negros. Ese dinamismo también vale en materia de hechos (ATIENZA, 2013, p. 557). Hace cincuenta años era inverosímil afirmar que una persona estaba hablando por teléfono en la calle mientras caminaba.

Cabe registrar también que la coherencia es el fundamento de la interpretación por analogía. Justamente la analogía busca completar una laguna normativa con base en la coherencia del propio sistema, “[...] preservando las señas de identidad del sistema, la coherencia” (ATIENZA, 2013, p. 557).

Mientras la coherencia se ampara en precedentes, sea el ordenamiento jurídico vigente o el conocimiento acumulado; los argumentos finalistas enfocan la repercusión futura. Las consecuencias son relevantes en los problemas normativos e, indirectamente, los problemas fácticos. El profesor español cita el ejemplo de que, habiendo incerteza sobre la autoría de un homicidio, las consecuencias negativas para el supuesto autor del crimen son argumentos a su favor. El peso del criterio de las consecuencias es variable, dependiendo de cada ordenamiento jurídico (ATIENZA, 2013, p. 557-558).

Un argumento de consecuencia tiene su fuerza argumentativa procedente de que, si se practica un hecho, los resultados previstos tendrán un determinado resultado. En tanto, los razonamientos de corrección se justifican en el sistema jurídico, sin importar las consecuencias (ATIENZA, 2013, p. 558). En un ejemplo hipotético, la Suprema Corte debe juzgar un caso que podría doblar las jubilaciones de todos los beneficiarios. Conjetúrese que la legislación es clara a favor del aumento (razón de corrección). Sin embargo, conceder el reajuste quebrará el sistema previsional (razón finalista).

Atienza advierte para los riesgos de los argumentados basados en consecuencias porque efectuar predicciones es más complejo que aplicar el Derecho a un caso concreto y las instituciones judiciales, normalmente, no tienen elementos para realizar ese tipo de análisis. Otro aspecto relevante es delimitar hasta qué punto se atribuye a un hecho futuro que sea

consecuencia de una decisión presente, especialmente en resultados que no son inmediatos. Por eso, el profesor de Alicante afirma que es preciso establecer límites a ese tipo de razonamientos en el Derecho (ATIENZA, 2013, p. 558).

Una forma de aplica el razonamiento finalista es mediante criterios económicos. En términos ideales, se podría justificar una decisión judicial exponiendo que auxilia en la maximización de la prosperidad social, específicamente, si ningún individuo deteriora su estado y por lo menos alguno mejora. Sin embargo, habitualmente, hay ganadores y perdedores (ATIENZA, 2013, p. 558-559). “Por eso, es más frecuente utilizar una modificación del mismo, [...] según el cual, aun habiendo ganadores y perdedores, una situación es superior (preferible) a otra, si en la primera, las ganancias de unos permiten compensar las pérdidas de los otros” (ATIENZA, 2013, p. 559).

De todos modos, ese tipo de argumento, según Atienza, continúa controvertido: su empleo es difícil y necesita de saberes teóricos y prácticos que los jueces no acostumbran tener. Además, su importancia varea dependiendo de la rama del Derecho. Las consecuencias tienen más relevancia en el Derecho fiscal que en el Derecho penal, por ejemplo. Por lo tanto, generalmente, las razones de corrección prevalecen a las razones finalistas (ATIENZA, 2013, p. 559).

Otro criterio posible, para justificar una decisión judicial, es recurrir a la moral social. A veces, algunas normas le hacen mención explícitamente<sup>31</sup>, a pesar que sea cuestionable si el aplicador del Derecho lo hizo de manera correcta. Todavía es más discutible en los casos que no existe previsión en la legislación para su uso (ATIENZA, 2013, p. 559).

Para Atienza, es indudable que un juez no puede ser insensible o contrario a la moralidad social porque desempeña un papel institucional y eso determina algunas restricciones a los argumentos utilizables y sus alcances. Elegir, entre las decisiones jurídicamente posibles, la opción que más se adapta a la moral social la deja más persuasiva también y ese es un componente relevante de los fundamentos de una sentencia. Asimismo, el requisito de la moralidad pública parece ligarse a la noción de democracia: en otras palabras, ofrecería una legitimidad democrática a representantes del Estado que no son electos por el pueblo. Además, algunos argumentan que ese es un buen límite al activismo judicial (ATIENZA, 2013, p. 559-560). Sin embargo, el catedrático español rebate esos argumentos de la siguiente manera:

---

<sup>31</sup> En la legislación brasileña es más común el concepto de “moral pública”.



1) Puede ocurrir que no sea fácil saber cuál es la opinión mayoritaria al respecto o que, simplemente, no exista una opinión claramente mayoritaria. 2) No puede excluirse la posibilidad de que esas opiniones, aun siendo mayoritarias, sean expresión de prejuicios que van además en contra de los propios valores del ordenamiento; en muchas sociedades pueden predominar o tener un gran predicamento, por ejemplo, opiniones xenófobas o contrarias a los principios del garantismo penal, recogidos en todas las constituciones contemporáneas. 3) El recurso a la democracia, a la opinión de la mayoría, por parte los escépticos o relativistas morales, no parece estar bien justificado: si no hay criterios objetivos en materia de moral, tampoco lo será el basado en la democracia, en la opinión de las mayorías. 4) Las constituciones contemporáneas (por ejemplo, la española) incorporan un código moral (reflejado en las declaraciones de derechos) que no es simplemente la moral establecida; el Derecho no proporciona razones últimas de carácter justificativo, y tampoco puede hacerlo la moral social: los criterios últimos de justificación de los razonamientos jurídicos (judiciales) tienen que provenir de una moral racionalmente justificada que, por tanto, en ocasiones puede no coincidir con la moral social (ATIENZA, 2013, p. 560).

De cualquier forma, a pesar de esas críticas, lo supra inscripto aparenta respaldar el empleo de una moral justificada en el momento de analizar un razonamiento judicial. No obstante, su utilización enfrenta principalmente dos resistencias.

La primera está vinculada a la visión positivista: la separación entre Derecho y Moral (ATIENZA, 2013, p. 560). Sin embargo, existen positivistas que defienden que “[...] a la hora de razonar de acuerdo con el Derecho (no a la hora de identificar el Derecho), el jurista (el juez) podría apartarse del contenido del Derecho para satisfacer razones morales [...]” (ATIENZA, 2013, p. 560). Sería una forma de agregar el criterio de la moral justificada “[...] pero ciertamente resulta bastante extraño y contradictorio con lo que parecen ser las ‘intuiciones’ de los juristas y de la gente normal y corriente” (ATIENZA, 2013, p. 561).

Otro grupo, denominado de “positivistas incluyentes”, acepta acudir a la moral si alguna(s) regla(s) del ordenamiento jurídico alude(n) a ella, como suele pasar en las constituciones actuales. Esta visión levanta la cuestión de saber si las nociones morales hay que interpretarlas bajo la perspectiva jurídica u otra “externa”, la cual tendrían que nominar. Esta posición presupone la posibilidad de separar claramente entre Derecho y Moral, lo que a Atienza no le parece posible. El profesor de Alicante afirma que para interpretar los valores

constituciones es necesario acudir a alguna filosofía moral y política. La gran cuestión es si el aplicador del Derecho lo hace de manera consciente o asumida (ATIENZA, 2013, p. 561).

La segunda resistencia, más relevante, es la dificultad en defender una determinada moral justificada a ser aplicada por los jueces en detrimento de otras. Atienza sostiene la necesidad y vinculación del Derecho con el objetivismo moral<sup>32</sup> (ATIENZA, 2013, p. 561). “En mi opinión, la postura más adecuada es la del llamado constructivismo o procedimentalismo moral, en alguna versión como la suscrita por Rawls, por Habermas o por Nino que, por lo demás, son sustancialmente coincidentes” (ATIENZA, 2013, p. 561-562). El fundamento de esa visión es que es posible alcanzar consenso sobre los valores de la moral justificada mediante discusión, reglamentada, de un grupo de individuos. El doctrinador español advierte que su posición no se confunde con el “absolutismo moral”, pues está abierto a críticas y a la modificación del contenido de su concepto. Tampoco se confunde con el “realismo moral” que proclama la existencia de “hechos morales”. Además, no se aspira a establecer juicios de verdad/falsedad de asuntos morales, ya que eso no es necesario para defender el objetivismo moral (ATIENZA, 2013, p. 562).

Los parámetros descriptos (universalidad, coherencia, buscar las mejores consecuencias, moral social y moral justificada) ni siempre son capaces de resolver todas las cuestiones de evaluación de los argumentos judiciales porque “[...] pueden ser difíciles de aplicar, discutibles en algunos de sus extremos, excesivamente indeterminados, etc.” (ATIENZA, 2013, p. 562). Encima pueden contradecirse entre ellos, siendo una decisión correcta bajo un criterio pero incorrecta por otro. Para dificultarlo más, no existe jerarquía entre ellos para dirimir cual prevalece en caso de conflicto. Por más que se defienda que el discurso jurídico pertenece al discurso práctico general (tesis de la supremacía moral) no significa, de ningún modo, el imperialismo de la moral (ATIENZA, 2013, p. 562-563). “[...] [L]a motivación de una sentencia judicial incorpora necesariamente un componente moral, pero el juez no es, sin más, un razonador moral [...]” (ATIENZA, 2013, p. 563).

Para resolver el problema de la insuficiencia de esos parámetros, Atienza sugiere el uso de la razonabilidad. En sentido amplio, la razonabilidad significa una justificación admisible, racional. En sentido estricto, la razonabilidad gana relevancia cuando existe margen de discrecionalidad decisoria (ATIENZA, 2013, p. 563). En esas situaciones, alguna de las opciones, salvo raras excepciones, es “más razonable” que las otras: “[...] la que logra, dadas

---

<sup>32</sup> El objetivismo moral defiende que existen criterios precisos para definir si un enunciado es correcto, en términos morales (ATIENZA, 2013, p. 562).

las circunstancias del caso, satisfacer en la mayor medida posible los anteriores requisitos y tiene en cuenta, en consecuencia, el peso relativo de cada uno de ellos [...]” (ATIENZA, 2013, p. 563). De acuerdo con el profesor español, esta idea de razonabilidad es semejante a la de eficiencia: una buena relación costo y beneficio. También corresponde a la máxima de la proporcionalidad de Alexy, dividida en tres componentes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (ATIENZA, 2013, p. 564). Igualmente la noción de Dworkin “[...] de tratar a todos con la misma consideración y respeto, que podría interpretarse en el sentido de que, dentro de los límites establecidos por el Derecho, las decisiones judiciales deber satisfacer, en la mayor medida posible, ese valor” (ATIENZA, 2013, p. 564).

Por si fuera poco, además de los primeros criterios y la razonabilidad, Atienza agrega un requisito más: la aceptabilidad (ATIENZA, 2013, p. 564). “Una decisión razonable sería la que, teniendo en cuenta todos los elementos de la situación (el juicio razonable es siempre un juicio holístico), logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas y que resulta además aceptable” (ATIENZA, 2013, p. 564). La aceptabilidad, en la concepción de Atienza, tiene que armonizar la aceptación de hecho y un consenso racional. En términos prácticos, es buscar puntos comunes para avanzar en nuevos consensos, esquivando los niveles más densos de justificación (ATIENZA, 2013, p. 564).

## 2.2 ESQUEMA DE ORGANIZACIÓN, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DECISORIOS DE FABIANO HARTMANN PEIXOTO

El profesor Fabiano Hartmann Peixoto, durante los estudios para escribir su tesis doctoral, tuvo conocimiento de un esquema, en inglés *brief*, utilizados en las escuelas de argumentación jurídica de Estados Unidos. Él tomó ese esquema como punto de partida para desarrollar su propio modelo. El esquema original es compuesto de las siguientes partes: a) *Citation*; b) *Facts*; c) *Issues*; d)  *Holding* (o *ruling*); e) *Rationale*; f) *Judgement*; g) Precedente general<sup>33</sup> (PEIXOTO, 2015, p. 101; ATIENZA, 2013, p. 429-430).

1. <i>Citation</i>	La identificación y la situación temporal y espacial del caso bajo análisis.
--------------------	--

<sup>33</sup> El punto “P” suele corresponder a la solución específica del caso y al precedente general. Sin embargo, Hartmann decidió desmembrarlos.

2. <i>Facts</i>	Informe objetivo de los hechos jurídicamente relevantes narrados en la decisión. Se puede dividir en el histórico procesal y los hechos del caso concreto.
3. <i>Issues</i>	La identificación de los asuntos jurídicos generales que se están discutiendo en el caso específico.
4. <i>Holding</i>	Las tesis jurídicas. El eje de la <i>ratio decidendi</i> .
5. <i>Rationale</i>	La enumeración de las razones o argumentos para apoyar el <i>holding</i> . Son los fundamentos de las tesis jurídicas.
6. <i>Judgement</i>	Decisión concreta del caso bajo análisis.
7. Precedente general	Implicaciones de la decisión con potencial de afectar los fallos de futuras demandas.

Fuente: PEIXOTO, 2015, p. 102.

Hartmann consideró útil la primera parte del esquema para extraer los elementos centrales de la causa, tanto de hecho como de derecho. “La comprensión fáctica (incluso si es hipotética en casos de control abstracto de constitucionalidad) también será importante para identificar parte de las condiciones de precedencia”<sup>34</sup>. Sin embargo, él cambió la parte final para visualizar mejor las decisiones judiciales y así “[...] evaluar la aplicación de la ponderación de acuerdo con la teoría propuesta por Alexy” (PEIXOTO, 2015, p. 99). Se sacaron las últimas dos líneas y se le agregaron otras tres, quedando así: 1) Identificación; 2) Hechos; 3) Cuestiones jurídicas; 4) Tesis; 5) Razones; 6) Principios en colisión; 7) Condiciones de precedencia; 8) Elecciones (PEIXOTO, 2015, p. 101/107-108).

1. Identificación	La identificación y la situación temporal y espacial del caso bajo análisis.
2. Hechos	Informe objetivo de los hechos jurídicamente relevantes narrados en la decisión.
3. Cuestiones jurídicas	La identificación de los asuntos jurídicos generales que se están discutiendo en el caso específico.

<sup>34</sup> A compreensão fáctica (mesmo que hipotética nos casos de controle abstrato de constitucionalidade) também será importante para a identificação de parte das condições de precedência (PEIXOTO, 2015, p. 107). Traducción mía.

4. Tesis	Las tesis jurídicas ( <i>holding</i> ).
5. Razones	La enumeración de las razones o argumentos para apoyar el <i>holding</i> (tesis jurídicas).
6. Principios en colisión	Identificación de los principios contradictorios o valores constitucionales en curso de colisión.
7. Condiciones de precedência	Identificación de las configuraciones típicas del caso y las condiciones de precedencia.
8. Elecciones	Identificación objetiva de las elecciones de las condiciones que importaron en el resultado de la decisión.

Fuente: PEIXOTO, 2015, p. 107-108.

Después de la aplicación de la primera tabla, el modelo de Hartmann propone la realización de otro cuadro para evaluar el grado de observancia de las teorías del profesor de Kiel. Él dice que optó por ese formato porque resalta (a) las etapas argumentativas del modelo teórico, (b) las reglas y formas propuestas por Alexy y (c) la evaluación del caso concreto. El punto número uno trabaja la aplicación del examen de proporcionalidad en sus tres etapas y el punto número dos se dedica a las formulaciones, reglas y formas argumentativas específicamente (PEIXOTO, 2015, p. 110-111).

Etapas argumentativas del modelo teórico	Reglas o formas propuestas por Alexy	Evaluación del caso concreto
1. Ponderación	1) adecuación 2) necesidad (medio menos gravoso) 3) proporcionalidad en sentido estricto	
2. Reglas y formas de argumentación	Aquí se transcribe, expresamente, la regla a ser evaluada.	

Fuente: PEIXOTO, 2015, p. 111

Las reglas y formas propuestas por Alexy son aquellas explicadas en el capítulo primero, las cuales son aglutinadas a seguir:

#### REGLAS FUNDAMENTALES:

(1.1) Ningún hablante puede contradecirse.

(1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

(1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.

(1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados (ALEXY, 2010, p. 266).

#### REGLAS DE RAZÓN:

(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

[...]

(2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

[...]

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2), mediante coerción interna o externa al discurso (ALEXY, 2010, p. 272).

#### REGLAS SOBRE LA CARGA DE LA ARGUMENTACIÓN:

(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.

[...]

(3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.

[...]

(3.3) Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.

[...]

(3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación (ALEXY, 2010, p. 276-278).

“4.1 y 4.2) La noción de una razón, como siempre, lleva consigo la noción de una regla que afirma que algo es una razón para alguna otra cosa”<sup>35</sup>.

#### REGLAS DE FUNDAMENTACIÓN:

---

<sup>35</sup> 4.1 e 4.2) A noção de uma razão, como sempre, leva consigo a noção de uma regra que afirma que algo é uma razão para alguma outra coisa (PEIXOTO, 2015, p. 113). Traducción mía.

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

[...]

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

[...]

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

[...]

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis históricocrítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) si aunque originalmente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o

b) si originalmente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

[...]

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórico individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados (ALEXY, 2010, p. 285-288).

#### REGLAS DE TRANSICIÓN:

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso (ALEXY, 2010, p. 289).

#### REGLAS Y FORMAS DE JUSTIFICACIÓN INTERNA:

1) Todo enunciado dogmático, si puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, por lo menos, de un argumento práctico de tipo general.

2) Un juicio jurídico tiene que seguir lógicamente una norma universal, al menos.

3) La cantidad de descomposiciones requeridas es la que permite eliminar disputas.

4) Se deben articular tantos pasos de descomposición como sea posible<sup>36</sup>.

#### REGLAS DE JUSTIFICACIÓN EXTERNA:

1) Todo enunciado debe ser una interpretación semántica.

2) Todo enunciado debe seguir una interpretación genética, determinándose la intención del legislador.

3) Los enunciados deben seguir una interpretación teleológica.

4) Los enunciados deben seguir una interpretación histórica, comparativa y sistemática<sup>37</sup>.

#### REGLA DE SATURACIÓN:

Todo argumento estructurado bajo alguno de los cánones de interpretación sólo sería cabal si incluye cada uno de los elementos integrantes de aquel canon (PEIXOTO, 2015, p. 62/115).

Precisiones del peso referente a argumentos de distinto tipo tienen que seguir las reglas del peso (PEIXOTO, 2015, p. 115).

#### REGLAS DE ARGUMENTACIÓN DOGMÁTICA:

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

[...]

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

[...]

(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados (ALEXY, 2010, p. 365-366/375).

---

<sup>36</sup> 1) Todo enunciado dogmático, se posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático do tipo geral.

2) Um julgamento jurídico tem de seguir logicamente uma norma universal, ao menos.

3) O número de decomposições requeridos é aquele que torna possível eliminar disputas.

4) Devem ser articulados tantos passos de decomposição quanto possíveis (PEIXOTO, 2015, p. 114). Traducción mía.

<sup>37</sup> 1) Todo enunciado deve ser uma interpretação semântica.

2) Todo enunciado deve seguir uma interpretação genética, apurando-se a intenção do legislador.

3) Os enunciados devem seguir uma interpretação teleológica.

4) Os enunciados devem seguir uma interpretação histórica, comparativa e sistemática (PEIXOTO, 2015, p. 114). Traducción mía.



[...]

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación (ALEXY, 2010, p. 381).

“(J18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas”  
(ALEXY, 2010, p. 412).

### 3 DELIMITACIÓN DE LAS DECISIONES A SER ESTUDIADAS Y APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS

Inicialmente, se realizó una investigación en el buscador de jurisprudencia del sitio del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios. La palabra “Alexy” encontró siete “sentencias de segunda instancia”. A la búsqueda de “ponderación principios” surgieron mil ciento dos resultados y de “colisión principios” aparecieron ciento setenta y cinco sentencias<sup>38</sup>.

De ese universo de decisiones, se eligieron dos para el análisis, con base en los siguientes criterios:

a) Decisión tomada luego de la entrada en vigencia del nuevo Código de Proceso Civil, el cual determina en el art. 489, § 2º: “En caso de colisión entre normas, el juez debe justificar el objeto y los criterios generales de la ponderación efectuada, enunciando las razones que autorizan la interferencia en la norma alejada y las premisas fácticas que fundamentan la conclusión”<sup>39</sup>;

b) Caso con cierta relevancia, lo que podría aumentar las posibilidades de los juzgadores esmerarse en la elaboración de sus votos.

Cabe registrar que, de la misma manera que observó Hartmann en los juzgamientos del Supremo Tribunal Federal, en las sentencias de segunda instancia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal la mera concordancia de conclusión lleva a la consolidación de la mayoría, aunque las razones de los votos sean parcial o totalmente distintas. Ante eso, frecuentemente, hay que examinar todos los votos, ante la posibilidad de existir razonamientos diferentes sobre el objeto de la *litis* (PEIXOTO, 2015, p. 119). Sin embargo, como alerta el profesor de la Universidad de Brasilia (UnB), “[...] no sería razonable analizar los votos aisladamente, porque se desea una observación de la decisión como un todo y la eventual relevancia de la ponderación en el contexto de la decisión”<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Investigación realizada en la página de internet del Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT - <http://www.tjdft.jus.br/> en 17oct2019.

<sup>39</sup> No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fácticas que fundamentam a conclusão (BRASIL, 2015). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>40</sup> [...] não seria razoável analisar os votos isoladamente, porque se deseja uma observação da decisão como um todo e a eventual relevância da ponderação no contexto da decisão (PEIXOTO, 2015, p. 119). Traducción de Isolete Pereira.

### 3.1 APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS AL PRIMER CASO SELECCIONADO

En septiembre de 2016, la Sala Sexta en lo Civil del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios juzgó una Apelación Civil cuyo tema central era “[...] si hubo abusos en la libre manifestación del pensamiento y crítica en libro publicado [Operación banquero] [...] en detrimento del honor y de la imagen [del Ministro de la Suprema Corte, Gilmar Mendes]”<sup>41</sup>.

A continuación la tabla analítica:

1. Identificación	<p>APELACIÓN 20140110527986APC (0012667-58.2014.8.07.0001)</p> <p>Juzgado el 14 de Septiembre de 2016, decisión unánime.</p> <p>Detalles de la composición del TJDFT para la decisión: SALA SEXTA EN LO CIVIL</p> <p><b>Relator:</b> Hector Valverde</p> <p><b>En favor del voto del Relator:</b> José Divino y Vera Andrighi.</p> <p>La discusión central en la Apelación Civil es la resolución del conflicto entre el derecho a la libertad de información y derecho al honor y la imagen.</p>
2. Hechos	<p>1) “Gilmar Ferreira Mendes [ingresó con] acción indemnizatoria por daños morales interpuesta contra Rubens Valente Soares Y Geração Editorial Ltda. Argumenta [que] [...] la mala fe y el afán difamatorio del primer Apelado [Rubens Valente Soares] quedaron demostrados cuando hizo la acusación de ausencia de imparcialidad del apelante [Gilmar Mendes] en su</p>

<sup>41</sup> [...] se houve abusos na livre manifestação do pensamento e crítica em livro publicado [Operação banqueiro] [...] em detrimento da honra e da imagem [do Ministro da Suprema Corte, Gilmar Mendes] (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

	<p>actuación como magistrado, en la maliciosa distorsión de la biografía del apelante, en la capciosa tergiversación del juzgamiento del Habeas Corpus 95.009 y en la tendenciosa narración acerca de la presencia de escuchas telefónicas ilegales en el Gabinete de la Presidencia del Supremo Tribunal Federal”<sup>42</sup>.</p> <p>2) El Juzgado de Primera Instancia juzgó improcedente el pleito del actor.</p> <p>3) El actor, Gilmar Mendes, apeló. “Los apelados presentaron la contestación de expresión de agravios, generando preliminar de violación al principio de dialéctica<sup>43</sup>, bajo el argumento de que el apelante reprodujo en su recurso la narrativa fáctica volcada en la demanda, no enfrentó la convicción firmada por el magistrado y dejó de rebatir los fundamentos de la r. sentencia. En el petitorio, solicita[ron] la confirmación de la r. sentencia”<sup>44</sup>.</p>
3. Cuestiones jurídicas	1) Por el actor, Gilmar Mendes: “[...] que el apelado confundió intencionalmente los institutos procesales de garantía de imparcialidad del juez, pues mencionó el

<sup>42</sup> Gilmar Ferreira Mendes [ingressou com] ação indenizatória por danos morais ajuizada contra Rubens Valente Soares e Geração Editorial Ltda. Argumenta [...] a má-fé e o afã difamatório do primeiro Apelado [Rubens Valente Soares] restaram demonstrados quando fez a acusação de ausência de imparcialidade do apelante [Gilmar Mendes] em sua atuação como magistrado, na maliciosa distorção da biografia do apelante, na cavilosa deturpação do julgamento do Habeas Corpus 95.009 e na tendenciosa narração acerca da presença de escutas telefônicas ilegais no Gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>43</sup> NT: el principio de la *dialecicidade*, obliga el recurrente a impugnar todos y cada uno de los razonamientos que fundamentan la decisión atacada.

<sup>44</sup> Os apelados apresentaram contrarrazões, suscitando preliminar de violação ao princípio da dialeticidade, sob o argumento de que o apelante reproduziu em seu recurso a narrativa fáctica trazida na petição inicial, não enfrentou a convicção firmada pelo magistrado e deixou de rebater os fundamentos da r. sentença, No mérito, requer[eram] a confirmação da r. sentença (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

	<p>vínculo del apelante con dos abogados con el objetivo de sugerir su supuesto impedimento para juzgar el Habeas Corpus 95.009. Alega que el daño derivado del comportamiento del apelado no puede ser entendido como impropiedad técnica, bajo el argumento de haber sido un ataque doloso y directo a la imparcialidad del apelante. Defiende la idea de que las impropiedades fueron fruto del ánimo despectivo del apelado en relación a la imagen del apelante. Afirma que la investigación hecha por el apelado no se coadyuva con la afirmación de que el apelado pueda ser reducido a la condición de un laico”<sup>45</sup>.</p> <p>2) “Alega que hubo distorsión de la biografía del apelante, desde la supuesta asociación de su progenitor y del origen de su patrimonio con la dictadura militar hasta su actuación como miembro del Ministerio Público. Sustenta que el capítulo biográfico del libro atacó la actividad judicial del apelante así como su familia y relaciones”<sup>46</sup>.</p> <p>3) “Argumenta que el primero apelado declaró y asoció las decisiones dictadas en el HC<sup>47</sup> 95.009 como empeño personal e ilegal del apelante en el ejercicio de la</p>
--	--

<sup>45</sup> [...] que o apelado confundiu intencionalmente os institutos processuais de garantia de imparcialidade do juiz, pois mencionou a ligação do apelante com dois advogados com o objetivo de sugerir o seu suposto impedimento para apreciar o Habeas Corpus 95.009. Alega que o dano advindo do comportamento do apelado não pode ser entendido como impropriedade técnica, sob o argumento de ter sido um ataque doloso e direto à imparcialidade do apelante. Defende a idéia de que as impropriedades foram fruto do ânimo desabonador do apelado em relação à imagem do apelante. Afirma que a investigação feita pelo apelado não se coaduna com a afirmação de que o apelado possa ser reduzido à condição de um leigo (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>46</sup> Alega ter havido distorção da biografia do apelante, desde a suposta associação de seu genitor e da origem de seu patrimônio com a ditadura militar até a sua atuação como membro do Ministério Público. Sustenta que o capítulo biográfico do livro atacou a atividade judicante do apelante, assim como sua família e relacionamento (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>47</sup> NT: sigla de Habeas Corpus.

	<p>magistratura para beneficiar los involucrados en la operación Satiagraha<sup>48</sup>. Argumenta que el apelado fue más allá de la crítica periodística, pues tuvo el objeto de demostrar que el apelante se alejó del cumplimiento de su deber funcional”<sup>49</sup>.</p> <p>4) “Hace consideraciones al respecto de la narración de la supuesta existencia de escuchas telefónicas en el gabinete de la Presidencia do Supremo Tribunal Federal. Alega que el apelado intentó construir la idea de que la apertura de <i>inquérito policial</i><sup>50</sup> destinado a determinar la existencia de escuchas telefónicas tenía como objetivo solamente desprestigiar la operación Satiagraha”<sup>51</sup>.</p>
4. Tesis	<p>1) “El art. 5º, incs. IV y IX, ambos de la Constitución Federal tutelan el ejercicio del derecho a la libre expresión del pensamiento y de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación. Aliado a eso, está el art. 220 de la Constitución Federal, que asegura el derecho a la información. En razón de la significativa importancia de la libertad de información, la prensa es vista como una instancia de poder”<sup>52</sup>.</p>

<sup>48</sup> NT: Satiagraha fue el nombre dado a una operación de la Policía Federal brasileña contra el desvío de dinero público, en la cual fueron presos preventivamente políticos, empresarios, directores de bancos e inversores.

<sup>49</sup> Argumenta que o primeiro apelado declarou e associou as decisões proferidas no HC 95.009 como empenho pessoal e ilegal do apelante no exercício da magistratura para beneficiar os envolvidos na operação Satiagraha. Sustenta que o apelado foi muito além da crítica jornalística, pois teve o intuito de demonstrar que o apelante se afastou do cumprimento de seu dever funcional (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>50</sup> NT: el *inquérito policial* es un procedimiento administrativo preliminar de carácter inquisitivo, presidido por la autoridad policial, que tiene por objetivo reunir elementos informativos con la finalidad de contribuir para la formación de la *opinio delicti* del titular de la acción penal.

<sup>51</sup> Tece considerações a respeito da narração da suposta existência de escutas telefônicas no gabinete da Presidência do Supremo Tribunal Federal. Lega que o apelado tentou construir a ideia de que a abertura de inquérito policial destinado a apurar a existência de escutas telefônicas visava apenas enfraquecer a operação Satiagraha (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>52</sup> O art. 5º, incs. IV e IX, ambos da Constituição Federal tutelan o exercício do direito à livre expressão do pensamento e da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Aliado a isso, está o art. 220 da

	2) “[...] [la] intangibilidad del patrimonio moral de terceros, que comprende los derechos tutelados por el art. 5º, inc. X, de la Constitución Federal” <sup>53</sup> .
5. Razones	1) “El derecho a la libre expresión del pensamiento no se reviste de carácter absoluto, sufriendo de limitaciones de carácter ético o jurídico. O sea, el derecho a la libre manifestación del pensamiento, aunque reconocido y asegurado por la Constitución Federal, posee restricciones que emergen do texto constitucional” <sup>54</sup> .
6. Principios en colisión	Libertad de manifestación del pensamiento y crítica (P1) y Derecho al honor y a la imagen (P2).
7. Condiciones de precedencia	Hay abuso de derecho a la manifestación (salir del ámbito de la información de naturaleza objetiva) cuando hay adjetivación, utilización de frases ofensivas al honor, especialmente con el objetivo de descalificar el ejercicio profesional <sup>55</sup> (C1).  (P2 P P1) C1
8.Opciones	“La libertad de manifestación del pensamiento no legitima el hacer circular expresiones moralmente ofensivas, que superen los límites de la crítica y de la opinión periodística, motivo por el cual no puede ser

Constituição Federal, que assegura o direito à informação. Em razão da significativa importância da liberdade de informação, a imprensa é vista como uma instância de poder (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>53</sup> [...] [a] intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende os direitos tutelados pelo art. 5º, inc. X, da Constituição Federal (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>54</sup> O direito à livre expressão do pensamento não se reveste de caráter absoluto, sofrendo de limitações de caráter ético ou jurídico. Ou seja, o direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado pela Constituição Federal, possui restrições que emergem do texto constitucional (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>55</sup> Há abuso de direito à manifestação (ultrapassagem da informação de cunho objetivo) quando há adjetivação, utilização de frases ofensivas à honra, especialmente com o intuito de desqualificar o exercício profissional (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

	utilizada para amparar imputaciones que ofendan el patrimonio moral de las personas” <sup>56</sup> .
--	--

En la evaluación del presente juzgado, se observa que tanto el relator, Des.<sup>57</sup> Hector Valverde, y el revisor, Des. José Divino, concuerdan que la libertad de información y crítica encuentran límites en los derechos de la personalidad. Sin embargo, en el caso concreto, ambos juzgaron de manera diferente varios pasajes del libro en análisis. Véase las diferentes perspectivas en relación a los siguientes pasajes:

i) Luego del agotamiento de las riquezas, Diamantino entró en decadencia en el siglo 20. Pero la familia de Mendes, en sentido contrario, ganó prestigio y poder. Después del Golpe Militar de 1964, el padre del ministro, Francisco Ferreira Mendes, el "Chiquinho", fue elegido dos veces intendente de la ciudad con el apoyo del partido que daba sustentación política a la dictadura, el Arena. (fs. 43)

ii) El vínculo de Mendes con el medio rural dio origen a una de las peores discusiones de la historia del STF. En medio a la discusión, el ministro Joaquim Barbosa dijo que Mendes estaba "destruyendo la Justicia de ese país" y lo cruzó, clavando el alfiler: "Vuestra Excelencia, cuando se dirige a mí, no está hablando con sus “ capangas<sup>58</sup> en Mato Grosso". Mendes reaccionó: "Ministro Joaquim, Vuestra Excelencia me respete". El debate se calentó después que Mendes dijo que Barbosa no tenía "condiciones de dar lecciones de moral a nadie. (fs. 47)<sup>59</sup>.

Según el relator:

<sup>56</sup> A liberdade de manifestação do pensamento não legitima a veiculação de expressões moralmente ofensivas, que superem os limites da crítica e da opinião jornalística, razão pela qual não pode ser utilizada para amparar imputações que ofendam o patrimônio moral das pessoas (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>57</sup> NT: des. es la sigla para *desembargador*, que significa juez de segunda instancia, semejante a camarista.

<sup>58</sup> NT: hombre contratado como guardaespaldas, generalmente armado, mala persona.

<sup>59</sup> i) Após o esgotamento das riquezas, Diamantino entrou em decadência no século 20. Mas a família de Mendes, no sentido contrário, ganhou prestígio e poder. Depois do Golpe Militar de 1964, o pai do ministro, Francisco Ferreira Mendes, o "Chiquinho", se elegeu duas vezes prefeito da cidade com o apoio do partido que dava sustentação política à ditadura, a Arena.(fls. 43)

ii) A ligação de Mendes com o meio rural deu origem a um dos piores bate-bocas da história do STF. No meio da discussão, o ministro Joaquim Barbosa disse que Mendes estava "destruindo a Justiça desse país" e alfinetou: "Vossa Excelência, quando se dirige a mim, não está falando com seus capangas no Mato Grosso". Mendes reagiu: "Ministro Joaquim, Vossa Excelência me respeite". O debate esquentou depois que Mendes afirmou que Barbosa não tinha "condições de dar lição de moral a ninguém. (fls. 47) (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.



La lectura del primer pasaje indica que el primer apelado intentó asociar el prestigio de la familia del apelante al régimen militar, con connotación claramente negativa<sup>60</sup>

Sin embargo, el revisor entiende:

En lo que se refiere a esta parte "i)", el apelante alega que el primer apelado relacionó el prestigio de su familia a la supuesta decadencia del municipio de Diamantino y al apogeo de la dictadura militar, lo que alcanzaría su reputación. Por lo tanto, en ese punto, se observa que no hubo extrapolación del *animus narrandi* dando lugar a la responsabilidad de los apelados. De la narrativa no surge ningún vínculo de causalidad entre la decadencia del municipio de Diamantino y el ascenso de la familia del apelante, pero solamente una relación de contemporaneidad, o coexistencia entre los acontecimientos. De la misma manera, el hecho de contener la obra una afirmación en el sentido de que el padre del apelante fue elegido con el apoyo del partido Arena no tiene connotación negativa. Es acontecimiento histórico notorio que el partido Arena fue fundado, durante el régimen militar, y con respaldo en el Acto Institucional nº 2/1965, lo cual extinguió el pluripartidismo existente e implantó el bipartidismo. Aunque la finalidad del partido fuera dar sustento político al gobierno militar, el cual a lo largo de la historia fuera objeto de innumerables críticas, varios políticos renombrados se eligieron con su apoyo, pues era la orden política existente en la época<sup>61</sup> [énfasis autor].

Cuanto al segundo párrafo, el relator evalúa:

---

<sup>60</sup> A leitura do primeiro trecho indica que o primeiro apelado tentou associar o prestígio da família do apelante ao regime militar, com conotação claramente negativa (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>61</sup> No tocante ao trecho "i)", o apelante alega que o primeiro apelado relacionou o prestígio da sua família à suposta decadência do município de Diamantino e ao apogeu da ditadura militar, o que atingiria a sua reputação. Entretanto, nesse ponto, observa-se que não houve extrapolação do *animus narrandi* a ensejar a responsabilização dos apelados. Da narrativa não exsurge qualquer ligação de causalidade entre a decadência do município de Diamantino e a ascensão da família do apelante, mas apenas uma relação de contemporaneidade, ou coexistência entre os acontecimentos. Do mesmo modo, o fato de conter a obra assertiva no sentido de que o pai do apelante foi eleito com o apoio do partido Arena não tem conotação negativa. É acontecimento histórico notório que o partido Arena foi fundado, durante o regime militar, e com respaldo no Ato Institucional nº 2/1965, o qual extinguiu o pluripartidarismo existente e implantou o bipartidarismo. Embora a finalidade do partido fosse dar sustentação política ao governo militar, o qual ao longo da história fora objeto de inúmeras críticas, vários políticos renomados se elegeram com o seu apoio, pois era a ordem política existente à época [grifo do autor] (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

El segundo pasaje relata una discusión ocurrida entre el apelante y otro Ministro del Supremo Tribunal Federal y que, puesta fuera del contexto en que efectivamente ocurrió, tiene el objetivo únicamente de asociar la imagen del apelante, de forma negativa, al ruralismo<sup>62</sup>.

Sin embargo, el revisor considera de manera diversa:

Por otra parte, en lo que se refiere al pasaje "ii)", el recurrente alega que el periodista quiso asociarlo al "ruralismo", al afirmar que ese supuesto vínculo había sido el responsable por una discusión ocurrida en el Supremo Tribunal Federal. Ocurre que de la lectura de tal pasaje del libro, no se vislumbra ninguna connotación que menoscabe al honor y al buen nombre del demandante. El escritor se limitó a reproducir una discusión ocurrida en el plenario del Supremo Tribunal Federal con el Ministro Joaquim Barbosa y, en el párrafo anterior al mencionado pasaje, al citar que el apelante tejía críticas al movimiento de los trabajadores rurales sin tierra. Y el mero hecho de haber mencionado el vínculo del apelante al medio rural no es ofensivo, pues surge de una afirmación anterior en la obra, en el sentido de que la familia del actor era propietaria de tres haciendas (fs. 47)<sup>63</sup>

Esos ejemplos son suficientes para mostrar las dos concepciones sobre el caso. Sin embargo, en relación al pasaje transcrito a continuación, hubo concordancia entre el relator y revisor:

**Los estrechos vínculos de Mendes con Wald y Bermudes no impidieron al ministro de juzgar los dos HCs en favor del banquero [Daniel Dantas]. El ministro no se consideró impedido para juzgar el caso.** El Código de Proceso Civil, entre los artículos 134 y 138 dice que el juez puede declararse excusado "por motivo de fuero íntimo", además de otras hipótesis enumeradas, entre las cuales, "amigo íntimo o enemigo capital de cualquiera

---

<sup>62</sup> O segundo trecho relata uma discussão ocorrida entre o apelante e outro Ministro do Supremo Tribunal Federal e que, colocada fora do contexto em que efetivamente ocorreu, tem o intuito unicamente de associar a imagem do apelante, de forma negativa, ao ruralismo (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>63</sup> Por outro lado, no que se refere ao trecho "ii)", o recorrente alega que o jornalista quis associá-lo ao "ruralismo", ao afirmar que essa suposta ligação teria sido responsável por uma discussão ocorrida no Supremo Tribunal Federal. Ocorre que da leitura de tal passagem do livro, não se vislumbra qualquer conotação depreciativa à honra e ao bom nome do demandante. O escritor se limitou a reproduzir uma discussão ocorrida no plenário do Supremo Tribunal Federal com o Ministro Joaquim Barbosa e, no parágrafo anterior ao mencionado trecho, a citar que o apelante tecia críticas ao movimento dos trabalhadores rurais sem terra. E o mero fato de haver mencionado a ligação do apelante ao meio rural não é ofensiva, pois decorre de uma afirmação anterior na obra, no sentido de que a família do autor era proprietária de três fazendas (fls. 47) (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

de las partes". El CPC también abre la posibilidad de que las partes recusen al juez, lo que no fue hecho por la Procuración General de la República. Algunos abogados y jueces alegan que solo los demandantes y demandados son parte de procesos, no los abogados (fjs. 53) (se grifó)

La fecha de la supuesta pinchadura de teléfono necesita ser considerada. La charla entre Demóstenes y Mendes ocurrió en el día 15 de julio de 2008 – por lo tanto, una semana después de la deflagración de la operación Satiagraha, un día después del comisario Protógenes haber dejado el comando de la investigación y cuatro días después de la “Folha”<sup>64</sup> haber divulgado la información sobre un “monitoreo” en el STF.

De esta manera, los supuestos arapongas<sup>65</sup> deberían tener notables nervios de acero, pues tendrían decidido mantener, paciente y peligrosamente, una pinchadura telefónica sobre la más alta corte del país en el momento en que el "monitoreo" ya era tema caliente y público en todo el país. Considerando la cronología, es más pertinente imaginar que la pinchadura telefónica, si es que ocurrió, haya sido instalada después del día de la deflagración de la operación Satiagraha y no antes. **En el campo de las hipótesis, no está demás imaginar que sería un medio efectivo de crear una fricción entre el STF, la ABIN<sup>66</sup> y la PF<sup>67</sup>. Por cierto, fue ese el resultado** (fs. 72). (se grifó)

**Sin Mendes en la presidencia del Supremo, ni todo el prestigio de Dantas habría sido capaz de revertir el juego de manera tan espectacular.** La modificación de las reglas se debió al empeño personal del Ministro, que llegó a convocar un 'pacto social' y llamar al presidente de la República "às falas"<sup>68</sup>. Él se tornó un actor fundamental en el proceso de descalificación de la operación Satiagraha. (fs. 82) [énfasis del autor] <sup>69</sup>.

<sup>64</sup> NT: Abreviación del nombre del diario matutino “Folha de São Paulo”.

<sup>65</sup> NT: Significado popular para agentes secretos que graban ilegalmente conversaciones telefónicas.

<sup>66</sup> NT: Sigla de la Agencia Brasileña de Inteligencia.

<sup>67</sup> NT: Sigla de la Policía Federal.

<sup>68</sup> NT:A una charla en serio.

<sup>69</sup> **As estreitas ligações de Mendes com Wald e Bermudes não impediram o ministro de julgar os dois HCs em favor do banqueiro [Daniel Dantas]. O ministro não se considerou impedido para julgar o caso.** O Código de Processo Civil, entre os artigos 134 e 138 diz que o juiz pode se declarar impedido "por motivo de foro íntimo", além de outras hipóteses listadas, dentre as quais, "amigo íntimo ou inimigo capital de quaisquer das partes". O CPC também abre a possibilidade de as partes levantarem a suspeição do juiz, o que não foi feito pela Procuradoria-Geral da República. Alguns advogados e juízes alegam que só os réus são partes de processos, não os advogados (fls. 53) (grifou-se)

A data do suposto grampo precisa ser considerada. A conversa entre Demóstenes e Mendes ocorreu no dia 15 de julho de 2008 - portanto, uma semana depois da deflagração da Satiagraha, um dia depois de o delegado Protógenes

En la visión del relator:

Del análisis del referido pasaje se observa que las alegaciones utilizadas por el primer apelado para intentar evidenciar la parcialidad del apelante, además de no mostrarse plausibles, fueron hechas únicamente con el objetivo de menoscabar el honor y la dignidad del apelante relacionada al ejercicio de su cargo<sup>70</sup>.

En el mismo sentido el revisor:

A lo que se observa, el periodista no se limitó a informar a la colectividad acerca de las decisiones proferidas por el apelado en el habeas corpus interpuesto por uno de los investigados de la operación "Satiagraha", conducida por la Policía Federal. Él fue más allá, haciendo graves acusaciones, sugiriendo que el apelante practicó diversas conductas con el objeto de favorecer al denunciado Daniel Dantas, sin ningún lastre probatorio o de investigación oficial<sup>71</sup>.

En la tabulación evaluativa:

Etapas argumentativas del modelo teórico	Reglas o formas propuestas por Alexy	Evaluación del caso concreto
1. Ponderación	1) adecuación 2) necesidad (medio menos gravoso)	a) Para el relator, "[...] por tratarse de dos principios constitucionalmente protegidos (derecho a la

ter deixado o comando da investigação e quatro dias depois de a Folha ter divulgado a informação sobre um "monitoramento" no STF.

Assim, os supostos arapongas deveriam ter notáveis nervos de aço, pois teriam decidido manter, paciente e perigosamente, um grampo ilegal sobre a mais alta corte do país no momento em que o "monitoramento" já era assunto quente e público em todo o país. Considerando a cronologia, é mais pertinente imaginar que o grampo, se é que ocorreu, tenha sido instalado depois do dia da deflagração da Satiagraha, e não antes. **No campo das hipóteses, não é demais imaginar que seria um meio efetivo de criar um atrito entre o STF, a ABIN e a PF. Aliás, foi esse o resultado** (fls. 72). (grifou-se)

**Sem Mendes na presidência do Supremo, nem todo o prestígio de Dantas teria sido capaz de reverter o jogo de forma tão espetacular.** A alteração de regimentos se deveu ao empenho pessoal do Ministro, que chegou a convocar um 'pacto social' e chamar o presidente da República "às falas". Ele se tornou um ator fundamental no processo de desqualificação da Satiagraha. (fls. 82) [grifos do autor] (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>70</sup> Da análise do referido trecho, verifica-se que as alegações utilizadas pelo primeiro apelado para tentar evidenciar a parcialidade do apelante, além de não se mostrarem plausíveis, foram feitas unicamente com o intuito de desabonar a honra e a dignidade do apelante relacionada ao exercício de seu cargo (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>71</sup> Ao que se observa, o jornalista não se limitou a informar a coletividade acerca das decisões proferidas pelo apelado em habeas corpus impetrado por um dos investigados da operação "Satiagraha", conduzida pela Polícia Federal. Ele foi além, impingindo graves acusações, sugerindo que o apelante praticou diversas condutas visando favorecer o denunciado Daniel Dantas, sem qualquer lastro probatório ou de investigação oficial (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

	3) proporcionalidad en sentido estricto	<p>libertad de información al honor y a la imagen), ambos poseen limitaciones razonables y la eventual colisión entre ellos deberá ser resuelta por el método de la ponderación concreta de intereses”<sup>72</sup>. Sin embargo, en el voto no se distinguió la aplicación del método de Alexy.</p> <p>b) El revisor también vislumbra colisión entre derechos fundamentales. Según él, “para dirimir el problema, idónea doctrina y la jurisprudencia predominante recomiendan, en caso de colisión de derechos fundamentales o principios constitucionales, que sean conciliados, ante la unidad constitucional. Así, informado por el postulado de la proporcionalidad, el magistrado debe contrarestar los intereses en conflicto y dar preponderancia a aquél que, según las circunstancias jurídicas y fácticas existentes, se revelare más justo”<sup>73</sup>. Sin embargo, en el voto no se distinguió la aplicación del método de Alexy.</p>
--	---	---

<sup>72</sup> [...] por se tratar de dois princípios constitucionalmente protegidos (direito à liberdade de informação e direito à honra e à imagem), ambos possuem limitações razoáveis e eventual colisão entre eles deverá ser resolvida pelo método da ponderação concreta de interesses (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>73</sup> Para dirimir o impasse, abalizada doutrina e a jurisprudência predominante recomendam, em caso de colisão de direitos fundamentais ou princípios constitucionais, que sejam conciliados, diante da unidade constitucional. Assim, informado pelo postulado da proporcionalidade, o magistrado deve sopesar os interesses em conflito e dar prevalência àquele que, segundo as circunstâncias jurídicas e fáticas existentes, se revelar mais justo (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

		Regístrese que, impulsando los autos, en posteriores embargos de declaração <sup>74</sup> , se verifica que hubo aplicación de punición menos gravosa. En la demanda, se pidió la publicación del entero tenor de la sentencia condenatoria y de la demanda en las futuras ediciones del libro Operación Banquero y en revista de gran circulación. Por la exposición del voto, se resalta, que el no hacer lugar a esos pedidos no se debió a la ponderación, más a la no recepción de la ley de prensa, que previa esas puniciones.
2. Reglas y formas de argumentación	(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse (ALEXY, 2010, p. 381).	Tanto el relator como el revisor citaron precedentes judiciales para fundamentar sus votos.

### 3.2 APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS AL SEGUNDO CASO SELECCIONADO

La Tercera sala en lo Civil del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios juzgó la demanda de indemnización por daños morales ingresada por el gobernador del Distrito Federal, Rodrigo Rollemberg, contra el diputado federal Laerte Bessa (Apelación Civil n. 0034759-59.2016.8.07.0001), en octubre de 2017 (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS).

Así quedó compuesta la tabla analítica del caso:

<sup>74</sup> NT: Los embargos de declaração son una especie de recurso, previsto en el art. 1022 del Código Procesal Civil brasileño, con la finalidad específica de esclarecer contradicciones u omisiones ocurridas en decisión proferida por un juez o órgano colegiado.

1. Identificación	<p>APELACIÓN 20160111208660APC (0034759-59.2016.8.07.0001)</p> <p>Juzgado el 04 de Octubre de 2017, decisión unánime.</p> <p>Detalles de la composición del TJDFT para la decisión:  <b>TERCERA SALA EN LO CIVIL</b></p> <p><b>Relator:</b> Flavio Rostirola</p> <p><b>En favor del voto del Relator:</b> Gilberto Pereira de Oliveira y Fátima Rafael.</p> <p>El tema central en la Apelación Civil es la resolución del conflicto entre el derecho a la libertad de expresión de un parlamentario y el derecho al honor y la imagen.</p>
2. Hechos	<p>1) Rodrigo Rollemberg demandó Laerte Bessa, alegando que tuvo su honor y reputación empañados por insultos verbales públicos durante la asamblea del Sindicato de los Policías Civiles del Distrito Federal cuando llamó al gobernador de “mentiroso”, “incompetente”, “flojo”, “vagabundo”, “adicto a marihuana”, “hijo de puta”, “canalla” y “sin vergüenza”.</p> <p>El demandante sustenta que, a pesar de la condición de diputado federal del demandado, los insultos recibidos no están amparados por la inmunidad parlamentaria sobre opinión y votos, motivo por el cual debe ser condenado (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017).</p> <p>2) Sobre los argumentos de mérito, el demandado no negó que profirió esas expresiones pero defiende que su opinión está directamente relacionada al ejercicio del mandato parlamentario, por lo tanto, amparada por la libertad de expresión y por la inmunidad parlamentaria</p>

	<p>prevista en la Constitución Federal (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017)..</p> <p>2) El Juzgado de Primera Instancia juzgó procedente el pleito del actor y condenó al demandado a pagar R\$ 30.000,00 (treinta mil reales) por daños morales (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017).</p> <p>3) “En disconformidad, el demandado recurrió la r. sentencia (fs.167/194). Como primera medida, sostiene la nulidad de la sentencia, por ausencia de fundamentos. También sostiene su ilegitimidad pasiva, por entender que se trata de indemnización derivada del Art.37,§6º, de la CF/88<sup>75</sup>, en el cual el Estado sería el legitimado para responder a la acción de reparación de daños. Alega no ser pasible de responsabilidad civil como resultado de la inmunidad material establecida en la Constitución Federal y, además, que su conducta no causó daños indemnizables al requirente, estando adentro de la base constitucional de la libertad de expresión. [...] El actor contestó el recurso (fs.199/210)”<sup>76</sup>.</p>
3. Cuestiones jurídicas	1) “De acuerdo con la doctrina, la inmunidad parlamentaria no es un privilegio concedido al parlamentario personalmente; es una garantía asegurada

<sup>75</sup> NT: Constitución Federal de 1988.

<sup>76</sup> Inconformado, o réu recorreu da r. sentença (fls.167/194). Em preliminar, sustenta a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação. Também sustenta sua ilegitimidade passiva, por entender que se trata de indenização decorrente do Art.37,§6º, da CF/88, no qual o Estado seria o legitimado para responder a ação de reparação de danos.

Alega não ser passível de responsabilização civil em decorrência da imunidade material estabelecida na Constituição Federal e, ainda, que sua conduta não causou danos indenizáveis ao requerente, estando dentro do patamar constitucional da liberdade de expressão. [...] O autor respondeu ao recurso (fls.199/210) (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.



	<p>al Poder Legislativo, para que funcione libre de cualquier coacción”<sup>77</sup>.</p> <p>2) “La jurisprudencia señala la necesidad de distinguir las situaciones en que los supuestos insultos son proferidos dentro o fuera del Parlamento. Para los casos en que el insulto es vertido en plenario, la inmunidad parlamentaria material elimina la responsabilidad civil por daño moral ‘independiente de conexión con el mandato’<sup>78</sup>.</p> <p>3) “Considerando que la inviolabilidad tiene como objetivo garantizar la independencia de los miembros del parlamento para permitir el buen ejercicio de la función y proteger la integridad del proceso legislativo, la protección constitucional se refiere a las manifestaciones orales o escritas, desde que sean motivadas por el desempeño del mandato (práctica 'in officio') o exteriorizadas en razón de este (práctica 'propter officium') (STF - AI 818.693/MT)”<sup>79</sup>.</p> <p>4) “La exigencia de la ‘conexión como ejercicio del mandato o con la condición parlamentaria’ solamente</p>
--	--

<sup>77</sup> De acordo com a doutrina, a imunidade parlamentar não é um privilégio concedido ao parlamentar pessoalmente; é uma garantia assegurada ao Poder Legislativo, para que funcione livre de qualquer coação (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>78</sup> A jurisprudência assinala a necessidade de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro ou fora do Parlamento. Para os casos em que a ofensa é irrogada em plenário, a imunidade parlamentar material elide a responsabilidade civil por dano moral "independente de conexão com o mandato (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>79</sup> Considerando que a inviolabilidade visa garantir a independência dos membros do parlamento para permitir o bom exercício da função e proteger a integridade do processo legislativo, a proteção constitucional diz respeito às manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática 'in officio') ou externadas em razão deste (prática 'propter officium') (STF - AI 818.693/MT) (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.

	será necesaria si los insultos son vertidos fuera del Parlamento (STF: INQ 390 e 1.710). <sup>80</sup> .
4. Tesis	<p>1) “[...] la tesis de defensa del apelante consiste en la imposibilidad de desvincular las afirmaciones del ejercicio de la amplia libertad de expresión típica de la actividad parlamentaria”<sup>81</sup>.</p> <p>2) La libertad de expresión y de pensamiento, inclusive de los parlamentarios, no posee carácter absoluto e ilimitado, y los abusos en el ejercicio de ese derecho son antijurídicos.</p>
5. Razones	<p>Para la tesis 1:</p> <p>1) La Constitución Federal, en el art. 5º, IV e IX, establece la libre manifestación del pensamiento de expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de censura o licencia. Además, el art. 53 de la CF dicta que los parlamentarios son inviolables, civil y penalmente, por cualquier de sus opiniones, palabras y votos.</p> <p>Para la tesis 2:</p> <p>1) “Contextualizado el debate, <b>el primer aspecto a ser considerado se refiere al local del hecho.</b></p> <p>De hecho, la jurisprudencia sobre el tema señala la <b>necesidad de distinguir las situaciones en que los</b></p>

<sup>80</sup> A exigência da "conexão como exercício do mandato ou com a condição parlamentar" somente será necessária se as ofensas são irrogadas fora do Parlamento (STF: INQ 390 e 1.710) (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>81</sup> [...] a tese de defesa do apelante consiste na impossibilidade de desvincular as afirmações do exercício da ampla liberdade de expressão, típica da atividade parlamentar (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.

	<p><b>supuestos insultos son proferidos dentro o fuera del Parlamento.</b></p> <p>Para los casos en que el insulto es vertido en plenario, la inmunidad parlamentaria material suprime la responsabilidad civil por daño moral <i>‘independiente de conexión con el mandato’</i> (RE 577.785-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, juzgamiento el 1º-2-2011, Sala Primera, DJE de 21-2-2011). No es posible, inclusive, la instauración del procedimiento penal: <i>‘Para los pronunciamientos hechos en el interior de las Casas Legislativas no cabe indagar sobre el contenido de los insultos o la conexión con el mandato, dado que están cubiertos con el manto de la inviolabilidad. En tal caso, corresponderá a la propia Casa a la que pertenece el parlamentario restringir eventuales excesos en el desempeño de esa prerrogativa’</i> (INQ 1.958, Redactor para la “sentencia” el Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 18.02.05)<sup>82</sup> [énfasis del autor].</p> <p>2) Si la manifestación ocurre afuera del Congreso Nacional, “considerando que la inviolabilidad tiene como objetivo garantizar la independencia de los miembros del parlamento para permitir el buen ejercicio de la función y proteger la integridad del proceso legislativo, la protección constitucional se refiere a las</p>
--	---

<sup>82</sup> Contextualizado o debate, o **primeiro aspecto a ser considerado refere-se ao local do fato.**

Com efeito, a jurisprudência sobre o tema assinala a **necessidade de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro ou fora do Parlamento.**

Para os casos em que a ofensa é irrogada em plenário, a imunidade parlamentar material elide a responsabilidade civil por dano moral *"independente de conexão com o mandato"* (RE 577.785-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, DJE de 21-2-2011). Não é possível, inclusive, a instauração de processo penal: *"Para os pronunciamientos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa"* (INQ 1.958, Redator para o acórdão o Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ 18.02.05) [grifo do autor] (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.

	manifestaciones, orales o escritas, desde que son motivadas por el desempeño del mandato (práctica 'in officio') o exteriorizadas en razón de este (práctica 'propter officium') (AI 818.693/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO)” <sup>83</sup> .
6. Principios en colisión	Libertad de manifestación del pensamiento y crítica de un parlamentario (P1) y Derecho al honor y a la imagen (P2).
7. Condiciones de precedencia	<p>1) Condición de precedencia para (P1)</p> <p>1.1) Si la opinión ocurrió en el Parlamento (C1).</p> <p>1.2) Si las opiniones ocurrieron fuera del Parlamento y “[...] son motivadas por el desempeño del mandato [...] o exteriorizadas en razón de este [...]”<sup>84</sup> (C2).</p> <p>(P1 P P2) C1vC2</p> <p>1) Condición de precedencia para (P2)</p> <p>2.1) Si las opiniones ocurrieron fuera del Parlamento y <b>NO</b> “[...] son motivadas por el desempeño del mandato [...] o exteriorizadas en razón de este [...]”<sup>85</sup> (C3).</p> <p>(P2 P P1) C3</p>
8.Opciones	Si los insultos del diputado fueron vertidos fuera del Congreso Nacional, sin nexo con la actividad legislativa; el derecho al honor y la imagen tiene

<sup>83</sup> [...] motivadas pelo desempenho do mandato [...] ou externadas em razão deste [...] (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>84</sup> Considerando que a inviolabilidade visa garantir a independência dos membros do parlamento para permitir o bom exercício da função e proteger a integridade do processo legislativo, a proteção constitucional diz respeito às manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática 'in officio') ou externadas em razão deste (prática 'propter officium') (AI 818.693/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.

<sup>85</sup> Considerando que a inviolabilidade visa garantir a independência dos membros do parlamento para permitir o bom exercício da função e proteger a integridade do processo legislativo, a proteção constitucional diz respeito às manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática 'in officio') ou externadas em razão deste (prática 'propter officium') (AI 818.693/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.

	precedencia sobre libertad de expresión del parlamentario. Por lo tanto, en el caso concreto, significa la condenación a indemnizar por daños morales.
--	--

Las reglas y formas de argumentación también fueron analizadas, según la tabla a seguir:

Etapas argumentativas del modelo teórico	Reglas o formas propuestas por Alexy	Evaluación del caso concreto
1. Ponderación	1) adecuación 2) necesidad (medio menos gravoso) 3) proporcionalidad en sentido estricto	a) Para el relator, “[...] el presente análisis se limita a examinar el marco legal de la manifestación del demandado en los parámetros constitucionales bajo la óptica de los derechos de personalidad, en especial de los derechos a la libertad de expresión, al honor y a la imagen” <sup>86</sup> . Por lo tanto, el juez reconoce la colisión de derechos y la necesidad del examen de proporcionalidad.  b) En relación a la adecuación, el desembargador no desarrolla ningún razonamiento para evaluar si la indemnización por daños morales alcanza el objetivo buscado. Todavía, al final de su voto, dedica unos párrafos para estimar el valor razonable de la condenación. De cierta forma, calcula la adecuación del monto a ser pago pero, a rigor, la

<sup>86</sup> [...] a presente análise cinge-se ao exame do enquadramento legal da manifestação do réu nos parâmetros constitucionais sob a ótica dos direitos da personalidade, em especial dos direitos à liberdade de expressão, à honra e à imagem (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2016). Traducción de Isolete Pereira.

		<p>máxima parcial de la adecuación no fue empleada.</p> <p>c) Al no realizar el levantamiento de los medios adecuados para condenar el demandado, tampoco efectuó el análisis de necesidad o medio menos gravoso.</p> <p>d) Por fin, tampoco se verificó la aplicación de ninguna de las tres etapas de la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto. No se explayó sobre la insatisfacción del derecho de personalidad, ni sobre la necesidad de atenderlo y tampoco examinó si es justificable disminuir la libertad de expresión en favor del derecho a la intimidad.</p>
2. Reglas y formas de argumentación	(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse (ALEXY, 2010, p. 381).	El relator citó precedentes judiciales para fundamentar su voto.

El razonamiento del voto del relator tiene el siguiente orden: primero explicó el alcance de la inmunidad parlamentaria; segundo, explanó los derechos en colisión, mediante varias citas doctrinarias pero sin cotejarlos; y tercero, comentó sobre el caso concreto, inclusive sobre el valor debido por daños morales. Es interesante notar que la “ponderación de valores” y el apellido de Alexy constan explícitamente en el sumario de la sentencia:

**CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESO CIVIL. INMUNIDAD PARLAMENTARIA. NATURALEZA ABSOLUTA. ACTOS PRACTICADOS FUERA DEL RECINTO DEL PARLAMENTO. REPARACIÓN. DAÑOS MORALES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN. MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD DE**

**PENSAMIENTO. INTIMIDAD, VIDA PRIVADA, HONOR O IMAGEN. PONDERACIÓN DE VALORES. ALEXY. CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DEL CASO<sup>87</sup> [énfasis del autor].**

Sin embargo, no sigue el marco teórico del autor alemán. En el cuerpo del voto hay una citación directa a Alexy, explicando que los conflictos entre derechos fundamentales se deben resolver mediante el uso de la ponderación (texto extraído de una conferencia del profesor de Kiel en la fundación Casa de Rui Barbosa en el año de 1998).

La lectura del voto permite observar que la Suprema Corte ya había creado las reglas para resolver casos de este tipo. Luego, corresponde al relator aplicar esas reglas al caso concreto o justificar por qué no sería esa la respuesta jurisdiccional adecuada. Puede ser que en el pasado situaciones como la de este expediente fueran casos difíciles pero, en el momento que ocurrió el juzgamiento, correspondió al relator verificar si los hechos se encajaban en alguna de las previsiones del Máximo Tribunal. Tal vez, porque a rigor no era necesario, el relator no consiguió realizar el examen de proporcionalidad.

Cabe comentar también el voto oral del desembargador vocal, Gilberto de Oliveira. El reflexiona sobre la necesidad de restablecer el respeto entre los políticos y de ellos con el elector, a través de dos anécdotas. La primera cuenta que cuando era chico tenía orgullo de saludar a algún diputado que visitaba su ciudad. Mientras que adulto, cuando encuentra algún diputado en el aeropuerto, no quiere quedarse en el mismo ambiente con miedo de ser identificado como próximo al parlamentar. La segunda anécdota es del tiempo de la dictadura, que el vocal llama de revolución. Él dice que durante sus estudios secundarios tenía respeto por los militares y por eso nunca tuvo problemas con el régimen castrense (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Y arremata el comentario:

Pero hoy, no. El tipo sale con la cara cubierta por un disfraz y se queda hablando, en el Poder Judicial, si el policía puede mandarlo sacar el disfraz para ver quién es él. Bien, él tiene que andar sin disfraz y todavía mostrar el documento, andar con la identidad y, si posible, con la libreta de trabajo, para probar que no es delincuente, ni vago. Entonces, precisamos restablecer, en este País, a partir de esta pequeña célula, que

---

<sup>87</sup> **CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. IMUNIDADE PARLAMENTAR. NATUREZA ABSOLUTA. ATOS PRATICADOS FORA DO RECINTO DO PARLAMENTO. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE OPINIÃO. MANIFESTAÇÃO DA LIBERDADE DE PENSAMENTO. INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA OU IMAGEM. PONDERAÇÃO DE VALORES. ALEXY. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO CASO [grifo do autor] (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.**

somos nosotros aquí, en este Tribunal, el respeto al prójimo. No invoco la religión de nadie, pero está en la Biblia: "respeto al prójimo como a tí mismo."<sup>88</sup>

En términos generales, escapa de cualquier regla de argumentación jurídica motivar una decisión basado en anécdotas, especialmente, que no se encajan perfectamente como paradigmas al caso en análisis. En la segunda anécdota, el juez muestra simpatía por uno de los medios que el gobierno militar utilizaba para inhibir la libre manifestación del pensamiento. No existe nexo de causalidad entre no tener trabajo formal y ser delincuente o vago, especialmente en octubre de 2017 cuando el país enfrentaba (y todavía enfrenta) alto índices de desempleo. La Constitución Federal garante la libre expresión del pensamiento, vedado el anonimato, independiente de tener fuente de renta. Si cualquier ciudadano se manifiesta dentro de los parámetros jurídicos de la libertad de expresión, es irrazonable que el Estado exija documento de identificación, mucho menos libreta de trabajo. Para finalizar, el juez ignoró la laicidad estatal al argumentar con fundamento en la Biblia: “[...] el Estado laico brasileño es imparcial en cuestiones religiosas. Debe respetar a todas las creencias, inclusive filosóficas, así como respetar la no creencia. Él no apoya ni dificulta la práctica **ni la difusión de ideas religiosas ni de las ideas contrarias a la religión**” [énfasis añadido] (SUKIENNIK, 2018, p. 88). Por lo tanto, la neutralidad estatal en materia de religión veda el uso de argumentos de ese tipo en decisiones del Poder Público.

---

<sup>88</sup> Mas, hoje, não. O cara sai com o rosto coberto por uma máscara e fica-se discutindo, no Judiciário, se o policial pode mandá-lo tirar a máscara para ver quem ele é. Ora, ele tem que andar sem máscara e ainda mostrar o documento, andar com a identidade e, se possível, com a carteira de trabalho, para provar que não é bandido, nem malandro. Então, precisamos restabelecer, neste País, a partir desta pequena célula, que somos nós aqui, neste Tribunal, o respeito ao próximo. Não invoco a religião de ninguém, mas está na Bíblia: "respeitai o próximo como a si mesmo." (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2017). Traducción de Isolete Pereira.



## CONSIDERACIONES FINALES

La necesidad de ofrecer una solución para los conflictos entre principios es una de las marcas del post positivismo porque el silogismo jurídico tradicional no lo consigue resolver. Eso aproximó nuevamente el Derecho y la Argumentación, con énfasis a partir de los años cincuenta del siglo veinte. Sin tener la pretensión de ser un trabajo sobre historia del pensamiento, se presenta un panorama de las teorías de la argumentación jurídica contemporáneas, nombrando a sus principales exponentes y corrientes doctrinarias. Así se contextualizan las teorías de referencia de esta investigación.

La tesina utilizó un doble estándar teórico: en cuanto al contenido o al mérito, las teorías de la argumentación jurídica y de los principios, ambas del doctrinador Robert Alexy; y en cuanto al procedimiento de análisis, la tesis del profesor Fabiano Hartmann Peixoto. El trabajo no aspira a confirmar o refutar las tesis de Alexy pero busca saber si las referencias, explícitas o implícitas, a las teorías del autor alemán en las sentencias de segunda instancia del TJDFT expresan su sentido original o sirven como argumento de autoridad. Para eso, es necesario tener en mente los principales aspectos de ambas doctrinas. Por sugerencia de la banca examinadora, en la entrevista de selección para ingresar en el programa de Post Grado, se incluyeron críticas al pensamiento del profesor de Kiel para que el lector pueda tomar sus propias conclusiones o tenga una breve base para profundizarse al respecto.

Robert Alexy, en su libro “Teoría de la Argumentación Jurídica”, presenta la tesis del “caso especial”, en la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. La diferencia entre este y aquél es que el discurso jurídico encuentra límites en el derecho positivo, en los precedentes, en la dogmática, en las demandas judiciales, y en la legislación procesal. El núcleo de la tesis del caso especial está en la pretensión de corrección y racionalidad de las proposiciones normativas dentro del ordenamiento jurídico en vigencia. Explicita las reglas del discurso práctico general, las cuales clasifica en “reglas fundamentales”, “reglas de razón”, “reglas sobre la carga de la argumentación”, “reglas de fundamentación” y “reglas de transición”, las cuales se suman a las reglas de argumentación jurídica en sí. Según Alexy, la fundamentación, en el Derecho, posee un aspecto interno y otro externo. El primero verifica si la decisión proviene lógicamente de las premisas de la justificación. El segundo analiza la corrección de esas premisas. De esta manera, el discurso jurídico racional – entendido por el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas – no lleva a un resultado único,

absoluto, pero expone las deficiencias argumentativas del razonamiento que llevaron a tal decisión y/o explicita las lagunas del desarrollo lógico.

Jürgen Habermas, en su libro “Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”, analiza y critica la tesis del caso especial. Para empezar, afirma que las “reglas de razón”, en realidad, son impracticables. Él infiere que la tesis del caso especial subordina el Derecho a la moral, sacándole la independencia. También entiende que la moral y el Derecho tienen racionalidades diferentes. En el caso jurídico, esa racionalidad está ligada a la legislación, la cual ni siempre es moral. Eso impediría entender al Derecho como un caso especial de moralidad. La complejidad de validación de las normas jurídicas en relación a las morales es otra diferencia que, en su visión, torna inviable la tesis de Alexy.

Sin embargo, pasados tantos años de la primera publicación de su libro, el profesor de Kiel rescata como aspectos más importantes de su obra: (1) la pretensión de corrección de las decisiones judiciales; (2) la tesis del caso especial; y (3) la tesis de la argumentación práctica racional. Finalmente, tanto Alexy como Habermas, concuerdan en el sentido de que una teoría del discurso jurídico necesitaría tratar elementos de una teoría de la legislación y, a su vez, de una teoría normativa de la sociedad.

En su libro, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Alexy desarrolla el examen de proporcionalidad que puede ser visto, prácticamente, como un complemento a la teoría de la argumentación, ya que ambas son compatibles entre sí. El autor alemán defiende que los derechos fundamentales tienen naturaleza jurídica de principios y, por lo tanto, son mandamientos de optimización. Cualquier conflicto entre principios no se puede resolver por la exclusión de uno de ellos, como ocurre con las reglas. Para él, una situación como esa se resuelve en la dimensión del peso, con el uso de la proporcionalidad, mediante la determinación de condiciones de precedencia. El examen de proporcionalidad es un procedimiento, en varias etapas, que permite solucionar ese tipo de conflicto, exigiendo de quién lo utiliza que justifique sus opciones.

Con base en la opción analítica definida en el proyecto de tesina, se optó por trabajar el “método para representar y evaluar las argumentaciones de Manuel Atienza” y “esquema de organización, análisis y evaluación de los argumentos decisorios de Fabiano Hartmann Peixoto”. El modelo de Atienza se funda en el uso de diagramas de flechas para mostrar la esencia del razonamiento con la menor cantidad de símbolos posibles. Es un esquema útil para ver el flujo argumentativo pero no pareció viable para el objetivo de esta investigación. A

diferencia del modelo anterior, el esquema del profesor de la UnB fue especialmente creado para atender la finalidad de este trabajo en el ámbito de la Suprema Corte. Compuesto de dos tablas, la primera extrae los siguientes elementos: identificación, hechos, cuestiones jurídicas, tesis, razones, principios en colisión, condiciones de precedencia; elecciones. La segunda sirve para evaluar el grado de adherencia de la sentencia a las teorías de Alexy. La primera parte del cuadro trabaja la aplicación del examen de proporcionalidad en sus varias etapas y la segunda parte se dedica a las formulaciones, reglas y formas argumentativas específicamente.

El análisis de la primera sentencia (caso de Gilmar Mendes) mostró que los votos del relator y del revisor, visualizaron la colisión de los derechos fundamentales, solucionable por el examen de proporcionalidad. Sin embargo, los jueces hicieron diferentes evaluaciones de los extractos del libro en discusión. Aun así, por coincidencia, ambos votaron para condenar al escritor y al editor. Esto permitió que la sentencia se proclamara por unanimidad. Ninguno de los votos explicitó elementos concretos de aplicación de las teorías de Alexy.

La segunda sentencia evaluada (caso Rodrigo Rollemberg vs. Laerte Bessa) trae entre sus palabras-clave “Alexy” y “ponderación de valores”, sin dar márgenes de duda que su autor deseó valerse de la teoría del profesor de Kiel. A pesar de eso, tampoco lo hizo con éxito. El análisis de mérito del voto fue organizado para explicar el alcance de la inmunidad parlamentaria; describir cada uno de los derechos en conflicto, separadamente, y explicar que ambos tienen límites; hacer dos citas a la teoría de la ponderación de intereses; y aplicar los precedentes de la Suprema Corte para resolver el caso concreto. No se encontraron menciones a las etapas de adecuación ni de necesidad. Tampoco aplicó los pasos de la proporcionalidad en sentido estricto: verificar que un principio no está plenamente satisfecho; juzgar el merecimiento de atender a ese principio; y examinar si la aplicación del principio no plenamente satisfecho justifica disminuir la aplicación del otro principio en conflicto.

Además, cabe comentar el voto del juez vocal, quién, oralmente, justificó su decisión de acompañar al relator a través de dos anécdotas y una cita de la Biblia. En la segunda anécdota, el juez muestra simpatía por uno de los medios que el gobierno militar utilizaba para inhibir la libre manifestación del pensamiento. Por fin, la utilización de un texto sagrado hiera la laicidad estatal, pues el Estado no confiesa ninguna religión.

Por ser la evaluación de sólo dos sentencias, no se puede concluir que este sea el patrón de las decisiones del Tribunal de Justicia del Distrito Federal. Tampoco se puede afirmar eso de los jueces que asistieron a esa sesión. Sin embargo, específicamente en los casos analizados, se verificó que los jueces consideraron importante mencionar la ponderación, tal vez como

recurso argumentativo de autoridad, pero con poco o ningún vínculo con la base teórica que le da soporte.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2 ed. en español. Lima: Palestra, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés y revisión de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traducción de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Malheiros Editores. São Paulo, 2008.

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del Derecho**: teorías de la argumentación jurídica. 4 ed. Lima: Palestra, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed, 13ª tirada, atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no DOU de 17/3/2015. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acceso en: 17oct2019.

CERVO, Amado Luiz. **Inserção internacional**: formação de conceitos brasileiros. São Paulo: Saraiva, 2007.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional**. 1ed. 1 reimpr. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3 ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008, v.4.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Sexta turma cível. **Apelação n. 20140110527986**. Constitucional e processual civil. Ação indenizatória por danos morais. Violação ao princípio da dialeticidade. Inocorrência. Livre manifestação do pensamento em detrimento da honra e da imagem. Art. 5º, iv e x, da Constituição Federal. Art. 220 da Constituição Federal. Publicação de livro. Conflito entre os dois princípios constitucionalmente protegido. Ponderação concreta de interesses. Danos morais. Ocorrência. Sentença reformada. Apelante: Gilmar Ferreira Mendes. Apelados: Rubens Valente Soares e Geração Editorial Ltda.. Relator: desembargador Hector Valverde.

Julgamento em: 14set2016. Disponible en: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acceso en: 12jul2017.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Terceira turma cível. **Apelação n. 20160111208660**. Constitucional. Civil. Processo civil. Imunidade parlamentar. Natureza absoluta. Atos praticados fora do recinto do parlamento. Reparação. Danos morais. Liberdade de expressão e de opinião. Manifestação da liberdade de pensamento. Intimidade, vida privada, honra ou imagem. Ponderação de valores. Alexy. Circunstâncias concretas do caso. Apelante: Laerte Rodrigues de Bessa. Apelado: Rodrigo Sobral Rollemberg. Relator: desembargador Flávio Rostirola. Julgamento em: 04out2017. Disponible en: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acceso en: 07out2019.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRANJALES, Amós A.; NEGRI, Nicolás. **Argumentación jurídica**. 1ed. 1 reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 6 ed. Madrid: Trotta, 2010.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy**: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica. Brasília, 2015. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Significado de tópico. **Diccionario de la lengua española**. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=a2Y9ZVb>. Acceso en: 16jun2019.

ROESLER, Cláudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: HARTMANN; REIS; ROESLER (orgs). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 21-44.

SUKIENNIK, Pablo. Influencia del principio de igualdad en la libertad religiosa: una perspectiva brasileña. **Derecho, Estado y Religión**. Libertador San Martín, 2018, v. 4, p. 79-91.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, 2005, v. 2, n. 3, p. 47-65.