

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO

**TESIS DOCTORAL**

**“ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS EN LAS DECISIONES  
JUDICIALES  
Análisis de las teorías de la argumentación jurídica  
en el ámbito jurisdiccional”**

**M. Sc. EVA MARINA RECINOS VÁSQUEZ**

GUATEMALA, MAYO DE 2019

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
DOCTORADO EN DERECHO

**“ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES  
Análisis de las teorías de la argumentación jurídica  
en el ámbito jurisdiccional”**



TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**M. Sc. EVA MARINA RECINOS VÁSQUEZ**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**DOCTORA EN DERECHO**

Guatemala, mayo de 2019

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	M. Sc.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**CONSEJO ACADEMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez.
VOCAL:	Dr.	Nery Roberto Muñoz
VOCAL:	Dr.	Hugo Roberto Jauregui
VOCAL:	M. Sc.	Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL EXAMINADOR**

PRESIDENTE:	Dr.	René Arturo Villegas Lara
VOCAL:	Dr.	Marco Aurelio Alveño Ovando
SECRETARIO:	Dr.	Saúl González Cabrera

**RAZÓN:** “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada” artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 10 de enero del año 2019.

Doctor  
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

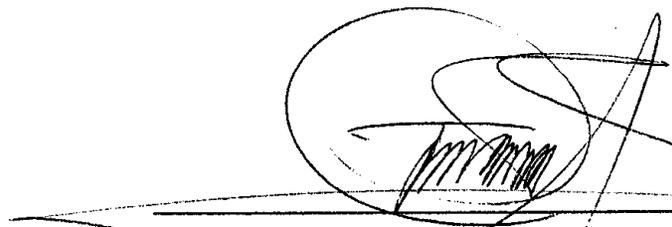
Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución RES. D.E.E.P. D. E. D. 657-2018 de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado de fecha diecisiete de julio de dos mil dieciocho, se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho** de la Maestra **Eva Marina Recinos Vásquez**, con número de carné 100019635, titulada **"ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES. Análisis de las teorías de la argumentación jurídica en el ámbito jurisdiccional"**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho de la Maestra **Eva Marina Recinos Vásquez** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:

  
**DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN**



Guatemala, 30 de abril de 2019.

Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES**  
**Análisis de las teorías de la argumentación jurídica**  
**en el ámbito jurisdiccional**

Esta tesis fue presentada por la Mtra. Eva Marina Recinos Vásquez, del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán  
Revisora  
Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán  
Colegiado 5456



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,**  
Guatemala, 7 de mayo del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la MSc. Eva Marina Recinos Vásquez aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 22-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES Análisis de las teorías de la argumentación jurídica en el ámbito jurisdiccional”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

## DEDICATORIA

### **A DIOS**

Eterna gratitud por sus bendiciones, sabiduría y fortaleza para adquirir conocimiento en esta tierra.

### **A MIS PADRES:**

Mauro Virgilio Recinos González y Zoila Marina Vásquez de Recinos (Q.E.P.D.) Por todo su esfuerzo y sacrificio para criarme e instruirme en un hogar de fe, de amor y luchar por mis metas e ideales.

### **A MI HIJA:**

Melanie Angie Mariel, que este sea un legado de sacrificio, esfuerzo y perseverancia.

### **A MI HERMANOS:**

Otto, Mario, Gris, Lency, Ranferí, Emilio, Willian, Edwin, Lesbia y Saúl, Roberto y Perla, gracias por su amor y ser parte esencial en mi vida.

### **A MIS SOBRINOS:**

Por su amor, compañía y fortaleza en todo momento, en especial a Raulito, Mishel y Kevin Roca Recinos.

### **A MIS CUÑADOS:**

Víctor Raúl Roca Chavarría (Q.E.P.D.) por ser ejemplo de perseverancia y humildad e inspirarme a seguir estudiando y a Edwin Villatoro por su amor y consejos.

### **A MIS AMIGOS:**

Gracias por los sueños, alegrías y tristezas compartidas, pero en especial por su apoyo y ánimo en que puedo y debo seguir adelante.

**A LA UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS DE GUATEMALA:**

Por darme el privilegio de pisar sus aulas y prepararme profesionalmente, no olvidando que estoy al servicio de mi país, Guatemala.

# CONTENIDO



Introducción	i
<b>Capítulo I: Las teorías de la argumentación jurídica</b>	<b>1</b>
1. Concepto y elementos de la teoría de la argumentación jurídica	1
1.1 La dialéctica	2
1.2 El argumento	3
2. Algunas teorías sobre la argumentación jurídica	7
2.1 La teoría de la argumentación jurídica	7
2.2 El objeto de estudio de las teorías de la argumentación jurídica	8
2.3 La aplicación de las teorías de la argumentación jurídica	9
2.4 Contenido de algunas teorías de la argumentación jurídica	10
2.4.1 La teoría de Theodor Viehweg (tópica)	10
2.4.2 La teoría de Chaïm Perelman (nueva retórica)	13
2.4.3 La teoría de Stephen Toulmin (teoría informal)	16
2.4.4 La teoría de Neil Maccormick (teoría integradora)	19
2.4.5 La teoría de Robert Alexy (teoría experimental)	24
2.4.6 La teoría de Manuel Atienza	32
2.4.7 La teoría de Aulis Aarnio	34
2.4.8 La teoría de Luigi Ferrajoli (teoría garantista)	37
2.4.9 Teoría de Van Eemeren y Grootendorst (teoría pragma-dialéctica)	38
2.4.10 La teoría de Floris J. Bex (teoría formal-híbrida)	39
2.4.11 La teoría de Wigmore (el <i>chart method</i> )	40
<b>Capítulo II: Las técnicas de argumentación jurídica</b>	<b>49</b>
1. Concepto de técnicas de argumentación jurídica	49
2. El objeto de estudio de las técnicas de argumentación jurídica	49
3. Acerca del argumento	51
3.1 ¿Qué es el argumento?	51



3.2 Los elementos del argumento	
4. La clasificación de los argumentos	
4.1 Profundidad	
4.2 Modo	55
4.3 Utilidad	56
5. Los modelos de argumentos	58
5.1 Modelo de argumentación informal	58
5.2 Modelo de argumentación demostrativa	61
5.2.1 La demostración	63
5.2.2 Los elementos de la demostración	64
5.3 Modelo de argumentación finalista	65
5.4 Modelos de argumentación formal	68
5.4.1 El argumento deductivo (el silogismo)	68
5.4.2 El argumento abductivo	68
5.4.3 El argumento inductivo	69
5.4.4 El argumento analógico	70
5.4.5 El argumento causal	70
6. La estructura argumentativa	71
6.1 Función de la estructura argumentativa	71
6.2 Clases de estructuras argumentativas	71
6.2.1 Argumentación simple o única	71
6.2.2 Argumentación compleja	72
7. Esquemas argumentativos	76
7.1 Definición	76
7.2 Clases de esquemas argumentativos	77
7.2.1 Argumentación basada en una relación sintomática	77
7.2.2 Argumentación basada en una relación de comparación	79
7.2.3 Argumentación basada en una relación causal	81
8. Análisis y evaluación de argumentos	84
8.1 Análisis de la argumentación	84
8.2 Consistencia de la argumentación	85



8.3 Evaluación de la argumentación	
9. Vicios de la argumentación	
9.1 Los paralogismos	
9.2 Los sofismas	91
9.2.1 Vicios en la palabra	93
9.2.2 Vicios en las cosas	94
9.3 Las falacias	98
9.3.1 Definición de falacia	98
9.3.2 Clasificación de las falacias	98
9.3.3 Tipos de falacias	100
<b>Capítulo III: Argumentación jurídica y Teoría General del Derecho</b>	104
1. Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica	104
2. Interpretación y Argumentación en el Derecho Contemporáneo	118
<b>Capítulo IV: Los argumentos interpretativos en la decisiones judiciales</b>	138
1. Argumentos interpretativos	138
1.1 El argumento <i>a contrario</i>	139
1.2 El argumento <i>a simili</i> o argumento analógico	139
1.3 El argumento <i>a fortiori</i>	141
1.4 El argumento de autoridad	141
1.5 El argumento <i>a completudine</i> (evitar lagunas)	142
1.6 El argumento <i>a coherentia</i> (evitar antinomias)	142
1.7 El argumento pragmático	143
1.8 El argumento psicológico	143
1.9 El argumento por equidad	144
1.10 El argumento histórico	145
1.11 El argumento <i>sedes materiae</i>	145
1.12 El argumento apagógico (introducción al absurdo)	145
1.13 El argumento <i>a coherentia</i>	146
1.14 El argumento teleológico	146



1.15 El argumento económico	
1.16 El argumento <i>ab ejemplo</i>	
1.17 El argumento <i>a rubrica</i>	
1.18 El argumento sistemático	148
1.19 El argumento naturalista	148
2. Esquemas de los argumentos de interpretación	149
2.1 Definición	149
2.2 Clases	149
2.2.1 Argumento <i>a contrario sensu</i>	149
2.2.2 Argumento de autoridad	150
2.2.3 Argumento de clasificación gramatical	151
2.2.4 Argumento de las consecuencias en su forma positiva	152
2.2.5 Argumento de las consecuencias en su forma negativa	152
2.2.6 Argumento por mayoría de la razón	153
2.2.7 Argumento a partir de los principios	154
2.2.8 Argumento psicológico	155
3. La argumentación jurídica	156
4. Lógica, epistemología y argumentación jurídica	159
6. El entimema	161
7. El epiquerema	163
8. El polisilogismo	165
9. El sorites	167
10. El silogismo hipotético	169
11. El silogismo disyuntivo	172
12. El silogismo dilemático	175
<b>Capítulo V: La argumentación constitucional</b>	<b>180</b>
1. El argumento analógico	183
2. El argumento a partir de los principios	184
3. El argumento sistemático	185
4. El argumento <i>a fortiori</i>	186

5. El argumento <i>a contrario</i>	
6. El argumento psicológico	
7. El argumento de la no redundancia	
8. El argumento apagógico	191
9. El argumento pragmático	192
10. El argumento de autoridad	193
11. El argumento histórico	193
Conclusión	196
Bibliografía	198





## INTRODUCCIÓN



Las teorías de la argumentación jurídica han tenido un auge exitoso en las postrimerías del siglo XX y los inicios del siglo XXI; como toda corriente jurídica novedosa (aunque la argumentación jurídica en general no puede calificarse como tal) su difusión y su aceptación en el ámbito judicial y en el jurídico en general ha sido sorprendente.

En ese sentido, con tales teorías como herramienta se ha pretendido pasar de un modelo que se califica de aplicativo a un modelo argumentativo, sin embargo, tal cambio de modelos o paso de un supuesto modelo a otro, debe ser analizado con cuidado, porque sus implicaciones son varias y afectan enormemente la concepción de la función judicial y la de aproximarse a la teoría y a la Filosofía del Derecho.

Si bien la argumentación constituye una parte importante del objeto de la ciencia jurídica, la ni la teoría del Derecho ni la Filosofía del Derecho pueden reducirse a un argumento, ni tampoco la forma de aproximarse a ellas depende enteramente de técnicas ni de métodos interpretativos.

Las teorías de la argumentación jurídica tienen por función proveer un marco teórico que contenga los principios y el desarrollo teórico para crear una herramienta que será utilizada para la consecución de un fin, como es la justicia, pero no

constituyen un fin en sí mismo ni son específicamente el objeto de estudio del Derecho.



La investigación realizada tuvo por objeto realizar un análisis crítico de la propuesta de estas teorías de la argumentación y su utilización en el ámbito de la teoría y de la Filosofía del Derecho, y contrastar dicho análisis con los elementos fundamentales que constituirían la idea de justicia y la idea de la función judicial y su utilización en dicho ámbito de los argumentos interpretativos proveídos por tales teorías.

El problema a investigar se planteó de la forma siguiente: 1. ¿Cómo es posible conciliar la teoría general del Derecho con la práctica jurídica y hacer consistente una ciencia del Derecho donde no se descuiden los problemas torales de la teoría, ni descuidar los aspectos prácticos?; 2. ¿De qué manera pueden los jueces, en el ámbito de la aplicación del Derecho, justificar adecuadamente las decisiones que adoptan, mediante una motivación adecuada que permita legitimar su significado frente a los destinatarios y a los ciudadanos en general?

La hipótesis se formuló de la manera siguiente: para conciliar la teoría general del Derecho con la práctica jurídica y hacer coherente una ciencia del Derecho que no descuide los aspectos prácticos, debe desarrollarse una teoría del Derecho que integre tanto los aspectos prácticos como pragmáticos del mismo, atendiendo al hecho de que los sistemas normativos son un producto cultural y que la

argumentación jurídica engloba tanto la teoría como la Filosofía del Derecho, en ella se ven reflejados los aspectos teóricos, prácticos y pragmáticos del Derecho con la finalidad de hacer consistente teoría y práctica, y de regir efectivamente la conducta humana. La argumentación jurídica es necesaria para que los jueces puedan fundamentar adecuadamente sus decisiones apoyados en métodos interpretativos y argumentativos que integren la forma y el fondo, preservando a la vez los valores que los órganos jurisdiccionales deben conservar y proteger.

El presente informe de investigación consta de cinco capítulos, el primero desarrolla las teorías de la argumentación jurídica, su concepto y la estructura fundamental de cada teoría formulada por sus autores; el segundo capítulo trata de las técnicas de la argumentación jurídica, y se centra principalmente en la tipología argumentativa, sus estructuras, sus esquemas y el análisis y la evaluación de argumentos; el tercer capítulo desarrolla el tema de la argumentación jurídica y su relación con la filosofía y con la teoría general del Derecho; el cuarto capítulo trata de los argumentos interpretativos en las decisiones judiciales, los esquemas de los argumentos de interpretación y la argumentación jurídica. Por último, el quinto capítulo desarrolla la argumentación constitucional y los argumentos más utilizados en el ámbito constitucional; para luego tratar de arribar a una conclusión verosímil con las hipótesis formuladas al inicio de la investigación.







## CAPÍTULO I

### LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

#### 1. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

“No queda duda respecto a que el razonamiento jurídico es de alguna manera un razonamiento de tipo débil, pero que a partir de un proceso argumentativo va transformándose y perdiendo paulatinamente este carácter de debilidad, asumiendo por el contrario fijeza”<sup>1</sup>. Este proceso era el que los griegos llamaban *endoxa*, y sus premisas endójicas.

La noción de *endoxa* “resulta ser una pieza capital dentro de la dialéctica y también de la retórica, y se alude con ella tanto a la naturaleza particular que tienen las premisas con las cuales el razonamiento judicial práctico prudencial se conjuga, como igualmente a la manera en que las mismas premisas son utilizadas”<sup>2</sup>.

Para comprender de mejor forma la teoría de la argumentación se debe analizar un breve esquema analítico de algunas cuestiones que faciliten su explicación, con la

---

<sup>1</sup> Ghiardi, Olsen. EL RAZONAMIENTO DÉBIL. En: LA NATURALEZA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL. Alveroni Ediciones. Córdoba. 1993. Pp. 29.

<sup>2</sup> García Amado, J. TEORÍAS DE LA TÓPICA JURÍDICA. Editorial Civitas. Madrid. 1988. Pp. 49.



aclaración de que es necesario conocer con algún grado de claridad, la no diferencia entre dialéctica y retórica, entre otras cosas. Dicha distinción es necesaria como pieza de especulación doctrinaria abierta a la confrontación iusfilosófica respectiva.

## 1.1 LA DIALÉCTICA

La dialéctica se define como “el arte de argumentar sobre toda cosa, dialogando a partir de lo probable; es decir que la nombrada cuestión no sería otra cosa que la posibilidad efectiva de que aquellas premisas que por su misma naturaleza son débiles puedan pasar a tener un *status* de mayor firmeza y aceptación en un determinado auditorio”<sup>3</sup>. Como a la vez, si tal gestión no es cumplida adecuadamente, la primitiva debilidad incrementará en forma notable su fragilidad, y por lo tanto negativamente hasta llegar a un punto en que la tesis carecerá de cualquier tipo de valor o asignación de sentido para el auditorio concreto de que se trate, y con ello, en el mejor de los casos, la gestión del *rétor* será considerada redundante, y en el más grave caso, y también típico, irrelevante.

La retórica, por su parte, tiene una profunda vinculación con la dialéctica y, por lo tanto, se encuentra inserta en la teoría de la argumentación en general y no resulta extraña o ajena al ámbito de lo jurídico-judicial. Bien se puede decir que la primera es

---

<sup>3</sup> Beristán, H. DICCIONARIO DE RETÓRICA Y POÉTICA. Editorial Porrúa. México. 1998. Pp. 141.



la forma científica que asume la segunda cuando es ejercida delante de ciertos precisos auditorios, tales como los tribunales o asambleas políticas; ello en razón, sin más, a que el fin de la retórica es el persuadir a dicho auditorios, lo cual a la vez se cumple mediante la argumentación.

Si la dialéctica es el arte de argumentar, la retórica precisamente será ese ejercicio de la argumentación; es el ejercicio argumentativo ante un auditorio determinado. Mediante ella se procederá a efectuar la selección de los argumentos que mejor colaboren a la credibilidad de la tesis en punto. Por otro lado, cabe agregar que “su objeto material es lo que resulta verosímil, y no aquello que inmediatamente es verdadero; por lo tanto, se muestra también su aproximación a la dialéctica, aunque se diferencia de ella en función de que en vez de trabajar con la forma silogística propia, pues utiliza del entimema, que en definitiva no es otra cosa que un tipo de silogismo abreviado y por el cual moviliza en gran modo las pasiones, cuestión esta que por definición no acontece en la dialéctica”<sup>4</sup>.

## 1.2 EL ARGUMENTO

En orden a lo que se ha sido señalado, la noción de argumento toma una relevancia indiscutible, puesto que es el contenido material de la argumentación, y por lo tanto, punto de conexión entre retórica y la dialéctica. Se puede decir entonces que

---

<sup>4</sup> *Ibidem*. Pp. 176.



un argumento es una razón que produce creencia respecto de lo que está en cuestión, ello está determinado por las circunstancias en que el argumento está siendo brindado y por quien de ello se está ocupando.

Lo que se acaba de señalar se conoce también como la pertinencia que los argumentos poseen, y ello potencia o debilita el mismo valor convictivo que del mismo se quiera tener. Por ello es que los argumentos deben ser adecuados en relación con la temática que esté siendo considerada y con la propia situación específica en la que están siendo utilizados.

Corresponde ilustrar brevemente que Aristóteles<sup>5</sup> diferencia dentro de los argumentos retóricos los que son extrínsecos a la retórica y los intrínsecos a dicho arte. Pues, por caso, enumera el primero de los indicados en este orden: leyes, testigos, pactos, declaraciones en tormento y juramento.

Los argumentos intrínsecos a la retórica se diferencian en tres aspectos: a) los que se basan en el que habla; b) los que generan en el auditorio un determinado estado de ánimo; y c) los que radican propiamente en el discurso. Obviamente, los que resultan ser privilegiados por el autor son los últimos, toda vez que los restantes

---

<sup>5</sup> Aristóteles. RETÓRICA. Traducción por: Granero, Ignacio. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional de Cuyo. Argentina. 1951.

tienen un mayor fundamento en la psicología, sea del *rétor* o del auditorio, por lo que el fundamento principal está principalmente en la propia argumentación que es brindada.



En modo corriente se define el argumento como todo aquello que arguye la mente para convencer a otro, y con mayor precisión se dice que es la manifestación con razones de verosimilitud o no de una determinada proposición. En relación con ello es que también se debe comprender que “para el ámbito de lo jurídico la *opinión* o el mundo de lo *opinativo* no es una cuestión en manera alguna devaluada, sino todo lo contrario, porque en rigor de verdad se puede señalar que sólo tres campos de la realidad son los que escapan al mundo de la opinión y se encuentran entonces ligados a la certeza: el del conocimiento científico, el de la fe religiosa y el de los sentimientos”<sup>6</sup>.

Los argumentos retóricos, que por caso son los que ahora importan, son la expresión de un raciocinio, en función de que “los mismos por defecto no se presentan en manera dispersa o aislados, sino que constituyen lo que se ha dado en nombrar como *esquemas de argumentos*, y funcionan entonces en una manera refleja unos a otros, por lo cual aparece peligroso cuando por alguna razón un argumento es aislado de la comunidad que constituye. De hecho cuando eso acontece es muy probable que también se produzca un descontexto del argumento”<sup>7</sup>. Se afirma entonces que

---

<sup>6</sup> Breton, Philippe. LA ARGUMENTACIÓN EN LA COMUNICACIÓN. Editorial Universidad de Cataluña. España. 2014. Pp. 36.

<sup>7</sup> Austin, J. CÓMO HACER COSAS CON LAS PALABRAS. Editorial Paidós. Argentina. 1982. Pp. 54.



mientras el raciocinio puede quedar domeñado en la sola mente del sujeto por el argumento la trasciende, puesto que por su naturaleza se dirige siempre a otros sujetos, que se conoce como *auditorio*.

En consecuencia, “el argumento está destinado a la persona o a las personas para las cuales o contra las cuales se argumenta; tiene como consecuencia su razón de ser en el mismo diálogo”<sup>8</sup>. Sin argumento no hay diálogo, y sin éste tampoco existe dialéctica alguna. Se debe destacar que el diálogo puede ser considerado desde tres perspectivas: como proceso interactivo, como una construcción verbal o como un recurso literario.

De ordinario se refiere al mismo en su primera acepción, esto es, “formando parte de las relaciones sociales, verbales o no, de la vida del hombre, y como tal puede ser objeto de una pragmática, además del sometimiento que a las reglas procesales el diálogo forense está impuesto”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Mans Puigarnau, J. LÓGICA PARA JURISTAS. Editorial Bosch. España. 1969. Pp. 135.

<sup>9</sup> Bobes Naves, M. EL DIÁLOGO. Editorial Gredos. Madrid. 1992. Pp. 7.



“Se puede interrogar de qué materia prima se compone la argumentación, y por lo dicho, la respuesta se impone como obvia: como es de argumentos, los que en su conjunto constituyen lo que propiamente se nombra como un discurso”<sup>10</sup>.

Este discurso obviamente tiene la característica de poder ser escrito o no, y de tener una extensión variable, siendo esa una cuestión inmediata y que se ajustará en los hechos, debiendo finalmente señalarse que “todo discurso jurídico se trata de una construcción solemne y rigurosamente codificada, y que en virtud de ello se diferencia de los otros discursos prácticos posibles”<sup>11</sup>.

## **2. ALGUNAS TEORÍAS SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

### **2.1 LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Marina Gascón y Alfonso García Figueroa proponen que “cuando se define la teoría de la argumentación jurídica se hace referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el Derecho”<sup>12</sup>. Sin embargo, esta definición es demasiado genérica y se agregaría que las teorías se ocupan de la descripción, análisis y

---

<sup>10</sup> Mans Puigarnau, J. *Op. cit.* Pp. 79.

<sup>11</sup> Schilardi, M. MATERIALIDAD Y PODER DEL DISCURSO. Universidad Nacional de Cuyo. Argentina. 1996. Pp. 19.

<sup>12</sup> García Figueroa, Alfonso & Gascón Abellán, Marina. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO. Palestra Editores. Lima. 2005. Pp. 52.

propuesta de la argumentación que se da en las instancias de la aplicación, interpretación, creación y ejercicio del Derecho y, por lo tanto, se dedica no solo de la argumentación de las autoridades legislativas, judiciales o administrativas sino también de la que realizan los académicos y abogados.



## **2.2 EL OBJETO DE ESTUDIO DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

- a) Además de la argumentación jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho, se debe ocupar de la argumentación en materia de hechos, la científica, la de la vida ordinaria, y sus relaciones con la teoría moral y la teoría del Derecho.
- b) Tiene por objeto también la argumentación que se realiza en los procesos de mediación y negociación como instrumentos de solución de conflictos.
- c) "No debe tener carácter puramente prescriptivo, sino también descriptivo, tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación"<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> *Ibidem.* Pp. 55.



- d) “La teoría de la argumentación jurídica tendrá que dar cuenta de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del Derecho, esto es, en las instancias legislativas”<sup>14</sup>.

## 2.3 LA APLICACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Aplicación del aspecto descriptivo:

- a) La teoría de la argumentación jurídica sirve para realizar un análisis conceptual que permite clarificar el lenguaje empleado en la argumentación.
- b) Describe qué y cómo deciden los jueces en su labor jurisdiccional.
- c) Tiene como función el análisis de razonamiento que emplean los jueces.

Aplicación del aspecto prescriptivo:

- a) “Cómo hacer y construir mejores argumentos.
- b) Cómo deberían decidir los jueces en los casos difíciles.
- c) Formular guías muy abstractas para la resolución de casos.

---

<sup>14</sup> Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. UNAM. México. 2007. Pp. 105.



- d) Proponer algunos criterios para intentar mejorar la racionalidad de la función jurisdiccional.
- e) Cómo justificar las resoluciones de las autoridades administrativas en la emisión de sus actos.
- f) Argumentación que se realiza en los juicios orales”<sup>15</sup>.

La argumentación jurídica actualmente es un área de la Filosofía del Derecho que está en el centro de discusión de filósofos y juristas; su importancia y trascendencia ha incidido no solo en la teoría del Derecho sino también en la aplicación del Derecho como es el razonamiento judicial.

## **2.4 CONTENIDO DE ALGUNAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

### **2.4.1 LA TEORÍA DE THEODOR VIEHWEG (TÓPICA)**

La teoría de este autor es un tanto complicada y confusa y, si bien no está sistematizada ni contiene una propuesta metodológica para argumentar, como sí lo hacen otros autores, contiene algunas características que sirven de punto de partida para el estudio de estas teorías. Una aportación importante son los tópicos o lugares

---

<sup>15</sup> García Figueroa, Alfonso & Gascón Abellán, Marina. *Op. cit.* Pp. 59.

comunes que sirven como inicio de la argumentación para que se pueda  
consenso y posteriormente la persuasión en el debate y discurso argumentativo.



Elementos de la tópica:

- a) “Desde su objeto es una técnica del pensamiento problemático.
- b) Desde el instrumento con que opera, el lugar común o topoi.
- c) Desde su actividad es una búsqueda y examen de premisas”<sup>16</sup>.

Para Viehweg los tópicos son lugares comunes o puntos de vista que sirven de premisas para la argumentación y se usan en la discusión y la resolución de problemas y pueden ser:

- a) “Lugares comunes de la vida ordinaria.
- b) Principios de sentido común.
- c) Fórmulas argumentativas.
- d) Principios generales de Derecho.
- e) Normas positivas”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. *Op. cit.* Pp. 34.

<sup>17</sup> Viehweg, T. Citado por: García Amado, Juan Antonio. TÓPICA, RETÓRICA Y TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. En: Carrasco Fernández, Felipe Miguel. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ESTUDIOS EN TORNO A... Tomo II. Popocatépetl Ediciones. México. 2006. Pp. 685.



De acuerdo con este autor la perspectiva argumentativa de Derecho consuetudinario en el intercambio de razones y se expresa mediante la acción comunicativa de los sujetos, es un proceso retórico en que la tópica sirve como fuente de sus argumentos.

Señala el autor como función del consenso en la racionalidad de las decisiones jurídicas:

- a) “Selección de las premisas de los argumentos que pueden fundar las soluciones.
- b) La decisión basada en una solución admisible y los argumentos que apoyan a ésta.
- c) En la elección de las premisas es donde el consenso desempeña una función decisiva.
- d) El consenso deberá estar en el punto de partida de la argumentación, respaldando los argumentos utilizables”<sup>18</sup>.
- e) En toda argumentación se distinguen los siguientes elementos:
  1. ”El ataque de los argumentos de la parte contraria.
  2. La defensa de la propia postura a través de los argumentos.
  3. La explicación de la tesis que sostiene y su justificación ante el auditorio”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Viehweg, T. Citado por: García Amado, Juan Antonio. *Op. cit.* Pp. 687.

<sup>19</sup> Viehweg, Theodor. *TÓPICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1997. Pp. 169.



Para Viehweg, si fundamentar es necesariamente argumentar, contrargumentar, entonces es una actividad que solo es posible si se satisfacen determinados deberes de comunicación.

#### **2.4.2 LA TEORÍA DE CHAÏM PERELMAN (NUEVA RETÓRICA)**

El fundamento de la teoría de este autor es la vigencia que da a la retórica de Aristóteles, dando una concepción retórica al razonamiento jurídico y a partir de ahí los puntos principales de su teoría son los siguientes:

- a) El objeto de su teoría es “el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o acrecentar la adhesión de los destinatarios del discurso a las tesis presentadas a su asentimiento”<sup>20</sup>.
- b) “Los elementos nucleares de la teoría de la argumentación de Perelman son la adhesión y la adaptación entre el orador y el auditorio a quien se pretende persuadir y por lo tanto influyen de manera recíproca”<sup>21</sup>.
- c) En la argumentación es fundamental la referencia al auditorio que se trata de persuadir. Distingue entre auditorio particular que es real y que pueden ser la

---

<sup>20</sup> Perelman, Chaim. LA NUEVA RETÓRICA. Editorial Colofón. México. 1995. Pp. 35.

<sup>21</sup> Manasero, María de los Ángeles. DE LA ARGUMENTACIÓN AL DERECHO RAZONABLE. UN ESTUDIO SOBRE CHAIM PERELMAN. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 2001. Pp. 192.



asamblea, los jueces, un público en general y auditorio universal entendido como el que se dirige a todo ser de razón pero que es un concepto ideal por ser una construcción del orador, de tal forma que los argumentos que encuentran acuerdo del auditorio universal son válidos, mientras que los que sólo son aceptados por un auditorio particular sólo son eficaces.

- d) Señala como presupuestos y elementos de la argumentación: a) el discurso, b) el orador, c) el auditorio.
- e) Distingue tres géneros oratorios: “a) el deliberativo (ante la asamblea), b) el judicial (ante los jueces), c) el epidíctico (ante espectadores que no tienen que pronunciarse)”<sup>22</sup>.
- f) El fin de la argumentación no sólo es conseguir la adhesión del auditorio sino acrecentarla.
- g) Establece los tipos de argumentación: “a) ante un auditorio universal, b) ante un único oyente (diálogo), c) deliberación con uno mismo”<sup>23</sup>.
- h) Distingue entre persuadir y convencer, “la primera vale para un auditorio particular, la segunda es válida para todo ser de razón”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Perelman, Chaim. LA LÓGICA JURÍDICA Y LA NUEVA RETÓRICA. Editorial Civitas. Madrid. 1979. Pp. 140.

<sup>23</sup> *Ibidem*. Pp. 154.

<sup>24</sup> Perelman, Chaim. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. NUEVA RETÓRICA. Editorial Gredos. Madrid. 1989. Pp. 67.



Para este autor la argumentación es un proceso de acción con la que se pretende obtener la adhesión del auditorio por medio del lenguaje y prescindiendo de la violencia física o psicológica.

Al estudiar las premisas de la argumentación se distinguen tres aspectos: a) el acuerdo, b) la elección, c) la presentación de las premisas.

Señala como petición de principio que los valores universales son instrumentos de persuasión por excelencia, por ejemplo la justicia, la equidad, etcétera.

Perelman dedica una parte de su tratado a las técnicas de argumentación y distingue entre *procedimientos de enlace*, “aquellos esquemas que unen elementos distintos de un argumento y permiten establecer entre éstos una solidaridad que pretenda bien estructurarlos, o bien valorarlos; y *procedimientos de disociación*, aquellas técnicas de ruptura cuyo objeto es disociar, separar elementos considerados componentes de un todo”<sup>25</sup>.

Clasifica los argumentos de acuerdo a su fuerza en: a) argumento eficaz, b) argumento válido, c) argumentos fuertes y d) argumentos débiles.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*. Pp. 299.



Para Perelman el razonamiento jurídico es “la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea no sólo conforme a la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable”<sup>26</sup>.

### **2.4.3 LA TEORÍA DE STEPHEN TOULMIN (TEORÍA INFORMAL)**

Establece una nueva concepción de la lógica, la intención de Toulmin consiste en oponerse a una tradición que arranca de Aristóteles y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría.

Para Toulmin, “argumentar es el modo de comportamiento que constituye la práctica de las razones, razonar a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos”<sup>27</sup>.

Razonamiento es la actividad central de prestar razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión.

---

<sup>26</sup> Perelman, Chaim. LA LÓGICA JURÍDICA Y LA NUEVA RETÓRICA. *Op. cit.* Pp. 160.

<sup>27</sup> Toulmin, Stephen Edelson. LOS USOS DE LA ARGUMENTACIÓN. Ediciones Península. Barcelona. 2007. Pp. 134.



Para Toulmin, argumentación es “la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas”<sup>28</sup>.

La teoría de este autor es una de las más prácticas en cuanto enseña cómo construir un argumento y se puede aplicar tanto en la motivación judicial como en la argumentación de los litigantes, porque señala que en un argumento se distinguen cuatro elementos:

- a) “*La pretensión*, es el punto de partida como el punto del destino de nuestro proceder en la argumentación;
- b) *Las razones*, son motivos a favor de su pretensión que sean relevantes y suficientes, son los hechos específicos del caso,
- c) *La garantía*, son reglas, principios, enunciados generales, definiciones o máximas de la experiencia que permiten o autorizan el paso de las razones a la pretensión, y se pueden expresar mediante juicios hipotéticos mediante la fórmula *si... entonces...*, la distinción entre razones y garantía es la misma entre enunciados de hecho y normas;
- d) *El respaldo*, puede expresarse en la forma de proposición categórica sobre hechos, muestra de qué manera se puede argumentar a partir de

---

<sup>28</sup> *Ibidem*. Pp. 135.

tales hechos. Sin las normas, las tesis, los principios y garantías individuales”<sup>29</sup>.



En el modelo anterior existen además otros dos elementos de la argumentación, el primero sirve para determinar la fuerza de los argumentos: a) cualificadores modales, que expresan la mucha o poca fuerza de la conclusión y se expresan por medio de los conectores que indican el paso de las premisas a la conclusión y son: *presumiblemente, plausiblemente, probablemente*, y b) condiciones de refutación, son ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos. Ejemplo: El hijo tiene derecho a la herencia de los padres, *a menos que no acredite su entroncamiento*.

Distingue como tipos de argumentos: “a) argumentos substanciales, que es cuando el respaldo para la garantía no contiene la información expresada en la conclusión y, b) argumentos analíticos, son aquellos en los que el respaldo para la garantía que autoriza el paso de las razones a la conclusión incluye explícita o implícitamente la información expresada en ésta”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*. Pp. 135-136.

<sup>30</sup> *Ibidem*. Pp. 137.



Señala como tipos de falacias cinco categorías diferentes, que corresponden a cada uno de los elementos de que se compone un argumento: “a) de una falta de razones, b) de razones irrelevantes, c) de razones defectuosas, d) de suposiciones no garantizadas y e) de ambigüedades”<sup>31</sup>.

#### **2.4.4 LA TEORÍA DE NEIL MACCORMICK (TEORÍA INTEGRADORA)**

En la primera obra de MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, si bien es cierto hay algunos rasgos de la retórica en su teoría, como por ejemplo cuando hace referencia al principio de universalidad, en la segunda obra relativa a la argumentación de este autor, sí se encuentra que dedica particular importancia a la retórica, pues incluso del mismo título se aprecia: *Rethoric and the Rule of Law, A Theory of Legal Reasoning*, y es interesante cómo destaca el filósofo el impacto de los argumentos retóricos de las partes en la decisión del juzgador.

Es sobre todo toda una teoría integradora de la argumentación jurídica, porque recoge elementos de otras teorías y los incorpora a su propio modelo.

Distingue el uso de la justificación deductiva para los casos fáciles y la argumentación jurídica para los casos difíciles.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*. Pp. 137.



Establece que al momento de resolver un caso se deben distinguir los siguientes problemas:

- a) “Que afectan a la premisa normativa, y los denomina problemas de interpretación, que se presentan cuando la norma que se pretende aplicar al caso admite más de una interpretación y; problemas de relevancia, que plantean una cuestión previa a la interpretación, esto es, cuando no existe una norma aplicable al caso;
  
- b) Que afectan a la premisa fáctica, y que son *problemas de prueba*, que se refieren a establecer la premisa menor o a la premisa fáctica, y *problemas de calificación*, que se presentan cuando lo que se discute es si los hechos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto que establece la norma”<sup>32</sup>.

Esta clasificación es importante porque antes de decidir un caso se debe determinar si la norma se aplica al hecho que se pretende resolver, o si los hechos encuadran en la norma que se pretende utilizar.

---

<sup>32</sup> Maccormick, Neil. Citado por: Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. *Op. cit.* Pp. 105.



Señala que en la justificación, en los casos difíciles, es fundamental el requisito de universalidad, pues se exige que para justificar una decisión normativa se cuente al menos con una premisa que sea expresión de una norma general o de un principio, universalidad no es lo mismo que generalidad, que se refiere a que una norma puede ser más específica que otra, pero igualmente universal.

Distingue como principios para que una decisión sea racional: la consistencia y la coherencia. Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas, es decir, no infringir el derecho vigente y ajustarse a la realidad en materia de pruebas; mientras que la decisión satisface el requisito de coherencia cuando la resolución es acorde con el resto de las normas y los principios del ordenamiento jurídico. Además, distingue los siguientes tipos de coherencia:

- a) “Coherencia normativa. Es cuando una norma puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que resulten aceptables como: seguridad, respeto a la vida, etcétera.
- b) Coherencia narrativa. Suministra un test en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe la prueba directa, por ejemplo, las presunciones”<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> *Ibidem*. Pp. 107.



En la idea de coherencia normativa se basan dos tipos de argumentos que juegan un papel importante en la solución de casos difíciles: a) argumentos a partir de principios y b) argumentos consecuencialistas, que son los estados de cosas posteriores al resultado y conectados con él.

En los argumentos consecuencialistas se debe distinguir entre:

- a) consecuencias de una acción y el resultado;
- b) consecuencias conectadas causalmente; y
- c) consecuencias remotas.

Los argumentos consecuencialistas son hipotéticos, pero no probabilistas y las consecuencias se evalúan en relación con una serie de valores como la justicia, el bien común, la seguridad jurídica, lo que conlleva a un utilitarismo ideal, o también estas preferencias valorativas son hasta cierto punto subjetivas.

“El argumento consecuencialista consiste en evaluar las consecuencias que se derivan de adoptar una u otra de las hipótesis rivales, es decir, las posibles alternativas que tiene el decisor para determinar la regla, la premisa normativa que soluciona el

caso, el criterio de evaluación es la aceptabilidad o no de las consecuencias su adopción derivan”<sup>34</sup>.



En su última obra, MacCormick señala que “en el Estado de Derecho la aplicación de la ley puede ser problemática debido a la aplicación de normas como a la interpretación de los hechos, por lo que busca conciliar la retórica y el Estado de Derecho para lograr una mayor seguridad jurídica”<sup>35</sup>.

Señala el autor escocés que “el Derecho es una disciplina en sí misma argumentativa, en ocasiones hay personas que dominan el Derecho pero no conocen la retórica, y otras veces los que saben de retórica no son expertos en Derecho, por lo que lo ideal sería una persona que dominara ambas disciplinas”<sup>36</sup>.

En esta obra, MacCormick analiza las teorías retóricas como la tónica de Viehweg y destaca su importancia en el Estado de Derecho; también se refiere a la teoría de Perelman y la gran importancia de una reconciliación de estas y como consecuencia lograr este ideal entre la retórica y el Estado de Derecho.

---

<sup>34</sup> Manasero, María de los Ángeles. EL ARGUMENTO CONSECUCIONALISTA EN LA TEORÍA DE NEIL MACCORMICK: SU FUNCIÓN Y LÍMITES. En: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ESTUDIO SOBRE NEIL MACCORMICK. Ediciones UNL. Argentina. 2003. Pp. 47.

<sup>35</sup> MacCormick, Neil. RETÓRICA Y LA REGLA DE LA LEY. UNA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Palestra Editores. Lima. 2005. Pp. 19.

<sup>36</sup> *Ibidem*. Pp. 130.

## 2.4.5 LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY (TEORÍA EXPERIMENTAL)



Este autor es de los más importantes teóricos contemporáneos; a partir de 1978 se publica su tesis doctoral *Teoría de la argumentación jurídica*, y desde entonces hasta la fecha, ha seguido publicando artículos sobre este tema, por lo que su teoría ha ido evolucionando.

Tiene gran influencia en Alexy la teoría del discurso de Habermas, según el cual las cuestiones práctico-morales pueden decidirse racionalmente, mediante las reglas del uso del lenguaje.

Es una teoría procedimental que tiene diversas interpretaciones. En cuanto al procedimiento hace referencia: a los individuos que participan en el mismo, a las exigencias que se imponen en el procedimiento, y a la peculiaridad en el proceso de decisión.

Su teoría de la argumentación jurídica se basa principalmente en 28 reglas fundamentales del discurso y se basa en los principios de: “a) sinceridad, b) no contradicción de normas, c) universalidad y d) uso común del lenguaje”<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Alexy, Robert. *TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*. Palestra Editores. Lima. 2007. Pp. 265.



Señala como reglas fundamentales del discurso en que tiene lugar la argumentación las siguientes:

- a) “Ningún hablante puede contradecirse,
- b) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree,
- c) 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, y
- d) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados”<sup>38</sup>.

Indica como reglas de razón o de fundamentación, que definen un ideal, las siguientes:

- a) “Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación,
- b) Quien pueda hablar debe tomar parte en el discurso,
- c) Todos pueden problematizar cualquier aserción,
- d) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso,
- e) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades y
- f) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (b) y (c), mediante coerción interna o externa al discurso”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*. Pp. 266.

<sup>39</sup> *Ibidem*. Pp. 270.



Establece como reglas sobre la carga de la argumentación las siguientes:

- a) “Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo,
- b) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello,
- c) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos,
- d) 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”<sup>40</sup>.

Las reglas sobre las formas de argumentos son las siguientes:

- a) “Por referencia a una regla presupuesta como válida,
- b) Señalando las consecuencias de seguir el imperativo implicado,
- c) Reglas de prioridad que se aplican sobre otras bajo cualquier condición,
- d) Reglas de prioridad que tienen preferencia sobre otras bajo determinadas condiciones,
- e) Estructura de argumento regresiva, sirve de apoyo para otro argumento, y
- f) Estructura de argumento aditiva, argumentos independientes entre sí”<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> *Ibidem*. Pp. 273.

<sup>41</sup> *Ibidem*. Pp. 275.



Las reglas de la fundamentación son las siguientes:

- a) “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 (que toma de Hare),
- b) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos; y
- c) Todo regla debe poder enseñarse en forma abierta y general”<sup>42</sup>.

Señala como reglas de transición las siguientes:

- a) “Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico),
- b) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje,
- c) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso”<sup>43</sup>.

Una de las importantes tesis dentro de la teoría de Robert Alexy es la tesis de la pretensión de corrección en la que se distinguen los siguientes elementos:

---

<sup>42</sup> *Ibidem.* Pp. 278.

<sup>43</sup> *Ibidem.* Pp. 289.



- a) “Los sujetos:
  - 1. Formulación objetiva, pretensión personal de corrección.
  - 2. Formulación subjetiva, pretensión oficial, jueces.
  
- b) Los destinatarios:
  - 1. Institucionales:
    - a) Legisladores-destinatarios de la ley.
    - b) El juez-partes del proceso.
    - c) Funcionario administrativo-sujetos.
  - 2. No institucionales:
    - a) Todo aquello que participe en un sistema jurídico.
  
- c) La formulación:
  - 1. La afirmación de la corrección.
  - 2. La garantía de la fundamentalidad.
  - 3. La expectativa del reconocimiento de la corrección por parte de los destinatarios”<sup>44</sup>.

La tesis de la pretensión de corrección de Robert Alexy, entendida como un ideal regulativo al que debe aspirar toda resolución, es una réplica a la tesis de la única respuesta correcta sostenida por Ronald Dworkin, quien sostiene que en los casos difíciles siempre se va a llegar a una única solución.

---

<sup>44</sup> Alexy, Robert. DERECHO Y CORRECCIÓN. En: LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA. Editorial Comares. Granada. 2005. Pp. 340.



Establece como reglas y formas de la justificación interna:

- a) “Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal,
- b) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal junto con otras proposiciones,
- c) Siempre que exista duda sobre si  $a$  es un  $t$  o un  $m$ , hay que aducir una regla que decida la cuestión;
- d) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible,
- e) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo”<sup>45</sup>.

Alexy, para demostrar la aplicación de la deducción en la justificación interna, pone el siguiente ejemplo: quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor; quien mata alevosamente, comete un asesinato; quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente; quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión; X mató a Y mientras este último estaba dormido; a X se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*. Pp. 345.



Señala las reglas y formas de la justificación externa, se refiere a la justificación de las premisas que pueden ser de tres tipos:

- a) Reglas de derecho positivo,
- b) Enunciados empíricos (presunción racional y carga de la prueba) y
- c) Reformulación de normas por argumentación jurídica.

Uno de los principales puntos de interés en que se centra este autor alemán es la ponderación y consiste en “determinar en caso de colisión de principios cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”<sup>46</sup>, por ejemplo, cuando al resolver un caso entran en conflicto el derecho a la información y el derecho a la intimidad.

Señala como la regla de oro para la ponderación: “*Cuando mayor sea el grado de lesión de un principio constitucional tanto mayor es la necesidad de satisfacer el principio en contrario*”<sup>47</sup>.

Alexy señala como pasos de la ponderación:

---

<sup>46</sup> Alexy, Robert. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2001. Pp. 90.

<sup>47</sup> Alexy, Robert. SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA. En: DOXA. CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 5. Alicante. 1988. Pp. 128.



- i. “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios.
- ii. En un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- iii. En el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”<sup>48</sup>.

Alexy sostiene la tesis de la doble dimensión o naturaleza del Derecho:

- a) “Por un lado el Derecho tiene una naturaleza real o fáctica, se compone de tres elementos:
  1. La relación entre el Derecho y la coerción.
  2. La relación entre el derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas.
  3. La relación entre el derecho y el resentimiento acerca del mismo. En la dimensión real la coerción como propiedad esencial del Derecho que es el medio imprescindible para que el Derecho pueda cumplir dos valores con los cuales tiene una conexión necesaria: la certeza y la eficacia jurídica.
  
- b) Por otro lado, tiene una naturaleza ideal o crítica. Esta propiedad tiene que ver con la relación entre el Derecho y la moral.

---

<sup>48</sup> Alexy, Robert. Citado por: Bernal Pulido, Carlos. ESTRUCTURA Y LÍMITES DE LA PONDERACIÓN. DOXA. CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 25. Alicante. 2003. Pp. 227.



1. El Derecho necesariamente formula una pretensión de corrección y que esta implica una exigencia de corrección moral.
2. Dicha pretensión es la fuente de la relación necesaria entre el derecho y la moral.

c) La reconciliación de la dimensión real con la ideal.

1. El principio de seguridad jurídica (principio formal), el principio de justicia (principio material) exige que la decisión sea moralmente correcta, cuando ambos principios entran en colisión se da paso a la ponderación.
2. La argumentación jurídica es el mecanismo para que un Estado constitucional democrático dé solución a los problemas jurídicos por medio de una legislación democráticamente legitimada y un control de constitucionalidad<sup>49</sup>.

#### **2.4.6 LA TEORÍA DE MANUEL ATIENZA**

Manuel Atienza, que se ha dedicado al estudio de la argumentación jurídica en las últimas dos décadas, propone un proyecto de una teoría de la argumentación jurídica y señala las siguientes etapas:

---

<sup>49</sup> Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. *Op. cit.* Pp. 179.



- a) “Identificar el problema de acuerdo a la clasificación de MacCormack, determinar si es de relevancia, de interpretación, de prueba, o de calificación.
- b) Establecer si se debe el problema a insuficiencia de información.
- c) Construir una hipótesis que dé solución al problema.
- d) Justificar la hipótesis por medio de argumentos por analogía, *a pari*, *a fortiori*, reducción al absurdo, etcétera.
- e) Al final se debe pasar de las premisas a la conclusión”<sup>50</sup>.

Las funciones de la teoría de la argumentación jurídica son: a) de carácter teórico o cognoscitivo a otras ciencias (filosóficos), b) de naturaleza práctica o técnica (producir, interpretar, aplicar el derecho, la enseñanza del Derecho, razonar como jurista), c) de naturaleza político moral (qué tipo de ideología).

Distingue entre casos: a) fáciles, b) difíciles, y c) trágicos, a los que define como aquellos en los que no cabe encontrar solución sin que se sacrifique algún elemento esencial de un valor fundamental-dilema.

Distingue como concepciones de la argumentación: a) formal, relativa a la argumentación lógica, b) material, que se refiere a las premisas y razones que se

---

<sup>50</sup> Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2006. Pp. 76.



utilizan en los argumentos, y c) pragmática, que a su vez divide en retórica que ocupa de las técnicas para convencer, y dialéctica, que se dedica al debate argumentativo entre dos o más participantes.

#### 2.4.7 LA TEORÍA DE AULIS AARNIO

Las ideas generales son: “Su obra iusfilosófica es neorrealista o neoempirista, su objeto es el estudio en torno a la argumentación jurídica es: la interpretación jurídica, el razonamiento de la dogmática jurídica, influye en él la filosofía lingüística de Wittgenstein, Habermas y Alexy”<sup>51</sup>.

Los conceptos fundamentales de la teoría de Aulis Aarnio son: “*La racionalidad*, que depende de las fuentes del Derecho que se utilizan, fuente es toda razón que de acuerdo a reglas aceptadas en la comunidad jurídica puede ser usada como base justificatoria de la interpretación en una decisión jurídica (predecibilidad), ausencia de arbitrariedad; (...) *la razonabilidad*, es relativa al acervo axiológico del auditorio, los valores del auditorio son criterios que miden la validez y condicionan la aceptabilidad, la aceptabilidad racional es cuando la comunidad jurídica comparte el mismo código valorativo”<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Cabra Apalategui, José Manuel. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RACIONALIDAD EN A. AARNIO. Editorial Dykinson. Madrid. 2000. Pp. 72.

<sup>52</sup> Aarnio, Aulis. LO RACIONAL COMO RAZONABLE. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Pp. 119.



El consenso es posible si se dan las siguientes condiciones: a) el uso de lenguaje común, b) la posesión de la misma evidencia empírica sobre el mundo, c) el compartir un número o serie suficiente de valores y d) el empleo de un discurso racional.

Aarnio señala como origen o tipos de desacuerdo entre la persona y el auditorio los siguientes: “Técnico, lingüístico, material cognitivo y axiológico y pueden ser:

- a) Vaguedad.
- b) Falta de claridad.
- c) Apertura no específica.
- d) Ambigüedad semántica o sintáctica.
- e) Apertura valorativa.
- f) Conflictos normativos (antinomias).
- g) Lagunas del Derecho<sup>53</sup>.

Establece como requisitos para la aceptabilidad racional los siguientes:

- a) “Lenguaje común,
- b) Mismas bases cognitivas,

---

<sup>53</sup> Cabra Apalategui, José Manuel. *Op. cit.* Pp. 125.



- c) Coincidencia de códigos valorativos,
- d) Formas de vida y parecidos de familia (concepto que toma de Wittgenstein),
- e) Principio regulativo del razonamiento jurídico que enuncia: *trata de alcanzar una solución y justificación tales para casos difíciles que la mayoría de los miembros que piensan racionalmente pueden aceptar,*
- f) Comunidad jurídica: *son todos los individuos que tienen interés en formar parte en el discurso sobre las posibles alternativas de solución e interpretación, y*
- g) Auditorio real depende de: ejercicio de poder y presión y coacción”<sup>54</sup>.

Para Aarnio hay juicio y valores que intervienen en el razonamiento jurídico como los siguientes:

- a) “Los valores morales forman parte de la justificación jurídica.
- b) La aceptabilidad depende del acervo axiológico del auditorio al que va dirigida.
- c) La justificación última de valores no es racional.
- d) La coherencia en el razonamiento jurídico depende:
  - 1. Mayor número de enunciados.

---

<sup>54</sup> *Ibidem*. Pp. 128.



2. Mayor longitud de cadenas de razón.
3. Enunciados fuertes.
4. Mayor uso de enunciados universales.
5. Interconexiones conceptuales entre teorías.
6. Mayor número de ámbitos de vida”<sup>55</sup>.

#### **2.4.8 LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI (TEORÍA GARANTISTA)**

La teoría garantista de Ferrajoli ha tenido gran aceptación tanto en Europa como en América Latina, tanto, que se habla de una política garantista, cómo actualmente ha influido en Latinoamérica en la reforma al procedimiento penal cuando se pretende reformar algunas leyes.

“Este autor utiliza el término *garantismo* bajo tres acepciones: en la primera designa un modelo normativo de derecho (el modelo del Estado de derecho), en la segunda es una teoría jurídica y en la tercera es una filosofía política, en la que funde al Estado y la protección de los derechos”<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> *Ibidem*. Pp. 131.

<sup>56</sup> Gascón Arellan, Marina. LA TEORÍA DEL GARANTISMO: RASGOS PRINCIPALES. En: Carbonell, Miguel & Salazar, Pedro. GARANTISMO, ESTUDIO SOBRE EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI. Editorial Trotta. Madrid. 2005. Pp. 22.



De acuerdo al modelo de Ferrajoli, para la motivación de los hechos en una sentencia penal el juzgador se puede valer de tres silogismos: a) inducción, b) deducción, c) disposición, y propone el siguiente ejemplo:

- a) Conclusión del primer silogismo, fulano ha causado la muerte de mengano (tesis asertiva y fáctica, verdad procesada).
  
- b) Conclusión del segundo silogismo, fulano ha cometido un homicidio (subsumir en un precepto legal).
  
- c) Conclusión del tercer silogismo: se impone a fulano la pena de tantos años de cárcel (norma singular del caso concreto).

#### **2.4.9 TEORÍA DE VAN EEMEREN Y GROOTENDORST (TEORÍA PRAGMADIALÉCTICA)**

Estos autores describen la argumentación como “un acto de habla complejo cuyo propósito es contribuir a la resolución de una diferencia de opinión o una disputa”<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Eermeren Van, Frans H. & Grootendorst, Rob. ARGUMENTACIÓN, COMUNICACIÓN Y FALACIAS. Ediciones Universidad Católica de Chile. Chile. 2002. Pp. 29.



El aspecto dialéctico de su teoría consiste en que hay dos partes que intentan resolver una diferencia de opinión mediante el intercambio metódico de pasos en una discusión.

“El aspecto pragmático está representado por la descripción de los pasos (*moves*) de la discusión como acto del habla”<sup>58</sup>.

Lo interesante de la teoría de estos autores holandeses es que se ocupan de la argumentación que se da en la vida diaria para mejorar la argumentación y sobre todo “resolver una disputa para lo cual proponen métodos y técnicas para analizar y evaluar la estructura y fuerza de los argumentos, así como reglas y estrategias para el debate argumentativo”<sup>59</sup>.

#### **2.4.10 LA TEORÍA DE FLORIS J. BEX (TEORÍA FORMAL-HIBRIDA)**

Esta es una interesante teoría inspirada en Wigmore y desarrollada por Bex en la que pretende desarrollar el discurso jurídico combinando historias, argumentos y evidencias, y por lo tanto tiene gran aplicación en el sistema penal adversarial en

---

<sup>58</sup> *Ibidem*. Pp. 29.

<sup>59</sup> *Ibidem*. Pp. 17.

donde los abogados exponen su teoría del caso precisamente de acuerdo a hechos, pruebas y fundamentos jurídicos, de allí la utilidad de esta postura.



Pero además la teoría híbrida brinda parámetros para evaluar la historia con base en criterios de congruencia, coherencia y completitud, lo cual también permite comparar historias que respaldadas con la prueba, ayuda a elegir la mejor, y así por ejemplo el juez que escucha las posturas o las versiones del fiscal y del defensor tiene una herramienta útil para elegir la mejor versión de los hechos, y así, resolver mejor el caso.

#### **2.4.11 LA TEORÍA DE WIGMORE (EL *CHART METHOD*)**

Es un método de análisis diseñado para construir y evaluar argumentos sobre cuestiones controvertidas de hecho.

“Consiste en que el analista articule todos y cada uno de los pasos de un argumento descomponiéndolo en proposiciones formuladas de manera clara y sencilla, para después trazar un diagrama con todas las relaciones inferenciales entre dichas preposiciones y los hechos a acreditar”<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Cama Leyva, Raymundo. EL MÉTODO DE WIGMORE Y SU APLICACIÓN EN NUESTRA PRÁCTICA JURÍDICA. En: Junoi, Joan & otros autores. LA PRUEBA JUDICIAL. DESAFÍOS EN LAS JURISDICCIONES CIVIL, PENAL, LABORAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Editorial La Ley. Madrid. 2011. Pp. 163.



El método se caracteriza porque tiene estructura binaria; cada proposición relevante que se incluya en el argumento tiende a soportar o bien tiende a disminuir la fuerza probatoria del argumento en su conjunto; su dinámica es dialéctica, se analiza tanto desde nuestra perspectiva como la de nuestro contrincante; opera en dos niveles: a nivel macro y nivel micro.

#### Protocolo de análisis del *chart method*:

- a) “Clasificación del punto de vista adoptado por el analista.
- b) Formular los hechos jurídicamente relevantes o hechos principales del caso.
- c) Formular los hechos secundarios del caso.
- d) Formular las teorías del caso o hipótesis provisionales tanto del proponente como del oponente que guiarán el análisis o la investigación.
- e) Registrar u organizar los datos y la información disponible (a través de tablas cronológicas, por tipos de prueba, etc.) en forma de proposiciones y construir un listado con todas las proposiciones relevantes.
- f) Construir el diagrama trazando las relaciones entre todas las proposiciones del listado.
- g) Refinar y completar el listado de proposiciones y el diagrama de manera reflexiva”<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*. Pp. 168.



Este método tiene las siguientes ventajas:

- a) “Es un método útil para construir y analizar argumentos basados en conjuntos variados y complejos de pruebas, para identificar las partes más fuertes y débiles de un argumento en su conjunto y para someter tales partes a rigurosos y detallados análisis.
- b) En la medida en que el *chart method* exige hacer explícitas las generalizaciones utilizadas como respaldo de los argumentos, es una herramienta útil para identificar falacias cometidas en el uso de generalizaciones imprecisas, prejuiciosas o con poco soporte empírico.
- c) Es un vehículo para desarrollar hábitos mentales para el estudiante o el jurista.
- d) Puede también ser útil en la investigación en materia de hechos, para identificar pruebas que pueden ser relevantes y para decidir cursos de acción con base en la información disponible.
- e) Puede servir para construir historias plausibles y persuasivas que estén sólidamente ancladas en pruebas”<sup>62</sup>.

Sin embargo, tiene las siguientes desventajas:

- a) “Este método puede no ser de tanta utilidad cuando el principal problema a resolver es un conflicto entre el testimonio de dos testigos, o cuando el problema central consiste en la ausencia de pruebas.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*. Pp. 171.



- b) Otra desventaja de este método es que la construcción del listado con todas las proposiciones relevantes puede requerir mucho tiempo y mucho esfuerzo.
- c) La construcción de diagramas suele generar reacciones negativas entre los juristas, básicamente, de artificialidad<sup>63</sup>.

Se presenta el siguiente ejemplo y la aplicación del *chat method* en un caso práctico en materia penal en donde no se cuenta con prueba directa y por lo tanto se emplean presunciones y máximas de la experiencia:

a) Datos y enunciados:

1. **D** escucho que **B** discutió con **C**.
2. **A** vio a **B** correr en dirección de la casa de **C** con un machete en la mano.
3. **C** está muerto.
4. La muerte de **C** fue causada por un objeto cortante de gran tamaño.

b) Listado de datos, enunciados y máximas de la experiencia empleados:

1. **D** escuchó que **B** discutió con **C** (dato).

---

<sup>63</sup> *Ibidem*. Pp. 173.



2. **B** discutió con **C** (enunciado).
3. Si dos personas discuten, en general, pueden tener ánimo de agredirse (máxima de la experiencia).
4. **B** tenía ánimo de agredir a **C** (enunciado).
5. **A** vio correr a **B** en dirección a la casa de **C** con un machete en la mano (dato).
6. **B** corrió en dirección de la casa de **C** con un machete en la mano (dato).
7. Si una persona lleva un machete en la mano, es porque tiene la intención de usarlo (máxima de la experiencia).
8. **B** tenía la intención de usar el machete (dato,).
9. La muerte de **C** fue causada por un objeto cortante de gran tamaño (dato).
10. Los machetes, en general, son cortantes y son de gran tamaño (máxima de la experiencia).
11. **C** fue muerto con un machete (enunciado).
12. **B** dio muerte a **C** (enunciado).

Una vez señaladas las principales características de las teorías de los autores antes mencionados, ¿qué se puede rescatar de las teorías de la argumentación jurídica en el razonamiento práctico como es la motivación de una sentencia? A continuación, se demuestra que la argumentación jurídica no queda sólo en el ámbito teórico y que se pueden aplicar al razonamiento judicial.



**De la teoría de Viehweg** se puede rescatar la utilidad de los tópicos o comunes como punto de partida de la argumentación, pues sirven para iniciar con un acuerdo, ya que si se enuncia un principio o una regla universalmente aceptada por la mayoría es más fácil construir la argumentación, y así, por ejemplo, puede ser el inicio de un considerando de una sentencia o el comienzo de una conferencia ante un público al que no se conoce completamente y pudiera diferir del punto de vista del orador.

**De la teoría de Perelman** se puede utilizar la finalidad de su nueva retórica en el interés de convencer, en este caso el juez debe convencer con la motivación de la sentencia de las partes, además para lograr el convencimiento el lenguaje es el instrumento, asimismo, se pueden emplear principios universales como medios de persuasión tales como la justicia, la igualdad, la seguridad jurídica.

**La teoría de Toulmin** perfectamente puede aplicarse en la presentación y elaboración de los argumentos, pues sus cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo sirven de guía; pues la pretensión es la tesis que se pretende demostrar, las razones son las pruebas y hechos que demuestran la pretensión, la garantía son los argumentos con los que se subsumen los hechos en la norma y el respaldo son las normas, principio, doctrina y jurisprudencia que da soporte al argumento sostenido.



**De MacCormick** y su teoría se puede aprovechar la clasificación que hace de los problemas, la cual es importante porque una vez que en un caso se delimita el tipo de problema será más fácil resolverlo, también es interesante razonar a partir de argumentos consecuencialistas y argumentos a partir de principios, pues permite proyectar a futuro las consecuencias si se toma una u otra solución en un caso a resolver; esto es, una resolución se encuentra racionalmente argumentada cuando respeta los principios de consistencia, coherencia, universalidad y consecuencialismo.

**La teoría de la argumentación jurídica de Alexy** permite aplicar algunas de sus reglas en el razonamiento práctico y por supuesto en la motivación de una sentencia judicial, porque si su teoría se basa en las reglas del discurso y el uso del lenguaje, y la motivación de una sentencia es con base en premisas y proposiciones normativas, entonces se pueden aplicar perfectamente sus reglas. Por otro lado, su teoría sobre la ponderación para resolver principios en conflicto también se puede aplicar al dictar una sentencia en donde precisamente se pueden encontrar en un caso de colisión de los principios alegados por las partes en conflictos.

**De la teoría de la argumentación de Manuel Atienza** parece rescatable su técnica para analizar argumentos y su representación por medio de un diagrama de flechas y figuras geométricas, que permiten ver la estructura argumentativa de los tramos de razonamiento de una sentencia, a fin de determinar sus errores o la falta de respaldo.



**En relación con la teoría de Aulis Aarnio**, parece que para la labor que realizan los jueces son muy importantes los conceptos de razonabilidad y aceptabilidad pues determinan el grado de adaptación que el discurso tiene que hacer con relación al auditorio a quien se dirige, es decir que el hecho de que una justificación sea aceptable va a depender de que entre quien realiza la argumentación y quienes las reciben (las partes en un juicio, los abogados, tribunales de segunda instancia) compartan los mismos valores y principios jurídicos, esto es que participen de un mismo lenguaje jurídico.

**La teoría pragma-dialéctica de Emmeren y Grootendorst** es muy interesante por su gran aplicación práctica tanto para los jueces como para los abogados, su metodología para analizar y evaluar argumentos permite mejorar la argumentación, como también su propuesta de estructuras argumentativas es muy útil para representar los argumentos; sin olvidar las sugerencias para elaborar el discurso oral que tiene perfecta aplicación para presentar, por ejemplo, los alegatos de clausura en los procesos penales en donde se privilegie la oralidad.

**La teoría formal híbrida de Bex** tiene la ventaja que permite combinar a historias, argumentos y evidencias lo cual es de gran utilidad para los juicios orales (en materia penal, familiar, civil y mercantil) ya que ayuda a que el discurso o alegato de los abogados sea más claro y entendible, además que desarrolla la capacidad de utilizar generalizaciones y máximas de la experiencia como pegamento que une los

datos con los enunciados, además es de gran ayuda esta teoría para los jueces en el momento de comparar y evaluar las historias de las partes a fin de determinar cuáles hechos se tienen por acreditados y el respaldo que tienen con las pruebas, así como el valor que se les asigna al momento de redactar la sentencia.



Por último, **el *chart method* de Wigmore** es una herramienta útil tanto para los abogados como para los jueces, a fin de analizar y evaluar las pruebas que sustentan las proposiciones fácticas alegadas por las partes y ver cómo se conectan y se respaldan con máximas de la experiencia y generalizaciones, cuyo diagrama una vez elaborado permite detectar lagunas probatorias o falacias en los hechos, lo que finalmente permitirá al juez decidir y elegir cuál es la mejor teoría del caso sostenida por los abogados en términos de consistencia y coherencia.



## CAPÍTULO II

### LAS TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

#### 1. CONCEPTO DE TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Cuando se hace referencia a las distintas técnicas argumentativas, se dice con ello que “son las distintas operaciones racionales argumentales, proyectadas por el orador a través del lenguaje, dirigidas a un auditorio, que pretenden a partir de la demostración de la firmeza de sus proposiciones y conclusiones, persuadir al mismo para llevarlos a la acción”<sup>64</sup>.

#### 2. EL OBJETO DE ESTUDIO DE LAS TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En el ámbito de la argumentación jurídica en general se distingue una parte que se ocupa de la aplicación del Derecho, otra que se dedica al estudio de las teorías de la argumentación jurídica que se refieren al aspecto conceptual (para clarificar los conceptos empleados en la argumentación), al aspecto descriptivo (que se encarga de describir cómo es el razonamiento que emplean los jueces para justificar sus decisiones), al aspecto prescriptivo (para indicar cómo deberían de argumentar las autoridades al momento de motivar las resoluciones judiciales y

---

<sup>64</sup> Cavaría Ruiz, Diego F. EXPLICACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS FALACES. En: León Pastor. Ricardo. INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Academia de Magistratura de Lima. Perú. 2005. Pp. 24.



administrativas); pero también es importante la práctica de la argumentación en diferentes instancias como las legislativas, judiciales, administrativas, forenses, docentes, para saber cómo elaborar buenos y mejores argumentos que permitan un mejor ejercicio de la argumentación práctica.

Las técnicas de argumentación se ocupan de los siguientes tópicos:

- a) “Cuál es la estructura de los argumentos.
- b) De qué elementos se componen los argumentos.
- c) Qué funciones cumplen los argumentos.
- d) Cómo se relacionan y qué fuerza tienen los argumentos para apoyar una pretensión.
- e) Cómo elaborar correctamente un argumento desde el punto de vista formal e informal.
- f) Cuál es la fuerza de los argumentos.
- g) Cómo analizar y evaluar si es un buen argumento en términos de aceptabilidad.
- h) Cómo controlar las inferencias, es decir, el paso de las premisas a la conclusión.
- i) Como escoger y formular las premisas que componen un argumento”<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Toulmin, Stephen Edelson. Citado por: Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. *Op. cit.* Pp. 83.



### 3. ACERCA DEL ARGUMENTO

#### 3.1 ¿QUÉ ES EL ARGUMENTO?

Para Gianformagio, el argumento es “un periodo compuesto por varias proposiciones ligadas por vínculos de subordinación, y también eventualmente de coordinación, de tal manera que una de ellas se suponga inferida de otras y que se aduzcan como garantía de su aceptabilidad”<sup>66</sup>.

Para Falcón y Rojas, “el argumento es la expresión de nuestro razonamiento que pretende convencer a otras personas en confrontación con razones opuestas”<sup>67</sup>.

#### 3.2 LOS ELEMENTOS DEL ARGUMENTO

Un argumento informal se compone de:

**a. La tesis:** Es una aseveración o aserción que un sujeto pretende demostrar; o también toda actividad argumentativa. Siempre debe haber algo de lo

---

<sup>66</sup> Gianformagio, Letizia. LÓGICA Y ARGUMENTACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 4. Alicante. 1987. Pp. 73.

<sup>67</sup> Falcón, Enrique M. & Rojas, Jorge A. CÓMO SE HACE UN ALEGATO. Editorial Abeledo Perrot. Argentina. 2003. Pp. 54.



que se parte o lo que se quiere demostrar que es la tesis, la hipótesis o la teoría con la que se quiere llegar a convencer a quién va dirigida la argumentación.

**b. La demostración:** “Son los datos o hechos en que se fundamenta la tesis; también la demostración es un medio de prueba que se utiliza para establecer la verdad en las ciencias exactas”<sup>68</sup>, y en la argumentación permite probar la verdad de las proposiciones y se lleva a cabo mediante fundamentación y refutación.

**c. La fundamentación:** Tiene por objeto demostrar la propia tesis por medio de premisas fácticas basadas en pruebas irrefutables, como los hechos del caso y máximas de la experiencia, estadísticas, datos o premisas jurídicas que vienen a respaldar nuestras afirmaciones, y pueden ser disposiciones, principios jurídicos o doctrinales usos y costumbres.

**d. La refutación:** Tiene la finalidad de atacar y destruir la tesis del adversario. En un juicio pueden consistir los argumentos de la contraparte o los razonamientos del juez en la sentencia. En un debate legislativo radica en la exposición de motivos

---

<sup>68</sup> Mina Paz, Álvaro. REFLEXIONES PRELIMINARES Y LINEAMIENTO METODOLÓGICO PARA LA METACOMPRESIÓN DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN. En: León Pastor, Ricardo. INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. Pp. 13.



de una ley por un partido de la oposición; y se puede dirigir a la tesis, a la prueba, a las pruebas o a la argumentación.

**e. La conclusión:** Es la idea final que se presenta como la única posible después de la demostración. Un argumento formal o lógico se compone de:

- a) *Premisa:* Son cada una de las dos primeras proposiciones del silogismo, de donde se infiere y deduce la conclusión.
  
- b) *Inferencia:* “Es el proceso por el cual se llega a una proposición y se afirma sobre la base de una o más proposiciones aceptadas como punto inicial del proceso”<sup>69</sup>.

También se define como el proceso mediante el cual se pasa de una premisa como antecedente a otra premisa como consecuente.

Clases de inferencia:

- a) “En *cascada*, es cuando la conclusión que se obtiene de las premisas permite a su vez la existencia de una consecuencia accesoria nacida de la primera.

---

<sup>69</sup> Copi, Irving M. & Cohen, Carl. INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA. Noriega Editores. México. 2002. Pp. 19.



b) En *paralelo*, cuando las premisas, por sí mismas, pueden causar la existencia de dos o más consecuencias, todas ellas del mismo nivel, las que a su vez pueden ser empleadas en etapas posteriores de la inferencia.

c) *Dual*, es cuando en una resolución se proponen varias consecuencias en un mismo cuerpo resolutivo, unas derivadas y por tanto en secuencia y otras complementarias, es decir, en paralelo<sup>70</sup>.

d) *Conclusión*: Es la consecuencia que se extrae de las premisas una vez que se ha realizado la inferencia, de tal forma que surge de manera natural y tiene que ser atingente a las premisas, pues no se puede concluir algo de lo que no se ha mencionado ya en las proposiciones.

Para Manuel Atienza una argumentación se compone de los siguientes elementos:

- a) “Aquello de lo que se parte, las premisas;
- b) Aquello a lo que se llega, la conclusión, y

---

<sup>70</sup> Castilla Alva, José Luis & otros autores. RAZONAMIENTO JUDICIAL INTERPRETATIVO, ARGUMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. Ara Editores. Perú. 2006. Pp. 48.



- c) Los criterios que controlan el paso de las premisas a la conclusión es, la inferencia”<sup>71</sup>.

## 4. LA CLASIFICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS

Los argumentos pueden ser clasificados de acuerdo a su:

### 4.1 PROFUNDIDAD

- a) *“Apodícticos*: Que versan sobre los preceptos jurídicos aplicables, la doctrina y la jurisprudencia.
- b) *Dialécticos*: Los cuales tratan acerca de todos los aspectos demostrables en la consideración del objeto materia de la *litis* y se integran por todos los esfuerzos probatorios de los hechos realizados por las partes.
- c) *Retóricos*: Son los que se proponen persuadir al receptor de la tesis que se sostiene”<sup>72</sup>.

### 4.2 MODO

- a) *“Lógico*: enfatiza el razonamiento silogístico o cuasi-lógico.
- b) *Emocional*: se apoya sobre el uso o expresión de la emoción.

---

<sup>71</sup> Atienza, Manuel. BIOÉTICA, DERECHO Y ARGUMENTACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2004. Pp. 17.

<sup>72</sup> Platas Pacheco, María del Carmen. FILOSOFÍA DEL DERECHO, ARGUMENTACIÓN JURISDICCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2006. Pp. 84.



- c) *Visceral*: Considera la expresión física, el lenguaje del cuerpo y recursos no verbales.
- d) *Kiscenal*: Considera el rol de la intuición, el sentimiento religioso y el misticismo como apoyo para los argumentos<sup>73</sup>.

#### 4.3 UTILIDAD

- a) *Probables*: Son los argumentos aceptables en oposición a los aceptados y los que provienen de razonamientos inductivos y abductivos que a diferencia de los deductivos no ofrecen una conclusión probada sino demostrable.
- b) *Concluyentes*: Son los argumentos que conducen invariablemente a una sola postura irrefutable que se deriva de la verdad y aceptabilidad de las premisas.
- c) *“Demostrativos*: Son los que versan sobre la veracidad de la tesis o proposición, y
- d) *Probatorios* los que se refieren a la realidad de un hecho<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Carrillo Guerrero, Lázaro. ARGUMENTACIÓN Y ARGUMENTO. En: REVISTA SIGMA. No. 16. Granda. 2007. Pp. 315.

<sup>74</sup> Mans Puigarnau, Jaime. LÓGICA PARA JURISTAS. *Op. cit.* Pp. 186.



- e) *Fuertes y débiles*: Los primeros son los argumentos que tienen una mayor aceptabilidad, mientras que de los segundos sus conclusiones son discutibles pero pueden ser reforzadas.
- f) *Persuasivos o retóricos*: Para convencer el auditorio o al interlocutor a quien se dirige.
- g) *Argumento principal*: “Es el que sustenta esencialmente la tesis del tribunal sobre la cuestión planteada”<sup>75</sup>.
- h) *Argumento derivado*: “Es el que ya se encuentra vinculado en forma directa con el argumento principal y, en consecuencia, debe exponerse inmediatamente después de éste”<sup>76</sup>.
- i) *Argumento accesorio*: “Es el que se encuentra vinculado en forma indirecta con el principal”<sup>77</sup>.
- j) *Argumento colateral*: “Es el que no tiene relación con el principal, pero que se considera conveniente exponer en la parte final de la exposición que se formula en relación con un planteamiento determinado”<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Marroquín Zaleta, Jaime Manuel. TÉCNICA PARA LA ELABORACIÓN DE UNA SENTENCIA DE AMPARO DIRECTO. Editorial Porrúa. México. 2002. Pp. 298.

<sup>76</sup> *Ibidem*. Pp. 298.

<sup>77</sup> *Ibidem*. Pp. 298.

<sup>78</sup> *Ibidem*. Pp. 298.



- k) *Argumentos racionales*: Son los argumentos que se basan en verdades admitidas y aceptadas por la comunidad a la que van dirigidos.
- l) *Argumentos de hecho*: Son los argumentos que se basan en pruebas observadas.

## 5. LOS MODELOS DE ARGUMENTOS

### 5.1 MODELO DE ARGUMENTACIÓN INFORMAL

Este modelo de argumentación se denomina informal porque, a diferencia del modelo formal que cumple con las reglas de la lógica deductiva, este no las sigue, de ahí su informalidad. Pero, por otro lado, tiene la ventaja de permitir construir cada uno de los elementos de un argumento y, además, la posibilidad de poder verificarlos para valorar si es un argumento válido.

De acuerdo a Toulmin, en un argumento se pueden distinguir los siguientes elementos:

- a) *“La pretensión*: Es el punto de partida como el punto del destino de nuestro proceder en la argumentación.



- b) *Las razones*: Son los motivos a favor de su pretensión que son relevantes y suficientes; son los hechos o datos específicos del caso.
- c) *La garantía*: Son los enunciados generales, son reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros; la distinción entre razones y garantía es la misma entre enunciados de hecho y normas”<sup>79</sup>.

La garantía también se denomina *ley de paso* y tiene la función de transferir a la conclusión la aceptación que se le atribuye al argumento; este paso supone un salto, una diferencia de nivel entre el enunciado del argumento y el enunciado de la conclusión. La conclusión es menos segura que el argumento en la medida en que dice más que el argumento. “La ley de paso aporta a la premisa el sentido argumentativo que no tenía antes: éste es un postulado fundamental de la argumentación discursiva. Expresa una verdad general atribuida a un enunciador colectivo: «se sabe que...»»; es una convención admitida en su comunidad del habla, es un lugar común”<sup>80</sup>.

“La garantía está constituida por máximas de la experiencia”<sup>81</sup> que pueden ser “de carácter científico especializado, como las que aportan los peritos; de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; de carácter

---

<sup>79</sup> Toulmin, Stephen Edelson. LOS USOS DE LA ARGUMENTACIÓN. *Op. cit.* Pp. 132.

<sup>80</sup> Plantin, Christian. LA ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2002. Pp. 42.

<sup>81</sup> Stein, Friedrich. EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ. Editorial Temis. Bogotá. 1999. Pp. 27.



privado (experiencias corrientes); esto es, derivadas de la experiencia del margen del ejercicio de su profesión; por presunciones que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente; por definiciones o teorías también de origen doctrinal, legal, jurisprudencial”<sup>82</sup>.

- d) “*El respaldo*: Puede expresarse en la forma de enunciados categóricos sobre hechos, muestra de qué manera se puede argumentar a partir de tales hechos, y pueden ser disposiciones normativas o tesis de jurisprudencia.
- e) *Los cualificadores modales*: Son los conectores que se usan para unir las premisas y determinan la fuerza y validez de la conclusión y se expresan con términos como: *presumiblemente, probablemente, plausiblemente, según parece*.
- f) *Condiciones de refutación*: Son ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos. Por Ejemplo: X celebró un compraventa (*razones*), los que celebran una compraventa tienen derecho a la entrega de la cosa (*garantía*) debido a que así lo establece el Código Civil (*respaldo*), por lo tanto, probablemente (*cualificadores modales*) Juan tiene derecho a la entrega

---

<sup>82</sup> González Lagier, Daniel. *QUAESTIO FACTI*, ENSAYOS SOBRE PRUEBA, CAUSALIDAD Y ACCIÓN. Palestra Editores. Lima. 2005. P. 91.





- b) *El planteamiento de la cuestión (quaestio)*: es enunciar el problema que está sujeto a la discusión entre los que argumentan; es el momento en el que se enuncia la tesis que sostiene el adversario.

“Sería la síntesis de la cuestión planteada o su problematización: siguiendo con el ejemplo de la resolución puede ser un resumen de los planteamientos del recurrente”<sup>84</sup>.

- c) *La enunciación de la tesis que se va a sostener (thesis)*: Es formular de manera específica y en particular la pretensión o afirmación que sobre el problema se va a demostrar, a diferencia del primer elemento que es más general aquí se toma una postura más particular.

En el ejemplo sería el criterio del juzgador o tribunal que se va a sostener para resolver el problema jurídico.

- d) *La proposición normativa de la que se partirá para demostrar la tesis (principium demonstrationis)*: Son los principios, normas, leyes, criterios a

---

<sup>84</sup> Orduña Sosa, Héctor. REDACCIÓN JUDICIAL. Editorial Porrúa. México. 2007. Pp. 173.



partir de los cuales se ha de demostrar la afirmación, es como la p  
mayor de un silogismo del cual se infiere la conclusión.

Son las disposiciones jurídicas, las tesis, jurisprudencia, doctrina, tratados internacionales los que sirven de apoyo para fundamentar nuestra pretensión.

e) *La razón mediante la cual la tesis es inferida del fundamento de la demostración (demonstratio):* “Son los hechos particulares (premisa menor) que son subsumidos en la premisa normativa, a partir de los cuales se llega a la conclusión”<sup>85</sup>.

Son los argumentos y razones de los que se vale quien argumenta para demostrar que las disposiciones jurídicas o respaldos que se invocan resultan aplicables para resolver el problema.

### **5.2.1 LA DEMOSTRACIÓN**

“La demostración consiste en la manifestación de la verdad o en su caso de la falsedad, de una proposición abstracta, partiendo de otra proposición

---

<sup>85</sup> Rodríguez Minaya, Juan Carlos. AMPARO DIRECTO. CUADERNO DE TRABAJO I. Editorial Porrúa. México. 2006. Pp. 280.



previamente admitida como verdadera y cierta, de manera que racionales, no resulte evidenciada la conformidad, o en su caso, la contradicción de la segunda proposición con la primera”<sup>86</sup>.

### 5.2.2 LOS ELEMENTOS DE LA DEMOSTRACIÓN

- a) “La proposición que debe ser demostrada, denominada tesis, la cual, si es de índole teórica, se llama teorema, y si es de carácter práctico, problema. La presentación de la tesis en su plenitud requiere, ante todo, el planteamiento de la cuestión (*quaestio*), sigue después el enunciado de la tesis (*thesis*) propiamente dicha, y por último el *status quaestionis*, o sea, el sentido en que la tesis debe ser tomada.
  
- b) La proposición, partiendo de la cual la tesis debe ser demostrada, se denomina fundamento o principio de la demostración (*principium demonstrationis*), llamada así porque esta proposición es aquello en donde ha de inferirse la verdad de la tesis.
  
- c) La razón mediante la cual la tesis es inferida del fundamento de la demostración”<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Mans Puigarnau, Jaime. *Op. cit.* Pp. 198.

<sup>87</sup> *Ibidem.* Pp. 159.



Ejemplo de argumentación demostrativa:

- a) No le asiste razón al ministerio público (*proposición que debe ser demostrada*).
- b) Solicita el ministerio público que se debe vincular el proceso al imputado (*planteamiento de la cuestión*).
- c) Señala el artículo X que para que se vincule a proceso el imputado, se debe formular imputación (*fundamento o principio de la demostración*).
- d) En el presente caso no se ha formulado imputación (*razón mediante la cual la tesis es inferida del fundamento de la demostración*).
- e) Por lo tanto, no se vincula proceso al imputado (*tesis*).

### 5.3 MODELO DE ARGUMENTACIÓN FINALISTA

Manuel Atienza, siguiendo a Alexy, propone este modelo de argumentación al que le llama también argumentación medios-fines, que se utiliza cuando se aplican normas que contienen un fin determinado, y para ello:

- a) Se parte de una norma (regla de fin).
- b) Es un esquema de razonamiento práctico aristotélico, en el que la primera premisa que marca el objeto a cumplir no es un deseo sino una norma.
- c) Modalidades:



- a) Incluye una premisa que establece una relación de conexión necesaria entre el curso de la acción a emprender y el objetivo a alcanzar.
- b) Contiene dos tipos de premisas:
  - a. La premisa normativa puede ser una regla de acción (orientada hacia el pasado), o una regla de fin (orientada hacia el futuro).
  - b. La premisa fáctica señala un hecho que ha ocurrido en el pasado, pero hay otra premisa que enuncia un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá (es un juicio contrafáctico).

Ejemplo del primer modelo:

- a) En las circunstancias **X**, es obligatorio procurar alcanzar **F**.
- b) Si no se realiza la acción **M**, no se alcanzará **F**.
- c) En este caso concreto se dan las circunstancias **X**.

Por lo tanto, es obligatorio realizar la acción **M**.

- a) En donde **X** representa las circunstancias del caso,
- b) **F** el objeto que se desea lograr, y
- c) **M** la acción causalmente conectada con **F**.



Ejemplo:

- a) En caso de separación o divorcio, el juez debe conceder la custodia de los hijos menores de manera que se satisfaga en la mayor medida posible el interés del menor.
- b) Si no se concede la custodia a la madres, no se satisfará ese interés (no se logrará el objetivo).
- c) Este es un caso de divorcio.
- d) Por lo tanto, el juez debe conceder la custodia a la madre.

Ejemplo del segundo modelo:

- a) En las circunstancias **X**, es obligatorio (o está justificado) procurar alcanzar **F**.
- b) Si se realiza la acción **M**, entonces se alcanzará **F**.
- c) **M** es preferible a otros cursos de acción (M1, M2,... Mn) que también conducirían a **F**.
- d) Por lo tanto, es obligatorio (o está justificado) realizar la acción **M**.

Ejemplo:

- a) En caso de separación o divorcio, el juez debe conceder la custodia de los hijos menores de manera que se satisfaga en la mayor medida posible el interés del menor.



- b) Si se concede la custodia a la madre, se satisfará ese interés (logrará el objetivo).
- c) Concederle la custodia a la madre es preferible que al padre, que también satisfaría el interés aunque en menor grado.
- d) Por lo tanto, el juez debe conceder la custodia a la madre.

## **5.4 MODELOS DE ARGUMENTACIÓN FORMAL**

### **5.4.1 EL ARGUMENTO DEDUCTIVO (EL SILOGISMO)**

Para Aristóteles, el silogismo “es una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente una proposición diferente de las proposiciones admitidas, mediante el auxilio de estas mismas proposiciones”<sup>88</sup>.

### **5.4.2 EL ARGUMENTO ABDUCTIVO**

“La abducción es una especie de razonamiento que va de lo particular a lo general”<sup>89</sup>, es decir, se razona hacia atrás, a diferencia de la deducción que es hacia

---

<sup>88</sup> Aristóteles. TRATADOS DE LÓGICA (EL ORGANÓN). Editorial Porrúa. México. 2001. Pp. 245.

<sup>89</sup> Salguero, Manuel. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA POR ANALOGÍA. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002. Pp. 124.



adelante, la abducción toma hechos del presente para investigar hacia el pasado, esto es, de la conclusión pasa a analizar las premisas.

Cuando se conoce la regla y el resultado se puede inferir al caso por medio de una abducción, es decir, “razonamos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla que suponemos correcta”<sup>90</sup>.

La fuerza de cada argumento está basada en sus rasgos intrínsecos; la fuerza lógica de las reglas usadas y los pasos realizados en la argumentación (que incluyen *modus ponens*, *modus tollens* y abducción). “La inferencia abductiva se prefiere conceptualizarla como una forma de encontrar y/o respaldar premisas adicionales más que como un tipo adicional de inferencia”<sup>91</sup>.

#### 5.4.3 EL ARGUMENTO INDUCTIVO

“En sentido amplio se entiende como todo aquel tipo de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la

---

<sup>90</sup> González Lagier, Daniel. *Op. cit.* Pp. 70.

<sup>91</sup> Peczenik, Alexander. SALTOS Y LÓGICA EN EL DERECHO. ¿QUÉ SE PUEDE ESPERAR DE LOS MODELOS LÓGICOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA? En: DERECHO Y RAZÓN. Editorial Fontamara. México. 2000. Pp. 99.

verdad de su resultado, si o que éste se sigue de aquéllas sólo con probabilidad”<sup>92</sup>.



#### **5.4.4 EL ARGUMENTO ANALÓGICO**

“Es aquella operación realizada por los intérpretes del Derecho (juristas y jueces) mediante la cual se atribuye a un caso, o a una materia que no encuentra una regulación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso o para una materia semejante”<sup>93</sup>.

Es un razonamiento que se basa en una relación de semejanza, en el que partiendo de un caso que no tiene solución aparente, lo resolvemos mediante la solución que presenta otro caso con el que guarda identidad en cuanto sus atributos que deben ser suficientes y relevantes.

#### **5.4.5 EL ARGUMENTO CAUSAL**

Es el razonamiento que sirve para explicar un fenómeno a partir de sus causas, por medio de un nexo lógico entre la acción y el resultado.

---

<sup>92</sup> Copi, Irving. Citado por: Gascón Abellán, Marina. LA TEORÍA DEL GARANTISMO: RASGOS PRINCIPALES. *Op. cit.* Pp. 306.

<sup>93</sup> Bobbio, Norberto. Citado por: Salguero, Manuel. *Op. cit.* Pp. 83.



## 6. LA ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA

### 6.1 FUNCIÓN DE LA ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA

“Analizar la estructura argumentativa de un tema es necesario para poder evaluar su argumentación y determinar si es correcta”<sup>94</sup>.

De inicio se puede afirmar que la estructura de la mayoría de las sentencias es compleja, pero habrá que distinguir si es así porque su argumentación así lo requiere por las dificultades del caso y las múltiples inferencias que se tienen que hacer en los considerandos a fin de resolver cada una de las hipótesis, o si es compleja por su mala distribución de las premisas de los argumentos que dificultan su comprensión.

### 6.2 CLASES DE ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS

#### 6.2.1 ARGUMENTACIÓN SIMPLE O ÚNICA

“Es un argumento que en su forma más explícita está constituido con dos premisas y una conclusión”<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> Snoeck Henkemans, Francisca. ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN. En: Marafiotti, Roberto (editor). PARLAMENTOS, TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN Y DEBATE PARLAMENTARIO. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2007. Pp. 37.

<sup>95</sup> Eemeren Van, Frans & otros autores. ARGUMENTACIÓN, ANÁLISIS, EVALUACIÓN, PRESENTACIÓN. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2006. Pp. 69.



También se le llama estructura simple y “son las que presentan el esquema argumento-conclusión o conclusión-argumento en la que el hablante parte de una afirmación, a la que se dota de gran fuerza, ya que pasa a justificarla, y no la muestra como una mera aserción, o parte de los datos particulares que la justifican y la conclusión se presenta de manera derivada *naturalmente* o *lógicamente* de los hechos previos”<sup>96</sup>.

### 6.2.2 ARGUMENTACIÓN COMPLEJA

“Es el acto argumentativo formado por una opinión con más de un argumento”<sup>97</sup>.

“Es en la que existe una estructura argumento-conclusión donde el argumento puede estar constituido a su vez por otro encadenamiento argumentativo del mismo tipo y así sucesivamente”<sup>98</sup>.

La argumentación compleja es la estructura argumentativa de la sentencia en la que en virtud de resolver diferentes cuestiones se tienen que esgrimir argumentos compuestos y coordinados de tal manera que solo en su conjunto

---

<sup>96</sup> Fuentes Rodríguez, Catalina & Alcaide Lara, Esperanza. LA ARGUMENTACIÓN LINGÜÍSTICA Y SUS MEDIOS DE EXPRESIÓN. Editorial Garco-Libros. Madrid. 2007. Pp. 43.

<sup>97</sup> Lo Cascio, Vincenzo. GRAMÁTICA DE LA ARGUMENTACIÓN. Alianza Editorial. Madrid. 1998. Pp. 102.

<sup>98</sup> Fuentes Rodríguez, Catalina & Alcaide Lara, Esperanza. *Op. cit.* Pp. 43.

pueden apoyarse unos a otros y así sustentar mejor las líneas argumentativas que se desarrollan en la resolución; presenta las siguientes modalidades.



### **1) Argumentación múltiple**

“Son las que están formadas por una opinión y uno o más argumentos del mismo nivel y coordinados entre ellos, a veces de naturaleza diferente a favor o en contra de la opinión sostenida”<sup>99</sup>.

Consiste en defensas alternativas del mismo punto de vista presentadas una después de otra, las cuales no dependen cada una entre sí para sostener un punto de vista y son de un peso equivalente.

Para Alexy, esta estructura se denomina aditiva y “es cuando se justifica una proposición o una regla a través de distintos argumentos independientes entre sí”<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Lo Cascio, Vincenzo. *Op. cit.* Pp. 102.

<sup>100</sup> Alexy, Robert. *TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2007. Pp. 197.



Esta argumentación se reconoce cuando se ven los indicadores: *Aparte de otra razón para esto es, en primer lugar, además, al lado de.*

## **2) Argumentación coordinada**

“Es cuando se defiende un punto de vista que consiste en la combinación de argumentos que pueden ser tomados juntos para conformar una defensa concluyente; las partes componentes de la argumentación son dependientes de cada uno para la defensa del punto de vista”<sup>101</sup>.

Esta estructura argumentativa se identifica cuando se ven los conectores: *además el hecho que, por encima de eso, especialmente por qué, sino también, de manera más importante.*

“Para saber si una argumentación es coordinada o encadenada se puede usar la prueba de eliminación que señala que un argumento es encadenado si el tipo de apoyo que sus premisas ofrecen a su conclusión se debilitaría por la eliminación de al menos una de sus premisas”<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Eermeren an, Frans H. & Grootendorst, Rob. ARGUMENTACIÓN, COMUNICACIÓN Y FALACIAS. *Op. cit.* Pp. 70.

<sup>102</sup> Snoeck, Henkemans, Francisca. *Op. cit.* Pp. 62.



### 3) Argumentación subordinada

“Cuando el argumento que soporta el punto de vista inicial no puede mantenerse por sí solo, entonces es apoyado por otro argumento y si éste requiere otro sostén entonces se añade un nuevo argumento y así sucesivamente hasta que la defensa sea concluyente”<sup>103</sup>.

También llamada arracimada y que “está formada por una opinión y argumentación subyacente; en cuanto tales argumentos, constituyen la opinión, forman una escala o árbol de varios niveles”<sup>104</sup>.

Alexy a este tipo de estructura la denomina “regresiva y se presenta cuando un argumento sirve como apoyo para el otro”<sup>105</sup>.

Se reconoce cuando se ven los conectores: *porque, por esa razón, por lo tanto, dado que, por eso es que, en vista de.*

---

<sup>103</sup> Eemeren Van, Frans H. & Grootendorst, Rob. ARGUMENTACIÓN, COMUNICACIÓN Y FALACIAS. Op. cit. Pp. 71.

<sup>104</sup> Lo Cascio, Vincenzo. Op. cit. Pp. 103.

<sup>105</sup> Alexy, Robert. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Op. cit. Pp. 197.



## 7. ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS

### 7.1 DEFINICIÓN

Son los diseños o modelos de argumentación dentro de los cuales se combinan adecuadamente las premisas a fin de garantizar su paso a la conclusión. Los esquemas argumentativos sirven como herramientas para evaluar la argumentación.

“El vínculo entre el argumento y el punto de vista o conclusión es adecuado si la aceptabilidad de la premisa es transferida al punto de vista por medio del esquema argumentativo que se está usando”<sup>106</sup>.

Un esquema argumentativo representa un modo específico de apoyo de la tesis o punto de vista a debate, sobre la base de unas premisas propuestas.

Por una parte, se presupone que la premisa o argumento que sostiene la tesis de una argumentación debe ser una premisa aceptable o razonable, pero además, es necesario que esta premisa esté ligada, de una forma adecuada, a la

---

<sup>106</sup> Garssen, Bart. ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS. En: Marafioti, Roberto (editor). PARLAMENTOS, TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN Y DEBATE PARLAMENTARIO. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2007. Pp. 31.



tesis que defiende; es decir, que mediante la aplicación del esquema argumentativo adecuado, se produzca una transferencia de la aceptabilidad o plausibilidad de la premisa a la tesis en cuestión.

Esto es, el esquema argumentativo se usa para analizar y evaluar el argumento siempre y cuando el esquema sea apropiado para sostener la pretensión o conclusión.

## **7.2 CLASES DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS**

### **7.2.1 ARGUMENTACIÓN BASADA EN UNA RELACIÓN SINTOMÁTICA**

“Cuando el rasgo mencionado en un argumento se presenta como típico de cierto grupo, como característica de cierta situación o como una calidad inherente de cierta personalidad, en todos estos casos se emplea un esquema argumentativo que se basa en una relación sintomática”<sup>107</sup>.

A fin de poder determinar si el argumento es el adecuado para este esquema se hace la pregunta crítica: ¿la cualidad que es mencionada en la premisa es

---

<sup>107</sup> Eemeren Van, Frans H. & Grootendorst, Rob. ARGUMENTACIÓN, COMUNICACIÓN Y FALACIAS. *Op. cit.* Pp. 101.



realmente típica para lo que es mencionado en la conclusión? Si la pregunta es afirmativa entonces sí es el adecuado. Así, por ejemplo, este esquema se podría representar de la siguiente manera:

**Y** es una verdad de **X**,

porque: **Z** es una verdad de **X**,

**y**: **Z** es sintomático de **Y**.

Un ejemplo de empleo erróneo de este esquema argumentativo es el siguiente:

Alicia no necesita la pensión alimenticia de sus padres,

porque ya obtuvo una carrera profesional,

y al tener una carrera profesional no necesita la pensión alimenticia.

El error consiste en que la premisa *porque ya obtuvo la carrera profesional*, no es síntoma, ni condición suficiente de que ya no necesite la pensión alimenticia, debido a que puede ser que aún necesite la pensión en virtud de que todavía no encuentra trabajo.



Un ejemplo de empleo correcto de este esquema argumentativo siguiente:

Alicia no necesita la pensión alimenticia de su padre,  
porque tiene trabajo y obtiene recursos propios,  
y al obtener recursos propios no necesita la pensión alimenticia.

En este caso la premisa sí es sintomática y se encuentra en una relación de concomitancia al no necesitar la pensión alimenticia por ya tener trabajo.

## **7.2.2 ARGUMENTACIÓN BASADA EN UNA RELACIÓN DE COMPARACIÓN**

“Si el caso o la circunstancia mencionada en el argumento se presenta como una analogía, como un modelo a ser imitado, se hace uso de un esquema argumentativo basado en la analogía, ya que sobre la base de esa semejanza la afirmación debería aceptarse”<sup>108</sup>.

También para determinar si el esquema argumentativo es adecuado para una argumentación basada en una relación de comparación o analogía, se hace la pregunta crítica: ¿hay suficientes semejanzas relevantes?

---

<sup>108</sup> *Ibidem*. Pp. 103.



En la aplicación del Derecho es común acudir a la analogía para resolver problemas de interpretación e integración para el caso de las lagunas; que se establezca adecuadamente la comparación o el círculo de semejanza a fin de determinar la aplicación del esquema argumentativo por analogía.

Esta argumentación se puede representar así:

**Y** es verdad de **X**,

porque: **Y** es verdad de **Z**,

y: **Z** es comparable a **X**.

Un ejemplo mediante el cual se emplea erróneamente el esquema argumentativo que se basa en una relación de comparación es el siguiente:

- a) Si compro hoy un vehículo marca Ford color rojo, va a recorrer diez kilómetros por cada litro de gasolina.
- b) Porque hace cinco años compré un vehículo marca Ford cuatro cilindros.
- c) Y los vehículos marca Ford color rojo recorren diez kilómetros por cada litro de gasolina.



El error consiste en que el color del vehículo no es una condición suficiente para el consumo de gasolina del vehículo.

Un ejemplo mediante el cual se emplea correctamente este esquema argumentativo es el siguiente:

- a) Si compro hoy un vehículo marca Ford cuatro cilindros va a recorrer diez kilómetros por cada litro de gasolina.
- b) Porque hace cinco años compré un vehículo marca Ford cuatro cilindros.
- c) Y los vehículos marca Ford de cuatro cilindros recorren diez kilómetros por cada litro de gasolina.

Como se puede ver en este ejemplo, el esquema argumentativo sí es adecuado porque la cilindrada y la marca sí son relevantes para el consumo de gasolina.

### **7.2.3 ARGUMENTACIÓN BASADA EN UNA RELACIÓN CAUSAL**

“Cuando el argumento presenta algo como causa del efecto que es mencionado en la afirmación o pretensión, como los medios destinados a una

finalidad o como una acción con un cierto efecto, en todos estos casos se emplea un esquema argumentativo basado en una relación causal”<sup>109</sup>.



“Para poder determinar si el esquema argumentativo está basado en una relación causal se hace la siguiente pregunta crítica: ¿el evento que es presentado como causa realmente conduce al evento que es presentado como resultado?”<sup>110</sup>.

Al igual que el anterior, este esquema se emplea en el Derecho, por ejemplo, cuando se reclaman daños y perjuicios derivados de actos ilícitos.

El esquema se puede representar de la siguiente forma:

**Y** es una verdad de **X**,

porque:       **Z** es verdad de **X**,

y:               **Z** conduce a **Y**.

---

<sup>109</sup> *Ibidem*. Pp. 105.

<sup>110</sup> Garsen, Bart. *Op. cit.* Pp. 32.



Un ejemplo de empleo erróneo de este esquema argumentativo siguiente:

- a) Juan dejó de percibir ganancias diarias,
- b) Porque le colisionaron su vehículo,
- c) Y al no tener su vehículo dejó de percibir ganancias diarias.

El error consiste en que el hecho de que le hayan colisionado su vehículo no es causa para que deje de percibir ganancias diarias, porque puede dejar de percibir las por muchas otras causas.

Un ejemplo de empleo correcto de este esquema argumentativo es el siguiente:

- a) Juan dejó de percibir ganancias diarias cuando le colisionaron su vehículo,
- b) Porque rentaba su vehículo,
- c) Y al no poder rentar su vehículo dejó de percibir ganancias diarias.

Como puede verse, en este caso el colisionar el vehículo sí es causa de obtener ganancias diarias porque rentaba su vehículo.



## 8. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE ARGUMENTOS

### 8.1 ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN

Para comenzar a analizar, y posteriormente evaluar una argumentación, deben identificarse las premisas que componen un argumento, generalmente inician con los conectores: *puesto que, ya que, como, en tanto, dado que, por cuanto*, etc. Posteriormente, se debe reconocer la conclusión que comienza con los conectores: *por lo tanto, consecuentemente, en conclusión, por ende, por consiguiente, como resultado, llegamos a la conclusión*, etc.

Un argumento se puede analizar y evaluar a fin de determinar si es defectuoso o si es sólido, y derivado de su análisis puede presentar inconsistencia que suelen ser de dos tipos:

- a) *“Lógica*: se da cuando los enunciados se hacen de manera que son contradictorios entre sí, de modo que ninguno de los dos puede ser verdadero.



- b) *Pragmática*: es cuando los enunciados aunque no sean lógicos, inconsistentes, tienen consecuencias en el mundo real que son contradictorias, como por ejemplo: *te llevaré en auto y no sé manejar*<sup>111</sup>.

## 8.2 CONSISTENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN

Una argumentación es consistente cuando reúne las siguientes características:

- a) *“Aceptable*: que se puede constatar consultando la fuente, un trabajo de investigación, un experimento o una observación cuidadosa; en los enunciados no fácticos cuando se refieren a valores se pueden apoyar en lugares comunes, pero en ocasiones es difícil cuando involucran valores en dogmas particulares, para lo cual se puede añadir una argumentación adicional.
- b) *Validez*: se considera consistente sólo si el razonamiento es lógicamente válido.
- c) *Esquema argumentativo apropiado y correcto*: hay tres categorías de esquemas argumentativos.
1. *Argumentación basada en una relación sintomática.*
  2. *Argumentación basada en una relación de analogía.*

---

<sup>111</sup> Emeren Van, Frans H. & Grootendorst, Rob. ARGUMENTACIÓN, COMUNICACIÓN Y FALACIAS. *Op. cit.* Pp. 96.



### 3. Argumentación basada en una relación causal”<sup>112</sup>.

Los modelos de argumentación que emplean los sujetos se pueden evaluar a fin de determinar si son argumentos válidos o inválidos, o también si alguno de sus elementos es incorrecto, y así por ejemplo, el esquema argumentativo de Toulmin se puede analizar de acuerdo con criterios de solidez de la inferencia probatoria que se pueden referir a los hechos probatorios, a la garantía o conexión y a la hipótesis.

### **8.3 EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN**

Evaluar la argumentación que compone el texto significa establecer si se han empleado argumentos válidos tanto por su adecuada construcción como para la aceptabilidad de sus premisas. Pero antes de evaluar un texto argumentativo que puede ser un discurso, un artículo, los alegatos de un abogado o los considerados de una sentencia, primero se deben definir y clarificar algunos conceptos que permiten evaluar la argumentación.

“Un argumento se debe atener a la cuestión que se debate; argumentamos en el seno de una cuestión, a favor o en contra de una de sus alternativas; cuando

---

<sup>112</sup> *Ibidem*. Pp. 97.

alguien pretende argumentar fuera de la cuestión decimos que incurre en la de eludir la cuestión”<sup>113</sup>.



Un argumento debe ofrecer razones sólidas, de tal manera que éstas sostengan la conclusión de una manera convincente; para ello han de ser verdaderas, probables, relevantes, suficientes y aceptables.

- a) Una premisa es verdadera cuando está respaldada con una prueba que la sostenga.
- b) Una premisa es probable cuando se apoya en elementos que la hacen más creíble que otra.
- c) Una premisa es relevante cuando es pertinente para lo que se afirma.
- d) Serán relevantes las premisas si conducen a la conclusión, es decir, si prestan apoyo o aportan bases suficientes para sostener la conclusión.
- e) Cuando los datos no ofrecen apoyo suficiente a la conclusión surgen falacias como la afirmación gratuita, la generalización precipitada o la falsa causa.

---

<sup>113</sup> Urata Guerra, Juan. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, MATERIAL DE LECTURA. En: León Pastor, Ricardo. INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO JURÍDICO. *Op. cit.* Pp. 36.



Son premisas aceptables cuando tienen un respaldo que las sostiene. Este problema no se plantea cuando los datos son objetivos o indiscutibles, pero esto es solo frecuente. En la mayor parte de las ocasiones no se debate con las evidencias que produzcan certeza. Ni siquiera es frecuente que se aporten premisas de las que se pueda decir que son verdaderas o falsas. La mayor parte de los debates no se ocupan de la verdad sino de lo justo, lo conveniente, lo preferible, lo probable.

La argumentación es aceptable o admisible cuando:

- a) Los datos en que se apoyan sus premisas son fiables.
- b) Los datos en que se basan las premisas son pertinentes a la tesis defendida.
- c) En la persuasión o el convencimiento colaboran otros factores externos a la argumentación (prestigio, miedo, compasión, fe, simpatía, amistad) pero con fuerza suficiente para provocar adhesión.
- d) La premisa ofrezca datos objetivos comprobables y verificables, y no en aspectos subjetivos de las personas como sus creencias o suposiciones.
- e) Las premisas expresan un conocimiento común o persona, un testimonio incontrovertido o el informe indiscutido de un experto.
- f) Las proposiciones recojan la conclusión de un argumento ya aceptado.



- g) Las premisas puedan probarse, porque cuentan con un respaldo sólido.

Por el contrario, son inaceptables las siguientes premisas:

- a) Un juicio que esté en contradicción con la evidencia, con otro juicio bien fundado, con una fuente creíble, con nuestro propio conocimiento, o con otras premisas del mismo argumento.
- b) Un juicio dudoso que no lleve respaldo.
- c) Un juicio confuso, ambiguo o ininteligible.
- d) Un juicio idéntico a la conclusión o basado en un supuesto cuestionable.
- e) Un juicio que no contemple alternativas.

Con estas premisas inaceptables surgen las falacias de ambigüedad, petición de principio, composición, división, olvido de alternativas, entre otras.

Un buen argumento debe ser capaz de resistir a las posibles objeciones que se le hagan, y por ello, en relación con la conclusión, esta debe ser segura, probable y posible. “La conclusión puede ser una afirmación tajante o un juicio hipotético. Al



realizar la afirmación tajante puede haber excepciones que pueden deberse a la contundencia de la conclusión”<sup>114</sup>.

El punto más débil de la actividad argumentativa es la elección de los adjetivos y de las clasificaciones o principios y jerarquías de las relaciones, porque encierran cuestiones valorativas que se refieren a distintos grados o intensidades que son difíciles de evaluar y comprobar.

Una vez evaluada la argumentación de acuerdo a los anteriores criterios en el caso de que sea débil se podrá mejorar; para lograrlo después de que se identifique en dónde consiste la falla de la argumentación, se puede corregir el error, y así por ejemplo, si las premisas no se encuentran fundamentadas se pueden añadir otras premisas que refuercen el argumento.

## 9. VICIOS DE LA ARGUMENTACIÓN

Conocer los vicios de la argumentación es importante porque nos permite descubrir argumentaciones engañosas que se hacen con intención de convencer, pero utilizando razonamientos falaces y sofistas, ya sea con toda premeditación o por error.

---

<sup>114</sup> *Ibidem*. Pp. 37.



## 9.1 LOS PARALOGISMOS

“Son los silogismos incorrectos, pero que llevan intención de engañar”<sup>115</sup> se debe su incorrección a la falta de uno de los términos, a la extensión de las premisas o a las reglas de las premisas, es común que los abogados en sus alegatos o agravios cometan este tipo de vicios de manera involuntaria con la finalidad de convencer al juez de las pretensiones de su cliente.

Para Platin, “un paralogismo es una argumentación (una inferencia) no válida, cuya forma recuerda a la de una argumentación válida”<sup>116</sup>. El paralogismo está del lado del error, el sofisma es un paralogismo que sirve a los intereses o a las pasiones de su autor.

## 9.2 LOS SOFISMAS

Para Armando Andruet, “cuando el paralogismo se realiza con intención de engañar entonces se llama sofisma, el cual incorpora a la falacia y se expone y desarrolla como un silogismo incorrecto”<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Andruet, Armando. TEORÍA GENERAL DE LA ARGUMENTACIÓN FORENSE. Alveroni Ediciones. Argentina. 2003. Pp. 318.

<sup>116</sup> Plantín, Christian. LA ARGUMENTACIÓN. *Op. cit.* Pp. 49.

<sup>117</sup> Andruet, Armando. *Op. cit.* Pp. 319.



Por su parte, Jaime Mans señala que “el sofisma es un paralogismo hábilmente dispuesto formulado deliberadamente con intención de inducir a error que, por ello, conduce a una conclusión falsa, a la que se pretende dar apariencia de verdadera: de esta manera el sofisma participa de la falacia y del paralogismo”<sup>118</sup>.

En la antigua Grecia se les llamaba sofistas a los *réttores* que vendían discursos ya fuera para defender una causa a favor o en contra.

El sofisma, tal como se podría advertir, es posiblemente el caso más interesante en el uso judicial y político, y el mismo se advierte cuando el paralogismo –o sea, el falso silogismo– se hace con argumentos falsos y con la intención de llevar al error al contendiente; se nombra por tal razón a veces al sofisma como el paralogismo ejecutado con argucia. Se advierte en igual medida, que “el sofisma incorpora típicamente a la falacia y se expone o desarrolla con la estructura del paralogismo”<sup>119</sup>.

En el ámbito de los sofismas se debe advertir la existencia de dos grandes campos desde los cuales se explicitan tales defectos, y que miran al lugar en el cual ellos mismos se generan, así: “a) los vicios que se llaman *in voce*, o sea, aquellos

---

<sup>118</sup> Mans Puigarnau, Jaime. *LÓGICA PARA JURISTAS. Op. cit.* Pp. 211.

<sup>119</sup> Andruet, Armando. *Op. cit.* Pp. 319.

que se cometen en la palabra, y b) los vicios que se cometen desde las cosas que se nombran, sea, los nombrados como *ex rebus*<sup>120</sup>.



### 9.2.1 VICIOS EN LA PALABRA

Los vicios que son *in voce* son fundamentalmente dos tipos: “uno que es de uso ordinario y que se nombra como homonimia, y otro un tanto más complejo pero sobre la misma naturaleza y que se conoce como la anfibología”<sup>121</sup>.

Respecto al primero, se puede ilustrar diciendo que el mismo se tipifica cuando se utilizan los términos o nombres –tanto los jurídicos como los ajenos a dicha ciencia– con una acepción equívoca o en un sentido diverso al que en rigor les corresponde. Cabe destacar que “aparece como muy frecuente esta incorrección, a tenor de que utilizan los abogados un lenguaje natural y no uno formalizado, técnico o especial, con el cual el riesgo de la equivocidad es ciertamente inferior”<sup>122</sup>.

Cuando ese uso equívoco del concepto no se refiere exclusivamente a un solo nombre o realidad que con él se evoca, sino que lo que se utiliza en toda una

---

<sup>120</sup> *Ibidem*. Pp. 320.

<sup>121</sup> Mans Puigarnau, Jaime. *Op. cit.* Pp. 212.

<sup>122</sup> Andruet, Armando. *Op. cit.* Pp. 321.

proposición o bloque de pensamiento –para decirlo en un código que resulte propio a la literatura forense– con un carácter equívoco, se tipifica el segundo vicio que *in voce* se ha adelantado, y que como se dijo se conoce como la anfibología.



Otra manera en que también se consuma el vicio al cual se está haciendo referencia se asienta en la conformación del “ilícito mayor” o del “ilícito menor”. En ambos supuestos se trata de la relación de extensión –en cualquiera de las modalidades– que se asigna en la conclusión al, término mayor o menor, cuando no ha existido en esa misma medida en la premisa correspondiente. “En el ámbito forense generalmente se advierte consumado dicho error cuando se produce el efecto subjetivo de la cosa juzgada, por ejemplo, a sujetos que no han intervenido en la *litis*, o cuando se excluye de ella a quienes sí han estado afectados”<sup>123</sup>.

### 9.2.2 VICIOS EN LAS COSAS

En cuanto corresponde a los vicios *ex rebus*, o sea los que son propiamente en las cosas y por lo tanto en el razonamiento que de ellas se formula, se sintetizará aquellos que pueden resultar de mayor interés para el ámbito jurídico, despreciando sin duda otras expresiones del mismo tenor aunque de uso poco frecuente en el ámbito forense.

---

<sup>123</sup> *Ibidem*. Pp. 322.



### **1) Sofisma de la ignorancia**

Se comienza por señalar el sofisma de la ignorancia, “conocido también como *ignoratio elenchi*, que acontece, como su propio nombre lo indica, cuando aquel que no conoce el objeto sobre lo que se está discutiendo procede a argumentar, con lo cual, como resulta obvio, dicha argumentación no sólo resulta ineficaz, sino que es desatinada, siendo ésta un auténtico despropósito”<sup>124</sup>.

Se trata entonces de una evidente elusión del asunto y que se centra en probar una cosa diferente de la que como tal se cuestiona. Como se ha indicado con precisión, “se trata de una falacia madre, de la que participan otras tantas que intentan desviar la atención hacia otro asunto, como son la falacia casuística, la *ad consequentiam* y la de pista falsa”<sup>125</sup>.

### **2) Sofisma de accidente**

Otro de los errores es el llamado vicio de accidente (*fallacia accidentis*) y que se materializa por caso cuando a un determinado sujeto se le coloca una cualidad como esencial y en verdad no tiene dicho carácter o no le corresponde el mismo; es decir, se invierte lo esencial con lo accidental, lo sustancial con lo adjetivo.

---

<sup>124</sup> *Ibidem*. Pp. 323.

<sup>125</sup> *Ibidem*. Pp. 323.



“La nombrada falacia se encuentra próxima a la conocida como la generalización precipitada, que se realiza cuando las causas examinadas son insuficientes o poco representativas para sostener una generalización”<sup>126</sup>.

### **3) Sofisma no causa por causa**

Otra argumentación viciosa que puede consumarse dentro del ámbito de lo jurídico es la del sofisma no causa por causa (*fallacia non causae ut causae*), que “se comete cuando se explica un fenómeno por algo que no es su verdadera causa, lo cual no impide que se trate ella de una causa secundaria o segunda, de manera tal que lo que se dice ser la causa no es tal, aunque se le atribuye tal carácter”<sup>127</sup>.

También suele ser conocida dicha falacia como *post hoc ergo propter hoc*, y que consiste en relacionar un determinado suceso posterior con uno anterior y al que se le atribuye ser su misma causa.

### **4) Sofisma de petición de principios**

Se trata del tipo de sofisma *petitio principii*, bastante extendido dentro del ámbito de lo jurídico, aunque utilizado casi en la mayoría de los casos con algún error, y que tiene como nota propia consignar en la premisa inicial aquello que luego

---

<sup>126</sup> *Ibidem*. Pp. 325.

<sup>127</sup> Mans Purigarnau, Jaime. *Op. cit.* Pp. 213.

será objeto de demostración en la conclusión. Se afirma entonces lo que se  
demostrar.



De manera tal que resulta aparente que se trata de una afirmación no conocida antes, porque rigurosamente en manera inicial tal tesis ya había sido admitida como la premisa inaugural del razonamiento en consideración. Por ello se ha afirmado que “el razonamiento que hace las veces de fundamento debe ser más claro y conocido que lo que se quiere probar”<sup>128</sup>.

De cualquier manera, hay que puntualizar que la segunda presentación de la falacia en el ámbito de lo forense se advierte claramente debilitada, toda vez que al tratarse la materia de dicha disciplina de naturaleza opinable, en rigor de verdad la debilidad de la premisa mayor es innegable.

Sin embargo, “esa misma circunstancia no es posible atenderla cuando ha existido ya prueba contundente a cierto extremo, y que por caso el juez así lo ha comprendido en la misma resolución”<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> *Ibidem*. Pp. 214.

<sup>129</sup> Andruet, Armando. *Op. cit.* Pp. 328.



## 9.3 LAS FALACIAS

### 9.3.1 DEFINICIÓN DE FALACIA

Para Moreso, “falacia es el nombre con el que genéricamente se hace referencia a un error en la argumentación”<sup>130</sup>.

Copi define las falacias como “un razonamiento psicológicamente persuasivo pero lógicamente defectuoso”<sup>131</sup>.

Se define entonces a la falacia como todos aquellos argumentos aparentes introducidos en el discurso que buscan engañar o inducir a un error al auditorio o parte contraria.

### 9.3.2 CLASIFICACIÓN DE LAS FALACIAS

**a) Falacia formal:** “Error en la argumentación porque no se ha seguido las reglas lógicas; es decir, una falacia formal es un argumento lógicamente incorrecto o inválido”<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Moreso Mateos, Josep Joan. LÓGICA, ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO. Editorial UOC. Barcelona. 2006. Pp. 166.

<sup>131</sup> Copi, Irving & Cohen, Carl. INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA. *Op. cit.* Pp. 43.

<sup>132</sup> Moreso Mateos, Josep Joan. *Op. cit.* Pp. 166.



“Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no es así: por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva), o de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción)”<sup>133</sup>.

**b) Falacia no formal:** Argumento lógico o formalmente válido, pero que se considera como forma incorrecta de razonar por los problemas de solidez de las premisas. Se distinguen dos grupos de falacias no formales:

1. “Las **falacias materiales**, en las cuales las premisas presumen muchas cosas que no se han probado adecuadamente.
2. Las **falacias verbales**, en las cuales el problema de las premisas se debe normalmente a la ambigüedad derivada de un uso incorrecto del lenguaje”<sup>134</sup>.

En las **falacias materiales**, “la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio sólo aparentemente correcto: ejemplos típicos son la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía”<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. *Op cit.* Pp. 108.

<sup>134</sup> Moreso Mateos, Josep Joan. *Op. cit.* Pp. 166.

<sup>135</sup> Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. *Op cit.* Pp. 108.



Y en las ***falacias pragmáticas***, “el engaño se produce por haber infringido en forma más o menos oculta, una de las reglas que rigen el comportamiento de quienes argumentan en el marco de un discurso retórico o dialéctico”<sup>136</sup>.

### 9.3.3 TIPOS DE FALACIAS

- a) ***Falacias del dilema***. “El abogado adverso expone la tesis contraria la que quiere que admitamos en forma de interrogación, de tal manera que con la contestación no tengamos más remedio que aceptar la primera”<sup>137</sup>.
- b) ***Falacia de la prueba sesgada***. “Esta es un tipo de falacia muy utilizada en los juicios. El abogado contrario da como demostrada una conclusión que favorece su tesis, aunque de las pruebas practicadas no se deduzca la verdad de dicha conclusión”<sup>138</sup>.
- c) ***Falacia a la persona (ad hominem)***. “Se produce cuando no se rebaten los argumentos de nuestra tesis, sino lo que dijimos o admitimos con anterioridad o nuestro comportamiento”<sup>139</sup>.
- d) ***Falacia de la autoridad de ley***. “Es una falacia que se introduce habitualmente en las demandas y en las contestaciones y que muchas veces pasa desapercibida por el disfraz legal con el que se presenta”<sup>140</sup>.

---

<sup>136</sup> *Ibidem*. Pp. 108.

<sup>137</sup> Estalella del Pino, Jordi. EL ABOGADO EFICAZ. Editorial La Leu. Madrid. 2005. Pp. 141.

<sup>138</sup> *Ibidem*. Pp. 141

<sup>139</sup> *Ibidem*. Pp. 141

<sup>140</sup> *Ibidem*. Pp. 142.



- e) **Falacia de reducción de una categoría y al absurdo.** “El abogado contrario hace sospechosa nuestra afirmación o argumento reduciéndolo a una categoría generalmente detestada, o le resta credibilidad reduciéndola al absurdo”<sup>141</sup>.
- f) **Falacia de falta de definición.** “Los escolásticos gustaban de empezar sus discusiones aclarando los términos, el paralogismo de falta de definición se produce cuando el argumentante supone que un término o un conjunto de ellos es perfectamente entendible para todos los interlocutores cuando en realidad el único al que le parece claro es a él”<sup>142</sup>.
- g) **Falacia de extra dictionis.** “Es el paralogismo cuyo error deriva de aspecto no lingüístico, tomando en cuenta el objeto del cual se habla. La mayor parte de los doctrinarios reservan a este tipo de falacias la categoría de ‘paralogismo’ propiamente dicho”<sup>143</sup>.
- h) **Falacia de apelación a la ignorancia.** “Esta falacia se puede apreciar con el siguiente ejemplo: no se ha demostrado que Dios existe, por lo tanto Dios no existe; también tiene que ver con la carga de la prueba, por

---

<sup>141</sup> *Ibidem*. Pp. 142.

<sup>142</sup> Castillo Alva, José Luis & otros autores. RAZONAMIENTO JUDICIAL INTERPRETATIVO, ARGUMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. Ara Editores. Perú. 2006. Pp. 352.

<sup>143</sup> *Ibidem*. Pp. 355.



ejemplo, no se ha demostrado que Juan es culpable, por lo tanto es inocente”<sup>144</sup>.

- i) **Falacia de falta de razones.** “Es la petición de principio, que consiste en efectuar una pretensión y argumentar en su favor avanzando razones cuyo significado es sencillamente equivalente al de la pretensión original”<sup>145</sup>.
  
- j) **Falacia de razones irrelevantes.** “Tienen lugar cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma; así sucede, por ejemplo, cuando se comete la falacia consistente en evadir el problema, en apelar a la autoridad, en argumentar contra la persona, en argumentar *ad ignorantiam*, en apelar al pueblo, a la compasión o a la fuerza, aunque, naturalmente, no toda la apelación a la autoridad, a la persona, etc., suponga cometer una falacia”<sup>146</sup>.
  
- k) **Falacia de razones defectuosas.** “Aparecen cuando las razones que se ofrecen a favor de la pretensión son correctas, pero inadecuadas para establecer la pretensión específica en cuestión (podría decirse que lo que falla aquí es la cualificación o la condición de refutación). Dichas falacias pueden cometerse al efectuar una generalización apresurada (se llega a una conclusión con pocos ejemplos o con ejemplos atípicos), o al

---

<sup>144</sup> Comeñasa, Juan Manuel. LÓGICA INFORMAL, FALACIAS Y ARGUMENTOS FILOSÓFICOS. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina. 2001. Pp. 60.

<sup>145</sup> Toulmin, Stephen. Citado por: Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. *Op. cit.* Pp. 94.

<sup>146</sup> *Ibidem.* Pp. 94.



fundamentar argumento en una regla que, en general, es válida, pero no se considera que el caso en cuestión puede ser una excepción a la misma (falacia del accidente)”<sup>147</sup>.

- l) **Falacias de suposiciones no garantizadas.** “Se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad, cuando, de hecho, la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada. Así ocurre, por ejemplo, con la falacia de la cuestión, de la falsa causa, de la falsa analogía o de envenenar los pozos (se formula una pretensión contra la que no cabe argumentar con objeto de reforzar una pretensión anterior)”<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> *Ibidem*. Pp. 94.

<sup>148</sup> *Ibidem*. Pp. 94.

## CAPÍTULO III

### ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO



#### 1. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Una de las cuestiones que se da precisamente entre la argumentación y la teoría del Derecho, específicamente se refiere a la posibilidad de que una pueda prescindir o sustituir a la otra, o de alguna manera, incorporarla dentro de su campo de estudio. En ese sentido, es necesario enfatizar la necesidad de que ambas subsistan, se relacionen y complementen, para tener una adecuada percepción y operación del fenómeno jurídico, ya que ninguna de ellas, por sí sola lo puede hacer en forma satisfactoria, en atención a que buscan resolver cuestiones distintas dentro del Derecho.

Se dice lo anterior, porque actualmente y desde la década de los cincuenta del siglo pasado, la argumentación jurídica ha cobrado un auge considerable y un protagonismo preponderante dentro de las teorías del Derecho, ostentándose, sin duda, como la tendencia más importante. La bibliografía sobre el tema que se encuentra en las librerías y bibliotecas es prueba patente de ello.



A tal grado ha llegado la relevancia de estas teorías, que hoy se ha considerado al Derecho sólo bajo esta perspectiva y han surgido importantes obras que enfatizan su carácter pragmático, con tendencias a suprimir o dejar de lado la visión teórica. Ejemplo de ello se encuentra en el libro que publicó en el 2006 el eminente maestro español Manuel Atienza, denominado *El Derecho como argumentación*.

En él se pretende exponer al Derecho más que como un ente del conocimiento ya elaborado, estático, así como estructurado definitiva y objetivamente, del cual se pueden predicar diversos enunciados teóricos, contrastables con una realidad, parafraseando al jurista americano Roscoe Pound, “sólo como una actividad, una práctica compleja, una empresa, una tarea, como la escritura de una novela en cadena, o la construcción de una catedral, que enfatizan el elemento dinámico de la materia que las teorías jurídicas sobresalientes hasta entonces no habían mostrado, destacando la limitación de sus resultados”<sup>149</sup>.

También, en el 2005, el profesor mexicano Jaime Cárdenas Gracia, en su libro *La argumentación como Derecho*, ha recalcado: “Estoy convencido de que el Derecho es un fenómeno muy complejo. Compuesto de elementos diversos y expresión de una cultura y de una práctica social. Sin embargo, la argumentación que de las distintas piezas del Derecho en su relación con el contexto social, económico y político se hace,

---

<sup>149</sup> Pund, Roscoe. Citado por: Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. *Op cit.* Pp. 33.



constituye una expresión clara de que el Derecho de nuestros días es sobre todo una argumentación. Esta es la expresión discursiva de la tolerancia, del desarrollo de la cultura jurídica y de la civilidad de un pueblo”<sup>150</sup>.

No solo en el medio hispano se da ese énfasis, sino en otras partes del mundo, por ejemplo, el profesor Robert Alexy, cuando se le interrogó sobre la situación de la Filosofía del Derecho en Alemania, en relación con épocas pasadas, aclaró: “Quizás pudiera decirse que la ciencia jurídica alemana, desde la Segunda Guerra Mundial, se ha caracterizado por una sensible orientación hacia la praxis y un abandono de su lado teórico. Parece carecer de la vocación de aspirar a lo grande y lo duradero”<sup>151</sup>.

Si bien es cierto, este cambio de perspectiva en la manera de considerar al Derecho, no solo ha sido fruto de la ciencia jurídica, sino sobre todo, ha obedecido a los cambios que se han dado en la cultura occidental y con ello, en los sistemas jurídicos que son su producto, por múltiples factores como la transformación de los Estados, para materializar valorativamente los objetivos que deben perseguir, dando una mayor relevancia al Poder Judicial respecto del Legislativo, así como la importancia que juegan las reglas de carácter programático y que establecen fines más que acciones concretas por parte de particulares y autoridades, que obligan a los

---

<sup>150</sup> Cárdenas García, Jaime. LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO. UNAM. México. 2005. Pp. 1.

<sup>151</sup> Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. *Op cit.* Pp. 542.

operadores a realizar una actividad de justificación en sus decisiones y por centrarse en el funcionamiento diario que se da en el Derecho.



Así, en el plano de las explicaciones teóricas esta modificación en la manera de ver al Derecho, se ha reforzado por el resurgimiento de los estudios de la lógica, las interrogantes que nos plantea el método jurídico, así como los medios alternativos de interpretación jurídica como lo es la ponderación, que han demostrado las limitaciones y deformaciones de las teorías jurídicas predominantes durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX.

En efecto, tanto las concepciones tradicionales del Derecho entre las que se encuentran las distintas corrientes positivas, o iusnaturalistas enfatizaban el carácter puramente normativo que tenía el Derecho y como sucedía en otras ramas del saber, la necesidad de contar con un modelo científico de carácter objetivo, meramente descriptivo y eminentemente teórico alejado de la práctica y de los tribunales. El fin de la ciencia jurídica solo era conocer su objeto de estudio, señalar las fronteras con otras ramas y precisar las limitaciones de su saber.

Particularmente, el positivismo consideraba que los problemas sobre la interpretación y la argumentación no eran propios de la ciencia jurídica, ya que si bien mediante las sentencias se creaban normas, siempre existía la posibilidad de la

discrecionalidad judicial, que impedían dar respuesta de manera objetiva y predeterminada a los problemas planteados. Así, y a pesar de que las distintas ramas de la dogmática jurídica pretendían dar la ilusión de suministrarle al abogado la posibilidad de dar respuestas únicas y verdaderas, en realidad, “los métodos de interpretación llevaban siempre a un resultado probable e incierto, de tal manera que cualquier acto de concreción de la norma más que un acto de conocimiento, era en realidad un acto de voluntad, a la que la ciencia no podía dar respuesta, ni pregonar que la daría”<sup>152</sup>.

Por su parte, Alf Ross, más cercano al positivismo que al realismo jurídico, insistía que “en el acto de interpretar las leyes, además de resolver problemas semánticos, sintácticos o lógicos que implica la manifestación material de las normas jurídicas, concurren en ocasiones, elementos pragmáticos, en donde el juez tiene que resolver los casos que se le plantean con base en la conclusión subjetiva que considera deseable, bajo las circunstancias presentadas en el caso, haciendo creer a los demás, que en realidad, sólo estaba obedeciendo al Derecho y a los principios objetivos de la interpretación. Sin embargo, la ciencia debe desentrañar esa actividad para hacer patente la verdadera intención personal del juzgador y el juego que pretende desarrollar frente a la sociedad”<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. UNAM. México. 1979. Pp. 356.

<sup>153</sup> Ross, Alf. SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Sociedad de Economía Mixta. Argentina. 1997. Pp. 188-189.





El realismo jurídico, en este punto, más radical en sus conclusiones sobre la interpretación o la argumentación, debido a que no solo como solo –como lo apuntaba el profesor Hart– es escéptico frente al carácter normativo del Derecho, sino que la verdadera causa de las sentencias judiciales, habría que buscarla en elementos biográficos, psicológicos, sociológicos, alejados de cualquier técnica del razonamiento objetivo, o de criterios valorativos que debieran perseguirse, los cuales si se utilizaban, sólo servían para encubrir las verdaderas causas personales que ocurrían en la motivación de los jueces.

De esta manera, tanto el positivismo como el realismo, como modelos teóricos de explicación del Derecho, propugnaban que en la aplicación de éste nos enfrentamos, en pequeña o gran medida, con la irracionalidad y el subjetivismo, por lo que cualquier esfuerzo teórico para reducirlos estaba condenado al fracaso. El iusnaturalismo, más cercano al positivismo en este punto, no consideró en su perspectiva tradicional, dado el carácter normativo de sus explicaciones, una teoría a este respecto.

Por esta razón, y como lo apunta correctamente el profesor Luis Prieto Sanchís, “las diversas teorías del Derecho que se desarrollaron durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, fueron modelos científicos que se caracterizaron por no contar con explicaciones satisfactorias sobre la argumentación jurídica, ni una teoría sustentable

al respecto ni preocuparse por aspectos concretos de los sistemas normativos, decir, eran teorías jurídicas sin teorías de la argumentación”<sup>154</sup>.



Pero esta situación cambió a partir de la segunda mitad del siglo XX, con el renacimiento de una serie de escuelas que se preocuparon por el aspecto práctico del fenómeno jurídico, particularmente por el tema de la aplicación de las normas al caso concreto y de ahí, intentar reconstruir una teoría jurídica encaminada sobre todo a justificar la toma de decisiones judiciales de manera razonada, enfatizando así, el aspecto práctico del Derecho.

Estas nuevas escuelas, más que preocuparse por la misión descriptiva que la ciencia debe desempeñar, resaltan el papel regulativo que suponen debe cumplir, particularmente, sobre la justificación en la toma de decisiones. Más que defender una tarea contemplativa del fenómeno jurídico, apuesta por una toma de posición en el sentido de que deben adoptar los contenidos normativos y las decisiones que al respecto se deben adoptar. En ese tenor, se intenta unir la vertiente práctica con una teoría de la justicia moderna y establecida en el marco constitucional de los Estados democráticos modernos.

---

<sup>154</sup> Prieto Sanchís, Luis. APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Trotta, S.A. Madrid. 2005. Pp. 325.



El Derecho, más que ser visto como un sistema normativo, aparece como una ciencia a desarrollar con base en casos concretos y particulares de contexto problemático, como lo planteara Theodor Viehweg y su afán de renacer el método tópico como prototipo del razonamiento jurídico, tarea que fue continuada por Chaím Perelman y Lucie Olbreacht-Tyteca.

Más adelante esta visión práctica se ha visto fortalecida con las aportaciones que han planteado el maestro de la Universidad de Edimburgo, Sir Neil MacCormick y el profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, donde “el objetivo de la teoría de la argumentación es el de adoptar modelos o reglas para llegar a decisiones que sean racionales, enfatizando los límites de todo razonamiento de carácter práctico”<sup>155</sup>, ya que finalmente reconocen que el arbitrio judicial nunca podrá ser suprimido, aunque sí acotado en muchas ocasiones.

Estas distintas vertientes tienen como propósito primordial el buscar una teoría enfocada y preocupada principalmente hacia la práctica y la solución de problemas concretos, que satisfaga de una manera objetiva, los presupuestos de una argumentación racional, caracterizándose también por su rechazo a la forma de contemplar al Derecho desde la perspectiva eminentemente formalista, realista o iusnaturalista.

---

<sup>155</sup> Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN. *Op. cit.* Pp. 25.

En nuestros días, las anteriores escuelas han tenido tal impacto que se colocan ahora entre las principales de la teoría del Derecho y buscan desplazar a otras concepciones jurídicas y sustituirse en sus concepciones, desterrando la imagen del Derecho que postulaban.



Estas escuelas se enfocan solo a los problemas de la aplicación del Derecho, sin atender o profundizar los otros aspectos necesarios de él y que las teorías que pretenden superar se preocupaban y enfocaban mayoritariamente. Es decir, ahora de lo que se trata es buscar respuestas correctas y justificables a problemas concretos que se plantean, en vez de preguntarse sobre el contenido y la utilización de los conceptos jurídicos, o de lo que implica para un sistema jurídico determinada concepción del Derecho. Tal parece que el fortalecimiento de estas posturas enfrenta a la manera teórica de ver al Derecho y su método de estudio. De esta forma, pudiera ser, parafraseando la expresión ya citada del profesor Prieto Sanchís, que son teorías de la argumentación sin teorías del Derecho que les den sustento.

Así, en los inicios del siglo XXI, se pretende establecer que una adecuada teoría de la argumentación jurídica puede resolver cualquier problema de la teoría del Derecho. Sin embargo, se considera que esta postura, al extremo, llevaría, contrario a lo que sucedió a principio del siglo XX, a una ciencia jurídica reducida a la argumentación y a los mecanismos para producir premisas convincentes y consistentes que se utilizan en la atención de los problemas cotidianos, pero sin teoría

jurídica. Es decir, pasaríamos a una posición opuesta a la que preponderantemente en el siglo pasado.



Con esta confrontación acerca de la manera de contemplar al Derecho se asiste, una vez más, al constante conflicto que se ha suscitado entre teoría y práctica. En efecto, a lo largo de la historia de la Filosofía del Derecho, se pueden encontrar concepciones y etapas en donde existe el predominio de alguna de esas vertientes.

Así, por ejemplo, los grandes jurisconsultos del Derecho romano, los glosadores y postglosadores de la Época Medieval y, en estos tiempos, Viehweg, Kantorowicz, Pound, Perelman, Alexy o el último Atienza, serían claros ejemplos de defensores de esta concepción, en donde es palpable el predominio del aspecto fáctico u útil del conocimiento jurídico, abocado a resolver problemas prácticos.

En cambio, el surgimiento del pensamiento occidental y de las preguntas jurídico-políticas y morales que se dio en Grecia, con Platón y Aristóteles; la Edad Moderna, con sus iusnaturalismo de corte racionalistas, o las teorías positivistas o realistas, entre otras, representadas por Thomasius, Kant, Kelsen, Ross, Hart, Buligyn, serían ejemplos del predominio de la concepción teórica del Derecho. En ellos, se puede percibir una clara tendencia a suprimir los aspectos fácticos como no propios de la ciencia jurídica. De esta forma, esta confrontación sobre la misión del Derecho y

su ciencia no es novedosa y solo asistimos a un capítulo más de su y trayectoria.



Lo anterior solo demuestra, una vez más, los problemas que en la teoría jurídica se presentan para conjuntar la teoría con la praxis y la lucha para que una u otra predomine y sea la característica de la ciencia del Derecho.

Si bien existen claros ejemplos del predominio de alguna de estas posturas, se antoja que la solución no debe ser así, y que también podemos encontrar a lo largo de la historia de la filosofía, autores que han propugnado por establecer un adecuado balance entre ambas posiciones, ya que finalmente el Derecho, como objeto del conocimiento, engloba problemas de esas dos características, que no se pueden soslayar, punto que ya había señalado Savigny.

De esta manera, el maestro de la universidad de Berlín, Rudolf Stammler, si bien propugnó por la elaboración de una teoría pura jurídica, motivada e inspirada y por lo tanto, ligada al modelo kantiano de la teoría del conocimiento, también se preocupó por ver cómo esta idea se desarrollaba en la vida humana, ya que al fin y al cabo: "La jurisprudencia es una ciencia práctica, es decir, que sus normas y sus doctrinas se caracterizan esencialmente por el hecho de ser aplicables a casos



concretos de la realidad”<sup>156</sup>, de tal forma, que este aspecto práctico se actualiza con día mediante la argumentación jurídica. Si bien este autor asimilaba a dicha figura con el proceso de subsunción, ya sea utilizando normas concretas técnicamente formuladas y emanadas de un sistema jurídico, o con base en un Derecho estimado fundamentalmente justo.

El estudio del Derecho implicaba además del análisis de su concepción formal, su génesis, la idea de la justicia, los aspectos técnicos, donde tiene cabida la explicación de los conceptos jurídicos fundamentales, el estudio de la técnicas y de la práctica jurídica, es decir, de su argumentación. Así, se encontraba en la misma teoría, la preocupación por los aspectos abstractos con los prácticos del Derecho.

En este sentido y para este autor, la argumentación jurídica formaba parte de una concepción más amplia que engloba a la filosofía del Derecho, en donde existía tanto la teoría como la práctica y donde finalmente en esta última, se veían reflejados los postulados teóricos, de tal manera que se hiciera consistente la teoría con la práctica y se justificara una ciencia eminentemente dirigida hacia una finalidad, que es la de regir efectivamente la conducta humana.

---

<sup>156</sup> Stammer, Rudolf. TRATADO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Edición Facsimilar – Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México. 2003. Pp. 351.g



Esta pretensión también se encuentra en el profesor social-demócrata alemán Gustav Radbruch, quien al enfocar el aspecto científico del Derecho, no solo se preocupó por el sentido objetivo de los sistemas normativos, sino también, por lo que se refiere a la elaboración del Derecho positivo en tres etapas: la de la interpretación, la de la construcción y la de la sistemática, ya que finalmente, “la rama de estudio es una teoría que sirve para la práctica, llamada por ello a dar una respuesta inmediata a toda pregunta jurídica, sin que pueda negarse a contestar por razón de las lagunas, las contradicciones o las ambigüedades de que la ley pueda adolecer, o de las teorías elaboradas para ello”<sup>157</sup>.

Así, se considera que el principal problema que se tiene que solucionar dentro de la ciencia jurídica, es volver a unir la teoría con la práctica y hacer consistente una ciencia del Derecho en donde no se descuiden los problemas torales del estudio del Derecho, con los aspectos prácticos, reconociendo que si el Derecho quiere ser una auténtica ciencia, no debe descuidar las interrogantes superiores y generales que se presentan, pero sin que deslindemos o eludamos los problemas prácticos que existen y que toda explicación racional debe resolver, ya que finalmente, los sistemas normativos son creados por la cultura para atender necesidades históricas y concretas del ser humano.

---

<sup>157</sup> Radbruch, Gustav. INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. 1998. Pp. 9-10.

Esta situación ya ha sido reconocida por el Dr. Manuel Atienza y de cierta forma ya modificó la posición que sostuvo en su libro del 2006, cuando señala lo siguiente.



“El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional, además de por los déficits a lo que se ha venido haciendo referencia, por un último rasgo vinculado a ellos: porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no (también) del Derecho como práctica social. El Derecho puede considerarse como un conjunto de enunciados de carácter normativo y no normativo que cumplen ciertos requisitos. Pero además el Derecho puede (ha de) verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc. Dicho quizá de otra manera, el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar...”<sup>158</sup>.

Lo anterior implicaría reconocer que a cada una de estas partes de la teoría y de la Filosofía del Derecho, interesan problemas que deben atender especialmente,

---

<sup>158</sup> Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. DEJEMOS ATRÁS EL POSITIVISMO JURÍDICO. En: ISONOMÍA. REVISTA DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 27. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México. 2007. Pp. 25-26.

como lo es su definición, el método adecuado para su estudio, el contenido y el significado de los conceptos torales que utiliza, una teoría de la justicia, etc.



En el terreno de la práctica, la ciencia jurídica debería preocuparse sobre cómo encontrar métodos para reducir la incertidumbre que se presenta en la aplicación de los sistemas jurídicos, sino lo más importante, y que se considera se ha descuidado hasta el momento, la de constituir una crítica fundamentada al contenido de las normas positivas, siendo de destacar que, como lo apuntó en su momento el profesor Theodor Viehweg, “la filosofía del Derecho surgió originalmente y, por lo tanto, tuvo como una de sus finalidades principales, la de ser el instrumento para criticar en aras de modificar el Derecho y los elementos que la conforman, finalidad eminentemente práctica de un conocimiento teórico, que hasta hoy se ha descuidado y que sin duda las teorías de la argumentación pueden desempeñar adecuadamente”<sup>159</sup>.

## **2. INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO**

Quienes estudiaron en la década de los setenta, recuerdan que la interpretación era abordada de forma casi lateral, en algún capítulo de introducción o de Filosofía del Derecho. Cuando mucho existía algún seminario, normalmente de metodología, en el que se trataba en tema. Por lo que respecta al tema central, la

---

<sup>159</sup> Viehweg, Theodor. *SOBRE EL FUTURO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO INVESTIGACIÓN BÁSICA*. En: *TÓPICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO*. Editorial Gedisa. Barcelona. 1997. Pp. 128.

argumentación era muy escasa siquiera la referencia a la misma y solo en algunas materias como Metodología del Derecho.



Afortunadamente, el día de hoy eso ha cambiado y en prácticamente todos los planes de estudio de licenciatura ya se le da la debida importancia, en ocasiones con dos o más materias centradas en el análisis de ambos temas.

Sin embargo, el tema todavía despierta polémica. Por ello, se aborda su relevancia y su relación con la interpretación del Derecho, para lo cual se ocurrirá a la teoría general de la interpretación, para luego pasar a su relación con la argumentación y de ahí a la argumentación misma.

La historia de la argumentación inicia con una interpretación muy estricta, imbuida de misticismo, respetuosa y hasta temerosa del texto de la ley, que evoluciona hacia una interpretación creadora, es decir, *trasciende de un mero explicar o aclarar* el sentido de un texto normativo, a un *descubrir o desentrañar* y de ahí hasta llegar a *asignar o atribuir* dicho contenido normativo.

Este proceso ha sido cíclico: por ejemplo, en la época romana se inicia con una actitud reverencial a las XII tablas, para evolucionar hasta un *ius publice respondendi*



con fuerza de ley en la época de Adriano, para luego iniciar nuevamente el proceso con la codificación de Justiniano, que fue seguida por la acción de los glosadores y postglosadores, que la vuelven a tornar en una labor creadora, hasta llegar a la época de Napoleón, quien a su vez, decide codificar nuevamente, exigiendo respeto absoluto al texto de la ley. Ello fue atendido escrupulosamente por la escuela de la exégesis, con lo que se inicia otra vez esta evolución, hasta el día de hoy, en el que nuevamente se considera que el intérprete debe “atribuir” el *significado o sentido de la disposición*.

La conclusión es que “las corrientes actuales de la interpretación son fruto de esa evolución, ya no sólo se habla de explicar o descubrir un contenido normativo para el texto interpretado, sino también de atribuirlo y *determinar sus posibles alcances y consecuencias jurídicas*”<sup>160</sup>.

En la época más reciente, la teoría se ha dividido entre *formalistas* y *escépticos*. “Los *formalistas*, piensan que interpretar es una actividad *cognoscitiva* o *cognitiva* que consiste en *descubrir* el significado objetivo de las disposiciones y/o la intención del legislador, basándose, entre otras cosas, en el postulado de la certeza del Derecho y en que los sistemas jurídicos son completos y sin lagunas”<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHO, JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2003. Pp. 122.

<sup>161</sup> Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. UNAM. México. 2003. Pp. 15.



El otro extremo lo ocupan los escépticos, *realistas* o *antiformalistas*, quienes piensan que “la interpretación es una actividad valorativa y decisional, ya que las palabras pueden tener el significado que quiso incorporar su emisor o el que le atribuyan sus destinatarios y nada asegura que haya coincidencia entre ellos, de forma que la interpretación refleja la actitud valorativa de los intérpretes y, por lo tanto, los enunciados interpretativos no son ni verdaderos ni falsos”<sup>162</sup>.

Por último, la *corriente mixta* considera que “la interpretación puede ser una actividad tanto de conocimiento, en la que se descubre el significado de un texto normativo en los casos fáciles; como de decisión discrecional, en la que se adscribe significado a un texto normativo, en los *difíciles*”<sup>163</sup>.

Por otra parte, para conceptualizar a la interpretación, se debe hacer alusión a la ya clásica comparación de la *similitud* entre la *actividad que realiza el intérprete* de una norma jurídica, con la que realiza el *músico* que ejecuta una pieza musical o el *actor* que interpreta un papel en una obra de teatro.

Los instrumentos musicales (como el piano) no emiten sonido sino hasta que son manipulados (tocados), la partitura no se *revela* sino hasta que es interpretada y

---

<sup>162</sup> Igartua Salaverría, Juan. TEORÍA ANALÓGICA DEL DERECHO (LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñate. 1994. Pp. 42.

<sup>163</sup> Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. *Op. cit.* Pp. 83.



el libreto no toma vida sino es puesto en escena (actuado). De la misma forma el texto jurídico no tiene sentido, ni revela su verdadero significado, sino hasta que el intérprete lo descifra y determina un *contenido normativo*, que después aplica.

Para poder conceptualizar a la interpretación, se han distinguido tres corrientes conceptuales distintas, dependiendo de si consideran que interpretar es *explicar*, *desentrañar* o *atribuir* el sentido de una disposición o texto normativo.

La primera, suscrita por autores como Ennecerus, Häberle, Frosini, Ferrer y Pallares, se inclina porque “la interpretación es la regla de conducta (prohibición, orden o permiso), el contenido normativo que el texto contiene”<sup>164</sup>.

La segunda, con exponentes como García Máynez, De Pina, García Belsunce, Villoro y García Trinidad, consideran que el sentido de una disposición, sea expresado por el legislador histórico o el racional, hay que averiguarlo o descubrirlo, lo cual implica que se encuentra en el texto. Como ejemplo, se cita una definición de García Máynez muy utilizada: “... interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significa”<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Hallivis Pelayo, Manuel. TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN. Editorial Porrúa. México. 2007. Pp. 32.

<sup>165</sup> García Máynez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Tomo II. Porrúa. México. 1940. Pp. 147.



Es decir, no va a explicar lo que dijo el legislador o quien emitió el texto normativo, sino que va a descubrir lo que quiso decir. En otras palabras, “va a sacar de las entrañas, a averiguar cuál es la regla de conducta (prohibición, orden o permiso), la prescripción normativa que el texto contiene”<sup>166</sup>.

Por último, autores como Niklas Luhman, Guastini, Zagrebelsky y Velluzzi, en una corriente, que constituye el tercer nivel de profundidad en la concepción de la labor interpretativa, consideran que lo que hace el intérprete es *decidir o atribuir* significado (contenido normativo) a una disposición.

En otras palabras, no va a explicar lo que dijo quien emitió el texto normativo, ni tampoco va a descubrir lo que quiso decir, sino que va a decidir, a determinar cuál es el contenido normativo del texto. En tal sentido, “va a fijar la regla de conducta o prescripción normativa, que el texto contiene”<sup>167</sup>.

Ante estos tres niveles distintos de profundidad, se considera a la interpretación como “una labor ineludible, espontánea o deliberada, que realiza el intérprete para, según el método que suscriba y la técnica que utilice, explicar, descubrir, decidir o atribuir el sentido o directiva de los textos normativos y, en su caso, determinar sus

---

<sup>166</sup> Hallivis Pelayo, Manuel. *Op. cit.* Pp. 33.

<sup>167</sup> Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. *Op. cit.* Pp. 5.



posibles consecuencias jurídicas, para, posteriormente, y justificando el resultado producto de su labor interpretativa, poderlo exponer, traducir, revelar y/o aplicar, en su caso”<sup>168</sup>.

De aquí se parte a determinar que el término *interpretación* puede utilizarse para indicar tanto la actividad interpretativa que realiza el intérprete, *como el resultado* de ella. “El producto o resultado que se obtiene de la actividad interpretativa es el significado del objeto interpretado, es decir, el *contenido normativo* que contiene el documento, disposición o precepto que se interpretó”<sup>169</sup>.

En otras palabras, es distinto el texto normativo (o disposición legal) que se interpreta, del resultado de la interpretación que se realizó a ese texto (contenido normativo o significado de que se le adscribió). El resultado de la interpretación es el que va a permitir aplicar la norma, ya que es el que comunica el significado del texto (contenido normativo) y, por tanto, la norma que tenemos que aplicar.

Además, la interpretación y la aplicación se ejercitan sobre objetos diferentes: la interpretación tiene como objeto textos normativos, mientras que la aplicación tiene

---

<sup>168</sup> Hallivis Pelayo, Manuel. *Op. cit.* Pp. 34.

<sup>169</sup> Velluzzi, Vito. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA. ¿UN CONCEPTO REALMENTE ÚTIL? CONSIDERACIONES ACERCA DEL SISTEMA JURÍDICO COMO FACTOR DE INTERPRETACIÓN. En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 21-I. Alicante. 1998. Pp. 67-68.



por objeto normas en sentido estricto (contenido de sentido de los textos normativos o lo que anteriormente se denominó *contenido normativo*), es decir, la regla de conducta que *contiene* una norma). De esta forma, “la aplicación presupone o incluye, como una parte constitutiva, a la interpretación”<sup>170</sup>.

La aplicación del Derecho es un proceso complejo que, resumido de forma muy simplista, por regla general comprende diversas operaciones las que, independientemente de la indagación y fijación de los hechos, consisten en encontrar qué disposición legal se puede aplicar a un caso concreto; determinar si está vigente y si es aplicable desde el punto de vista material, territorial, de grado y de cuantía; *interpretarla* para encontrar su contenido normativo y, por último, aplicarla concretamente y derivar las consecuencias jurídicas, en su caso.

Por todo ello, se puede concluir que no puede haber aplicación de un texto normativo, sin que este sea interpretado previamente por quien lo va a aplicar.

Respecto del camino adecuado para lograr una interpretación exitosa, se debe mencionar brevemente que los métodos de interpretación que postulan las diversas escuelas indican el camino, el *cómo* desarrollar la labor interpretativa: las técnicas, en cambio, muestran los diversos recursos, herramientas o procedimientos con que se

---

<sup>170</sup> Hallivis Pelayo, Manuel. *Op. cit.* Pp. 46.



cuenta para *andar ese camino*; es decir, para desarrollar la interpretación en forma exitosa. “La técnica es independiente del pensamiento que rige al camino para lograr el fin. Cada escuela recomienda o utiliza un método a que su vez aplica técnicas diversas, que permitirán lograr una interpretación exitosa”<sup>171</sup>.

Además, “se interpreta con miras al ordenamiento en su conjunto, es decir, al sistema jurídico del que forma parte, ya que las normas se van a insertar en un sistema que ya contiene otras normas y de esa combinación de aquellas que el legislador dicte con las que ya están en el ordenamiento, o las posibles que se incorporarán en el futuro, se pueden derivar consecuencias no advertidas por él, por lo que no se debe analizar la norma en forma aislada, sino en relación con el resto del sistema jurídico”<sup>172</sup>.

“El intérprete debe optar con base a la razón y al método seleccionado y, con apoyo en la o las técnicas apropiadas, por una solución comprobada, respaldada, razonada, objetiva, jerarquizada, ponderada y valorada, y deberá justificarla esencialmente, con el soporte de los argumentos adecuados, con lo cual, por un lado, está atribuyendo contenido normativo al texto y, por el otro, está legitimándose, legitimando su función y dándole credibilidad y fuerza a su decisión”<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> *Ibidem*. Pp. 60.

<sup>172</sup> Nino, Carlos Santiago. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires.2013. Pp. 247.

<sup>173</sup> Hallivis Pelayo, Manuel. *Op. cit.* Pp. 492-493.



De esta forma, se sustituye ese temor reverencial al texto legal, por la idea de un intérprete que atribuye significado a un texto normativo, por lo que se puede afirmar que la interpretación tiene un alto contenido valorativo y cada vez con mayor fuerza, se atiende a la dialéctica y a la argumentación.

“Precisamente una de las características que se atribuye a la interpretación es su carácter argumentativo y dialéctico, complementado con la justificación, lo cual resulta lógico ante la noción comentada de atribuir contenido, mediante el uso de las técnicas al alcance del intérprete”<sup>174</sup>.

Según Aarnio, es muy importante el nivel de certeza jurídica para valorar la *legitimidad*, ya que entre más alto sea este grado de certeza, mayor será la confianza de la gente en el orden jurídico, por lo que los intérpretes cargan con la alta responsabilidad social que significa maximizar la certeza jurídica, para ello, “la simple referencia a los textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? La única respuesta a aquella cuestión es usar argumentos apropiados (razones). Por eso en

---

<sup>174</sup> Villar Palasi, José Luis. LA INTERPRETACIÓN Y LOS POTEGMAS JURÍDICO-LÓGICOS. A LA LUZ DEL NUEVO TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1975. Pp. 15.

todas las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento jurídico”<sup>175</sup>.



Así, es generalmente aceptado que la interpretación y la argumentación jurídicas, están íntimamente relacionadas, toda vez que la interpretación se debe apoyar en una determinada técnica de argumentación, que también sirva para justificar la decisión a la que se arribe.

De esta forma, para una adecuada interpretación, se está frente a la ineludible necesidad de razonar y justificar el resultado de la interpretación, lo que, para Bobbio, se refiere a las distintas formas que puede asumir el razonamiento en la actividad jurídica. “Así, se está frente a la necesidad de buscar fundamentos no arbitrarios en los que apoyar una interpretación, para lo cual se requiere hacer referencia a la teoría de la argumentación, que analiza los diversos factores que intervienen en una decisión y su posible fundamentación”<sup>176</sup>.

La argumentación implica ofrecer razones en apoyo de una conclusión. La argumentación sirve entonces para justificar la interpretación. En el caso de toda

---

<sup>175</sup> Aarnio, Aulis. LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA Y EL PRINCIPIO REGULATIVO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 8. Alicante. 1990. Pp. 26.

<sup>176</sup> Bobbio, Norberto. LA RAZÓN EN EL DERECHO (OBSERVACIONES PRELIMINARES). En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 2. Alicante. 1985. Pp. 20.



interpretación significará expresar con argumentos las razones que tuvo en cuenta el intérprete para atribuir el contenido normativo al que arribó.

“Dar un argumento significa ofrecer razones, pruebas, en apoyo de una conclusión, es decir, es un intento de apoyar opiniones con razones. El argumento esencial permite informarse acerca de qué opiniones son mejores que otras”<sup>177</sup>.

Lo que se debe buscar son argumentos, es decir, razones que permitan justificar una conclusión o decisión de interpretación que se considere pertinente, pero también rebatir los argumentos que podrían justificar una decisión distinta.

Wróblewski, considera que “una decisión de interpretación debe ser justificada tanto interna como externamente y esa justificación se debe hacer en función de argumentos, por medio de razones y es relativa a esas razones. La interna se refiere a las vinculaciones lógicas o formales una vez puestas las premisas y la segunda, la externa, precisamente tiene por objeto la justificación de las premisas”<sup>178</sup>.

Atienza ya ha puesto énfasis en que la clave del razonamiento jurídico se encuentra en el establecimiento de las premisas. “Ante la insuficiencia de la lógica

---

<sup>177</sup> Weston, Anthony. LAS CLAVES DE LA ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2011. Pp. 13.

<sup>178</sup> Wróblewski, Jerzy. CONSTITUCIÓN Y TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Ediciones Jurídicas Olejnik. Chile. 2010. Pp. 57.



para abarcar todos los aspectos de la argumentación jurídica el error consiste en no haber distinguido, por un lado, entre explicar y justificar una decisión y, entre la justificación interna y justificación externa”<sup>179</sup>.

Para los casos fáciles, es decir, aquellos que no suscitan dudas razonables, se aplica la justificación interna, que implica que una vez establecidas las premisas normativa (texto normativo) y fáctica, el caso concreto, mediante un procedimiento lógico, denominado justificación interna, que implica aplicar silogísticamente (en forma lógico-deductiva) el texto legal, a partir de normas consignadas en forma expresa en la resolución y utiliza razonamientos válidos, se infiere deductivamente la conclusión, mediante el paso de las premisas a la conclusión, de forma que quien acepte las premisas, debe aceptar también la conclusión.

En casos difíciles, se utiliza la justificación externa, que implica presentar argumentos adicionales, que ya no serán solo deductivos, y consiste en mostrar el carácter fundamentado de las premisas. La tarea de argumentar a favor de una decisión se centra precisamente en esta justificación externa y se refiere a una justificación ulterior de carácter tanto extra sistemático, como no a una justificación ulterior de carácter tanto extra sistemático, como no silogístico, sino valorativo. Alexy

---

<sup>179</sup> Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. *Op. cit.* Pp. 58.

es quien aclara que “la externa es la fundamentación de las premisas usadas para la justificación interna”<sup>180</sup>.



Atienza propone un procedimiento que consiste en que, para resolver un caso difícil, primero hay que identificarlo y determinar por qué se trata de un caso difícil; después, si se trata de un problema de interpretación hay que determinar si surge porque el texto normativo no abarca el caso concreto (insuficiencia de información) o se puede interpretar de diversas maneras incompatibles entre sí (exceso de información); posteriormente, se construye la hipótesis de solución mediante la construcción de nuevas premisas (si es insuficiente información se diseña una premisa lo suficientemente amplia para abarcar el caso o si es exceso, se opta por una de las diversas interpretaciones posibles, descartando las demás); después, se justifican las hipótesis formuladas mediante argumentos a favor de la propuesta (si es insuficiencia se utiliza la argumentación analógica, argumentos *a simili*, *a contrario* o *a fortiori*) o, si es exceso, se utiliza la *reductio ad absurdum*, mostrando por qué son inaceptables las interpretaciones descartadas; y, por último, yendo a través de la o las nuevas premisas obtenidas en ese proceso, se va o se llega a la conclusión. “Esto es, hay que justificar internamente, deductivamente, la conclusión”<sup>181</sup>.

---

<sup>180</sup> Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. *Op. cit.* Pp. 222.

<sup>181</sup> Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. *Op. cit.* Pp. 62.



De esta forma es como la interpretación y la argumentación jurídicas están íntimamente relacionadas, toda vez que la interpretación va para justificar la decisión a la que se arribe.

Independientemente de que en cualquier proceso de decisión es necesario justificar las premisas que se utilizaron a través de los argumentos idóneos, en el ámbito de la aplicación del Derecho, es irrefutable que se deben justificar las decisiones que adoptan, mediante una motivación adecuada, para legitimar su significado frente a los destinatarios y los ciudadanos en general.

El dirigirse a seres racionales con argumentos válidos es un deber de quien interpreta. “El intérprete toma decisiones que le afectan tanto directamente a los destinatarios de la interpretación, como indirectamente a toda la sociedad, lo cual le genera el deber de justificar sus decisiones, mostrando además, en el caso del Estado, la forma en que con esa decisión se están cumpliendo o preservando los valores que ese órgano debe proteger y servir”<sup>182</sup>.

Adicionalmente, y siguiendo a Rodolfo Vigo, se debe complementar que “el mero argumento de autoridad ya no satisface a los pueblos que desconfían del poder y se nutren con el pluralismo. Esas razones de índole política y social han fortalecido

---

<sup>182</sup> Hallivis Pelayo, Manuel. *Op. cit.* Pp. 369.



la necesidad de motivación que pesa sobre los jueces...<sup>183</sup>, por lo que las sociedades democráticas exigen un esfuerzo justificativo especial por parte de los gobernantes incluidos en ellos a los jueces.

Además, la necesidad de justificación descansa no solo en un interés de que el poder se ejerza en forma democrática, sino también en beneficio de los destinatarios de los actos administrativos o judiciales, de forma que queden expeditas sus vías de defensa y puedan rebatir los argumentos en que se apoyó el acto de autoridad.

De esta forma, solo si se justifica y a través de las razones que aduzca, el intérprete legitimará el resultado de su interpretación y estará y se sentirá legitimado frente a los destinatarios de su interpretación; y a través de la justificación, quien revisa la decisión podrá conocer las razones que el intérprete tuvo en cuenta y valorarlas.

Si hemos sostenido la necesidad de que el intérprete justifique sus acciones, es evidente que esa justificación debe ser hecha en conocimiento de sus destinatarios tanto directos como indirectos, y la vía idónea es mediante la motivación, que significa dar la causa o motivo para una cosa, dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacerla.

---

<sup>183</sup> Vigo, Rodolfo Luis. ÉTICA JUDICIAL E INTERPRETACIÓN JURÍDICA. En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 29. Alicante. 2006. Pp. 36.



En materia administrativa, la autoridad tiene que expresar con precisión y claridad las razones particulares, las circunstancias, los motivos por los que invadió la esfera de ese particular determinado. Se le tiene que manifestar en detalle porqué él fue el afectado, y no los demás; precisándole porqué en él se singularizó ese acto de autoridad.

En el caso de actos administrativos, significa exponer en qué sentido o forma se han actualizado los supuestos a que la ley obliga, autoriza, prevé, dispone o sanciona, “es describir cómo se ha producido lo que la ley prevé, por qué existe la necesidad y la obligación de aplicar la ley. Si lo narrado no es cierto o no es precisamente la situación prevista por la ley, el acto de gobierno no se encuentra motivado. Por supuesto, falta motivación si no se expresa la razón por la que se aplica la ley”<sup>184</sup>.

No se pueden admitir vaguedades, puesto que también se dejaría al particular, en estado de indefensión. Implicaría dejar a los destinatarios en particular en una situación de incertidumbre, puesto que si la interpretación resulta más vaga o confusa que el texto interpretado, habrá resultado inútil la labor interpretativa.

---

<sup>184</sup> Cruz Morales, Carlos A. LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES. Editorial Porrúa. México. 1977. Pp. 99.



La motivación no solo abarca la necesidad de explicar o describir el lógico-jurídico que se recorrió para emitir la resolución judicial o administrativa, o solo la interpretación, sino de justificarla sustancialmente. Es decir, se tienen que mostrar los argumentos que permitan sostener la decisión, de forma que el destinatario conozca las razones que llevaron al intérprete a esa conclusión, presentándolas en forma correcta.

Por lo que toca a las sentencias, Taruffo ilustra respecto a que “los estudios de los últimos ochenta años han encontrado que tanto la interpretación de los textos normativos, como la valoración de las pruebas y la calificación de los hechos, son operaciones intelectuales que no siguen la estructura de la lógica dialéctica”<sup>185</sup>.

Para él, “la mirada del juez –usando una metáfora de English– va de la norma al hecho y del hecho a la norma, atando o buscando el punto de equilibrio entre ambos elementos, éticamente contrapuestos, pero conectados y cada paso va modificando la interpretación de la norma y modificando también la reconstrucción del hecho, hasta que se encuentra un punto de combinación”<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> Taruffo, Michele. PRIMERA LECCIÓN: TEORÍA GENERAL DE LA DECISIÓN. En: CINCO LECCIONES MEXICANAS: MEMORIA DEL TALLER DE DERECHO PROCESAL. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral. México. 2003. Pp. 3.

<sup>186</sup> *Ibidem*. Pp. 4.



Respecto de la valoración de las pruebas, como consiste en determinar si las pruebas corresponden con los hechos que describen, y si estos son verdaderos o suficientemente probables, es necesaria la motivación de la decisión valorativa, para explicar las razones que apoyan la verdad de las afirmaciones, puesto que, en caso de no motivar se caería en un autoritarismo o decisionismo judicial.

Ahora bien, para argumentar, como muchos lo han propuesto, se sugiere que se utilicen los argumentos que sean pertinentes al tipo de interpretación de que se trate. Para ello, siguiendo la clasificación de Guastini que distingue a la interpretación que suele denominarse literal o declarativa de la conocida como correctora, y que es la que se considera como la más adecuada para estos propósitos, se considera que para la interpretación literal o declarativa resultan pertinentes el argumento del lenguaje común, el del sentido técnico y el argumento *a contrario*.

Por lo que respecta a la interpretación correctora en general, resulta adecuado tanto el argumento teleológico en sentido amplio, como los sub argumentos genético o psicológico y el argumento lógico o teleológico en sentido estricto. Asimismo, resultan adecuados el argumento *ad absurdum* o apagógico y el argumento *natural*, por lo que respecta a la subcategoría de la interpretación restrictiva, le resulta pertinente el argumento de la disociación y a la interpretación extensiva adecuados el argumento *a simili* y el argumento *a fortiori*.



En relación con las otras técnicas de interpretación correctora, respecto a la interpretación sistemática se debe acudir al argumento topográfico, al argumento de la *constancia terminológica*, al argumento de la *inconstancia terminológica*, al argumento sistemático en sentido estricto o contextual, al combinado de disposiciones, al argumento *a rúbrica*, al argumento económico o de la no redundancia, al argumento *a cohaerentia* y al argumento dogmático.

Por último, en lo que toca a la interpretación principialista, se tiene el argumento del fin o de la realidad social y el criterio económico, así como el argumento pragmático. Para la interpretación histórica se tiene el argumento histórico, el argumento de autoridad y el argumento comparativo.

En palabras de Zagrebelsky “en el proceso de interpretación del Derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección. Partiendo del caso se acude al Derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (llamado ‘circulo interpretativo’) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas. Cuando el resultado interpretativo no violenta ni unas ni otras, puede decirse que se ha logrado la interpretación...”<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *Op. cit.* Pp. 133-134.

## CAPÍTULO IV



### LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES

#### 1. ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

Para Moreso, “argumento jurídico es todo aquel esquema de argumentación que tienda a resolver un caso difícil y que es usado en las decisiones jurídicas para fundamentar una conclusión”<sup>188</sup>.

Mientras que los métodos interpretativos se refieren a la manera como habrá de interpretarse la norma para desentrañar su significado, los argumentos interpretativos se aplican en el texto argumentativo, esto es, mientras que los métodos se dirigen al proceso de interpretación, los argumentos se destinan al resultado de la interpretación.

La mayoría de los autores en relación con los argumentos interpretativos siguen la clasificación de Tarello, que también son empleadas en la lógica y en la metodología.

---

<sup>188</sup> Moreso Mateos, Josep Joan. *Op. cit.* Pp. 142.



## 1.1 EL ARGUMENTO A CONTRARIO

El argumento *a contrario* es “un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una determinada proposición jurídica, que afirma una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o de una clase de sujetos), a falta de una disposición expresa se debe excluir la validez de una proposición jurídica diferente que afirme esta misma obligación (u otra calificación normativa) con respecto a cualquier otro sujeto (o clase de sujetos)”<sup>189</sup>.

## 1.2 EL ARGUMENTO A *SIMILI* O ARGUMENTO ANALÓGICO

Para Tarello, es el procedimiento mediante el cual, existiendo un enunciado normativo que predica una cualificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que vale un enunciado normativo diferente a tenor del cual la misma cualificación normativa es aplicable a otro sujeto o clase de sujetos que tengan con los primeros una semejanza asumida como relevante.

### a. Fundamento axiológico de la analogía

- a) Proporcionalidad de los casos y en la igualdad de efectos jurídicos.
- b) Equidad al dar un mismo tratamiento jurídico a lo que es igual y pertenece a la misma categoría.

---

<sup>189</sup> Perelman, Chaïm. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. *Op. cit.* Pp. 78.



## **b. Estructura de la analogía jurídica**

1. Hay un supuesto de hecho que no está regulado en una norma expresa (laguna) y del cual no se establece consecuencia jurídica.
2. Hay una norma que asigna a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica.
3. Existe una semejanza relevante y esencial entre el supuesto de hecho regulado y *el no* regulado (círculo de semejanza).

## **c. Clases de lagunas susceptibles de integración por analogía**

- a) “Cuando la ley sólo da al juez una orientación general, señalándose expresa o tácitamente, hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares y que el juez debe estimar e investigar para el caso concreto.
- b) Cuando la ley calla en absoluto, ya intencionalmente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse, por no suscitarse la cuestión hasta después de dictada la misma.
- c) Cuando hay dos leyes que, sin preferencia alguna entre sí, se contradicen haciéndose recíprocamente ineficaces.
- d) Cuando una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber



conocido aquellos o sospechado éstas. Se habla entonces de una interpretación correctora del Derecho”<sup>190</sup>.

### **1.3 EL ARGUMENTO A FORTIORI**

El argumento *a fortiori*, del cual se pueden distinguir dos formas, que son el argumento *a minori ad maius* y *a maiore ad minus*, “es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una proposición normativa, que afirma una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o clase de sujetos), hay que concluir la validez y la existencia como disposición jurídica de una disposición jurídica diferente que afirma esta misma obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o clase de sujetos) que está (o estén) en estado de merecer, con mayor razón que los primeros la calificación normativa que la primera disposición concedía a éstos”<sup>191</sup>.

### **1.4 EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD**

Consiste en atribuir a una disposición el significado sugerido por alguien y por ese solo hecho, por lo que su fuerza persuasiva, en principio débil, “depende enteramente de la autoridad invocada, que puede ser una jurisprudencia no

---

<sup>190</sup> Falcón y Tella, María José. EL ARGUMENTO ANALÓGICO EN DERECHO. Editorial Civitas. España. 1991. Pp. 73.

<sup>191</sup> Perelman, Chaïm. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. *Op cit.* Pp. 79.

vinculante, como por ejemplo, las tesis relevantes, el Derecho comparado y la doctrina”<sup>192</sup>.



### **1.5 EL ARGUMENTO A *COMPLETUDINE* (EVITAR LAGUNAS)**

El argumento *a completudine* o del carácter completo del sistema jurídico “es un procedimiento discursivo según el cual, puesto que no se encuentra una proposición jurídica que atribuya una calificación jurídica cualquiera a cada sujeto por referencia a cada comportamiento materialmente posible, se debe concluir en la existencia y en la validez de una disposición jurídica, que atribuye a los comportamientos no regulados de cada sujeto una clasificación normativa especial: o siempre indiferentes o siempre obligatorios o siempre prohibidos o siempre permitidos”<sup>193</sup>.

### **1.6 EL ARGUMENTO A *COHERENTIA* (EVITAR ANTINOMIAS)**

El argumento *a coherentia* parte de la idea de que un legislador razonable – y al que se supone también perfectamente previsor– no puede regular una misma situación de dos maneras incompatibles, de manera que existe una regla que permite descartar una de las dos disposiciones que provocan la antinomia. “Este

---

<sup>192</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS Y POSTULADO DEL LEGISLADOR RACIONAL. En: Vázquez, Rodolfo. INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y DECISIÓN JUDICIAL. Editorial Fontamara. México. 2002. Pp. 166.

<sup>193</sup> Perelman, Chaïm. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. *Op. cit.* Pp. 81.



argumento permite al juez intervenir para resolver la antinomia, pero atenemos estrictamente a la hipótesis de la coherencia del Derecho, la solución preexistiría en el sistema jurídico”<sup>194</sup>.

### **1.7 EL ARGUMENTO PRAGMÁTICO**

Es un argumento consecuencialista que consiste en “justificar un significado a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan, o la inconveniencia de otro significado posible de un enunciado por las consecuencias desfavorables que de él se deriven, que pueden ser sociales, económicas, morales, etcétera”<sup>195</sup>.

### **1.8 EL ARGUMENTO PSICOLÓGICO**

El argumento psicológico consiste en la investigación de la voluntad del legislador concreto por medio del recurso a los trabajos preparatorios. Es un argumento que se utiliza con frecuencia cuando se trata de una ley vigente y ha sido uno de los analizados por el profesor G. Lazarro en su estudio sobre la argumentación de los jueces, que ilustra con sentencias de la Corte de Casación de Italia.

---

<sup>194</sup> *Ibidem*. Pp. 81.

<sup>195</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Op. cit.* Pp. 161.



“Entraña una investigación que permita precisar cuál fue la razón de ser de la norma, reconstruyendo la intención del legislador y teniendo en cuenta el problema concreto que tenía que resolver, así como los principios generales a que se refirió, las enmiendas introducidas en el proyecto primitivo, etc. Este argumento permite, más especialmente, refutar una interpretación de la ley que hubiera podido parecer plausible si no hubieran existido estas indicaciones”<sup>196</sup>.

### 1.9 EL ARGUMENTO POR EQUIDAD

De acuerdo con este argumento, “el juez al dictar las sentencias deberá tomar en cuenta las características del caso particular, y de acuerdo con éstas se interprete, se aplique con justicia la a ley”<sup>197</sup>.

Para Moreso, el argumento de equidad tiene que ver con hacer justicia para el caso concreto. “Su fuerza radica en el hecho de que la aplicación inflexible de reglas generales produce, a veces, soluciones injustas; sin embargo, su debilidad descansa en el hecho de que el Derecho es, en gran medida, una cuestión de reglas generales”<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Perelman, Chaïm. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. *Op. cit.* Pp. 82.

<sup>197</sup> Dehesa Dávila, Gerardo. INTRODUCCIÓN A LA RETÓRICA Y A LA ARGUMENTACIÓN, ELEMENTOS DE RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN PARA PERFECCIONAR Y OPTIMIZAR EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2004. Pp. 456.

<sup>198</sup> Moreso Mateos, Josep Joan. *Op. cit.* Pp. 157.



## 1.10 EL ARGUMENTO HISTÓRICO

El argumento histórico, o de la presunción de continuidad, “supone que el legislador es conservador y que permanece fiel a la manera mediante la cual quiso regular una determinada materia, a menos que se hayan modificado expresamente los textos legales. Observemos que este argumento ha sido algunas veces eliminado en provecho de otros, sin que haya jamás existido inversión de la justicia”<sup>199</sup>.

## 1.11 EL ARGUMENTO *SEDES MATERIAE*

El argumento *sedes materiae*, en primer lugar, “sería aquél por medio del cual la atribución o justificación del significado de un enunciado se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización topográfica proporciona información sobre su contenido por ser fruto de un plan del legislador y, por tanto, manifiesta su voluntad”<sup>200</sup>.

## 1.12 EL ARGUMENTO APAGÓGICO (INTRODUCCIÓN AL ABSURDO)

El argumento apagógico, o de reducción al absurdo, “supone que el legislador es razonable y que no hubiera podido admitir una interpretación de la ley

---

<sup>199</sup> Perelman, Chaïm. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. *Op. cit.* Pp. 82.

<sup>200</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Op. cit.* Pp. 115.



que conduzca a consecuencias ilógicas o inicuas”<sup>201</sup>. Esta manera de razonar, aunque no enteramente ausente en la época que examinamos, se encontrará mucho más extendida después de la Segunda Guerra Mundial.

### **1.13 EL ARGUMENTO A COHERENTIA**

El argumento *a coherentia* es aquel por el que dos disposiciones no pueden expresar dos normas incompatibles entre ellas. Por ello, sirve tanto para rechazar los significados de un enunciado que lo hagan incompatible con otras normas del sistema, como para atribuir directamente un significado a un enunciado, ya que el argumento justifica no sólo la atribución de significados no incompatibles y el rechazo de significados que impliquen incompatibilidad, sino la atribución de aquel significado que haga al enunciado lo más coherente posible con el resto del ordenamiento”<sup>202</sup>.

### **1.14 EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO**

El argumento teleológico concierne al espíritu y a la finalidad de la ley, que no se reconstruye a partir del estudio concreto de los trabajos preparatorios, sino a partir de consideraciones sobre el texto mismo de la ley. “Se impone una manera más abstracta de argumentar cuando el estudio histórico no permite aclararse al

---

<sup>201</sup> Perelman, Chaïm. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. *Op. cit.* Pp. 82.

<sup>202</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Op. cit.* Pp. 126.

intérprete, porque los problemas suscitados son nuevos y no se plantean en la época en que la ley se preparó”<sup>203</sup>.



### **1.15 EL ARGUMENTO ECONÓMICO**

El argumento económico o hipótesis del legislador no redundante afirma especialmente que se debe descartar una interpretación cuando, si se admitiera, el texto se limitaría a repetir lo que resultaba ya de un texto legal anterior y sería por eso mismo superfluo”<sup>204</sup>. Este argumento no se impone siempre, pues es perfectamente posible que la reglamentación especial no sea otra cosa que aplicación de un principio general.

### **1.16 EL ARGUMENTO *AB EJEMPLO***

El argumento *ab ejemplo* permite interpretar la ley conforme a los precedentes, “de acuerdo a una decisión anterior y a la doctrina generalmente admitida”<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Perelman, Chaïm. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. *Op. cit.* Pp. 83.

<sup>204</sup> *Ibidem.* Pp. 83.

<sup>205</sup> *Ibidem.* Pp. 83.



### **1.17 EL ARGUMENTO A RUBRICA**

El argumento *a rubrica*, por su parte, sería aquél por medio del cual la atribución de significado se realiza a partir del título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que encuentra ubicado el enunciado, “ya que se piensa que los títulos proporcionan información sobre el contenido regulado bajo los mismos, por no ser causales, sino fruto de un plan del legislador y, por tanto, manifiestan su voluntad”<sup>206</sup>.

### **1.18 EL ARGUMENTO SISTEMÁTICO**

El argumento sistemático, “parte de la hipótesis de que el Derecho es algo ordenado y que sus diferentes partes constituyen un sistema, cuyos elementos pueden interpretarse en función del contexto en que se insertan”<sup>207</sup>.

### **1.19 EL ARGUMENTO NATURALISTA**

El argumento naturalista o de la naturaleza de las cosas, o hipótesis del legislador impotente, extrae sus conclusiones del hecho de que, “en una situación dada, es inaplicable un texto de la ley porque a su aplicación se opone la naturaleza de las cosas”<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Op. cit.* Pp. 115.

<sup>207</sup> Perelman, Chaïm. *TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. Op. cit.* Pp. 83.

<sup>208</sup> *Ibidem.* Pp. 83.



## 2. ESQUEMAS DE LOS ARGUMENTOS DE INTERPRETACIÓN

### 2.1 DEFINICIÓN

Para Vega Reñón, “los esquemas son patrones de razonamiento que permiten clarificar y evaluar pautas comunes y estereotipadas de argumentación en el discurso jurídico, para resolver los problemas de aplicación del Derecho”<sup>209</sup>.

En suma es una estructura que organiza la información y presenta con claridad las premisas y la conclusión del argumento, de tal forma que permite identificar las razones que soportan el uso adecuado del argumento interpretativo por parte del juez, pero también nos ayuda a evaluar el argumento a partir de algunas preguntas críticas que se hacen sobre las premisas.

### 2.2 CLASES

#### 2.2.1 ARGUMENTO A *CONTRARIO SENSU*

1) *Esquema:*

- a) **A** es el antecedente de un enunciado normativo.

---

<sup>209</sup> Vega Reñón, Luis & Olmos Gómez, Paula. COMPENDIO DE LÓGICA, ARGUMENTACIÓN Y RETÓRICA. Editorial Trotta. Madrid. 2011. Pp. 37.



- b) **C** es la calificación deóntica positiva que el enunciado no correlaciona con **A**.
- c) **B** es el caso.
- d) **B** no es **A**.
- e) Por lo tanto, no **C** es la calificación deóntica negativa para **B**.

2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*

- a) ¿Existe una norma en el sistema jurídico que califica con **C** a **A**?
- b) ¿Es **A** distinta de **B**?
- c) ¿Existe alguna otra norma en el sistema jurídica que califique a **B**?
- d) ¿Existe alguna otra norma positiva por defecto que actúe como regla de clausura?

### 2.2.2 ARGUMENTO DE AUTORIDAD

1) *Esquema:*

- a) **I** es una autoridad en el dominio **D**.
- b) **I** afirma que **P** es el caso.
- c) **P** forma parte del dominio **D**.
- d) Por lo tanto, puede afirmarse (plausiblemente) que **P** es el caso.

2) *Algunas preguntas críticas aplicables a algunas de estas variantes, para evaluar el argumento son:*



- a) ¿Es **I** una autoridad en el dominio **D**?
- b) ¿Es verdad que **I** afirmó que **P** era el caso?
- c) ¿Es **P** parte del campo de conocimiento de **D**?
- d) ¿Es **P** compatible con lo que otras autoridades afirman en **D**?
- e) ¿Es compatible con otros datos y pruebas en **D**?

### 2.2.3 ARGUMENTO DE CLASIFICACIÓN GRAMATICAL

#### 1) *Esquema:*

- a) La situación **X** tiene la característica **P**.
- b) Todas las situaciones que tienen las características **P** son clasificables como **C**.
- c) Existe una norma que correlaciona al caso genérico **C** la solución normativa **S**.
- d) Por lo tanto, **X** es clasificable como **C**.
- e) Por lo tanto, a **X** se le debe correlacionar la solución normativa **S**.

#### 2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*

- a) ¿En qué grado se puede confiar que la situación **X** tiene la característica **P**?
- b) ¿Existe alguna situación que presenta la característica **P** pero no es clasificable como **C**?



- c) ¿Cuántas situaciones que han tenido la característica **P** han sido clasificadas como **C**?

#### 2.2.4 ARGUMENTO DE LAS CONSECUENCIAS EN SU FORMA POSITIVA

1) *Esquema:*

- a) Si se acepta la postura **P**, entonces se producirán (plausiblemente) las consecuencias benéficas **C**.
- b) Por lo tanto, se debe aceptar la postura de **P**.

2) *Ejemplo:*

- a) Si se legaliza la venta y consumo de drogas disminuirá el tráfico y todos los delitos que se derivan de ella.
- b) Por lo tanto, se debe legalizar su venta y consumo.

#### 2.2.5 ARGUMENTO DE LAS CONSECUENCIAS EN SU FORMA NEGATIVA

1) *Esquema:*

- a) Si se acepta la postura **P**, entonces se producirán (plausiblemente) las consecuencias no benéficas **C**.
- b) Por lo tanto, no se debe aceptar la postura **P**.



2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*

- a) ¿Qué otras causas están involucradas en que sea probable que ocurran las consecuencias **C**?
- b) ¿Qué tan probable es que las consecuencias **C** que se anuncian?
- c) ¿Qué información se tiene disponible para apoyar la afirmación de que P producirá (probablemente) **C**?
- d) ¿Existen otras consecuencias opuestas a **C** que justifiquen la aceptación o rechaza la postura?

### 2.2.6 ARGUMENTO POR MAYORÍA DE LA RAZÓN

1) *Esquema:*

- a) La norma **N** asigna la consecuencia jurídica **C** a la situación **S1**.
- b) No existe una norma que asigna la consecuencia **C** a la situación **S2**.
- c) Las situaciones **S1** y **S2** son comprobables en términos de la racionalidad **R**.
- d) Por lo tanto, a la situación **S3** se le debe asignar la consecuencia jurídica **C**.



- 2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*
- a) ¿Existe la norma **N** en el sistema jurídico que asigna la consecuencia jurídica **C** a la situación **S1**?
  - b) ¿Existe alguna otra norma distinta de **N** que asigna la consecuencia jurídica **C** a la situación **S2**?
  - c) ¿Es verdad que las situaciones **S1** y **S2** son comprobables en términos de **R**?
  - d) ¿Existe algún criterio de comparación distinto de **R** que ponga en duda la conveniencia de asignar la consecuencia **C** a **S2**?
  - e) ¿Existe alguna situación **S3** similar a **S2** y comprobable e términos de **R** pero a la que no se le deba asignar la consecuencia **C**?

### 2.2.7 ARGUMENTO A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS

- 1) *Esquema:*
- a) Existe una norma **N** que correlaciona la solución normativa **S** para clase de casos **C**.
  - b) El caso individual **c** pertenece a la clase de casos **C**.
  - c) Se invoca un principio **P**.
  - d) Se afirma que el uso de **N** para solucionar el caso **C** está de acuerdo con el principio **P**.
  - e) Por lo tanto, la norma **N** es aplicable para el caso **C**.



2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*

- a) ¿Existe la norma **N** en el sistema jurídico que regule el caso **C**?
- b) ¿Existe alguna otra norma distinta de **N** que también regule el caso **C**?
- c) ¿Es el caso individual **c** un ejemplo del tipo de casos **C**?
- d) ¿Cuál es la fuente del principio **P**?
- e) ¿Cuál es la definición del principio **P** para afirmar que el uso de **N** para solucionar **C** contraviene el principio **P**?
- f) ¿Existe algún otro principio distinto de **P** cuyo contenido indique que **N** debe ser aplicada para solucionar el caso **C**?

## 2.2.8 ARGUMENTO PSICOLÓGICO

1) *Esquema:*

- a) **S** es una solución al problema jurídico **P** a partir del texto jurídico **T**.
- b) **I** es el contenido de la intención del autor del texto **T**.
- c) **S** es compatible o se deriva del contenido **I**.
- d) Por lo tanto, **S** debe ser la solución para **P**.

2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*

- a) ¿Es **S** la única solución para el problema jurídico **P**?
- b) ¿Qué información se tiene para apoyar que **I** es el contenido de la intención del autor del texto **T**?



- c) ¿A partir de la información disponible es posible hacer una interpretación alternativa de **I**?
- d) ¿Existe algún problema jurídico **P1** similar a **P** que se haya resuelto en forma contraria a **S**?

### 3. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Los silogismos, enunciados de modo preciso y coherente, constituyen la variedad formal de la especie de inferencias deductivas asociadas al razonamiento jurídico. Los términos están perfectamente distribuidos de dos en dos en las tres proposiciones que integran la deducción, y la conclusión se extiende desde las premisas como una derivación necesaria sujeta al canon de ciertas y determinadas reglas.

Sin embargo, es frecuente la formulación de silogismos en los que falta alguno de sus elementos, o en los que el orden de estos parece haber sido trastocado, o en los que las conclusiones de unos sirven de premisa a otros, o en los que el rigor formal cede su lugar de primacía a la estrategia suelta de una argumentación.

Los abogados, ya como jueces o fiscales, ya como litigantes o doctrinados, no razonan todo el tiempo, ni mucho menos, de conformidad con el rígido patrón del



silogismo judicial gobernado por el perfeccionista esquema de *modus bArbAr* que enfrentan la necesidad de urdir estrategias seductoras no formales para alcanzar la aprobación de sus puntos de vista o la desaprobación de los pareceres de la parte contraria.

El mismo juez se llena de razones argumentativas para apuntalar su razón decisoria en torno a un caso especial. Esas razones que respaldan la razón de administrar justicia de acuerdo a una interpretación cualquiera, son las antirrazones de las otras interpretaciones posibles acerca del asunto *sub judice*.

El Derecho, en la práctica, tiene mucho de seducción. Nos seduce, por ejemplo, la erudición de un litigante prestigioso en sus alegatos finamente escritos, nos seduce la precisión lógica del funcionamiento cuando impecablemente alcanza el contenido veraz de sus conclusiones silogísticas, nos seduce el defensor que desde el estrado oratorio se adueña diestramente de la voluntad del auditorio, nos seducen los llamados a la compasión o los clamores para aplicar duros castigos cuando esos llamados y esos clamores son inusitadas tácticas psicológicas que apelan a la dimensión incalculada de nuestras emociones.

Seducir en la práctica jurídica, más de las veces, no es asunto de lógica formal, sino de teoría de la argumentación. El Derecho es prueba; cierto es. Pero la



prueba por sí misma no salda definitivamente las cuestiones abiertas al debate, precisa razonar sobre la prueba, ponderar sus perfiles prácticos y teóricos, darle una presentación, adelantar una reflexión sobre ella para aceptarla o para impugnarla. En suma: la prueba, como los otros renglones del Derecho tanto sustantivo como procedimental, requiere de ese despliegue no siempre muy ordenado y no siempre muy formal que se llama argumentación.

No se trata de desconocer el valor de la lógica formal aplicada al universo de los jurídicos, es asunto de entender que al lado de lo que está formalmente bien razonado nos vemos precisados a contar con lo que está libremente bien argumentado. El secreto de saber compaginar lo lógico formal con lo argumentativo estriba en reconocer que lo uno se reduce a lo otro, que la lógica y la argumentación, a veces enfrentadas contradictoriamente, puede guardar relaciones de complementación y que, una vez adoptado un criterio para alegar, lo lógico y lo argumentativo deben funcionar como instrumentos coherentemente destinados a realizar un fin.

Si un juez argumenta en el sentido de condenar a un sindicato, la lógica por él empleada para producir la decisión judicial debe compaginarse o complementarse con el tenor de sus argumentos.



El abogado del sindicato, por su parte, contra razonará argumentativamente, buscando desapuntalar de razones la lógica condenatoria que lesionará los intereses de su cliente.

Desde una perspectiva rigurosamente formal y axiomática, no hay demostraciones en el Derecho. El abogado no demuestra sino que muestra a sus oyentes o lectores los perfiles de los hechos y sus interpretaciones más favorables a su percepción del caso o a su conveniencia profesional. Los casos difíciles son aquellos que prohíjan la multiplicación de las interpretaciones y el manejo multívoco de las pruebas. Cada parte adopta su mejor punto de vista y tiene que proponerlo y defenderlo por medio de alegaciones.

Al juez le corresponde otro tanto. La lógica, en el ínterin, puede ser empleada por todos ellos de manera impecable ya que idoneidad tiene que ver con el manejo de las formas de los enunciados y no con el tenor de sus contenidos.

#### **4. LÓGICA, EPISTEMOLOGÍA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

De notable interés para el jurista es la demarcación de los conceptos lógicos, epistemológicos y argumentativos vistos en la dinámica real de practicar el Derecho como arte de abogar o como técnica de decidir. ¿Cuál es el valor práctico de cada una de estas especies teóricas?



La lógica formal busca que las consecuencias se desprendan limpiamente de las premisas, que el discurso jurídico esté libre de contradicciones y que el operador de sus reglas sepa detectar las falacias, paradojas y sofismas que enturbian el ámbito funcional de los conceptos legales.

La epistemología jurídica persigue librar al objeto de conocimiento de los sesgos connaturales al sujeto, establecer los límites de la razón y de la experiencia en el universo del discurso del Derecho, adoptar los criterios de verdad pertinentes para resolver los casos al tenor de su especificidad y valorar las pruebas de conformidad con los criterios empíricos y hermenéuticos acogidos.

La argumentación es una estrategia de seducción que no se ajusta demasiado a las exigencias estructurales de la lógica ni a los reclamos verifcatorios de la epistemología.

Lo que se quiere alcanzar con el discurso argumentativo no es la corrección formal de la lógica ni la verdad empírica o documental de las pruebas, en sí mismas consideradas, sino la utilización discursiva de ellas con vistas a lograr la adhesión de los interlocutores a un punto de vista que se acoge y propone.



La lógica y la epistemología no quedan subsumidas en la argumentación, sino envueltas por ella. En el alegato, el sujeto jurídico produce libremente, según convenga a su hipótesis, ponderaciones sobre lo lógico o reflexiones sobre lo epistemológico en el caso a decidir. Lo argumentativo es el discurso de presentación de lo lógico, lo epistemológico y hasta lo ético de la decisión judicial que debería prohiarse según los presupuestos de quien argumenta.

## 6. EL ENTIMEMA

Es una especie irregular de silogismo en el que se subentiende una de las premisas o la conclusión.

Cuando falta la premisa mayor, el entimema se llama de *primer orden*.

### Ejemplo:

- Carrara es un clásico del Derecho.
- Luego Carrara no es un determinista biológico o social.

Aquí está sobreentendida la premisa mayor “Ningún clásico del Derecho es un determinista biológico o social”.



Cuando falta la premisa menor, el entimema es de *segundo orden*.

**Ejemplo:**

- Ningún clásico del Derecho es un determinista biológico social.
- Luego Carrara no es un determinista biológico o social.

Está sobreentendida la premisa menos “Carrara es un clásico del Derecho”.

Cuando la conclusión es lo que falta, el entimema se denomina de *tercer orden*.

**Ejemplo:**

- *Ningún clásico del Derecho es un determinista biológico o social.*
- *Carrara es un clásico del Derecho.*

Se sobreentiende la conclusión “Carrara no es un determinista biológico o social.

El entimema está fuertemente ligado al corazón de las argumentaciones. Argumentar es relacionarse un sujeto comunicador con un interlocutor que puede ser otra persona singular o un público. Es frecuente que partiendo de una



proposición dada se pueda configurar un silogismo que no esté formalmente justificado. Así, del enunciado “los colombianos seremos más pobres y atrasados después del presente mandato presidencial”, el orador “infiere” “luego hemos sido invitados para ingresar en el pasado”.

Como se ve, la conclusión no se sigue de semejante premisa, pero sí se sigue del entendimiento que prima entre el orador y su público en torno a cierta proposición que al principio de ese mandato presidencial constituyó una optimista invitación al futuro.

## 7. EL EPIQUEREMA

Es una especie irregular de silogismo en el cual por lo menos una de sus premisas va acompañada de su correspondiente prueba o demostración.

### **Ejemplo:**

- Todos los B son A porque ellos son X
- Todos los C son B porque ellos son Y
- Luego todos los C son A



Ha tenido gran resonancia histórica el epiquerema de Cicerón mediante el cual llevó a efecto su notable apología “Pro Milone”:

*“Está permitido matar a un injusto agresor: la ley natural, el derecho positivo y el uso natural lo atestiguan. Ahora bien, Clodio fue el injusto agresor de Milón: eso resulta con toda evidencia de los antecedentes de Clodio y de las circunstancias del crimen. Luego Milón podía matar a Clodio”.*

Del examen de este ejemplo se colige que el epiquerema es un silogismo abreviado-compuesto cuyas premisas son entimemas.

Es frecuente que los abogados hagan uso del epiquerema rigurosamente entendido; también es común verlos razonar epiqueremáticamente, sin demasiados formalismos lógicos, al vaivén de la dialéctica alegatoria o en el espíritu del libre esfuerzo retórico.

**Ejemplo:**

*Mi defendido golpeó a la víctima con sus puños porque ésta ofendió públicamente su honor de varón. Es evidente que con su respuesta no quiso quitarle la vida, porque un par de puñetazos no son normalmente causas*



*idóneas para producir la muerte de una persona. Así que el dolo producido no por voluntad de mi cliente, ni por la naturaleza de los golpes, que no fueron excesivamente violentos, sino por la fatalidad de golpearse la occisa la cabeza con la punta de una mesa metálica. Es preciso prestar toda la atención al delicado problema de ponderar los elementos subjetivos que anteceden y acompañan la conducta de mi poderdante, para que no se le juzgue con arreglo a los parámetros del homicidio doloso y se puedan examinar los alcances conceptuales, para el caso en análisis, de la preterintención, la culpa o el caso fortuito.*

No hay en el alegato, lógicamente hablando, un arreglo estructural que conduzca el proceso discursivo desde las premisas a la conclusión, pero aquellas y ésta van envueltas, por alusión a las circunstancias específicas que forman parte del informativo procesal, en el esfuerzo retórico de convencer a los interlocutores para hacer prevalecer la hipótesis de la defensa.

## **8. EL POLISILOGISMO**

Es una cadena de silogismos de tal modo vertebrados unos con otros que la conclusión del uno sirve de apoyo para la formulación del siguiente.



El primero de ambos silogismos es el *prosilogismo* y el segundo el *episilogismo*.

Cuando la conclusión de un silogismo le sirve de premisa mayor al siguiente, el polisilogismo se llama “progresivo”; son “regresivos” aquellos polisilogismos en los que la conclusión de cada uno es la premisa menor del siguiente.

- Todos los doctrinante son intelectuales.
- Todos los perelmanianos son doctrinantes.
- Todos los perelmanianos son intelectuales.
  
- Todos los perelmanianos son intelectuales.
- Todos los nuevos retóricos son perelmanianos.
- Todos los nuevos retóricos son intelectuales.

Ejemplo de polisilogismo regresivo es el siguiente:

- Todos los doctrinantes son pedantes.
- Todos los jurisconsultos son doctrinantes.



- Todos los jurisconsultos son pedantes.
- Todos los pedantes son insufribles.
- Todos los jurisconsultos son pedantes.
- Todos los jurisconsultos son insufribles.

Es factible hallar triadas y series de triadas polisilogísticas progresivas o regresivas en un informativo procesal, pero lo más corriente es que la polisilogización se cumpla en la dinámica abierta de las exposiciones retóricas.

En ellas, algunas premisas o la conclusión pueden ser omitidas o reiteradamente enunciadas, ya que el comunicador conoce que sus interlocutores saben o perciben el valor de callar o de repetir cuando el arte de convencer o disuadir se trata.

## **9. EL SORITES**

Consiste en una serie de proposiciones encadenadas de tal modo que el predicado de la primera se constituye en sujeto de la segunda, el predicado de la segunda en sujeto de la tercera, etc., hasta que el proceso discursivo alcanza un



punto (conclusión) en el que se juntan el sujeto de la primera proposición predicado de la última:

- A es B
- B es C
- C es D
- D es E
- Luego A es E

**Ejemplo:**

- Los infanticidas son criminales despiadados;
- Los criminales despiadados son peligrosos enemigos de la sociedad;
- Los enemigos de la sociedad deben ser sancionados drásticamente;
- Las sanciones drásticas deben ser ejemplares;
- El castigo ejemplar por excelencia es la pena capital;
- Luego los infanticidas deben ser ejemplarmente castigados con la pena máxima.



Un orador jurídico tomaría este sorteo como referencia metodológica para armar un argumento, pero no se sujetaría paso a paso a sus perfiles esquemáticos sino que lo desarrollaría retóricamente según los fines concretos que persiga y las características particulares de su auditorio.

No faltarían, de seguro, los adornos literarios, las metáforas conmovedoras, las citas históricas, las alusiones a casos análogos y las reflexiones éticas en torno a los efectos o las causas de los comportamientos anómalos a que se hace referencia.

## **10. EL SILOGISMO HIPOTÉTICO**

Presenta la modalidad en que juicios hipotéticos pueden ser tomados como premisas en las operaciones deductivas de género silogístico.

El silogismo hipotético está arquitecturado como los silogismos ordinarios, es decir, consta de una premisa mayor y otra menor de las que se deriva una conclusión determinada.



La premisa mayor es una proposición hipotética (afirma una relación cierta condición), la premisa menor es categórica (afirma que la condición se cumple o no se cumple).

La conclusión, por consiguiente, es un juicio en el que se afirma o se niega la relación por medio de una proposición afirmativa o negativa según sea el caso.

El silogismo hipotético presenta dos modos:

**A)** El *modus ponens*, llamado constructivo, es el modo en que se afirma; establece que la condición se cumple. La conclusión, por consiguiente, es una proposición afirmativa:

- **Si A es B, C es D.** Si infringes la ley, serás penalizado.
- **A es B.** Has infringido la ley.
- **Luego C es D.** Luego debes ser penalizado.

**B)** El *modus tollens*, llamado destructivo, es el modo en que se niega; establece que la condición no se cumple. La conclusión, por lo tanto, es una proposición negativa.



- **Si A es B, C es D.** Si infringes la ley, serás penalizado.
- **C no es D.** No debes ser penalizado.
- **Luego A no es B.** No has infringido la ley.

Cuando una de las premisas de un silogismo hipotético es condicional no exclusiva, solo es posible obtener conclusiones válidas cuando el proceso discursivo pasa de la afirmación del antecedente a la afirmación del consecuente y de la negación del consecuente a la negación de antecedente.

En el ejemplo del *modus ponens*, arriba expuesto, se afirma, en la menor, el antecedente de la mayor para afirmar en la conclusión el consecuente respectivo. En el *modus tollens*, se niega, en la menor, el consecuente de la mayor, para negar su antecedente en la conclusión.

Los modos falaces de silogismo hipotético son la afirmación del consecuente para alcanzar la afirmación del antecedente; en el ejemplo, “serás penalizado, luego has infringido la ley”, y la negación del antecedente para negar el consecuente: “no has infringido la ley, no serás penalizado”. En lo que respecta a los alegatos y discursos jurídicos de corte retórico en relación con los silogismos hipotéticos, cabe



tener en cuenta que es enteramente posible que un silogismo hipotético asuma la forma de un entimema.

## 11. EL SILOGISMO DISYUNTIVO

Es una variedad silogística cuya premisa mayor es un juicio disyuntivo. Si la disyunción es exclusiva, el silogismo se llama disyuntivo estricto y si es inclusiva, recibe la denominación de silogismo disyuntivo laxo. La menor de un silogismo disyuntivo estricto puede ser una proposición tanto afirmativa como negativa, ya que si se niega uno de los disyuntados se afirma el otro y si se niega éste, aquél es afirmado.

### Ejemplo:

- Los secuestrados de marras o están vivos o fueron asesinados.
- Están vivos.
- Luego no fueron asesinados.

### Ejemplo:

- Los secuestrados de marras o están vivos o fueron asesinados.
- Fueron asesinados



- Luego no están vivos.

La menor de un silogismo disyuntivo inclusivo solo puede ser una proposición negativa porque la inclusividad de la disyunción implica que una de las dos opciones señaladas en la mayor se cumple o que se cumplen ambas.

**Ejemplo:**

- Las víctimas fueron golpeadas con palos o con varillas.
- Si se quiere significar que los golpes fueron propinados con palos o con varillas o con ambos, la menor no puede ser un enunciado afirmativo porque de inmediato excluiría la otra opción “Fueron golpeadas con palos; luego no fueron golpeadas con varillas”.

La estructura correcta de esta especie de silogística es la siguiente:

- Las víctimas fueron golpeadas con palos o con varillas.
- No fueron golpeadas con palos.
- Luego fueron golpeadas con varillas.



La falta de conocimiento o de cuidado por parte de funcionarios o litigantes en derredor del uso apropiado de las disyunciones exclusivas e inclusivas sirve de sostén a un sinfín de malentendidos, confusiones e injusticias.

Si, por ejemplo, es significativo establecer el evento de que el sindicato de un homicidio estuvo en la noche del crimen en compañía de la señorita A o de la señorita B, y si el funcionario instructor, en el curso de la injurada, coloca al inculcado en situación de declarar si salió la noche de marras con la señorita B, puede ocurrir que el sindicado responda: “Sí, salí esa noche con la señorita B”, no queriendo con ello significar que no salió con la señorita A. Para el instructor, en cambio, lo que el injurado quiso decir es que salió con B pero no con A, interpretación que le facilita la confección de una cierta hipótesis sobre el caso en investigación. En su ampliación de indagatoria, el inculcado aclara que salió con A y con B en la noche del asesinato, pero para el funcionario semejante aserto no es otra cosa que una contradicción de la segunda declaración con la primera.

Sería preciso, puesto que B está muerta y A se encuentra desaparecida, un gran esfuerzo de retórica por parte de la defensa para intentar desvirtuar la conjetura que el incorrecto uso de la disyunción cimentó en el ámbito y en el entendimiento del instructor.



## 12. EL SILOGISMO DILEMÁTICO

Es una especie de silogismo híbrido que combina el uso de proposiciones condicionales y disyuntivas. Son cuatro las variedades de la inferencia dilemática: dilema complejo constructivo, dilema simple constructivo, dilema complejo destructivo y dilema simple destructivo.

En el **dilema constructivo complejo**, la mayor está formada por dos proposiciones condicionales cuyos consecuentes son enunciados diferentes entre sí; la menor es una proposición disyuntiva cuyos disyuntandos son los antecedentes de los condicionales antedichos; y la conclusión es otra proposición disyuntiva cuyos disyuntandos son los consecuentes de las condicionales constituidas de la mayor.

### Ejemplo:

- *Si se trata de un homicidio simple, la pena puede ser la mínima.*
- *Si se trata de un homicidio agravado, la pena puede ser la máxima.*
- *Se trata de un homicidio simple o de un homicidio agravado.*
- *Luego la pena puede ser la mínima o puede ser la máxima.*



En el **dilema constructivo simple**, la mayor está formada por dos proposiciones condicionales cuyos consecuentes son enunciados idénticos entre sí. En todo lo demás, el dilema constructivo simple es igual al complejo.

**Ejemplo:**

- *Si el ladrón intenta escapar, será capturado.*
- *Si el ladrón permanece en la escena del crimen, será capturado.*
- *El ladrón o intenta escapar o permanece en la escena del crimen.*
- *El ladrón será capturado o será capturado.*
- *Luego será capturado.*

En el **dilema destructivo complejo**, la mayor es un par de proposiciones condicionales diferentes entre sí, la menor es una disyunción cuyos miembros son las negaciones de los consecuentes en los antedichos condicionales, y la conclusión es otra disyunción formada por los antecedentes de esas mismas condicionales.

**Ejemplo:**

- *Si miento, seré absuelto.*



- *Si digo la verdad, seré condenado.*
- *No seré absuelto o no seré condenado.*
- *Luego no mentiré ni diré la verdad.*

En el **dilema destructivo simple**, los antecedentes de las condicionales en la mayor son una misma proposición aunque los consecuentes son diversos entre sí, la menor es una disyunción cuyos disyuntandos son las negaciones de los respectivos consecuentes de las condicionales mencionadas, y la conclusión es otra disyunción formada por los antecedentes de las condicionales respectivas.

**Ejemplo:**

- Si me capturan, seré procesado.
- Si me capturan, seré condenado.
- No seré procesado o no seré condenado.
- No me capturan o no me capturan.
- Luego no me capturan.



Las situaciones dilemáticas son frecuentes en la práctica jurídica, constituyendo opciones que alguien propone para que se elija una de ellas y que otros aceptan o rechazan. Es inevitable que la propuesta, la aceptación o el rechazo de alguna de las alternativas ponderadas, o el repudio del esquema lógico que brinda la solución de un problema como inferencia dilemática, advengan en el lenguaje de los discursos retóricos. Hay, por supuesto, una fina lógica escondida en el alegato del jurista que disuelve conceptualmente un pretendido dilema, o que pregona como inevitable salida del proceso discursivo jurídico en torno a una posible decisión judicial.

Los dilemas, a veces, son tortuosos callejones sin salida, instrumentos del pensamiento que la lógica y la retórica de los contrincantes utilizan para combatir el argumento contrario, no alcanzándose otro resultado que el de paralizarse mutuamente los adversarios en una relación de inferencias que favorece o desfavorece por igual a cada uno de ellos. Se llama “tomar el dilema por los cuernos” al retorcimiento que del argumento dilemático se hace con el fin de que el dilema se revierta en contra de quien lo utiliza como arma gubernamental. Un ejemplo es de la legendaria disputa entre el sofista Protágoras y su discípulo Evatlo.

Habíase comprometido este último a pagar a su maestro las lecciones de dialéctica recibidas tan pronto ganase su primer pleito, pero llegado el tiempo de

cancelar su deuda incumplió su promesa alegando que no ejercería de dialéctico que, por consiguiente, no habría modo de ganar pelitos.



Protágoras trató de vencer su renuencia a cancelar la obligación con este razonamiento. Si no me pagas ahora, recurriré a los tribunales y así:

“O gano yo la causa y tú entonces tendrás que pagarme al tenor de nuestro convenio. Cualquiera que sea la sentencia de los jueces, estás obligado a pagarme”.

Evatlo, quien había aprovechado muy bien las enseñanzas del sofista, retuerce el dilema al aplicar: “Es todo lo contrario, si gano yo, la sentencia de los jueces me exime del pago; si pierdo, no te pago en virtud del convenio”.

Los dos dilemas tienen la misma estructura “o gano el pleito o no lo gano. Si lo gano, me pagas. Si no lo gano, me pagas. Luego me pagas o me pagas” y “o gano el pleito o no lo gano. Si lo gano, no te pago, si no lo gano, no te pago. Luego, no te pago o no te pago”.



## CAPÍTULO V

### LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Uno de los problemas que tradicionalmente ha pertenecido al campo de estudios de la Filosofía del Derecho es el de la interpretación jurídica. “Las ópticas con que se ha enfocado el tema son diversas, pero si se analiza con un poco de detenimiento la literatura sobre esta materia se aprecia inmediatamente la desproporción existente entre los trabajos normativos o persuasivos y los descriptivos o empíricos”<sup>210</sup>.

Parece, al menos desde un punto de vista cuantitativo, que el mundo jurídico está más interesado en encontrar respuesta a la pregunta ¿qué deben hacer los jueces?, que en dar contestación a la cuestión de ¿qué hacen los jueces? Esta constatación general es aún más neta cuando se ciñe a un aspecto más concreto: la motivación de las decisiones judiciales.

Al menos, desde Savigny, son incalculables las páginas que se han escrito acerca de los conocidos como criterios, elementos o argumentos interpretativos, pero casi todas ellas están dedicadas a proponer al juez cuáles utilizar y con qué

---

<sup>210</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. LA ARGUMENTACIÓN EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Editorial Grijley. Lima. 2013. Pp. 31.

preferencia. En cambio, son escasas las investigaciones que pretenden de qué argumentos son puestos en práctica por una jurisdicción determinada y de qué forma son manejados.



Cuando en las sociedades antiguas el órgano creador del Derecho era el único legitimado para interpretarlo, no se exigía la motivación de la sentencia y, por tanto, no era posible realizar ningún control institucional ni social sobre la actividad aplicativa e interpretativa de las normas. “Sin embargo, en las culturas jurídicas modernas, en las que existe una separación entre quien elabora la norma y quien la aplica, es decir, entre el legislador y los diversos órganos aplicadores del Derecho, es posible proceder a un control del razonamiento llevado a cabo por un órgano judicial, básicamente porque en los sistemas jurídicos actuales se da la obligación de motivar la sentencia”<sup>211</sup>.

Motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan. Aparentemente, por tanto, la obligación, incluso constitucional de justificar una decisión queda satisfecha presentando una sentencia en la que se recoja una fundamentación jurídica, un razonamiento que conduzca a la decisión tomada. Para algunos, la relación que liga a los argumentos que motivan la decisión con la decisión misma es sustancial, en el sentido de que esta es efectivamente

---

<sup>211</sup> *Ibidem*. Pp. 38.



obtenida a partir de esos argumentos; para otros, sin embargo, esa relación meramente formal, es decir, que la decisión se ha tomado por otros medios y la motivación ofrecida en la sentencia es una simple racionalización *ex post* para cumplir con la obligación de justificar las decisiones judiciales.

Hay que tener presente, que no todas las motivaciones son iguales (es decir, que no es lo mismo dar razones, que dar buenas razones, que no dar ninguna razón) y que no son irrelevantes los argumentos ofrecidos por el órgano judicial en la sentencia. De estos va a depender tanto el control por parte del juez jerárquicamente superior, como las expectativas ante futuras decisiones del mismo Tribunal, ya que, de alguna forma, los argumentos ofrecidos en un caso van a vincularle para casos sucesivos, entrando a formar parte (sobre todo si ha sido formulado por el tribunal jerárquicamente supremo de una organización judicial) tanto del discurso jurídico-práctico como del jurídico-teórico. “Según enseña la Filosofía de la ciencia, lo realmente relevante para el avance del conocimiento no son las circunstancias en las cuales se produce un descubrimiento -el contexto del descubrimiento- (en el caso del Derecho, el proceso psicológico), sino su explicación científica -el contexto de justificación- (en el caso del Derecho, la motivación)”<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> *Ibidem*. Pp. 39.

Examinaremos de forma sucinta los argumentos más utilizados en el ámbito constitucional.



## 1. EL ARGUMENTO ANALÓGICO

El argumento analógico es seguramente de todos los argumentos interpretativos utilizados en el Derecho el que posee una historia más larga que se remonta hasta el Derecho romano, de donde surgen las máximas consideradas inspiradoras de este razonamiento, fundamentalmente *ubi eadem ratio ídem ius*.

Puede afirmarse que procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Esto, siempre y cuando, el mismo ordenamiento permita la aplicación de la analogía.

Puede decirse que el argumento analógico exige al menos la existencia de cuatro elementos:

- a) Una norma N que regula el Supuesto S1 al que aplica la consecuencia jurídica C;
- b) Un supuesto S2 no regulado por ninguna norma;



- c) Los supuestos S1 y S2 son semejantes, y;
- d) Entre los supuestos S1 y S2 se aprecia identidad de razón.

En virtud de todo ello, y por medio del argumento analógico, se justifica la aplicación de la consecuencia C también al supuesto S2.

## **2. EL ARGUMENTO A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS**

Al acudir a los trabajos de aquellos autores que han centrado su atención en los principios -tanto generales como constitucionales, así como desde un punto de vista teórico como práctico- se observa con perplejidad la enorme cantidad de tipologías y catálogos que ofrece. En este sentido, las clarificadoras clasificaciones de Bobbio, Carrió y Wróblewski, hasta los listados más o menos amplios de principios, principios generales o principios constitucionales de otros autores, todos parecen destacar la enorme complejidad del tema y la gran variedad de principios que son identificables en todo sistema de Derecho positivo.

¿A qué se refiere un tribunal constitucional cuando apela a los principios?, el análisis de algunas decisiones de tribunales constitucionales muestra que cuando un tribunal constitucional apela a los principios, está invocando una de estas cuatro cosas: 1) un artículo de la Constitución que se considera que posee un carácter fundamental; 2) la consecuencia o deducción de un artículo de la Constitución; 3)

los rasgos fundamentales de una regulación, de una ley o de un sector de legislación; o 4) los principios generales del Derecho.



Los principios desempeñan en las sentencias de los tribunales constitucionales dos funciones específicas principales: de integración y de interpretación. La función de integración no es muy frecuente, ya que al estar la mayoría de los principios positivizados, su aplicación se confunde con la analogía o con la interpretación sistemática. Sin embargo, los principios sí cumplen una importante función interpretativa, al permitir ante un enunciado de significación dudosa, optar por aquel que mejor se adecua a lo establecido por un principio. La fuerza persuasiva de la operación deriva del hecho de que los principios expresen los rasgos u objetivos fundamentales del ordenamiento.

### **3. EL ARGUMENTO SISTEMÁTICO**

A la hora de exponer los métodos de interpretación, bien en general, bien en el campo constitucional, es relativamente frecuente entre la doctrina comenzar diferenciando la interpretación literal y la interpretación lógica, que se serviría, según algunos autores, de tres instrumentos: el literal, el teleológico y el lógico-sistemático.

La importancia de este último queda claramente puesta de manifiesto, sobre todo, aunque no exclusivamente, en el campo de la exégesis constitucional, al

constatarse que la postura más extendida es la de considerar que toda interpretación debe ser sistemática ya que para poder entender correctamente un precepto es necesario relacionarlo con todos los demás del ordenamiento, puesto que una norma aislada no es más que un elemento del sistema del que forma parte de tal modo, que es el ordenamiento el que hace la norma y no estas las que componen aquel.



De cualquier forma, decir que la interpretación debe ser sistemática significa que debe interpretarse teniendo en cuenta el sistema, lo que no es demasiado teniendo presente la diversidad de formas en las que aquel puede ser entendido y la diferente amplitud que puede otorgarse al contexto que todos afirman debe tomarse en consideración. Con carácter general puede señalarse inicialmente que la interpretación sistemática es aquella que intenta dotar a un enunciado, de comprensión dudosa, de un significado sugerido, o no impedido, por el sistema jurídico del que forma parte.

#### **4. EL ARGUMENTO A FORTIORI**

A pesar de ser uno de los argumentos interpretativos que se pueden considerar clásicos y a pesar de ser uno de los más estudiados por la doctrina, se manifiesta un gran confusionismo a la hora de denominarlo y de marcar sus límites. El origen de los problemas al definir el argumento *a fortiori* radica en dos



circunstancias: en primer lugar, en el hecho de que este argumento se manifiesta bajo dos formas distintas (los argumentos *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*), en segundo lugar, en su proximidad a otros esquemas argumentativos, en concreto al argumento analógico.

Estas dos variables han sido introducidas o ignoradas por los distintos autores que se ha dedicado a estudiar el argumento agotando todas las combinaciones posibles, lo que ha provocado respuestas doctrinales para todos los gustos. Pueden agruparse estas respuestas en dos grupos: los que otorgan al argumento un estatus de autonomía frente al argumento analógico, y los que consideran que el argumento *a fortiori* (o en su defecto, sus formas de expresión), forma parte del argumento analógico.

En general, los autores han coincidido en tres puntos esenciales como características del argumento *a fortiori*, si bien unos se inclinan o ponen el acento en uno u otro punto:

- a) El argumento *a fortiori* exige, como condición previa para su utilización, el silencio del legislador sobre la hipótesis dudosa. Cuando se aplica el argumento *a fortiori* hay que contar con dos hipótesis: la prevista expresamente por el legislador en un precepto por él elaborado y aquella



a la que se quiere dar respuesta (en el sentido de encontrar una regulación jurídica) por medio, precisamente del argumento *a fortiori*. Por lo tanto, el legislador ha guardado silencio sobre una de las dos hipótesis, en concreto, sobre la que se plantea en forma de problema jurídico al intérprete.

- b) El argumento *a fortiori* más que un argumento interpretativo es en sentido estricto un método de integración, un método para llenar lagunas legales, en definitiva un instrumento de la interpretación extensiva o analógica y;
- c) El argumento *a fortiori* se basa en la *mayor razón* y en la presunta voluntad del legislador, encuentra su justificación en la última voluntad del legislador, es decir, refleja la voluntad implícita de este.

## 5. EL ARGUMENTO A CONTRARIO

El argumento *a contrario* es uno de los argumentos de la interpretación jurídica que se puede denominar *clásico*, en el sentido de que su uso se remonta a siglos atrás. La fórmula más elaborada es seguramente la de Tarello, para quien es un argumento por el que, dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo

que comprenda a sujetos o clases de sujetos no estricta y literalmente incluido en el término calificado por el primer enunciado normativo.



Todos los autores coinciden en señalar que el argumento *a contrario* se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y solo a ella. Lo más frecuente y lo más acertado en materia constitucional es considerar que por medio del argumento *a contrario*, lo que se rechaza es cualquier otra hipótesis distinta a la expresamente contemplada por el legislador, y no solo la hipótesis contraria. En concreto, se opina que la regulación no se extiende a las demás especies del mismo género no mencionadas en el texto.

## 6. EL ARGUMENTO PSICOLÓGICO

El argumento psicológico sería aquel por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, del concreto legislador que históricamente la redactó. Otro problema distinto es el determinar qué documentos pueden exteriorizar la voluntad del legislador. No cabe duda de que los más importantes son los trabajos preparatorios, pero también existen documentos como las exposiciones de motivos y los preámbulos que eventualmente podrían manifestar.

## 7. EL ARGUMENTO DE LA NO REDUNDANCIA

Cuando se habla de la no redundancia o de argumento económico no estamos refiriendo al empleo de la economía como método de interpretación, sino un argumento interpretativo poco estudiado, a pesar de su constante empleo en todas las jurisdicciones, que consiste en recurrir al criterio de la no redundancia o no pleonasticidad del discurso legislativo.

El argumento de la no redundancia, por tanto, sería aquel por el que se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya ha sido atribuido a otro enunciado normativo preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero; debido a que aquella atribución de significado no fuera excluida, se está frente a un enunciado normativo superfluo.

En consecuencia, el criterio de la no redundancia o no pleonasticidad sería aquel por el que cada disposición legal debería tener su incidencia autónoma, un particular significado y/o constituir una mera repetición de otras disposiciones legales.





## 8. EL ARGUMENTO APAGÓGICO

El argumento apagógico se define en el mundo del Derecho como aquel argumento que permite rechazar una interpretación de un documento normativo de entre las teóricamente posibles, por las consecuencias absurdas a las que conduce.

En ese sentido, no hay diferencias con el argumento apagógico tal como lo entiende la lógica clásica, pero el problema se plantea a la hora de establecer el parámetro que permita concluir en lo absurdo de las consecuencias de la interpretación rechazada.

En el esquema lógico de este argumento ese parámetro estaría constituido por la tesis demostrada o admitida como verdadera, que como tal no estaría sujeta a discusión, pero en la interpretación de los documentos normativos las cosas no son tan claras. Algunos de los autores reconocen la posibilidad de que se sepa formalmente lo absurdo de una proposición jurídica, pero la mayoría no hace siquiera una declaración expresa y dan por sobrentendido el hecho de que apreciar lo absurdo de una consecuencia es una cuestión de mera evidencia.



## 9. EL ARGUMENTO PRAGMÁTICO

El argumento pragmático es un argumento especialmente interesante debido a que, a pesar de haber sido objeto de pocos estudios teóricos en el campo de la argumentación jurídica, es frecuentemente utilizado por los tribunales en cualquiera de sus manifestaciones.

El argumento pragmático ha sido objeto de pocos estudios teóricos, sin embargo, los autores coinciden en señalar que es un argumento consecuencialista, es decir, un argumento que consiste en establecer la verdad o el valor de la tesis que se defiende, a partir de las consecuencias más favorables que de ella se derivan, o a la falsedad de la tesis defendida por el adversario (o la inconveniencia de otra interpretación o significado posible) por las consecuencias desfavorables que de ella se deriva.

Lo característico del argumento pragmático es que el que lo utiliza no siente la necesidad de justificar ni la bondad de las consecuencias ni el nexo que une las causas con las consecuencias. Sobre ambos aspectos se considera que existe una especie de consenso, obtenido a través de nociones ligadas a las ideas de lo normal, lo previsible o lo razonable.



## 10. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD

El argumento de autoridad es aquel por el que un enunciado normativo le es atribuido aquel significado que ya le había sido atribuido por alguien y por ese solo hecho. El argumento de autoridad implica, por tanto, puesto que se recurre a él, un desacuerdo o al menos la posibilidad de discrepancias, respecto a la atribución de significado a un enunciado normativo. Pero al mismo tiempo, se parte siempre de un acuerdo de la autoridad de que está investida, valga la redundancia, la autoridad invocada. En definitiva, consiste en utilizar la opinión de una persona en favor de una tesis propia, pero al no proporcionar más que opiniones esta forma de argumentación obtiene una fuerza mayor o menor en función del prestigio que se le reconoce a la autoridad invocada. Cuando se apela al argumento de autoridad, se entiende que se está recurriendo a la jurisprudencia o bien a la doctrina.

## 11. EL ARGUMENTO HISTÓRICO

Al menos desde que Savigny publicó su *Sistema de Derecho romano actual*, el elemento histórico se ha convertido, junto al gramatical, lógico y sistemático, en uno de los criterios tradicionales de la interpretación jurídica.

A la hora de definir el argumento histórico, surge la dificultad de la variedad de formas de entender el papel de la historia en la interpretación. Este no es un problema superfluo o creado artificialmente, sino que puede tener una gran

incidencia, teniendo en cuenta que puede ser utilizado en las sentencias de los Tribunales constitucionales.



Las posturas doctrinales frente al concepto de argumento histórico se dividen fundamentalmente en dos grupos: aquellas que incluyen dentro del argumento histórico los trabajos preparatorios; y aquellas que no los incluyen.

Sintéticamente, los puntos principales propuestos por el método de la escuela histórica para la interpretación jurídica son los siguientes:

- a. La interpretación no está vinculada solamente a los casos de oscuridad de la ley sino a toda aplicación de esta a la vida real.
- b. Junto a los elementos gramatical y lógico se da entrada en la interpretación al histórico y al sistemático; además, estos cuatro elementos no constituyen cuatro clases de interpretación, sino que son medio que han de utilizarse combinadamente.
- c. Las lagunas se superan en virtud de la fuerza orgánica del derecho positivo, por medio de la analogía.

Los argumentos citados son utilizados especialmente en el ámbito constitucional por medio de principios, con el objetivo de que las interpretaciones

incluyen aquellos valores representados en el texto de la Constitución, que de alguna manera u otra se consideran valiosos por ser inherentes al sistema de gobierno o al sistema político en los que se encuentra inmerso el ordenamiento jurídico.



## CONCLUSIÓN



El proceso judicial regido por el principio de contradicción cuenta con una consistente dimensión epistemológica, que se concreta en la preordenación al establecimiento de una verdad fáctica de calidad y convive en inevitable tensión, con la necesidad de preservar los derechos de las partes. Una actitud de método, por tanto, respetuosa del paradigma probatorio, que apunta en el sentido de la mayor objetividad en el tratamiento de los elementos probatorios y obliga a considerar toda pretensión y toda defensa, surge como una hipótesis cuya eficacia explicativa debe evaluarse con rigor inductivo. Tal forma de aproximación al proceso no es nueva. Al contrario, traduce una bien explicable preocupación con clara referencia a los juristas ilustrados.

Lo nuevo es el modo en que tal perspectiva del asunto se viene abriendo camino en la cultura jurídica de estos años. Las teorías de la argumentación jurídica, conjugadas con una vertiente metodológica, han tenido un ascenso bastante rápido en los primeros años del siglo XXI, esto no es extraño, porque va de la mano con el desarrollo cultural de nuestros días, sin embargo, con el éxito de tales teorías, mayor empieza a ser, empíricamente, el riesgo de retroceso en los desarrollos legislativos y en el perfil de las prácticas judiciales. Ello es así, porque mientras crece la conciencia que evidencian los aludidos avances teóricos, por razones de pragmatismo sin principios, se desbordan sobre el proceso judicial intensas

demandas de *productividad* orientadas, precisamente, a la eliminación de la *cosmética* como método natural de razonar, como momento central de la decisión judicial. Con ello, el proceso se degrada simultáneamente en la misma doble perspectiva, la jurídica y la de orden epistemológico. Este negativo impulso, debido a la creciente introducción en los ordenamientos de corte latino, de las corrientes discursivas que privilegian la utilidad contra la teoría de la justicia, el pragmatismo jurídico contra la teoría del Derecho, irradia hoy, de los centros judiciales de decisión e impregna de forma preocupante, la cultura de los juristas. La jerga argumentativa, introducida por las teorías de la argumentación jurídica gira también bajo la enseña de la *modernización*, pues vista con óptica constitucional, se privilegia el argumento más convincente sobre consideraciones de derechos fundamentales y de justicia.

En virtud de lo expuesto, se puede verificar la posibilidad epistemológica de la hipótesis formulada, en el sentido de que las teorías de la argumentación jurídica contribuyen a englobar aspectos fundamentales de la teoría y de la Filosofía del Derecho para integrar aspectos teóricos, prácticos y pragmáticos del mismo y no descuidar los aspectos prácticos que los jueces necesitan tomar en cuenta para fundamentar y justificar las decisiones judiciales y a la vez proteger los valores fundamentales que el Derecho debe tender a realizar.



## BIBLIOGRAFÍA



1. Aarnio, Aulis. LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA Y EL PRINCIPIO REGULATIVO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 8. Alicante. 1990.
2. Aarnio, Aulis. LO RACIONAL COMO RAZONABLE. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.
3. Alexy, Robert. Citado por: Bernal Pulido, Carlos. ESTRUCTURA Y LÍMITES DE LA PONDERACIÓN. DOXA. CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 25. Alicante. 2003.
4. Alexy, Robert. DERECHO Y CORRECCIÓN. En: LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA. Editorial Comares. Granada. 2005.
5. Alexy, Robert. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2001.
6. Alexy, Robert. SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA. En: DOXA. CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 5. Alicante. 1988.
7. Alexy, Robert. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Palestra Editores. Lima. 2007.
8. Alexy, Robert. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2007.
9. Andruet, Armando. TEORÍA GENERAL DE LA ARGUMENTACIÓN FORENSE. Alveroni Ediciones. Argentina. 2003.



10. Aristóteles. RETÓRICA. Traducción por: Granero, Ignacio. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional de Cuyo. Argentina. 1951.
11. Aristóteles. TRATADOS DE LÓGICA (EL ORGANÓN). Editorial Porrúa. México. 2001.
12. Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. DEJEMOS ATRÁS EL POSITIVISMO JURÍDICO. En: ISONOMÍA. REVISTA DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 27. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México. 2007.
13. Atienza, Manuel. BIOÉTICA, DERECHO Y ARGUMENTACIÓN. Palestra Editores. Lima. 2004.
14. Atienza, Manuel. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2006.
15. Atienza, Manuel. LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. UNAM. México. 2007.
16. Austin, J. CÓMO HACER COSAS CON LAS PALABRAS. Editorial Paidós. Argentina. 1982.
17. Beristán, H. DICCIONARIO DE RETÓRICA Y POÉTICA. Editorial Porrúa. México. 1998.
18. Bobbio, Norberto. LA RAZÓN EN EL DERECHO (OBSERVACIONES PRELIMINARES). En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 2. Alicante. 1985.
19. Bobes Naves, M. EL DIÁLOGO. Editorial Gredos. Madrid. 1992.

20. Breton, Philippe. LA ARGUMENTACIÓN EN LA COMUNICACIÓN. Universidad de Cataluña. España. 2014.
21. Cabra Apalategui, José Manuel. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y RACIONALIDAD EN A. AARNIO. Editorial Dykinson. Madrid. 2000.
22. Cama Leyva, Raymundo. EL MÉTODO DE WIGMORE Y SU APLICACIÓN EN NUESTRA PRÁCTICA JURÍDICA. En: Junoi, Joan & otros autores. LA PRUEBA JUDICIAL. DESAFÍOS EN LAS JURISDICCIONES CIVIL, PENAL, LABORAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Editorial La Ley. Madrid. 2011.
23. Cárdenas García, Jaime. LA ARGUMENTACIÓN COMO DERECHO. UNAM. México. 2005.
24. Carrillo Guerrero, Lázaro. ARGUMENTACIÓN Y ARGUMENTO. En: REVISTA SIGMA. No. 16. Granda. 2007.
25. Castillo Alva, José Luis & otros autores. RAZONAMIENTO JUDICIAL INTERPRETATIVO, ARGUMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. Ara Editores. Perú. 2006.
26. Cavaría Ruiz, Diego F. EXPLICACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS FALACES. En: León Pastor. Ricardo. INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Academia de Magistratura de Lima. Perú. 2005.
27. Comeñasa, Juan Manuel. LÓGICA INFORMAL, FALACIAS Y ARGUMENTOS FILOSÓFICOS. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina. 2001.



28. Copi, Irving M. & Cohen, Carl. INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA. NOTAS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Editores. México. 2002.
29. Cruz Morales, Carlos A. LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES. Editorial Porrúa. México. 1977.
30. Dehesa Dávila, Gerardo. INTRODUCCIÓN A LA RETÓRICA Y A LA ARGUMENTACIÓN, ELEMENTOS DE RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN PARA PERFECCIONAR Y OPTIMIZAR EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2004.
31. Eemeren Van, Frans & otros autores. ARGUMENTACIÓN, ANÁLISIS, EVALUACIÓN, PRESENTACIÓN. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2006.
32. Eermeren Van, Frans H. & Grootendorst, Rob. ARGUMENTACIÓN, COMUNICACIÓN Y FALACIAS. Ediciones Universidad Católica de Chile. Chile. 2002.
33. Estalella del Pino, Jordi. EL ABOGADO EFICAZ. Editorial La Leu. Madrid. 2005.
34. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS Y POSTULADO DEL LEGISLADOR RACIONAL. En: Vázquez, Rodolfo. INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y DECISIÓN JUDICIAL. Editorial Fontamara. México. 2002.
35. Falcón y Tella, María José. EL ARGUMENTO ANALÓGICO EN DERECHO. Editorial Civitas. España. 1991
36. Falcón, Enrique M. & Rojas, Jorge A. CÓMO SE HACE UN ALEGATO. Editorial Abeledo Perrot. Argentina. 2003.





37. Fuentes Rodríguez, Catalina & Alcaide Lara, Esperanza. ARGUMENTACIÓN LINGÜÍSTICA Y SUS MEDIOS DE EXPRESIÓN. Editorial Garco-Libros. Madrid. 2007.
38. García Amado, J. TEORÍAS DE LA TÓPICA JURÍDICA. Editorial Civitas. Madrid. 1988.
39. García Figueroa, Alfonso & Gascón Abellán, Marina. LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO. Palestra Editores. Lima. 2005.
40. García Máñez, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Tomo II. Porrúa. México. 1940.
41. Garsen, Bart. ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS. En: Marafioti, Roberto (editor). PARLAMENTOS, TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN Y DEBATE PARLAMENTARIO. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2007.
42. Gascón Arellan, Marina. LA TEORÍA DEL GARANTISMO: RASGOS PRINCIPALES. En: Carbonell, Miguel & Salazar, Pedro. GARANTISMO, ESTUDIO SOBRE EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI. Editorial Trotta. Madrid. 2005.
43. Ghiardi, Olsen. EL RAZONAMIENTO DÉBIL. En: LA NATURALEZA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL. Alveroni Ediciones. Córdoba. 1993.
44. Gianformagio, Letizia. LÓGICA Y ARGUMENTACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 4. Alicante. 1987.
45. González Lagier, Daniel. QUAESTIO FACTI, ENSAYOS SOBRE PRUEBA, CAUSALIDAD Y ACCIÓN. Palestra Editores. Lima. 2005.



46. Guastini, Riccardo. ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. UNAM. México. 2003.
47. Hallivis Pelayo, Manuel. TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN. Editorial Porrúa. México. 2007.
48. Igartua Salaverría, Juan. TEORÍA ANALÓGICA DEL DERECHO (LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY). Instituto Vasco de Administración Pública. Oñate. 1994.
49. Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. UNAM. México. 1979.
50. Lo Cascio, Vincenzo. GRAMÁTICA DE LA ARGUMENTACIÓN. Alianza Editorial. Madrid. 1998.
51. MacCormick, Neil. RETÓRICA Y LA REGLA DE LA LEY. UNA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Palestra Editores. Lima. 2005.
52. Manasero, María de los Ángeles. DE LA ARGUMENTACIÓN AL DERECHO RAZONABLE. UN ESTUDIO SOBRE CHAIM PERELMAN. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 2001.
53. Manasero, María de los Ángeles. EL ARGUMENTO CONSECUENCIALISTA EN LA TEORÍA DE NEIL MACCORMICK: SU FUNCIÓN Y LÍMITES. En: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ESTUDIO SOBRE NEIL MACCORMICK. Ediciones UNL. Argentina. 2003.
54. Mans Puigarnau, J. LÓGICA PARA JURISTAS. Editorial Bosch. España. 1969.
55. Marroquín Zaleta, Jaime Manuel. TÉCNICA PARA LA ELABORACIÓN DE UNA SENTENCIA DE AMPARO DIRECTO. Editorial Porrúa. México. 2002.



56. Moreso Mateos, Josep Joan. LÓGICA, ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO. Editorial UOC. Barcelona. 2006.
57. Nino, Carlos Santiago. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL DERECHO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2013.
58. Orduña Sosa, Héctor. REDACCIÓN JUDICIAL. Editorial Porrúa. México. 2007.
59. Peczenik, Alexander. SALTOS Y LÓGICA EN EL DERECHO. ¿QUÉ SE PUEDE ESPERAR DE LOS MODELOS LÓGICOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA? En: DERECHO Y RAZÓN. Editorial Fontamara. México. 2000.
60. Perelman, Chaim. LA LÓGICA JURÍDICA Y LA NUEVA RETÓRICA. Editorial Civitas. Madrid. 1979.
61. Perelman, Chaim. LA NUEVA RETÓRICA. Editorial Colofón. México. 1995.
62. Perelman, Chaim. TRATADO DE LA ARGUMENTACIÓN. NUEVA RETÓRICA. Editorial Gredos. Madrid. 1989.
63. Plantin, Christian. LA ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2002.
64. Platas Pacheco, María del Carmen. FILOSOFÍA DEL DERECHO, ARGUMENTACIÓN JURISDICCIONAL. Editorial Porrúa. México. 2006.
65. Prieto Sanchíz, Luis. APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Trotta, S.A. Madrid. 2005.
66. Radbruch, Gustav. INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.



67. Rodríguez Minaya, Juan Carlos. AMPARO DIRECTO. CUADERNO DE TRABAJO I. Editorial Porrúa. México. 2006.
68. Ross, Alf. SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Sociedad de Economía Mixta. Argentina. 1997.
69. Salguero, Manuel. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA POR ANALOGÍA. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2002.
70. Schilardi, M. MATERIALIDAD Y PODER DEL DISCURSO. Universidad Nacional de Cuyo. Argentina. 1996.
71. Snoeck Henkemans, Francisca. ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN. En: Marafiotti, Roberto (editor). PARLAMENTOS, TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN Y DEBATE PARLAMENTARIO. Editorial Biblos. Buenos Aires. 2007.
72. Stammer, Rudolf. TRATADO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. Edición Facsimilar. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México. 2003.
73. Stein, Friedrich. EL CONOCIMIENTO PRIVADO DEL JUEZ. Editorial Temis. Bogotá. 1999.
74. Taruffo, Michele. PRIMERA LECCIÓN: TEORÍA GENERAL DE LA DECISIÓN. En: CINCO LECCIONES MEXICANAS: MEMORIA DEL TALLER DE DERECHO PROCESAL. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral. México. 2003.
75. Toulmin, Stephen Edelson. LOS USOS DE LA ARGUMENTACIÓN. Ediciones Península. Barcelona. 2007.



76. Velluzzi, Vito. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA. ¿UN CONCEPTO REALMENTE ÚTIL? CONSIDERACIONES ACERCA DEL SISTEMA JURÍDICO COMO FACTOR DE INTERPRETACIÓN. En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 21-I. Alicante. 1998.
77. Viehweg, T. Citado por: García Amado, Juan Antonio. TÓPICA, RETÓRICA Y TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. En: Carrasco Fernández, Felipe Miguel. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ESTUDIOS EN TORNO A... Tomo II. Popocatépetl Ediciones. México. 2006.
78. Viehweg, Theodor. SOBRE EL FUTURO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO INVESTIGACIÓN BÁSICA. En: TÓPICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 1997.
79. Viehweg, Theodor. TÓPICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 1997.
80. Vigo, Rodolfo Luis. ÉTICA JUDICIAL E INTERPRETACIÓN JURÍDICA. En: DOXA, CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. No. 29. Alicante. 2006.
81. Villar Palasi, José Luis. LA INTERPRETACIÓN Y LOS POTEGMAS JURÍDICO-LÓGICOS. A LA LUZ DEL NUEVO TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA. Editorial Tecnos. Madrid. 1975.
82. Weston, Anthony. LAS CLAVES DE LA ARGUMENTACIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 2011.

83. Wróblewski, Jerzy. CONSTITUCIÓN Y TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. Ediciones Jurídicas Olejnik. Chile. 2010.
84. Zagrebelsky, Gustavo. EL DERECHO DÚCTIL. LEY, DERECHO, JUSTICIA. Editorial Trotta. Madrid. 2003.

