

“LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA  
COMO INSTRUMENTO DE  
SEGURIDAD EN EL ORDEN  
JURÍDICO MEXICANO”

TESIS DE GRADO  
MAESTRIA EN DERECHO  
PRESENTA: FELIPE TAPIA VALDEZ

TUTOR: MTRO. IMER B. FLORES MENDOZA



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Dios, amigo inseparable en  
la elaboración de este trabajo.

## ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
<b>CAPÍTULO I</b> <b>CONCEPTOS FUNDAMENTALES</b>	
I. Argumentación y argumentación jurídica	13
II. Interpretación	20
A Interpretación jurídica	22
B Integración	24
III. Lógica, lógica jurídica y lógica de lo razonable	26
IV. Seguridad	30
A Seguridad jurídica y certeza jurídica	33
B Justicia y equidad	35
V. Orden y orden jurídico	36
<b>CAPÍTULO II</b> <b>FUNDAMENTO DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO</b>	
I. Bases legales	40
A Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	41
B Código Civil Federal y Código Civil del Distrito Federal	44
II. Justificación de la decisión judicial	46
A Fundamentación y motivación	46
Jurisprudencia	48
B Descubrimiento y justificación	53
III. Análisis de una decisión	55
<b>CAPÍTULO III</b> <b>TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA</b>	
I Chaïm Perelman	61
A Nueva retórica o argumentación	62
B Argumentación en general	62

C	Argumentación específica en derecho	68
II	Theodor Viehweg	70
A	Jurisprudencia tónica	70
1.-	Antecedentes	71
2.-	La tónica	72
3.-	Jurisprudencia	74
B	Jurisprudencia de problemas	76
III	Robert Alexy	80
A	El discurso jurídico y el discurso práctico general	80
B	La tesis del caso especial y la pretensión de corrección	82
C	Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica	83
1.-	Justificación interna	83
2.-	Justificación externa	84
a)	Interpretación	85
b)	dogmática	87
c)	precedente	87
d)	razón	88
e)	empirie	89
f)	formas especiales de argumentos jurídicos	89
D	Reglas a seguir en la argumentación jurídica	89
IV	Manuel Atienza	91
A	Una teoría de la argumentación jurídica	91
1.-	Objeto	92
2.-	Método	93
3.-	Función	95

#### CAPITULO IV LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I	Tipos de argumento jurídico y su utilidad	98
A	Argumentum a simile	99
1.-	Analogía legis	102
2.-	Analogía iuris	102
B	Argumentum e contrario	103
C	Argumentum a fortiori	105
1.-	Argumentum a maiore ad minus	106
2.-	Argumentum a minore ad maius	106
D	Otros	107
1.-	Argumentum ad absurdum	107
2.-	Argumentum ab auctoritate	108
II	Balance de la teoría de la argumentación	108
A	Beneficios	112
	Estabilidad vs Cambio	114

B	Las falacias al argumentar	116
III	Sobre el concepto de argumentación jurídica	118
	CONCLUSIONES	125
	BIBLIOGRAFÍA	128

# INTRODUCCIÓN

En este trabajo de investigación intitulado “*La argumentación jurídica como instrumento de seguridad en el orden jurídico mexicano*”, se presenta de una manera básica, cómo es válido argumentar en derecho. Se presupone que en la labor jurídica, siempre, jueces, abogados y en general toda persona que se involucra en una controversia legal, mediante razonamientos de carácter jurídico, buscan llegar a una solución. El carácter jurídico de las razones que se invocan en un litigio no viene tal cual de la ley sino que deriva materialmente del sistema jurídico, del derecho.

Se confía en la efectividad del derecho, por ende no cabe la posibilidad de una solución injusta a un caso determinado; sucede que del orden jurídico se obtienen las normas jurídicas aplicables a un caso concreto para conseguir el fin que desde cualquier ángulo o situación jurídica un sujeto persigue en la búsqueda de la protección a sus intereses. Dicho fin se entiende como lo justo; se dejan a un lado supuestos en los que en principio se actúa de mala fe, en los que se persiguen intereses oscuros.

No olvidamos que en el sistema jurídico mexicano se previene cómo es que debe aplicarse el derecho, cómo es que se debe proceder para acceder a la justicia, cuál es una solución correcta. Sistema jurídico es entendido en sentido amplio, comprende dicha expresión lo formal, al sistema jurídico mexicano que en lo esencial se mantiene intacto; con el concepto orden jurídico, por el contrario se hace alusión, al hecho de que en la práctica la norma jurídica sufre transformaciones necesarias.

El tema de la argumentación jurídica no es nuevo, se le da ahora mayor importancia en México, tanto en la academia como en la práctica, gracias a las teorías que empiezan a desarrollarse desde la segunda mitad del siglo pasado en el extranjero y que ya se han difundido de alguna manera en nuestro país. Se ha

planteado el rechazo de una teoría de la argumentación jurídica que incluya como criterio general de decisión de controversias un elemento que implique un juicio subjetivo de valor, como el de justicia (o el de evaluación de consecuencias), en razón de una supuesta impredecible decisión judicial y de una seguridad jurídica relativa. Nuestra postura al respecto, es que el derecho tiene sin duda una naturaleza argumentativa propia y con ello es factible acceder a la justicia o al menos evitar injusticias al utilizar sí, principios o criterios de justicia que no merman la certeza de que se aplicará el derecho como es debido y con los que se obtendrá una decisión jurídica que de ninguna manera pueda tenerse por arbitraria.

Estamos de acuerdo con Santo Tomás, que en su *Tratado de las leyes*, menciona que las mismas están promulgadas en virtud de que debe preexistir la certeza o seguridad jurídica para la solución de un caso y no resolverlo con base en sentimentalismos. Pero de ninguna manera los principios generales del derecho, que envuelven criterios de justicia, son ni pueden ser considerados sentimentalismos ya que éstos se consignan como pauta de decisiones judiciales en la propia Constitución.

Creemos en el Estado de derecho, en la existencia dentro del sistema jurídico mexicano de un diseño formal de justicia (manifestación externa del derecho), mismo que permite que una situación jurídica problemática se resuelva conforme a las normas vinculantes establecidas, al atender su jerarquía objetivamente, no de modo subjetivo.

También pensamos que la seguridad jurídica está en estrecha relación con la eficacia del derecho, anotación que hacemos, puesto que mucho se dice que puede haber una norma válida pero no eficaz y con la argumentación se pretende que el derecho sirva de buena forma, es decir, sirva para dictar una decisión respecto de una controversia en la que se argumente de ser necesario con criterios de justicia aceptados como parte del orden legal.



Se llega a mencionar en diversos foros que debido a la insatisfacción de las demandas sociales de justicia, el positivismo pierde vigencia. En ocasiones, también se hace evidente que los ordenamientos legales que norman la convivencia humana, no abarcan todas las posibilidades sociales fácticas de conflicto y entonces es difícil que la autoridad judicial subsuma los hechos a la ley escrita. Sin embargo, aunque a la argumentación jurídica basada en principios parecería que no se le podría ubicar dentro de una postura positivista del derecho; esto si es posible, sólo cuando existen fundamentos que se encuentran en el orden jurídico vigente. En la tradición jurídica que seguimos en México, la de derecho escrito, como en el sistema jurídico llamado *Common Law*, al “decir el derecho” se tiene que justificar la decisión correspondiente mediante argumentos razonables.

En el derecho positivo mexicano se encuentran como sustento de la norma jurídica criterios de vigencia y validez que no siempre son suficientes para dar solución a los conflictos que necesariamente deben ser resueltos por la autoridad judicial; la característica dinámica del derecho, deriva de los constantes cambios en la sociedad: políticos, económicos e incluso culturales. La correspondencia entre la norma y los hechos no se da simultáneamente, en forma inmediata, es evidente que el derecho positivo no puede regular situaciones que antes no se han presentado, pero ello no deja sin los mecanismos para resolver una controversia suscitada dentro de dicho contexto.

Suponemos que las disposiciones jurídicas son consecuencia de la realidad social. Es el derecho el objeto de estudio de una ciencia; el derecho positivo no lo es todo; la norma jurídica se supone vigente, válida, integrada a un orden jurídico e integradora del mismo. Habrá que tener presente que un argumento o razonamiento se presenta mediante un esqueleto argumentativo y que éste se compone mínimo de tres enunciados de los cuales uno conforma la norma jurídica con la que se juega en la práctica argumentativa del derecho.

La inquietud que provoca este trabajo es el mal uso o abuso del derecho; el desconocimiento generalizado de que una argumentación razonada jurídicamente proporciona por sí la certeza de que se puede acceder a la justicia y por ende se puede contar con seguridad jurídica.

Nos inquieta también la necesidad de que se aprecie que con la argumentación se pueden atacar o dejar disminuidas razones “de derecho” que podrían parecer justificadas sin estarlo en verdad.

Para el desarrollo de la investigación se ha utilizado la metodología teórica conceptual ya que se estudió la doctrina existente y se ha llevado a cabo el análisis de textos de la materia argumentativa. El método sistemático ha servido en orden al capitulado estructurado en la etapa de la elaboración del proyecto de investigación. Al utilizar el método deductivo y el método inductivo hemos analizado y sintetizado la información aportada por los textos revisados para tal efecto. La analogía nos permitió realizar el análisis de disposiciones legales así como de casos. Y finalmente con el método jurídico estudiamos las causas y fines del derecho, la interpretación de la norma jurídica y la estructuración del orden jurídico con base en la jerarquía de leyes.

Sistematizamos esta investigación en cuatro capítulos. Al primero lo hemos intitulado “conceptos fundamentales”; en él se desarrollan las categorías principales o generales tales como: argumentación y argumentación jurídica; interpretación, interpretación jurídica e integración; lógica, lógica jurídica y lógica de lo razonable; seguridad, seguridad jurídica, certeza jurídica y justicia; orden y orden jurídico.

En el segundo capítulo se dirige nuestro análisis a disposiciones jurídicas, constitucionales y legales del ordenamiento mexicano, que por ser vinculantes, fundamentan las bases de la teoría de la argumentación jurídica en México. En primer lugar se ha tomado en cuenta lo ordenado en nuestra Ley Suprema, así

como lo que dispone al respecto la legislación civil, concretamente el Código Civil Federal y el del Distrito Federal; se aborda también la obligación de los tribunales en cuanto a la justificación de sus actos; de donde se parte para la explicación de categorías operacionales o figuras propias del llamado nuevo paradigma del derecho: el “descubrimiento” y la “justificación”. Se ejemplifica, además, con una decisión judicial, el supuesto de descubrimiento así como el de la justificación interna y externa; y se hace notar la importancia de la argumentación.

El contenido del tercer capítulo está compuesto de cuatro de las teorías de la argumentación jurídica conocidas a la fecha: la de Perelman, la de Viehweg, la de Alexy y la de Atienza. Para desarrollar esta parte del trabajo, se ha acudido al texto en el que cada autor desarrolla su teoría; para proporcionar una lectura fluida, se sigue fielmente, en lo posible, el pensamiento de cada uno, sus ideas y sus propuestas; lo único que hacemos nuestro son las notas a pie de página. Se puede apreciar entonces cómo concibe la argumentación jurídica cada autor, qué elementos toma en cuenta y cuáles son sus inquietudes respecto del tema. En general y de acuerdo con el orden en que son expuestas las teorías, puede tenerse una idea de que ha habido una evolución en la concepción de lo que es en sí la teoría de la argumentación jurídica; así como el hecho de que hay elementos que necesariamente se le conceden y otros tantos que no le dejan como es el caso de la pretensión de corrección, con la que se procura proporcionar la seguridad que en un Estado de derecho se espera.

Ya en el último capítulo, al tener como respaldo lo expuesto en los capítulos previos, se desarrollan ideas sobre qué atañe a la argumentación jurídica; se abordan en primer lugar los tipos de argumentos jurídicos; se hace un balance de la teoría de la argumentación jurídica, se toca superficialmente el tema de las falacias pues es básico estar atentos y evitarlas en el momento de presentar razones a favor o en contra de las pretensiones que se tienen en un caso; finalmente se puntualiza qué es la argumentación jurídica y cuáles pueden considerarse sus componentes conceptuales.

# Capítulo primero

## Conceptos fundamentales

El derecho tiene una naturaleza argumentativa propia, misma que se manifiesta gracias al uso del lenguaje. La argumentación en derecho puede tomar en cuenta reglas de la lógica o principios lógicos. Sin embargo, es fundamental antes que nada ejercer los conocimientos de lo jurídico de manera razonable.

### I Argumentación y argumentación jurídica

En la vida del hombre y principalmente en la convivencia humana se aprecia que ésta es posible gracias a la comunicación efectiva; en las distintas disciplinas del conocimiento, las ciencias naturales y las ciencias sociales, en general, es necesario el uso del lenguaje. El lenguaje utilizado razonablemente no sólo ha permitido avances científicos sino que día a día es manifestación real que permite acceder a los objetivos que individualmente o en grupo se proponen las personas.

Es mediante argumentos, que se externalan las razones que motivaron o motivan una acción pasada, presente o futura. Las palabras 'argumentar', 'argumento' y 'argumentación' provienen respectivamente de los vocablos en latín *argumentare*, *argumentum* y *argumentatio*<sup>1</sup>. La argumentación, gramaticalmente se entiende como la acción y el efecto de argumentar y se argumenta con el fin de convencer a alguien lo que uno afirma o niega. De tal modo usamos argumentos para convencer a otros mediante pronunciamientos formulados en forma de enunciados, que nos asiste la razón respecto de un asunto determinado.

---

<sup>1</sup> Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas, T. I (A-I)*, México, Porrúa, 2000, p. 132.

Así tenemos que dentro de un grupo social un sujeto posiblemente tendrá que justificar sus acciones o actos si su conducta no es igual a la de los demás; y de acuerdo con los valores del grupo aceptados intersubjetivamente, así como el momento y el lugar en el que sea realizada su conducta, sus razones serán validamente aceptadas o no. De tal suerte, la experiencia adquirida con el transcurso del tiempo nos permite enfrentar las situaciones o problemas que se nos presentan; reaccionamos ante cualquier hecho; y la forma de enfrentar determinada situación o lo que pensamos de ese hecho puede ser expresada por enunciados razonables, ya que el ser humano posee la cualidad de racional.

La experiencia, las creencias, el carácter u otro motivo, determinan la forma de reaccionar ante tal o cual circunstancia. No todos los individuos reaccionamos igual y no tendríamos que esgrimir razones para justificar nuestro actuar, si no entramos en conflicto con otros. Ciertamente es que el hombre, como ente social, mantiene relaciones sociales y si se afecta con determinada acción el interés de alguien, se podrá dirimir el problema entre los involucrados, al alcanzar un consenso razonado, un acuerdo aceptable en un proceso. El acuerdo se alcanza mediante el uso del lenguaje corriente, traducido en la comunicación de los enunciados estructurados y expresados lingüísticamente por cada sujeto conforme a sus intereses. Los términos utilizados por cada uno se suponen entendidos por el otro, esto es, que el significado de cada palabra es entendido por los involucrados, de la misma manera.

Hay que destacar entonces que la argumentación se apoya en el lenguaje, y que éste necesariamente tiene un sentido; también que en algunos casos se le otorga un significado a las palabras de acuerdo con el contexto en el que se usan. Que el lenguaje posee también como instrumento o herramienta, una fuerza, puesto que con él se logra una solución terminante a determinados problemas.

El mundo está en constante evolución, las sociedades cambian, sus valores, su economía, su política, todo. Un elemento determinante para aceptar o

rechazar un argumento está condicionado al momento y al lugar en el que una acción o un acto se llevan a cabo. Con esto queremos señalar lo importante que resulta ubicar un hecho discutido en un espacio y tiempo determinado.

El proceso argumentativo que se genera por cierta causa, según Mauricio Beuchot y Edgar González Ruiz se realiza en tres etapas:

(I) Comprender, (II) enjuiciar y (III) demostrar. La tercera es la que propiamente consiste en argumentar, pero justamente supone a las otras dos. Con la primera tenemos que entender el significado de los términos en cuestión, hemos de entender claramente sobre qué discutimos, qué estamos por defender o por atacar; sólo gracias a esta comprensión indispensable podemos iniciar una comunicación conveniente. A fin de que nuestra argumentación sea efectiva definimos los términos que lo requieran; así se evitarán muchas falacias y rodeos inútiles. Esa operación intelectual de comprensión se centra en la actividad de interpretar. En el enjuiciamiento damos un paso más: examinamos la verdad o falsedad de las proposiciones o enunciados; ponemos en ejercicio la crítica. Los enunciados formados de términos, son los que se usan como premisas de una argumentación. Surge una nueva relación lógica, la que buscamos entre los enunciados y que recibe el nombre de inferencia. La inferencia la ejercemos en el tercer momento de la argumentación; es el aspecto más decisivo, para que un argumento tenga efecto, la conclusión debe inferirse de las premisas.<sup>2</sup>

Señalado lo anterior se puede distinguir que hay una sutil diferencia y relación entre lo que son la interpretación y la argumentación. Por otra parte se aprecia que se habla de la lógica formal, por la que resulta importante demostrar o probar que la conclusión deriva de las premisas. La argumentación jurídica por el contrario, se funda en una lógica material, por lo que un argumento se considerará bueno, sólo si es claro, coherente, razonable y si convence con las razones que le respaldan.

---

<sup>2</sup> Beuchot, Mauricio y González Ruiz, Edgar, *Ensayos sobre teoría de la argumentación*, México, Dirección General de Difusión Cultural de la Universidad de Guanajuato, 1993, pp. 36 y 37.

Al argumentar utilizamos el lenguaje para crear formulaciones o enunciados que pueden ser considerados como premisas:

Las premisas son razones que sirven de justificación a la conclusión. Un argumento podríamos verlo como una acción que efectuamos por medio del lenguaje. El lenguaje como sabemos, lo utilizamos para desarrollar funciones o usos distintos. El uso argumentativo del lenguaje significa que aquí las emisiones lingüísticas no consiguen sus propósitos directamente, sino que es necesario producir razones adicionales. Para argumentar se necesita, producir razones a favor de lo que decimos; mostrar que razones son pertinentes y por qué; rebatir otras razones que justificarían una conclusión distinta; etc. En definitiva, argumentar es una actividad que puede llegar a ser muy compleja.<sup>3</sup>

Al tener todo ser humano a su favor la característica de racional deducimos que en las diversas áreas del conocimiento se argumenta. Por ende, podemos afirmar que el proceso argumentativo forma parte de la vida cotidiana en diversas actividades. Ahora bien, es el derecho la profesión en donde adquiere relevancia la argumentación y en este caso se le denomina “jurídica”.

“La epistemología contemporánea de las ciencias humanas y de las ciencias sociales se ha pronunciado por una ampliación del ámbito de la experiencia en el campo de las realidades humanas, así como por una diversificación de los métodos cognoscitivos, adecuándolos a las características del objeto estudiado, así como a las diversas perspectivas de abordaje de un mismo objeto.”<sup>4</sup> Además el positivismo que se venía a reflejar en la ciencia jurídica y que tuvo una vigencia fuerte en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo inmediato anterior, empieza en la segunda mitad a perder fuerza a la vez que

---

<sup>3</sup> Atienza, Manuel, *Tras la justicia; una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, 3ª reimp. a la 1ª ed., España, Ariel, 1997, pp. 122 y 123.

<sup>4</sup> Massini Correas, Carlos I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 74.

toma injerencia en la filosofía jurídica la razón práctica presente en la filosofía europea.

Se cuestiona entonces la vigencia de sistemas jurídicos que estaban bajo el amparo de regímenes injustos, que atentaban contra las personas mismas y sus derechos. En un nivel más general se busca la manera de que el derecho sirva para que la persona sea tratada como fin y no como medio<sup>5</sup>; surgen así teorías de la argumentación jurídica, mismas que no nos adelantaremos a abordar sino hasta después de haber ubicado el fundamento de éstas en el sistema jurídico mexicano. Cabe señalar que la argumentación jurídica no es un método interpretativo de las disposiciones jurídicas, en cambio se le puede identificar más como una técnica resolutoria de juicios ante un órgano jurisdiccional, que versa en la práctica sobre la determinación de un hecho como justo o injusto, que realiza un sujeto por quien se aboga o de quien se pide la condena.

La razón práctica, es decir el uso de la razón humana a favor del hombre, debe así, ser de utilidad en el proceso legislativo, en la aplicación del derecho, en la creación de jurisprudencia e incluso en la dogmática jurídica que si bien, no es vinculatoria, coadyuva en el establecimiento y en el cumplimiento mejor del Estado de derecho. Sobre todo, lo que interesa, es evitar irracionalidades al momento de aplicar el derecho.

El derecho rige las relaciones sociales mediante las normas jurídicas que lo conforman o integran; no todos los sujetos tienen formación profesional en esta área por lo tanto si alguien forma parte de una controversia acudirá a un individuo que sea profesionista del derecho, mismo que se presume conocedor del lenguaje jurídico, con cultura jurídica e incluso con nociones del pensamiento o teorías jurídicas.

---

<sup>5</sup> En cuanto a la idea de considerar a las personas como fines en sí mismas se puede revisar a Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 1ª ed. en español (5ª reimp.), México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 173. En donde también se lee que considerar a las personas como medios es estar dispuesto a imponer a quienes ya de por sí son los menos favorecidos perspectivas de vida aún menores a favor de las mayores expectativas de otros.



Antes de continuar con la idea anterior cabe resaltar que las normas jurídicas son formulaciones o enunciados normativos *-premisas-* que pueden estar en una disposición normativa, esto es en un artículo que forme parte de una ley; o bien, ser las mismas el resultado de la interpretación de la ley.

Generalmente, a una disposición normativa corresponderá una sola norma y a una norma corresponderá una sola disposición normativa ( $1dn=1n$ ). Sin embargo, sucede que a una disposición le corresponden dos o más normas ( $1dn=nX$ ); o bien que a dos o más disposiciones les corresponde una norma ( $dnX=1n$ ). Así mismo, puede darse el caso de que a una disposición no le corresponda una norma ( $1dn=n?$ ); o que una norma no tenga una disposición ( $dn?=1n$ ).<sup>6</sup>

Decíamos que en la práctica forense del derecho participan los abogados; además participa la autoridad judicial, el juez, quien tendrá la función de decidir la controversia, de dictar una resolución a favor y en contra a la vez respecto y con relación a las partes que forman el litigio, pues se supone que es un jurista que conoce y domina el producto lingüístico del legislador, por lo que se espera, lo aplique imparcialmente, que lo aplique bien, en forma correcta.

Igualmente es necesario mencionar que la argumentación no siempre cuenta con la misma relevancia; el marco legal es lo suficientemente amplio pero no siempre está a la mano la norma jurídica aplicable; los cambios sociales, económicos y políticos, no siempre son registrados en la legislación; es entonces que se hace necesaria la semiótica jurídica, el uso de términos lingüísticos para encontrar una respuesta a un problema no regulado en las disposiciones normativas que conformen un sistema; entonces se atiende y se hace uso de la sintáctica del lenguaje jurídico, la estructura y relación de las normas del sistema; y la semántica, las relaciones de dichas normas con el significado derivado del mismo contexto normativo. Concluimos que únicamente será relevante la

---

<sup>6</sup> Flores, Imer B., "La técnica jurídica en la aplicación del derecho", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, 1995, tomo XLV, números 201-202, mayo-agosto, pp. 46-47.

argumentación en un caso o problema argumentable, en el que sea indispensable razonar más allá de lo racional, ser razonable; en el que tenga que llegarse a una decisión mediante premisas razonables, claras y coherentes con el ordenamiento que se aplica. Así, las razones expuestas respecto de tal caso tendrán que gozar de aceptación.

De esta suerte, la teoría de la argumentación jurídica “moderna se ocupa de estudiar la manera como razonan jueces y abogados. El derecho es una práctica social argumentativa. Sus participantes aportan razones para respaldar o justificar sus pretensiones. En los casos ‘fáciles’, las normas jurídicas constituyen la única razón de la decisión; en cambio en los casos ‘difíciles’, aquellos para los que existe más de una solución posible, plantean el problema de justificar la elección de la decisión.”<sup>7</sup>

Coincidimos con Rolando Tamayo, cuando señala que en la argumentación jurídica quienes participan tienen que pasar por alto todo tipo de razones que no constituyan el punto de vista jurídico; entonces la argumentación jurídica como “juego” se “juega sólo sobre la base que otorgan normas jurídicas”.<sup>8</sup> El punto de vista jurídico se sustenta en las normas jurídicas que integran el sistema en el que se actúa.

Por su parte señala Jaime Cárdenas<sup>9</sup> que la argumentación jurídica representa una “superación de los métodos de interpretación tradicionales”; que constituye un nuevo paradigma porque no sólo se preocupa por la decisión jurídica de las autoridades, sino que traspasa el edificio jurídico y entiende el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico, es decir, la práctica decisoria no está presidida por un razonar subjetivo sino por uno intersubjetivo. Las razones

---

<sup>7</sup> Arango, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, 2ª reimp. a la 1ª ed., Colombia, coedición de Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 2004, p. 136.

<sup>8</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica; el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 217.

<sup>9</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 22 - 24.

que se expresan hacia los otros como justificación de la decisión tomada no provienen de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores razones aportadas.

Más que nada se sigue con la argumentación un convencimiento conveniente a un problema; convencimiento que se logra si se presentan los motivos jurídicos, las razones del derecho, pertinentes, respecto al problema suscitado.

## II Interpretación

Encontramos que gramaticalmente, la voz interpretación se refiere a la acción y efecto de interpretar; e interpretar, se entiende a su vez como explicar el sentido de una cosa; traducir de una lengua a otra; atribuir una acción determinada a un fin o causa; comprender y expresar bien o mal el asunto o materia de que se trata; concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad.<sup>10</sup>

Un simple ejemplo de la necesidad de una interpretación y por ende de un intérprete lo tenemos cuando estamos en un país en el que se habla un idioma o lenguaje distinto al nuestro, a nuestra lengua materna; y al mismo lo desconocemos, lo ignoramos. De tal modo, el intérprete es como un mediador entre el objeto a interpretar, el lenguaje en nuestro ejemplo, y la interpretación requerida sobre ese objeto, esto es la expresión incomprendida; el intérprete es quien transmite el significado que ha de dársele al referido objeto interpretable para entenderlo.

Joseph Raz, en su ensayo intitulado *¿Por qué interpretar?*, expresa que “una interpretación ilumina exitosamente el significado de su objeto en el grado en

---

<sup>10</sup> *Diccionario Enciclopédico Éxito*, T. III, Barcelona, Grafos, s.a., s.p.

que responde a cualesquier razones (sic) que haya para prestar atención a su objeto como cosa de su tipo”.<sup>11</sup>

A través de la comunicación lingüística el intérprete con su acción interpretativa dota de un contenido a un objeto con aparente indeterminación que sugiere duda, o a un objeto con cierto grado de ambigüedad; explica el sentido, o de acuerdo a la comprensión o concepción mental de ese objeto, dilucida el significado con que ha de ser entendido. La interpretación denota entonces un proceso.

Todos los aspectos de ambigüedad y vaguedad de las expresiones consideradas en la semántica del lenguaje ordinario son pertinentes para las normas, en tanto que son expresiones del lenguaje jurídico. Pero se da una diferencia esencial que nos ayuda a la comprensión de los problemas específicos de la interpretación jurídica. A saber cualquier expresión en forma de proposición, construida en el lenguaje ordinario, que incluya términos vagos y / o ambiguos puede permanecer vaga y / o ambigua a pesar del uso de todos los instrumentos lingüísticos para intentar remediarlo.... La interpretación jurídica no tiene que limitarse a una investigación puramente lingüística... (sus) directivas (son) reglas específicas del lenguaje jurídico y del razonamiento jurídico junto con directivas aceptadas que son consecuencia del hecho de que la norma en cuestión pertenece a una unidad más amplia del sistema de derecho y que funciona en el contexto de relaciones sociopolíticas como medio para lograr ciertas metas.<sup>12</sup>

Vemos que cuando al vocablo “interpretación” se le ubica en el derecho, es necesario que al contenido de los documentos normativos, leyes o precedentes según sea el tipo de sistema jurídico de que se trate, se le otorgue el sentido debido. Un sentido jurídico. Sugerimos dar ese sentido a partir de una concepción del derecho como justicia.

---

<sup>11</sup> Raz, Joseph, “¿Por qué interpretar?”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 2ª ed., compilación de Rodolfo Vázquez, México, Fontamara, 2001, p. 47.

<sup>12</sup> Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, 1ª reimp., México, Fontamara, 2003, p. 101.

## A Interpretación jurídica

Una parte importante de la teoría del derecho es la interpretación a la que también se le ha denominado hermenéutica. Siempre se interpreta una disposición normativa. Cuando tiene que ser aplicado el derecho, en cualquier contexto, se precisa dicha actividad, es imperativo atribuir el sentido, el significado, a una disposición legal, para descubrir la norma jurídica que deba aplicarse.

El legislador es la autoridad que plasma en la ley disposiciones normativas; construye el lenguaje del derecho, dicta reglas de conducta que pueden consistir en un hacer o en un no hacer; emite disposiciones legales que obligan a realizar determinada acción u ordena o prohíbe la realización de un acto, es decir, una conducta de omisión. El legislador y en general las autoridades con facultades para crear normas jurídicas, tendrán que tener cuidado en sistematizar las disposiciones o expresiones normativas que pretendan promulgar, en relación con todo el cuerpo legal de determinado sistema jurídico.

De tal suerte, la conducta humana es la que dota de contenido a una disposición normativa al haberse elaborado ésta con la característica de generalidad. Debido a que resulta imposible que cada hecho lo encontremos regulado por la ley tal como sucedería en la realidad; en el mejor de los casos no estaremos frente a cierta vaguedad que origine dudas, sobre el sentido que deba atribuírsele al contenido de la disposición legal, de lo contrario, se tendrá que otorgar tal sentido, no sólo declararse un significado. Puede no estar regulada determinada situación -lo que hace patente la dinámica social y por ende la jurídica- a esto se le conoce como una laguna legal; o puede regularse un hecho pero la ley ir más allá del mismo o ser en parte omisa, aquí se tendrá que restringir o extender, según sea el caso, el sentido de la disposición normativa. La verdad es que un caso no puede dejarse de resolver.

Estamos en un Estado de derecho del que se ha cuestionado su propia vigencia; tenemos la idea de que no es necesaria una reforma constitucional como se ha planteado desde hace ya algunos años, sino que es necesaria una aplicación correcta de las leyes ya existentes.

El hecho de que una Constitución no se reforme, no quiere decir que permanezca inmóvil, la interpretación que de ésta se haga por los jueces y tribunales adaptándola a la realidad social de cada momento puede conferirle una vitalidad constante que le permita cambiar de sentido en muchas de sus partes, sin que cambie su letra, la actuación de los jueces la protegen no sólo de ataques, sino, incluso, de sus propias imprecisiones, lagunas y obsolescencias; una Constitución viviente, es decir, que sobrevive por sí misma, se adapta a nuevos hechos y nuevas realidades precisamente por ser Constitución auténtica, esto es por ser norma jurídica que, al aplicarse, se interpreta.<sup>13</sup>

El fin o finalidad que se atribuye al derecho mediante el proceso interpretativo determina el lenguaje que ha de ser utilizado por el intérprete. Hay dos tipos de interpretación de acuerdo con Hans Kelsen<sup>14</sup>; por ende hay dos clases de intérpretes: una interpretación la lleva a cabo el órgano jurídico de aplicación de la norma o llamado jurisdiccional y otra es llevada a cabo por cualquier otro sujeto que no cumpla con el carácter de autoridad. La interpretación que se hace por parte del participante, desde el punto de vista interno es la que aquí interesa.

Tanto la realizada por la autoridad judicial como la que se realiza por los abogados de las partes que contienden en un litigio, o por cualquier otro individuo, por ejemplo, un jurisconsulto que por alguna razón desea conocer el sentido de una norma jurídica para un caso determinado; conllevan un estudio del conjunto de disposiciones normativas; “la ley, como se ha dicho, se escribe para que sea

---

<sup>13</sup> Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 70 y 71.

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 9ª ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1997, p. 349.

leída, se lee para entenderse, o sea para interpretarse, y se interpreta para ser aplicada; así, la palabra se convierte en hecho, en el hecho jurídico”<sup>15</sup>.

El derecho es dinámico, se puede decir que las leyes o cuerpos legales lo contienen de forma imperfecta; por tanto no es accesible a todos, para conocerlo se requiere ser estudiado, de ahí la existencia de la ciencia jurídica y de los juristas. Ya señalábamos que la comprensión es necesaria en la actividad interpretativa, esto es, para obtener un significado lingüístico que sea acorde con el objeto de estudio, se debe conocer y comprender dicho objeto. Los juristas usamos un argot o jerga específica, pero al fin y al cabo se maneja el lenguaje ordinario, común y corriente. Sin embargo puede presentarse que respecto a un mismo término personas con formación jurídica y personas sin tal formación comprendan el término de manera diferente. Entonces, el lenguaje jurídico es un lenguaje especial, un lenguaje técnico. Derivado de lo anterior se puede afirmar que a los enunciados normativos en sólo algunos casos se les atribuye un sentido especial.

## B Integración

El derecho es una creación cultural del hombre cuya manifestación son las normas jurídicas, éstas no siempre se encuentran en una sola disposición normativa, pueden estar contenidas en dos o más disposiciones que pertenezcan a un mismo sistema. Nuestro país, Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo México), forma parte del grupo de países que sigue una tradición jurídica del derecho romano canónico germánico, que se caracteriza por contar con leyes promulgadas por el Poder Legislativo de acuerdo con la teoría de la separación de poderes de Charles Louis de Secondat Barón de Montesquieu; la Constitución y las leyes son los instrumentos vinculantes, a diferencia del sistema *Common law* que está basado en precedentes judiciales que son la norma jurídica con carácter vinculatorio. Sin embargo, a partir de la interpretación de una disposición normativa del sistema,

---

<sup>15</sup> Frosini, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, España, Ariel, 1995, p. 63.

que se realice por órgano jurisdiccional, se puede crear una norma jurídica nueva que pase a formar parte del orden normativo.

La integración supone la *creación* de una nueva norma jurídica, gracias a que el sistema jurídico no es puramente cerrado; la condición que debe cumplirse es la coherencia; en efecto, una norma jurídica producida desde el Poder Judicial debe integrarse coherentemente al orden jurídico, ser consistente con el mismo, no ser contradictoria, no provocar una antinomia en el sistema.

En el campo del derecho no es posible para el órgano que aplica el derecho afirmar que el caso es indecible, a causa de la ambigüedad, de la indeterminación, o simplemente de la falta de una norma jurídica que se adapte al caso. Pese a todo debe haber una decisión y las deficiencias de la materia jurídica no pueden constituir una excusa. Existe el deber taxativo de decidir el caso y, por eso, un deber de establecer un sentido para la norma en cuestión, aunque no sea posible establecerlo con los instrumentos puramente lingüísticos del análisis sintáctico y semántico. La necesidad de la decisión explica el carácter peculiar de la interpretación jurídica, en contraste con otras maneras de comprender expresiones lingüísticas.<sup>16</sup>

En la práctica un juez forzosamente tiene que resolver una controversia o litigio que se le presente para ser dirimido, el derecho no puede ser considerado como omiso; un caso de laguna legal puede ser subsanado con el uso de la analogía, de modo que, las expresiones normativas existentes en el texto jurídico que corresponden a un hecho determinado, pueden aplicarse al que no se encuentra contemplado siempre y cuando ambos tengan en esencia la misma naturaleza. La excepción destacada de esta regla es en materia penal, donde no se puede imputar un delito a un sujeto que cause un daño si la conducta con la que provoca el mal no está tipificada.

---

<sup>16</sup> Wróblewski, J., *Op. Cit.*, pp. 119 y 120. (Ver nota 12 en pág. 21)



La interpretación como técnica utilizada para la aplicación del derecho descubre el sentido de una formulación normativa. Por otra parte la norma jurídica producida conforme con el derecho será válida y eficaz.

### III Lógica, lógica jurídica y lógica de lo razonable

Toca el momento de conceptuar a la lógica como una disciplina o ciencia formal que permite conocer una cosa mediante un procedimiento discursivo-racional; se refiere a la concepción mental de algo determinado que comúnmente puede ser comunicado mediante símbolos.

Una construcción lógica formal puede representarse a través de símbolos, y el resultado será necesariamente verdadero o falso. Por ejemplo si le preguntamos a un niño cuánto es siete más cero puede contestarnos correctamente que el resultado de la suma es siete o puede ingenuamente, responder que siete más cero es setenta, la primera respuesta es acertada la segunda es incorrecta; la representación mental que hace el niño en el segundo supuesto es errónea puesto que se le planteó un problema matemático, una suma, cuya respuesta será correcta o incorrecta. En las matemáticas se usan como símbolos los números entonces podemos representar la respuesta correcta así:  $7 + 0 = 07$ . La representación del esquema mental en el segundo supuesto es una conjunción que consecuentemente puede ser representada así:  $7 \text{ y } 0 = 70$ . En fin, hemos escogido un ejemplo muy simple para señalar que las normas jurídicas pueden considerarse como símbolos y que al aplicarlas, el resultado no será netamente lógico formal; que con la lógica formal, en derecho bien puede no encontrarse una respuesta correcta.

Hay que puntualizar que una parte de la lógica general es la jurídica, que toma de aquélla todos los recursos que puedan ser utilizados y aplicados por los juristas

como son jueces, teóricos, abogados, etc. Así como en las matemáticas son utilizados los números, en el derecho los “símbolos” con que contamos son las normas jurídicas, que pueden ser expresadas lingüísticamente, en forma escrita o verbalmente; por estas normas se permite o prohíbe determinada conducta y el incumplimiento de las mismas por parte de los sujetos puede derivar en una sanción a éstos.

Ya se ha mencionado que una disposición normativa puede ordenar la realización de una conducta o bien, puede prohibir hacer algo, es decir, contener una conducta de omisión; la primera es una conducta positiva, la segunda es una conducta negativa. Como no puede una respuesta matemática ser cierta y falsa a la vez; una conducta igualmente no puede ser positiva y negativa al mismo tiempo; esto es, una conducta solamente puede estar regulada en la ley como permitida o como prohibida.

Las formulaciones o enunciados normativos son el resultado de la interpretación que se hace de una disposición legal; esta interpretación puede llevarse a cabo por una autoridad judicial o por un abogado que represente a una persona en una controversia o litigio. El proceso interpretativo respecto a lo que la ley dispone implica la relación lógica entre el resultado de la interpretación, la norma encontrada y la conducta humana. El sentido con el que se dota a la disposición legal, es decir la norma jurídica, constituye un enunciado al que se le denomina premisa; las premisas pueden ser correctas o incorrectas, las incorrectas (falacias) pueden ser denominadas paralogismos si no se construyeron con la intención de engañar o conducir a error, o sofismas, si conllevan tal intención.

En los llamados casos *fáciles* es posible encontrar la respuesta correcta sin tanta dificultad, el juez razona las premisas y llega a una conclusión que será válida en tanto exista correspondencia entre las premisas y la decisión que dicta. Son casos fáciles porque no implican mayor problema.

Es conocido el silogismo deductivo respecto a la aplicación del derecho en donde la premisa mayor es la norma, la premisa menor es la conducta o hecho (s), y la conclusión es la decisión de la autoridad jurisdiccional, misma que debe incluir la consecuencia jurídica correspondiente. Sí existe correspondencia entre las premisas y entre éstas y la conclusión, se tiene que aceptar la última. Podría aquí hablarse de una decisión correcta o incorrecta, lo que depende, de si hay o no, dicha correspondencia.

Se dice y estamos de acuerdo con ello, que el fin del derecho es la justicia, entonces las normas jurídicas o expresiones normativas que resultan de una interpretación, no debieran ser calificadas de verdaderas o falsas, de correctas o incorrectas o erradas; sino que al ser la justicia un valor, las expresiones normativas o premisas, vienen a ser juicios valorativos que pueden recibir el calificativo de justos o injustos; así una resolución judicial antes de ser calificada como verdadera o correcta, o bien como falsa o incorrecta, será justa o injusta; esto, no obstante la positividad del derecho.

Hablar de juicios de valor o estimativos trae a colación a la lógica deóntica, Georges Kalinowski<sup>17</sup> dice que ésta se ha convertido, universalmente en el nombre de la lógica sobre enunciados normativos, que se construyen con un metalenguaje, denominado así por ser necesariamente más rico que el lenguaje objeto empleado por el enunciado de las expresiones verdaderas. El metalenguaje del deber ser es más rico en tanto posee: I) Todas las expresiones lógicas indispensables para realizar la tarea de construcción de la definición prevista; II) Las traducciones de todas las expresiones que pertenecen al vocabulario del lenguaje –objeto dado; y III) Los nombres de todas las expresiones que pertenecen al vocabulario de este lenguaje.

---

<sup>17</sup> Kalinowski, Georges, *Lógica de las normas y lógica deóntica*, 2ª reimp., México, Fontamara, 2003, pp. 9 – 18.

A la lógica de lo razonable; el profesor Luis Recaséns Siches la distingue de la lógica denominada de lo racional o de tipo matemático.<sup>18</sup>

Es la lógica prudencial o de lo razonable la que tiene su campo de acción en la argumentación jurídica; pues implica el razonamiento jurídico (la racionalidad del derecho) en toda la extensión de la palabra y el uso, no abuso, del lenguaje del derecho, de los símbolos lingüísticos denominados normas jurídicas.

El razonamiento lógico jurídico basado en el deber ser, en la lógica de las normas no es actividad exclusiva que desarrolle el órgano jurisdiccional; se ejerce también por los juristas o abogados e incluso por teóricos del derecho respecto al análisis de casos ya resueltos o por resolver.

Si bien es cierto que el juzgador es quien emite una resolución, el que decide un caso de los llamados difíciles, las premisas son formuladas dentro y durante el juicio por los participantes y tales enunciados tendrán que ir acordes con el sentido del derecho. Las expresiones normativas en estos casos se suponen integradas coherentemente con el orden jurídico, esto quiere decir que no deben contener contradicción alguna de tipo axiológico ni de tipo funcional; que sean consistentes, indica en todo caso que no existe contradicción lógica con el mismo orden jurídico.

El derecho no puede ni debe ser calificado como incompleto ni como imperfecto, la ley que es creada por el hombre podría, sabemos y aceptamos, padecer lagunas, sin embargo en el derecho encontraremos siempre criterios de corrección. El problema de vaguedad en las disposiciones jurídicas puede considerarse hasta cierto punto como razonable ya que así se permite la subsunción del hecho a la norma cuando ésta tiene que ser aplicada.

---

<sup>18</sup> Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 17ª ed., México, Porrúa, 2003, pp. 660 – 664.

En nuestro país la institución de la jurisprudencia que al igual que las sentencias judiciales nace en el seno del Poder Judicial es vinculatoria, y es resultado precisamente de un proceso de interpretación lógico. Argumentar no es interpretar; la argumentación jurídica se compone de razonamientos más que lógicos, razonables; igualmente gracias a un caso difícil, en el que se está en la disyuntiva de elegir entre una u otra solución se produce una nueva norma que si bien no cumple de manera generalizada, en principio, con el carácter de obligatoria, por la tradición jurídica que seguimos, con el tiempo puede llegar a regularse el contenido de esa resolución; de allí, la importancia del razonamiento, y de que las premisas utilizadas para la solución dada, tengan atribuido el fin o finalidad del derecho con el objeto de que no sea erosionado el orden jurídico.

De esta suerte, tenemos que la argumentación jurídica deberá colmarse con razones universales y sólidas; el pensamiento jurídico no deja de ser lógico y es la intuición la que con base en el conocimiento nos conduce a razonamientos correctos, con matices de objetividad. Pero sobre todo el pensamiento jurídico debe ser razonable y como consecuencia se deben expresar o comunicar las correspondientes valoraciones mediante el lenguaje propio del derecho. Lógica y experiencia deben coadyuvar porque con aquélla podemos llegar a conocer algo e indagar sobre la naturaleza de las cosas al utilizar la razón y con la experiencia se aprenden cosas pero no se tiene garantizada la vigencia del conocimiento adquirido, la experiencia puede ser ensombrecida por la soberbia y con ésta puede dejarse a un lado la capacidad de razonar.

#### IV Seguridad

¿Por qué denominar este apartado “seguridad”? En principio, antes hemos dicho que el fin del derecho, y estamos convencidos de ello, es la justicia; y es que si bien, es cierto que no es lo mismo seguridad jurídica, certeza jurídica, justicia y equidad, puesto que cada uno de estos términos son símbolos lingüísticos

distintos entre sí con representación propia, también lo es que dichos términos, pueden ser ubicados en un espacio común. Los mismos están íntimamente ligados y es el término seguridad, de uso común, el que no forma parte estrictamente del argot jurídico, pero alude a esos vocablos, además esta voz de hecho expresa lo que por instinto buscamos los seres humanos, aparte de la felicidad. En las relaciones sociales que tenemos con los otros, impliquen negocios económicos, políticos o de cualquier otra índole, todos queremos cierta seguridad.

Hay una conexión fuerte entre seguridad jurídica y justicia y una necesariamente no excluye a la otra; para asegurar la satisfacción de las necesidades de la persona como sujeto de derechos es básico conciliar congruentemente tales términos. Partamos de que en México contamos con un Estado de derecho, de que el fin último del derecho es la justicia y que el postulado máximo de aquél es la seguridad jurídica.

La justicia es un valor y a la seguridad, en materia jurídica, también se le puede considerar un valor; ambas son presupuestos en el derecho. Diremos que el derecho tiene dos manifestaciones:

Interna.- es la justicia y el criterio utilizado es, que ésta, más que nada, es la esencia misma del derecho.

Externa.- es la seguridad jurídica y el criterio utilizado es, que es la manifestación material del mismo (positividad).

Un punto de convergencia obviamente no se puede negar; lo importante es destacar que la primera de las manifestaciones debe actuar como parámetro de la segunda con el propósito de que se cumpla la exigencia de lo justo o bueno del derecho en las relaciones entre las personas que integran una comunidad social.

Como el derecho puede ser expresado oralmente o por escrito; se manifiesta, repetimos, a través de la norma jurídica que es lenguaje; el derecho es lenguaje y las decisiones jurisdiccionales lo son. El derecho es una construcción racional que el hombre ha edificado con el objetivo de vivir en paz, como construcción racional goza de este carácter; desgraciadamente se abusa del material jurídico, pero como juristas debemos combatir dicha práctica; el no abuso traerá como consecuencia la confianza en el derecho como creación cultural del hombre; así, la seguridad que se logre será un medio para alcanzar una vida plena en lo individual y como integrantes de una sociedad.

La interpretación que se hace respecto de alguna disposición legal y el sentido que se le da a la norma jurídica derivada de esa interpretación puede ir de la mano *sólo en apariencia* con la finalidad del derecho. Sin embargo, en tal supuesto, el ser seres razonables nos permite ver que los efectos son contrarios al sentido que se le ha atribuido a la norma por aplicar.

La interpretación jurídica obliga a atribuirle un sentido a la ley. Por otra parte, la razón es el elemento que permite percibir si la interpretación es buena o mala; la decisión que resulte de las normas o premisas que hayan entrado en el juego tendrá que ser razonable. De esta suerte, la argumentación jurídica mediante la aplicación de razones respecto a la interpretación de la disposición en cuestión, permite construir una resolución justificada y acorde con el fin mismo del derecho.

Se dice que el fin justifica los medios; la seguridad de alguna forma está presente como un medio para que la resolución que se dicte en una controversia ventilada ante la autoridad jurisdiccional correspondiente cumpla con el fin último del derecho. Con lo anterior lo que se gana es una batalla en contra de una posible irracionalidad que puede presentarse incluso con la exigencia social que tiene la autoridad jurisdiccional de conocer y respetar la ley y por ende aplicar el

derecho de acuerdo con la máxima de que los particulares relatan los hechos y el juez dice el derecho.

#### A Seguridad jurídica y certeza jurídica

La seguridad jurídica presupone la existencia de una norma integrante del orden jurídico con la que se podrá dirimir cualquier disputa que se presente en un Estado de derecho, aquélla es un postulado (valor habíamos dicho) de éste. Está referida al derecho positivo; el derecho, en la historia, en determinado momento deja de ser privativo de sólo algunas personas y adquiere el carácter de público, se publicita. Sin embargo, “el conocimiento de las normas jurídicas entendidas como los significados atribuidos a las disposiciones por medio de su interpretación, ...no sólo no queda garantizado en todos los casos con la publicación de los documentos normativos, sino que ésta no asegura siquiera la cognoscibilidad de las normas jurídicas”<sup>19</sup>; es decir, la promulgación de las leyes no es garantía de que todos puedan acceder al manejo del lenguaje jurídico ni siquiera es posible que un especialista en derecho pueda llegar a conocer todo el ordenamiento normativo, dada la enormidad del material jurídico con que se cuenta en todo Estado.

De cualquier forma el desconocimiento o ignorancia del derecho no excusa a nadie de su cumplimiento; mientras que la justicia es el fin, la seguridad jurídica es un objetivo que se trata de alcanzar con la variada producción legislativa, misma que al final no cumple las expectativas. La proliferación de leyes por el contrario ha dado lugar a un ambiente de incertidumbre jurídica.

Además de que de facto no todas las situaciones sociales, individuales o colectivas posibles están reguladas, con tantas leyes se provoca inseguridad puesto que es difícil una sistematización de todas las existentes, e imposible el

---

<sup>19</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, España, Lex nova, 2000, p. 213.



conocimiento del total de las mismas. Por ende, es importante no perder de vista que se tiene a la mano un valor superior: la justicia.

Con el positivismo jurídico estricto, se pretendió reducir la ciencia del derecho y la correlativa técnica de aplicación de sus normas a la simple hermenéutica del texto de las leyes. Con el resurgimiento del iusnaturalismo se retoma la importancia del estudio de los principios generales del derecho porque trascienden las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material.<sup>20</sup> Con lo anterior no se niega la importancia de contar con leyes promulgadas por la autoridad correspondiente. Lo que se tiene que procurar es evitar caer en excesos que conlleven injusticias al momento de solucionar casos.

También debe procurarse evitar la arbitrariedad o autoritarismo en cuanto a la producción de la ley, actividad que no para. Asimismo habrá que evitar la discrecionalidad en la creación de normas jurídicas (premisas), con motivo de la aplicación de la ley.

“Cuanto mayor es el nivel de certeza jurídica, más profunda es la confianza de la gente en el funcionamiento del orden jurídico. Es por esto que los tribunales tienen la responsabilidad especial de maximizar la certeza jurídica.”<sup>21</sup>

La certeza del derecho supone la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello se requiere la posibilidad del conocimiento del derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información, realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le será mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento, los destinatarios del derecho pueden organizar su conducta presente y

---

<sup>20</sup> García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, España, Civitas, 1999, pp. 102 – 105.

<sup>21</sup> Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, trad. Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995, p. 53.

programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad.<sup>22</sup>

## B Justicia y equidad

Los tribunales además de la responsabilidad que tienen respecto a maximizar la certeza jurídica, están obligados a optimizar la justicia; maximizar la certeza jurídica no quiere decir que al aplicar una norma jurídica a un caso concreto se atiende de manera exclusiva la letra de la ley, lo que implica seguridad jurídica; lo que debe entenderse es que tiene que aplicarse razonablemente un criterio equitativo que lleve consecuentemente a una solución justa de las controversias que se les plantean para ser dirimidas.

La justicia para manifestarse presupone la existencia de un conflicto; tiene en relación con la seguridad jurídica y en contra de la enorme cantidad de disposiciones normativas, a su favor, el ser la base que le da sentido a la norma jurídica; por lo tanto, es necesaria la idea de la justicia, gracias a la inseguridad que genera el enorme producto legislativo con que contamos.

En todo momento la justicia debe hacerse presente para combatir el autoritarismo, la arbitrariedad y el exceso de discrecionalidad que puedan ejercer los jueces, so pretexto de seguridad, al momento de decidir un conflicto. Baste puntualizar que la justicia es la esencia del derecho, su fin, y que al momento de resolverse un juicio debe hacerse razonablemente y de manera imparcial o equitativa.

Hay que señalar que mientras la justicia está referida a la aplicación formal del derecho, la equidad se encuentra referida a la aplicación material de la justicia al caso concreto. Que la justicia como equidad permite que los efectos de una ley

---

<sup>22</sup> Pérez Luño, Antonio-Enrique, "Seguridad jurídica", en *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Comps. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, España, Trotta, 2000, p. 484.

supuestamente justa no causen o provoquen un daño o mal notablemente injusto por la aplicación contenida en las disposiciones normativas contenidas en esa ley. La finalidad de la argumentación jurídica se asoma de este modo para acceder a la justicia, para evitar una injusticia que pueda derivarse por ejemplo de apreciar mal los hechos. Se encuentra así la llamada respuesta correcta o justa por la actividad racional que se realiza. Tenemos por una parte que la seguridad (tanto objetiva como subjetiva) y la equidad están ligadas a la aplicación de la ley; y por otra parte que la justicia está vinculada con el resultado de la aplicación del derecho, por ser meramente una opinión, estimación o juicio de valor, que a su vez conlleva la observancia del principio de equidad y la no violación de la seguridad que trae consigo el actuar con base en un orden jurídico establecido.

## V Orden y orden jurídico

La palabra 'orden'<sup>23</sup> proviene del vocablo latino *ordo*; y está referida a la idea de relación entre las cosas y del concierto o buena disposición que haya entre ellas. En este primer capítulo y en atención al título de este trabajo, en general, cabe matizar que México forma parte de la familia jurídica con sistema de leyes escritas; que el mismo está compuesto por diversos ordenamientos legales que deben ser coherentes, es decir consistentes o congruentes entre sí; y además tales ordenamientos deben estar en concierto con la ley suprema que fundamenta su validez. Lo que importa en la teoría de la argumentación jurídica es que la norma o formulación jurídica que utilizamos como razón de un argumento, se integre al orden normativo establecido en el sistema jurídico.

---

<sup>23</sup> No hacemos una separación tajante de las ideas de justicia y seguridad jurídica; tampoco en el caso de sistema jurídico y orden jurídico. Lo que sí queremos destacar es el hecho de que en la teoría de la argumentación jurídica que opera principalmente aunque no de manera exclusiva cuando en la mesa se tienen casos difíciles por resolver cabe hablar más de orden jurídico que de sistema ya que es en aquél en el que se verifican en todo caso las *transformaciones* de la norma jurídica que igual quedan ajustadas al sistema.

Con el derecho se busca un equilibrio social pues se regula la conducta humana mediante leyes, el carácter racional del mismo impulsa la justicia y las acciones nobles mientras que trata de detener o limitar las bajas pasiones o actos injustos con el fin de mantener el bien común.

Finalmente no nos podemos referir sino a un orden jurídico esencial o fundamental con una connotación funcional y material que a su vez es articulada. Como preámbulo al siguiente capítulo de manera general, orden jurídico, no debe entenderse solamente como el “conjunto de normas positivas vigentes relacionadas entre sí y escalonadas o jerarquizadas, que rigen en cada momento la vida y las instituciones de toda clase dentro de una nación determinada”<sup>24</sup>; sino que debe extenderse a los enunciados normativos que formulemos de conformidad con la ley positiva.

El concepto de orden jurídico sirve para explicar la transformación material dentro del propio sistema ya que refleja la modificación de sus normas, y para identificar el conjunto de sus normas aplicables en un momento temporal definido debe utilizarse el criterio de vigencia... Cada vez que se produzca en el sistema jurídico el cambio de una norma jurídica general se integra un nuevo orden, ya que el conjunto de normas vigentes ha variado. Esto contribuye a la identificación de las normas conforme a las cuales un hecho debe ser calificado jurídicamente.<sup>25</sup>

La plenitud del orden jurídico implica la existencia de disposiciones legales o normativas que contienen normas jurídicas con distinto rango derivadas de una norma jurídica superior, nuestra Constitución. Los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas determinadas por la ley, entran a un juego procesal, en el que se siguen reglas específicas para una aplicación del derecho; las expresiones normativas son el resultado de un análisis o estudio jurídico del caso por resolver, que se han buscado necesariamente en el camino trazado previamente. De esta

---

<sup>24</sup> Palomar de Miguel, Juan, *Op. Cit.*, T. II (J-Z), p. 1093. (Ver nota 1 en pág. 13)

<sup>25</sup> Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 33.

forma la solución o respuesta a tal caso implicará el respeto al orden normativo que presupone grados de jerarquía entre las normas así como una sistematización ordenada por la norma jurídica superior.

## **Capítulo segundo**

### **Fundamento de la argumentación en el orden jurídico mexicano**

La argumentación jurídica constituye un nuevo paradigma del derecho; un nuevo punto de vista acerca de lo jurídico; no se circunscribe únicamente a la simple interpretación y aplicación de la ley. Se reconoce la necesidad de expresar las razones que son tomadas en cuenta, y por ende, conducen, a solucionar un conflicto en el sentido en que se resuelve. Exige la utilización razonable de los conocimientos jurídicos en primer lugar -y se apoya en la lógica pero ésta ya no ocupa el primer puesto-. De tal suerte, el entendimiento y sobre todo el conocimiento del derecho es lo que permite el acceso a la justicia.

Las formulaciones normativas requieren de cierta fuerza –vinculante- para ser aceptadas cuando son utilizadas como argumentos; la fuerza requerida no puede derivarse sino del propio sistema jurídico al que se pertenece. El orden jurídico vigente es el que, como veremos, proporciona los elementos que en México se deben tomar en cuenta respecto a la práctica e integración de una teoría de la argumentación jurídica.

Una disposición normativa o precepto legal que tenemos que tener presente, es el numeral 133 de nuestra Constitución, que consagra a ésta como la norma jurídica que posee el grado máximo, se plasma así la supremacía o hegemonía de las disposiciones constitucionales sobre las demás que conforman el orden jurídico. Baste decir que en la ley suprema se establece la estructura del sistema jurídico mexicano; que se distribuye la competencia a los Poderes de la Unión; así, corresponde al Judicial, la aplicación del derecho; y al Legislativo, la creación de la ley.

El Legislativo sigue el proceso o los pasos establecidos en la Constitución para la creación de la ley. Por su parte el órgano jurisdiccional construye y reconstruye constantemente el orden normativo; con la actividad interpretativa que realiza sobre las disposiciones legales produce normas jurídicas con las que trabaja para mantener un equilibrio social en el que tengamos la sensación de sentirnos seguros. De hecho, las normas jurídicas entendidas de la manera como se señala en el capítulo que antecede, se sustentan en la ley; así como fuente del derecho, además de la ley, tenemos a la jurisprudencia que es la interpretación jurídica de la ley realizada por los tribunales, más o menos obligatoria.

## I Bases legales

El nuevo paradigma, la argumentación jurídica; encuentra sustento en una disposición constitucional, lo que permite que en la actual Constitución aquél encuadre en el orden legal legitimado. Este orden válido en cuanto fue creado por el órgano competente, puede parecer de momento incompleto o en verdad ser omiso. No obstante, al derecho no lo podemos ni debemos considerar como algo indeterminado.

En los casos en que no es fácil encontrar una norma jurídica para solucionar una controversia es cuando resulta insuficiente el viejo paradigma, la interpretación jurídica. La argumentación no es propiamente un método interpretativo de las disposiciones normativas para encontrar la premisa que acorde con los hechos suscitados permita resolver controversias; es una técnica resolutoria de juicios practicada por el órgano jurisdiccional, que principalmente en casos complicados permite, al valerse incluso de la interpretación jurídica, llegar a una solución con razonamientos correctos.

Por tanto, la argumentación jurídica cobra relevancia en los llamados casos *difíciles*, en donde la justicia<sup>26</sup> como fin último del derecho, es la directriz para procurar la seguridad jurídica que se debe a las contrapartes en una controversia.

#### A Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El artículo 14 constitucional, y concretamente su párrafo cuarto, se reconoce tradicionalmente como base del paradigma de la interpretación jurídica, así como de la integración. No podríamos hablar de nuevo paradigma del derecho si la representación apreciada en este artículo sólo es entendida de la manera como hasta ahora se ha hecho.

Como disposición normativa de primer orden dicho artículo tiene la calidad de precepto vinculante, obligatorio para los jueces, y en general, para todos los que convivimos al amparo de la ley; es literalmente fuente de derecho.

Es considerado además parte integrante del principio de legalidad, con el que se protegen derechos fundamentales del individuo frente a posibles abusos de la autoridad; abusos que en el caso de que sean provocados por el legislativo restringe la autoridad judicial, o que si provienen de la autoridad judicial pueden ser limitados por la previsión que en la ley se hizo por parte del órgano legislativo. Quedan por el sistema jurídico bien diferenciadas la función legislativa y la jurisdiccional. El texto del citado precepto es:

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> La propia Constitución garantiza la *administración de justicia*, es decir, la aplicación del derecho; de acuerdo con su artículo 17, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.

<sup>27</sup> Puede hacerse extensivo a los juicios de orden administrativo, mercantil, laboral y electoral; no para los de orden penal, por la restricción que contiene el párrafo tercero del mismo artículo, en cuanto a que “en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún



Se liga a esta disposición legal con el momento de la aplicación del derecho; determina una prelación u orden puesto que en primer lugar y en el supuesto de que los jueces conocen el derecho y tienen la capacidad para aplicarlo, tienen que atender el contenido del texto legal, la decisión es en este caso conforme a la letra de la ley.

En segundo lugar se debe, si la ley no es clara, o es ambigua, decidir la controversia planteada, conforme a la interpretación de las disposiciones normativas consideradas para dictar la resolución final. Interpretación que en todo caso debe tener como referente la idea de lo justo.

En tercer lugar, si no se descubre al interpretar jurídicamente, una norma aplicable al problema jurídico que debe resolverse, habrá que acudir, para emitir la sentencia correspondiente, a los principios generales del derecho, que por regla general son criterios de justicia.

La primera hipótesis y de hecho la segunda, podemos decir que corresponden al viejo paradigma y entonces hay que entender el artículo 14 constitucional cuarto párrafo, como el relativo a la interpretación e integración jurídica. Sin embargo, con la exigencia de que las resoluciones judiciales que se dicten tengan que ser justificadas, entra en juego la argumentación jurídica para convencer a los interesados, que la respuesta dada por los jueces con base en ciertas normas jurídicas o principios, es correcta.

La última de las hipótesis es la más importante en el “nuevo” paradigma del derecho puesto que no sólo se refiere al requerimiento de un conocimiento profundo del derecho, de sus fuentes, de su fin, del mismo orden jurídico; sino que además plantea indirectamente la existencia de una laguna normativa por lo que da pauta no a la creación de una disposición normativa, sino a la aplicación del

---

por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por alguna ley exactamente aplicable al delito de que se trata”; que es la conocida garantía de exacta aplicación de la ley.

derecho, de sus principios con los que se puede formular una norma jurídica que solucione determinado caso.

El conocimiento del derecho que tienen los jueces, no lo poseen en igual medida todos ellos; algunos lo conocerán más que otros, sabrán aplicarlo mejor. Si se ha estudiado el derecho ampliamente y el conocimiento es sólido, los casos pueden resultar fácilmente resueltos; y bien, a la inversa, si se desconoce el derecho los casos pueden parecer difíciles de resolver. He allí la razón por la que profesionistas del derecho son los encargados de impartir justicia; y de procurar la defensa de los intereses de las personas que están protegidos en la ley.

Indudablemente hay casos que requieren un estudio y análisis mayor, que representan una verdadera dificultad; en éstos también será mayor la exigencia de dar razones o argumentos que justifiquen el sentido que se da a una disposición normativa; para que se pueda integrar una nueva norma jurídica al orden normativo se requiere de una actividad argumentativa, no únicamente interpretativa. Con la interpretación se intuye una norma jurídica; con la argumentación se descubre la existencia y justifica la aplicación de la norma jurídica.

En el artículo aludido no se dan reglas de interpretación, mucho menos se nos dice como interpretar; lo que el mismo nos concede son alternativas de resolución de controversias; señala a la ley como imperfecta, y acepta que tiene una textura abierta, da cabida además, a un contenido mínimo de derecho natural,<sup>28</sup> puesto que permite buscar una solución a partir de los principios generales del derecho. También implica los supuestos antes mencionados entre los que hay que destacar el que versa sobre que una norma jurídica no cuenta con una disposición legal, pues entraña claramente la existencia de un caso difícil. Por ende, mediante la argumentación jurídica se tiene que justificar la decisión final así

---

<sup>28</sup> Sobre la textura abierta y el contenido mínimo del derecho natural véase Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

como el empleo de la norma y/o principio jurídico que sirva para solucionar un caso.

Con la argumentación jurídica se pretende proporcionar seguridad en el momento de la aplicación de la ley y/o el derecho; el orden jurídico, garantiza, siempre que se tenga un conocimiento pleno de él, una decisión judicial correcta. Igual se logra cierta seguridad si a través de los principios generales del derecho puede producirse una norma jurídica que resuelva un problema. El precepto al que nos hemos referido no pierde su función integradora ni tampoco la interpretativa, por el contrario, gana valor, pues el resultado que se obtiene del proceso interpretativo, sirve para argumentar con razones viables y fiables una sentencia.

#### B Código Civil Federal y Código Civil del Distrito Federal

Otro supuesto de los mencionados se ejemplifica con el hecho de que tanto el artículo 14 constitucional, párrafo cuarto; como el artículo 19 del Código Civil Federal y el 19 del Código Civil para el Distrito Federal, respectivamente, contienen la misma norma jurídica. El texto de estos últimos es:

Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

Aunque los artículos referidos presentan una ligera variación con el precepto constitucional y no poseen el mismo rango, la norma jurídica que contienen cuenta con la misma fuerza o vinculatoriedad; además también está en ellos, implícita, la necesidad de una motivación razonable de las resoluciones judiciales que se dicten.

Ya se señalaba que una cuestión judicial no puede dejarse de resolver, este es un derecho protegido y consagrado por la Constitución en su artículo 17 que prescribe por razones de seguridad que ninguna persona podrá hacerse justicia

por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Por otra parte el artículo 18 del los Códigos mencionados dispone:

El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Resulta de tal modo, necesario acudir a principios, para aplicar el derecho, cuando la ley no establece nada sobre una cuestión controvertida; o cuando parece que regula determinada cuestión pero en realidad abarca más allá de lo debido o es insuficiente lo que en ella se ordena.

El principio que se desprende del artículo 20 de la legislación civil federal y local (del Distrito Federal) proyecta la idea de la equidad. La equidad permite resolver satisfactoriamente si se observa la mayor igualdad posible entre las contrapartes, las controversias de derecho que se plantean ante la autoridad jurisdiccional. Señala dicho precepto:

Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

Los jueces tienen la obligación de conocer el derecho; no podrían alegar desconocimiento de la ley puesto que el sistema jurídico tiene reglas que ordenan su publicación oficial. Los individuos podrían tener o no tener conocimiento sobre la existencia de una norma legal; el desconocimiento de la ley, su ignorancia, no los exime en todo caso de responsabilidades; no pueden alegar a su favor costumbre o práctica en contrario.

Artículo(s) 10. Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

Artículo(s) 21. La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público.

¿Pero en verdad, podemos decir, que la ley lo regula todo? Aunque no es este el caso, si un supuesto de hecho no está normado, no cabe la hipótesis de laguna legal y tampoco es válido alegar ignorancia de la ley. No obstante, el derecho es un objeto susceptible de ser conocido y las personas responsables de impartir justicia, los jueces, están obligadas a conocerlo, por lo tanto, cabría decir que siempre se puede llegar a dar una respuesta idónea, ajustada lo mayormente posible al fin último de dicha ciencia.

## II Justificación de la decisión judicial

Hemos de resaltar que la acción justificativa en la teoría de la argumentación jurídica es lo que en México conocemos como fundamentación de los actos o decisiones de la autoridad jurisdiccional. Fundamentar implica invocar los preceptos normativos o las formulaciones normativas del orden jurídico con que se dicta la sentencia; motivar en esta tesitura es exponer o exteriorizar razonablemente la decisión final.

### A Fundamentación y motivación

El lenguaje jurídico es utilizado por personas que son parte en una controversia, no siempre ocurre así ya que corresponde al órgano judicial *decir* el derecho; las personas sólo pudieron haber presentado los hechos que originaron la controversia planteada ante los tribunales. El nivel del conocimiento que un juez

tenga del derecho es determinante para la aplicación correcta de las normas jurídicas; como autoridad tienen los jueces el mandato constitucional de fundar y motivar sus actos, en este caso las resoluciones que emitan.

La otra disposición constitucional que junto con el artículo 14 integra el principio de legalidad, de seguridad jurídica, es el numeral 16, que a la letra dice:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

La distribución de competencias, determinada por el sistema jurídico, obliga al juez que conoce de un asunto, a resolverlo; al darle solución al mismo, no sólo tiene que fundamentar su decisión, cuando expresa los argumentos jurídicos – premisa(s) normativa(s)- en los que ésta se sustenta; tiene también que presentar el análisis o estudio y valoración de los hechos, las pruebas y el derecho que aplica. Su sentencia tiene que ser congruente, la congruencia de la misma, le da la consistencia requerida siempre y cuando exista concordancia entre el litigio planteado ante el tribunal y la propia sentencia; el estudio llevado a cabo debe haber abarcado todos y cada uno de los puntos controvertidos.

Los criterios que se tomen en cuenta en la resolución de un caso difícil no deben ser confundidos con una disposición normativa; es cierto que de alguna manera la sentencia judicial cumple con el requisito de publicación pero proviene de la autoridad judicial no del Legislativo. Sí podría decirse que es una norma jurídica válida en el orden normativo si se integra con éste, lo que llevaría implícito el requisito de congruencia a que aludimos, que a su vez supone un proceso interpretativo coherente sobre el orden jurídico.

Sabemos que una sentencia ejecutoria, es decir aquella considerada firme porque ningún medio de impugnación puede revocarla o modificarla en virtud de que los medios de solución a la controversia suscitada fueron agotados en su

totalidad, forma una tesis jurisprudencial y que se requieren cinco tesis para formar una jurisprudencia (en materia electoral se requieren tres sentencias reiteradas e ininterrumpidas sólo si quien las ha dictado es la Sala Superior); que la jurisprudencia es obligatoria para la autoridad judicial, por lo que de alguna manera alcanza a tener fuerza vinculante.

### Jurisprudencia

Dado que la jurisprudencia tiene carácter obligatorio, para que los tribunales diriman controversias, puede ser considerada como una especie de norma jurídica; más cuando la ley es omisa respecto a una situación controvertida, puesto que aquélla, coadyuva a vislumbrar una solución.

Al tener en cuenta que se aborda en esta investigación, al derecho, desde una perspectiva relativamente novedosa; y que la interpretación jurídica mantiene un papel importante en la aplicación del derecho; a continuación citamos, en lo que nos representa utilidad teórica, parte del contenido de algunos criterios o tesis jurisprudenciales que pueden vincularse al tema de la argumentación jurídica.

El mandato constitucional a las autoridades para que funden y motiven sus actos “no alude únicamente a las resoluciones definitivas o que pongan fin a un procedimiento, sino que se refiere en sentido amplio, a cualquier acto de autoridad en ejercicio de sus funciones, como sería, por ejemplo, la simple contestación recaída a cualquier solicitud del gobernado, a la cual la ley no exime de cumplir con los requisitos de fundamentación y motivación.”<sup>29</sup> El ejercicio del derecho de petición, por ejemplo, puede poner en movimiento al Poder Judicial, si una autoridad administrativa no da respuesta a una solicitud de un particular. De tal suerte, “los efectos... que otorga la protección constitucional por falta de

---

<sup>29</sup> *FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO DE TALES REQUISITOS NO SE LIMITA A LAS RESOLUCIONES DEFINITIVAS O QUE PONGAN FIN AL PROCEDIMIENTO.* Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, agosto de 1997. Tesis: XIV. 2º. J/12. p. 538.

fundamentación y motivación de la resolución reclamada son los de constreñir a la autoridad responsable a dejar(la) sin efectos y a emitir una nueva que subsane la irregularidad cometida... ya que es preciso que el acto sin fundamentación y motivación se sustituya por otro sin esas deficiencias”<sup>30</sup>. Podríamos concluir al respecto que el campo de la argumentación jurídica no se limita a la decisión judicial; pero en esta investigación se abarca sólo este tipo de actos.

Se ha dicho que los jueces “no están obligados a un método de interpretación específico, por lo que validamente pueden utilizar el que acorde con su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto. Sin embargo en principio deberá utilizarse el literal, pues como lo establece el propio precepto constitucional, los fallos judiciales deberán dictarse ‘conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley’, con lo que se constriñe al juzgador a buscar la solución del problema que se le presente, considerando en primer lugar lo dispuesto expresamente en el ordenamiento jurídico correspondiente.”<sup>31</sup> Puede acudir, también, a la jurisprudencia sentada por la Suprema Corte, que se relacione directamente con la situación controvertida por resolver.

La Corte no sólo interpreta sino que al crear jurisprudencia integra al orden normativo los alcances que, sin estar claramente contemplados en el mismo, “se producen en una determinada situación, sin embargo, esta ‘conformación o integración judicial’ no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello no en el arbitrio del juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como

---

<sup>30</sup> *FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL EFECTO DE LA SENTENCIA QUE AMPARA POR OMISIÓN DE ESAS FORMALIDADES, ES LA EMISIÓN DE UNA RESOLUCIÓN NUEVA QUE PURGUE TALES VICIOS, SI SE REFIERE A LA RECAÍDA A UNA SOLICITUD, INSTANCIA, RECURSO O JUICIO.* Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, septiembre de 1998. Tesis: 2ª./J. 67/98. p. 358.

<sup>31</sup> *INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO.* Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, junio de 2004. Tesis: 1ª. LXXII/2004. p. 234.



unidad) situaciones jurídicas, *creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas*, de acuerdo a los principios generales del derecho.”<sup>32</sup>

Sin mayor abundamiento señalaremos que la garantía contenida en el artículo 16 constitucional, entre las autoridades

tiene por objeto que se respete el orden jurídico y que no se afecte la esfera de competencia que corresponda a una autoridad, por parte de otra u otras. En este supuesto, la garantía de legalidad y, concretamente, la parte relativa a la debida fundamentación y motivación, se cumple: a) Con la existencia de una norma legal que atribuya a favor de la autoridad, de manera nítida, la facultad para actuar en determinado sentido y, asimismo, mediante el despliegue de la actuación de esa misma autoridad en la forma precisa y exacta en lo que disponga la ley, es decir, ajustándose escrupulosa y cuidadosamente a la norma legal en la cual encuentra su fundamento la conducta detallada; y b) Con la existencia constatada de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir con claridad que sí procedía aplicar la norma correspondiente y, consecuentemente, que justifique con plenitud el que la autoridad haya actuado en determinado sentido y no en otro. A través de la primera premisa, se dará cumplimiento a la garantía de debida fundamentación y, mediante la observancia de la segunda, a la debida motivación.<sup>33</sup>

Se puede observar que en pro de la seguridad se mantiene el principio de que la autoridad únicamente puede hacer lo que la ley le tiene permitido; esto está referido a la restricción que en materia penal se conoce como el principio de estricta observancia de la ley.

---

<sup>32</sup> *JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.* Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, diciembre de 2000. Tesis: P./J. 145/2000. p. 16.

<sup>33</sup> *FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES.* Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI, abril de 2000. Tesis: P/J. 50/2000. p. 813.

Para una debida motivación “basta que la autoridad exprese los razonamientos sustanciales al respecto sin que pueda exigirse que se abunde más allá de lo estrictamente necesario para que se comprenda el razonamiento expresado. En este sentido, sólo podrá estimarse que se afecta la garantía de motivación cuando dichos razonamientos sean tan imprecisos que no proporcionen elementos al gobernado para defender sus derechos, o bien, impugnar aquéllos.”<sup>34</sup>

No podemos establecer con precisión en qué porcentaje o grado el positivismo jurídico ha perdido fuerza en el sistema jurídico mexicano, o decir certeramente que la haya perdido; tampoco señalar si el nuevo paradigma referido, ya influye en la forma en que los jueces resuelven las controversias de que conocen. Por regla general un juez está obligado a fundar sus resoluciones “citando los preceptos con los que se cumpla esa exigencia, excepcionalmente, si los razonamientos de la resolución conducen a la norma aplicada, la falta de formalidad puede dispensarse, de ahí que... se cumple con la garantía constitucional de referencia sin necesidad de invocar de manera expresa el o los preceptos que las fundan, cuando de la resolución se advierte con claridad el artículo en que se basa.”<sup>35</sup> Entonces “la indebida fundamentación implica que en el acto sí se citan preceptos legales, pero estos son inaplicables al caso particular, por su parte la indebida motivación consiste en que en el acto de autoridad sí se dan motivos pero éstos no se ajustan a los presupuestos de la norma legal citada como fundamento aplicable al asunto.”<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> *FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA INADECUADA O INDEBIDA EXPRESIÓN DE ESTA GARANTÍA CONFIGURA UNA VIOLACIÓN FORMAL A LA LEY APLICADA.* Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, febrero de 2004. Tesis: XIV. 2º. 45 K. p. 1061.

<sup>35</sup> *FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS.* Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, agosto de 2000. Tesis: P. CXVI/2000. p. 143.

<sup>36</sup> *FUNDAMENTO O MOTIVACIÓN, FALTA O INDEBIDA. EN CUANTO SON DISTINTAS.* Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, marzo de 2002. Tesis: I. 60. A. 33 A. p. 1350.

Considerada la sentencia como un acto de autoridad, tiene que fundarse y motivarse; tal mandato restringe la discrecionalidad en que pudiera caer el juez, es un tanto una medida para evitar una arbitrariedad. Las resoluciones además de fundadas y motivadas, y del estudio exhaustivo de los hechos, pruebas y derecho, formalmente deben tomar en cuenta todos los puntos controvertidos planteados por las partes que contienden en el juicio; de modo que “el juzgador debe analizar objetiva y racionalmente, las argumentaciones jurídicas correspondientes, asumiendo personalmente las que le resulten convincentes y expresando, a su vez, las consideraciones que lo justifiquen”<sup>37</sup> en la sentencia que dicte; la actividad argumentativa, se observa, no es exclusiva de la autoridad judicial; puede bien, ser utilizada por las demás partes que intervengan en el litigio.

Hay dos tesis que llaman nuestra atención porque contienen ideas que van en contra de lo que se trata en esta tesis. Una<sup>38</sup> señala en esencia que los principios generales del derecho en ninguna forma comprenden el derecho comparado, en el texto se cita el artículo 14 constitucional, cuarto párrafo, y se concluye que no existe sustento legal que obligue a los juzgadores que resuelvan con apoyo en esa ciencia; en sí, estamos de acuerdo con el razonamiento en cuanto a que los principios generales del derecho no son derecho comparado. Lo que queda por rescatar es la posibilidad de resolver una controversia con ayuda de la analogía, incluso echar mano de ser posible del derecho comparado; también habrá que recordar que existen derechos universales que pueden ser protegidos por principios de justicia y que lo que se aplica es el derecho, que la ley es su vehículo; que el artículo precitado abre la puerta a una interpretación jurídica amplísima que permite encontrar los argumentos necesarios para fundar una decisión correctamente.

---

<sup>37</sup> *DOCTRINA PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS.* Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIII, mayo de 2001. Tesis: 2ª. LXIII/2001. p. 448.

<sup>38</sup> *DERECHO COMPARADO. LAS AUTORIDADES NO ESTAN OBLIGADAS A RESOLVER CON APOYO EN ÉL.* Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, enero de 1997. Tesis: XXII. 16 K. p. 456.

La otra tesis<sup>39</sup> refiere que si no existe ley aplicable, no puede exigirse que la Justicia Federal llene ese vacío, pues de hacerlo, crearía leyes, lo que en nuestro sistema de derecho esta prohibido porque constitucionalmente no se pueden reunir dos poderes en uno. Al respecto cabe insistir en que es una obligación de la autoridad judicial impartir justicia, aplicar el derecho; no crea una disposición legal, por lo que no invade la competencia del órgano legislativo; que lo que crea es una norma jurídica y ésta se integra al sistema porque éste lo permite sólo cuando esa norma es coherente con el orden normativo establecido que se aplica.

Finalmente hay que señalar que “la facultad jurisdiccional con la que cuenta el Poder Judicial de la Federación para decir el derecho, encuentra su límite en la ley y su justificación, exclusivamente en el derecho.”<sup>40</sup>

## B Descubrimiento y justificación

En la teoría de la argumentación jurídica las categorías operacionales que se utilizan son el llamado *descubrimiento* y la *justificación*. Con ellas se señalan diferentes momentos en la toma de una decisión judicial. La interpretación se ubica junto al descubrimiento; la justificación está ligada a la fundamentación y motivación. La argumentación es útil a la integración, a la interpretación jurídica y a la justificación.

Todos los problemas presentados ante los tribunales deben ser resueltos, y es en los casos, en que no existe a primera vista una norma jurídica, cuando la argumentación se presenta como un medio de control sobre la actividad jurisdiccional; recordemos que a los jueces obliga como directriz, el artículo 14

---

<sup>39</sup> *AUSENCIA DE LEGISLACIÓN Y LAGUNAS DE LA LEY. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL NO PUEDE LLENAR ESE VACÍO.* Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, febrero de 1997. Tesis: XIX. 1º.9 K. p. 710.

<sup>40</sup> *CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE LIMITAN A EMITIR JUICIOS DE VALOR DE TIPO MORAL EN RELACIÓN CON LA LEY O ACTO RECLAMADO.* Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVII, enero de 2003. Tesis: III.2º.C.4 K. p. 1746.

constitucional, cuarto párrafo; y que complementa la garantía de seguridad jurídica el artículo 16 constitucional, mismo que los obliga a justificar sus decisiones.

Se ha hecho la distinción entre casos fáciles y casos difíciles; en los primeros parece suficiente la lógica deductiva puesto que aceptadas las premisas, la conclusión en cuestión está justificada internamente.<sup>41</sup> Estos casos no tienen implícita la duda sobre que norma jurídica se va aplicar; siguen el silogismo deductivo, figura la subsunción, la premisa mayor es la norma, la menor los hechos y la conclusión o solución deriva de las premisas.

En los del segundo tipo, es necesaria la argumentación jurídica; se requieren de razones adicionales a favor de las premisas o normas jurídicas; las razones no se obtienen deductivamente. A este tipo de justificación que consiste en mostrar el carácter más o menos fundamentado de las premisas se le denomina justificación externa.<sup>42</sup>

El contexto de descubrimiento abarca los siguientes supuestos: En los casos que no implican problema, se puede pensar en una aplicación mecánica de la ley. El *descubrimiento* es importante en el proceso de toma de decisión de un caso difícil, seguramente concurren un conjunto de procesos del conocimiento que podrán ser explicados mejor por otros profesionistas; puede incluso pensarse en la heurística aún cuando la norma jurídica que servirá de premisa no se invente, más bien, se encuentre, se descubra; identificado el problema de laguna legal, ambigüedad, contradicción, etc., éste capta nuestra atención y resulta importante la necesidad de una respuesta, el conocimiento del derecho determina la capacidad para descubrir la premisa aplicable.

El contexto de justificación comprende a la justificación interna y a la justificación externa; se refiere de alguna manera a la fundamentación y a la

---

<sup>41</sup> Atienza, Manuel, *Tras la justicia...* Cit., p. 127. (Ver nota 3 en pág. 16)

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 127-128.

motivación respectivamente. La interna refleja el hecho de que la decisión pueda o no considerarse deducida en forma lógica de las premisas, destacan así las normas jurídicas que sustentan tal decisión; la externa se integra con los argumentos o razones que respaldan la decisión, es la motivación de la decisión.<sup>43</sup>

Supongamos que existe un caso en el que cobra vigencia la argumentación jurídica, el mismo está referido a una contradicción en el orden jurídico, “cualquier contradicción técnica puede ser removida bien mediante las reglas de conflicto basadas en los criterios de jerarquía de las normas (lex superior – lex inferior), criterios temporales (lex anterior – lex posterior) y criterios sustantivos (lex generalis – lex specialis), o bien mediante la interpretación propiamente dicha”<sup>44</sup>; necesario es destacar que las premisas o normas jurídicas descubiertas primero y después aplicadas y explicadas darán fuerza a la sentencia definitiva; por ende son relevantes las razones que explican el porque se resuelve de determinada forma, porque debe prevalecer una razón y no otra. Lo que debe cuidarse es expresar correctamente cada premisa; una premisa correcta, es convincente, da valor a la propia argumentación; si no basta con expresarla, se dan razones adicionales que la fortalecen. Tiene que evitarse trabajar con premisas incorrectas, razonamientos que conduzcan a un error al aplicar el derecho. En general, habrá de tener cuidado en presentar argumentos que se libren de poder ser calificados como falacias.

### III Análisis de una decisión

Argumentar, dar razones que respalden una decisión, implica una labor judicial más precisa, que requiere de un mayor esfuerzo al realizado con la sola interpretación.

---

<sup>43</sup> Cfr. Rentería, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, título original: *Il labirinto della giustizia*, México, Fontamara, 2002, pp. 75-77.

<sup>44</sup> Wróblewski, Jerzy, *Op. Cit.*, p. 316. (Ver nota 16 en pág. 25)

El problema que se presenta con la interpretación es que no implica un control que vaya encaminado a limitar posibles arbitrariedades al momento de aplicar el derecho; indebidamente puede aplicarse éste, si el sentido atribuido a la ley en general o al precepto legal en particular, no produce la norma jurídica que se acerca más a una correcta interpretación (y por ende a una correcta decisión), que a la discrecionalidad judicial.

Los jueces tienen por mandato constitucional la obligación de propiciar confianza cuando imparten justicia. Únicamente si conocen y manejan el orden jurídico, su sistematización a partir de la Constitución, pueden llegar a justificar de manera sólida una decisión.

Los conflictos en que la justificación es imperativa debido a lo complejos que resultan, requieren, además de mayor atención y tiempo, de un análisis que no se limita a lo estrictamente legal sino que abarca, dicho análisis, además de los hechos, el derecho; y también la dogmática jurídica, que coadyuva en tales casos. El lenguaje jurídico juega un papel importante para plantear la o las razones que determinaran el valor de la premisa normativa y la objetividad de la decisión tomada al final.

Para ejemplificar, sólo en parte, el modo<sup>45</sup> en el que se pueden encontrar los argumentos que respaldaran la decisión, traemos a colación una decisión sobre una contradicción de tesis.

La tesis que resultó de la contradicción 70/97;<sup>46</sup> denunciada mediante oficio A-08-08-46-97, tiene por rubro: PRESCRIPCIÓN POSITIVA O ADQUISITIVA.

---

<sup>45</sup> Imaginémonos frente a un gran problema jurídico; éste sólo puede resolverse correctamente de una sola manera; para encontrar la solución se puede avanzar y de repente descubrir que no va por allí la salida, entonces hay que reconsiderar las veces que sea necesario; tomar nuevos elementos de análisis, igual alguno que haya sido descartado antes; puede uno ir y venir, considerar y reconsiderar alternativas, hasta lograr el objetivo: encontrar una salida, la mejor solución o respuesta al problema.

<sup>46</sup> Poder Judicial De La Federación. S.C.J.N. CD-Rom de Jurisprudencia y tesis aisladas; consultas especiales: contradicción de tesis. México, 2003.

DEBE DEDUCIRSE MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN O RECONVENCIÓN CORRESPONDIENTES, SIN QUE PUEDA PROSPERAR A TRAVÉS DE UNA EXCEPCIÓN<sup>47</sup> y a la letra establece:

Desde un punto de vista general el término 'excepción' consiste en un derecho de defensa, y constituye la facultad legal que tiene el demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos jurisdiccionales. Cabe precisar, que las excepciones que opone el demandado en el juicio natural, tienden a destruir la acción que se ejerce, pero no pueden constituir un derecho, es decir, no conducen a obtener una declaración a favor de la excepcionante. Ahora bien, de la lectura de los artículos 1157 y 1155, del Código Civil para el Distrito Federal y Código Civil del Estado de Sinaloa, respectivamente, se advierte que la prescripción adquisitiva sólo puede deducirse como acción, porque esos numerales aluden al caso de que sea procedente la acción, y no, cuando se declara procedente la excepción, por lo que no puede ampliarse el contenido de dichos preceptos legales, para incluir esta última hipótesis. La excepción de prescripción como tal, no debe confundirse con la facultad que otorga la ley al demandado de reconvenir a su contraria, en tanto que la figura jurídica de la reconvencción, es la actitud que adopta el demandado, en la que aprovechando que la relación procesal ya se encuentra establecida, formula nuevas pretensiones contra el actor. Siguiendo este orden de ideas, exigir que la prescripción se deduzca como acción o en vía reconvenccional y no como simple excepción, es sencillamente respetar el derecho de defensa de la parte actora, en virtud de que con las excepciones que se opongan no se corre traslado al actor para que dentro de un plazo a su vez oponga excepciones y ofrezca pruebas. En cambio, cuando se ejerce un derecho como acción o en vía reconvenccional, sí se corre traslado a la contraria para que pueda excepcionarse, es decir, de este modo la contraria tendría la oportunidad de contradecir. Lo expuesto no implica que el demandado forzosamente tenga que hacer valer la reconvencción, ya que el hecho de omitirla, no hace que precluya su derecho, para ejercer, en juicio por separado, alguna acción derivada de la misma causa o título que dio origen a la demanda principal.

---

<sup>47</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Tomo: XIII, mayo de 2001. Tesis: 1ª./J. 9/2001. p. 170.



La contradicción consiste básicamente en que respecto a la prescripción positiva el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil sostenía que para que opere la prescripción positiva ésta debe deducirse mediante una acción. Por su parte, su homólogo, Primer Tribunal del Décimo Segundo Circuito, fue de la postura de que la prescripción positiva puede hacerse valer por vía de acción, o bien, como excepción.

La jurisprudencia es de observancia obligatoria para los juzgadores; como interpretación de la ley, constituye una norma jurídica, que puede utilizarse como argumento en un juicio futuro, pues mientras el órgano legislativo no regule al respecto tendrá el carácter de directriz para aquéllos. Por ello se supone que debe tenerse cuidado en no romper con una resolución, el orden normativo.

No es válido que el órgano jurisdiccional deje de entrar al fondo de las controversias; que se base solamente en los argumentos planteados y artículos citados por alguna de las partes; y menos válido es dejar de hacer un análisis propio (como autoridad), de los preceptos legales invocados así como de los relacionados no precitados, pues si así lo hace, él mismo, no tendrá razones suficientemente convenientes para conseguir que su resolución sea sólida.

La Primera Sala justifica internamente la jurisprudencia citada de acuerdo con el texto de los artículos 1157 y 1155, del Código Civil para el Distrito Federal y Código Civil del Estado de Sinaloa, respectivamente. El texto del primero es: “la sentencia ejecutoria que declare procedente la acción de prescripción, se inscribirá en el Registro Público y servirá de título de propiedad al poseedor”; el texto del artículo mencionado en segundo término es idéntico. Se puede apreciar que la intención del legislador va más en el sentido de inscribir la sentencia en el Registro Público de la Propiedad para que el derecho declarado surta efectos frente a terceros y quede protegido; no se desprende *prima facie* que la finalidad del precepto sea sobre el ejercicio de la acción de prescripción, o al menos, no dice la ley que no se pueda deducir la prescripción vía excepción.

En la justificación externa la Primera Sala menciona que el término excepción, consiste en un derecho de defensa. También dice que las excepciones tienden a destruir la acción que se ejerce... pero que no conducen a obtener una declaración a favor de la excepcionante. Que no debe confundirse la *excepción de prescripción* con la reconvención, que con esta última se aprovecha la relación procesal establecida. Que lo que busca es respetar el derecho de defensa de la parte actora porque cuando se ejerce un derecho como acción o en vía reconvencional se corre traslado a la contraria para que pueda contradecir. Que el demandado no tiene forzosamente que reconvénir ya que puede hacer valer su derecho en un juicio por separado.

Se “justifica” interna y externamente; el problema identificado es que doctrinalmente se ha clasificado a las excepciones como propias y como impropias; dentro de las primeras, se encuentra la prescripción; las excepciones propias “descansan en hechos que por sí mismos no excluyen la acción, pero dan al demandado la oportunidad de destruirla mediante *oportuna* alegación y *demonstración* de los hechos”.<sup>48</sup>

Al no reconvénir la parte demandada; si a la excepción de prescripción que exprese no se le da el carácter de acción “dado que está establecida la relación procesal” puede considerarse como que renunció tácitamente a su derecho.<sup>49</sup>

Se aprecia que con la jurisprudencia que se resuelve la contradicción de tesis, no se derrota en forma razonable, ni definitiva, el supuesto de procedencia de la acción de prescripción vía excepción. Que si se encuentra establecida una relación procesal y no se hace valer la prescripción aunque sea vía excepción, podría considerarse la renuncia tácita de ese derecho; y que si la autoridad jurisdiccional no contempla el artículo 1142 citado a pie de página y hay alguien

---

<sup>48</sup> Ovalle Favela, José, “Excepciones”, en *Diccionario Jurídico Mexicano, (D-H)*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 1377.

<sup>49</sup> Establece el artículo 1142 del Código Civil para el Distrito Federal: La renuncia de la prescripción es expresa o tácita, esta última es la que resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido.

que lo haga valer no existiendo reconvención, el otro puede quedar en completo estado de indefensión.

En realidad lo que conformaría el contexto de justificación no se desarrolló satisfactoriamente y es precisamente con ésta que puede argumentarse ampliamente en derecho; de allí la importancia de la argumentación jurídica.

Concluimos que no sólo el conocimiento de la ley y el derecho es importante, que la importancia se centra en ambos pero en el derecho en primer lugar. También se concluye que resulta importante el lenguaje, el manejo del lenguaje jurídico y el manejo del razonamiento lógico, de la lógica de lo razonable. Que para la solución de una controversia con apego al orden jurídico, tales factores influyen en que la solución sea aceptable. Que no es una idea descabellada la pretensión de comprender el derecho como argumentación, tal como lo hacen Jaime Cárdenas y Manuel Atienza.

## Capítulo tercero

### Teoría de la argumentación jurídica

En este capítulo queda plasmado el pensamiento de dos autores considerados integrantes de la primera generación de la teoría de la argumentación jurídica: Chaïm Perelman y Theodor Viehweg. A éste último podemos considerarlo precursor de la materia argumentativa, es con quien inicia este nuevo paradigma del derecho. Mientras que Perelman se avoca a la retórica, Viehweg lo que destaca es la tópica. Se consideran también algunas ideas de Robert Alexy y de Manuel Atienza, autores de la llamada segunda generación, son quienes hacen visible dentro de la teoría, la “importancia” del uso de la lógica formal, al argumentar en materia jurídica.

#### I Chaïm Perelman

En la obra de Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*<sup>50</sup>, del campo de la argumentación interesa lo que corresponde al proceso de la aplicación del derecho. Él observa que con el positivismo se pretende suficiente un criterio de legalidad para la solución de una controversia judicial; que en éste no ha importado si la decisión tomada es justa, razonable o aceptable<sup>51</sup>. A partir de allí desarrolla una nueva retórica en la que se toma en cuenta a la equidad.

---

<sup>50</sup> El libro consultado fue traducido en 1976, del original publicado en París en 1964. Con Olbrechts-Tyteca, el autor, comienza a trabajar el tema de la argumentación desde 1947. Se ha consultado además su trabajo intitulado *Le champ de l'argumentation*.

<sup>51</sup> Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, 1ª reimp., trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988, p. 133.

## A Nueva retórica o argumentación

Perelman retoma la tradición aristotélica que admitía una razón práctica en todos los campos de la acción, desde la ética a la política, y que justificaba a la filosofía como la búsqueda de prudencia; plantea la posibilidad de un uso práctico de la razón, que se niega si se asume una concepción positivista. Su propósito es establecer, respecto a los juicios de valor que acompañan a las decisiones jurídicas, a falta de una lógica específica de éstos, una metodología, misma que se traduce en la “renovación de la lógica formal”.<sup>52</sup>

Señala de manera general, que cuando se trata de opiniones controvertidas, se discute y se delibera, se recurre a técnicas de argumentación; que el fin de los discursos en tales casos es persuadir y convencer a otros<sup>53</sup>. Al seguir a Platón, propone en casos controvertidos, recurrir a la dialéctica o arte de la discusión<sup>54</sup>. Presenta así los razonamientos retóricos y dialécticos como técnicas con las que puede tratarse de establecer un acuerdo conforme a derecho en un litigio.<sup>55</sup>

## B Argumentación en general

La retórica desarrollada en un primer momento por Aristóteles, Cicerón y Quintiliano es una disciplina a la que el primero define como el arte de buscar en cualquier situación los medios de persuasión disponibles; y a partir de la que Perelman desarrolla una teoría de la argumentación, cuyo objeto será, “el estudio de técnicas discursivas encaminadas a provocar o a aumentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su aprobación”.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Perelman, Chaïm, *Op. Cit.*, pp. 134-135.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 139.

El alcance de la definición dada lo explica a partir de cuatro consideraciones: la primera es en cuanto a la persuasión por medio del diálogo, para lo que se recomienda un acuerdo previo sobre el sentido de las palabras a utilizar, esto porque recurrir a la retórica implica la utilización de tópicos y el uso de la dialéctica como método de discusión, así como la aplicación de técnicas propias del debate y la controversia. En este caso se excluye de la retórica apelar a la experiencia, y al uso de la violencia, aunque es difícil eliminar por completo las amenazas y las promesas.<sup>57</sup>

La segunda concierne a la demostración y a las relaciones de la lógica formal con la retórica, se dice: se logra demostrar algo como válido con la lógica formal sólo si concuerdan premisas y conclusión, pero con la lógica formal no se resuelve por ejemplo el problema de elegir uno de los sentidos que presente una palabra con varias significaciones, entonces es necesario dar las razones de dicha elección para obtener la adhesión a la solución propuesta.<sup>58</sup>

En tercer lugar tenemos que la adhesión a una tesis puede ser de una intensidad variable, más si se trata de valores y no de algo evidente, pues nunca se sabe si habrá colisión con otro valor, ni la adhesión que el valor propuesto frente al que con él mismo colisiona pueda conseguir.<sup>59</sup>

La cuarta consideración a tomar en cuenta para distinguir entre la retórica y la lógica formal, es que la primera no se refiere tanto a la verdad como se refiere a la adhesión; una verdad como tal, si es reconocida o no, su condición se mantiene intacta; por el contrario, la adhesión implica lograr captar el reconocimiento de la o las inteligencias a las que nos dirigimos, esto es, del auditorio.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Ibidem, pp. 139-140.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>59</sup> Ibidem, pp. 140-141.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 141.

En la retórica un discurso es eficaz siempre que se adapta al “auditorio” al que se trata de convencer o persuadir<sup>61</sup>; en la teoría de la argumentación el auditorio no se define como el conjunto de aquéllos que escuchan un discurso, sino más bien como el conjunto de aquéllos a quienes se dirige el esfuerzo de persuasión para convencerles<sup>62</sup>.

En la retórica como en la argumentación a quien presenta argumentos se le llama el orador y Perelman entiende por orador aquél que presenta la argumentación, sea oralmente o por escrito y entiende por auditorio todos a los que se dirige la argumentación, que a la vez pueden escuchar o ser lectores, de tal modo, el auditorio universal no es más que una realidad social concreta.<sup>63</sup>

Para persuadir a un auditorio lo primero que hay que hacer es conocerlo, saber cuáles son las tesis que los oyentes admiten para a partir de allí argumentar con el uso de un lenguaje comprensible, son tales tesis las que han de suministrar el contenido de la argumentación<sup>64</sup>. “En efecto toda argumentación toma su punto de partida en eso que llamamos objetos de acuerdo, hechos, verdades, presunciones, valores, jerarquía de valores, lugares comunes”<sup>65</sup> o tópicos. Tales objetos de acuerdo expresarán las nociones mismas que constituyen por sí las tesis que buscan la adhesión del auditorio.

Se distinguen dos tipos de discursos, unos son sobre hechos reales, y están los discursos sobre valores; en los primeros lo que se opone a lo verdadero es únicamente lo falso y lo que es verdadero para algunos debe serlo para todos;

---

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 162.

<sup>63</sup> Perelman, Chaïm, *Le champ de l'argumentation*, Bélgica, Universidad Libre de Bruselas, 1970, p. 25. (la traducción es mía) Al tomar en cuenta que Perelman se pronuncia a favor de la razón práctica entendemos que el auditorio universal puede ser concebido solamente en teoría; no se puede suponer la existencia de un auditorio universal cuando estamos frente a una situación problemática en la que obviamente se presentan diferentes argumentos y los mismos es difícil que sean aceptados por todos, lo más a que se puede llegar, es utilizar argumentos que induzcan de manera razonable a un convencimiento, por ello considera el autor a la persuasión como acción a través de la que se convence a otro ser razonable.

<sup>64</sup> Perelman, *La lógica... Cit.*, p. 143.

<sup>65</sup> Perelman, *Le champ... Cit.*, p. 86.

cuando se trata de discursos sobre valores lo que se opone a cierto valor es otro valor y nada garantiza que la jerarquía de valores sea igual para todo el auditorio, tampoco nada garantiza que una misma persona en el curso de su existencia continúe siempre fiel a los mismos valores.<sup>66</sup>

Perelman rechaza el nihilismo<sup>67</sup> y cree que todo lo que concierne a los valores no es arbitrario y que los juicios de realidad no son enteramente independientes de los valores, deja a un lado la idea de que las controversias se resuelven a favor del más fuerte y la idea de que la justicia, la equidad, el bien común o lo razonable no son más que palabras vacías; comienza así a desarrollar una nueva retórica.

En la argumentación no se presenta la adhesión exclusivamente porque la tesis presentada sea verdadera; se puede preferir una tesis porque parezca más equitativa que otra, más oportuna, más actual, más razonable o mejor adaptada a la situación. Como regla general, toda argumentación deberá partir de tesis a las que se adhieran aquellos a los que se pretende persuadir o convencer. Habrá que poner especial cuidado en no caer en una *petición de principio*, esto es, en un sofisma o error derivado de la presunción que tenga el orador acerca de la posición del auditorio respecto a la controversia, entonces para evitar la petición de principio el orador por lo menos debe conocer la posición del auditorio respecto al problema y partir de tesis que se saben admitidas de antemano.<sup>68</sup>

Escoger la “tesis de partida” puede representar un problema para el orador, la forma de resolverlo, es fundar los argumentos sobre tesis universalmente

---

<sup>66</sup> Perelman, *La lógica...* *Cit.*, p. 144. Por tanto, a los razonamientos demostrativos o inferencias formales se les puede calificar de correctos o incorrectos; por el contrario a los argumentos y razones que se expresen a favor o en contra en una controversia se les puede calificar de tesis fuertes o débiles, según incidan en la intensidad de la adhesión del auditorio a las tesis presentadas para su “asentimiento”.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 147-151.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 153-154.



admitidas, sobre opiniones que deriven generalmente del sentido común, que puedan ser admitidas por todo ser razonable.<sup>69</sup>

En la teoría de la argumentación jurídica, el recurso formulado por Aristóteles es acudir a un *lugar común* que juega un papel análogo al de los axiomas en un sistema formal; los lugares comunes pueden servir de punto de partida para provocar la adhesión de un auditorio porque se considera que son comunes a todas las mentes, a diferencia de los axiomas hay la posibilidad de interpretarlos y de aplicarlos de distintas maneras<sup>70</sup>. Es determinante la forma en la que se presenta o se le da “presencia” a un tópico, y no sólo a éste, también a los hechos y los valores; afirma Perelman que el arte de la presentación cumple una función persuasiva innegable.<sup>71</sup>

En la argumentación no judicial el orador ha de considerar la lengua como un vasto arsenal, del que puede escoger los medios que sean favorables para su tesis; la cuestión del sentido de las palabras no es un problema teórico, sino que es un problema práctico, que consiste en encontrar o en elaborar si es necesario, el sentido que se adapte mejor a la solución que por alguna razón se propone.<sup>72</sup>

Respecto a una situación controvertida puede haber más de una opción de solución y para quien debe tomar posición es esencial establecer los puntos de desacuerdo y, a partir de ellos, trasladar los discursos a un plano en que las tesis contrapuestas se hagan comparables y en el que los argumentos utilizados a favor de la primera solución se conviertan en objeciones frente a la segunda o viceversa.<sup>73</sup>

Las técnicas de argumentación suministran todo un arsenal de razones, más o menos fuertes y más o menos pertinentes, pero que pueden, a partir de un

---

<sup>69</sup> Ibidem, p. 155.

<sup>70</sup> Ibidem, pp. 155-156.

<sup>71</sup> Ibidem, pp. 157-158.

<sup>72</sup> Ibidem, pp. 158-161.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 161.

mismo punto de partida, llevar a conclusiones diferentes y a veces incluso opuestas, los argumentos pueden reforzarse pero pueden también combatirse y es raro que frente a las razones a favor de una tesis no se puedan alegar razones en sentido contrario. La argumentación no es jamás necesaria como la demostración. Y, por ello, lo más frecuente será que exista acuerdo sobre el punto de partida de la argumentación y no sobre las conclusiones hacia las cuales tiende el discurso.<sup>74</sup>

Perelman señala que entre los argumentos podemos distinguir unas técnicas de enlace y unas técnicas de disociación de nociones; las técnicas de enlace comportan argumentos cuasilógicos mismos que poseen una estructura que recuerda a los razonamientos formales, lógicos o matemáticos (principio de identidad, de contradicción, etc.), son argumentos fundados sobre la estructura de lo real o que fundan la estructura de lo real, los primeros utilizan las relaciones de sucesión (causa-efecto) o las de coexistencia, los argumentos que fundan la estructura de lo real utilizan el ejemplo, el modelo o la analogía. La analogía plantea una proposición: *a* es a *b* como *c* es a *d*; se trata de esclarecer por medio de una relación conocida (*c* es a *d*), a la que llama “foro”, una relación menos conocida (*a* es a *b*) que es el “tema” del discurso. En cuanto a la técnica de disociación de nociones, se toma por ejemplo la contraposición ente realidad y apariencia, se obtienen dos afirmaciones incompatibles, y entonces se elige una y se descalifica otra.<sup>75</sup>

La eficacia de la argumentación depende tanto de los argumentos aislados como del discurso en su conjunto. En derecho sucede que es esencial que los litigios concluyan en un tiempo razonable, en lo que a argumentación respecta se puede considerar a aquél como la rama de una alternativa<sup>76</sup>; y a los principios generales del derecho admitidos por todos los pueblos civilizados, como los lugares comunes o tesis de partida.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>75</sup> Ibidem, pp. 166-175.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 163.

<sup>77</sup> Ibidem, pp. 156 y 165.

## C Argumentación específica en derecho

La argumentación es esencialmente un acto de comunicación<sup>78</sup>; en el derecho lo que se comunican son los motivos o razones que justifican un juicio respecto de una cuestión controvertida.

Llega un momento en la historia del razonamiento judicial en que los jueces no sólo tienen la obligación de motivar sus decisiones con base en la legislación vigente, sino que también está la exigencia social y moral de que sus decisiones sean equitativas, es decir, que además de que sean conforme al derecho vigente se observe en ellas un criterio de justicia, de este modo el juez cumple la tarea de conciliar el derecho contenido en la ley con la equidad, criterio que bien puede ser tachado de subjetivo y que sin embargo no implica la idea de arbitrariedad en una solución.<sup>79</sup>

Ligada a la teoría de la argumentación jurídica se considera necesaria la existencia del Estado de derecho, en el que hay separación de poderes, y por ende, un Poder Judicial independiente, con jueces imparciales, que siguen el debido proceso legal, puesto que está prohibido establecer tribunales especiales. No obstante, la formación del derecho no se concibe como un monopolio del Legislativo, pues el juez posee facultades indispensables que le permiten adaptar el texto de la ley a los casos concretos<sup>80</sup>. De tal suerte, la palabra objetividad en materia de argumentación, debe ser reemplazada por la palabra imparcialidad, porque como dice Perelman, en todos los ámbitos en donde se argumenta, la objetividad es difícil de precisar.<sup>81</sup>

El juez debe siempre llegar a una solución aún cuando se encuentre ante un vacío normativo; lo hace mediante la creación de una antinomia entre una

---

<sup>78</sup> Perelman, *Le champ... Cit.*, p. 50.

<sup>79</sup> Perelman, *La lógica... Cit.*, p. 198.

<sup>80</sup> Ibidem, pp. 192-196.

<sup>81</sup> Perelman, *Le champ... Cit.*, p. 37.

disposición de derecho positivo y una regla de derecho no escrito, limita el alcance del texto y crea una laguna que habrá de llenar conforme a la regla de derecho no escrita (equidad).<sup>82</sup>

En efecto, si el derecho es un instrumento flexible y capaz de adaptarse a valores que el juez considera como prioritarios, no hace falta que el juez decida con directrices procedentes del gobierno, sino en función de los valores que dominan en la sociedad, ya que su papel es conciliar estos valores con las leyes y las instituciones establecidas, de manera tal que con ello se ponga de manifiesto no sólo la legalidad, sino también el carácter razonable y aceptable de sus decisiones.<sup>83</sup>

En un caso concreto cada parte invoca las reglas y los precedentes que le son favorables; determina el sentido y alcance que se le otorga a la regla o precedente elegido; pueden fundar su elección en la “regla de justicia” que versa sobre el *tratamiento igual a casos esencialmente similares*, y si lo que se pretende es una nueva propuesta de solución se tendrán que dar mejores razones<sup>84</sup>. Mientras que con la lógica formal el silogismo judicial<sup>85</sup> se traduce en la subsunción de los hechos dentro de la norma, al ser la premisa mayor la norma aplicable, la menor los hechos probados y la conclusión lo que la ley prescribe al respecto; al renovarla, en la lógica jurídica el papel del juez radica en hallar una solución justa, razonable y aceptable, no subjetiva ni arbitraria, de modo que su juicio no es una conclusión impersonal y necesaria. El juez al justificar las razones de su decisión, debe convencer a las partes de que ésta no es una posición arbitraria sino más bien imparcial<sup>86</sup>.

Por último cabe señalar la observación que hace Perelman en el sentido de que la lógica jurídica, especialmente la judicial, entendida como argumentación<sup>87</sup>,

---

<sup>82</sup> Perelman, *La lógica... Cit.*, p. 187.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 210.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 213.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 212.

origina que el derecho evolucione, es decir, cree que el derecho es dinámico que se transforma y adapta al tiempo presente<sup>88</sup>, que no es algo estático, lo que podría presuponer inseguridad jurídica, sin que en realidad se de tal supuesto<sup>89</sup>.

## II Theodor Viehweg

En la segunda mitad del siglo XX aparece en el pensamiento jurídico una obra que muestra al derecho desde una perspectiva interesante, si no novedosa; ésta es *Tópica y jurisprudencia*<sup>90</sup> de Theodor Viehweg, difundida a partir de 1963. La misma desarrolla ideas que trabajaba desde 1950 y que conforman una formulación teórica de gran valor que es su aportación conceptual y sistemática a la teoría jurídica.

### A Jurisprudencia tópica

Para Viehweg la jurisprudencia es “una permanente discusión de problemas y su estructura total ha de ser determinada desde el problema.”<sup>91</sup> Menciona que “cada problema tiene que tomarse como una articulación del problema básico de la justicia, para que toda la problemática no sea algo sin sentido.”<sup>92</sup> A la tópica la considera como el punto del que se parte para lograr una solución del problema a resolver.

---

<sup>88</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>89</sup> El supuesto de inseguridad jurídica no se verifica porque si bien es cierto que al no atender la literalidad de la ley o “su espíritu” se afectaría una supuesta seguridad jurídica; al decidir una controversia la autoridad judicial, con base en la equidad, se ganan sólo en justicia sino que de paso se alcanza la certeza de el orden jurídico proporciona seguridad jurídica.

<sup>90</sup> Esta obra sirve de punto de partida para la teoría de la argumentación jurídica actual. En este apartado se señalan otros autores porque Viehweg los trae al cuento debido a la importancia de sus respectivas ideas, ideas que son base de dicha teoría. En general, se supone que los preceptos o prescripciones legales cuentan con valores implícitos que permiten una solución satisfactoria de un conflicto; pero es en la práctica, cuando no siempre se pueden cumplir las expectativas de justicia, y se hace necesario el uso de una *técnica* que permita una respuesta a un determinado problema.

<sup>91</sup> Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964, p. 133.

<sup>92</sup> Viehweg, Theodor, *Op. Cit.*, p. 100.

Al hablar de la referencia que hace Vico, a los métodos científicos, quien califica al antiguo como retórico (tópico) y al nuevo como crítico, deja entrever una diferencia, centrada en la lógica, que resalta la importancia del sentido común como punto de partida en el razonamiento tópico. Señala que la tópica permite encontrar una trama de puntos de vista, mismos que permiten que un método mayormente estructurado logre verdadera efectividad.<sup>93</sup>

### 1.- Antecedentes

De Aristóteles, Viehweg retoma la idea de la tópica que según aquél, pertenece al terreno de lo dialéctico (de lo meramente opinable, de lo retórico) y no al terreno de lo apodíctico (campo de la verdad).

Aristóteles<sup>94</sup> pretende encontrar un método con el cual se parta de proposiciones opinables que permitan formar silogismos sobre los problemas que se puedan plantear y evitar a la vez contradicciones en el discurso elaborado con el fin de atacar o defender en una disputa; distingue de entre los silogismos no apodícticos, a las *conclusiones dialécticas*, como aquéllas que tienen como premisas opiniones acreditadas y verosímiles, que deben contar con aceptación (*endoxa*). Señala que en la dialéctica se cuenta con cuatro procedimientos instrumentales: el descubrimiento y la captura de las premisas o proposiciones iniciales; la diferenciación de la plurivocidad existente en las expresiones lingüísticas o distinción de las diversas denominaciones de las cosas y la diferenciación de las distintas categorías (*sustancia o quiddidad, cantidad, calidad, relación, lugar, tiempo, estado, posición, acción y pasión*); el descubrimiento de las diferencias de géneros (*accidente, género, proprium y definición*) y tipos; y el descubrimiento de analogías o semejanzas en los diferentes géneros.

---

<sup>93</sup> Ibidem, pp. 26-28.

<sup>94</sup> Ibidem, pp. 33-37.

Los *topoi*<sup>95</sup> son para Aristóteles puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad.

Por otra parte Viehweg cita de Cicerón; que para éste la disertación se compone de la *invención* y de la *formación del juicio*; retoma que los tópicos son de donde se extrae el material para la demostración. Que hay tópicos que están estrechamente ligados con el asunto mientras que otros proceden de fuera; este segundo tipo comprende los criterios de autoridad que tienen importancia práctica, mientras que el primer tipo de tópicos están referidos al todo o sólo a determinados aspectos, cuando toman en consideración al todo, lo hacen como tal, todo, a la vista de sus partes o a la vista de su denominación; cuando toman en consideración determinados aspectos, se trata o de conexiones lingüísticas o de otros aspectos tales como género, semejanza, diferencia, causa, efecto, etc.<sup>96</sup>

Cicerón<sup>97</sup> divide las disertaciones en *judiciales*, *deliberativas* y *laudatorias*. Entiende la tópica como una práctica de la argumentación, en la que se maneja un catalogo de tópicos.

## 2.- La tópica

Para Viehweg la tópica es una técnica del pensamiento que se orienta hacia un “problema”, problema para el cual hay que encontrar una solución y para ésta no hay un camino predeterminado; de cada situación problemática habrá razones que permiten y otras que no permitan dar un paso adelante, razones a favor y razones en contra respecto de una conclusión. Problema dice, es una “cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere de un entendimiento preliminar para obtener una única respuesta como solución”<sup>98</sup>. En cierta medida

---

<sup>95</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>96</sup> Ibidem, pp. 41-42.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 43. (Las cursivas no son propias.)

<sup>98</sup> Ibidem, p. 50.

deja apreciar que un sistema, como el jurídico, puede resultar insuficiente para la solución de alguna controversia suscitada de repente y de ello resulta la necesidad de utilizar la tónica. Distingue de la tónica de primer grado, “la tónica de segundo grado”; esta última que es la que se sirve de un catálogo de tónicos aceptados de antemano, lo que presupone cierta seguridad en la resolución de problemas. En la de primer grado se procede de modo simple al tomar por vía de ensayo, en arbitraria selección, una serie de puntos de vista más o menos ocasionales y al buscar de este modo unas premisas que sean objetivamente adecuadas y fecundas que puedan llevarnos al final, a una solución.<sup>99</sup>

“La tónica colecciona puntos de vista y los comprende después en catálogos, que no están dominados por un nexo deductivo, lo que permite que puedan ser ampliados y completados sin dificultad.”<sup>100</sup> La tónica de segundo grado opera con catálogos de tónicos.<sup>101</sup>

De los tónicos señala que cuando se producen cambios de situaciones y en casos particulares, es preciso encontrar nuevos datos para intentar resolver problemas. Que los tónicos, que intervienen con carácter auxiliar, reciben a su vez su sentido desde el problema; ya que su ordenación respecto de éste es siempre esencial para ellos; que a la vista de cada problema aparecen como adecuados o inadecuados conforme a un entendimiento que no es nunca absolutamente inmodificable y que tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Ibidem, pp. 49-53. Viehweg no considera que la lógica matemática sea suficiente para resolver todos los problemas o situaciones que “aparentemente” se pueden resolver con más de una respuesta; por lo tanto encuentra en la tónica de segundo grado el método por el que se externan argumentos racionales por las contrapartes y por el que se llega a “una única respuesta como solución”. Con la argumentación jurídica se manejan razones a favor o en contra, mismas que se encuentran y por lo tanto se pueden extraer del propio sistema. Lo que se utiliza para expresar las razones es el lenguaje jurídico entendido en el mismo sentido por los participantes. Tal vez la tónica de primer grado esté referida a la justificación interna y la de segundo grado a la externa.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 56.



A la tópica también la considera una meditación prelógica, pues como tarea, la *inventio* es primaria y la *conclusio* secundaria; la tópica señala como se encuentran las premisas, la lógica las recibe y trabaja con ellas. De tal modo, las premisas influyen en la índole de las deducciones aunque la índole de las conclusiones pudiera indicar la forma de buscar las premisas. Así un modo de pensar que dispone de un tesoro relativamente pequeño y constante de últimas premisas puede desarrollar largas conclusiones en cadena (*sorites*), mientras que aquel en que la búsqueda de premisas no termina nunca tiene que contentarse con soluciones cortas. Los nombres de los argumentos *a simili*, *a contrario*, *a maiore ad minus*, que se consideran como argumentos especiales de la lógica jurídica, proceden de la tópica.<sup>103</sup>

Las premisas fundamentales se legitiman por la aceptación del interlocutor, lo que ha sido aceptado siempre y en todas partes, se considera como fijado, como indiscutido, como evidente y por lo tanto agregaríamos como válido.<sup>104</sup>

### 3.- Jurisprudencia

Para el espíritu tópico de los antiguos el prestigio proporciona un argumento fundamental. Cicerón se pregunta de donde procede el prestigio y piensa que lo crea la naturaleza o el tiempo, y en último caso, la riqueza, la edad, la suerte, la destreza, el ejercicio, o un desarrollo necesario o causal de las cosas.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Ibidem, pp. 58-59.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 61. Los argumentos que en determinado momento puedan servir para solucionar un conflicto o controversia necesariamente tendrán que gozar de reconocimiento, dichos argumentos no derivan siempre en forma lógica de los preceptos legales, no obstante el reconocimiento del que hablamos presupone su inclusión dentro del orden legal establecido, de aquí se puede apreciar porque Viehweg trata de resaltar que la lógica formal no es una herramienta fiable cuando los ordenamientos legales registran cambios y estos cambios deforman el "sistema", si es que no lo estaba ya. Dentro del descuidado orden debe prevalecer cierto equilibrio que permita la solución de problemas no hacer éstos más grandes.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 78. La pérdida de fuerza que sufre el positivismo jurídico después de la Segunda Guerra Mundial; sin duda provoca tener que justificar de alguna manera la función jurisdiccional, que en definitiva es la más representativa, o la que proyecta exteriormente, lo que es el derecho. Si se ve al derecho a partir de la función judicial se entiende aquél como una técnica resolutoria de controversias con la que se pretende convencer a los interesados que la solución se obtiene mediante una reflexión racional. El mérito de Viehweg es que da a la teoría del derecho la calidad

Sin aceptar que la jurisprudencia tópica sea el equivalente a la retórica pues ésta viene a ser un instrumento de la primera; Viehweg señala que los esquemas retóricos suministran puntos de vista para el hallazgo de la prueba; que interesan de manera especial los casos en los que se discute la ley o su interpretación. Enumera cuatro: la discusión sobre si debe decidir el texto o la llamada voluntad de la ley; las contradicciones entre las leyes; la plurivocidad de la ley; y, las lagunas de la ley.<sup>106</sup>

Menciona que la jurisprudencia medieval, al igual que el *ius civile*, se orientaba hacia el problema y que tenía, por lo tanto, que desarrollar una técnica adecuada para ello. Refiere dos problemas que tienen una importancia muy especial en la literatura científica de la Edad Media, “aunque no últimamente en la jurídica”: el primero versa sobre qué hay que hacer cuando los textos se contradicen; el segundo se dirige a determinar cómo puede establecerse una adecuada correlación de situaciones. En ambos casos, el *ars inveniendi*, por ende la tópica, tienen que servir como medio auxiliar. La tópica se liga formalmente con la actividad interpretativa, sin invención y sin tópica apenas es posible hacer esta actividad. Los tópicos generales *similia* y *contraria* sirven de guía para ello.<sup>107</sup>

Viehweg recuerda tres esquemas tópicos<sup>108</sup> que han llegado a ser utilizados. Son los siguientes:

1º La forma clásica de Tomás de Aquino que consta de: a) la fijación del problema; b) los puntos de vista próximos; c) los puntos de vista contrarios; d) la solución; y e) las objeciones contra esta solución.

2º El modelo que utiliza Bartolo en su *Consilia* que comprende: a) la fijación del problema; b) los puntos de vista próximos; c) los puntos de vista contrarios; y d) la solución.

---

de ciencia ya no desde una perspectiva lógica de las ciencias fácticas sino desde la perspectiva pragmática.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>107</sup> Ibidem, pp. 92-93. No se pierde de vista, aún cuando se reconoce la existencia de problemas como el de contradicciones por ejemplo; que el que orienta a la solución es el principal (la justicia).

<sup>108</sup> Ibidem, pp. 96-99.

3º Modelo construido con base en el *mos italicus* que abarca: a) características introductorias, aclaración de términos y otros preliminares; b) división de las ideas contenidas en el texto; c) su renovada síntesis; d) planteamiento de un caso, tomado de un texto, de una colección de casos, de la práctica o simplemente inventado; e) lectura del texto e interpretación; f) fundamentación de la decisión; g) sucesión de ulteriores observaciones, donde se desarrollan también reglas generales; y h) replicas y controversias.

## B Jurisprudencia de problemas

La tópica ha prestado grandes servicios a la jurisprudencia, pero, como hemos visto también, hace que la jurisprudencia no pueda convertirse en un método, pues sólo puede llamarse método a un procedimiento que sea comparable por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentos, es decir, un sistema deductivo.

La jurisprudencia, que se ha descrito, no es un método sino un estilo... que puede alcanzar como actitud espiritual que se ejercita, un alto grado de perfección. Pero sólo el proyecto de un sistema deductivo puede hacer de este estilo un auténtico método.<sup>109</sup>

El derecho tiene como objeto la solución de conflictos; la solución derivará de principios o axiomas del sistema, y en unos casos de las demás reglas; reglas y axiomas deben poderse ligar, interactuar, si esto es posible existe la integridad del axioma. Debe darse también compatibilidad entre los axiomas, éstos no pueden excluirse recíprocamente, es claro que los axiomas pertenecen al sistema pero no pueden tener su fundamento en él. Tiene que ser imposible además que un axioma se deduzca de otro, pues en este caso sería superfluo; debe existir por el contrario independencia entre los axiomas. Cuando se logra la integridad, la compatibilidad y la independencia de los axiomas, todas las demás proposiciones

<sup>109</sup> Ibidem, p. 105. Es posible entender estilo como técnica y a ésta como la forma de encontrar una solución razonable a un problema. Se puede considerar entonces al derecho como la técnica con que se resuelven los problemas jurídicos.

pueden ser derivadas por medio de un simple procedimiento lógico, es decir, se obtienen conclusiones correctas a través de una cadena de deducciones<sup>110</sup>. La lógica es tan indispensable en el campo jurídico como en cualquier otro pero en el momento decisivo, tiene que conformarse con un segundo puesto porque el primero lo ocupa el *ars inveniendi*.<sup>111</sup>

Viehweg sigue a Dubislav e indica que la tópica no puede ser nunca totalmente eliminada en el ámbito de un sistema jurídico “objetivo” simplemente porque es un instrumento que sirve para su aplicación.<sup>112</sup> Apunta que el tejido jurídico total, no es un sistema en sentido lógico; sino que es una indefinida pluralidad de sistemas en que se hace posible la producción de colisiones; y que por tanto, es importante un instrumento que las elimine.<sup>113</sup>

La tópica se infiltra en el sistema jurídico a través de la mencionada interpretación, que exige el Estado efectivo de derecho; el pensamiento interpretativo tiene que moverse dentro del “estilo” de la tópica. También irrumpe la tópica en la llamada aplicación del derecho, eleva su importancia en los casos que no tienen una solución fácil dentro del sistema, ya que formalmente se resolverá dentro de él, opera la interpretación y auxilia ampliamente. El tercer punto de irrupción de la tópica en el sistema se relaciona con el “uso del lenguaje” puesto que con este se pueden unificar criterios. Como último campo de actuación de la tópica tenemos la interpretación del simple estado de cosas, que en cualquier caso, parece necesitado de un tratamiento jurídico.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> Ibidem, p. 113. Habrá que entender como complementarias la jurisprudencia tópica y la retórica; que los topoi (que hacen las veces de premisas en el procedimiento argumentativo), toman como base los llamados lugares comunes que gozan de aceptación universal. Que la deducción a que hace referencia, es más bien racional, no matemática. En lo que sigue consideramos que el autor se refiere aunque no de manera expresa a la existencia de reglas de adjudicación; sobre todo porque afirma que el fin del derecho es la solución de controversias.

<sup>111</sup> Ibidem, pp. 121-122.

<sup>112</sup> Ibidem, pp. 116-117. ...E incluso para la creación de normas.

<sup>113</sup> Ibidem, pp. 117-118.

<sup>114</sup> Ibidem, pp. 118-120.

Viehweg también apunta al derecho como objeto de una ciencia<sup>115</sup>, cuyo objeto a su vez es la incesante búsqueda de lo justo. La cuestión de lo que es lo justo aquí y ahora en la jurisprudencia es ineludible, si no existiera el problema de la justicia, faltaría el presupuesto de una jurisprudencia en sentido propio. Ahora bien, si la tópica es la técnica del pensamiento problemático, la jurisprudencia de problemas debe coincidir con puntos esenciales de la tópica. Por ello expone los siguientes presupuestos que de la estructura<sup>116</sup> de la tópica convienen a la jurisprudencia:

- La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema.
- Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él.
- Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema; cualquier otra es preciso evitarla.

El primero de los presupuestos lo expone con ayuda del pensamiento de Fritz V. Hippel. Consiste en constatar que todo ordenamiento jurídico tiene que erigirse por los legisladores con la pretensión de ser justo<sup>117</sup>; la construcción del derecho implica dos partes, en el primer círculo de problemas encontramos el negocio jurídico, en el segundo las perturbaciones al tráfico jurídico. Se destaca que el orden al que se aspira, no se busca ya en el derecho positivo.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 130.

<sup>118</sup> ¿Acaso, en el derecho natural? Recordemos que la justicia es un objeto que pertenece al mundo ideal, que implica juicios de valor que pueden alcanzar cierto grado de objetividad. El elemento rescatable es la aceptación por parte del interlocutor del argumento presentado, que puede constituir el fundamento de validez de la solución planteada, debido a la objetividad que pueda alcanzarse. Finalmente está sustentado el fundamento de validez de la decisión, por un reconocimiento en el sentido manejado por Hart.

Se ha dicho que la estructura total de la jurisprudencia sólo puede ser determinada desde el problema. El problema tiene el nombre de Justicia, es el problema fundamental; toda la organización del orden normativo pretende abarcarse por el derecho positivo, pero lo único efectivamente permanente es la aporía fundamental, lo que no impide que, con frecuencia, una situación de larga duración permita formular ciertos complejos de preguntas permanentes, que en sus líneas fundamentales tienen generalmente un alto grado de fijeza, lo mismo que las soluciones.<sup>119</sup>

En el segundo presupuesto toma lo tratado por Josef Esser, en un trabajo sobre derecho natural. Se reitera que aunque no lo señale el derecho positivo, lo jurídico cobra verdadero sentido desde la cuestión de la justicia, que los conceptos y las proposiciones jurídicas están ligadas a la aporía fundamental, que la deducción –lógica- no juega de ningún modo un papel directivo, que decisiva es más bien la especial elección de premisas, que se produce como consecuencia de un determinado modo de ver al derecho, a la vista de la aporía fundamental. Señala que si una deducción produce unos resultados que no son satisfactorios como respuesta a la cuestión central, es preciso interrumpirla por medio de una invención; que todos los conceptos que se forman tienen la función de servir de medios auxiliares a una discusión de problemas, tienen el carácter de tópicos.<sup>120</sup>

Finalmente para explicar el tercer presupuesto de la tópica que conviene a la jurisprudencia y que versa sobre el requisito de que los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que mantenga su vinculación con el problema y que cualquier otra distinta tiene que ser evitada; recurre al planteamiento de Walter Wilburg para concluir que si la jurisprudencia concibe su tarea como una búsqueda de lo justo dentro de una plétora de situaciones, tiene que conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posiciones respecto de la aporía fundamental, esto es, debe ser “flexible”.

---

<sup>119</sup> Ibidem, pp. 132-133.

<sup>120</sup> Ibidem, pp. 134-137.

Si la jurisprudencia puede sistematizarse, es posible contar con principios que puedan colocarse en la cúspide, pero también con excepciones a esos principios o a las reglas en el mejor de los casos; cuando no se encuentra respuesta a determinada situación entonces los principios tienen que ser quebrados, limitados y modificados, lo que para ningún jurista representa algo que sea sustancialmente nuevo.<sup>121</sup>

### III Robert Alexy

#### A El discurso jurídico y el discurso práctico general

En cuanto al discurso jurídico y a la teoría de la argumentación jurídica, las discusiones relevantes para Alexy<sup>122</sup> son básicamente los debates ante los tribunales y las deliberaciones judiciales institucionalizadas<sup>123</sup>. Considera que en las discusiones de decisiones judiciales, está permitido pasar en cualquier momento de la argumentación jurídica a la argumentación práctica general; que lo que distingue a la primera es su carácter vinculante.<sup>124</sup>

Este autor afirma que la argumentación práctica general constituye el fundamento de la argumentación jurídica<sup>125</sup>. Considera cuatro aspectos de la unión del discurso jurídico con el discurso práctico general.<sup>126</sup>

El primero es la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general; en este último se encuentran reglas y

---

<sup>121</sup> Ibidem, pp. 138-142.

<sup>122</sup> El texto en que nos basamos para este apartado es la parte correspondiente de su obra *Teoría de la argumentación jurídica; la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*.

<sup>123</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 205.

<sup>124</sup> Alexy, Robert, *Op. Cit.*, pp. 206 y 276.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 272.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 273.

formas débiles que no garantizan ninguna seguridad definitiva puesto que las reglas del discurso no prescriben de qué premisas normativas deben partir los participantes, ni el punto de partida lo constituyen las convicciones normativas realmente existentes puesto que no todos los pasos de la argumentación están fijados y algunas reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada, existe por tanto, la posibilidad de que no se alcance ningún acuerdo. Por otra parte, las reglas surgidas del proceso legislativo no solucionan todos los problemas; debido a la vaguedad del lenguaje utilizado en la ley, así como del hecho de que son posibles casos que exigen una regulación jurídica pero para cuya regulación no se encuentra ninguna norma vigente, y la posibilidad de decidir en casos especiales contra el tenor literal de la norma. Por ello dice que es necesaria la introducción de formas y reglas especiales de la argumentación jurídica, y la inclusión de éstas en el contexto de los precedentes.<sup>127</sup>

El segundo es la coincidencia parcial en la pretensión de corrección, que también tiene carácter constitutivo para las argumentaciones jurídicas; y versa en el hecho de que los argumentos puedan ser fundamentados racionalmente, en el marco del ordenamiento jurídico vigente.<sup>128</sup>

En cuanto al tercer aspecto, que gira en torno a la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con la del discurso práctico general, se señala por Alexy: que las reglas y formas de la justificación interna son supuestos de aplicación del *principio de universalidad*, que se corresponden con el “principio de justicia formal”<sup>129</sup> que consiste en tratar igual a lo igual; que en ambos tipos de discursos la *argumentación empírica* juega siempre un papel importante y, con frecuencia, decisivo; que algunos argumentos agrupados como cánones de la interpretación sirven para dar carácter vinculante a la argumentación jurídica; que la *ciencia jurídica dogmática* puede entenderse como una institucionalización

---

<sup>127</sup> Ibidem, pp. 273-274.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 274.

<sup>129</sup> La regla de justicia que veíamos con Perelman es un equivalente a lo que denomina Alexy principio de justicia formal; la observación no tiene otro objeto que señalar la importancia que parece cobrar en la teoría propuesta por el segundo, la lógica formal, en la que se apoya bastante.



estable del discurso práctico bajo la condición de existencia de un ordenamiento jurídico; que los principios prácticos generales sirven como fundamento del *uso del precedente*, aunque también constituyen tal fundamento el principio de universalidad y de inercia, el *argumentum e contrario*, la analogía y el argumento de reducción al absurdo.<sup>130</sup>

El cuarto aspecto, es sobre la necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica; explica, el que ésta pueda verse, como una forma especial de la argumentación práctica general; que la argumentación jurídica viene exigida por razones prácticas de tipo general, que dependen en cuanto a su estructura, de principios prácticos generales que no pueden prescindir de la argumentación práctica general. Que la argumentación jurídica tiene lugar según formas especiales, de acuerdo con reglas especiales y bajo condiciones especiales (lo que la hace especialmente eficaz), por lo que la argumentación práctica general es el fundamento de ella.<sup>131</sup>

#### B La tesis del caso especial y la pretensión de corrección

Congruente con la postura que toma acerca de la argumentación jurídica como forma especial de la argumentación práctica general, Alexy señala que las discusiones jurídicas son igual especiales, en las que se abordan cuestiones prácticas de lo que debe hacerse o no hacerse, o de lo que puede ser hecho u omitido, y en las que se suscita una pretensión de corrección al momento de plantear la solución.<sup>132</sup>

La *pretensión de "corrección"* consiste en que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia esté racionalmente fundamentado en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente. Hay que tener presente que tanto en el discurso jurídico como en el práctico general, no resulta

---

<sup>130</sup> Ibidem, pp. 275-277.

<sup>131</sup> Ibidem, pp. 277-278.

<sup>132</sup> Ibidem, pp. 206-207.

admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin dar razones para ello.<sup>133</sup>

### C Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica

En la teoría de la argumentación jurídica un concepto fundamental lo es la justificación, se dice que las exigencias del proceso de justificación repercuten en el proceso de descubrimiento<sup>134</sup>, proceso en el que se encuentran las premisas o tesis con las que se habrá de trabajar. En cuanto a la justificación pueden distinguirse dos aspectos: la justificación interna con la que se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; y la justificación externa cuyo objeto es la corrección de tales premisas<sup>135</sup>.

#### 1.- Justificación interna

En todo tipo de casos la justificación interna se maneja bajo el rotulo del silogismo jurídico e implica cierto grado de racionalidad. En el contexto de justificación interna, al tener ya la cadena de premisas encontradas (que en casos complicados puede que no sean deducidas de ninguna ley), se acude a reglas universales o al principio de justicia formal, lo que sin duda facilita la consistencia de la decisión y contribuye, por ello, a la justicia y a la seguridad jurídica.<sup>136</sup>

Alexy propone una estructura de la justificación interna que reconoce insuficiente en todos los casos complicados, éstos son por ejemplo, el que una norma contenga diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, el que la aplicación de una norma exija un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, el que sean posibles diversas consecuencias jurídicas, o cuando en la

---

<sup>133</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 221.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>136</sup> Ibidem, pp. 214, 220 y 222.

norma se usen expresiones que admiten diversas interpretaciones<sup>137</sup>. Obviamente la teoría de la argumentación jurídica cobra mayor relevancia en este tipo de casos, que es cuando aparecen premisas que no se extraen exactamente del derecho positivo.

En la justificación interna debe quedar claro que premisas hay que justificar externamente; el justificar las premisas que no se extraen directamente del derecho positivo es tarea de la justificación externa, en la que son posibles todos los argumentos admisibles en el discurso jurídico.

## 2.- Justificación externa

El objeto de la justificación externa es fundamentar las premisas usadas en la justificación interna.<sup>138</sup>

Alexy distingue tres grupos de premisas: el primero abarca las reglas de derecho positivo que se fundamentan al mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico; el segundo comprende enunciados empíricos y para fundamentarles se recurre a una escala completa de formas de proceder que va de los métodos de las ciencias empíricas, pasa por las máximas de la presunción racional, hasta llegar a las reglas de la carga de la prueba en el proceso; y el tercer grupo comprende premisas que no son reglas de derecho positivo ni enunciados empíricos, para la fundamentación de éstas sirve lo que se designa como argumentación jurídica.<sup>139</sup>

Concretamente la justificación externa está referida a las premisas que no son reglas de derecho positivo ni enunciados empíricos; así la argumentación

---

<sup>137</sup> Ibidem, p. 216.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 222.

<sup>139</sup> Idem.

jurídica puede ser de una importancia decisiva no sólo en la interpretación de una norma válida, sino también en el establecimiento de la validez de esa norma.<sup>140</sup>

Para la justificación externa se puede uno valer de formas de argumentos y de reglas tales como: a) de interpretación, b) de la argumentación dogmática, c) del uso de los precedentes, d) de la argumentación práctica general, e) de la argumentación empírica, f) así como de las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos.<sup>141</sup>

#### a) Interpretación

Alexy presenta seis formas concretas de argumentos interpretativos utilizados regularmente en el discurso jurídico: si existe “vaguedad” puede hablarse de un *argumento semántico*, cuando se justifica, se critica o se afirma como posible, con referencia al lenguaje una interpretación; la misma que se tiene por admitida, al menos semánticamente<sup>142</sup> y a partir de ella se puede construir un argumento; se tiene un *argumento genético* cuando se genera a partir de la interpretación de la voluntad del legislador<sup>143</sup>; se puede hablar de un *argumento histórico* si nos remitimos a hechos relacionados a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones a favor o en contra de una interpretación<sup>144</sup>; para construir un *argumento comparativo* se toma como referencia un estado de cosas jurídico distinto, esto es, de otra sociedad<sup>145</sup>; un *argumento sistemático* es aquel que se refiere a las relaciones lógicas de las normas<sup>146</sup>; finalmente se tiene un *argumento teleológico* si para interpretar se acude a los fines y principios del derecho<sup>147</sup>.

---

<sup>140</sup> Ibidem, pp. 222-223.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 223.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 226.

<sup>143</sup> Ibidem, pp. 227-229.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 230.

<sup>145</sup> Ibidem, pp. 230-231.

<sup>146</sup> Ibidem. p. 231.

<sup>147</sup> Idem.

Refiere dicho autor que todas las formas de argumentos excepto los semánticos pueden utilizarse en contextos como son el conflicto de normas, la restricción del campo de aplicación de las normas y la fundamentación de normas que no pueden deducirse de la ley.<sup>148</sup>

Considera que un argumento (un esquema o forma de argumento), se tiene por completo sólo cuando contiene todas las premisas necesarias, a lo que llama “requisito de saturación”. La exigencia de saturación impide habladurías vacías.<sup>149</sup>

Cabe destacar aquí que las funciones de los argumentos derivados de una interpretación sistemática sirven para liberar de contradicciones al ordenamiento jurídico<sup>150</sup> y que los argumentos teleológicos abren el campo a la argumentación práctica general de tipo racional<sup>151</sup>. Las formas de argumentos semánticos y genéticos se refieren a la vinculación de los órganos decisorios, con el tenor de la ley y con la voluntad del legislador, respectivamente<sup>152</sup>. Que la distinta función de las distintas formas conduce a soluciones diferentes<sup>153</sup>; que una forma puede ser saturada de distintas maneras y que pueden emplearse distintas formas para la fundamentación de diferentes conclusiones.

Se apunta en la teoría de Alexy, que de hecho, con la teoría del discurso, se aumenta la probabilidad de que en una discusión se llegue a una conclusión correcta, es decir, racional<sup>154</sup>. También se expresa que de tales formas tiene que servirse la argumentación jurídica para cumplir con la pretensión de corrección referida de manera especial a la vinculación a la ley.<sup>155</sup>

---

<sup>148</sup> Ibidem, p. 235.

<sup>149</sup> Ibidem, pp. 229 y 236.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 231.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 237.

<sup>152</sup> Idem.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 238.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 240.

## b) Dogmática

La dogmática jurídica debe cumplir con la exigencia de presentarse como un todo coherente<sup>156</sup> o consistente<sup>157</sup>; de ese todo se pueden extraer enunciados o argumentos que pueden ser utilizados sin que sea necesario fundamentarlos (uso no justificatorio), pero además es posible utilizarlos en una fundamentación y, al mismo tiempo, aducir en su favor otros argumentos dogmáticos (uso justificatorio)<sup>158</sup>.

Será racional la argumentación dogmática en la medida en que no se pierda la “retroacción” con la argumentación práctica general; misma que no se pierde si, en los casos dudosos, se fundamentan los enunciados dogmáticos que hay que usar en la argumentación dogmática, aunque se usen de nueva cuenta enunciados dogmáticos pero sin descartar el uso de argumentos prácticos de tipo general<sup>159</sup>. En una fundamentación dogmática “pura” el enunciado a fundamentar se sigue únicamente de enunciados dogmáticos junto con formulaciones de las normas válidas y enunciados empíricos; por el contrario será “impura” si además son necesarios enunciados prácticos de tipo general.<sup>160</sup>

## c) Precedente

No está por demás señalar que en la argumentación jurídica es esencial el uso del precedente; el problema es que nunca se presentan dos casos completamente iguales. Al encontrar una diferencia, el problema se traslada a la determinación de la relevancia de ésta<sup>161</sup>; además la exclusión de cualquier diferencia sería

---

<sup>156</sup> Ibidem, p. 245.

<sup>157</sup> Ibidem, pp. 253 y 259.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 250.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 261.

<sup>160</sup> Ibidem, pp. 256 y 261.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 262.

incompatible con el hecho de que toda decisión plantea una pretensión de corrección<sup>162</sup>.

El uso del precedente contribuye a la seguridad jurídica y por ende a la confianza en la aplicación del derecho<sup>163</sup>; pero hay ocasiones en que procede apartarse, situación en la que la carga de la argumentación recae en quien se aparta del precedente establecido<sup>164</sup>. En cuanto a la obligación regulada por la regla de la carga de la argumentación se tienen que distinguir entre las técnicas de divergencia y las de razones para la divergencia.

La técnica del distinguishing sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica del supuesto de hecho no existente en el caso de decidir, de manera que no sea aplicable al caso. Con esto, el precedente como tal sigue siendo respetado. La técnica del overruling, por el contrario, consiste en el rechazo del precedente. Aquí sólo interesa una cosa: tanto el distinguishing como el overruling tienen que ser fundamentados.<sup>165</sup>

#### d) Razón

Puede considerarse necesario el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico cuando se trata de fundamentar las premisas normativas que se requieren para la saturación de cualquier argumento, también en el caso de la fundamentación de la elección de distintas formas de argumentos que llevan a resultados varios, en la fundamentación de enunciados dogmáticos, así como en la fundamentación de los distinguishing y overruling y en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> Ibidem, p. 263.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 264.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 263.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 266.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 271.

### e) Empirie

Manifiesta Alexy que casi todas las formas de argumentación jurídica incluyen enunciados empíricos; el problema es que en derecho “nunca llega a tenerse certeza definitiva”<sup>167</sup> acerca de enunciados, que por ejemplo, versen sobre acciones, sucesos o estados de cosas pasados, presentes o futuros. No obstante en las disputas jurídicas es decisiva la apreciación de los hechos y en el supuesto acuerdo sobre los enunciados normativos que habrán de aceptarse, la decisión sólo dependerá de los hechos que sean tomados como base<sup>168</sup>.

### f) Formas especiales de argumentos jurídicos

Baste decir respecto a las formas especiales de argumentos jurídicos que en la metodología jurídica se reconocen generalmente admitidas cuatro formas de argumentos: el derivado de la analogía; el argumentum e contrario; el argumentum a fortiori; y, el argumentum ad absurdum<sup>169</sup>. Que todas son formas de inferencia lógicamente válidas, y que su uso es racional, en la medida en que resulten saturadas, y que los enunciados utilizados en la saturación, puedan ser fundamentados en el discurso jurídico.

## D Reglas a seguir en la argumentación jurídica

Son 18 reglas generales que propone Robert Alexy:

1<sup>a</sup> Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.<sup>170</sup>

2<sup>a</sup> La decisión jurídica debe seguirse al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.<sup>171</sup>

---

<sup>167</sup> Ibidem, p. 239.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 225.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 266.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 215.



3ª Siempre que exista duda razonable, hay que probar una regla que decida la cuestión.<sup>172</sup>

4ª Son necesarios pasos que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.<sup>173</sup>

5ª Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.<sup>174</sup>

6ª Debe resultar saturada toda forma de argumento relativo a los cánones de interpretación.<sup>175</sup>

7ª Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.<sup>176</sup>

8ª La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.<sup>177</sup>

9ª Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma en los cánones de interpretación.<sup>178</sup>

10ª Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.<sup>179</sup>

11ª Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.<sup>180</sup>

12ª Si son posibles argumentos dogmáticos deben ser utilizados.<sup>181</sup>

171

Idem.

172

Ibidem, p. 219.

173

Ibidem, p. 220.

174

Idem.

175

Ibidem, p. 236.

176

Ibidem, p. 239.

177

Idem.

178

Ibidem, p. 240.

179

Ibidem, p. 254.

180

Idem.

13<sup>a</sup> Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse.<sup>182</sup>

14<sup>a</sup> Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.<sup>183</sup>

15<sup>a</sup> Debe ser considerado el argumentum e contrario.<sup>184</sup>

16<sup>a</sup> La analogía igual es una inferencia lógica válida que por ser una exigencia del principio de universalidad debe tomarse en cuenta.<sup>185</sup>

17<sup>a</sup> La reducción al absurdo sirve para verificar que las consecuencias de la decisión sean aceptables, congruentes y comprensibles.<sup>186</sup>

18<sup>a</sup> Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.<sup>187</sup>

#### IV Manuel Atienza

##### A Una teoría de la argumentación jurídica

Una teoría de la argumentación jurídica, debiera, de acuerdo con Manuel Atienza<sup>188</sup>, cubrir tres aspectos, mismos que son: qué es lo que ésta explica; cómo lo explica; y para qué. Dichos aspectos constituyen respectivamente el objeto de la teoría, su método y su función<sup>189</sup>.

---

<sup>181</sup> Ibidem, p. 261.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 265.

<sup>183</sup> Idem.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 267.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 268.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 270.

<sup>187</sup> Ibidem, p. 271.

<sup>188</sup> Para este apartado sólo se ha consultado *Las razones del derecho; teorías de la argumentación jurídica*.

<sup>189</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1<sup>a</sup> reimp. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 203-204.

## 1.- Objeto

Una teoría de la argumentación jurídica no debe desatender las cuestiones relativas a los hechos que pudieran ser decisivos en las decisiones de los tribunales, es decir, no debe estar enfocada sólo a cuestiones de tipo normativo.<sup>190</sup>

La teoría, según Atienza, también tendría que dar cuenta, no sólo de los razonamientos relativos a la interpretación y aplicación del derecho, y los que se producen en la dogmática jurídica, sino también de los que se producen en la argumentación que tiene lugar en el ámbito de producción de las normas jurídicas en donde se presenta una serie de interacciones entre los edictores, los destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores de las normas.<sup>191</sup>

Señala que no hay que olvidar que la solución de algunos problemas jurídicos en ocasiones, es el resultado, de una mediación o negociación; es decir, que hay problemas cuya solución no es tanto por la aplicación de la norma jurídica; que entonces es importante también tomar en cuenta el tipo de razonamiento que se da en el contexto de estos procedimientos de resolución de conflictos.<sup>192</sup>

Del contexto de justificación y del de descubrimiento dice que no está claro que siempre se pueda o deba separar tajantemente a estos dos aspectos; que la

---

<sup>190</sup> Atienza, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 204-205.

<sup>191</sup> En cuanto al orden jurídico mexicano cabe recordar que el propio artículo 72 constitucional, en el inciso F), dispone que: en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos se observarán los mismos trámites establecidos para su formación. De ello se puede suponer, sí, una serie de razonamientos en el proceso de creación, modificación o derogación de la ley que incumbe al Poder Legislativo. Consideramos que dichos razonamientos salen del campo de la argumentación jurídica propiamente dicha, que a nuestro parecer logra importancia jurídica más que sociopolítica en el ámbito de aplicación de la norma, en donde incluso las razones que se invoquen pueden originar nuevas normas, es decir, derecho, cuando se den supuestos de vacío o laguna legal. La exigencia es, tanto para el Legislativo, como para el Judicial, mantener en armonía el orden jurídico, que éste no pierda consistencia, que las leyes y en su caso las decisiones judiciales que pudieran servir en un futuro de jurisprudencia sean coherentes con el sistema.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 206.

argumentación jurídica no tiene por que limitarse al contexto de justificación, pues en la elaboración de sistemas jurídicos expertos, aparece como importante la cuestión de cómo los juristas fundamentan sus decisiones, pero también la de cómo llegan, de hecho, a esas decisiones.<sup>193</sup>

## 2.- Método

Una teoría de la argumentación jurídica tendría que disponer de un método que permita representar el proceso argumentativo así como los criterios para juzgar sobre la corrección de las razones o premisas y la conclusión o decisión jurídica.<sup>194</sup>

Expresa Atienza que la teoría estándar no ha elaborado un procedimiento que permita representar adecuadamente como los juristas fundamentan de hecho sus decisiones<sup>195</sup>; considera que la lógica formal deductiva por sí sola no es un instrumento suficiente para la argumentación jurídica porque

juegan un papel fundamental las relaciones de *ser un argumento a favor de y ser un argumento en contra de*, que no pueden traducirse adecuadamente en términos de la noción habitual de inferencia lógica: *x puede ser un argumento a favor de y y x ser verdadero* (o, en general, válido), sin que por ello tenga que serlo *y*; por ejemplo, porque *z es un argumento en contra de y* que tiene mayor peso que *x*. ...el proceso de argumentación, no es por así decirlo, lineal, sino más bien reticular; su aspecto no recuerda a una cadena, sino a la trama de un tejido.<sup>196</sup>

Conforme a su pensamiento la argumentación jurídica podría representarse adecuadamente si se utilizan diagramas que permitan dar cuenta tanto del

---

<sup>193</sup> Ibidem, p. 207.

<sup>194</sup> Ibidem, pp. 207-208.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>196</sup> Idem. Según el propio autor citado, la idea de una "trama de un tejido" es de Perelman y Olbrecht Tyteca. Véase. *El derecho como argumentación; concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 719.

aspecto sintáctico como del aspecto semántico y pragmático de la argumentación<sup>197</sup>. El aspecto sintáctico lo integraría la representación de las relaciones que guardan los argumentos entre sí<sup>198</sup>; el semántico estaría representado por las letras a, b, c, etc.<sup>199</sup>; y el pragmático se representaría respectivamente con figuras geométricas, que servirían para presentar un fragmento de argumentación jurídica como tejido y no como cadena de premisas<sup>200</sup>.

Todo el proceso de argumentación jurídica que se lleve a cabo para la solución de un caso difícil, tendría que seguir los siguientes pasos: en primer lugar es necesario identificar si el problema jurídico –clasificación que toma de MacCormick- es de relevancia, es decir producido por la duda sobre cuál es la norma aplicable al caso; de interpretación que implica la duda sobre cómo ha de entenderse la norma o normas consideradas aplicables; de prueba, si la duda se relaciona con una particularidad de un hecho determinado; o de calificación, que surge cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de alguna norma jurídica.<sup>201</sup>

En segundo lugar, después de haber determinado qué tipo de problema se tendrá que resolver, se debe establecer si la información con que se cuenta es insuficiente o por el contrario hay exceso de información.<sup>202</sup>

Identificado lo anterior, se procederá a construir hipótesis de solución o premisas, que vienen a constituir una nueva situación informativa que contiene ya información necesaria y suficiente en relación con la conclusión.<sup>203</sup>

---

197 Idem.

198 Idem.

199 Ibidem, p. 209.

200 Idem.

201 Ibidem, pp. 211-212.

202 Ibidem, p. 212.

203 Idem.

En cuarto lugar se pasará a la justificación de las hipótesis de solución formuladas, es decir, a justificar los argumentos o razones vertidos para la solución.

...Si se trata de un problema de insuficiencia de información, la argumentación –entendido por tal, el conjunto de argumentos aducidos y estructurados de una cierta forma- se puede llamar, en sentido amplio, analógica. En la argumentación analógica, por otro lado, pueden subdistinguirse, a su vez, diversas formas de argumentar, según se use una argumentación *a pari* o *a simili*, una argumentación *e contrario*, o una argumentación *a fortiori*. ...Si se tratara de un problema de exceso de información, la argumentación tendría lugar mediante el esquema de la *reductio ad absurdum*. Lo que en el uso de este tipo de argumentación se trata de mostrar es que determinadas interpretaciones no son posibles, porque llevarían a consecuencias –entendido este término en sentido muy amplio, que incluye tanto consecuencias fácticas como normativas- inaceptables.<sup>204</sup>

En cuanto a la pretensión de corrección y ante la posibilidad de elegir entre más de una solución, la solución correcta de un caso difícil, dice Atienza, que la teoría de la argumentación jurídica tendría que abarcar una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad que ofreciera el criterio decisivo; razón por la que se atenderían contenidos de naturaleza política y moral.<sup>205</sup>

### 3.- Función

El para qué, de una teoría de la argumentación jurídica, tendrá que cumplir una función de carácter teórico o cognoscitivo, una de naturaleza práctica o técnica y otra de política o moral.<sup>206</sup>

La primera refleja la comprensión del fenómeno jurídico y de la práctica argumentativa en derecho como actividad central de los jurista; en virtud de la

---

<sup>204</sup> Ibidem, pp. 212-213.

<sup>205</sup> Ibidem, pp. 215-216.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 216.

segunda función la argumentación jurídica debiera ser capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho, además tendría que ofrecer un método que permita reconstruir el proceso real de la argumentación y una serie de criterios para juzgar acerca de su corrección, ayudar en la construcción de sistemas jurídicos expertos y a que los que estudian derecho aprendan a pensar o razonar como juristas; la función política o moral indicaría en todo caso la ideología jurídica con que trabajan los jueces, así habrá ocasiones en que éstos resuelvan determinado problema jurídico y argumenten a favor de una decisión que estiman correcta aunque, al mismo tiempo, tengan plena conciencia de que no es la solución a que lleva el derecho positivo.<sup>207</sup>

Para Atienza un caso difícil se caracteriza porque cabe la posibilidad de proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes que permite el derecho positivo. Califica un caso como trágico cuando no es posible encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y moral.<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> Ibidem, pp. 216-218.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 219.

## **Capítulo cuarto**

### **La argumentación jurídica**

Argumentar en materia jurídica precisa tomar en cuenta la finalidad última del derecho; el conocimiento de éste permite discernir la norma jurídica aplicable para la solución oportuna de un problema de justicia.

Desde cualquier posición que ocupe un implicado en una controversia, tiene que invocar argumentos jurídicos razonables, con el fin de convencer a otros que la solución del problema tiene sustento en sus razones. De tal suerte a la argumentación jurídica se le puede identificar como una técnica resolutoria de juicios ante un órgano jurisdiccional que hace gala del uso correcto del lenguaje del derecho, esto es, de los enunciados normativos formulados a partir de una disposición vinculante.

A la argumentación jurídica bien puede considerársele nuevo paradigma del derecho; creer en el derecho como argumentación no viene sino de la necesidad de que las decisiones judiciales sean justas más que arbitrarias, que los jueces tomen en cuenta la norma y no actúen discrecionalmente, así la naturaleza argumentativa del derecho no será más una manifestación superflua.

La jurisprudencia o el pensamiento jurídico cobra relevancia al momento de justificar decisiones judiciales, se toma en cuenta el texto legal y además, el fin último del derecho, la justicia; no se deja de emplear el razonamiento lógico pero dicha labor puede que sea realizada de manera inconsciente. La lógica de lo razonable no puede prescindir de las formas básicas de los argumentos



jurídicos<sup>209</sup> sobre todo si lo que se persigue o pretende es acceder a la justicia de forma racional y objetiva a la vez que evitar incorrecciones en la aplicación del derecho.

Se han identificado como propiamente jurídicos la clase de argumentos que en un primer apartado abordamos; en el siguiente apartado, después de hacer un balance de la teoría de la argumentación jurídica y tratar el tema de la tensión entre cambio y estabilidad del orden normativo en relación con el de seguridad jurídica, se aborda someramente el de las falacias en que se puede incurrir al momento de presentar razones a favor de las pretensiones que se tienen en un caso y es que las falacias pueden llegar a tenerse por argumentos válidos sin serlo; finalmente en el último apartado se puntualiza qué es la argumentación jurídica y con qué elementos se integra un concepto de ésta.

## I Tipos de argumento jurídico y utilidad de los mismos

La argumentación jurídica podemos decir que es en parte argumentación analógica debido a que el razonamiento jurídico, cuando es ineludible, toma forma a partir de la analogía. “En el derecho la analogía permite introducir cambios en el sistema jurídico, pero cambios limitados, dirigidos a preservar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.”<sup>210</sup>

En el sistema se descubren dentro del orden normativo los enunciados o premisas que dan lugar al esqueleto argumentativo que expresará más bien que mal una solución correcta; el soporte de un argumento se forma así en primera instancia con la comparación del caso por resolver con algún(os) caso(s) resuelto(s) en el pasado que de alguna manera guarde(n) cierta similitud al que se

<sup>209</sup> Estamos de acuerdo con Kalinowski en cuanto a que los argumentos jurídicos son lógicos porque todo razonamiento, en tanto razonamiento, depende de la lógica. *Cfr.* Kalinowski, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1982, p. 121.

<sup>210</sup> Atienza Rodríguez, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, España, Civitas, 1986, p. 36.

tiene en estudio, de modo tal que entre el caso por resolver y otro u otros (reales o ficticios, en este último caso, puede darse el recurso al uso de metáforas) se encuentre(n) correspondencia(s), es decir, al compararles se identifiquen las características que les asemejan.

En los casos difíciles así como en casos que no lo son, la analogía ha servido, sirve y servirá para justificar mediante razonamientos convenientes la decisión que pone fin a una controversia; por sí sola, no garantiza que la solución final sea correcta, la corrección en todo caso se alcanza al aplicar lo justo en cada caso, por ello no habrá de pasar sobre la idea de justicia.

Se cuenta con un catálogo de argumentos a los que se les ha considerado propiamente jurídicos, en cada uno de ellos se hace un uso peculiar de la analogía, el *acento* de ésta tiene una inclinación diferente según el razonamiento que se siga; veremos entonces cuándo es que sirven y qué les caracteriza.

#### A Argumentum a simile

¿Qué es entonces un argumento? Un argumento es en realidad el razonamiento con el que se quiere convencer al juez y/o a la contraparte para que acepte la razón o razones que favorecen cierta pretensión.

Los jueces no están obligados a dar una estructura lógica formal a sus argumentos, lo que hacen en teoría es velar por el acceso a la justicia, tienen que aplicar las normas jurídicas del sistema y en dado caso valerse de los principios generales del derecho, al momento de dictar sus resoluciones. No obstante, al menos, es necesario que cuenten con una noción sobre la forma básica de los argumentos que son normalmente utilizados en el ámbito del derecho.

Un esqueleto argumentativo se integra mínimo por tres tipos de enunciados, en los que se expresa, en uno, la norma jurídica que puede ser aplicada al

problema de justicia, en otro el acto o los actos (hechos) que originan la controversia legal, y en uno más la resolución a la que llega el juez o la solución que plantea cada parte. En un caso difícil el enunciado o premisa correspondiente a la norma jurídica no es fácil de encontrar, hay que descubrirle o en su defecto construirlo. Hablar de construir un enunciado normativo implica la figura de la integración a que se hace referencia en el capítulo primero de este trabajo.

En el caso de la *analogía legis* que trataremos en seguida se está en el supuesto de autointegración puesto que es gracias a la ley que se obtiene la norma jurídica aplicable; en el caso de la *analogía iuris*, que igual veremos, se está en el mismo supuesto si no es necesario más que acudir a los principios que se deducen de la propia normatividad vigente, pero se está en el supuesto de heterointegración si se acude al derecho comparado o se recurre a la jurisprudencia, entendida ésta, como el pensamiento filosófico jurídico generalmente aceptado.<sup>211</sup>

En el razonamiento por analogía al igual que en el *modus barbara* o en otros silogismos, la conclusión no se infiere a partir de una premisa sino por lo menos a partir de dos.<sup>212</sup> Ya veíamos con Perelman que en la analogía hay que comparar una relación conocida, con una relación desconocida; a la primera él la denomina “foro” y a la segunda “tema”; de tal modo si se tiene claro que una determinada norma jurídica es aplicada cuando se presenta una situación, y no existe una norma jurídica expresa que sea aplicada para una situación similar, la solución a la que se ha llegado en la relación denominada *foro* sirve para proyectar una solución para la relación denominada *tema*. Aunque no exista expresamente una norma jurídica para el caso en estudio, se encuentran en un caso parecido, semejanzas suficientes, a partir de las que se extraen razones con

---

<sup>211</sup> Cfr. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Bilbao, Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987, pp. 43-46.

<sup>212</sup> Klug, Ulrico, *Lógica jurídica*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 1990, pp. 146-147.

las que se justifica que la solución es válida de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Se registra en los sistemas jurídicos la prohibición constitucional de construir un argumento analógico en materia penal, entonces no es posible por simple analogía imponer alguna pena por la “comisión de un delito” sin que ésta esté decretada de manera exacta por una ley.<sup>213</sup> En materia civil, administrativa, mercantil, laboral y electoral, los jueces no tienen dicho impedimento, por el contrario, tienen la obligación ante la oscuridad e insuficiencia de la ley, de dictar una solución para lo cual construyen un argumento analógico; en materia penal si una conducta no está tipificada como delito no hay delito y por ende no se puede aplicar una pena; en las otras materias si no se tiene norma aplicable a una controversia legal, es válido e incluso necesario un argumento analógico que arroje a la luz la norma aplicable.

En el argumento analógico la razón a partir de la que se produce una norma se tiene como semejante a la razón por la que se encuentra regulada una norma determinada que ha resuelto una controversia similar a la que está por resolverse, lo que implica que los hechos en uno y otro caso, en el ya solucionado y en el que está en estudio son también similares; esa razón a la que hacemos referencia no puede sino estar relacionada con la búsqueda de una solución justa. Se obtiene de tal modo la premisa normativa, que unida con el enunciado fáctico forman el pilar de la respuesta al problema jurídico, respuesta que por sí misma constituye una premisa o enunciado parte integrante del *argumentum a simile*.

Se distinguen en tal forma de argumentar en derecho dos prototipos específicos del argumento: el que se construye a partir de una o más disposiciones escritas y el que se construye a partir del derecho.

---

<sup>213</sup> Al respecto, cabe puntualizar que se dispone en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

## 1.- Analogía legis

Hablamos de la construcción de un argumento a partir de la ley escrita y por ende del uso de la analogía legal cuando es posible tomar de referencia sólo un enunciado normativo que gravita en el marco del ordenamiento jurídico vigente y a la vez con éste fundamentar la solución a la controversia planteada ante la autoridad jurisdiccional.

En este argumento la respuesta al problema de justicia no requiere de una justificación exhaustiva. Sin embargo por tratarse de un argumento entimemático<sup>214</sup> tiene que evidenciarse la o las premisas que no son explícitas.

## 2.- Analogía iuris

Hablamos de la construcción de un argumento a partir del derecho y por ende de la utilidad de la analogía jurídica cuando se ha tenido que recurrir a más de una disposición normativa con la finalidad de descubrir el enunciado normativo o norma jurídica y/o el principio o principios de derecho aplicables al caso que requiere de una respuesta correcta.

“La aplicación de principios para resolver casos concretos no puede tener lugar, sin embargo, de manera directa, pues los principios suministran sólo razones no perentorias, razones *prima facie*, que tienen que ser contrastadas con otras, provenientes de otros principios o de otras reglas.”<sup>215</sup> De cualquier forma, las principales razones que se manejan a partir de la ponderación de principios, pasan a formar uno de los enunciados, en este caso sí decisivo, del argumento.

---

<sup>214</sup> Un argumento entimemático no es un argumento lógicamente válido según las premisas expresadas, pero en él se presuponen unas premisas implícitas que lo convierten en válido. Véase Moreso, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006, p. 148.

<sup>215</sup> Atienza, Manuel, *Op. Cit.*, p. 168. (Ver en nota 196 en pág. 93)

Este prototipo supone un campo más amplio de libertad de acción del juez en cuanto a la elaboración del enunciado normativo que formará parte del esqueleto argumentativo a que da lugar el párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución; libertad que queda restringida por la regla de justicia a que se refiere Perelman o el principio de justicia formal referido por Alexy, cuya esencia, de aquélla como de éste, es el trato igual, justo, a casos especialmente similares.

En este argumento se puede recurrir además de a las reglas del sistema que conforman el orden jurídico vigente, a principios jurídicos, para poder corregir la insuficiencia legal o dado el caso, una laguna axiológica. Ya en el capítulo segundo consideramos importante la protección de derechos mediante los principios generales del derecho, también llamados principios de justicia, mismos que no llegan a configurarse, sino después de un estudio a consciencia del caso, en el que cuenta incluso el conocimiento del trato por las leyes de otras sociedades a hechos o situaciones semejantes (derecho comparado), y en el que no se debe perder de vista que lo que se pretende con la decisión judicial es sencillamente impartir justicia.

El juez (o quien lleve a cabo una acción argumentativa en materia jurídica) al construir a partir de la analogía legal u obtener a través de la analogía jurídica un argumento analógico; lo que hace, es *extender* la consecuencia jurídica que dicta la ley respecto de una hipótesis regulada a una no regulada; la hipótesis no regulada se tiene por similar a la regulada y por tanto lo que la ley ordena para ésta se entiende que ordenaría en aquella que no se encuentra en disposición normativa alguna.

## B Argumentum e contrario

A diferencia del *argumentum a simile*, en el *argumentum e contrario* el acento de la analogía se marca de manera estricta; sucede que para evitar una injusticia se decide tomar el texto legal de manera exacta, literal, y se entiende que las

consecuencias jurídicas de una hipótesis legal se aplican única y exclusivamente para tal hipótesis.

Ante una laguna legal, frente al silencio de la ley, se lleva a cabo una lectura prudente de ésta: se considera solamente el supuesto que se desprende de manera directa de la letra de la ley. Los términos o signos lingüísticos utilizados por el legislador en la creación de la ley importan en alto grado en este tipo de razonamiento.

Obviamente no existe identidad entre la razón de la norma jurídica derivada del precepto o preceptos normativos aplicables a un caso y la razón de la hipótesis contraria de ese mismo enunciado normativo. Sin embargo en ocasiones la misma ley establece singularidades, utiliza generalmente el vocablo “salvo”, con lo que se indica que existe una o más excepciones a la regla; pero cuando no hace tal distinción habrá de considerar que la hipótesis normativa contraria a lo que la ley dice puede redundar en una aplicación contraria a derecho, injusta.

El juzgador, según requiera para dirimir cada caso que estudia, elabora un determinado esqueleto argumentativo; en el proceso de descubrimiento de la norma aplicable al caso por resolver puede que califique conveniente (está facultado para ello) el argumento a contrario y entonces pone énfasis en que es imposible constituir una relación causal, al amparo de un criterio de justicia, entre la norma jurídica tratada de manera negativa y los hechos que originaron la controversia, porque en el caso, la respuesta al problema planteado no corresponde con la razón por la que la norma “expresa” está integrada al sistema jurídico.

Se sabe que algo permitido por la ley no puede estar al mismo tiempo prohibido, o viceversa, que algo prohibido no puede estar a la vez permitido. “Que algo que está permitido no pueda estar a la vez prohibido parece entrar en la lógica de las cosas, pero que algo que no está prohibido esté por ello también

permitido parece discutible.”<sup>216</sup> En el argumento referido se alega que si existe una o más disposiciones normativas que al ser interpretadas forman una norma jurídica; la negación de esta norma, no tiene cabida, es decir, no hay fundamento expreso que contenga la hipótesis contraria de la norma expresa, ni razón válida para hacerla valer, y por lo tanto no es aplicable de forma alguna, ya que, “todo acto dado está o permitido o permitida su negación.”<sup>217</sup>

### C Argumentum a fortiori

En el *argumentum a fortiori* la analogía vuelve a hacer acto de presencia, de igual modo la función integradora de la argumentación jurídica. Este argumento es utilizado para llenar “vacíos” de la ley<sup>218</sup>; presenta dos modalidades: una relacionada con el llamado operador deóntico de permisión y la otra relacionada con el operador de prohibición. De tal suerte el tono grave o de mayor intensidad de la analogía recae precisamente en eso a lo que la ley obliga.

En las disposiciones legales encontramos que se ordena la obligación de realizar una determinada acción, en esta hipótesis se entiende que tal acción es permitida. También se encuentran en las disposiciones legales obligaciones referidas a que una conducta no debe ser realizada, en este supuesto es cuando se entiende que esa conducta es prohibida. En el mundo fáctico se dan infinidad de situaciones y es difícil que se subsuman en forma exacta a lo que la ley dispone. Las razones por las que una acción o conducta está regulada, con el argumento de fuerza se potencian y se consideran propias del hecho real, al que no alcanza a comprender del todo una hipótesis legal.

---

<sup>216</sup> Von Wright, Georg H., *Lógica deóntica*, trad. de Jesús Rodríguez, Valencia, Cuadernos Teorema, 1979, p.13.

<sup>217</sup> *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>218</sup> Se lee vacíos entre comillas puesto que la obligación de los jueces para resolver las controversias que se les presentan lleva a colmar el orden jurídico con razones de derecho, de equidad; y por lo tanto, cuando es posible hacer uso de este argumento, el ordenamiento no es omiso.



Con las modalidades del argumento se logra reforzar o fortalecer la razón por la que se aplica una determinada norma jurídica al usar como punto de análisis analógico la disposición legal o las disposiciones a partir de las que se encontró la norma a aplicar. En este caso, el razonamiento por analogía se apoya en gran medida en el sentido común; la mayoría de razón se invoca como si al supuesto no regulado lo hubiera querido plasmar así, el legislador en la ley.

#### 1.- Argumentum a maiore ad minus

En esta modalidad del *argumentum a fortiori* es viable construir la premisa normativa del esqueleto argumentativo a partir de la existencia de una norma jurídica aplicable a un hecho en el que se concede mayor permisibilidad en relación con la acción parecida a otra acción de la que se desprenden consecuencias menores.

Al señalar una razón mayor se arguye que si se ha permitido en el ordenamiento jurídico una conducta de mayor relevancia en cuanto a sus efectos en relación con la conducta realizada que produce efectos de menor relevancia, aunque esta última no se contemple de manera expresa por la ley, dada la similitud con aquella regulada, se entiende de igual manera, permitida. Resulta lógico que si se permite lo más es permitido lo menos.

#### 2.- Argumentum a minore ad maius

Esta segunda modalidad permite a diferencia de la anterior construir un esqueleto argumentativo en tratándose de normas jurídicas que refieren la prohibición de una conducta.

En el enunciado normativo de este tipo de razonamiento se propugna que si está prohibida una conducta que causa un mal menor aunque no esté expresamente prohibida una conducta similar que causa un mal mayor, al producir

ésta un mal mayor debe considerarse prohibida puesto que si se prevé impedir cierto daño, con mayor razón el legislador y entonces la ley, debió prohibir el acto o conducta, similar a la regulada, ya que produce un daño mayor.

## D Otros

Además del *Argumentum a simili*, el *argumentum e contrario* y el *argumentum a fortiori* en la argumentación jurídica pueden ser utilizados eficazmente el *argumentum ad absurdum* y el *argumentum ab auctoritate*, mismos que a continuación se explican.

### 1.- Argumentum ad absurdum

También conocido como argumento apagógico, la reducción al absurdo, supone que se está ante una pluralidad de normas jurídicas cuya aplicabilidad *prima facie* es considerada factible, pero la decisión sobre qué norma debe ser aplicada, sobre cuál de las normas es la indicada, la mejor, impulsa a desarrollar un esqueleto argumentativo, en el que invariablemente se descartan las normas que conducen a una solución inadmisibles.

Con el argumento de reducción al absurdo se expresan las razones por las que se aplica la norma jurídica que es la única alternativa válida de entre las otras con las que no se llegaría a un resultado atinado. Es probable que los jueces la mayoría de las veces, al resolver una controversia, lleven a cabo un razonamiento similar al planteado, pues no es posible dar al mismo tiempo la razón a las partes contrarias en un litigio sino que la decisión judicial se apoya en la norma que ocupa la parte baja de la balanza, la que tiene mayor peso. En todo caso se descartan una a una las normas que conducen a una mala solución y se aplica la norma que lleva a una solución equitativa.

## 2.- Argumentum ab auctoritate

El *argumentum ab auctoritate* es utilizado considerablemente por quien argumenta en materia jurídica y es que “cuando se invoca la ley o cualquier otra fuente reconocida como fundamento de la decisión se está apelando a un argumento de autoridad que se impone de un modo inexorable, es decir, se acepta que la norma es razón que justifica la resolución;”<sup>219</sup> pese a ello en derecho y más si se trata de casos difíciles es común que los hechos no se subsuman a la norma y por ende además de citar la fuente formal, se suministran razones por las que una controversia se resuelve en uno y no en otro sentido.

En este tipo de razonamiento es necesario invocar la ley al fundamentar una decisión. Se sobreentiende que los jueces son imparciales y que por su conocimiento y experiencia son aptos para aplicar el derecho, de modo que como lo señala Anthony Weston<sup>220</sup> al argumentar sólo hay que cuidar que la fuente sea apropiada, *cualificada*, sobre todo si se trata de integrar una norma jurídica al sistema; actividad para la que los juzgadores están plenamente legitimados, como legitimados están los legisladores en el proceso de creación de la ley en todo Estado de derecho.

## II Balance de la teoría de la argumentación

Es cierto, la teoría de la argumentación jurídica constituye un nuevo paradigma del derecho, pero se instituye como un modelo no improvisado de la nada puesto que de él se encuentran raíces en el pensamiento antiguo y más recientemente en obras, que dejan un poco a un lado, la importancia de la interpretación o

<sup>219</sup> Segura Ortega, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 118-119.

<sup>220</sup> Cfr. Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, 10ª ed., España, Ariel, 2005, pp. 55-65.

hermenéutica jurídica, y la idea de que una controversia se resuelve simplemente al aplicar de manera mecánica la letra de la ley.<sup>221</sup>

Tal teoría, inspira a pensar en el *ius*, como el producto de la actividad discursiva en la que es necesario además del uso correcto del lenguaje que deriva de la legislación, es decir, de las disposiciones jurídicas, el buen uso de la prudencia, del buen juicio, de la razón e incluso del sentido común, todo, encaminado a cristalizar la finalidad que con la aplicación del derecho se pretende, la equidad; éllo en cada caso que tenga que ser resuelto por las autoridades que tienen competencia en la consecución de este fin.

Es la ley y su observancia la que hace presuponer la existencia de un Estado de derecho; la división de poderes se entiende acatada y entonces se cuenta con un órgano judicial que tiene a su cargo la función de administrar justicia, de dirimir controversias de manera imparcial.

Se deja claro que la competencia del órgano legislativo no se invade por el Judicial y que con la actividad jurisdiccional no se invaden las funciones del Poder Legislativo referidas a la creación del derecho; sino que forzosamente los jueces, para cumplir el mandato de decir el derecho, utilizan como herramienta la heurística, con la que descubren dentro del orden jurídico la norma jurídica aplicable a un caso en concreto.

---

<sup>221</sup> A ideas de Aristóteles, entre otros, se remontan autores como Perelman y Viehweg; entonces empieza a tomar relevancia dentro del pensamiento jurídico, el *diálogo* suscitado con motivo de una controversia legal entre las partes, entre éstas y el juez, e incluso el que surge entre el producto lingüístico obtenido a razón de la interpretación de la ley realizada por cada uno de los participantes en el juicio para solucionar el conflicto y el sentido mismo del derecho. Sin duda, se puede alcanzar cierta mecanización en la mayor parte de las actividades del hombre; es normal que se sigan patrones de conducta, que las personas al actuar sigamos una rutina. Pero en derecho no es recomendable pues están en juego intereses de seres humanos y con un proceso mecanizado (de inteligencia artificial, por ejemplo), es probable que no se obtengan los resultados óptimos deseados. De hecho se han encontrado casos en los que la solución que de entrada arroja el texto legal es claramente incorrecta y discordante con la finalidad del derecho, que al menos en teoría, es la justicia; por lo tanto, se exige que mediante la actividad jurisdiccional en cada caso en particular se externen razones suficientes y coherentes con el orden normativo que presenten como objetivamente razonable la solución al conflicto.

La heurística permite no tomar en forma literal la letra de la ley, lo que no implica necesariamente una actuación arbitraria de los jueces; éstos no son libres para inventarse una norma, la norma que aplican bien puede quedar integrada al sistema pero solamente cuando el razonamiento que expresan permite que quede fijada en el orden jurídico de manera coherente y consistente. Pero si se la inventan sin base alguna y la respuesta que se da al problema que tienen en la mesa es sin duda injusta no habrá razones suficientes y convincentes con las cuales justifiquen la norma o en dado caso el principio que han aplicado, y al final no tendrán razones suficientemente válidas para justificar su decisión.

La norma jurídica con que el juez fundamenta su decisión, al ser parte de un lenguaje específico, el que expresa el derecho, debe presentar como una de sus características la idea de lo justo. Lo justo no cambia en el tiempo ni en el espacio, cuando es un estándar aceptado por la razón.

La fuerza de un argumento jurídico se afianza de tal modo gracias a que se toma además de la norma escrita, la finalidad del derecho, esto es, la justicia, valor que involucra el deseo de estar seguros, en la convivencia con el otro, en lo referente a nuestra persona y posesiones.

Alguien podría hacer la afirmación de que la ley es insuficiente para solucionar todas las situaciones jurídicas problemáticas, pero tal aseveración no resuelve nada. Argumentar en derecho es importante porque no sólo se toma en cuenta el producto lingüístico del legislador, el orden jurídico establecido; porque se construye, cuando no existe, una norma que provendrá de una o más disposiciones legales que perfectamente integran el orden jurídico; y porque se tiene a la mano el recurso de los principios generales del derecho, en cierta medida, estándares que a lo largo de la historia han tomado forma y adquirido sentido, estándares que no hacen más que reflejar el sentido del derecho.

El hecho de que en la Constitución se ordene fundamentar una sentencia en los principios generales del derecho permite la confianza en el ordenamiento jurídico vigente, en el derecho positivo. El cuarto párrafo del artículo 14 constitucional es una disposición vinculante (así como el artículo 19 de la legislación civil federal), por lo que obliga a proveer justicia mediante una argumentación práctica racional.

Este tipo de argumentación implica que un argumento fundado en el ordenamiento jurídico vigente sea conveniente y a la vez convincente; conveniente en tanto que se ha acudido al órgano competente para *una solución equitativa*, y convincente en tanto que las razones jurídicas que se esgrimen son de algún modo perentorias y entonces no cabe duda de que la solución en definitiva es la mejor a la que se puede llegar.

En un Estado de derecho es importante contar con la seguridad de que los intereses jurídicos de las personas se protegen. Por lo regular se suele explicar por separado cada uno de los términos referidos a la idea de justicia, a saber, el de equidad, el de seguridad jurídica y el de certeza jurídica; pero identificables por separado no dejan de formar en conjunto un mismo ideal, por lo que un diseño formal de justicia resulta eficaz.

Hablamos, en el primer capítulo, de dos manifestaciones del derecho; la referida a un diseño formal de justicia, es la externa, que impulsa a fundamentar una decisión en una disposición jurídica; trata del derecho escrito, por lo que involucra los conceptos, seguridad y certeza. La relevancia en la teoría de la argumentación de lo que manifestación interna del derecho significa, es, que referida a la aplicación material de la justicia al caso concreto, el principal criterio a utilizar en la solución de controversias es el de equidad; además del uso razonable del derecho no escrito (natural), y de los principios generales del derecho, claro está que sin dejar a un lado la observancia de al menos una disposición jurídica vinculante.

## A Beneficios

Con la argumentación jurídica, la equidad queda postulada en cada caso por resolver; en casos difíciles, pero no sólo en éstos, el uso de la semiótica jurídica permite la construcción de la norma jurídica con que se pueda formular una solución afortunada, de acuerdo con las disposiciones vinculantes; la sintáctica y la semántica permiten, la una, extraer del orden jurídico disposiciones apropiadas<sup>222</sup>, y la otra marcar el acento de lo justo en la premisa normativa que servirá para dar una única salida a un problema jurídico.

La norma jurídica obtenida así, a partir de una o más disposiciones legales, constituye una premisa en el mejor de los casos correcta; pero si se encuentra en el camino del razonamiento que arrojaría esa norma, de ser tomada en cuenta, una solución equívoca, debido a que lejos se estaría del sentido del derecho que para el efecto unívocamente es considerado, lo justo, se habrá de tomar en cuenta la posibilidad de buscar otra norma o principio que sí lleve a una solución justa.

Dicha búsqueda en realidad es un beneficio a favor de quien, de seguirse por el juez una aplicación mecánica de la ley, en el que se deje un tanto a un lado la capacidad de razonar, e incluso la propia intuición y el sentido común, obtendría del juzgador una resolución desfavorable, claramente injusta.<sup>223</sup> Para que los

---

<sup>222</sup> Relacionadas con la controversia; que sean aplicables en cuanto a la materia jurídica de que se trate, y que entre las mismas haya correspondencia según el propio orden legal.

<sup>223</sup> De Recaséns Siches citamos uno de los ejemplos con que ilustra la necesidad de echar mano de la razón, él dice, de la lógica de lo razonable, al argumentar. *Op. Cit.* pp. 647-651. (Ver nota 18 en pág. 29) Expone un caso que se presenta en una ciudad del Estado de Nueva York con el que deja ver como una norma que *prima facie* puede considerarse justa, al ser aplicada sin más, puede producir una sentencia injusta, y por ende contraria al orden jurídico. El caso de Ida White versa sobre un legado que a su favor deja Wesley Moore consistente en todas las acciones que éste poseía de la Compañía de Luz, que él dirigía y en la que tenía parte principal. El señor Moore ve disminuida su capacidad mental. La señorita White debido a su competitividad queda al frente de todos los negocios de Moore, y es nombrada tutora. La crisis económica de 1929 hace que casi todas las inversiones del señor Moore dejen de producir dividendos; llega el momento en el que las acciones de la Compañía de Luz son vendidas por 220,000 dólares; pasada la crisis y gracias a la buena administración de Ida White los negocios de Moore vuelven a prosperar. Entonces Wesley Moore muere y se procede a abrir su testamento, en el cual figuraba el legado referido; el caudal relicto por la venta de las acciones era muy cuantioso, alcanzaba la suma de 1.000,000 de dólares; de los 220,000 dólares la señorita White sólo había gastado 20,000 para las atenciones de

jueces convenzan con su decisión, trasciende el hecho de que conozcan el lenguaje (y sentido) propio del derecho; que dado el caso, sepan elegir la norma o premisa que mejor fundamentará las razones que justifican las soluciones que dictan; que su decisión goce de aceptación general por estar acorde con la idea de lo justo.

Entendido el hecho de que habrá para cada caso una norma o principio aplicable; tengamos en cuenta que cada caso tendrá sus peculiaridades y que bien puede no quedar comprendido en la regla general que establece la ley. Así, es que se debe descubrir la norma jurídica que fundamente la decisión y descubierta, expresar las razones jurídicas que justifiquen esa decisión, que sirvan de argumento para convencer de que la solución al caso concreto es la correcta.

Una regla general que establece la ley es interpretada; y puede integrarse a partir de la interpretación una nueva norma al orden jurídico; de allí, se puede empezar a comprender al derecho como argumentación y es que si un sistema jurídico en el que se pretende la seguridad jurídica da la pauta para utilizar criterios de equidad para alcanzar la finalidad última del derecho, que es la justicia, es dentro del orden jurídico en concreto, donde se registraran cambios del mismo con el fin de proporcionar certeza de que se solucionará una controversia judicial de manera objetiva y no arbitraria. Los cambios no son formales, por lo tanto no

---

la residencia familiar de los Moore y había depositado el resto en un banco... suscitado el problema jurídico a raíz de la venta de las acciones y de la muerte de Moore la cuestión era ¿Ida White tenía derecho a los 200,000 dólares, remanente del precio de la venta, más otros 20,000 del caudal hereditario, de modo que se completara el valor de las acciones de la Compañía de Luz legadas a ella?; ¿tenía derecho Ida White solamente a los 200,000 dólares todavía disponibles, parte no gastada?; ¿o tenía Ida White derecho a nada, porque las acciones no pertenecían ya al patrimonio del señor Moore cuando éste murió? El Tribunal de primera instancia decide que Ida White no tenía derecho a nada; en segunda instancia, cuando Ida White recurre en apelación, se ordena al albacea que pague 220,000 dólares a la señorita White, como suma equivalente de las acciones de la Compañía de Luz; y finalmente, la Suprema Corte del Estado revoca la sentencia del Tribunal de Apelación, y resuelve que “el legado de las acciones a Ida White quedó extinguido por la venta de éstas en el tiempo en que Wesley Moore todavía estaba vivo y que ningunos otros bienes ni dinero del caudal hereditario pueden ser tomados en sustitución de aquel legado”. Como se señala por Recaséns, se comete una injusticia, se pasa sobre la voluntad del testador y otras circunstancias por las que no debería haberse aplicado la disposición que considera nulo el legado de cosa determinada, cuando dicha cosa desaparece del patrimonio del testador después de otorgado el testamento y antes de su muerte, ya que no se trata de un principio absoluto con validez universal y necesaria.



puede hablarse en sentido estricto de que se establece un precedente para casos futuros; no debe creerse que el derecho dejará de registrar cambios, la certeza consiste en que las razones jurídicas, en tanto que son coherentes con el sistema permiten aplicar el derecho objetivamente.

Encontrada la norma jurídica aplicable o colmada una laguna normativa con la regla de equidad, es decir, reconocido el principio o principios que sirven al caso, se tiene una premisa del esqueleto argumentativo, y entonces se procede a dar razones y a agotar los tipos de argumento jurídico; a determinar cuál esquema o forma de argumento es el idóneo. La ventaja por la que se puede considerar más benéfico el llamado nuevo paradigma del derecho versa sobre el hecho de que antes la letra de la ley lo era todo, era el único instrumento tomado en cuenta al decidir una controversia, sin importar si una solución dada por la ley era justa o injusta; y ahora lo razonable, y en cierto grado lo lógico viene a cobrar vida, a la vez que se reaviva la razón práctica. No se desconoce la utilidad y vigencia del silogismo deductivo puesto que las razones que funcionan como premisas justifican la correspondiente decisión. Por otra parte, el modelo de subsunción queda superado debido a que no se toma la literalidad de la ley; es cuando toma importancia lo jurídicamente razonable.

### Estabilidad vs Cambio

La seguridad que da el vivir en un Estado de derecho bien puede traducirse en la estabilidad que se genera a partir de las leyes que se dictan por el órgano competente del Estado. El hecho de que se cuente con un ordenamiento jurídico que establezca la estructura social, económica y política; y que funcione al traer, en teoría, beneficio a todos los miembros de la sociedad, consolida en cada uno la certeza de que es factible mediante la aplicación razonable del ordenamiento jurídico vigente la protección de los derechos estatuidos en la ley.

Si sin razón alguna se afecta un derecho, cuando no debiera resultar afectado, y se aduce que se aplica una norma integrada al orden jurídico, algo anda mal. Se puede argumentar que es un mandato de la ley el que se sigue; que la decisión es en pro de la seguridad jurídica. Pero si en tal supuesto, estamos frente a una seguridad jurídica sospechosa, a ésta no se le debe entender como un valor independiente de la justicia, ni dársele mayor importancia que a ésta. Es indudable que se debe respetar la ley, pero no se debe aplicar sin más, sino que de ser necesario, habrá de hacer valoraciones con las que se corrija su insuficiencia.

Utilizar un criterio valorativo o juicio de valor para dictar una decisión judicial, ayuda a mantener en cierta estabilidad al orden jurídico, se le da más eficacia; la rigidez de una disposición jurídica no la comparte la norma que arroja; ésta, más bien, permite un cambio que se hace visiblemente necesario para que antes de cumplir con una relativa seguridad jurídica, se cumpla con el cometido demandado legítimamente por quienes guían sus acciones al amparo de la ley, el cual es el acceso a la justicia.

Encontramos a la seguridad jurídica ligada con el tema de la estabilidad del orden jurídico; y dado que si es conocido el contenido de la ley, un individuo podría predecir las consecuencias de los actos propios o ajenos que afectan los intereses de otro u otros, a la vez, podría pensarse que resulta "útil", que no cambie la letra de la ley o que se registren, si acaso, cambios mínimos. Pero en la realidad nada se mantiene estático; los cambios en los estados de las cosas pueden no ser visibles pero suceden, con el derecho pasa igual, cambia al ritmo que cambian las cosas en la sociedad, evoluciona y es esta capacidad por la que una transformación de las cosas no puede ser considerada de manera negativa; el cambio entonces es necesario y permite la continuidad de la seguridad jurídica, por ende, no es un binomio absoluto el que se forma entre los términos seguridad jurídica-estabilidad.

En la aplicación del derecho, si se soluciona un problema jurídico al fundamentar la decisión en un criterio de justicia es porque el sistema así lo permite; porque la labor de los jueces requiere razonar las reglas y ponderar los principios integrados al sistema; resulta obvio pensar que la obligación de un juez es velar por la justicia e ilógico pensar que al buscar la solución justa a una controversia que tiene que resolver, éste pretende afectar la seguridad jurídica; una a la otra no se opone, justicia y seguridad van de la mano. “El juez es,... un ‘creador’ de derecho, un activo operador y cooperador respecto de los datos jurídicos y fácticos que se le presentan”<sup>224</sup>. No crea derecho en la forma en que lo hacen los legisladores; su función es específica, toma en cuenta disposiciones vinculantes, crea derecho, esto es, trabaja con una norma jurídica integrada al orden jurídico vigente de manera implícita, pero no expresada de manera explícita, por lo que la tiene que justificar.

## B Falacias al argumentar

Razonar para argumentar en derecho es básico; habrá que tener presente a la argumentación jurídica como el medio para alcanzar el fin justicia. No es aceptable el uso de los razonamientos inválidos, de los denominados sofismas, pues suponen la intención de inducir al error en el diálogo que se lleva a cabo entre los participantes en el juicio; caso éste en que se trata de persuasión; del uso retórico del lenguaje jurídico.

La *petitio principii* si bien ha llegado a considerarse como argumento formalmente válido es un argumento insatisfactorio puesto que se da por probado lo que se quiere demostrar<sup>225</sup>: “los que someten demasiado servilmente su criterio a una autoridad suelen confundir el peso de esa autoridad con el indiscutible peso de la evidencia.”<sup>226</sup> Entonces para evitar una argumentación falaz no se debe dejar de expresar en detalle “lo evidente”, es decir, la norma o el principio de

<sup>224</sup> Zaccaria, Giuseppe, *Razón jurídica e interpretación*, España, Civitas, 2004, p. 131.

<sup>225</sup> Díez, José A., *Iniciación a la lógica*, España, Ariel, 2002, p. 27.

<sup>226</sup> García Trevijano, Carmen, *El arte de la lógica*, España, Tecnos, 1993, p. 132.

derecho, las razones que son reconocidas por la mente, en este caso, *la norma jurídica* que constituye la premisa normativa; no es suficiente una cita simple de los preceptos legales, como insuficiente es una seguridad jurídica poco fiable, aquélla que conduce a una solución injusta. Si no se menciona expresamente la premisa normativa y por ende la razón que funda la decisión judicial, sino que sólo se citan artículos o preceptos legales, se incurre en una petición de principio y lo que podría ser presentado como un argumento de autoridad queda a modo de sofisma.

Irving Copi<sup>227</sup>, menciona que las falacias son razonamientos psicológicamente persuasivos. Hemos de reafirmar que la argumentación jurídica más que para persuadir, sirve para convencer; no debiera concebirse al diálogo jurídico como una competencia de oratoria en la que gana el mejor discurso. Es conveniente un argumento jurídico sólo si puede presentar como característica propia el ser vinculante en tanto se supone se ha obedecido una convención social previa.

Señala Jürgen Habermas que “las convicciones compartidas intersubjetivamente *vinculan* a los participantes en la interacción en términos de *reciprocidad*; (que) el potencial de razones asociado a las convicciones constituye entonces una base aceptada, en la que uno puede estribar para apelar al buen sentido del otro. (Que) este efecto de vínculo no puede tenerlo una convicción que uno se limita a *inducir* en el otro (por medio de una mentira, por ejemplo).”<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> Explica y ejemplifica razonamientos en los que se cometen falacias de atingencia, el error aquí es que sus premisas carecen de atingencia lógica con respecto a la verdad o falsedad de las conclusiones que pretenden establecer; señala también la existencia de razonamientos en los que se cometen falacias de ambigüedad, el error aquí deriva del uso de palabras o frases ambiguas, cuyos significados oscilan y cambian de manera sutil. En el primer grupo de falacias considera a la llamada conclusión inatingente; el argumentum ad baculum (apelación a la fuerza); el argumentum ad hominem (ofensivo; y circunstancial); el argumentum ad ignorantiam; el argumentum ad misericordiam; el argumentum ad populum; el argumentum ad verecundiam (la apelación a la autoridad); la causa falsa; y la de la pregunta compleja. En el segundo grupo incluye a el equívoco; la anfibología; el énfasis; la composición; y la de la división. Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, 12ª ed., trad. de Néstor Míguez, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972, pp. 59-88.

<sup>228</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Cátedra, 1989, p. 481.

### III Sobre el concepto de argumentación jurídica

En la argumentación en derecho se toman las bases del diálogo, suscitado a raíz de un problema jurídico o caso difícil, del orden jurídico preestablecido, vigente; orden que es idóneo para generar una respuesta o solución adecuada, siempre que el lenguaje, en este caso formado por los enunciados normativos que derivan de disposiciones legales, sea utilizado correctamente. La argumentación jurídica tiene lugar además en los llamados casos “fáciles”.

Se encuentra en las sociedades, al derecho como una realidad y en las universidades, como objeto de estudio. Como realidad humana, con él se persigue la paz y se reconoce que tiene la finalidad de solucionar controversias; en el campo epistémico al derecho se le vincula con el valor justicia que viene a constituirse en su principal característica. Entonces se entiende que una disputa legal tendrá que ser resuelta de manera justa, equitativa. Es así que la justicia es el principal criterio de corrección en materia jurídica.

Los enunciados normativos, que también hemos denominado formulaciones jurídicas, se transforman en una norma jurídica que puede generarse a partir del orden jurídico, con ayuda de la filosofía del derecho y la pragmática. El orden jurídico se entiende como un sistema organizado, es en cierta forma el Estado de derecho; es la totalidad de las normas jurídicas, integrado incluso con aquellas a las que no es fácil ligarles a una o más disposiciones normativas. Podrá aparecer indeterminada la ley, el derecho no; por ello respecto a una controversia legal siempre se dictará una solución jurídica por la autoridad competente.

Habrá veces en que vinculadas a la norma jurídica con que se dará solución a un problema, se encuentren relativamente fácil, disposiciones legales que servirán de fundamento a esa norma; pero en el proceso, el descubrimiento de la norma puede complicarse. Aunque resulte dificultoso descubrir la norma, al final, ésta es encontrada y aplicada. De ser necesario se trabaja con un principio

general de derecho reconocido. El primer paso para llegar a una solución correcta en un caso difícil está dado de antemano cuando en el ordenamiento jurídico de mayor jerarquía se encuentra una disposición que permite acudir a los principios generales del derecho para dar una respuesta a un problema jurídico planteado ante el órgano judicial, aunque tal permisión no sea, sino después de haber intentado solucionarlo con la letra de la ley o su interpretación.

De tal suerte, se tiene cómo es que se fundamenta la argumentación en derecho con base en principios. De manera general se apela a la equidad como medida para conseguir una solución justa y como parámetro de una norma jurídica que no se liga puntualmente con una o más disposiciones contenidas en la ley<sup>229</sup>. La actividad argumentativa en dicho campo de la vida humana, debiera tener su máximo rendimiento en la labor que lleva a cabo la autoridad judicial, debido a que es quien está obligada a conocer el derecho, a aplicarlo en forma imparcial, a plasmar en sus decisiones razones que determinan lo justo en cada caso.

No se cuenta únicamente con el fundamento de una argumentación basada en criterios o juicios de valor. También está ofrecido el fundamento que sirve para la “creación” de la norma o en su caso la utilización de algún principio jurídico que servirá de argumento decisivo. Fundamentar una resolución en un juicio de valor puede hacer creer que la misma es subjetiva, debido a que el texto legal no se sigue puntualmente pero tal adjetivo se desvanece pues no hay que olvidar que la utilización del derecho no escrito, cuando es necesario, viene ordenada por la propia Constitución; y que la norma y por ende la solución, se arrojan en todo caso por el sistema organizado, por el orden jurídico.

---

<sup>229</sup> Se tiene claro que no significa lo mismo norma jurídica y principio jurídico; en este trabajo, se ha mencionado que una norma jurídica puede estar contenida en una disposición normativa, que pueden existir disposiciones normativas que no contengan alguna norma jurídica o que ésta derive de más de un artículo legal (o a la inversa, que de un artículo derive más de una norma). También se menciona el supuesto de que para una norma jurídica (principio) no se encuentre una disposición normativa; en tal hipótesis se entiende que la norma jurídica puede integrarse razonablemente al orden jurídico porque se siguió en su búsqueda un criterio de justicia y porque es coherente y consistente con el sistema. La diferencia básica entre norma jurídica y principio general de derecho radica en que este último se entiende como un principio universal, se tiene que identificar, y aquélla se construye a partir de la razón, de manera lógica con base en la ley escrita.

En la argumentación jurídica, los principios generales del derecho o en su caso las normas jurídicas elaboradas a partir de un criterio de equidad, hacen las veces de razones sólidas que pueden considerarse universales y por ello se alcanza un nivel aceptable de objetividad (por la vía de la intersubjetividad). Sirve el lenguaje jurídico abstracto para elaborar el enunciado jurídico objetivamente adecuado; también para expresar razones adicionales que refuercen la norma o formulación jurídica que juega el papel de premisa normativa. Así las cosas, una decisión judicial logra tenerse por objetiva puesto que las razones del derecho con que se trabaja existen por sí, es decir, no se deducen, sino que están admitidas intersubjetivamente de manera anticipada.

Con el derecho como argumentación habrá que confiar en que los jueces conocen y saben trabajar con el lenguaje jurídico, que son razonables en lo que se refiere a los intereses que están en juego, esto indica, que le darían a todo caso según la información con que cuentan, una solución justa. El lenguaje a utilizar en la decisión final entonces está acentuado por el contexto o situación principal, por lo netamente jurídico. Se evidencia el uso de la pragmática en tanto que debe ser tomado en cuenta todo carácter jurídico para expresar una solución correcta; también es evidente el uso de la lógica de lo razonable, de la razón práctica a favor de quien tiene mejor derecho. Con la pragmática se vincula al derecho escrito una premisa clara y coherente con éste, del derecho no escrito.

Una acepción del derecho, aparte de la de lo justo, es la de lo (cor) recto; ésta nos sirve para resaltar una finalidad que abarca la argumentación jurídica y que es la corrección necesaria del ordenamiento vigente cuando se muestra insuficiente para emitir una decisión justa. Se refleja por otro lado la rectitud que debe observar la autoridad judicial en el ejercicio de su competencia; el hecho de que se ha de manejar con conocimiento de causa, de manera imparcial y no arbitraria.

La teoría de la argumentación jurídica se avoca dentro de un Estado de derecho a la actividad jurisdiccional y concretamente a la decisión judicial que es un medio por el cual se dice el derecho. No deja del todo a un lado la interpretación de la ley pues de alguna manera se sigue un proceso mental interpretativo de las disposiciones legales al momento de descubrir la norma jurídica. Se centra en el diálogo jurídico para al final quedar completado un discurso que proyecta en todo caso lo justo; dicho discurso constituye la argumentación como producto de la razón y goza de autonomía respecto al material legal con que se trabaja. Se distingue la argumentación jurisdiccional del proceso argumentativo que se lleva a cabo al momento de la creación de la ley; en este último se encuentra en juego más que lo jurídico, lo político, razón por la que se juega en principio con las llamadas directrices, no con principios ni normas jurídicas.

La argumentación no es un método interpretativo de disposiciones normativas. Es la argumentación jurídica una técnica<sup>230</sup> resolutive de juicios practicada por los jueces; es relevante el trabajo de éstos porque son quienes emiten la decisión final, pero la actividad argumentativa se realiza por todos los que dialogan para llegar a la solución de un problema jurídico por lo que saber pedir la protección de un derecho y argumentar con razones jurídicas a favor del mismo es elemental.

Es una técnica que implica un proceso hermenéutico de la ley; o en dado caso heurístico; descubierta la norma jurídica o principio aplicable conforme a derecho, se requiere de un razonamiento que se expresará con base en uno o más de los tipos o formas de argumentos jurídicos; éstos tendrían que resultar saturados, como lo advierte Alexy, en pro de una solución correcta.

---

<sup>230</sup> No es un método, porque no se trata de un procedimiento establecido, que se sigue paso a paso, para hallar una verdad última; es una técnica que sirve en el arte de decir el derecho, por utilizar indistintamente recursos disponibles como la ley, los principios generales del derecho que no necesariamente se encuentran regulados, las formas de razonamiento lógico como son los tipos de argumentos jurídicos, la dogmática jurídica, etcétera; una técnica que hace uso de la razón a favor de lo justo y con la finalidad de evitar incorrecciones en la aplicación de la ley; una técnica con la que se presentan razones que respaldan una resolución.



Lo interesante es que ante un vacío normativo el juez descubre primero y luego justifica una formulación normativa con la que emite una solución no subjetiva ni arbitraria, que dicha norma o premisa goza de aceptación. Puede pretender el juzgador que su trabajo lo desempeña imparcialmente; y se puede obtener el convencimiento de los particulares respecto a la objetividad de la sentencia. Se tiene entonces la certeza, y por ende seguridad, de que funciona un orden articulado con el objetivo de vivir en paz; y que se tienen protegidos los bienes así como la integridad física y moral.

En casos trágicos, en aquéllos en los que de cualquier forma resulta un derecho dañado después de ponderar principios que colisionan y sopesar intereses jurídicos, es mucho más necesario dar razones que expresen el por qué es que se inclina la balanza hacia un lado y no hacia el otro, es necesario dar razones sólidas para obtener la aceptación de la solución propuesta.

*La argumentación jurídica es una técnica resolutive de controversias con la que se pretende convencer a los interesados de que la solución a un problema jurídico está justificada al estar respaldada con las mejores razones<sup>231</sup>. Al no existir una razón mejor a la determinante, se tiene a la mano, una única respuesta correcta. Respuesta acorde con el fin o valor principal del derecho; o en un caso dado, fundada en principios generales del derecho, aplicados claro está, de acuerdo a los hechos que originaron el conflicto y con fundamento en el orden jurídico.*

La fundamentación de la decisión debe a la vez quedar justificada; la justificación es la que se construye con los razonamientos de tipo jurídico que respaldan una decisión, consiste en externar razones vinculantes. El fundamento es la base estructural, el apoyo de la solución que sirve de justificación interna; las razones de tipo jurídico que respaldan el fundamento, justificación externa, son

---

<sup>231</sup> Es la práctica argumentativa por un lado y por el otro el resultado del diálogo suscitado a raíz del problema planteado, es decir, el discurso como producto de dicha práctica.

eficaces en cuanto se presentan de manera lógica racional y en tanto señalan el nexo que las une con los supuestos dados, tanto el jurídico como el fáctico.

El derecho por ende no es una construcción lábil, su eficacia se alcanza mediante la técnica argumentativa utilizada como instrumento, para lograr la protección de los derechos. En un caso fácil basta descubrir la norma jurídica de entre las disposiciones normativas y a partir de allí solucionarle.

En un caso difícil puede haber disposiciones legales pero éstas no ajustarse a los hechos causantes del conflicto y para el caso es lo mismo que si no hubieran; por lo tanto se tiene que “crear” una norma jurídica a partir de una antinomia, esa norma jurídica puede ser identificada perfectamente como principio, y será la base de la argumentación, toma en realidad el papel de premisa o razón del derecho, hay que justificarla pues de lo contrario se caería en el error de cometer una petición de principio. A la premisa normativa deben acompañarle razones que la refuercen.

Con la argumentación se desarrolla un esqueleto argumentativo en el que se justifica por lo general la validez del uso de una norma (o principio), en la solución de una controversia jurídica, que en primera instancia pueda parecer ajena al orden jurídico vigente o no tener fundamento en él. La disposición constitucional que constriñe a decir el derecho en forma razonable goza de fuerza vinculante de la que puede no gozar alguna otra norma jurídica integrada al sistema; por lo tanto sólo resta justificar con razones claras y precisas la pertenencia al orden jurídico establecido de esa norma o ese principio que arroja una solución equitativa.

Baste subrayar por último que son componentes del concepto de argumentación jurídica: el Estado de derecho; la justicia; las categorías operacionales de la teoría mencionadas en el capítulo segundo, descubrimiento y justificación; y la pretensión de corrección. Habrá que tener presente del Estado

de derecho la idea de que en la práctica jurídica, el orden regulador de la vida del hombre se encuentra sistematizado de modo que facilita una convivencia con el otro; relacionada con la idea de justicia, a la equidad, como la medida para tratar a casos similares de la misma forma, en igualdad de circunstancias; del descubrimiento el hecho de que es factible la creación de una norma jurídica cuando es necesaria una búsqueda de una solución mejor a la ofrecida por la simple interpretación de la ley, y en cuanto al conocido contexto de justificación, la distinción entre justificación interna y justificación externa, la primera más ligada a una actividad judicial por así decirlo, mecánica, con mayor afinidad al modelo de subsunción, y la segunda, inclinada a la exteriorización de razones jurídicas adicionales a la premisa normativa del silogismo judicial; finalmente, en relación con la idea de corrección, el que con el uso de la razón práctica, quede en definitiva como solución, la que sea menos injusta de las que puedan plantearse como probables salidas al problema.

## CONCLUSIONES

- 1.- *La argumentación jurídica es una técnica resolutive de controversias con la que se pretende convencer a los interesados de que la solución a un problema jurídico está justificada al estar respaldada con las mejores razones.* No es un método porque los pasos a seguir no pueden delimitarse del todo, es más un arte con el que se descubre una norma jurídica, y que sirve para justificar, la aplicación de la misma.

Es por un lado la práctica del derecho y por otro el resultado de esa práctica. Al argumentar en derecho se atienden por lo general determinadas formas del razonamiento; la forma en que éstas se utilizan es de cierta manera lógica; pero la lógica formal pasa a segundo plano e importa, en principio, que un argumento sea razonablemente justo.

Un razonamiento o un argumento jurídico integra un esqueleto argumentativo; la parte normativa de dicho esqueleto forma una premisa de la que tendrá que justificarse su utilización, es decir, tendrán que expresarse las razones por las que se afirma que sólo con ella se consigue una solución correcta.

- 2.- Preserva el sistema jurídico mexicano cierto orden, en el que se encuentran perfectamente delimitadas las funciones del Poder Judicial; al Legislativo corresponde la creación de las leyes, pero los jueces, están obligados a decidir todo problema jurídico que llegue a sus manos y entonces habrá veces en que generen a partir del derecho escrito normas jurídicas para solucionar correctamente determinados conflictos, las mismas al igual que la norma escrita, son vinculantes, porque las genera una autoridad competente. La función judicial no es mecanizada, por el contrario, los jueces están obligados a decidir prudentemente o de manera razonable.

En México, la argumentación jurídica está fundamentada en el artículo 14 constitucional, párrafo cuarto, que ordena fundar una decisión respecto a una controversia judicial a partir de los principios generales del derecho, si no es posible hacerlo con base en la letra de la ley ni en la interpretación de la misma; por ello, es que puede considerarse un

instrumento necesario para una aplicación equitativa del derecho, cuando es insuficiente el texto legal así como la simple interpretación de éste.

La norma jurídica aplicada a un caso concreto, generada en el seno del poder judicial, debe mantener la coherencia y consistencia del sistema. La justificación o motivación del uso de tal norma está ordenada además por el artículo 16 constitucional.

- 3.- Retomando lo que Atienza señala, entre otras cosas, respecto a la función práctica o técnica de la argumentación jurídica, ésta debe ofrecer una orientación útil en la tarea de la aplicación del derecho; para ello se puede como lo señala Viehweg partir de la tópica y conseguir una única solución a un problema, pues no debemos olvidar que los tópicos son puntos de vista universales que sirven, por ejemplo, cuando se disputan cuestiones que la ley no resuelve pero que el derecho natural sí; y también puede considerarse de acuerdo con Alexy, además de la literalidad de la ley, la dogmática, el precedente, la experiencia, la razón, y agotar las formas especiales de los argumentos jurídicos.

Para construir cualquiera de las formas de los argumentos jurídicos es de gran ayuda la analogía de allí que Perelman resalte la importancia de ésta en la solución de cuestiones controvertidas; de acuerdo con este autor es mediante la argumentación que se puede aplicar el derecho de manera imparcial u objetivamente, por lo que la práctica argumentativa en materia jurídica no produce inseguridad sino que permite manejar los cambios que se producen naturalmente en la estructura del derecho.

- 4.- Igual que Viehweg señalamos que para solucionar casos jurídicos es determinante la justicia, ésta es un modo de ver al derecho; a partir de allí planteamos que se puede llegar a una única solución correcta de determinado asunto jurídico.

Pues bien, lo razonable, la razón práctica, juega un papel importante en la argumentación jurídica; un razonamiento debe girar en el eje denominado justicia en el que la equidad es concluyente, puesto que es la equidad la medida para una aplicación justa del derecho. La justicia se hace

presente gracias a un criterio de equidad, se sitúa sobre una supuesta seguridad jurídica, entonces la certeza en el derecho, en su aplicación, se configura debido a que un juez puede ejercer la facultad constitucional, no arbitraria, de dar las razones que justifiquen su decisión, incluso cuando tales razones no puedan considerarse sino como criterios o juicios de valor. Con la argumentación los jueces no quedan constreñidos a apearse de manera estricta al derecho escrito.

La justicia es el elemento de corrección del orden jurídico, el soporte de la norma jurídica que se aplica, norma jurídica que debe quedar integrada al sistema de manera consistente gracias a un buen razonamiento jurídico; para lograr tal faena, resulta ser una herramienta fiable la argumentación jurídica.

## Bibliografía

- AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1995.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, 2ª reimp. de la 1ª ed., Colombia, Coedición de la Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 2004.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, España, Civitas, 1986.
- Tras la justicia; una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, 3ª reimp. de la 1ª ed., España, Ariel, 1997.
- Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1ª reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- El derecho como argumentación; concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- BEUCHOT, Mauricio y GONZÁLEZ RUIZ, Edgar, *Ensayos sobre teoría de la argumentación*, México, Edición a cargo de la Dirección General de Difusión Cultural de la Universidad de Guanajuato, 1993.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- COPI, Irving, *Introducción a la lógica*, 12ª ed., trad. de Néstor Míguez, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1972.
- DÍEZ, José A., *Iniciación a la lógica*, España, Ariel, 2002.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Bilbao, Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.
- Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, España, Lex nova, 2000.
- FROSINI, Vittorio, *La letra y el espíritu de la ley*, España, Ariel, 1995.
- GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, España, Civitas, 1999.
- GARCÍA TREVIJANO, Carmen, *El arte de la lógica*, España, Tecnos, 1993.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco, J. (comps.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., España, Trotta, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Cátedra, 1989.
- HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- KALINOWSKI, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1982.
- Lógica de las normas y lógica deóntica*, 2ª reimp., México, Fontamara, 2003.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 9ª ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1997.
- KLUG, Ulrico, *Lógica jurídica*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 1990.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *El valor de la constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- MORESO, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006.
- PERELMAN, Chaïm, *Le champ de l'argumentation*, Bélgica, Universidad Libre de Bruselas, 1970.
- La lógica jurídica y la nueva retórica*, 1ª reimp., trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 1ª ed. en español (5ª reimp.), México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 17ª ed., México, Porrúa, 2003.
- RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, título original "Il labirinto della giutizia", México, Fontamara, 2002.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.
- TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica; el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, 2ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 2ª ed., México, Fontamara, 2001.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964.
- Tópica y filosofía del derecho*, versión de Jorge Seña, Barcelona, Gedisa, 1990.
- WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, 10ª ed., España, Ariel, 2005.
- Von WRIGHT, Georg Henrik, *Lógica deóntica*, trad. de Jesús Rodríguez, Valencia, Cuadernos Teorema, 1979.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, 1ª reimp., México, Fontamara, 2003.



ZACCARIA, Giuseppe, *Razón jurídica e interpretación*, España, Civitas, 2004.

## Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Raúl Juárez Carro Editorial, 2005.

Código Civil Federal, México, Ed. Sista, 2002.

Código Civil para el Distrito Federal, 73ª ed., México, Porrúa, 2005.

## Jurisprudencia

AUSENCIA DE LEGISLACIÓN Y LAGUNAS DE LA LEY. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL NO PUEDE LLENAR ESE VACÍO. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, febrero de 1997. Tesis: XIX. 1º.9 K. p. 710.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE LIMITAN A EMITIR JUICIOS DE VALOR DE TIPO MORAL EN RELACIÓN CON LA LEY O ACTO RECLAMADO. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVII, enero de 2003. Tesis: III.2º.C.4 K. p. 1746.

DERECHO COMPARADO. LAS AUTORIDADES NO ESTAN OBLIGADAS A RESOLVER CON APOYO EN ÉL. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: V, enero de 1997. Tesis: XXII. 16 K. p. 456.

DOCTRINA PUEDE ACUDIRSE A ELLA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS Y APOYO EN LA FORMULACIÓN DE SENTENCIAS, CON LA CONDICIÓN DE ATENDER, OBJETIVA Y RACIONALMENTE, A SUS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIII, mayo de 2001. Tesis: 2ª. LXIII/2001. p. 448.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO A DICHA GARANTÍA TRATÁNDOSE DE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES SE VERIFICA SIN QUE SE INVOQUEN DE MANERA EXPRESA SUS FUNDAMENTOS, CUANDO LOS RAZONAMIENTOS DE ÉSTAS CONDUZCAN A LAS NORMAS APLICADAS. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, agosto de 2000. Tesis: P. CXVI/2000. p. 143.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL CUMPLIMIENTO DE TALES REQUISITOS NO SE LIMITA A LAS RESOLUCIONES DEFINITIVAS O QUE PONGAN FIN AL PROCEDIMIENTO. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, agosto de 1997. Tesis: XIV. 2º. J/12. p. 538.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL EFECTO DE LA SENTENCIA QUE AMPARA POR OMISIÓN DE ESAS FORMALIDADES, ES LA EMISIÓN DE UNA RESOLUCIÓN NUEVA QUE PURGUE TALES VICIOS, SI SE REFIERE A LA RECAÍDA A UNA SOLICITUD, INSTANCIA, RECURSO O JUICIO. Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, septiembre de 1998. Tesis: 2ª./J. 67/98. p. 358.

FUNDAMENTO O MOTIVACIÓN, FALTA O INDEBIDA. EN CUANTO SON DISTINTAS. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, marzo de 2002. Tesis: I. 60. A. 33 A. p. 1350.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA INADECUADA O INDEBIDA EXPRESIÓN DE ESTA GARANTÍA CONFIGURA UNA VIOLACIÓN FORMAL A LA LEY APLICADA. Novena Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, febrero de 2004. Tesis: XIV. 2º. 45 K. p. 1061.

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. SU CUMPLIMIENTO CUANDO SE TRATE DE ACTOS QUE NO TRASCIENDAN, DE MANERA INMEDIATA, LA ESFERA JURÍDICA DE LOS PARTICULARES. Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI, abril de 2000. Tesis: P/J. 50/2000. p. 813.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XIX, junio de 2004. Tesis: 1ª. LXXII/2004. p. 234.

JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. Jurisprudencia. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XII, diciembre de 2000. Tesis: P./J. 145/2000. p. 16.

PRESCRIPCIÓN POSITIVA O ADQUISITIVA. DEBE DEDUCIRSE MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN O RECONVENCIÓN CORRESPONDIENTES, SIN QUE PUEDA PROSPERAR A TRAVÉS DE UNA RECONVENCIÓN. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Instancia: Primera Sala. Tomo: XIII, mayo de 2001. Tesis: 1ª./J. 9/2001. p. 170.

## Documentos

FLORES, Imer B., "La técnica jurídica en la aplicación del derecho", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Ciudad de México, 1995, tomo XLV, números 201-202, mayo-agosto.

Poder Judicial de la Federación, S.C.J.N., CD-Rom de Jurisprudencia y tesis aisladas; consultas especiales: contradicción de tesis, México, 2003.

## Diccionarios

Diccionario Enciclopédico Éxito, T. III, Barcelona, Grafos, s.a., s.p.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, (D-H), México, Porrúa-UNAM, 1999.

PALOMAR de MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas, T. I (A-I)*, México, Porrúa, 2000.

## Direcciones electrónicas

<http://www.scjn.gob.mx>