

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



**LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN
Y APLICACIÓN DEL DERECHO**

M. Sc. DONATO GARCÍA LEMUS

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2024

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

**LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN
Y APLICACIÓN DEL DERECHO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Maestro

DONATO GARCÍA LEMUS

Tutor

Dr. ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, octubre de 2024

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

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:		Vacante
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADEMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	M. Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dra.	Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Saúl González Cabrera
SECRETARIO:	Dr.	Aníbal González Dubón

RAZÓN: «El autor es propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 02 de junio del año 2024.

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

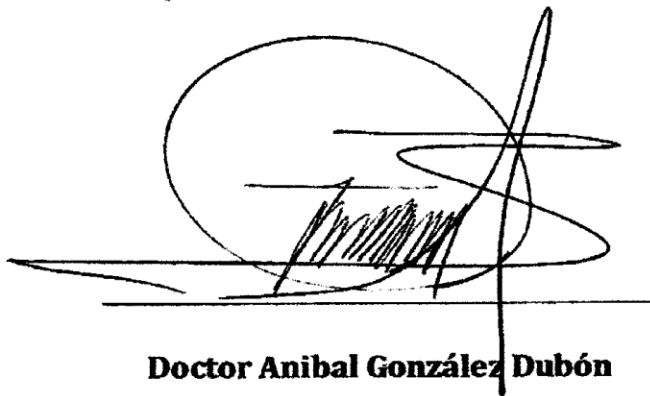
Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

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

Por medio de resolución **D.E.E.P. D. E. D. 01-2023** de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, de fecha diecisiete de enero de 2023, se me nombró para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho del Maestro Donato García Lemus** titulada **"LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO"**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis del **Maestro García Lemus** 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, 5 de septiembre de 2024

Doctor:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha treinta y uno de agosto de dos mil veinticuatro, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el maestro: **DONATO GARCÍA LEMUS**, del programa de **Doctorado en Derecho**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrado. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo de citas a pie de página, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión respectivos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron los enunciados del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Cel. 6144



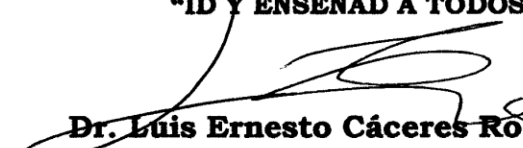
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

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, 17 de septiembre del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que el MSc. Donato García Lemus, aprobó el examen privado de Tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 110-2024 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de Tesis titulada **“LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO”**. 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:** Por la vida, como ser Supremo. Quien es mi fortaleza y luz en mi camino.
- A MIS PADRES:** Por ser mi fuente de apoyo moral y espiritual, por su amor y apoyo incondicional siempre. Gracias por sus oraciones y consejos.
- A MI ESPOSA:** Gracias por todo el amor y paciencia, por motivarme siempre para que mis sueños se conviertan en realidad. Gracias por todo su apoyo y comprensión.
- A MIS HERMANOS:** Por sus consejos y apoyo, por no dejarme solo en los momentos más difíciles de mi vida.
- A MI FAMILIA:** Por su apoyo y por su cariño, por los momentos compartidos.
- A MIS AMIGOS:** Gracias por su amistad incondicional.
- A:** A la Universidad de San Carlos de Guatemala, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales a través de la Escuela de Estudios de Posgrado, por permitirme cumplir esta meta profesional en mi vida.

ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Neoconstitucionalismo y teoría de la argumentación	1
1.1. El constitucionalismo como ideología constitucional	1
1.2. Los rasgos del Estado constitucional y democrático de derecho	4
1.3. Los principios constitucionales y la omnipresencia constitucional	7
1.4. Neoconstitucionalismo y teorías argumentativas	9
1.5. Las teorías de los derechos humanos: interna y externa	12
1.6. La ponderación	15
1.7. Subsunción vs ponderación	17
1.8. Discrecionalidad judicial y ponderación	20

CAPÍTULO II

2. La argumentación jurídica	23
2.1. Definición	23
2.2. Caracteres	24
2.3. Fines	25
2.4. Dimensiones	28
2.4.1. Legislativa	28
2.4.2. Judicial	29
2.4.3. Administrativa	29
2.4.4. Abogados	30
2.4.5. La <i>praxis</i> jurídica	32
2.5. Las teorías de la argumentación jurídica	33
2.5.1. Definición	33
2.5.2. Objeto	33
2.5.3. Utilidad	34
2.5.4. La teoría de Robert Alexy	35



2.5.5. La teoría de Manuel Atienza Rodríguez	44
2.5.6. La teoría de Luigi Ferrajoli	45

CAPÍTULO III

3. La argumentación jurídica como técnica	47
3.1. Concepto	47
3.2. Objeto	47
3.3. El argumento	49
3.3.1. Concepto	49
3.3.2. Elementos	49
3.4. Clasificación	52
3.4.1. Profundidad	52
3.4.2. Modo	53
3.4.3. Utilidad	53
3.5. Modelos	55
3.5.1. Argumentación informal	55
3.5.2. Argumentación demostrativa	58
3.5.2.1. La demostración	60
3.5.2.2. Elementos	60
3.5.3. Argumentación finalista	61
3.5.4. Argumentación formal	64
3.5.4.1. Argumento deductivo	64
3.5.4.2. Argumento abductivo	65
3.5.4.3. Argumento inductivo	65
3.5.4.4. Argumento analógico	66
3.5.4.5. Argumento causal	66
3.6. Estructura argumentativa	66
3.6.1. Función	66
3.6.2. Clases	67
3.6.2.1. Argumentación simple o única	67

3.6.2.2. Argumentación compleja	68
3.7. Esquemas argumentativos	70
3.7.1. Definición	70
3.7.2. Clases	71
3.7.2.1. Argumentación en una relación sintomática	71
3.7.2.2. Argumentación en una relación de comparación	73
3.7.2.3. Argumentación en una relación causal	75
3.8. Análisis y evaluación de argumentos	77
3.8.1. Análisis de los argumentos	77
3.8.2. Consistencia de los argumentos	78
3.8.3. Evaluación de los argumentos	79
3.9. Vicios de los argumentos	83
3.9.1. Los paralogismos	83
3.9.2. Los sofismas	83
3.9.2.1. Vicios en la palabra	85
3.9.2.2. Vicios en las cosas	86
3.9.3. Las falacias	89
3.9.3.1. Definición	89
3.9.3.2. Clasificación	89
3.9.3.3. Tipología	91

CAPÍTULO IV

4. Filosofía del derecho y argumentación jurídica	95
4.1. Desarrollo de la filosofía del derecho y la argumentación jurídica	95
4.2. Interpretación y argumentación	109

CAPÍTULO V

5. Del modelo aplicativo al modelo argumentativo del derecho	127
5.1. La argumentación jurídica como modelo aplicativo	127
5.2. Modelo aplicativo y modelo argumentativo del derecho	128



5.3. Lógica y teoría de la argumentación jurídica	137
5.4. Tipología de argumentos jurídicos	146
CONCLUSIÓN	151
BIBLIOGRAFÍA	153



INTRODUCCIÓN

Es indicado esbozar en este exordio que, desde la segunda posguerra 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, según lo refleja la abundante obra escrita que existe en el entorno de la teoría y de la filosofía del derecho.

El auge de las denominadas teorías discursivas del derecho, ha permitido que hoy se le considere solo desde esa perspectiva y han surgido importantes obras que enfatizan su carácter pragmático, con tendencias a suprimir o dejar de lado la visión teórica. El punto de vista de estas teorías es exponer al derecho 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 a Roscoe Pound, solo 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 esta materia, que las teorías jurídicas sobresalientes hasta entonces no habían mostrado, destacando la limitación de sus resultados.

Asimismo, Jaime Cárdenas Gracia manifiesta que la argumentación se hace con las distintas piezas del derecho, en su relación con el contexto social, económico y político, constituye una expresión clara de que el derecho de estos días, es sobre todo



argumentación, esta es, la expresión discursiva de la tolerancia, del desarrollo de la cultura jurídica y de la civilidad de un pueblo.

Robert Alexy, por su parte, manifiesta que 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.

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 legislador, así como la importancia que juegan las reglas de carácter programático, que establecen fines más que acciones concretas por parte de particulares y autoridades, que obligan a los operadores a realizar una actividad de justificación en sus decisiones, por ello, a centrarse en el funcionamiento diario que se da en el derecho.

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



Tanto las concepciones tradicionales del derecho, entre las que se encuentran distintas corrientes positivistas, iusnaturalistas y realistas, enfatizaban el carácter puramente normativo que tenía el derecho y, como sucedía en otros ámbitos del conocimiento, la necesidad de contar con un modelo científico de carácter objetivo, meramente descriptivo y eminentemente teórico, alejado de la práctica y de los tribunales.

Estas corrientes, propugnaban que, en la aplicación del derecho, se debe enfrentar, en pequeña o gran medida, la irracionalidad y el subjetivismo, por lo que, cualquier esfuerzo teórico para reducirlo estaba condenado al fracaso. Por esta razón, como manifiesta 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 efecto, ni preocuparse por aspectos concretos de los sistemas normativos, es decir, eran teorías jurídicas carentes de un ámbito de argumentación.

Pero esta situación cambió a partir de la segunda postguerra, con las denominadas teorías discursivas del derecho, que tienen como basamento esencial al pragmatismo jurídico y a la filosofía del lenguaje, como herramientas teórico-filosóficas que resaltan -más que la misión descriptiva que la ciencia debe desempeñar- 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, apuestan por una toma de posición en el sentido 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 contemporáneos.

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. El objetivo principal de la Teoría de la Argumentación Jurídica, es orientar el estudio del derecho a resolver problemas prácticos, dejando en cierta forma desatendido el ámbito teórico.

A lo largo de la historia de la Teoría del Derecho se ha observado el conflicto entre teoría y *praxis*. Por ejemplo, los grandes jurisconsultos del derecho romano, los glosadores y los postglosadores de la época medieval y, en tiempos actuales, Viehweg, Kantorowicz, Pound, Perelman, Alexy o el último, Atienza, sería claros defensores de la concepción discursiva del derecho, en cuyas obras es palpable el predominio del aspecto fáctico y útil del conocimiento jurídico, abocado a resolver problemas prácticos.

Mientras, en el surgimiento del pensamiento occidental y de las preguntas jurídico-políticas y morales que se dieron en Grecia, con Platón y Aristóteles, la edad moderna, con sus iusnaturalismos de corte racionalista, o las teorías positivistas y realistas, entre otras, representadas por Thomasius, Kant, Kelsen, Ross, Hart y Buligyn, serían ejemplos del predominio de la concepción teórica del derecho.



Lo anterior demuestra los problemas que en la teoría jurídica se presentan para conjurar la teoría con la *praxis* y la lucha para que una predomine y sea la característica del derecho.

En ese sentido, la influencia actual de las teorías discursivas del derecho, con una clara influencia del pragmatismo y de la filosofía del lenguaje como herramientas, ha promovido un movimiento que se inclina por los argumentos y la justificación (dar razones a favor de) de las decisiones judiciales y la justificación de las pretensiones que se plantean por los litigantes en sede judicial, descuidando aspectos teóricos estructurales que la teoría y la filosofía del derecho ha construido a lo largo de los siglos de elaboración del conocimiento jurídico.

Es importante conocer los efectos de esta influencia contemporánea de las teorías discursivas del derecho y, sobre todo, poder inferir herramientas para volver a unir la teoría con la práctica y hacer consistente una ciencia del derecho, en donde no se descuiden los problemas torales de su estudio y se concatenen con los aspectos prácticos, para que no se descuiden las interrogantes superiores y generales que se presentan, pero sin deslindar o eludir problemas prácticos que existen y que toda explicación racional debe resolver, ya que los sistemas normativos son creados por la cultura para atender necesidades históricas y concretas del ser humano.

El problema a resolver se planteó de la siguiente manera: 1. ¿Cuál es el fundamento teórico esencial de las teorías discursivas del Derecho en la interpretación jurídica?; 2.



¿Cómo se puede definir el resultado de la influencia del pragmatismo jurídico y de la filosofía del lenguaje en la interpretación jurídica?

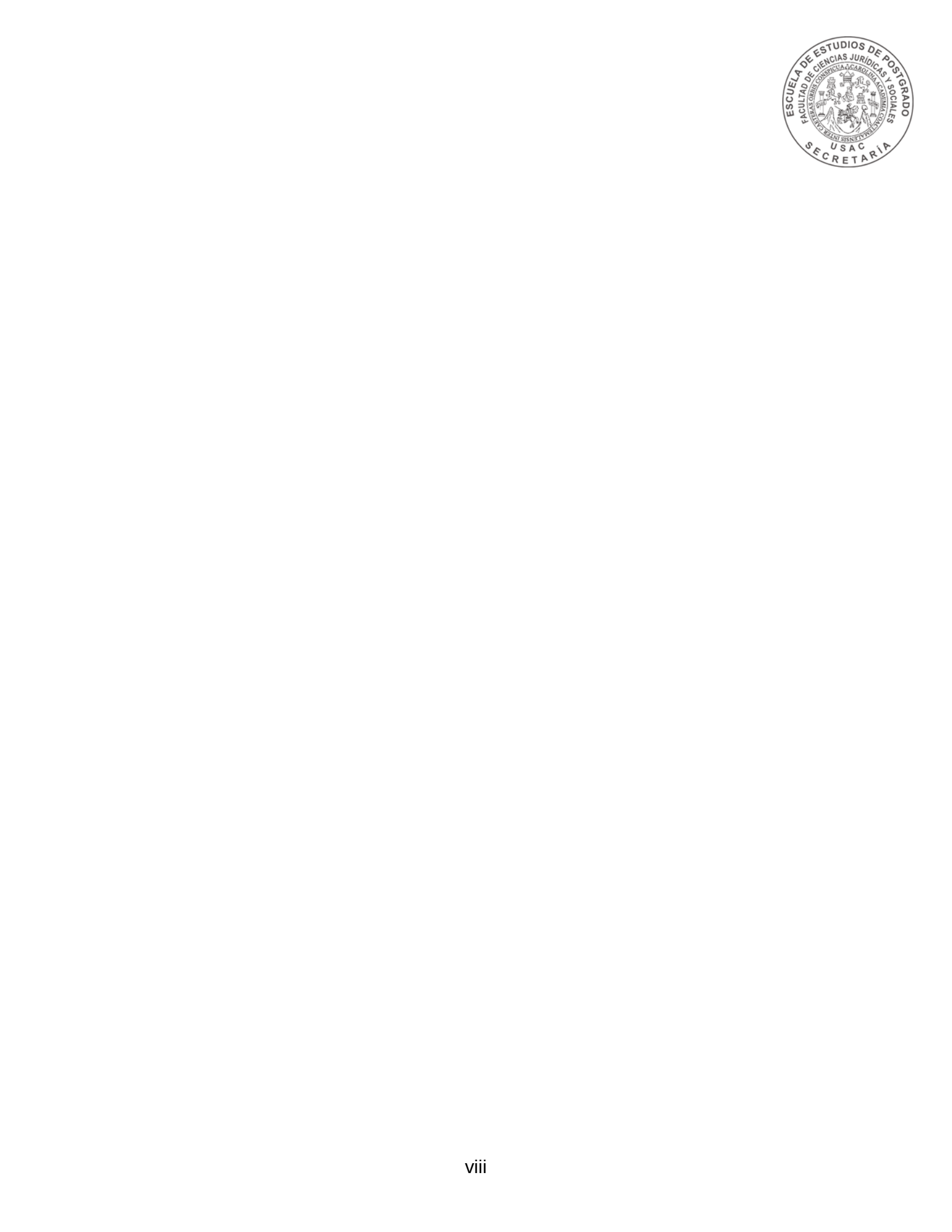
La hipótesis se formuló de la siguiente forma:

1. El fundamento teórico esencial de las teorías discursivas del derecho en la interpretación jurídica, en sus vertientes del pragmatismo jurídico y de la filosofía del lenguaje, es el propósito primordial de 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 el Derecho desde la perspectiva eminentemente formalista, realista o iusnaturalista.
2. El resultado de la influencia del pragmatismo jurídico y de la filosofía del lenguaje en la interpretación jurídica, se puede definir como el renacimiento a partir de la segunda mitad del siglo XX, de una serie de Escuelas que se preocuparon por el aspecto práctico del fenómeno jurídico, particularmente por el tema de la aplicación de 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.

El presente informe de investigación consta de cinco capítulos. En el capítulo uno, se trata el tema del neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación; en el capítulo dos, se analiza el tópico de la argumentación jurídica como desarrollo teórico; en el



capítulo tres, se desarrolla el problema de la argumentación jurídica como técnica; en el capítulo cuatro, se desarrolla la filosofía del derecho y la argumentación jurídica; y, en el capítulo cinco, se expone el tema del derecho como modelo aplicativo y como modelo argumentativo. Por último, se trató de inferir una conclusión verosímil con las hipótesis formuladas en el diseño de investigación.





CAPÍTULO I

1. Neoconstitucionalismo y teoría de la argumentación

1.1. El constitucionalismo como ideología constitucional

El constitucionalismo contemporáneo, también llamado neoconstitucionalismo, plantea un especial modo de concebir los derechos fundamentales. Es posible que las ideologías o concepciones éticas acaben proyectándose irremediabilmente en las soluciones jurídicas que se proponen como más adecuadas. Las líneas esenciales de las concepciones que propone el neoconstitucionalismo, sin duda, ejercen alguna influencia a la hora de dotar de sentido a los enunciados constitucionales relativos a derechos.

“Dos son las grandes perspectivas o enfoques doctrinales que cabe adoptar en la interpretación del derecho y de los derechos, podrían llamarse liberal y comunitarista, aunque también se podrían denominar ilustrada e historicista, o individualista y organicista”.¹ La primera se caracteriza ante todo por sostener una concepción artificial de la comunidad política e instrumental del derecho y de las instituciones.

La comunidad política, en efecto, se entiende como una creación voluntaria de sujetos libres e iguales que actúan guiados por un interés, aunque no necesariamente egoísta. El Estado no es entonces, como suele decirse, la forma política de la nación, al menos

¹ Prieto Sanchís, Luis. **Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales**. Pág. 25.



si es que esta se entiende al modo tradicional (o tradicionalista) como una entidad orgánica que trasciende a sus componentes reales de carne y hueso; sencillamente no lo es porque la nación no es un sujeto actuante dotado de vida propia y, menos aún, de derechos.

Por supuesto que esto no sea así históricamente carece de toda importancia; por lo demás, también carece de cualquier sustento empírico la concepción del Estado como persona o de la sociedad y la cultura como organismos vivos. Lo importante son las consecuencias que estas hipótesis tienen en orden a determinar las facultades del poder y los derechos de las personas.

Y la primera consecuencia es la que se denomina concepción instrumental de las instituciones, lo que significa que estas carecen de justificación autónoma y que su legitimidad descansa por tanto en la protección de los individuos, de sus derechos e intereses. De esto se deduce asimismo el papel subordinado de la política a la justicia.

La política, que es lo que hacen las instituciones a través del derecho, se subordina lógicamente a la justicia, que es la rúbrica que comprende al conjunto de los derechos que son la razón de ser de todo el entramado institucional. Si los derechos explican el *por qué* y el *para qué* del Estado, resulta claro que la actuación de este solo será aceptable en la medida en que satisfaga o, cuando menos, no viole los derechos que dotan de contenido a la noción compartida de justicia. Y esto, en el plano jurídico, se traduce en una exigencia de constitucionalización y tutela frente a todos, incluido el legislador.



“Este es el núcleo del constitucionalismo: la limitación del poder, de todo poder, desde los derechos fundamentales y, si se quiere, hoy también desde los derechos sociales”.

Es verdad que en la práctica las cosas no son tan sencillas o lineales y que la imagen de una rígida jerarquía entre justicia y política, entre derechos y ley, no es un reflejo exacto de las cosas. Pero, por el momento, lo importante es concebir la acción política al servicio de las personas y de sus derechos, no de fines propios o independientes, sin perjuicio de que muchas veces ello no logre evitar la restricción de las esferas de libertad.

Asimismo, esta filosofía política enlaza con un cierto modelo de interpretación constitucional. La idea es la siguiente: si el Estado es un artificio, si las instituciones son un instrumento y la política viene sometida a la justicia, entonces en el marco de los inevitables conflictos entre la ley y los derechos la carga de la prueba o la carga de la argumentación corresponde a aquella antes que a estos, corresponde al poder antes que a los individuos.

En consecuencia, toda intervención en el ámbito de los derechos que implique un sacrificio en su ejercicio, habrá de estar justificada y ser proporcional a la necesidad de preservar un bien de análoga importancia, directa o indirectamente conectado a la propia constelación de valores en que reposan los derechos. El constitucionalismo (antiguo o moderno, pero en todo caso genuino) se configura como un límite al poder, pues este siempre corre el riesgo de degenerar en despotismo, porque su legitimidad no es autónoma, sino que reside en la consecución de ciertos fines externos al mismo

² **Ibid.** Pág. 26.



y, en suma, porque sobre el derecho positivo pesa siempre la necesidad de justificación.

1.2. Los rasgos del Estado constitucional y democrático de derecho

El constitucionalismo es un fenómeno histórico que no se ha desarrollado de forma plenamente homogénea o uniforme. Aunque tal vez todas sus manifestaciones responden a un origen ideológico o filosófico común, el iusnaturalismo racionalista y la doctrina del contrato social, lo cierto es que las dos grandes revoluciones de finales del siglo XVIII parece que hicieron interpretaciones distintas o que, por una u otra razón, desembocaron en resultados diferentes.

En Estados Unidos triunfa una concepción de la Constitución como norma suprema, que preside el juego democrático y que descansa desde el principio en una efectiva garantía judicial; en Francia, en cambio, se impone una idea de la Constitución como programa político a realizar por el propio legislador democrático, auténtico depositario de la soberanía e inmune a cualquier fiscalización judicial.

“Si cabe decirlo de forma un tanto simplificada, América aporta la garantía judicial de la Constitución, mientras que Europa aporta un denso contenido normativo para la misma. Durante más de un siglo ambas experiencias caminaron separadamente. El neoconstitucionalismo que se abre paso a partir de la segunda gran guerra parece encarnar una aproximación de esas dos tradiciones”.³ Este neoconstitucionalismo

³ **Ibid.** Pág. 27.



destaca por una vigorosa combinación de los dos rasgos enunciados: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional.

Que una Constitución es normativa o, mejor dicho, que está dotada de un contenido material o sustantivo que se postula como vinculante significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho –que son dos aspectos de una misma realidad–, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles.

Los documentos jurídicos que se pueden adscribir al neoconstitucionalismo se caracterizan, en efecto, porque están repletos de normas que les indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Suelen recibir distintas denominaciones, como valores, principios, directrices, derechos o garantías, pero dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata.

“El carácter garantizado de la Constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos: la existencia de un Tribunal Constitucional no es, desde luego, incompatible con el neoconstitucionalismo, pero sí representa un residuo de otra época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que aquélla no era una verdadera



fuerza del Derecho, sino una fuente de las fuentes, cuyos conflictos habrían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político y mitad judicial”.⁴

Pero si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización.

Conviene subrayar la importancia que para la justicia constitucional (que no es solo ni principalmente la que hace el Tribunal que así se califica) tiene la confluencia de los dos elementos señalados y, consiguientemente, la incorporación de principios, derechos y directivas a un texto que se pretenda con plena fuerza normativa.

Porque ahora esas cláusulas materiales no se presentan solo como condiciones de validez de las leyes, según advirtió Kelsen, de forma crítica por cierto. Si únicamente fuese esto, el asunto sería transcendental solo para aquellos órganos con competencia específica para controlar la ley y para aquellos otros con competencia específica para instar el recurso abstracto de inconstitucionalidad, lo que en verdad no es poco.

Sin embargo, la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley –se entiende, de una ley respetuosa con los mismos–, sino hacerlo de una forma directa e independiente. Con lo cual la normativa constitucional deja de estar atada dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, deja de ser

⁴ Prieto Sanchís, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. Pág. 207.



un problema a resolver exclusivamente entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero solo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último.

1.3. Los principios constitucionales y la omnipresencia constitucional

En este nuevo panorama es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, próxima o remota, en el texto constitucional y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones: libertad, igualdad –formal, pero también sustancial– seguridad jurídica, orden público, propiedad privada, cláusula del Estado social, y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia.

Cabe decir que, detrás de cada precepto legal, se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Por ejemplo, la mayor parte de los Artículos del Código Civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el antes sacrosanto derecho de propiedad, y ambos principios encuentran sin duda respaldo constitucional.

Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como la llamada función social de la propiedad, la exigencia de protección del medio ambiente o del patrimonio artístico, el derecho a la vivienda, la promoción del bienestar



general, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad.

Esto es lo que Guastini ha llamado el efecto *impregnación* o el efecto irradiación del texto constitucional; “de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos”;⁵ o, como dice Zagrebelsky, “la ley, que en otro tiempo fue la medida de todas las cosas en el campo del Derecho, ha de ceder el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de mediación”.⁶

Porque la Constitución es una norma y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, y no solo en los de naturaleza política o de competencia que se entablan entre los órganos supremos del Estado, el constitucionalismo desemboca en una cierta omnipotencia judicial, en el sentido de que el juez, antes o al mismo tiempo que se pregunta por la mejor solución legal al caso, ha de hacerlo también por la más adecuada solución constitucional.

Para decirlo por vía de ejemplos procedentes de la jurisprudencia: que normas o decisiones administrativas que prohíben la alimentación de palomas o la fabricación de chocolates que resultan ser enjuiciadas a la luz de preceptos constitucionales, y no solo legales, constituye una consecuencia de ese efecto *impregnación* o de esa omnipotencia judicial. Qué proceda hacer cuando se aprecien discrepancias entre las

⁵ Guastini, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Pág. 56.

⁶ Zagrebelsky, Gustavo. **La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución**. Pág. 123.

respuestas legales y constitucionales, si plantear la cuestión de inconstitucionalidad o aplicar directamente la Constitución, es cuestión ulterior.

“Las Constituciones de nuestros días asumen la función de modelar el conjunto de la vida social, pero ¿cómo y en qué sentido lo hacen? Aquí se encuentra el nudo del problema: la normativa constitucional no aparece –en general– como la decisión categórica de un grupo o ideología que, desde una filosofía política homogénea, diseña un marco unívoco y cerrado; no se asemeja a una regulación legal que, con mayor o menor precisión, trata de anudar ciertos supuestos o condiciones fácticas a determinadas consecuencias normativas”.⁷

Se trata más bien de lo que se ha dado en llamar una regulación principalista donde se recogen derechos y deberes correlativos sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fijan objetivos o conductas también, sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado. La teoría del derecho se encuentra aquí con una situación antes inimaginable, y no porque cuando estas son internas a la propia Constitución devienen inservibles las tradicionales herramientas ideadas para resolverlas.

1.4. Neoconstitucionalismo y teorías argumentativas

Este modelo explica la importancia que en la interpretación constitucional ha adquirido

⁷ González Álvarez, Roberto. **Constitución, ley y proceso**. Pág. 30.

la ponderación, cuyo sentido consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificativas del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales. Por eso, su regla constitutiva tiene como punto de partida un conflicto propuesto por Alexy: “cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁸

Según este principio, no se trata de establecer jerarquías de derechos ni precedencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca. No se trata, pues, de establecer jerarquías abstractas entre principios o derechos, ni de la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro; la ponderación, dice Guastini, “desemboca más bien en una jerarquía móvil o axiológica donde, a la vista de las circunstancias concurrentes, se concede mayor peso o importancia a una de esas razones”.⁹

En suma, cabe decir que la ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos normas en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso (la libertad religiosa y el orden público, la libertad de expresión o información y el derecho al honor o a la intimidad, la propiedad y de la protección del medio ambiente, por ejemplo) y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso.

⁸ Alexy, Robert. **Sistema jurídico y razón práctica**. Pág. 124.

⁹ Guastini, Riccardo. **Op. Cit.** Pág. 63.



El juicio de ponderación supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional y ello con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente, consideremos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad.

Pero lo que interesa destacar es que la ponderación aparece indisolublemente unida a una concepción de los derechos, como la que aquí se sugiere, y que ambas cosas obligan a un replanteamiento de la tensión siempre presente entre Constitución y democracia, entre los derechos y la ley; en concreto, obligan a cambiar un modelo que pudiéramos llamar geográfico por otro que denominaremos argumentativo.

El primero es tal vez el más intuitivo y fácil de describir: presume que existen fronteras nítidas entre la competencia legal y la constitucional, que hay materias y esferas petrificadas desde la Constitución y que representan límites infranqueables para el legislador; y que, en justa correspondencia, es posible dibujar otras materias o esferas donde la decisión mayoritaria puede moverse libremente.

“Desde la perspectiva de la interpretación constitucional, la consecuencia es que todo caso o supuesto de hecho debe poder ser adscrito a una y otra esfera: o ejercemos un derecho en los términos de su reconocimiento constitucional, y entonces nuestra posición es inexpugnable, o no lo hacemos, y entonces desde la Constitución nada hay que decir. Por supuesto, pueden aparecer dificultades interpretativas a la hora de trazar



esas fronteras, pero el presupuesto teórico resulta inmovible: la política y el derecho cuentan con espacios propios”.¹⁰

Sin embargo, el que se ha descrito como efecto impregnación o irradiación hace inviable esa visión geográfica de las esferas separadas: no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional.

Por las mismas razones, tampoco cabe excluir que un mismo supuesto presente propiedad adscribibles a la esfera de los derechos y, al propio tiempo, que presente otras adscribibles a la esfera de los límites; esto es, puede ocurrir que *prima facie* un comportamiento sea calificable como ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión y que, simultáneamente, deba también considerarse incurso en el ámbito de la cláusula limitadora, el orden público o el derecho al honor, por ejemplo. Por más que, *en definitiva*, deban triunfar unas u otras razones, a la luz precisamente del juicio de ponderación. Este es el significado básico del modelo argumentativo.

1.5. Las teorías de los derechos humanos: interna y externa

La concepción del modelo constitucional expuesto, en modo alguno es universalmente compartido. Algunos solo pueden formar la premisa mayor de un juicio de constitucionalidad cuando resultan concluyentes, pero que en todos los demás casos corresponde al legislador dirimir los presuntos o reales conflictos. Es más, parten de la

¹⁰ González Álvarez, Roberto. **Op. Cit.** Pág. 31.



base de que esos conflictos son siempre aparentes y que, mediante una adecuada interpretación, es la propia Constitución la que los resuelve porque en el fondo la Constitución es coherente, aunque pueda en ocasiones resultar más o menos indeterminada. En la literatura sobre derechos fundamentales compiten dos teorías o doctrinas, que suelen llamarse interna y externa y que expresan estas dos posibilidades interpretativas.

“La teoría interna sostiene que las conductas o situaciones que caen bajo el amparo de un derecho fundamental resultan perfectamente claras desde los enunciados constitucionales, de manera que, mediando una correcta interpretación de los mismos, podemos delimitar con absoluta precisión la suerte de nuestro caso: o estamos en presencia de un ejercicio ‘típico’ del derecho o libertad y entonces, por cierto, nada hay que ponderar ni discutir, porque nuestra posición es inexpugnable incluso para el legislador; o nos movemos por fuera protegido por el derecho, en cuyo caso tampoco hay nada que discutir porque el asunto queda librado a la decisión libre del legislador o de otras autoridades públicas. La teoría externa, en cambio, se hace cargo de la inevitable imprecisión de los enunciados relativos a derechos, así como de la no menos inevitable vaguedad de fronteras entre los derechos y sus límites. Por eso, para la teoría externa resulta perfectamente concebible que una misma conducta resulte ser en principio ejercicio de un derecho y, al mismo tiempo y también en principio, que represente la vulneración de otro derecho. De ahí que proponga que toda conducta que presente una propiedad adscribible a un derecho fundamental (o, lo que parece equivalente, que pueda considerarse dentro del marco semántico de un enunciado relativo a derechos, incluida, pues, la zona de penumbra) deba ser tratada como un

caso de ejercicio del derecho fundamental en cuestión; y ese ‘deba ser tratada’ significa simplemente que el asunto debe ser visto como un asunto con relevancia constitucional, si se quiere, como un asunto en el que concurren razones a favor de su reconocimiento (aunque también concurren razones en contra)”.¹¹

Esto explica la necesidad de distinguir entre un juicio *prima facie* y un juicio definitivo: *prima facie* se puede considerar que el sacrificio de un cordero en el ámbito doméstico es un caso de ejercicio de la libertad religiosa; pero, asimismo, *prima facie* se ha de considerar las razones (sanitarias, por ejemplo) a favor de la prohibición legal del sacrificio de animales fuera de los recintos habilitados para ellos. El juicio definitivo depende de la ponderación entre esas razones que son razones constitucionales, o que pueden encontrar fácil acomodo en la Constitución.

Esta visión de los problemas, que es previa al juicio de ponderación, parece una buena aportación de la teoría externa de los derechos fundamentales, que sencillamente llama la atención del intérprete acerca de “qué es lo que hay que tener en cuenta”. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que el individuo que es sancionado por sacrificar un cordero en su casa estaba ejerciendo un derecho fundamental de libertad religiosa; que quien ofendió el honor de otra persona al mismo tiempo ejerce su libertad de expresión o información. Lo cual significa obviamente que se halla ante razones justificativas que nos impulsan a adoptar una decisión u otra.

¹¹ **Ibid.** Págs. 33-34.

1.6. La ponderación

El método para resolver los conflictos entre los derechos y sus límites recibe el nombre de ponderación, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. De las distintas acepciones que presentan el verbo “ponderar” y el sustantivo “ponderación” en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas.

“En la ponderación, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflictos, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión”.¹² Ciertamente, en el mundo del derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones tal equilibrio, que implicaría un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto.

En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto o de la validez: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues en todo caso no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificativas conflictivas y del mismo valor.

¹² **Ibid.** Pág. 42.



“En los conflictos no cabe acudir tampoco al criterio de especialidad. El intérprete no puede decir que el derecho al honor triunfa siempre sobre la libertad de expresión, o que el orden público lo hace sobre la libertad ideológica y religiosa, pues ello implicaría establecer una relación de regla y excepción que no está en la Constitución”.¹³ Tan solo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una *jerarquía móvil o axiológica*, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria.

La ponderación intenta ser un método para la justificación de un enunciado de preferencia referido al caso concreto, que descarta el establecimiento de jerarquías o relaciones de especialidad con alcance general. Se trata de la preservación abstracta de los dos elementos del conflicto, por más que inevitablemente en cada caso sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios o derechos, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos.

En el lenguaje común, ese es el significado más preciso de ponderación; se dice que alguien observa una conducta ponderada cuando rehúsa abrazar por completo alguna

¹³ Prieto Sanchís, Luis. **Op. Cit.** Pág. 43.



idea a propósito de algo y prefiere armonizar ideas diferentes, seleccionando para el caso lo mejor de cada una de ellas.

“Es cierto que en el ámbito jurídico una solución conciliadora no siempre será viable, en ocasiones incluso por dificultades procesales, pero representa con toda probabilidad el camino más adecuado, sobre todo en los conflictos de carácter civil que pueden desembocar en una indemnización o en otras medidas susceptibles de graduación”.¹⁴ Este es el llamado principio de concordancia práctica, que en ocasiones parece sugerido por algunos tribunales constitucionales: el intérprete se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, *tratando de armonizarlos si ello es posible* o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

1.7. Subsunción vs ponderación

Suele decirse que la ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían el objeto de subsunción, de modo que, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios y derechos, en cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna.

Ello es cierto, pero es difícil que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, como si el intérprete hubiera de optar por un camino u otro. Pareciera que

¹⁴ Prieto Sanchís, Luis. **Op. Cit.** Pág. 43.



operan en fases distintas de la aplicación del derecho; es verdad que si no existe un problema de principios, el juez se limita subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna.

Pero cuando se plantean problemas como los aquí examinados y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevante o aplicables dos principios en pugna.

En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de dos principios, es decir, que estos resultan relevantes para resolver dicho caso. Por ejemplo, para decir que una pena es desproporcionada por representar un límite no tolerable al ejercicio de un derecho, antes es preciso que el comportamiento enjuiciado pueda ser subsumido no una, sino dos veces: en el tipo penal y en el derecho fundamental.

Problema distinto es que, a veces, las normas llamadas a ser ponderadas carezcan o presenten de forma fragmentaria o indeterminada el supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción que se pudiera llamar valorativo; no es obvio, por ejemplo, que consumir alcohol o dejarse barba constituyan ejercicio de la libertad religiosa –que lo constituyen–, pero es imprescindible subsumir tales conductas en el tipo de la libertad religiosa para luego ponderar esta con los principios que fundamentan su eventual limitación.



Pero si *antes* de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, *después* de ponderar se considera que aparece de nuevo la exigencia de subsunción. Y ello es así porque la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción.

“La ponderación nos debe indicar que en las circunstancias X, Y, Z el principio 1 (por ejemplo, la libertad religiosa) debe triunfar sobre el 2 (por ejemplo, la tutela del orden público); de donde se deduce que quien se encuentra en las condiciones X, Y, Z no puede ser inquietado en sus prácticas religiosas mediante la invocación de la cláusula del orden público. La ponderación se configura, pues, como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso; regla que, por cierto, merced al precedente, puede generalizarse y terminar por hacer innecesaria la ponderación en los casos centrales o reiterados”.¹⁵

Esta orientación de la ponderación hacia la subsunción expresa la necesidad de transformar unas normas que aparecen formuladas como categóricas en hipotéticas o condicionales y, por tanto, aptas para la aplicación judicial.

¹⁵ Prieto Sanchís, Luis. **Op. Cit.** Pág. 45.



En efecto, una de las características de los derechos y de sus límites es que en la Constitución aparecen indeterminados, en el sentido de que no resultan enumeradas las condiciones o circunstancias en la que uno ha de ceder o triunfar en presencia de otro. Por eso se dice que son normas *derrotables*, normas de la que desconocemos los casos en que pueden ser exceptuadas, por más que esos casos existan.

Prima facie parece que el derecho al honor ha de ser respetado siempre pero, asimismo, *prima facie* la libertad de expresión también ha de serlo. La ponderación entonces sirve para establecer las condiciones en que triunfa el primero o la segunda, dando vida así a normas hipotéticas o condicionales.

1.8. Discrecionalidad judicial y ponderación

El juicio de ponderación ha sido objeto de una cuidada elaboración doctrinal y jurisprudencial. Tan solo conviene llamar la atención sobre su distinto modo de operar en la esfera pública de la limitación de los derechos y en la esfera privada del conflicto entre los mismos. En la primera se muestra lógicamente más rigurosos, pues la medida limitadora ha de acreditar su *idoneidad* o adecuación para proteger o dar satisfacción a un fin valioso y no inconstitucional; ha de acreditar asimismo que es una medida *necesaria* para alcanzar dicho fin o, lo que es lo mismo, que no existe otro género de intervención que, brindando la misma tutela, se muestre menos lesivo.

Y, por último, ha de superar el *test* de la proporcionalidad en sentido estricto, que a su vez exige “pesar” el grado de afectación del derecho y al mismo tiempo el grado de



satisfacción del bien jurídico que pretende tutelar, así como valor el grado de seguridad de las premisas empíricas relativas a la realización efectiva de la afectación y la satisfacción. En cambio, en los conflictos entre derechos de particulares creo que la ponderación se reduce a este último tramo de la proporcionalidad en sentido estricto. Cada una de estas fases de la argumentación y, sobre todo, la última ha dado lugar a análisis de notable complejidad y creciente sofisticación.

“Es necesario subrayar que la ponderación dista de ser algo así como una regla matemática capaz de eliminar toda subjetividad. Los pasos o fases que hemos enunciados suponen un llamamiento al ejercicio de valoraciones: cuando se decide la presencia de un fin digno de protección, no siempre claro y explícito en la norma o medida enjuiciada; cuando se examina la aptitud o idoneidad de la misma, cuestión siempre discutible y abierta a cálculos técnicos o empíricos; cuando se interroga sobre la posible existencia de otras intervenciones menos gravosas, tarea en la que el juez ha de asumir el papel de un diligente legislador a la búsqueda de lo más apropiado o económico; y en fin, y sobre todo, cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación ‘coste/beneficio’ resulta casi inevitable”.¹⁶

En suma, los principios no disminuyen, sino que incrementan la indeterminación del Derecho. Ni los jueces –tampoco la sociedad– comparten una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre

¹⁶ González Álvarez, Roberto. **Op. Cit.** Pág. 46.



racionalmente; ello, tal vez se agrave en el caso de la ponderación, donde las *circunstancias del caso* que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediablemente en juicios de valor.

Sin embargo, parece que esto tampoco significa que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que pueda conducir a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y solo una respuesta para todo caso práctico, sí indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien o derecho y del grado de satisfacción del bien o derecho en pugna.

La ponderación tiene la virtud de hacer más transparente el proceso que conduce a la decisión, obligando a mostrar todas las premisas fácticas y normativas que son relevantes en el caso, de modo que el esfuerzo de motivación o justificación que se requiere resulte más extenso y profundo. Y, en resumidas cuentas, ahí reside la legitimidad de la interpretación y aplicación del derecho, en el esmerado razonamiento que precede a un acto de autoridad como es la sentencia.



CAPÍTULO II

2. La argumentación jurídica

2.1. Definición

Para Neil MacCormick, la argumentación jurídica es una controversia orientada a poner de manifiesto las razones que muestren que una decisión es justa porque es coherente con la ley. Para Óscar Correas, argumentar suele decirse que es dar razones que justifiquen una decisión. Justificar no es otra que conseguir la aceptación de la decisión por parte de un auditorio, que podría ser la comunidad de juristas en primera instancia y la sociedad civil en definitiva.

Puy Muñoz señala que es difícil elaborar una definición de argumentación jurídica y propone, por ejemplo que la argumentación jurídica es la acción de inventar razonamientos con pruebas y justificaciones capaces de convencer a alguien de que reconozca un derecho ajeno que no reconoce, o de persuadir a alguien de que reconozca un derecho ajeno que pretende ignorar, y señala que, como puede verse, no es posible elaborar una definición de argumentación jurídica aceptada por todos los sectores, pero señala que la persuasión es el elemento nuclear de la definición de argumentación jurídica. Por lo anterior, si argumentar significa dar razones en apoyo de una conclusión, entonces en el ámbito jurídico la argumentación será aquella que utilice leyes, principios, precedentes y doctrina como respaldo de esas razones.



2.2. Caracteres

Para Eduardo López Villegas la argumentación jurídica tiene las siguientes características:

- a) La argumentación jurídica está prescindida por el interés jurídico, pues las discusiones de los legisladores que preceden y se condensan en normas persiguen el interés jurídico en cuanto modifican el ámbito de derechos y obligaciones; también las sentencias judiciales, prototipo de argumentación puesto que en ellas se define el alcance del derecho; igualmente, los abogados y los particulares a través de los razonamientos que preceden a sus comportamientos procuran la realización del interés jurídico que es el objeto material de los derechos y obligaciones.
- b) La argumentación jurídica se elabora en torno a sujetos jurídicos, ya que se orientan a definir las acciones de un sujeto dentro del sistema de derechos y deberes o a interpretarlas, en orden a calificar su conformidad con el sistema y a determinar las consecuencias por haber actuado según lo previsto o por desacato de lo prescrito. Por lo tanto, una persona actúa en su condición de sujeto jurídico.
- c) La argumentación jurídica se desenvuelve en la institucionalidad jurídica, la institucionalidad está constituida por la existencia de un derecho positivo y por reglas de procedimiento que regulan la argumentación jurídica. El contenido de las argumentaciones debe estar referido al derecho positivo en vigor en cada país.



- d) La argumentación jurídica soluciona de manera definitiva situaciones particulares, pues la intangibilidad de soluciones una manera en que el derecho de naturaleza dinámica realiza la seguridad jurídica, el constante fluir del derecho debe detenerse ante circunstancias específicas e individuales: los derechos adquiridos con arreglo a la legislación vigente y las decisiones judiciales que resuelven el caso particular.
- e) La racionalidad del derecho se autocorriga, la facultad de autocorrección del derecho se ejerce a partir del plano de lo general, y es a partir de la argumentación de las decisiones judiciales la manera cómo se van reinterpreta las normas para su perfeccionamiento.

Otra característica que le imprime Alexy a la argumentación jurídica es su carácter limitado en el proceso judicial, pues las intervenciones y los roles que de antemano son desigualmente distribuidos, están restringidos temporalmente y reglamentados por medio de las reglas procesales.

2.3. Fines

La argumentación jurídica, independientemente de que en cada uno de sus ámbitos (judicial, legislativo, administrativo y forense) tenga objetivos específicos, tiene los siguientes fines:

- La justificación de la propia posición sobre la cuestión jurídica planteada, es decir, se deberá justificar con razones aceptables y convincentes el por qué se asume una postura.

- La argumentación jurídica que se elabora de manera correcta por parte de los jueces en la impartición de justicia es recomendable porque:
 - *Las partes* en el juicio tiene un especial interés en conocer las razones, pues solo con base en decisiones razonadas las partes pueden estimar si la apelación es posible, plausible o, incluso, necesaria.
 - *El tribunal* necesita también de razones. Por medio de argumentos bien formulados el tribunal puede llevar a cabo un útil autocontrol que le permita probar la solidez de sus soluciones.
 - *El tribunal de apelación* y la Suprema Corte tienen mejores posibilidades de garantizar la protección jurídica de las partes, así como, la protección general, si las decisiones de los tribunales inferiores están correctamente justificadas. La deliberación de un caso en los tribunales de instancia superior es una especie de diálogo con el tribunal inferior. Este diálogo puede producir una protección jurídica máxima si, y solo si, los argumentos del tribunal inferior son correctos y públicos. El diálogo se establece entre argumentos, y la “mejor solución posible” al caso es aquella que se basa en el conjunto de argumentos mayor y más coherente.
- El objeto y función de la argumentación jurídica es dar una respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación del derecho: como justificar la elección entre las alternativas jurídicamente justas, correctas, ciertas y válidas, entre otras, a través de criterios de racionalidad y de razonabilidad.

- Lograr la persuasión y el convencimiento del auditorio al que va dirigido el argumento, que pueden ser las partes en un juicio, la autoridad jurisdiccional ya de primera o segunda instancia, los destinatarios de una nueva ley, el público en un evento académico o el contrincante en un debate jurídico.
- Establecer posibilidades de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica, es decir, aquella racionalidad que se da en el contexto específico como sería la racionalidad de una decisión jurídica.
- Controlar la racionalidad de una decisión jurídica, para que no sea arbitraria y sin justificación que supone dar razones adecuadas y suficientes que garanticen el cumplimiento de la garantía constitucional de fundamentación y motivación.
- Establecer mecanismos y criterios para controlar la racionalidad de la interpretación, pues esta no puede ser arbitraria y caprichosa, sino que deberá el intérprete justificar por qué elige un método de interpretación y no otro, toda vez que no existen criterios normativos que establezcan el orden de su aplicación.
- Controlar la motivación en la valoración de las pruebas, porque en la práctica los jueces utilizan fórmulas como la de la valoración conjunta, pero en realidad no analizan ni valoran individualmente cada prueba, esto es, no señalan por qué sí o por qué no le conceden valor probatorio a una prueba y sobre todo qué parámetros tomaron en cuenta para su apreciación.



- Justificar externamente una decisión jurídica, y no solo internamente, esto es, se deberá justificar el porqué de la elección de las premisas y no solo su corrección lógica como silogismo o deducción.
- Cómo refutar y contradecir los argumentos y pretensiones del abogado contrario y además también refutar los fundamentos y motivaciones de las autoridades en las sentencias.

2.4. Dimensiones

2.4.1. Legislativa

La argumentación jurídica juega un papel de suma importancia en las instancias legislativas, debido a que los legisladores necesitan argumentos, primero, frente a los mismos integrantes del congreso para convencerlos de la necesidad de la creación o reforma de una ley, y precisamente es una gran oportunidad para que debatan en torno a una ley; segundo también argumentan en las exposiciones de motivos de las leyes para convencer a los destinatarios de la ley sobre la utilidad y necesidad de su promulgación.

No obstante, que en esta instancia no es una argumentación libre en virtud de que los legisladores pertenecen a fracciones parlamentarias que generalmente representan los intereses del partido y, por lo tanto, argumentan en su nombre, y puede suceder que no lo hagan convencidos de la postura que asumen.

2.4.2. Judicial

Con motivo de que es en las instancias judiciales en donde se resuelven conflictos, es allí donde es más necesaria la argumentación jurídica, pues siendo la motivación de las sentencias en la mayoría d los países una garantía constituciones, es necesario que las autoridades expongan las razones que justifiquen el sentido de su decisión, y qué mejor que esas razones sean buenos argumentos que apoyen los considerandos de su resolución; además las partes en un juicio necesitan de argumentos que los convenzan de que la decisión jurídica emitida por la autoridad es justa.

2.4.3. Administrativa

Debido a que las autoridades administrativas resuelven recursos interpuestos por los particulares relativos a diferentes actos de molestia emitidos por aquellas, al momento de que dictan las resoluciones y de acuerdo a la obligación constitucional que tienen las autoridades de fundar y motivar sus resoluciones, al hacerlo necesitan argumentar adecuadamente para que no sea un acto arbitrario y caprichoso de la propia autoridad, pues a través de la motivación es como se controla la justificación al momento que se emite el acto, la entidad administrativa para su ulterior revisión por una entidad superior, quien a su vez también habrá de motivar con buenos argumentos su resolución.



2.4.4. Abogados

Tanto en la dogmática jurídica, como los expertos en derecho necesitan argumentar a favor de sus tesis y teorías con las que elaboran sus posturas y propuestas de solución a problemas jurídicos, y siendo que actualmente estas instancias como los institutos de investigaciones se han convertido en órganos de opinión en relación con temas de actualidad o a decisiones relevantes emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entonces es necesaria la argumentación jurídica para sustentar sus opiniones y además para debatir entre los mismos doctrinarios sobre sus propuestas de solución.

Estas opiniones se expresan a través de un documento conocido como “dictamen jurídico”, y se define como una opinión de un jurista sobre una pregunta que le ha sido planteada, sobre un tema del que es experto, para que dé una respuesta jurídicamente razonada, es decir que debe fundamentar su respuesta en una serie de razones de tipo jurídico, pues la calidad de un dictamen viene dada por la calidad de su fundamentación o argumentación, que es lo le da fuerza de convicción.

Un dictamen como ejercicio argumentativo consta de las siguientes partes:

- a) *Introducción o antecedentes*: son los hechos concretos que dan lugar a la consulta o al planteamiento del problema, y que hay que tomar en cuenta en relación con el caso; se presentarán de manera ordenada y de acuerdo a la cronología que ocurrieron o se presentaron.



b) *Consulta formulada o planteamiento del problema*: son las preguntas que se someten a la consideración del experto y los problemas que habrán de resolverse, para ello se calificarán los hechos determinando sus consecuencias jurídicas con referencia a las cuestiones jurídicas que pueden suscitarse.

c) *Posibles soluciones y argumentos de apoyo*: esta es la parte más argumentativa del dictamen, en la que habrán de asumirse las posturas; en relación con las consultas y los problemas, pero sobre todo deberán presentarse los argumentos que justifiquen y den razones del porqué de esas posturas; y si están de acuerdo con el principio de inercia, tiene la carga de la argumentación para justificar su tesis.

Aquí también se pueden refutar las posibles objeciones que se pudieran formular a nuestra postura, además se debe tomar en cuenta que si se presentan dos o más soluciones al problema consultando la mejor será la que esté más fundamentada y tener presente que la aceptabilidad de la respuesta condicionada la postura, pues en la medida de que los destinatarios del dictamen compartan las reglas, los principios y los valores utilizados como resultado de la respuesta, es más fácil que la acepten.

d) *Conclusiones*: serán presentadas en concordancia con cada una de las cuestiones planteadas y su respectiva respuesta y una alusión muy breve al argumento principal que lleva a sostener la postura.

e) *Cláusula de estilo*: es la cláusula final retóricamente muy importante, que como cortesía exponen los expertos y generalmente se enuncia así: "Este es mi dictamen



que someto a otro mejor fundado en derecho”. Es como un gesto de humildad al final de la opinión sobre la consulta formulada.

2.4.5. La *praxis* jurídica

Entendida la práctica forense como la actividad que desarrollan los abogados, estos necesariamente deben argumentar ante las autoridades para representar y defender mejor los intereses de sus clientes, y hay momentos propicios para la argumentación como son al expresar los alegatos y conclusiones en los procedimientos judiciales, también al expresar agravios con motivo de los recursos que interponen, además al exponer los conceptos de violación de los amparos que presentan, pues deberán convencer a la autoridad de que su cliente tiene la razón, por lo que deberán ser persuasivos en sus alegaciones y para ello es importante que conozcan de técnicas de argumentación jurídica que les permitan saber cómo elaborar mejores argumentos o cómo refutar los argumentos de la parte contraria o los de la autoridad.

Asimismo, a propósito del principio de oralidad en el sistema penal acusatorio, los abogados deberán estar preparados para debatir y argumentar verbalmente ante las autoridades, y para ello deberán conocer de técnicas que les ayuden a presentar de manera organizada y correcta sus argumentos ante los tribunales y por ejemplo bien pueden utilizar las partes del discurso retórico para así elaborar sus conclusiones ya sea por parte de la defensa o el Ministerio Público.



2.5. Las teorías de la argumentación jurídica

2.5.1. Definición

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; sin embargo, esta definición es demasiado genérica y agregaríamos que las teorías se ocupan de la descripción, análisis y 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.

2.5.2. Objeto

- 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.



- 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.

2.5.3. Utilidad

Utilidad 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.

Utilidad del aspecto prescriptivo o normativo:

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

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. A continuación, mencionaremos los precursores y autores actuales de las teorías de la argumentación jurídica y los rasgos principales de sus teorías, y al final señalaremos qué se puede rescatar de estas teorías al momento de las decisiones jurídicas y por lo tanto su aplicación en la motivación de las sentencias.

2.5.4. La teoría de Robert Alexy

Este autor es de los más importantes teóricos contemporáneos, a partir de que en 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, en 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:

- a) De sinceridad.
- b) No contradicción de normas.
- c) De universalidad.
- d) Uso común del lenguaje.

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

- a) Ningún hablante puede contradecirse.
- b) Todo hablante solo 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.



d) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

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 razón 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
- f) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (b) y (c), mediante coerción interna o externa al discurso.

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

- a) Quien pretender tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlos.
- b) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.



- c) Quien ha inducido un argumento solo 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.

Las reglas sobre las formas de argumentación 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.
- c) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

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.

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.

- Los sujetos
 - Formulación objetiva, pretensión personal de corrección.
 - Formulación subjetiva, pretensión oficial, jueces.
- Los destinatarios
 - Institucionales
 - Legisladores-destinatario de la ley.
 - El juez-partes del proceso.

- No institucionales
- Todo aquel que participe en un sistema jurídico.
- La formulación
- La afirmación de la corrección.
- La garantía de la fundamentabilidad.
- La expectativa del reconocimiento de la corrección por parte de los destinatarios.

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.

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.

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.

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).
- 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, por ejemplo cuando al resolver un caso entrarán 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.*

Alexy señala como pasos de la ponderación:

- i. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
- ii. En el 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.

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

- Por un lado, el derecho tiene una naturaleza real o fáctica, se compone de tres elementos:



- La relación entre el derecho y la coerción.
- La relación entre el derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas.
- 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 el derecho tiene una conexión necesaria: la certeza y la eficacia jurídica.
- Por otro lado, tiene una ideal o crítica:
 - Esta propiedad tiene que ver con la relación entre el derecho y la moral.
 - El derecho necesariamente formula una pretensión de corrección y que esta implica una exigencia de corrección moral.
 - Dicha pretensión es la fuente de la relación necesaria entre el derecho y la moral.
- La reconciliación de la dimensión real con la ideal.
 - 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.



- La argumentación jurídica es el mecanismo para que un estado constitucional democrático dé solución a los problemas jurídicos por medio de una legislación democrática legitimada y un control de constitucional.

2.5.5. La teoría de Manuel Atienza Rodríguez

Manuel Atienza, quien 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:

- a) Identificar el problema de acuerdo a la clasificación de MacCormick y determinar si se 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, *apari afortiori*, reducción al absurdo, etcétera.
- e) Al final se debe pasar de las premisas a la conclusión.

Señala las funciones de la teoría de la argumentación jurídica como:

- 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 fáciles, difíciles y 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.

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

2.5.6. La teoría de Luigi Ferrajoli

La teoría garantista de Ferrajoli ha tenido gran aceptación tanto en Europa como en América Latina, tanto, que se habla de una política garantista, como actualmente ha influido en México 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.



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

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



CAPÍTULO III

3. La argumentación jurídica como técnica

3.1. Concepto

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”.¹⁷

3.2. Objeto

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 administrativas); pero también es importante la práctica de la argumentación en las diferentes instancias como las legislativas, judiciales, administrativas, forenses, docentes, para saber cómo

¹⁷ Cavaría Ruiz, Diego F. **Explicación y aplicación de los argumentos falaces**. En: León Pastor. Ricardo. **Introducción al razonamiento jurídico**. Pág. 24.



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”.¹⁸

3.3. El argumento

3.3.1. Concepto

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”.¹⁹ Para Falcón y Rojas, “el argumento es la expresión de nuestro razonamiento que pretende convencer a otras personas en confrontación con razones opuestas”.²⁰

3.3.2. Elementos

Un argumento informal se compone de:

- **La tesis:** es una aseveración o aserción que un sujeto pretende demostrar; o también toda actividad argumentativa. Siempre debe haber algo de lo 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 quien va dirigida la argumentación.

¹⁸ Toulmin, Stephen Edelson. Citado por: Atienza, Manuel. **Las razones del derecho. Op. Cit.** Pág. 83.

¹⁹ Gianformagio, Letizia. **Lógica y argumentación en la interpretación jurídica.** En: **Doxa, cuadernos de filosofía del derecho. No. 4.** Pág. 73.

²⁰ Falcón, Enrique M.; Rojas, Jorge A. **Cómo se hace un alegato.** Pág. 54.

- **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”,²¹ y en la argumentación permite probar la verdad de las proposiciones y se lleva a cabo mediante fundamentación y refutación.
- **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.
- **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 de una ley por un partido de la oposición; y se puede dirigir a la tesis a la persona, a las pruebas o a la argumentación.
- **La conclusión:** es la idea final que se presenta como la única posible después de la demostración.

²¹ Mina Paz, Álvaro. **Reflexiones preliminares y lineamiento metodológico para la metacomprensión de la teoría de la argumentación.** En: León Pastor, Ricardo. **Introducción al razonamiento jurídico.** Op. Cit. Pág. 13.

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”.²²

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.
- 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”.²³

²² Copi, Irving M.; Cohen, Carl. **Introducción a la lógica**. Pág. 19.

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 atinente 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

c) Los criterios que controlan el paso de las premisas a la conclusión, esto es, la inferencia”.²⁴

3.4. Clasificación

Los argumentos pueden ser clasificados de acuerdo con los criterios que se indican a continuación.

3.4.1. Profundidad

“a) *Apodícticos*: que versan sobre los preceptos jurídicos aplicables, la doctrina y la jurisprudencia.

²³ Castilla Alva, José Luis & otros autores. **Razonamiento judicial interpretativo, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales**. Pág. 48.

²⁴ Atienza, Manuel. **Bioética, derecho y argumentación**. Pág. 17.

- 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”.²⁵

3.4.2. Modo

- “a) *Lógico*: enfatiza el razonamiento silogístico o cuasi-lógico.
- b) *Emocional*: se apoya sobre el uso o expresión de la emoción.
- c) *Visceral*: considera la expresión física, el lenguaje del cuerpo, y los recursos no verbales.
- d) *Kiscenal*: considera el rol de la intuición, el sentimiento religioso y el misticismo como apoyo para los argumentos”.²⁶

3.4.3. 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.

²⁵ Platas Pacheco, María del Carmen. **Filosofía del derecho, argumentación jurisdiccional**. Pág. 84.

²⁶ Carrillo Guerrero, Lázaro. **Argumentación y argumento**. En: **Revista sigma**. No. 16. Pág. 315.



- 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”.²⁷
- 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”.²⁸
- 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 este”.²⁹

²⁷ Mans Puigarnau, Jaime. **Lógica para juristas**. Pág. 186.

²⁸ Marroquín Zaleta, Jaime Manuel. **Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo**. Pág. 298.

²⁹ **Ibid.**

- i) *Argumento accesorio*: “es el que se encuentra vinculado en forma indirecta con el principal”.³⁰
- 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”.³¹
- 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.

3.5. Modelos

3.5.1. 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.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

De acuerdo con 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 sean 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”.³²

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: este es un postulado fundamental de la argumentación discursiva. Expresa una

³² Toulmin, Stephen Edelson. **Los usos de la argumentación**. Citado por: Atienza, Manuel. **Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales**. En: **Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho**. No. 1. Pág. 132.



verdad general atribuida a un enunciador colectivo: ‘se sabe que...’; es una convención admitida en su comunidad del habla, es un lugar común”.³³

“La garantía está constituida por máximas de la experiencia”³⁴ 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 privado (experiencias corrientes); esto es, derivadas de la experiencia del juez al 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”³⁵.

a) *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.

b) *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, pausiblemente, según parece*.

c) *Condiciones de refutación*: son ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos. Por Ejemplo: X celebró una compraventa (*razones*), los que celebran una compraventa tienen derecho a la entrega de la cosa (*garantía*) debido a que así lo establece el Código

³³ Plantin, Christian. **La argumentación**. Pág. 42.

³⁴ Stein, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Pág. 27.

³⁵ González Lagier, Daniel. **Quaestio facti, ensayos sobre prueba, causalidad y acción**. Pág. 91.



Civil (*respaldo*), por lo tanto, probablemente (*cualificadores modales*) Juan tiene derecho a la entrega de la cosa (*pretensión*), a menos de que incumpla el contrato (*condiciones de refutación*)”.³⁶

3.5.2. Argumentación demostrativa

Este modelo de argumentación tiene como finalidad demostrar la tesis que se enuncia en un argumento. Ha tenido gran aceptación en la práctica tribunalicia, en donde generalmente lo emplean para motivar las sentencias a partir de cinco elementos:

- a) *La proposición que debe de ser demostrada*: es la afirmación o pretensión que se sostiene en el argumento y se plantea de manera general, también se puede enunciar en tercera persona para señalar si se está de acuerdo o no con la tesis del adversario; en ocasiones se puede prescindir de ella para no ser repetitivos con el tercer elemento de este modelo.

Por ejemplo, este modelo se puede utilizar para la elaboración de los considerandos de una resolución de segunda instancia y así, mediante esta proposición se señalaría: *los agravios son infundados e inoperantes*.

- 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

³⁶ Toulmin, Stephen Edelson. **Op. Cit.** Págs. 133-134.



problematización: siguiendo con el ejemplo de la resolución puede ser un resumen de los planteamientos del recurrente”.³⁷

- 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 partir de los cuales se ha de demostrar la afirmación, es como la premisa 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”.³⁸ 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.

³⁷ Orduña Sosa, Héctor. **Redacción judicial**. Pág. 173.

³⁸ Rodríguez Minaya, Juan Carlos. **Amparo directo. Cuaderno de trabajo I**. Pág. 280.

3.5.2.1. 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 previamente admitida como verdadera y cierta, de manera que racionalmente resulte evidenciada la conformidad, o en su caso, la contradicción de la segunda proposición con la primera”.³⁹

3.5.2.2. Elementos

- 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”.⁴⁰

³⁹ Mans Puigarnau, Jaime. **Op. Cit.** Pág. 198.

⁴⁰ **Ibid.** Pág. 159.



A continuación, se ofrece un 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*).

3.5.3. 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 que se debe cumplir no es un deseo sino una norma.

c) Modalidades

- Incluye una premisa que establece una relación de condición necesaria entre el curso de la acción a emprender y el objetivo a alcanzar.
- 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 es el objeto que se desea lograr.
- c) M es 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 las 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 (se 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.

3.5.4. Argumentación formal

3.5.4.1. Argumento deductivo

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”.⁴¹

⁴¹ Aristóteles. **Tratados de lógica (el organón)**. Pág. 245.

3.5.4.2. Argumento abductivo

“La abducción es una especie de razonamiento que va de lo particular a lo general”,⁴² es decir se razona hacia atrás, a diferencia de la deducción que es hacia 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”.⁴³

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”.⁴⁴

3.5.4.3. 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 verdad

⁴² Salguero, Manuel. **Argumentación jurídica por analogía**. Pág. 124.

⁴³ González Lagier, Daniel. **Op. Cit.** Pág. 70.

⁴⁴ Peczenik, Alexander. **Saltos y lógica en el derecho. ¿qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica?** En: **Derecho y razón**. Pág. 99.

de su resultado, si o que este se sigue de aquéllas solo con alguna probabilidad”.⁴⁵

3.5.4.4. 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”.⁴⁶ 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.

3.5.4.5. 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.

3.6. Estructura argumentativa

3.6.1. Función

“Analizar la estructura argumentativa de un tema es necesario para poder evaluar su

⁴⁵ Copi, Irving. Citado por: Gascón Abellán, Marina. **La teoría del garantismo: rasgos principales**. Pág. 306.

⁴⁶ Bobbio, Norberto. Citado por: Salguero, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 83.



argumentación y determinar si es correcta”.⁴⁷ 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.

3.6.2. Clases

3.6.2.1. Argumentación simple o única

“Es un argumento que en su forma más explícita está constituido con dos premisas y una conclusión”.⁴⁸ 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”.⁴⁹

⁴⁷ Snoeck Henkemans, Francisca. **Estructura de la argumentación**. En: Marafiotti, Roberto (editor). **Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario**. Pág. 37.

⁴⁸ Eemeren Van, Frans & otros autores. **Argumentación, análisis, evaluación, presentación**. Pág. 69.

⁴⁹ Fuentes Rodríguez, Catalina; Alcaide Lara, Esperanza. **La argumentación lingüística y sus medios de expresión**. Pág. 43.

3.6.2.2. Argumentación compleja

Para Lo Cascio, la argumentación compleja “Es el acto argumentativo formado por una opinión con más de un argumento”.⁵⁰ Y en palabras de Fuentes Rodríguez “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”.⁵¹

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

Presenta las siguientes modalidades:

- a) 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”.⁵² Consiste en defensas alternativas del mismo punto de vista presentadas una después de otra, las cuales no dependen cada una entre sí para sostener una punto de vista y son de un peso equivalente.

⁵⁰ Lo Cascio, Vincenzo. **Gramática de la argumentación**. Pág. 102.

⁵¹ Fuentes Rodríguez, Catalina; Alcaide Lara, Esperanza. **Op. Cit.** Pág. 43.

⁵² Lo Cascio, Vincenzo. **Op. Cit.** Pág. 102.



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”.⁵³

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

b) 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”.⁵⁴

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”⁵⁵.

c) 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

⁵³ Alexy, Robert. **Tratado de la argumentación jurídica**. Pág. 197.

⁵⁴ Eermeren an, Frans H.; Grootendorst, Rob. **Argumentación, comunicación y falacias**. Op. Cit. Pág. 70

⁵⁵ Snoeck, Henkemans, Francisca. **Op. Cit.** Pág. 62.

si este requiere otro sostén entonces se añade un nuevo argumento y así sucesivamente hasta que la defensa sea concluyente”⁵⁶.

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”.⁵⁷ Alexy a este tipo de estructura la denomina “regresiva y se presenta cuando un argumento sirve como apoyo para el otro”.⁵⁸ Se reconoce cuando se ven los conectores: *porque, por esa razón, por lo tanto, dado que, por eso es que, en vista de*.

3.7. Esquemas argumentativos

3.7.1. 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”.⁵⁹ Esto es, el esquema argumentativo se usa para

⁵⁶ Eemeren Van, Frans H.; Grootendorst, Rob. **Op. Cit.** Pág. 71.

⁵⁷ Lo Cascio, Vincenzo. **Op. Cit.** Pág. 103.

⁵⁸ Alexy, Robert. **Tratado de la argumentación jurídica. Op. Cit.** Pág. 197.

⁵⁹ Garssen, Bart. **Esquemas argumentativos**. En: Marafioti, Roberto (editor). **Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario**. Pág. 31.

analizar y evaluar el argumento, siempre y cuando el esquema sea apropiado para sostener la pretensión o conclusión.

3.7.2. Clases

3.7.2.1. Argumentación 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”.⁶⁰

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 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 pudiera representar de la siguiente manera:

Y es una verdad de X

Porque: Z es una verdad de X

Y: Z es sintomático de Y

⁶⁰ Eemeren Van, Frans H.; Grootendorst, Rob. **Op. Cit.** Pág. 101.

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 es el 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.

3.7.2.2. Argumentación 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”.⁶¹ 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?

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.

⁶¹ **Ibid.** Pág. 103.



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

Si compro hoy un vehículo marca Ford color rojo,
va a recorrer diez kilómetros por cada litro de gasolina;

porque hace cinco años compré un vehículo marca Ford cuatro cilindros.

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:

Si compro hoy un vehículo marca Ford cuatro cilindros
va a recorrer diez kilómetros por cada litro de gasolina.

Porque hace cinco años compré un vehículo marca Ford cuatro cilindros.

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.

3.7.2.3. Argumentación 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”.⁶²

“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?”⁶³ 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.

⁶² **Ibid.** Pág. 105.

⁶³ Garssen, Bart. **Op. Cit.** Pág. 32.

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

Juan dejó de percibir ganancias diarias;

porque le chocaron su vehículo,

y al no tener su vehículo dejó de percibir ganancias diarias.

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

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

Juan dejó de percibir ganancias diarias cuando le chocaron su vehículo;

porque rentaba su vehículo;

y al no poder rentar su vehículo dejó de percibir ganancias diarias.

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

3.8. Análisis y evaluación de argumentos

3.8.1. Análisis de los argumentos

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 lógicamente inconsistentes, tienen consecuencias en el mundo real que son contradictorias, como por ejemplo: *te llevaré en auto y no sé manejar*”.⁶⁴

⁶⁴ Eemeren Van, Frans H.; Grootendorst, Rob. **Argumentación, comunicación y falacias. Op. Cit.** Pág. 96.

3.8.2. Consistencia de los argumentos

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 solo si el razonamiento es lógicamente válido.

c) *Esquema argumentativo apropiado y correcto*: hay tres categorías de esquemas argumentativos.

a. *Argumentación basada en una relación sintomática.*

b. *Argumentación basada en una relación de analogía.*

c. *Argumentación basada en una relación causal*”.⁶⁵

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

⁶⁵ *Ibid.* Pág. 97.



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.

3.8.3. Evaluación de los argumentos

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 alguien pretende argumentar fuera de la cuestión decimos que incurre en la falacia de eludir la cuestión”.⁶⁶

Un argumento debe ofrecer razones sólidas, de tal manera que estas 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.

⁶⁶ Urata Guerra, Juan. **Teoría de la argumentación jurídica, material de lectura**. En: León Pastor, Ricardo. **Introducción al razonamiento jurídico**. Op. Cit. Pág. 36.



- 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.

Son premisas aceptables cuando tienen un respaldo que las sostiene: este problema no se plantea cuando los datos son objetivos o indiscutibles, pero esto o 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, etcétera.

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 debilitar la contundencia de la conclusión”.⁶⁷

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 con 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.

⁶⁷ **Ibid.** Pág. 37.

3.9. Vicios de los argumentos

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.

3.9.1. Los paralogismos

“Son los silogismos incorrectos, pero que llevan intención de engañar”⁶⁸ y 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”.⁶⁹ El paralogismo está del lado del error, el sofisma es un paralogismo que sirve a los intereses o a las pasiones de su autor.

3.9.2. 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

⁶⁸ Andruet, Armando. **Teoría general de la argumentación forense**. Pág. 318.

⁶⁹ Plantín, Christian. **Op. Cit.** Pág. 49.

un silogismo incorrecto”.⁷⁰

Por su parte, Jaime Mans señala que “el sofisma es un paralogismo, hábilmente dispuesto formulado deliberadamente con intención de inducir a error y 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”.⁷¹ 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”.⁷²

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 que se cometen en la palabra, y b) los vicios que se cometen desde las cosas, o sea, los nombrados como *ex rebus*”.⁷³

⁷⁰ Andruet, Armando. **Op. Cit.** Pág. 319.

⁷¹ Mans Puigarnau, Jaime. **Op. Cit.** Pág. 211.

⁷² Andruet, Armando. **Op. Cit.** Pág. 319.

⁷³ **Ibid.** Pág. 320.

3.9.2.1. 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”.⁷⁴

Respecto del 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”.⁷⁵

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 es toda una proposición o bloque de pensamiento –para decirlo en un código que resulte más 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

⁷⁴ Mans Puigarnau, Jaime. **Op. Cit.** Pág. 212.

⁷⁵ Andruet, Armando. **Op. Cit.** Pág. 321.

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”.⁷⁶

3.9.2.2. 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.

a) 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 solo resulta ineficaz, sino que es desatinada, siendo esta un auténtico despropósito”.⁷⁷ 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.

⁷⁶ *Ibid.* Pág. 322.

⁷⁷ *Ibid.* Pág. 323.



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”.⁷⁸

b) 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.

“La nombrada falacia se encuentra próxima a la conocida como de generalización precipitada, que se realiza cuando las causas examinadas son insuficientes o poco representativas para sostener una generalización”.⁷⁹

c) 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”.⁸⁰

⁷⁸ **Ibid.**

⁷⁹ **Ibid.** Pág. 325.

⁸⁰ Mans Purigarnau, Jaime. **Op. Cit.** Pág. 213.



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

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

Entonces, 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”.⁸¹

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.

⁸¹ **Ibid.** Pág. 214.

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”.⁸²

3.9.3. Las falacias

3.9.3.1. Definición

Para Moreso, “falacia es el nombre con el que genéricamente se hace referencia a un error en la argumentación”.⁸³ Por su parte, Copi define las falacias como “un razonamiento psicológicamente persuasivo pero lógicamente defectuoso”.⁸⁴ 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.

3.9.3.2. Clasificación

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”.⁸⁵

“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

⁸² Andruet, Armando. **Op. Cit.** Pág. 328.

⁸³ Moreso Mateos, Josep Joan. **Lógica, argumentación e interpretación en el derecho.** Pág. 166.

⁸⁴ Copi, Irving; Cohen, Carl. **Op. Cit.** Pág. 43.

⁸⁵ Moreso Mateos, Josep Joan. **Op. Cit.** Pág. 166.

consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva), o de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción)".⁸⁶

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 correcto del lenguaje”.⁸⁷

En las ***falacias materiales***, “la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio solo aparentemente correcto: ejemplos típicos son la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía”.⁸⁸ 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”.⁸⁹

⁸⁶ Atienza, Manuel. **El derecho como argumentación**. Op. Cit. 108.

⁸⁷ Moreso Mateos, Josep Joan. **Op. Cit.** Pág. 166.

⁸⁸ Atienza, Manuel. **Op. cit.** 108.

⁸⁹ **Ibid.** Pág. 108.

3.9.3.3. Tipología

- 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”.⁹⁰
- 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”.⁹¹
- 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”.⁹²
- 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”.⁹³
- 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”.⁹⁴

⁹⁰ Estalella del Pino, Jordi. **El abogado eficaz**. Pág. 141.

⁹¹ **Ibid.**

⁹² **Ibid.**

⁹³ **Ibid.** Pág. 142.

- 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”.⁹⁵
- 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”.⁹⁶
- 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 ejemplo, no se ha demostrado que Juan es culpable, por lo tanto, es inocente”.⁹⁷
- 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”.⁹⁸

⁹⁴ **Ibid.**

⁹⁵ Castillo Alva, José Luis; otros autores. **Razonamiento judicial interpretativo, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales.** Pág. 352.

⁹⁶ **Ibid.** Pág. 355.

⁹⁷ Comeñasa, Juan Manuel. **Lógica informal, falacias y argumentos filosóficos.** Pág. 60.

⁹⁸ Toulmin, Stephen. Citado por: Atienza, Manuel. **Las razones del derecho. Op. Cit.** Pág. 94.

- 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”.⁹⁹
- 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 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)”.¹⁰⁰
- 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

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.



envenenar los pozos (se formula una pretensión contra la que no cabe argumentar con objeto de reforzar una pretensión anterior)".¹⁰¹

¹⁰¹ Ibid.



CAPÍTULO IV

4. Filosofía del derecho y argumentación jurídica

4.1. Desarrollo de la filosofía del derecho y la argumentación jurídica

En cuanto a la relación que se da entre la argumentación y la teoría del derecho, es necesario aclarar que una no puede prescindir o sustituir a la otra, porque ambas deben co-incorporarse a su campo de estudio. En ese sentido, se debe 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 solo desde esta perspectiva y han surgido importantes obras que enfatizan su carácter pragmático, con tendencias a suprimir o dejar de lado la visión teórica. Un



ejemplo de ello está en el libro que publicó en el año 2006 el eminente maestro español Manuel Atienza denominado *El derecho como argumentación*.¹⁰²

En dicho libro 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, solo 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 nuestra materia que las teorías jurídicas sobresalientes hasta entonces, no habían mostrado, destacando la limitación de sus resultados: “El Derecho consiste más bien en una actividad, una práctica compleja; la imagen sería más bien la de una empresa, una tarea en la que se participa: la escritura de una novela en cadena, más bien que el libro ya escrito; la construcción de una catedral, más bien que la catedral construida; o, aún mejor; la actividad consistente en construir y mejorar una ciudad en la que uno tiene que vivir”.¹⁰³

También en México, en el año 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

¹⁰² Atienza, Manuel. **El derecho como argumentación**. s. p.

¹⁰³ **Ibid.** Pág. 33.

se hace, constituye una expresión clara de que el derecho de nuestros días es sobre todo argumentación. Esta es la expresión discursiva de la tolerancia, del desarrollo de la cultura jurídica y de la civilidad de un pueblo”.¹⁰⁴

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”.¹⁰⁵

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

¹⁰⁴ Cárdenas Gracia, Jaime. **La argumentación como derecho**. Pág. 1.

¹⁰⁵ Alexy, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Pág. 542.



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 positivistas, o iusnaturalistas enfatizaban el carácter puramente normativo que tenía nuestro objeto del conocimiento 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 pretendieran 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.

A este respecto Kelsen puntualizaba: “El abogado que, en interés de su parte, solo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única *correcta*, no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del Derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Solo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia. La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite solo un sentido, el sentido *correcto*. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica”.¹⁰⁶

Por su parte, Alf Ross más cercano al positivismo que el realismo jurídico, insistía que en el acto de interpretar las leyes, además de resolver problemas semánticos, sintácticos o lógicos que implicaba la manifestación material de las normas jurídicas, concurrían en ocasiones, elementos pragmáticos, en donde el juez tenía que resolver los casos que se le planteaban con base en la conclusión subjetiva que consideraba deseable, bajo las circunstancias presentadas en el caso, haciendo creer a los demás, que en realidad, solo estaba obedeciendo al derecho y a los principios objetivos de la

¹⁰⁶ Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. Pág. 356.



interpretación. Sin embargo, “la ciencia debía desentrañar esa actividad para hacer patente la verdadera intención personal del juzgador y el juego que pretendía desarrollar frente a la sociedad”.¹⁰⁷

El realismo jurídico, es en este punto, más radical en sus conclusiones sobre la interpretación o la argumentación, debido a que no 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, solo 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 este, se está enfrentando 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

¹⁰⁷ Ross, Alf. **Sobre el derecho y la justicia** Pág. 188.



mitad del 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, es decir, eran teorías jurídicas sin teorías de la argumentación”.¹⁰⁸

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, apuestan por una toma de posición en el sentido de que deben adoptar los contenidos normativos y las decisiones que al respecto debemos 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.

El derecho más que ser visto como un sistema normativo, aparece ahora como una ciencia a desarrollar en base a casos concretos y particulares de corte problemático,

¹⁰⁸ Prieto Sanchís, Luis. **Apuntes de teoría del derecho**. Pág. 325.



como lo planteara Theodor Viehweg y su afán de renacer el método tópico como prototipo del razonamiento jurídico, tarea que fue continuada por Chaïm Perelman y Lucie Olbrecht-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 MacCormik 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, ya que finalmente reconocen que el arbitrio judicial nunca podrá ser suprimido, aunque si acotado en muchas ocasiones.

Alexy comenta: “La cuestión de que sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar solo a los teóricos del Derecho o a los filósofos del Derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico e interesa al ciudadano que participa en las cosas públicas. De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no solo el carácter científico de la Jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales”.¹⁰⁹

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

¹⁰⁹ Alexy, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica. Op. Cit.** Pág. 25.



contemplar al derecho desde la perspectiva eminentemente formalista, realista o iusnaturalista.

En el presente, 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 como lo he señalado, 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 lo que se trata es de 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 llevada al extremo y no se está muy lejos de



alcanzar esa posición, por los ejemplos citados, esto llevaría, contrario a lo que sucedió a principios 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 se dio 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 y útil del conocimiento jurídico, abocado a resolver problemas prácticos.

En cambio, el surgimiento del pensamiento occidental y de las preguntas jurídicas, políticas y morales que se dieron en Grecia, con Platón y Aristóteles; la edad moderna, con sus iusnaturalismos 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 se asiste a un capítulo más de su ya larga 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, es obvio que la solución no debe ser tal, y que también se pueden 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, 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 jurídica pura, motivada e inspirada y por lo tanto, ligada al modelo kantiano de la teoría del conocimiento, también se preocupó por ver como esta idea se desenvolvía 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, de tal forma, que este aspecto práctico se actualiza día 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 en base a un Derecho estimado fundamentalmente justo”.¹¹⁰

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 técnica 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 teoría con la práctica y se justificara una ciencia eminentemente dirigida hacia una finalidad, que es la de regir efectivamente la conducta humana.

Esta pretensión también la encontramos en el profesor socialdemócrata 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, “nuestra 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

¹¹⁰ Stammerl, Rudolf. **Tratado de filosofía del derecho**. Págs. 351-352.



contradicciones o las ambigüedades de que la ley pueda adolecer, o de las teorías elaboradas para ello”.¹¹¹

Así, el principal problema que se debe solucionar dentro de la ciencia jurídica es volver a unir teoría con la práctica y hacer consistente una ciencia del derecho, en donde no se descuiden los problemas torales de esta rama del conocimiento, con los aspectos prácticos, reconociendo que si la actividad jurídica quiere ser una auténtica ciencia, no debe descuidar las interrogantes superiores y generales que se presentan, pero sin que se deslinden o se eludan 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.

Esta situación ya ha sido reconocida por Manuel Atienza Rodríguez y de cierta forma ya modificó la posición que sostuvo en su libro del 2006 (*El derecho como argumentación*), 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 los 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

¹¹¹ Radbruch, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Págs. 9-10.



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 (...).¹¹²

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, como lo es su definición, el método adecuado para su estudio, el contenido y significado de los conceptos torales que utilizamos, 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, y lo más importante, que 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 alemán 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”.¹¹³

¹¹² Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. **Dejemos atrás el positivismo jurídico**. En: **Isonomía, Revista de teoría y filosofía del derecho**. No. 27. Págs. 25-26.

¹¹³ Viehweg, Theodor. **Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación básica**. En: **Tópica y filosofía del derecho**. Pág. 128.

4.2. Interpretación y argumentación

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”.¹¹⁴

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 camino con la codificación de Justiniano, que fue seguida por la acción de los glosadores y posglosadores, 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, lo que fue atendido escrupulosamente por la escuela de la exégesis, con la que se inicia otra vez esta evolución, hasta nuestros días, en los que nuevamente se considera que el intérprete debe atribuir el *significado o sentido de la disposición*”.¹¹⁵

La conclusión es que “las corrientes actuales de la interpretación son fruto de esa evolución y que ya no solo se habla de explicar o descubrir un contenido normativo

¹¹⁴ Hallivis Pelayo, Manuel. **Teoría general de la interpretación**. Pág. 81.

¹¹⁵ **Ibid.** Pág. 345.



para el texto interpretado, sino también de atribuirlo y *determinar sus posibles alcances y consecuencias jurídicas*".¹¹⁶

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".¹¹⁷

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".¹¹⁸

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".¹¹⁹

¹¹⁶ Zagrebelsky, Gustavo. **El derecho dúctil, ley, derechos, justicia**. Pág. 122.

¹¹⁷ Guastini, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Págs. 15-16.

¹¹⁸ Igartua Salaverría, Juan. **Teoría analítica del derecho (la interpretación de la ley)**. Págs. 42-43.

¹¹⁹ Atienza, Manuel. **Cuestiones judiciales**. Pág. 83.

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. Este símil con los intérpretes musicales es muy antiguo. Por ejemplo, Vernengo menciona a Frank como “el primero que utiliza este símil”.¹²⁰

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 el libreto no toma vida si no es puesto en escena (*actuado*). “De la misma forma, un texto jurídico no tiene sentido, ni nos revela su verdadero significado, sino hasta que el intérprete lo descifra y determina un *contenido normativo*, que después *aplica*”.¹²¹

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 consiste exclusivamente en explicar, comprender, exponer y/o aclarar cuál es la regla de conducta (prohibición, orden o permiso), *el contenido normativo, que el texto contiene*”.¹²²

¹²⁰ Vernengo, Roberto F. **La interpretación literal de la ley**. Pág. 16.

¹²¹ Guastini, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Op. Cit. Pág. 5.

¹²² Hallivis Pelayo, Manuel. **Teoría general de la interpretación**. Op. Cit. Págs. 32-33.

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 significan”.¹²³

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*”.¹²⁴

Por último, autores como Niklas Luhmann, Guastini, Zagrebelsky y Velluzzi, en una corriente, que constituye un 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, es decir, va a señalar, *va a asignar contenido normativo*

¹²³ García Máynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho. Tomo II.** Pág. 147.

¹²⁴ Hallivis Pelayo, Manuel. **Teoría general de la interpretación. Op. Cit.** Pág. 34.

a un texto. Dicho de otro modo, a fijar la regla de conducta o prescripción normativa, que el texto contiene”.¹²⁵

“Ante estos tres niveles distintos de profundidad, nosotros consideramos 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 posibles consecuencias jurídicas, para, posteriormente, y justificando el resultado o producto de su labor interpretativa, poderlo exponer, traducir, revelar y/o aplicar, en su caso”.¹²⁶

De aquí se parte a establecer 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 obtenemos 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”.¹²⁷

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 que se le adscribió). El resultado de la interpretación es el que va a permitir

¹²⁵ Guastini, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Op. Cit. Pág. 6.

¹²⁶ Hallivis Pelayo, Manuel. **Teoría general de la interpretación**. Op. Cit. Pág. 34.

¹²⁷ 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. 21-1. Págs. 67-68.

aplicar la norma, ya que es el que comunica el significado del texto (contenido normativo) y, por tanto, la norma que se debe aplicar.

Además, la interpretación y la aplicación se ejercitan sobre objetos diferentes: la interpretación tiene como objeto, como ya se expresó, *textos normativos*, mientras que la *aplicación* tiene por objeto normas en sentido estricto (contenido de sentido de los textos normativos o lo que anteriormente denominamos *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”.¹²⁸

La aplicación del derecho es un proceso complejo que, resumido en 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 establecer 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 puede mencionar que “los métodos de interpretación que postulan las diversas escuelas nos indican el camino, el cómo desarrollar la labor interpretativa; las técnicas, en cambio,

¹²⁸ Hallivis Pelayo, Manuel. **Teoría general de la interpretación. Op. Cit.** Pág. 46



nos muestran los diversos recursos, herramientas o procedimientos con que ^{cuento} 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, que a su vez aplica técnicas diversas, que nos permitirán lograr una interpretación exitosa”.¹²⁹

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”.¹³⁰

El intérprete debe optar con base en 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”.¹³¹

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

¹²⁹ **Ibid.** Pág. 60.

¹³⁰ Nino, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho.** Págs. 247-249.

¹³¹ Hallivis Pelayo, Manuel. **Teoría general de la interpretación. Op. Cit.** Pág. 492.



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 un contenido, mediante el uso de las técnicas al alcance del intérprete”.¹³²

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 todas las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento jurídico”.¹³³

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 le sirva para justificar la decisión a la que se arribe”.¹³⁴

¹³² Villar Palasi, José Luis. **La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos, a la luz del nuevo título preliminar del código civil, desde una perspectiva teórica.** Pág. 15.

¹³³ 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.** Pág. 26.

¹³⁴ Peces-Barba, Gregorio. **Introducción a la filosofía del derecho.** Pág. 233.



De esta forma, se está frente a la *necesidad de buscar fundamentos no arbitrarios en los que apoyar nuestra interpretación*, para lo cual es preciso hacer referencia a la teoría de la argumentación, que analiza los diversos factores que intervienen en una decisión y su posible fundamentación.

De esta forma, para una adecuada interpretación, se debe lidiar con 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, “estamos frente a la necesidad de buscar fundamentos no arbitrarios en los que apoyar una interpretación, para lo cual requerimos referirnos a la teoría de la argumentación, que analiza los diversos factores que intervienen en una decisión y su posible fundamentación”.¹³⁵

La argumentación implica ofrecer razones en apoyo de una conclusión. La argumentación sirve entonces para justificar la interpretación. En el caso de toda 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 nos permite informarnos acerca de que opiniones son mejores que otras. Lo que debemos buscar son argumentos, es decir razones, que nos permitan justificar una conclusión o

¹³⁵ Bobbio, Norberto. **La razón en el derecho (observaciones preliminares)**. En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 2**. Pág. 20.



decisión de interpretación que consideramos pertinente, pero también rebatir los argumentos que podrían justificar una decisión distinta”.¹³⁶

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”.¹³⁷

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 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 lo justificación interna y justificación externa”.¹³⁸

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,

¹³⁶ Weston, Anthony. **Las claves de la argumentación**. Págs. 13-14.

¹³⁷ Wróblewski, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Págs. 57-68.

¹³⁸ Atienza, Manuel. **Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales**. En: **Isonomía, revista de teoría y filosofía del derecho**. No. 1. Págs. 58-59.

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 silogístico, sino valorativo, Alexy, es aclara que “la externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna”.¹³⁹

Atienza propone un procedimiento que consiste en que, “*para resolver un caso difícil*, primero hay que identificarlo y determinar por qué se trata 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 porqué son inaceptables las

¹³⁹ Alexy, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Op. Cit. Pág. 222.

interpretaciones descartadas; y, por último, yendo a través de la o las nuevas premisas obtenidas en este proceso, se va o se llega a la conclusión. Esto es, hay que justificar internamente, deductivamente, la conclusión”.¹⁴⁰

Atienza distingue cuatro tipos de problemas jurídicos: de relevancia, que son cuando existen dudas sobre la norma aplicable al caso; de interpretación, cuando la duda es respecto de cómo debe entenderse la norma aplicable al caso (cómo interpretar un artículo determinado); de prueba, cuando existen dudas sobre los hechos; y de clasificación, que se presentan cuando hay duda si un hecho cae “bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma; por ejemplo ¿puede clasificarse la alimentación forzada(...) como un caso de tortura(...)”.¹⁴¹

De esta forma “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 le sirva para justificar la decisión a la que se arribe”.¹⁴²

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 se*

¹⁴⁰ Atienza, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Pág. 557.

¹⁴¹ Atienza, Manuel. **Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. Op. Cit.** Pág. 62.

¹⁴² Peces-Barba, Gregorio. **Introducción a la filosofía del derecho. Op Cit.** Pág. 233.



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 indirecta- mente 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”.¹⁴³

Adicionalmente y siguiendo a Rodolfo Vigo: *“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 la necesidad de motivación que pesa sobre los jueces (...)”,¹⁴⁴ por lo que las sociedades democráticas exigen un esfuerzo justificatorio 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”.¹⁴⁵

¹⁴³ Hallivis Pelayo, Manuel. **Teoría general de la interpretación**. Op Cit. Pág. 369.

¹⁴⁴ Vigo, Rodolfo Luis. **Ética judicial e interpretación jurídica**. En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. No. 29. Pág. 36.

¹⁴⁵ **Ibid.** Pág. 36.



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”.¹⁴⁶

Si se ha sostenido la necesidad de que el intérprete justifique sus acciones, es evidente que esa justificación debe ser hecha del 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 hacer una cosa.

Según Marina Gascón existen dos grandes técnicas de motivación: “(...) la analítica y la globalizadora. La técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La técnica globalizadora, en cambio, consiste, grosso modo, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa. La celebrada y tan en alza coherencia narrativa es el mejor apoyo teórico de esta manera de actuar”.¹⁴⁷

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

¹⁴⁶ Hallivis Pelayo, Manuel. **Teoría general de la interpretación. Op. Cit.** Pág. 368.

¹⁴⁷ Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso, J. **La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales.** Pág. 123.

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.¹⁴⁸

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”.¹⁴⁹

No se pueden admitir vaguedades, puesto que también se dejaría al particular en estado de indefensión. Implicaría dejar a los destinatarios 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.

La motivación no solo abarca la necesidad de explicar o describir el camino lógico-jurídico que se recorrió para emitir la resolución judicial o administrativa, o simplemente 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.

¹⁴⁸ Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso Jaime. **Interpretación y argumentación jurídica.** Pág. 34.

¹⁴⁹ Cruz Morales, Carlos A. **Los artículos 14 y 16 constitucionales.** Pág. 99.

De hecho, Marina Gascón considera que la motivación no solo debe desarrollarse con un relato de los hechos, una narración, sino que esa técnica del relato debe ser sustituida por la analítica “(...) consistente en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Más exactamente, la motivación ha de consistir en dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración”.¹⁵⁰

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”.¹⁵¹

Para él, “(...) la mirada del juez -usando una metáfora de Karl Engisch- 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”.¹⁵²

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

¹⁵⁰ Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso Jaime. **Interpretación y argumentación jurídica. Op. Cit.** Pág. 35.

¹⁵¹ Taruffo, Michele. **Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal.** Págs. 3-4.

¹⁵² **Ibid.** Pág. 4.

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.¹⁵³

Ahora bien, para argumentar, como muchos lo han propuesto, se deben utilizar 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, Gascón considera que “para la Interpretación Literal o Declarativa resultan pertinentes el argumento del lenguaje común, el del sentido técnico y el argumento a contrario”.¹⁵⁴

Por lo que respecta a la interpretación correctora en general, resultan adecuados 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”.¹⁵⁵

En relación con las otras técnicas de interpretación correctora, “respecto de la Interpretación sistemática debemos acudir al Argumento topográfico al argumento de la

¹⁵³ Gascón Abellán, Marina; García Figueroa, Alfonso Jaime. **Interpretación y argumentación jurídica. Op. Cit.** Pág. 29.

¹⁵⁴ **Ibid.** Pág. 378.

¹⁵⁵ **Ibid.** Pág. 389.



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, el Argumento a *cohaerentia* y al Argumento dogmático”.¹⁵⁶

Por último, en lo que toca a la Interpretación principialista, “tenemos al argumento del fin o de la realidad social y al Criterio económico, así como al Argumento pragmático. Para la Interpretación histórica tenemos al Argumentos histórico, al Argumento de autoridad y al Argumento comparativo”.¹⁵⁷

Cabe concluir con las palabras de Zagrebelsky para quien “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 círculo 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 (...)”.¹⁵⁸

¹⁵⁶ **Ibid.** Pág. 407.

¹⁵⁷ **Ibid.** Pág. 423.

¹⁵⁸ Zagrebelsky, Gustavo. **El derecho dúctil, ley, derechos, justicia. Op. Cit.** Págs. 133-134.



CAPÍTULO V

5. Del modelo aplicativo al modelo argumentativo del derecho

5.1. La argumentación jurídica como modelo aplicativo

Problematizar sobre la relación entre la filosofía del derecho y la argumentación jurídica implica retomar la reflexión de si el derecho es efectivamente un modelo aplicativo en lugar de uno argumentativo. Así, se suele cuestionar y criticar la idea que reduce indebidamente el derecho (y en consecuencia su enseñanza-aprendizaje a un modelo aplicativo-pasivo y recreativo) en lugar de uno argumentativo-activo y creativo.

De esta forma, se puede analizar en primer lugar, la filosofía interpretativa de Eduardo García Máynez, y quien a partir de su definición de interpretación parecería concebir al derecho como un modelo aplicativo. “No obstante, este autor contribuyó a su superación con sus aportaciones a la *axiomática jurídica*, a la *ontología formal del derecho* y a la *lógica jurídica*, en general, y a la *lógica del raciocinio jurídico*, en particular, pues en ellas se puede admirar algunas pinceladas de lo que se podría bosquejar como el modelo argumentativo”.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Flores Imer, B. **Eduardo García Máynez (1908-1993) vida y obra**. Pág. 60.



Para Atienza, “el derecho siempre ha sido un modelo argumentativo, a pesar de haber sido reducido indebidamente a uno meramente aplicativo, sobre todo en el contexto de las grandes codificaciones”.¹⁶⁰

5.2. Modelo aplicativo y modelo argumentativo del derecho

Aun cuando se popularizó la idea de que el derecho era un modelo aplicativo o que al menos bastaba con concebirlo como tal, a partir de la publicación del primero de los dos tomos de la *Introducción al estudio del derecho* de Eduardo García Máynez, en 1940: “Todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero este no siempre se halla manifestado con claridad. Si la expresión es verbal o escrita, puede ocurrir que los vocablos que la integran posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase. En tal hipótesis, el intérprete se ve obligado a desentrañar la significación de la misma (...). La labor de que hablamos representa un trabajo previo, relativamente al acto por el cual las reglas del derecho son aplicadas”.¹⁶¹

Y más adelante al ofrecer un concepto de interpretación García Máynez dice: “Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de *signos*; por ello tiene *significación*”.¹⁶²

¹⁶⁰ Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Op. Cit. Pág. 112.

¹⁶¹ García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Tomo I. Pág. 129.

¹⁶² *Ibid.* Pág. 325.

Es imperativo advertir que la interpretación jurídica -como acción o efecto de interpretar normas jurídicas- con frecuencia ha sido definida en este orden de ideas como *desentrañar el sentido o significado de la norma jurídica que se va a aplicar* como si tanto la actividad o proceso como el producto o resultado de interpretar una norma garantizara que esta tiene -o debe tener- solamente un sentido o significado.

Es más, como si a partir de los diferentes métodos de interpretación se llegara siempre a la misma conclusión. “Puesto que la interpretación jurídica no puede ser reducida a una mera declaración aplicativa -pasiva y recreativa de un sentido único sino más bien reconocida como la atribución argumentativa -activa y creativa- de un significado plausible dentro de una infinidad de éstos, esta consiste en atribuir o dar un sentido o significado a la norma jurídica que se estima aplicable al caso concreto”.¹⁶³

Una vez que la concepción tradicional de la interpretación jurídica, es decir desentrañar el sentido de la norma jurídica, es desplazada por un concepto alternativo, esto es atribuir o dar un significado a la misma, resulta evidente que el modelo aplicativo tiene que ceder ante el argumentativo, en el cual cobra mayor importancia el análisis en general de la técnica jurídica (o jurisprudencia técnica), y en particular no solo de la interpretación e integración, sino también de la argumentación.

¹⁶³ Flores, Imer B. **Apuntes para una teoría y práctica del derecho judicial: algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica. Reforma judicial.** Revista mexicana de justicia. No. 7. Pág. 11.

“La interpretación y la integración proporcionan distintos sentidos o significados, y la argumentación provee mecanismos para optar por uno de ellos, al convencer o persuadir de la corrección de las afirmaciones y pretensiones, *i.e.* formular argumentos tanto a favor como en contra, para saber cuál de los sentidos o significados derrota a los demás”.¹⁶⁴

Aunado a lo anterior, es imperioso rechazar la noción a partir de la cual se sugiere que hoy en día no hay problema que el juzgador pueda legislar, esto es crear una norma general, abstracta, impersonal y permanente, siempre y cuando la “legislación judicial” sea algo excepcional o intersticial, como lo sugirió Oliver Wendell Holmes Jr: “Reconozco sin duda alguna que los jueces legislan y deben legislar, pero solamente pueden hacerlo intersticialmente”.¹⁶⁵

Por su parte, tal y como lo afirmó H. L. A. Hart, debido a la *textura abierta* del lenguaje y en consecuencia del derecho, los jueces tienen que ejercer su discreción y asumir el rol del legislador para crear derecho: “la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa”.¹⁶⁶

Sin embargo, Ronald Dworkin ha advertido algunos problemas con esta noción, pues “no solamente permite que el juzgador legisle sino además que lo haga *ex post facto*,

¹⁶⁴ **Ibid.** Pág. 3.

¹⁶⁵ Holmes, Oliver Wendell Jr. **La senda del derecho.** Pág. 29.

¹⁶⁶ Hart, H. L.A. **El concepto del derecho.** Pág. 205.



con lo cual se violentan varios principios del derecho, entre ellos: la separación de poderes y la irretroactividad de la ley”.¹⁶⁷

Es más, bastaría que la legislación judicial en lugar de ser intersticial como algo excepcional se convirtiera en la regla general para evidenciar que constituiría ya una usurpación judicial, una intromisión indebida del juzgador en la función legislativa, cuando su tarea es más bien complementar la del legislador en lugar de suplantarlo. Tal y como lo señaló Lon L. Fuller: “La corrección de errores legislativos obvios o vacíos no implica suplantar la voluntad del legislativo sino hacerla efectiva”.¹⁶⁸

Es conveniente recordar que, en el pasado, en Inglaterra, los jueces desempeñaban una función altamente creativa al grado de opacar la legislativa y de relegar al parlamento a ejercer más bien el control sobre el titular de la función ejecutiva. Ahora bien, en el presente, tanto en los países del *Common Law* como en los del derecho civil, la función judicial es creativa, pero en el doble sentido de crear:

- a) La norma individualizada, es decir, una norma particular y concreta a partir de la interpretación de una norma general y abstracta creada por el legislador, así como de los criterios o precedentes de otras autoridades.
- b) Los criterios o precedentes de interpretación para casos futuros, ya sea a partir de sus *rationes decidendi* o bien de sus *obiter dicta*. En este sentido,

¹⁶⁷ Dworkin, Ronald. ¿Es el derecho un sistema de reglas? Cuadernos de Crítica. No. 5. Pág. 15.

¹⁶⁸ Fuller, Lon L. El caso de los exploradores de cavernas. Pág. 32.



contemporáneamente la función judicial es un producto interpretativo-argumentativo más que inventivo-legislativo.

En palabras de Dworkin: “Cualquier abogado ha construido, mediante su educación, entrenamiento y experiencia, su sentido de cuando una *interpretación* encuadra los suficiente para contar por una interpretación en lugar de por una *invención*”.¹⁶⁹ De igual forma, habría que acentuar el hecho de que el derecho siempre ha sido un modelo argumentativo, a pesar de haber sido considerado en algún momento, sobre todo a partir de las grandes codificaciones, como la de Justiniano o la de Napoleón, como uno meramente aplicativo.

Cabe aclarar que el *Corpus Iuris Civilis* comprendía: el *Codex Iustinianus* o Código de Justiniano, el *Digesta* o *Digesto*, las *Institutas* o Instituciones, y las *Novellae constitutiones* o Constituciones nuevas. Asimismo, una de estas recopilaciones, a saber: el *Digesta* -también conocido como *Pandecta* y con el nombre de *Iuris enucleati ex omni veteris juri collecti*- fue encargado a Triboniano o Tribuniano y otros dieciséis juristas.

Ellos tenían el objetivo de compilar las decisiones más relevantes de los treinta y nueve jurisconsultos romanos de todos los tiempos y para tal efecto compulsaron durante tres años sus escritos para extraer de sus sentencias una colección de las máximas que habían formulado y que todavía eran aplicables en la práctica.

¹⁶⁹ Dworkin, Ronald. **La justicia con toga**. Pág. 25.



Cierto es que los jurisconsultos no habían aplicado -o al menos no se habían limitado a aplicar- reglas ya preestablecidas o preexistentes, sino que más bien ellos habían creado estos principios a partir de las argumentaciones de las partes y de sus razonamientos propios.

Asimismo, “ni los juristas responsables de la codificación ni el emperador de su promulgación pensaban que el derecho fuera un modelo aplicativo, sino que se limitaron a sistematizar los principios contenidos en estas decisiones para que sirvieran de guía en casos futuros. A final de cuentas, como se consagra en el propio Digesto: *Non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat*”.¹⁷⁰

De igual forma, conviene precisar que el *Code civil des Français* -mejor conocido como el Código de Napoleón o Código Napoleónico- fue encomendado a una comisión de cinco juristas, bajo la dirección de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, duque de Parma, e integrada por Félix Julien Jean Bigot de Préameneu, Jacques de Malleville, Jean Étienne Marie Portalis, y François Denis Tronchet.

Dicha comisión tenía por objeto el poner fin a la estructura jurídica del *Ancien Régime* y refundar el Estado francés al refundir en un mismo texto el cúmulo de conocimientos de la tradición jurídica francesa, a la sazón: el derecho franco-germano del norte y el derecho romano, basado en el *Corpus Iuris Civilis*, pero enriquecido con los comentarios de los glosadores del sur, tarea que realizarían en tan solo cuatro meses.

¹⁷⁰ Flores, Imer B. **La técnica jurídica en la aplicación del derecho. Revista de la facultad de derecho de México. Tomo XLV. Números 201-202. Pág. 17.**

Los miembros de la comisión no pensaban que el código ni mucho menos el derecho pudiera ser reducido a un modelo aplicativo y tampoco pretendían que fuera perfecto sino en el mejor de los casos perfectible. Al respecto, Cambacérès afirmó: “Es imposible que el Código civil contenga la solución a todas las cuestiones que se pudieran presentar. Las leyes y el derecho no pueden privar a los tribunales de la ventaja de trasladar las decisiones de otras autoridades”.¹⁷¹

Por lo anterior, incluyeron un apartado de los principios relativos a la interpretación de las leyes, mismo que fue suprimido por el Consejo de Estado, presidido por el mismísimo Napoleón, antes de que pasara a la asamblea legislativa para su aprobación.

Lo anterior fundado en la caracterización -o mejor dicho caricaturización de los jueces como la *bouche de la loi*, de Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu: “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.¹⁷²

Y fundamentado en la consideración de que “la ley al emanar de la voluntad general representada en la asamblea legislativa no puede estar subordinada a la voluntad particular del juez como sucedía en el *ancien regime*, donde el juzgador protegía los intereses del soberano, es decir, el rey, quien personificaba al Estado, como afirmaba

¹⁷¹ Cambacérès, Jean-Jacques-Régis. Citado por: De Secondat, Charles Louis; Barón de la Brède & de Montesquieu. **El espíritu de las leyes. Segunda parte. Libro XI.** Pág. 115.

¹⁷² **Ibid.** Pág. 120.

Luis XIV: *L'État, c'est moi* - La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: es una o es otra”.¹⁷³

Al grado tal que para Napoleón el Código sí era perfecto -muestra de la excesiva confianza en el racionalismo francés era el más puro ejercicio de la razón- y que cualquier interpretación deformadora del mismo echaría a perder todo su proyecto para poner orden pacificador en lo interno y conquistador en lo externo.

Se le atribuye haber exclamado “*mon Code est perdu*”¹⁷⁴ ante su (eventual) interpretación que daría lugar según él a una distorsión del mismo. Algo perfectamente creíble si recordamos su reflexión contenida en *Le mémorial de Sainte-Hélène*: “Mi Código simplemente hará más bien en Francia que todas las leyes que me han precedido (...). Mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo eclipsará el recuerdo de tantas victorias. Lo que no será borrado, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil”.¹⁷⁵

Ante la tensión entre el uso estrictamente jurídico-técnico del Código y el jurídico-político predominó el segundo. Con ello, en lugar de una auténtica exégesis, *i.e.* interpretación crítica y completa del texto, prevaleció a partir de las enseñanzas de la

¹⁷³ Rousseau, Jean Jacques. **El contrato social**. Pág. 125.

¹⁷⁴ Napoleón. Citado por: Nino, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**. Pág. 23.

¹⁷⁵ **Ibid.** Pág. 28.



École de la Exégèse la mera paráfrasis de la letra de la ley (texto) para a partir de una interpretación gramatical o filológica aplicarlo (casi) literal o textualmente.

De tal guisa, la Escuela de la Exegesis o Exegética presupone que la norma jurídica constituye un supuesto o hipótesis que el juez se limita a aplicar como regla general y abstracta a un caso concreto y particular, a través de una mecánica subsunción de hechos (particulares y concretos) en normas (generales y abstractas) para llegar a una conclusión, misma que determina las consecuencias jurídicas aplicables al caso. Lo cual ha dado lugar a la “*concepción continental del derecho*”, también conocida como *concepción napoleónica del derecho*”,¹⁷⁶ y en consecuencia a una enseñanza del derecho que lo concibe como ya dado (en el código o la ley) y que basta con recrear al aplicarlo.

En otras palabras, “el modelo aplicativo es muy limitado pues puede servir para describir el derecho de manera parcial a partir de la función adjudicativa en los países de la familia romano-canónica-germánica o *Civil Law* pero no en los anglo-sajones o *Common Law* ni mucho menos para explicarlo de modo integral al incluir o incorporar a su par a la función legislativa”.¹⁷⁷

Según indica Flores, el mismo modelo aplicativo fracasa: “de un lado, cuando sugiere que el legislador solamente crea derecho en tanto que el juzgador por regla general lo aplica y por excepción lo crea, sobre todo cuando procede a colmar una laguna o

¹⁷⁶ Böhmer, Martin F. **La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía**. Págs. 15-16.

¹⁷⁷ Flores, Imer B. **La búsqueda de la jurisprudencia: constitucionalismo versus legalismo**. En: **Anuario de filosofía y teoría del derecho**. No. 1. Pág. 247.

vacío, es decir cubrir una oquedad; y, del otro, cuando supone que los demás operadores jurídicos, abogados litigantes y postulantes, defensores y ministerios públicos, se limitan a ofrecer y desahogar pruebas de sus acciones y excepciones, para coadyuvar con el juez que aplicará el derecho, cuando en realidad argumentan para convencer o persuadir de la corrección de sus afirmaciones y pretensiones al confiar que aquél no se limitará a aplicar el derecho sino a hacer justicia en el caso que tiene ante sí”.¹⁷⁸

5.3. Lógica y teoría de la argumentación jurídica

Aristóteles, en sus *Tratados de lógica*, también conocidos como *El Organon*, distingue entre razonamientos analíticos o apodícticos, es decir, ciertos, de un lado, y *razonamientos dialécticos o epagógicos*, esto es probables, del otro. Ambos razonamientos se fundan en el silogismo, es decir “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”.¹⁷⁹

Los primeros razonamientos, dice Atienza, “son incontrovertibles, innegables e irrefutables ya probados en donde el silogismo está formado de proposiciones verdaderas y primitivas, o bien de proposiciones que deben su certidumbre a proposiciones verdaderas y primitivas, y son materia de los *Primeros analíticos* (o

¹⁷⁸ Flores, Imer B. **Apuntes para una teoría y práctica del derecho judicial: algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica.** Op. Cit. Pág. 25.

¹⁷⁹ Aristóteles. **Tópicos. Libro Primero. Capítulo 1 & 3.** En: Aristóteles. **Tratados de lógica. (el organon).** Pág. 223.

Analítica primera) como la teoría de la deducción o del silogismo, y de los *Segundos analíticos* (o *Analítica posterior*) como la teoría de la demostración o de la prueba. En cambio, los segundos razonamientos no son incontrovertibles, innegables e irrefutables al sacar su conclusión de proposiciones simplemente probables y son objeto de la *Dialéctica*. De esta guisa, esta comprende: 1) la *Tópica* como el arte de encontrar los lugares (comunes) o tópicos *-topoi-*, contenidos en las premisas y las conclusiones, que dan lugar a sus afirmaciones o pretensiones; y 2) la *Retórica* como el arte de convencer o persuadir sobre la corrección de las mismas”.¹⁸⁰

“El razonamiento analítico, tanto en la especie de silogismo (deductivo) como en la de deducción demostrativa o prueba, constituye la parte central de la lógica formal o tradicional. Así, de dos premisas (*protesis*) se llega necesariamente a una conclusión. De hecho, concluir significa deducir o derivar un juicio de otros. Ahora bien, puesto que en la conclusión se afirma un concepto -el predicado- de otro concepto -el sujeto- es indispensable, para fundar la predicación, echar mano de un tercer concepto (*meson, medius terminus*) que vincula lógicamente a los dos primeros (*extremi*). Por ejemplo: Todos los hombres son mortales, Sócrates es hombre; Sócrates es mortal”.¹⁸¹

El concepto “hombre” es el término medio, y los conceptos “Sócrates” y “mortal” son los extremos. De esta forma, con la ayuda del concepto medio “hombre” es posible subsumir el sujeto “Sócrates” en el predicado “mortal”. Ciertamente, ahí radica el gran valor de la silogística pero también sus límites: el razonamiento analítico es verdadero

¹⁸⁰ Atienza, Manuel. **Curso de argumentación jurídica. Op. Cit.** Pág. 175.

¹⁸¹ **Ibid.** Pág. 180.

dada su corrección o validez formal porque la conclusión deriva necesariamente de las premisas.

Así, para evidenciar los límites de la lógica formal o deductiva, podemos recordar a Rudolf von Jhering -o castellanizado Ihering- quien en su *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*¹⁸² pone en su lugar a la *Begriff Jurisprudenz*. Lo anterior al señalar los alcances y las limitaciones de la jurisprudencia conceptual o de conceptos, tal como fue desarrollada de manera acrítica por los demás discípulos de Friedrich Karl von Savigny,¹⁸³ quienes pretendían que algo tan abstracto como los conceptos jurídicos podrían captar -e inclusive agotar -la esencia del derecho y de las relaciones jurídicas que pretendía regular, al grado tal que bastaría con aplicarlos casi mecánicamente.

Ello cuando desde la aparición de la Revista de la Escuela Histórica en 1815 había quedado claro que “el derecho tutelaba relaciones jurídicas, pero a partir de algo más concreto como lo serían las instituciones jurídicas tal y como han sido expresadas por el *volkgeist* como derecho germano y contrastadas con el derecho romano”.¹⁸⁴

Al respecto, el mismo Jhering en su celeberrimo ensayo *En el cielo de los conceptos jurídicos. Fantasía*,¹⁸⁵ denuncia los excesos del conceptualismo y en sus también

¹⁸² Von Ihering, Rudolf. **Jurisprudencia en broma y en serio**. Revista de derecho privado. S. P.

¹⁸³ Flores, Imer B. **Sobre la teoría de los derechos reales de Óscar Morineau: a propósito de la disputa Savigny-Jhering acerca de la posesión**. En: González Martín, Nuria (coord.). **Estudios en homenaje a Marta Morineau. T. I: derecho romano. Historia del derecho**. Págs. 197-218.

¹⁸⁴ Von Savigny, Friedrich Karl. **Sobre el fin de la revista de la escuela histórica**. En: Pompeu Casanovas, Pompeu; Moreso, José Juan (editores). **Metodología jurídica**. Pág. 22.

¹⁸⁵ Von Ihering, Rudolf. **En el cielo de los conceptos jurídicos. Fantasía**. En: **Jurisprudencia en broma y en serio**. Revista de derecho privado. Pág. 109.



célebres libros *El fin en el derecho*¹⁸⁶ y *La lucha por el derecho*¹⁸⁷ desarrolla una concepción filosófico -jurídica diferente conocida como *jurisprudencia finalista* o *teleológica* y también como *jurisprudencia de intereses*- más argumentativa que aplicativa.

Lo anterior al destacar que el derecho y su aplicación no es un fin en sí mismo sino un medio para cumplir con otros fines, intereses o propósitos, al grado tal que la argumentación es esencial al derecho -y su aplicación para constatar la adecuación de los medios a los fines-, así como a sus consecuencias y a sus funciones, muchas veces implícitos más que explícitos.

Con anterioridad, el propio Jhering había anotado, hace ciento cincuenta años, en su *Geist des Römischen Rechts. Auf den Verifchievenen gtufen feiner erwidlung*: “El derecho existe para realizarse. La realización es la vida, y la verdad del derecho en sí mismo. Lo que no sucede nunca en la realidad, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel, es solo un fantasma de derecho, meras palabras y nada más. Por el contrario, lo que se realiza como derecho es derecho, aun cuando no se encuentre escrito en las leyes, ni el pueblo y la ciencia hayan adquirido aún conocimiento de ello. No es, pues, el contenido abstracto de las leyes, ni la justicia escrita sobre el papel, ni la moralidad de las palabras, los que deciden del valor de un derecho; la realización objetiva del derecho en la vida, la energía por medio de la cual lo que es conocido y

¹⁸⁶ Von Ihering, Rudolf. **El fin en el derecho**. S. P.

¹⁸⁷ Von Ihering, Rudolf. **La lucha por el derecho**. S. P.

proclamado como necesario se persigue y ejecuta, he aquí lo que consagra al derecho su verdadero valor”.¹⁸⁸

Luis Recaséns Siches insistió en los límites de la lógica matemática aplicada al derecho, al reconocer a la par de la lógica racional, con premisas y conclusiones probadas, es decir ciertas o verdaderas, como en el caso de $2 + 2 = 4$, una lógica razonable o de lo razonable con premisas y conclusiones probables, esto es inciertas, pero no necesariamente falsas, como en el caso de “extender la prohibición expresa prevista para el paso al andén con un perro a un oso”.¹⁸⁹

Retomando el análisis de Atienza respecto de este caso, ya comentado en el primer capítulo de este informe, la explicación es muy lógica: claro está que desde una perspectiva lógico formal, no hay forma de incluir a la especie oso dentro de la de *perro*, para aplicar al primero la norma destinada de manera explícita al segundo cuando dice “*se prohíbe el paso al andén con perros*”. Aun cuando, desde un punto de vista lógico material se podría argumentar que las razones existentes para prohibir el paso a los *perros* son aplicables a los osos.

“Ciertamente, se puede alegar que si el legislador hubiera querido prohibir también el paso con osos los debería haber añadido expresamente antes o después de *perros*, o bien haber empleado una fórmula más amplia o genérica como *animales*, *animales de cierto tamaño*, *animales peligrosos* o *animales que puedan ocasionar molestias a los*

¹⁸⁸ Von Ihering, Rudolf. **El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo**. Pág. 533.

¹⁸⁹ Recaséns Siches, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. Pág. 155.

pasajeros. Por supuesto que el juzgador puede argüir que estas y/o cualesquiera otras fórmulas están implícitas y proveen la racional detrás de la prohibición aplicable al caso de los *perros*. No obstante, si existe identidad de razón e inclusive mayoría de razón entre el caso de los *perros*, el de los *osos*, o cualesquiera otros animales, la fórmula debe ser aplicable a los mismos”.¹⁹⁰

Al respecto, las fórmulas *animales* y *animales de cierto tamaño* no serían del todo afortunadas. La primera, a pesar de que ambos efectivamente formen parte del género *animal*, porque el hecho de ser *animal* no es razón suficiente para justificar la prohibición. En caso de serlo, parecería ser aplicable a un ser humano, el cual ha sido definido a partir del criterio del género próximo como un *animal racional*.

“De tal suerte que la prohibición al parecer tendría que ser *Se prohíbe el paso al andén con un animal irracional*, lo cual abriría un nuevo problema puesto que seguramente habrá algún *ser humano* que parezca ser bastante *irracional* o alguna otra especie *animal* bastante *racional*) y, la segunda, aunque ambos evidentemente compartan un cierto tamaño, porque el hecho de ser *animal de cierto tamaño* tampoco es razón necesaria ni mucho menos suficiente para justificar la prohibición”.¹⁹¹

En cambio, las fórmulas *animales peligrosos* o *animales que puedan ocasionar molestias a los pasajeros*, por implicar un riesgo al pasajero ya sea por su peligrosidad, o bien por generar alguna incomodidad, insalubridad e inseguridad, sí son bastante

¹⁹⁰ Atienza, Manuel. **Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho**. Pág. 21.

¹⁹¹ **Ibid.** Pág. 28.



afortunadas, al grado tal que las mismas servirían para justificar inclusive la excepción a la regla, como en el caso de los *perros lazarillos* e incluso de los *perros en servicio*, puesto que por definición no son peligrosos ni ocasionan molestias a los pasajeros, al ser instrumentales para que un pasajero puede acceder al andén y, por el contrario, al evitar que se generen peligros o riesgos a su comodidad, salubridad o seguridad.

Verbigracia, el razonamiento puede ser el siguiente: “Se prohíbe el paso al andén con perros porque pueden constituir un peligro o riesgo para la comodidad, salubridad o seguridad del pasajero. El paso de todo animal que al igual que el perro constituya un peligro o riesgo para la comodidad, salubridad o seguridad del pasajero está igualmente prohibido”.

Así, se puede concluir: si los osos, y/o cualesquiera otros animales, constituye un peligro o riesgo para la comodidad, salubridad o seguridad del pasajero su paso está prohibido. De igual forma, se puede concluir: si incluso una clase de perros, como los “lazarillos” o “en servicio”, y/o de cualesquiera otros animales, no constituye un peligro o riesgo para la comodidad, salubridad o seguridad del pasajero su paso está permitido.

El ejemplo anterior sirve para reforzar la idea de que el derecho no es ni puede ser un modelo meramente aplicativo, sino argumentativo, toda vez que es necesario aportar argumentos o razones para sostener que la norma es aplicable o no, así como que estamos ante la regla general o frente a la excepción de la misma.

Como se puede apreciar, no se puede tener certeza ni seguridad de que el legislador pensara prohibir el paso con cualquier perro o bien que no quisiera prohibir el paso con un oso, pero sí que el legislador, cuando estableció la prohibición, estaría pensando que lo más probable es que alguien pretendería pasar con un perro y que nunca se le ocurrió que alguien lo haría con un oso. No obstante, lo más probable es que el legislador, en caso de haber contemplado los casos tanto de los perros lazarillos o de servicio como de los osos, habría permitido el paso de los primeros y prohibido el de los segundos.

Por último, para reiterar todo lo anterior se recuerda el pasaje de Manuel Atienza, cuando alude al cuento *La carta robada*, de Edgar Allan Poe, para evidenciar los límites de la lógica analítica o racional: “En donde el prefecto de la jefatura de policía comete una falacia, paralogismo, o pseudo-razonamiento, el cual parece ser formalmente válido, pero no lo es: Todos los poetas son imbéciles; El ministro es poeta; El ministro es imbécil”.¹⁹²

Sin embargo, dice Atienza, “este razonamiento a diferencia de los anteriores partes de una premisa abiertamente falsa, a saber: *Todos los poetas son imbéciles*. Resulta evidente que del hecho de que una persona sea *poeta* no se sigue que sea *imbécil* ni viceversa”.¹⁹³

¹⁹² Atienza, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. Págs. 8-12.

¹⁹³ **Ibid.** Pág. 13.



Esto sería un ejemplo de lo que el mismo estagirita ha caracterizado como un *silogismo aparente*, denominado *silogismo contencioso o erístico*, al sacar conclusiones de proposiciones que parecen probadas o probables, pero que no lo son; al punto de que parecen concluir algo y realmente no concluyen nada, y que como tales son estudiados en las *Refutaciones sofísticas* como la teoría de las falacias.

Entre las proposiciones verdaderas que derivan válidamente de un razonamiento analítico o apodíctico y las falsas que constituyen un razonamiento contencioso o erístico se encuentran las proposiciones simplemente probables que dan lugar a un razonamiento dialéctico o epagógicos, es decir, un razonamiento sobre lo probable, y como tal pretende convencer o persuadir sobre la corrección material de los lugares (comunes) o tópicos, ya sean premisas o conclusiones.

Como se puede advertir la argumentación jurídica se apoya tanto de los razonamientos probados de la lógica analítica como de los razonamientos probables de la lógica dialéctica sin olvidar que en algunos casos parece que estamos más bien ante pseudo-razonamientos o silogismos aparentes, mejor conocidos como falacias o paralogismos.

Así, está clarísimo que la lógica tanto analítica como dialéctica es central en el derecho, en general, y en la argumentación jurídica, en particular. Por todo lo anterior, no es para sorprenderse que “la lógica jurídica, o más propiamente la lógica general aplicada al Derecho, haya tenido un gran auge en el pasado, sobre todo a mediados del siglo

veinte cuando (re)apareció”.¹⁹⁴

Por una parte, la lógica analítica aflora cuando Eduardo García Máynez incursionó en la materia en 1950 al impartir un curso que daría lugar primero a un artículo y luego a su *Introducción a la lógica jurídica*.¹⁹⁵ Esta obra fue publicada, en 1951, el mismo año en que Georg Henrik von Wright y Ulrich Klug publicaron sus primeros ensayos sobre lógica deóntica o modal y lógica jurídica,¹⁹⁶ e incluso con anterioridad a los de otros autores como Georges Kalinowski.¹⁹⁷

Por su parte, la lógica dialéctica asoma cuando Chaim Perelman -junto con Lucie Olbrecht-Tyteca- publica primero, en 1950, un artículo sobre lógica y retórica, y después, en 1958, un libro¹⁹⁸ en los cuales adelantarían lo que sería su nueva retórica y que se anticiparían a la lógica prudencial del propio Kalinowski, a la lógica de lo razonable de Recasens Siches, y a la tópica de Theodor Viehweg, entre otras.

5.4. Tipología de argumentos jurídicos

En el caso de la argumentación jurídica resulta que las razones a favor y en contra no son exclusivamente formales, sino que además son materiales. En el proceso de

¹⁹⁴ Kelsen, Hans. **Manuscrito derecho y lógica**. En: Kelsen, Hans; Klug, Ulrich. **Normas jurídicas y análisis lógico**. Pág. 92.

¹⁹⁵ García Máynez, Eduardo. **El principio jurídico de razón suficiente**. En: **Revista de la escuela nacional de jurisprudencia**. Tomo XII. Núm. 46. S. P.

¹⁹⁶ Henrik von Wright, George. **Lógica deóntica**. S. P.

¹⁹⁷ Kalinowski, Georges. **Introducción a la lógica jurídica**. **Elementos de semántica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica**. S. P.

¹⁹⁸ Perelman, Chaim; Luice Olbrecht-Tyteca, Luice. **Tratado de la argumentación jurídica**. **La nueva retórica**. S. P.

encontrar una solución (jurídica) a un problema (jurídico), no basta con aplicar las soluciones existentes como recetas a pie juntillas o al pie de la letra sino de crear soluciones a los mismos. En este sentido, “es ya un lugar común ubicar a la argumentación jurídica dentro de la argumentación práctica general, la cual incluye argumentos axiológicos, deontológicos y teleológicos sobre la corrección o validez material del argumento en sí”.¹⁹⁹

No obstante, la argumentación jurídica, al desarrollarse en un contexto institucional concreto, comprende también el uso de argumentos institucionales, es decir, dependientes de dicho contexto, conocidos también como *razones de autoridad*. Como serían, por ejemplo, que los jueces inferiores están obligados por los criterios de los superiores; que una misma corte o tribunal está obligado por sus criterios o decisiones pasadas; y que los jueces deben actuar sobre las bases sentadas en los criterios o decisiones legislativas previas.

“Si bien es cierto que los argumentos institucionales o razones de autoridad ocupan un lugar especial en el derecho, este no es un sitio exclusivo ni excluyente. Así, la argumentación es complementaria de la interpretación y de la integración. De hecho, tanto las razones de autoridad como la interpretación e integración requieren de argumentos que justifiquen su aplicación o no a un caso concreto. Es oportuno aclarar y precisar que no se trata de no usar este tipo de argumentos sino de no abusar de los

¹⁹⁹ MacCormick, Neil. **La argumentación y la interpretación en el derecho**. Revista Vasca de administración pública. No. 36. Mayo-Agosto. 1993. Pág. 201.



mismos, o pretender que estas razones están justificadas por venir de una autoridad”.²⁰⁰

De tal suerte, los argumentos interpretativos e integrativos- comprenden una gran variedad de clases o tipos de argumentos:

- a) *Lingüísticos*: apelan al lenguaje -ya sea natural, ordinario, o técnico-, para favorecer una u otra interpretación para resolver los problemas de ambigüedad y vaguedad que se presentan en el derecho.
- b) *Lógico-sistemáticos*: afirman que el derecho como un sistema, i.e. como un todo unitario y coherente, no puede admitir antinomias (principio lógico de no-contradicción o no-contrariedad) ni contener una laguna, vacío u oquedad (principio lógico de completitud o no-oquedad), al grado de no poder dejar sin resolver caso alguno.
- c) *Lógico-dinámicos*: alegan que el derecho al estar en constante movimiento se ocupa -y debe ocuparse- de la adecuación de los medios a los fines, de la resolución de conflictos entre reglas y colisión de principios, e incluso de la justificación ética de la decisión.

²⁰⁰ Atienza, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Op. Cit.** Pág. 26.



Ahora bien, los argumentos lógico-sistemáticos implican: “razones de autoridad, como sería el argumento de los precedentes o *stare decisis*; razones históricas, ya sean evolucionistas u originalistas; razones lógico-conceptuales y lógico-contextuales, a partir de lo explícito o expreso se deduce lo implícito o tácito, *verbi gratia* de las *normas formuladas*, las *normas derivadas*; razones analógicas e inclusive de principios para colmar lagunas legales y para resolver las contradicciones, mediante la aplicación de criterios ya establecidos como serían: la irretroactividad, la territorialidad, y la especialidad, así como la (mayor) jerarquía”.²⁰¹

En cuanto a los argumentos lógico-dinámicos incluyen: razones axiológicas, deontológicas y teleológicas no solo para medir la eficacia pragmática entre medios-fines, incluida su efectividad sociológica y eficiencia económica sino también para justificar éticamente una decisión como la adecuada, correcta o justa.

Asimismo, ofrecen razones adicionales no solo para maximizar una regla y minimizar otra en caso de conflicto o bien para optimizar los principios en colisión, sino también para justificar la derrotabilidad normativa de la regla general en un caso concreto donde se admite como excepción la retroactividad o ultraactividad, la extraterritorialidad, la generalidad, así como la menor jerarquía, siempre y cuando sean más benéficas al ser *pro homine -o pro reo-*.

²⁰¹ **Ibid.** Pág. 23.



Se puede establecer entonces que el derecho no es un modelo aplicativo sino argumentativo. En este sentido, no puede ser reducido a la mera aplicación de la norma general y abstracta al caso concreto y particular por medio de la mecánica subsunción de hechos en normas, a partir de los cuales deriva una cierta conclusión y en su caso determinadas consecuencias jurídicas. Ciertamente es que el silogismo deductivo es usado ampliamente, pues tanto el legislador como el juzgador deben fundamentar su actuar en el derecho y darle forma lógica a su conclusión.

Claro está que la lógica formal sirve para corroborar que se trata de una conclusión verdadera, pero eso no dice cómo se ha llegado a la misma y si esta es al final de cuentas una conclusión válida, pues como diría Holmes: “Podéis dar forma lógica a cualquier conclusión. Podéis siempre leer una condición implícita en un contrato. Pero ¿por qué lo hacéis? Simplemente, por cierta creencia relativa a las prácticas de la comunidad o de una clase, o por efecto de cierta opinión referente a política jurídica, o, en resumen, por una cierta actitud vuestra con relación a un determinado asunto, actitud que no admite una exacta medición cuantitativa, y que no puede, por consiguiente, fundamentar conclusiones lógicas exactas”.²⁰²

²⁰² Holmes, Oliver Wendell Jr. **La senda del derecho. Op. Cit.** Pág. 30.

CONCLUSIÓN

Desde el carácter meramente formalista y avalorativo que inculcara Hans Kelsen a inicios del siglo XX, el propio impulso de las circunstancias socio-históricas y jurídicas han dado pie a una formulación más crítica de la aplicación normativa. Este tipo de interpretación se ve mayormente forzado, toda vez que puede decirse que se está en un momento en donde los propios ciudadanos exigen a las autoridades públicas -particularmente a las judiciales- el cumplimiento y justiciabilidad de sus derechos.

Esta situación es esencial para comprender la reactualización de un área que siempre ha sido parte del derecho, pero que pareció quedar en el olvido, tanto con la aplicación del formalismo iuspositivista, como con el abuso de la jurisprudencia. De todas formas, es tras la Segunda Guerra Mundial que se vuelve la mirada al elemento argumentativo, utilizando elementos de la lógica formal y su aplicación al ámbito del razonamiento jurídico.

La argumentación jurídica es, esencialmente, argumentación por principios. La Constitución como texto está integrado básicamente por elementos que han sido llamados de distintas formas: valores, principios, derechos fundamentales, directrices, etc. Lo interesante o más característico de este modelo, es que la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia por medio de las leyes infraconstitucionales, sino, de forma directa e independiente, tanto por parte del legislador como por parte de los operadores jurídicos que tienen que fundamentar sus decisiones de acuerdo a tales principios.



Las Constituciones principialistas -como las denomina Zagrebelsky- asumirían así la función de modelar el conjunto de la vida social. Los principios y valores constitucionales, por otra parte, no constituyen un todo coherente ni consistente, sino, que sus enunciados y contenidos pueden superponerse y dar lugar a soluciones disparejas. Esto es característico de este tipo de enunciados normativos, del modo de actuar de los principios.

Por su parte, Atienza señala que hay razones de tipo teórico, de tipo pragmático y de tipo político para que se haya vuelto a mirar al fenómeno argumentativo desde el campo jurídico. Esta visión principialista, toma como base los principios generales del derecho en la construcción de sus actos de habla o enunciados verbales. Sin embargo, estos no son los principios generales del derecho heredados del derecho romano en el *corpus iuris civilis*, sino más bien principios que tienen por centro a la ética social, la ética jurídica, la axiología jurídica y al derecho en general.

Asimismo, están constituidos por criterios que expresan un juicio específico en relación al quehacer o la conducta humana; más específicamente, las bases establecidas desde la parte dogmática constitucional que refiere tanto al aspecto teleológico como a los derechos fundamentales. En ese sentido, puede afirmarse que se verifica la verosimilitud de las hipótesis formuladas en el diseño de la investigación.



BIBLIOGRAFÍA

- 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, España: Universidad de Alicante, 1990.
- ALEXY, Robert. **Sistema jurídico y razón práctica**. España: Editorial Doxa, 1988.
- ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Lima, Perú: Palestra Editores, 2007.
- ALEXY, Robert. **Tratado de la argumentación jurídica**. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- ANDRUET, Armando. **Teoría general de la argumentación forense**. Argentina: Alveroni Ediciones, 2003.
- ARISTÓTELES. **Tratados de lógica. (El organón)**. México: Editorial Porrúa, 1969.
- ARISTÓTELES. **Tratados de lógica (El organón)**. México: Editorial Porrúa, 2001.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Dejemos atrás el positivismo jurídico**. En: **Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 27**. ITAM. Octubre del 2007.
- ATIENZA, Manuel. **Bioética, derecho y argumentación**. Lima, Perú: Palestra Editores, 2004.
- ATIENZA, Manuel. **Cuestiones judiciales**. En: **Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Número 91**. México: Editorial Fontamara, 2001.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2014.



ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Madrid, España: Ediciones Ariel, 2006.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales**. En: **Isonomía, Revista de Teoría y filosofía del Derecho. No. 1**. México: ITAM-Fontamara, octubre de 1994.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho**. Madrid, España: Editorial Pasos Perdidos, 2013.

BOBBIO, Norberto. **La razón en el derecho (observaciones preliminares)**. En: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 2**. Alicante, España: Universidad de Alicante, 1985.

BÖHMER, Martin F. **La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía**. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 1999.

CAMBACÉRÈS, Jean-Jacques-Régis. Citado por: DE SECONDAT, Charles Louis; Barón de la Brède y de Montesquieu. **El espíritu de las leyes. Segunda Parte. Libro XI**. Barcelona, España: Editorial Altaya, 1993.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. **La argumentación como derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

CARRILLO GUERRERO, Lázaro. **Argumentación y argumento**. En: **Revista Sigma. No. 16**. Granda, España: 2007.



CASTILLA ALVA, José Luis; otros autores. **Razonamiento judicial interpretativo, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales.** Perú: Ara Editores, 2006.

CAVARÍA RUIZ, Diego F. **Explicación y aplicación de los argumentos falaces.** En: LEÓN PASTOR. Ricardo. **Introducción al razonamiento jurídico.** Perú: Academia de Magistratura de Lima, 2005.

COMENASA, Juan Manuel. **Lógica informal, falacias y argumentos filosóficos.** Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001.

COPI, Irving M.; COHEN, Carl. **Introducción a la lógica.** México: Noriega Editores, 2002.

COPI, Irving. Citado por: GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría del garantismo: rasgos principales.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

CRUZ MORALES, Carlos A. **Los artículos 14 y 16 constitucionales.** México: Editorial Porrúa, 1977.

DWORKIN, Ronald. **¿Es el derecho un sistema de reglas?** En: **Cuadernos de Crítica. No. 5.** 1977.

DWORKIN, Ronald. **La justicia con toga.** España: Editorial Marcial Pons, 2014.

EEMEREN VAN, Frans; otros autores. **Argumentación, análisis, evaluación, presentación.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos, 2006.

EEMEREN VAN, Frans H.; GROOTENDORST, Rob. **Argumentación, comunicación y falacias.** Chile: Universidad Católica de Chile, 2002.

ESTALELLA del Pino, Jordi. **El abogado eficaz.** Madrid, España: Editorial La Ley, 2005.



FALCÓN, Enrique M.; ROJAS, Jorge A. **Cómo se hace un alegato**. Argentina: Editorial

Abeledo Perrot, 2003.

FLORES, Imer B. **Eduardo García Máynez (1908-1993). Vida y obra**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

FLORES, Imer B. **Apuntes para una teoría y práctica del derecho judicial: algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica**. En: **Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia. No. 7**. México: Enero-Junio, 2006.

FLORES, Imer B. **La búsqueda de la jurisprudencia: constitucionalismo versus legalismo**. En: **Anuario de filosofía y teoría del derecho. No. 1**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

FLORES, Imer B. **La técnica jurídica en la aplicación del derecho**. En: **Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XLV. Números 201-202**. México: Mayo-Agosto 1995.

FLORES, Imer B. **Sobre la teoría de los derechos reales de Óscar Morineau: a propósito de la disputa Savigny-Jhering acerca de la posesión**. En: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.). **Estudios en homenaje a Marta Morineau. Tomo I: derecho romano. Historia del derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina; ALCAIDE LARA, Esperanza. **La argumentación lingüística y sus medios de expresión**. Madrid, España: Editorial Garco-Libros, 2007.



FULLER, Lon L. **El caso de los exploradores de cavernas**. Buenos Aires, Argentina:

Editorial Abeledo-Perrot, 1961.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **El principio jurídico de razón suficiente**. En: **Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia**. Tomo XII. Núm. 46. Abril-Junio, 1950.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Tomo II. México: Editorial Porrúa, 1940.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Tomo I. México: Editorial Porrúa, 2000.

GARSSEN, Bart. **Esquemas argumentativos**. En: MARAFIOTI, Roberto (editor). **Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. **Interpretación y argumentación jurídica**. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2003.

GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, J. **La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales**. Perú: Palestra Editores, 2003.

GIANFORMAGIO, Letizia. **Lógica y argumentación en la interpretación jurídica**. En: **Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho**. No. 4. Alicante. 1987.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto. **Constitución, ley y proceso**. Perú: Ara Editores, 2013.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti, ensayos sobre prueba, causalidad y acción**. Lima, Perú: Palestra Editores, 2005.



GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica.** México: Editorial

Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional.** Madrid,

España; México: Editorial Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría general de la interpretación.** México: Editorial

Porrúa, 2007.

HART, H.L.A. **el concepto del derecho.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-

Perrot, 1994.

HENRIK VON WRIGHT, George. **Lógica deóntica. Cuadernos Teorema.** Valencia,

España: 1979.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. **La senda del derecho.** Buenos Aires, Argentina: Editorial

Abeledo-Perrot, 1975.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. **Teoría analítica del derecho (la interpretación de la**

ley). Oñate, España: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, 1994.

KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semántica**

jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Buenos Aires: Editorial EUDEBA, 1973.

KELSEN, Hans. **Manuscrito derecho y lógica.** En: KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich.

Normas jurídicas y análisis lógico. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.



KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

LO CASCIO, Vincenzo. **Gramática de la argumentación**. Madrid, España: Alianza Editorial, 1998.

MACCORMICK, Neil. **La argumentación y la interpretación en el derecho**. *Revista vasca de administración pública*. No. 36. Mayo-Agosto, 1993.

MANS PUIGARNAU, Jaime. **Lógica para juristas**. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1978.

MARROQUÍN ZALETA, Jaime Manuel. **Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo**. México: Editorial Porrúa, 2002.

MINA PAZ, Álvaro. **Reflexiones preliminares y lineamiento metodológico para la metacompreensión de la teoría de la argumentación**. En: LEÓN PASTOR, Ricardo. **Introducción al razonamiento jurídico**. Lima, Perú: Academia de la Magistratura, 2000.

MORESO MATEOS, Josep Joan. **Lógica, argumentación e interpretación en el derecho**. Barcelona, España: Editorial UOC, 2006.

NAPOLÉON. Citado por: NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1973.

ORDUÑA SOSA, Héctor. **Redacción judicial**. México: Editorial Porrúa, 2007.

PECES-BARBA, Gregorio. **Introducción a la filosofía del derecho**. Madrid, España: Editorial Debate, 1983.



PECZENIK, Alexander. **Salto y lógica en el derecho. ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica?** En: **Derecho y razón.**

México: Editorial Fontamara, 2000.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHT-TYTECA, Luice. **Tratado de la argumentación jurídica. La nueva retórica.** Madrid, España: Editorial Gedos, 1989.

PLANTIN, Christian. **La argumentación.** Barcelona, España: Editorial Ariel, 2002.

PLATAS PACHECO, María del Carmen. **Filosofía del derecho, argumentación jurisdiccional.** México: Editorial Porrúa, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Apuntes de teoría del derecho.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo.** México: Editorial Fontamara, 1997.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales.** Universidad de Castilla-La Mancha. En: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto. **Constitución ley y proceso.** Perú: Ara Editores, 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho.** México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 1998.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** México: Editorial Porrúa, 1973.

RODRÍGUEZ MINAYA, Juan Carlos. **Amparo directo. Cuaderno de trabajo I.** México: Editorial Porrúa, 2006.



ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires, Sociedad de Economía Mixta, 1997.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **El contrato social**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.

SALGUERO, Manuel. **Argumentación jurídica por analogía**. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2002.

SNOECK HENKEMANS, Francisca. **Estructura de la argumentación**. En: MARAFIOTTI, Roberto (editor). **Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Biblos, 2007.

STAMMLER, Rudolf. **Tratado de filosofía del derecho**. México: Edición Facsimilar a cargo del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1999.

TARUFFO, Michele. **Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal**. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2012.

TOULMIN, Stephen. **Los usos de la argumentación**. Citado por: ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales**. En: **Isonomía, Revista de Teoría y filosofía del Derecho. No. 1**. México: ITAM-Fontamara, octubre de 1994.

URATA GUERRA, Juan. **Teoría de la argumentación jurídica, material de lectura**. En: LEÓN PASTOR, Ricardo. **Introducción al razonamiento jurídico**. Lima, Perú: Academia de la Magistratura, 2000.



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. 21-1.** Alicante, España:

Universidad de Alicante, 1998.

VERNENGO, Roberto F. **La interpretación literal de la ley.** Buenos Aires, Argentina:

Editorial Abeledo-Perrot, 1994.

VIEHWEG, Theodor. **Sobre el futuro de la filosofía del derecho como investigación**

básica. En: **Tópica y filosofía del derecho.** Barcelona, España: Editorial

Gedisa, 1997.

VIGO, Rodolfo Luis. **Ética judicial e interpretación jurídica.** En: **Doxa, Cuadernos de**

Filosofía del Derecho. No. 29. Alicante, España: Universidad de Alicante, 2006.

VILLAR PALASI, José Luis. **La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos, a la**

luz del nuevo título preliminar del código civil, desde una perspectiva

teórica. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1975.

VON IHERING, Rudolf. **El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su**

desarrollo. Granada, España: Editorial Comares, 1998.

VON IHERING, Rudolf. **El fin en el derecho.** Granada, España: Editorial Comares,

2000.

VON IHERING, Rudolf. **En el cielo de los conceptos jurídicos. Fantasía.** En:

Jurisprudencia en broma y en serio. Madrid, España: Editorial Revista de

Derecho Privado, 1933.

VON IHERING, Rudolf. **La lucha por el derecho.** México: Editorial Porrúa, 1989.



VON SAVIGNY, Friedrich Karl. **Sobre el fin de la revista de la escuela histórica.** En:

CASANOVAS, Pompeu; MORESO, José Juan (editores). **Metodología jurídica.**

Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1994.

WESTON, Anthony. **Las claves de la argumentación.** Madrid, España: Ediciones Ariel, 2011.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.**

Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Corte Constitucional y la interpretación de la constitución.** Madrid, España: Editorial Tecnos, 1987.