



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO  
FACULTAD DE DERECHO

*“LA NUEVA RETORICA EN EL SISTEMA  
JURIDICO MEXICANO”*

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

ADRIAN DE LEON LOPEZ

ASESOR DR. MIGUEL ANGEL SUAREZ  
ROMERO

OCTUBRE, 2014



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

OFICIO NO. SFD/45/X/2014

ASUNTO: Aprobación de tesis

DR. ISIDRO AVILA MARTÍNEZ  
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN  
ESCOLAR DE LA UNAM  
P R E S E N T E

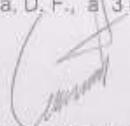
Distinguido Señor Director:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, elaborada en este seminario por el pasante en Derecho, **Adrian de León López**, con número de cuenta 305023795, bajo la dirección del Dr. Miguel Ángel Suárez Romero denominada "**La nueva retórica en el sistema jurídico mexicano**", satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"  
Ciudad Universitaria, D. F., a 3 de octubre de 2014

  
DRA. SOCORRO APREZA SALGADO  
DIRECTORA



SAS\*

A mi madre  
A mis abuelos  
A mi Universidad

**INDICE .**  
**LA NUEVA RETORICA EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO.**

INTRODUCCION.

CAPITULO UNO.  
*ASPECTOS GENERALES DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.*

1.1. Concepto de argumento y argumentación.	1
1.1.1. Definición de argumento.	1
1.1.2. Definición de argumentación.	3
1.2. Teorías de la Argumentación Jurídica.	8
1.2.1. Evolución en la aplicación e interpretación del Derecho.	8
1.2.1.1 Epoca Antigua.	9
1.2.1.1.1. Aristóteles.	9
1.2.1.1.2. Cicerón.	13
1.2.1.2. Epoca Moderna.	14
1.2.1.2.1. La Exégesis.	14
1.2.1.2.1.1. Antecedentes.	15
1.2.1.2.1.2. El Código de Napoleón.	20
1.2.1.2.2. Escuela Histórica Alemana.	23
1.2.1.2.3. La Jurisprudencia de Conceptos y la Jurisprudencia de Intereses.	26
1.2.1.2.3.1. La Jurisprudencia de Conceptos.	26
1.2.1.2.3.1.1. Georg Friedrich Puchta.	27
1.2.1.2.3.1.2. Rudolf Von Ihering.	29
1.2.1.2.3.2. La Jurisprudencia de Intereses.	30
1.2.1.2.4. Escuela del Derecho Libre.	36

CAPITULO DOS.  
*ASPECTOS RELEVANTES DE LA LOGICA JURIDICA.*

2.1. Concepto de lógica y lógica jurídica.	41
2.1.1. Lógica.	42
2.1.1.1. Principios lógicos.	46
2.1.2. Lógica Jurídica.	48
2.2. Formas del pensamiento.	54
2.2.1. Idea.	55
2.2.2. Juicio.	56
2.2.3. Razonamiento.	58
2.3. El silogismo.	60
2.3.1. El silogismo judicial.	66
2.4. Lógica Deóntica.	71
2.5. Clases de normas.	79
2.6. Elementos de la norma.	84
2.6.1. Carácter.	85
2.6.2. Contenido.	88
2.6.3. Condición de aplicación.	89
2.6.4. Autoridad.	91
2.6.5. Sujeto.	92
2.6.6 Ocasión.	93

CAPITULO TRES.  
*ASPECTOS GENERALES DE LA RETORICA.*

3.1. Concepto de retórica.	95
3.1.1. Visión Clásica.	95

3.1.2. Aristóteles y la retórica.	99
3.1.3. Partes del discurso.	102
3.2. Lo racional y lo razonable: el silogismo y el entimema.	104
3.3. La Nueva Retórica.	114
3.3.1. El Auditorio.	119
3.3.1.1. El Auditorio Universal.	120
3.3.1.2. El Auditorio Particular.	124
3.3.1.3. El Auditorio Interno.	126

CAPITULO CUATRO.  
*LA ARGUMENTACION DE PERELMAN.*

4.1. Nociones generales.	134
4.2. Técnicas de Argumentación.	140
4.2.1. Técnicas de Enlace o Asociación.	142
4.2.1.1. Los argumentos cuasi lógicos.	143
4.2.1.2. Los argumentos fundados en la estructura de lo real.	150
4.2.1.3. Los argumentos que se fundan sobre la estructura de lo real.	160
4.2.2. Técnicas de Disociación.	165
4.3. Tipos de argumentos.	168
4.3.1. Tarello.	169
4.3.2. Argumentos persuasivos y convincentes.	179
4.3.2.1. Persuasivos.	180
4.3.2.2. Convincentes.	181
4.3.3. Argumentos válidos y eficaces.	183

4.3.3.1. Validez.	183
4.3.3.2. Eficacia.	185
4.4. Aplicación de las ideas de Perelman en la argumentación jurídica actual.	190
CONCLUSIONES.	204
BIBLIOGRAFIA.	207

## INTRODUCCION.

En la actualidad es fácil apreciar el latente descontento de la sociedad mexicana en relación con su sistema jurídico, el cual deriva, en nuestra óptica, de temas como la corrupción por un lado y la falta de eficacia por el otro.

La presente exposición, dejando de lado el primero de los tópicos planteados, centra su atención en el papel que el juez desempeña como mero operador literalista y generalmente gramatical del orden normativo, es decir, como un funcionario ajeno al contexto social, cuya labor consiste en la adaptación de hechos a normas.

Dicha afirmación, halla sustento en las sentencias emitidas por nuestro máximo tribunal de interpretación en materia constitucional, esto es, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales son dictadas siguiendo nociones y argumentos meramente formales, caracterizados por su alto grado de desapego con la realidad y contexto de la sociedad en que se aplican.

Es importante no olvidar, como hasta hoy día parece haberse olvidado, que la justificación última del Estado y por tanto de su sistema jurídico, se encuentra en el seno de su sociedad, en su bienestar y progreso.

Formamos parte de un Estado que día con día propugna la defensa de un orden normativo ajeno a la realidad de su población, que parece incapaz de ejecutar fácticamente sus enunciados, pues de nada sirve el establecimiento de una amplia gama de derechos coordinada a su nula aplicación.

Así, personificamos dicha problemática en la realidad afrontada por todos los mexicanos que se encuentran inmersos en una proceso ante un tribunal, en el cual, las consideraciones hechas valer por quienes en deber tienen el de impartir justicia, reducen su argumentación a artificios meramente técnicos, sin sentido de

realidad y que además en muchas de las veces son difíciles de valorar por los ajusticiados.

Por esta razón, la presente exposición propone establecer como medio de armonización entre el sistema jurídico y el entorno social al que pertenece, la estructura brindada por la lógica jurídica y la nueva retórica sustentada por Chaim Perelman, pues creemos que, a través de la misma, se logrará una interpretación normativa fundamentada sobre criterios de racionalidad.

Con lo anterior, no pretendemos que la interpretación de los jueces no sea supeditada a mínimos básicos, ni mucho menos, que sus resoluciones se fundamenten sobre la nada jurídica, sino por el contrario, planteamos establecer mecanismos lógico jurídicos que actúen como herramientas en la realización de la función interpretativa.

Por ello, afirmamos que las nociones de cualquier posicionamiento que procure colaborar en la consecución de los fines del Estado, mediante la transformación de su sistema jurídico, necesariamente deben supeditarse al principio rector constituido por la seguridad jurídica, pues es éste el motor de impulso para la modernidad y su innegable respeto constituye un deber.

Así pues, nuestro objetivo consiste en adoptar el modelo de la nueva retórica y su argumentación como mecanismo que fomente el acercamiento del sistema jurídico y la sociedad, propugnado éste, bajo los parámetros de exigencia impuestos ante el respeto de la seguridad jurídica.

De esta manera, hemos decidido recurrir al uso del método histórico, deductivo e inductivo, primordialmente, para el desarrollo de nuestra exposición.

Para lo anterior, segmentamos nuestra investigación en cuatro capítulos a través de los cuales exponemos los principales argumentos que constituyen la base de las ideas expuestas por Chaim Perelman en su nueva retórica.

Dicha división persigue, primordialmente, dos objetivos:

- Preservar el sentido y estructura del estudio formulado por el citado autor, en vertientes tales como argumentación, lógica y retórica.
- Aunado lo anterior, y dada la finalidad de la presente exposición, creemos pertinente exhibir las distintas figuras que constituyen dicha teoría de modo aislado, pues de esta forma, podemos señalar su conexión directa con los otros tópicos que constituyen su objeto, para así comprender, a mayor abundamiento, los beneficios brindados por la misma.

De este modo, en el primer capítulo esbozamos la evolución de los métodos interpretativos del Derecho, desde la concepción del Estado Moderno, con la finalidad de demostrar que la estructura empleada por los mismos responde en gran medida a las necesidades de la sociedad en que se instituyen.

Lo anterior da pauta para sustentar, con posterioridad, que las modificaciones en la estructura social hacen necesaria la adopción de un distinto método, como lo es el ofrecido por la nueva retórica, para la exposición del discurso judicial, que fomente la conexión entre el sistema jurídico y su población, instituida ésta sobre criterios de racionalidad y certidumbre.

Por lo que se refiere al segundo capítulo, analizamos los principios fundamentales de la lógica, sus formas, definiciones y usos, en virtud de ser éstos los que respaldan las pretensiones teóricas propuestas en este trabajo.

Dicho análisis permite examinar diferentes aplicaciones de la lógica dentro del esquema judicial, ya sea como operador de validez, o bien, como herramienta de calificación en cuestiones de compatibilidad argumentativa.

Por otro lado, el tercer capítulo lo hemos dedicado a examinar los antecedentes de la retórica en el mundo antiguo, con el objeto de atestiguar su deformación y consecuente degradación de método de convencimiento del foro a simple arte estilística en el uso del lenguaje público.

En este mismo sentido efectuamos un análisis relacionado con la nueva retórica, por virtud del cual se destaca el valor de conceptos como auditorio, convencimiento y adhesión.

El cuarto capítulo lo dedicamos al estudio de las diversas técnicas argumentativas a través de las cuales se consuma la expresión de los argumentos que, dado un caso concreto, operan como herramientas para la consecución de la adhesión del auditorio. Para estos fines recurrimos al uso de la comparación, confrontando el modelo argumentativo defendido por Perelman con dos resoluciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De esta manera, pretendemos hacer evidente el inexistente uso de métodos lógicos y argumentativos por parte de nuestro tribunal, en especial de aquellas herramientas brindadas por la nueva retórica, para el análisis y emisión de sentencias.

# LA NUEVA RETORICA EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO.

## CAPITULO UNO.

### ASPECTOS GENERALES DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.

#### 1.1. Concepto de argumento y argumentación.

El actual desarrollo de la ciencia jurídica ha posicionado a la argumentación como una de sus principales herramientas,<sup>1</sup> razón por la cual se vuelve de vital importancia definir y comprender su significado y funcionalidad.

El presente apartado tiene como propósito exponer la evolución de que ha sido objeto la mencionada argumentación, así como estudiar su funcionalidad desde las diversas perspectivas que constituyen la historia del Derecho.

Lo anterior, con la finalidad de valorar el papel que las necesidades y el desarrollo de la sociedad juegan sobre la interpretación de la norma.

##### 1.1.1. Definición de argumento.

Con el objeto de hallar el significado que entraña la palabra argumento, hemos decidido remontar nuestro estudio a la revisión de su concepción etimológica, pues creemos que en ésta se encuentran algunas de las características que hoy día constituyen al mismo.

---

1 Al respecto podemos analizar los distintos enfoques que formula Manuel Atienza, en relación con el derecho, distinguiendo lo como estructural, sociológico y argumentativo. Ver Atienza, M., *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

Partiendo de la anterior puntualización, diremos que el vocablo argumento proviene del verbo latino *arguo*, cuyo significado hace referencia a algo que brilla, aclara o ilumina, es decir, desde su acepción más remota, esta palabra se refiere a un medio por virtud del cual se puede aclarar algo.

Sin embargo, en lo que respecta a nuestra materia, esta definición no es suficiente, pues abre una nueva pregunta consistente en explicar a que objeto se hace referencia cuando se dice que mediante un argumento se puede aclarar algo, esto es, ¿Qué es ese algo?

Para resolver dicha interrogante debemos recordar que en lo que respecta al Derecho, la funcionalidad del argumento es eminentemente discursiva, esto es, su objetivo consiste en dar a luz una determinada idea o proposición.

De este modo, en palabras de Víctor Manuel Rojas Armandi, el argumento es:

“...cualquier medio lingüístico que sirva para persuadir o convencer a alguien de una posición que se sostiene, no obstante que los fundamentos expuestos de manera lógica resulten insostenibles...”.<sup>2</sup>

Lo expuesto significa que todo argumento, visto como un medio, permite expresar el contenido de una idea, facultando a quien lo emplea, el persuadir o convencer a otro respecto la pertinencia de una determinada tesis.

Así, la estructura del argumento como herramienta de expresión lingüística, no abarca su calificación en lo que toca a corrección, validez o veracidad, es decir, la estructura de éste no califica su contenido.

De dicha manera, diremos que un argumento es aquella herramienta que opera como la base de una determinada tesis, en cuyo contenido no se califica su

---

<sup>2</sup> Rojas Armandi, V., *Argumentación Jurídica*, Oxford University Press, México, 2010, p. 16.

corrección, validez o veracidad; en otras palabras, funciona como andamio en la construcción de un juicio.

Por lo expuesto, desde nuestra particular perspectiva, un argumento se constituye por las siguientes características:

- Es una herramienta netamente lingüística, es decir, la misma no puede plasmarse de modo material.
- Funge como medio de persuasión o convencimiento.
- No califica la corrección, validez o veracidad de su contenido.

### **1.1.2. Definición de argumentación.**

La palabra argumentación tiene la misma fuente etimológica que el vocablo argumento, es decir, en una de sus acepciones más amplias significa brillar, aclarar o iluminar; de esta manera, para detallar y estar en posibilidad de distinguir entre ambas, recurriremos a su análisis desde las perspectivas brindadas por Marco Tulio Cicerón de un lado y Manuel Atienza por otro.

Por lo que se refiere a los estudios vertidos por el célebre jurista romano, la argumentación se define como: "...las razones que hacen fe de una cosa dudosa...".<sup>3</sup> Al estudiar esta noción, encontramos que el autor considera a la argumentación como un conjunto de razones, es decir, como enunciados a través de los cuales se busca el convencimiento o adhesión del foro a una determinada tesis.

Lo anterior quiere decir, que mediante el uso de la argumentación se busca convencer a un sujeto o grupo de sujetos sobre la pertinencia de una determinada

---

<sup>3</sup> Cicerón, *De la invención retórica*, Obras Completas, tomo I, Anaconda, Buenos Aires, 1946, p. 44.

idea a través de un procedimiento de carácter discursivo, en donde los argumentos fungen el papel de base y la argumentación el de procedimiento.

Así, vemos que ya desde la antigüedad se distingue entre el argumento y la argumentación, posicionando al primero como una herramienta y a la segunda como su medio de expresión.

Bajo esta misma tesitura Manuel Atienza afirma:

“...argumentar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos, conectados entre sí de muy variadas formas...”<sup>4</sup>

Al respecto, el citado autor, expone tres diferentes perspectivas bajo las cuales se debe analizar el concepto argumentación, esto es, una formal, una material y una dialéctica.

Por lo que se refiere al punto de vista formal, su definición debe responder al siguiente cuestionamiento: ¿qué se puede inferir a partir de determinadas premisas? respondiendo: “...la <argumentación> es un encadenamiento de proposiciones: un argumento deductivamente válido se cumple siempre que si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión...”<sup>5</sup>

Así, diremos que bajo un punto de vista eminentemente formal, la argumentación es un procedimiento por medio del cual se encadenan diversos argumentos con la finalidad de demostrar la validez de una determinada conclusión.

En lo que respecta al criterio material, la argumentación será definida como: “...un proceso consistente en dar buenas razones en favor o en contra de alguna

---

4 M. Atienza, *El sentido del derecho*, Op. cit. p. 256.

5 *Ibidem* p. 258.

tesis teórica o práctica; lo que se persigue no es mostrar si una inferencia es o no válida, sino si existen razones o no para creer en algo o para realizar una determinada acción...”.<sup>6</sup>

En este sentido, materialmente hablando, la argumentación funge el papel de la razón suficiente que necesariamente conduce a la acción del sujeto, donde los argumentos que se esgrimen a través de la misma no necesariamente han de ser válidos, pues lo importante, en este caso, es el valor que éstos tienen en conjunto como medio para la acción.

Por último, en relación con el criterio dialéctico, su concepción contesta a la siguiente pregunta: ¿cómo se puede persuadir a otro u otros de algo? respondiendo entonces que: “...la argumentación discurre según ciertas reglas que regulan el comportamiento lingüístico de los participantes, y tiene como finalidad persuadir a un auditorio para que acepte una determinada tesis...”.<sup>7</sup>

De este modo, bajo una óptica eminentemente dialéctica, concluiremos que mediante el proceso argumentativo se desarrolla la compleja tarea de conectar los diversos argumentos que son empleados por el orador en aras de conseguir la adhesión o convencimiento del auditorio, siguiendo para dicha tarea las reglas que regulan el comportamiento lingüístico del mismo.

Así, diremos que la argumentación es un procedimiento discursivo a través del cual:

- Se pueden unir diversos tipos de argumentos válidos, con la finalidad de expresar conclusiones deductivamente válidas.
  
- Se expresan razones a favor o en contra de una tesis.

---

<sup>6</sup> Ibídem p. 259.

<sup>7</sup> Ibídem p. 260.

- Se persuade a un determinado auditorio sobre la aceptación de una tesis.

En palabras de Christian Plantin:

“...Argumentar es dirigir a un interlocutor un argumento, es decir, (dar) una buena razón para hacerle admitir una conclusión...”

... El argumento tiene un estatus de creencia compartida, de un dato fáctico incontestable. Evidentemente el destinatario de la argumentación puede rechazar ese dato, pero entonces tiene que justificar el rechazo: la carga de la prueba será responsabilidad suya...”.<sup>8</sup>

De esta forma, desde nuestro punto de vista, la argumentación debe comprenderse desde dos momentos a saber:

- El primero de formulación o interno, en virtud del cual posee ante los ojos de quien la conceptúa una pretensión de validez, esto es, para el sujeto que ejecuta la acción argumentativa la misma es válida.
- El segundo de confrontación o externo, en el cual la mencionada cualidad de validez se pone en tela de juicio al ser expuesta ante un determinado auditorio, quien en última instancia decidirá sobre su corrección, veracidad o validez.

En otro orden de ideas, es vital considerar la existencia de límites en cuanto a la facultad de argumentar se trata, pues el orador puede encontrarse ante determinadas situaciones en las cuales ésta no surtirá efecto alguno, ya sea:

- Por hallarse ante tesis cuya comprobación sea evidente.
- Por exposición de tesis arbitrarias, es decir, sin posibilidades de debate.

Del primer tipo podríamos ejemplificar el siguiente enunciado: En el planeta tierra, bajo condiciones constantes de gravedad, si un objeto se deja caer desde un edificio de cinco pisos tenderá a caer.

---

<sup>8</sup> Plantin, C., *La Argumentación*, trad. Amparo Tusón, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 41 - 44.

Dicha tesis se fundamenta sobre hechos indiscutibles, por lo cual puede prescindir de argumentación.

En el segundo caso, la ejemplificación surgirá ante una tesis que se base sobre la exposición de una arbitrariedad, verbigracia: La mayoría de edad para todo ser humano se alcanza al cumplir veinte años, por lo cual todos los mayores de veinte años son ciudadanos del mundo.

En el ejemplo expuesto la imposibilidad de argumentación surge ante arbitrariedad que se presenta al estatuir la mayoría de edad a nivel mundial en la edad de veinte años, es decir, el hecho arbitrario se plasma en la edad, pues ésta no define la aptitud del sujeto para ejercer los derechos que derivan de la ciudadanía.<sup>9</sup>

En virtud de los puntos vertidos con anterioridad, para los efectos de la presente exposición, concluimos que la argumentación es el procedimiento mediante el cual se pretende convencer o persuadir a un determinado auditorio de adherirse a una tesis también determinada, mediante el empleo de argumentos sujetos a confrontación, cuyos límites se definen por la arbitrariedad o la evidencia.<sup>10</sup>

Dada la mencionada definición, extraemos las siguientes características:

- La argumentación es un procedimiento intelectual compuesto por dos momentos, el primero de formulación, donde se brinda con una pretensión de validez a la misma; y el segundo de confrontación, en la cual, la mencionada pretensión se sujeta a una prueba ante el auditorio, quien en última instancia decidirá sobre su corrección, validez o veracidad.
- La argumentación tiene como finalidad la persuasión o el convencimiento.
- La argumentación posee dos grandes límites, la obviedad y la arbitrariedad.

---

<sup>9</sup> Ver *Los argumentos fundados en la estructura de lo real*, Capítulo cuatro de la presente exposición.

<sup>10</sup> Ver M. Atienza, *El sentido del derecho*, Op. Cit. pp. 256 y ss.

Aunado a lo expuesto, estimamos vital recalcar las diferencias existentes entre los vocablos argumento y argumentación:

- Mientras la argumentación tiene como fin último la contrastación de su pretensión de validez a través del discurso, el argumento únicamente funge como base en el razonamiento, es decir, forma parte de la argumentación.
- El argumento es la base para llegar a la persuasión o convencimiento, mientras que el medio para conseguir la mencionada persuasión o convencimiento es la argumentación.

## **1.2. Teorías de la Argumentación Jurídica.**

El desarrollo jurídico contemporáneo no puede ser concebido sin remontar sus orígenes a un largo pasado caracterizado por la exposición de muy diversos posicionamientos en relación con la idea del Derecho, sus instituciones y, desde luego, en la forma de interpretación y aplicación del mismo.

Así, se vuelve indiscutible la tarea de realizar un análisis tendiente a la observación de su evolución, para de dicha forma facilitar la comprensión y entendimiento de su estructura actual.

### **1.2.1. Evolución en la aplicación e interpretación del Derecho.**

El presente apartado tiene como finalidad esbozar la evolución que ha sufrido el Derecho respecto de su aplicación e interpretación; para lo cual en semejanza con la investigación sustentada por Chaim Perelman, iniciaremos nuestra descripción partiendo de los postulados formulados por la escuela exegeta, en el Estado moderno, hasta los posicionamientos expuestos por las escuelas de argumentación actual.

No obstante lo anterior, creemos necesario plasmar el pensamiento e ideas de los autores que en nuestra concepción se estatuyen como clásicos del tema, es decir, Aristóteles y Cicerón, ya que algunas de sus tesis continúan vigentes o, cuando menos, son el precedente de estudio necesario para la comprensión de las contemporáneas.

### **1.2.1.1 Epoca Antigua.**

Tal y como expresamos en el preámbulo del presente apartado, consideramos de vital importancia, dada la metodología de esta exposición, tornar nuestro estudio desde sus más distantes y conocidas raíces, con la única finalidad de comprender la evolución que la argumentación ha tenido desde sus prístinos inicios y, de esta manera, evaluar el contenido de los actuales posicionamientos instituidos a su respecto.

#### **1.2.1.1.1. Aristóteles.**

Como punto de partida valoramos trascendente señalar que en la obra aristotélica no existe un escrito dedicado de forma exclusiva al tema de la argumentación, sin embargo, consideramos establecerla como precedente en esta exposición, toda vez que sus ideas en relación con la analítica, los sofismas y el silogismo poseen un estrecho vínculo con la argumentación contemporánea.<sup>11</sup>

De este modo, retomamos los estudios practicados por éste en la obra conocida como *Organon*, en la cual se contiene un profundo análisis sistemático en torno al tema de los razonamientos, cuya principal aportación, desde nuestro punto de vista, consiste en la distinción formulada entre dos diferentes tipos a saber:

---

<sup>11</sup> Basta recordar que las aportaciones realizadas por el autor, se formulan como refutaciones al estilo sofista de argumentar, es decir, como una critica al método eminentemente demagógico preponderante en su época.

- Los razonamientos analíticos.
- Los razonamientos dialécticos.

En relación con los primeros, los define como aquellos que parten de una premisa necesaria o por lo menos indiscutiblemente verdadera y que conducen gracias a inferencias válidas a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas.

En ellos apreciamos un alto grado de formalidad derivada de su estructura eminentemente lógica, es decir, toda vez que los elementos que lo constituyen no se hallan sujetos a discusión o debate, toda conclusión que derive de éstos tampoco lo estará.

Por lo que respecta a los segundos, los precisa como aquellos que no están dirigidos a establecer demostraciones de carácter científico, es decir, son los que realizan una labor de guía en las deliberaciones y controversias.

Como se observa, a diferencia del razonamiento analítico, el razonamiento dialéctico no posee una estructura formal que sustente sus premisas, es decir, éstas surgen exclusivamente como pretensiones del orador cuya finalidad es la persuasión o el convencimiento.

En este sentido Perelman dice:

“...Los razonamientos dialécticos...Tienen por objeto los medios de persuadir y de convencer por medio del discurso, de criticar las tesis de los adversarios y de defender y justificar las propias con argumentos más o menos sólidos...”<sup>12</sup>

---

12 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1994, p. 10.

Así, creemos que dichos razonamientos, amén de ser el resultado de un procedimiento más o menos formal, jamás tendrán la solidez que caracteriza a los analíticos ya que su contenido será siempre refutable.

Ante dicha situación, Aristóteles propone la realización de un estudio sobre la corrección, validez o veracidad de las premisas que se esgrimen al exponer una determinada tesis, el cual se enfoca al análisis de los medios a través de los cuales se estructuran las mismas.

En relación con los razonamientos de tipo analítico, afirma que éstos son exteriorizados por medio del *silogismo formal*, el cual se entiende como: "...una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas preposiciones, se concluye necesariamente una proposición diferente de las proposiciones admitidas, mediante el auxilio de estas mismas proposiciones...".<sup>13</sup>

De tal suerte, observamos que todo silogismo se forma por tres partes a saber, una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión, que necesariamente han de contar con un medio común, es decir, conceptos contenidos unos en otros que permitan la formulación de conclusiones.

En este sentido, el mencionado estagirita, comenta:

"...Cuando tres términos están entre sí en tal relación, que el último este en la totalidad del medio, y el medio éste o no en la totalidad del primero, es de necesidad que se forme el silogismo...".<sup>14</sup>

Así, el *silogismo formal* se crea a través de premisas que sustentan razonamientos de tipo analítico, en el cual el paso de las premisas a la conclusión es necesario.

Por otro lado, en lo que respecta a los razonamientos de tipo dialéctico, afirma que ante la existencia de estructuras de tipo guía, se vuelve necesario crear un

---

13 Aristóteles, *Tratados de lógica, El órganon*, trad. F. Larroyo, 10ª Edición, Porrúa, México, 2001, p.307.

14 *Ibídem* p. 75.

parámetro que permita su calificación, recurriendo para ello al uso del *silogismo dialéctico o entimema*.<sup>15</sup>

Mediante el *entimema*, el orador no necesita enunciar todas las premisas o, en su caso, puede fundamentarlas sobre alguna o algunas verosímiles o plausibles, pues en dicha estructura la existencia de una conclusión no es necesaria, de este modo se puede prescindir de la premisa menor e incluso, en algunos casos de la conclusión.

En este sentido, Vega Reñón, apunta:

“...un entimema viene a ser un silogismo en el que una o más premisas pueden ser verosímiles o plausibles y cuyo nexo silogístico descansa en el poder inferencial de un signo o de un tópico...”<sup>16</sup>

Así, este tipo de estructura da pauta a la argumentación como medio para la decisión, pues bajo sus reglas se puede explicar la existencia de distintas soluciones ante un mismo caso, es decir, al fundamentar las mismas sobre premisas plausibles (razonamientos dialécticos), no necesariamente hemos de llegar a una conclusión determinada o, aun más, podemos no alcanzar una decisión, toda vez que carecemos de un nexo de conclusión necesaria.

El argumento bajo dicha tesitura se desempeña como un medio de definición en relación con las premisas que se hacen valer a través del silogismo, pues únicamente desempeñan una función de medios para el convencimiento o la adhesión del auditorio.

---

15 Ver *El silogismo*, en el apartado 3 del segundo capítulo.

16 Vega Reñón, L., “Entimemas”, *DOXA*, No. 27, 2004, pp. 283 – 315 [en línea] <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/80250507323592509754491/028091.pdf?incr=1>> [Consulta: 15 diciembre de 2013].

### 1.2.1.1.2. Cicerón.

La obra de Cicerón constriñe esencialmente al campo de la retórica, pues como es sabido, su elocuencia y calidad discursiva lo caracterizan aún hoy día como figura a seguir en cuestiones de oratoria, sin embargo, dada su vasta experiencia en la materia, es decir, en lo que respecta a la forma de argumentar, creemos pertinente hacer mención de sus estudios.

Para este autor, la retórica se comprende como el conocimiento del lenguaje, cuya cualidad le permite incidir en los sentimientos, el carácter y los pensamientos de sus receptores, bajo la condicionante de que dicha labor cognoscitiva provenga de la razón, es decir, juzga que a través de una correcta argumentación se puede conseguir la adhesión del auditorio a quien se dirige la misma.

En este sentido el maestro Vallarta Marrón, afirma:

“...El orador romano nos dice que la retórica –en cuanto a instrumento de la filosofía- es necesaria para el conocimiento de la virtud; entiende a esta disciplina en un sentido amplio, así, podemos llamar argumentación a la noción de retórica que sostiene Cicerón...”.<sup>17</sup>

Para éste clásico romano, el argumento necesariamente debe revestir de una conexión ética en el contexto de su sociedad, pues sólo a través de este vínculo el ideal de justicia es alcanzable. Por tanto, considera que la argumentación formulada sin sujeción a dicho imperativo ético, es decir, la argumentación sustentada por la elocuencia o el discurso demagógico, conduce de forma necesaria al perjuicio de la sociedad.

En este sentido, observamos que Cicerón añade un toque de rigidez al campo de la argumentación, es decir, contrario a lo que comúnmente suele suponerse, él no

---

17 Vallarta Marrón, J.L., *Argumentación Jurídica, Enseñanzas básicas desde la antigüedad greco-romana hasta nuestros días*, Porrúa, México, 2011, p. 29.

propugna por el uso estilístico del lenguaje, pues el sustento de la argumentación no provendrá de la elocuencia sino del uso de la razón.

Así, propugna por un acercamiento entre la retórica comprendida como una argumentación basada en la razón y reglas de integración en la lógica formal.

#### **1.2.1.2. Epoca Moderna.**

Con lo establecido en los apartados anteriores, en el presente damos un salto por la historia para analizar nuestro tema desde la perspectiva brindada por el paradigma del Estado Moderno, por ser éste, en nuestra consideración, el punto de partida de las ideas plasmadas por diversos autores contemporáneos en relación con el mismo.

Cabe mencionar que siguiendo la metodología establecida por Chaim Perelman, en su obra denominada *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, nuestro análisis se ciñe exclusivamente hasta el estudio de las ideas postuladas por la corriente denominada como Escuela del Derecho Libre.

##### **1.2.1.2.1. La Exégesis.**

El estallido de la Revolución Francesa constituye un parte aguas en la historia universal, pues con el mismo nace una nueva concepción del Estado y de sus formas de gobierno; se estatuye una clara división de poderes, y; se establecen, normativamente hablando, una nueva gama de derechos y prerrogativas a favor de los gobernados; es sobre este punto que una de las grandes virtudes del sistema jurídico se deja sentir, esto es, la seguridad jurídica.

La importancia de esta escuela radica, más que en su innecesario culto a la ley y su carácter interpretativo eminentemente gramatical, en la implementación de un modelo jurídico que provee al gobernado de mecanismos de defensa frente a los poderes constituidos.

Por esta razón estimamos valioso remitir nuestro estudio a sus fuentes y bases, toda vez que partiendo de éstas nos hallaremos en aptitud de establecer un discurso que retome sus virtudes (como lo es él de la seguridad jurídica) y, en su caso, anule las discrepancias habidas en su estructura.

#### **1.2.1.2.1.1. Antecedentes.**

Los autores que estudian las tesis expuestas por esta corriente, ubican su origen en la publicación del Código de Napoleón en 1804 y la disgregan ante la aparición de la escuela científica en finales del siglo XIX principios del XX.

Así, en perspectiva del afamado exegeta Julien Bonnecase, para su estudio, ésta puede ser dividida en tres diferentes etapas:<sup>18</sup>

- Fundación (1804-1830).
- Apogeo (1830-1880).
- Decadencia (1880-1900).

No obstante lo anterior, creemos que sus antecedentes, y por lo tanto buena parte de sus bases, se remontan a la historia de los glosadores y pos-glosadores en la Edad Media. De este modo, vislumbramos como desde los albores del siglo XII, con la fundación de la Universidad de Bolonia en Italia, surgen corrientes interesadas en la explicación del contenido y metodología de aplicación del

---

<sup>18</sup> Ver J. Bonnecase, *Introducción al estudio del Derecho*, trad. Jorge Guerrero, Temis, 2ª Edición, Bogotá, 1991.

Derecho y, especialmente, en el análisis del sistema normativo plasmado en el *Corpus Iuris* de Justiniano.

En dicho sentido, el maestro Guillermo Margadant, señala:

“...La escuela de los glosadores tiene como tarea principal analizar el derecho romano según las colecciones de Justiniano...”.<sup>19</sup>

La tarea de estos glosadores consistía en examinar los textos de la compilación de Justiniano y efectuar, hecho lo anterior, anotaciones marginales a efecto de exteriorizar el sentido entrañado en éstas una vez aplicadas al caso concreto.

De este modo, formulaban interpretaciones con la intención de dilucidar la voluntad del legislador a fidelidad, provocando, con dicha obstinación, la descontextualización de las normas ahí plasmadas.

Así, observamos que las glosas realizadas por los seguidores de estas escuelas se caracterizan por dos elementos a saber:

- Carencia de sentido crítico, es decir, no complementan la línea discursiva de las normas, sino que se ciñen estrictamente a su contenido.
- Aplicación descontextualizada de instituciones jurídicas, derivado del inapropiado, e incluso inexistente, análisis de idoneidad temporal practicado sobre las mismas.

Cabe recordar que en dicho periodo histórico, la tarea legislativa se encomendaba a un cuerpo autoproclamado como superior, generalmente un rey, cuya existencia se justificaba a través del poder divino, esto es, el órgano encargado de legislar se ostentaba como el representante terrenal de la divinidad, por lo cual, cualquier labor interpretativa, en el extraordinario caso de ser necesaria, se suponía

---

<sup>19</sup> Margadant, G.F., *La segunda vida del derecho romano*, Porrúa, México, 1986, p. 101.

exclusiva e inexcusablemente supeditada a la voluntad de su creador, por ser éste, en última instancia, el único facultado para formularla.

Así, observamos:

“...El legislador primitivo era considerado como algo sobrehumano, y su posición tenía tanto de divina que solía llamarse apóstol de los dioses...La primera consecuencia de este modo de concebir al legislador, es su infalibilidad que a su vez lleva a la idea de perfección de la ley. El legislador dirige al juez la prohibición de que manipule o interprete la ley, reservándose el monopolio interpretativo, dando lugar a la llamada interpretación auténtica...”.

20

Ante dicho escenario, asimilamos el por qué, los glosadores y pos-glosadores, limitaban su labor interpretativa evitando extender el sentido de la ley o, cuando menos, discurriendo los factores extrajurídicos que envolvían su realidad.

Bajo esta tónica, surge uno de los principales elementos que caracterizan a la escuela exegética, es decir, el culto por la ley.

No obstante lo anterior, creemos importante señalar la existencia de una evolución racional, de la corriente exegeta, en relación con los postulados de los glosadores y pos-glosadores, ya que si bien es cierto retoma el principio de culto por la ley, también lo es que lo fundamenta bajo distintos parámetros.

De este modo, para comprender el contenido de dichos parámetros, debemos remitir nuestro estudio a las ideas expuestas por dos importantes autores prerrevolucionarios, es decir, Rousseau y Montesquieu, quienes construyen las bases filosóficas y políticas que dan vida al movimiento revolucionario francés.

Para Montesquieu, las leyes son relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, así como en física existen principios que no podemos alterar en virtud de encontrarnos sujetos a los mismos, en la relaciones habidas

---

20 Badenes Gasset, Ramón, *Metodología del derecho*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 82.

entre los hombres, existen determinadas reglas que deben ser observadas para lograr la convivencia, pues es la naturaleza social del hombre la que lo impulsa a formular un orden normativo.

Así, el mencionado autor dice:

“...las leyes (deben ser) apropiadas al pueblo para el cual se han hecho, que sólo por una gran casualidad las de una nación pueden convenirle a otra.

Es preciso que correspondan a la naturaleza y al principio del gobierno establecido o que se quiera establecer...

...Deben estar en relación con los caracteres físicos del país; con el clima gélido, ardiente o templado; con el género de vida de los pueblos, cultivadores, cazadores o pastores; que correspondan al grado de libertad que la constitución pueda tolerar; a su religión; a sus inclinaciones; a sus riquezas; a su número; a su comercio; a sus costumbres; a sus hábitos. Finalmente, las leyes tienen relación entre sí; la tienen con su origen; con el propósito del legislador; con el orden de las cosas sobre el que se hallan establecidas.

Bajo todos estos puntos de vista hay que considerarlas...”<sup>21</sup>

Como observamos, las ideas de Montesquieu constituyen una importante evolución en el entendimiento del Derecho, toda vez que a través de ellas se proyecta a la ley como un producto de la interacción humana, con lo cual se adjudica a ésta un origen histórico y se deja de lado su noción como divina.

De este modo, la norma, en cuanto a su contenido y desde luego en cuanto a su interpretación, se ve impactada e influenciada por los diversos factores existentes en la sociedad que las enuncia.

Por otro lado, Rousseau, comenta que las leyes son un efecto de la expresión de voluntad general y, en tal sentido, reconocen su fuente únicamente en ella, por lo cual afirma:

---

<sup>21</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. Demetrio Castro, Istmo, Madrid, 2002, p. 91.

“...Como encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes. He aquí el problema fundamental cuya solución proporciona el contrato social...”<sup>22</sup>

Observamos que este tratadista, al igual que Montesquieu, infiere un alejamiento de la concepción, hasta entonces ampliamente aceptada, de divinidad de la ley, ya que ésta responde a un interés general caracterizado por la ética, la justicia y la libertad.

Al respecto, destaca los siguientes elementos:

- La voluntad general no es la suma de un cúmulo de voluntades particulares, sino el punto de convergencia entre dichas voluntades particulares.
- Al ser la ley una voluntad general, jamás podrá considerarse como injusta, toda vez que ninguna voluntad particular tendría como fin su propio perjuicio.
- La ley garantiza la existencia de la libertad en la medida del sometimiento que se presta a ella, es decir, sí la voluntad general es la fuente de la ley y en dicha voluntad participa nuestra voluntad particular, el respecto de la primera constituye un acto de obediencia a la segunda.
- La existencia de un contenido ético, derivado de la presencia de voluntad general, en cuyo contexto se entrafía un ideal social, constituido por valores o principios comunes que necesariamente han de rebasar al mero querer individual o subjetivo.<sup>23</sup>

Como vemos las concepciones analizadas constituyen fuente de consulta necesaria en los postulados sustentados por los autores exégetas, pues

---

<sup>22</sup> Rousseau, J.J., *El contrato Social*, trad. Enrique Azcoaga, Edaf, Madrid, 1969, p. 38.

<sup>23</sup> Ver *Ibidem*.

concepciones como culto a la ley o voluntad general son directrices y bases en la formulación de sus tesis.

#### **1.2.1.2.1.2. El Código de Napoleón.**

Como señalamos en el apartado precedente, el surgimiento de la escuela exegética del Derecho, se relaciona íntimamente con la publicación del Código de Napoleón en 1804.

En sus inicios los tratadistas partidarios de esta escuela sujetaban su interpretación exclusivamente al contenido de los textos legales, pues partían de la idea de que éstos contenían la expresión de la voluntad general, por lo cual, su deber constreñía exclusivamente al fomento del respeto por el reino de la letra de la ley.<sup>24</sup>

Sin embargo, con el paso del tiempo y en virtud de las inconsistencias normativas que se encontraban en torno al referido Código, poco a poco se prestó atención al estudio de sus fuentes, por estimar que éstas fungían como herramientas de traducción de la voluntad del legislador.

Así, la interpretación se concebía como una tarea por virtud de la cual se deducían los textos legales en torno a la voluntad plasmada por el legislador, es decir, la

---

24 Me parece vital poner en consideración del lector las ideas formuladas por Portalis en su célebre Discurso preliminar al proyecto de Código. "...Preverlo todo es una imposible pretensión... Hágase lo que se quiera, jamás las leyes podrán remplazar enteramente al uso de la razón natural en los negocios de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan varias, el comercio entre los hombres es tan activo, los intereses son tan múltiples, sus relaciones tan extensas, que es imposible al legislador proveerlo todo. En aquellas materias en que el legislador pone su atención, hay una multitud de detalles que se le escapan o que son demasiado cuestionables y variables para ser objeto de una norma legislativa. Además, ¿Cómo suspender el tiempo? ¿Cómo oponerse al curso de los acontecimientos, o variar el rumbo de las costumbres? ¿Cómo conocer y calcular previamente lo que sólo la experiencia nos da a conocer? ¿Puede la previsión llevar asuntos que el pensamiento no puede alcanzar? Por completo que pueda parecer un Código no está concluso todavía, como se ve cuando se le presentan al juez mil cuestiones inesperadas...".

búsqueda de dicha voluntad constituía una tarea meramente motivacional de las decisiones jurisdiccionales.

Como acertadamente apunta el afamado autor Recaséns Siches:

“...lo cierto es que a partir de la promulgación del Código fue predominando cada vez más la idea de que todo fallo debía ser necesariamente referido a algún artículo del Código, empleando para ello el método deductivo de extraer conclusiones de los textos...”<sup>25</sup>

De esta manera, los postulados de la corriente exegeta sirven como base para las doctrinas que consideran a la función judicial como el ejercicio de un silogismo. Estas doctrinas suponen que para cada caso controvertido que pudiese existir, necesariamente ha de coexistir una regla fija y cierta contenida en una ley.

Aunado a lo expuesto, dicha escuela, considera que los casos (hechos) siempre son claros y carecen de ambigüedad, por lo cual asume una postura en virtud de la cual la función del juez se reduce a la formulación de un simple silogismo, en el cual los hechos del caso planteado se adecuan a los preceptos legales estatuidos por el cuerpo legislativo, procediendo consecuentemente a fallar mediante la extracción de la conclusión.

- Premisa mayor: precepto legislativo.
- Premisa menor: hecho planteado.
- Conclusión: decisión del juez.

Bajo estos parámetros la función jurisdiccional se asemeja a la de una máquina automática, cuya actividad consiste en amoldar los hechos a la ley, para después emitir una resolución.

En esta misma tesitura, el mencionado Recaséns Siches, apunta:

---

<sup>25</sup> Recaséns Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, p. 189.

“...La opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un funcionario de cierta categoría, que se encuentra sentado en su celda, armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie...Se le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto, y, de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta, que sólo el domina, llegar a la solución pre-dibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta...”<sup>26</sup>

De lo colegido, observamos que dicha escuela se caracteriza por las siguientes ideas:

- El Derecho positivo lo es todo y, todo el Derecho positivo está constituido por la ley.
- La función interpretativa en su máximo alcance se limita a la búsqueda de la intención del legislador, pues ésta es eminentemente gramatical.
- La obra del legislador es siempre completa, es decir, lo que la ley regula es lo que había de regularse, lo que calla es así porque el propio legislador así lo planeó.
- La analogía se instituye como una de sus principales herramientas.
- Los recursos interpretativos se limitan al uso del método deductivo.

Así, concluimos que la escuela exegética formula su interpretación bajo una normativa puramente gramatical, toda vez que considera la existencia del sistema jurídico como uno de tipo pleno, en el cual todas las respuestas se hallan en su seno.

Por lo que respecta a las formas que rigen su argumentación, el maestro Rafael Sánchez Vázquez, considera que la misma se realiza en atención a los siguientes principios:<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Ibídem p. 194.

<sup>27</sup> Cfr. Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, Porrúa, 8ª Edición, México, 2008.

- Toda palabra tiene un valor exacto.
- Toda omisión es intencionada.
- Las palabras deberán entenderse en su sentido natural y obvio, a menos que pertenezcan a una ciencia o técnica.
- Cuando una palabra es clara, no podrá desatenderse su significado so pretexto de interpretar su espíritu.
- Análisis de sus trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias.
- Uso preponderante de los argumentos *a contrario*, *a pari*, *a majori ad minus*, *a minori ad majus*, cuya finalidad consiste en la realización de una interpretación analógica.

#### **1.2.1.2.2. Escuela Histórica Alemana.**

El desarrollo de las corrientes romancistas en los albores del siglo XVIII; la hegemonía de la codificación napoleónica precedida por sus innumerables conquistas, y; el surgimiento de corrientes iusnaturalistas de Derecho racional, constituyen el cúmulo de factores que provocan el nacimiento de esta escuela, la cual, alejándose de los postulados sustentados por los autores exegetas de época, retoma los principios esgrimidos por el antiguo Derecho romano y los desarrolla bajo la tónica de un nuevo contexto social.

Es bajo esta tesitura, que se desarrollan las principales obras de uno de sus más grandes precursores, esto es, Federico Von Savigny, quien, ante la disyuntiva que se constituía entre la adopción de la codificación napoleónica en el territorio bávaro y el desarrollo de una nueva sistemática, pugna por el respeto a la cultura predominante en éstas regiones y encamina su estudio hacia las antiguas bases

del Derecho germano con la finalidad de establecer, dado el nuevo contexto histórico, un cúmulo de instituciones *ad hoc* para dichas comunidades.

Así, desenvuelve uno de los más importantes conceptos en su trabajo, es decir, *espíritu del pueblo*, según el cual, las instituciones que se han de construir en una nación determinada deben considerar para su formulación, por un lado, las características históricas de su sociedad y, por otro, las circunstancias especiales de su contexto socio-cultural.<sup>28</sup>

En este sentido, esgrime que la conciencia colectiva forjada a través de la historia, en un territorio específico, debe jugar un papel preponderante en la construcción de su sistema normativo, para de esa manera alcanzar el más alto grado de efectividad y aceptación posibles.

De este modo Savigny afirma:

“...la sede propia del Derecho es la conciencia común del pueblo,...es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo...y, por tanto,...en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador...”<sup>29</sup>

Para el autor, la interpretación del Derecho, ha de formularse bajo la tónica de la comprensión y contemplación de los *institutos jurídicos*, entendidos éstos como los modos de comportamiento típico y concreto que son observados en una sociedad determinada, cuya significación es jurídicamente conocida.

Así, en virtud de que la formulación de las reglas ineludiblemente ha de corresponder a las necesidades de la conciencia histórica colectiva, esto es, a la contemplación de sus *institutos*, la interpretación de las mismas únicamente puede

---

28 Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, 2ª Edición, Barcelona, 2001, p. 36.

29 Savigny, F., *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. J. Díaz, Aguilar, Madrid, 1970. p. 53.

realizarse a través del método inductivo, cuya finalidad estriba en el entendimiento de la voluntad colectiva plasmada en la mencionada *institución*.

De esta manera:

“...Para la interpretación de las reglas contenidas en la ley, esta concepción significa que las reglas...no pueden ser entendidas únicamente a partir de ellas mismas, sino sólo partiendo de la contemplación del instituto jurídico, por la que también se dejó guiar el legislador al formularlas...Así como el legislador tiene presente la contemplación total del instituto jurídico orgánico y de ella tiene que formar, mediante un procedimiento artificial, el precepto abstracto de la ley...del mismo modo... aquel que debe aplicar la ley tiene que añadir mediante un proceso inverso, la conexión orgánica...”<sup>30</sup>

En este sentido, la norma debe ser comprendida como parte o elemento de una obra mayor a la cual es posible acceder unificando ésta a las demás, por lo cual su interpretación ha de supeditarse, según Karl Larenz, a los siguientes métodos:<sup>31</sup>

- El gramatical; el sentido de las palabras cobra vital importancia en el desarrollo de la labor interpretativa de la norma, sin embargo, a diferencia de la escuela exegética ésta no se constituye como definitoria.
- El lógico; al valerse del método inductivo necesariamente ciñe el trabajo del intérprete a las reglas establecidas por la lógica formal.
- El histórico; como se señaló, el espíritu del pueblo constituye el sustento de las instituciones existentes en el sistema jurídico, por lo cual el intérprete debe valorar las fuentes históricas que dan soporte a la misma, para de esta manera formular soluciones acordes con él.

---

30 Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Op.cit. p. 36.

31 Ver Idem.

- El sistemático; referente a la conexión interna que enlaza a todos los *institutos jurídicos* y sus reglas en una sola unidad.

#### **1.2.1.2.3. La Jurisprudencia de Conceptos y la Jurisprudencia de Intereses.**

La evolución, el perfeccionamiento y el desarrollo de las ideas y conceptos esgrimidos por la escuela Histórica Alemana, modificaron de un modo tan sustancial sus fundamentos, que la misma se segregó en dos corrientes definidas por algunos autores como contrarias, es decir, la Jurisprudencia de Conceptos y la Jurisprudencia de Intereses.

En el presente apartado analizaremos las fuentes y bases de dichas escuelas, para establecer un discurso que retome sus virtudes y, en su caso, derogue las discrepancias de sus estructuras.

##### **1.2.1.2.3.1. La Jurisprudencia de Conceptos.**

Como precisamos con anterioridad, los antecedentes de esta corriente se hallan en la escuela Histórica Alemana, razón por la cual observamos una importante influencia del Derecho romano y sus instituciones en la misma.

Al igual que las corrientes analizadas, la presente cuenta con un sin número de doctrinarios partidarios a ella, sin embargo, son dos los que de manera trascendental delimitan sus bases y postulados, es decir, Georg Friedrich Puchta y Rudolf Von Ihering.

#### **1.2.1.2.3.1.1. Georg Friedrich Puchta.**

Los estudios enunciados por Puchta se caracterizan por la sistematización lógica y formal de los conceptos provenientes del antiguo Derecho romano.

De este modo, la lógica constituye un baluarte fundamental en el desarrollo sus ideas, pues cree que sólo a través de ella se puede esgrimir con claridad el contenido de las instituciones jurídicas.<sup>32</sup>

Así, estima necesaria la univocidad y claridad de los conceptos que se emplean en el discurso normativo, pues la falta de vaguedad y ambigüedad en los mismos permite su correcta interpretación, esto es, considera que para la consecución de una interpretación estrictamente científica, los conceptos deben ser precisados sin dejar lugar a duda.

En conexión con lo anterior, desarrolla la tesis de genealogía de los conceptos, en virtud de la cual, proclama la utópica existencia de un mundo habitado por éstos en forma pura, es decir, recurriendo al mundo de las ideas planteado por Platón, propone la presencia de un universo intangible en el cual éstos se despliegan con plenitud, sin vaguedad, de forma concreta, sin lugar a lagunas, antinomias e interpretaciones diversas.<sup>33</sup>

De esta manera, estatuye a dicha genealogía como personificación de la pirámide de conceptos en lógica formal, pues al ser la fuente de todo concepto, es decir, el punto del cual derivan los demás, también será el límite de su contenido.

Así, confina el papel del juez, en la aplicación e interpretación de las normas, a la realización de una operación lógico deductiva, cuya finalidad se consagra al respeto de la seguridad jurídica.

---

<sup>32</sup> Ver *Ibidem* p. 38.

<sup>33</sup> Ver *Idem*.

En este sentido diremos:

“...A su juicio (el de ésta escuela), para poseer el conocimiento sistemático resulta preciso ser capaz de seguir, hacia arriba y hacia abajo, la derivación de cada concepto a través de una serie de escalones intermedios, eliminando cada vez lo especial...”<sup>34</sup>

En esta tesitura, observamos que sus medios de interpretación se caracterizan por:

- La existencia de un concepto fundamental con contenido determinado, que necesariamente delimita el de los conceptos subyacentes al mismo.
- La ausencia de contenidos con sentido o cualidad ética.
- La existencia de una lógica deductiva.
- El fortalecimiento del formalismo jurídico (dogmatismo).

Es importante recalcar que para Puchta, ningún concepto puede provenir propiamente del sistema positivo, sino que debe ser dado a la ciencia del Derecho a través de la Filosofía, ya que de cualquier otro modo el mismo no podría ser calificado como de Derecho.<sup>35</sup>

Así, tal y como hemos indicado, el autor afirma de manera categórica que los conceptos han de subsistir con independencia a la realidad, es decir, su existencia es apriorística y por tanto en su origen debe hallarse la regla suprema del ordenamiento jurídico.

---

34 Vallet de Goytisolo, J., *Metodología Jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 291.

35 Ver Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Op. cit. p. 39.

### 1.2.1.2.3.1.2. Rudolf Von Ihering.

Por lo que respecta a las ideas de Ihering, nos ceñiremos en el presente apartado a las proposiciones esgrimidas en su primer período de estudio, toda vez que, al igual que un sin número de autores, consideramos a éste como uno de los principales fundadores de la escuela que más adelante se expondrá.

Para Ihering, el sistema jurídico entraña un conjunto de valores que son considerados por el legislador como preeminentes para su sociedad, razón por la cual, lo instituye como un medio para la concreción de éstos en el mundo fáctico.

Así, Perelman, comenta:

“...Según esta concepción, el derecho no es un sistema más o menos cerrado, que los jueces deben aplicar utilizando métodos deductivos a partir de unos textos convenientemente interpretados. Por el contrario, es un medio del que el legislador se sirve para alcanzar determinados valores. Como no puede contentarse con enunciar sus fines o señalar los valores...debe formular...reglas de conducta, que indiquen lo que obligatorio y lo que está permitido o prohibido, para alcanzar aquellos fines y realizar aquellos valores...”<sup>36</sup>

Por otro lado, establece que la construcción jurídica, es decir, la creación del sistema normativo, debe blindarse contra elementos prácticos en su formulación, pues su concreción únicamente es posible cuando se considera a éste como un conjunto aislado, esto es, como una estructura capaz de definirse a sí, desde su interior.

Bajo dicha tesitura establece tres reglas que, a su parecer, se instauran como las bases para la producción de la mencionada construcción jurídica:<sup>37</sup>

- Debe constreñir únicamente respecto del Derecho positivo.

---

36 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 74.

37 Cfr. Badenes Gasset, R., *Metodología del derecho*, Op. cit. p. 92.

- No debe existir contradicción, sino perfecta unidad sistemática, es decir, los postulados esgrimidos por la doctrina deben abarcar la totalidad de supuestos imaginables.
- La ley de la belleza jurídica, según la cual debe permear la sencillez, la perfección y la armonía en la labor instrumentadora.

Por último, destaca una división conceptual de la jurisprudencia en dos sentidos; el primero, denominado como jurisprudencia superior, cuya finalidad radica en la realización de la construcción jurídica, y; el segundo, llamado jurisprudencia inferior, concebida como el conjunto de reglas que dan vida a las instituciones jurídicas.<sup>38</sup>

Al respecto, propone que a través de la interpretación se puede dar un salto desde la jurisprudencia inferior hacia la superior, pues por medio de la comprensión de todas las reglas que regulan a las instituciones se logra el entendimiento del sistema en su conjunto.

#### **1.2.1.2.3.2. La Jurisprudencia de Intereses.**

Como señalamos en el apartado anterior, uno de los principales constructores de esta escuela es Rudolf Von Ihering, quien en desencanto con las ideas propuestas y sustentadas por la Jurisprudencia de Conceptos, propugna establecer instituciones y criterios interpretativos de la norma jurídica, basados sobre los elementos del entorno social en el cual se emplean.<sup>39</sup>

---

38 Ver Idem.

39 Es vital resaltar que dicho cambio se expone en conjunción con el auge obtenido por la escuela sociológica en el campo del Derecho, por lo cual creemos importante transcribir algunas de las ideas expuestas por este autor, en su obra *Jurisprudencia en broma y en serio*: "...Yo me había muerto. Un halo luminoso rodeó todo mi espíritu al abandonar el cuerpo... Como tú eres romanista, vas destinado al cielo de los conceptos jurídicos. En él encontraras de nuevo todos aquellos que durante tu existencia terrenal tanto te han preocupado. Pero no en su configuración incompleta, con las deformaciones que el legislador y los prácticos les imprimen, sino en su plena e inmaculada pureza, con toda su ideal

A semejanza de sus predecesores estudia los conceptos e institutos heredados del Derecho romano, pero con una nueva óptica, esto es, valorando el sentido que las instituciones tuvieron en el momento de su creación.

Así, formula un examen de las estructuras constitutivas de la Codificación de Justiniano, analizándolas como el producto de las necesidades prácticas de la antigua sociedad romana.

---

hermosura. Aquí son premiados los teóricos de la jurisprudencia por los servicios que les han prestado a los conceptos en la tierra; aquí ellos, que solamente los vieron en una forma velada, los descubren con entera claridad, los contemplan cara a cara, y tratan con ellos como sus iguales. Las cuestiones para las que en vano buscaron una solución durante su existencia terrenal, son contestadas aquí y resueltas por los propios conceptos. No hay ya enigmas en el Derecho civil... y cuales quiera otros problemas que puedan ocurrirse y que a los hijos de la ciencia tanto han dado que hacer en su peregrinación por la tierra, están aquí resueltos... -Este es cielo en el cual tú, como teórico, vas ahora participar. -¿De modo que es sólo para teóricos? ¿Dónde van los prácticos? -Tienen su más allá especial, pero pertenecen todavía al sistema solar. El sol hace lucir allí sus rayos y existe aire atmosférico, apropiado para las duras construcciones de un práctico, de la misma manera que sería inadecuado para los conceptos, allí domina aún una vida como la de la tierra: en una palabra, el práctico encuentra allí todas las limitaciones de la existencia terrena. No podría respirar en el cielo teórico, ni podría avanzar un paso de su lugar... -¿Luego se trata de un lugar oscuro? -Completamente. Allí reina la noche mas profunda. Los astros que se encuentran en este más allá no pertenecen al sistema solar, y no reciben ni un rayo de sol. El sol es la fuente de la vida toda, pero los conceptos nada tienen que ver con la vida, y necesitan de un mundo que exista sólo para ellos, alejado de cualquier contacto con la vida... -Ya estamos. Ha concluido ahora mi misión. Acaso venga aún para recogerte, si no sales bien en el examen. -¿Un examen en el cielo? Yo entendía que ya nos habían examinado bastante en la tierra, y que después de la muerte debía tener un fin eso de examinar. -¿Pero es qué supones que en el cielo de los conceptos son admitidos los juristas, sin elección alguna? Vendrían incluso prácticos a solicitar el ingreso. Está destinado, sin embargo, a los teóricos, y de entre éstos únicamente a algunos escogidos... -Cumplo con el deber de presentarme ante ti. Quisiera entrar en el cielo. -Habrá de aclararse si eres admisible. Ante todo habrás de pasar la cuarentena y sufrir el examen después. -¿Una cuarentena? ¿Y con que objeto? -Para cerciorarnos de que tú no ocultas ni un soplo de aire atmosférico...-En el mundo de los conceptos que tienes delante de ti, no existe la vida en el sentido vuestro, no existe más que el imperio de los pensamientos y conceptos abstractos, que, independientemente del mundo real, se han formado por el camino lógico de la generatio equivoca, y repudian todo contacto con el mundo terrenal. Todo aquel que quiera encontrar acogida aquí, debe prescindir hasta del recuerdo de ese mundo; de otra manea; resultaría incapaz e indigno para contemplar los puros conceptos en que consiste la más alta alegría de nuestro cielo... -Permíteme aún otra pregunta: los problemas jurídicos difíciles que habéis colocado muy arriba, ¿son de carácter práctico, tienen importancia para la vida? - Ahora has demostrado en cambio, que estás enteramente alejado de entender nuestro cielo. ¿Valor práctico? Aquí no tienes ni que pronunciar esa expresión... ¿Qué los problemas tengan alguna significación en la vida? Aquí domina sólo la ciencia pura, la lógica jurídica; y la condición para que domine, y toda la soberanía que de ella se desprende, consiste en que nada tenga que ver con la vida... Aquí viven los conceptos por sí mismos, y si no quieres renunciar por completo a tu pretensión de ser admitido, no preguntes a nadie: ¿Para qué sirve esto que veo aquí? ¡Servir! Es lo único que faltaba: el que los conceptos tuvieran que prestar servicios también en el cielo; aquí mandan y se resarcen de la servidumbre que han tenido necesidad de soportar en la tierra...". Apud. Recaséns Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Op. cit. pp. 41 - 44.

El radical cambio de perspectiva que emplea Ihering, lo conduce a establecer innumerables críticas en relación con la lógica sustentada por los partidarios de la escuela formal de los conceptos, pues, en su óptica, los mencionados conceptos de ninguna forma pueden verse apartados de la realidad que los crea, es decir, expone la inexistencia de un mundo utópico de ideas.

Al respecto, Recaséns Siches, apunta:

“...Ningún código, ninguna compilación, ninguna ley, de una época o de un pueblo cualquiera, podrán ser suficientemente comprendidos sin el conocimiento de las condiciones sociales efectivas de ese pueblo y de esa época. Solo en virtud de este conocimiento podemos explicarnos la existencia de esas normas de derecho y comprender su significación...”<sup>40</sup>

Así, al refutar la existencia de nociones fundamentales, critica también el método deductivo-silogístico de que se vale este tipo de jurisprudencia para la aplicación e interpretación del Derecho.

Considera un error catalogar al Derecho como un sistema filosófico, esto es, como una genealogía, pues cree que éste debe ser valorado desde una perspectiva meramente intelectual de orden lógico, es decir, el Derecho tiene un valor como medio, no como un fin en sí mismo.

En relación con las instituciones defendidas por Savigny, considera que si bien las mismas surgen y se desarrollan en virtud de las necesidades de un pueblo, no es la conciencia histórica las que las define, sino que, con base en ella, y considerando las particularidades del contexto histórico-social en que se desarrollan, se delimita su contenido.

De este modo, concluye que el fin del Derecho son los intereses (individuales y colectivos), por lo cual la tarea del legislador, y del juez, se constituye por la

---

40 *Ibidem* p.45.

armonización y protección de éstos, ya sea mediante la elaboración de una ley o a través de la decisión de un caso concreto.

Así, establece que dichos intereses concretan el contenido del Derecho, por lo cual la base de su interpretación se halla necesariamente en el perfeccionamiento práctico de éstos, de tal forma que: "...el fin es el creador del derecho, no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico...".<sup>41</sup>

Por lo anterior, propone que la interpretación de la norma debe ceñirse a las siguientes características:<sup>42</sup>

- La funcionalidad; referente a la consideración de la sociedad como un fin y del Derecho como un medio para la consecución de dicho fin.
- La practicidad; según la cual, el Derecho se define a través de la casuística, del momento y contexto en el cual se crea, razón suficiente para establecer una interpretación que tienda a la realización de los intereses que lo definieron.
- La armonización; en virtud de la cual, ante la existencia de intereses contrapuestos, toda norma debe ser interpretada en un sentido que permita la coexistencia de los mismos.
- La protección; no obstante la característica mencionada en el punto anterior, es importante recalcar que la labor de interpretación debe tender a la consecución de un fin, por lo cual, si el fin establecido en la formulación de la norma estatuye la disgregación de algún otro interés, necesariamente,

---

41 *Ibíd*em p. 46.

42 *Ver Idem*.

la antes dicha interpretación, deberá eliminar éste en favor de la protección de aquel.

En otro orden de ideas, debemos destacar las aportaciones realizadas por Philipp Heck a la escuela de los intereses, quien, al lado de Ihering, se estatuyó como uno de los más importantes doctrinarios defensores de la misma.

Para este autor, dicha corriente no constituye una filosofía del Derecho, sino únicamente la expresión sobre la esencia de la función judicial, es decir, según el, la Jurisprudencia no establece las directrices que permiten descubrir el porqué de las normas, sino exclusivamente el cómo aplicarlas.<sup>43</sup>

A la par, subraya que al juez no compete la creación o formación del sistema jurídico, sino tan sólo la colaboración, en la medida de lo jurídicamente válido, a la realización de los fines que positivamente inspiran éste.

En este sentido, Recaséns Siches, refiere:

“...Mientras que las escuelas tradicionales del siglo XIX concedían máxima importancia a los conceptos generales, como base de las normas jurídicas, la “Jurisprudencia de Intereses” subraya especialmente el análisis de los varios intereses en juego o en conflicto en los problemas jurídicos...”<sup>44</sup>

Así, piensa que para entender de forma exacta la norma jurídica, es necesario definir y analizar cuál es el conflicto de intereses que ella trata de dirimir, denominando a este análisis como “microscopio jurídico”.

Con lo expuesto establece que la función del juez no puede reducirse al conocimiento de conceptos y que, por lo tanto, las lagunas normativas no serán superadas mediante el empleo de conceptos clasificatorios, sino que, por el

---

43 Ver García Salgado, M., *La jurisprudencia de Intereses de Philipp Heck*, Editorial Comares, Madrid, 2011.

44 Recaséns Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Op. cit. p. 59.

contrario la resolución de éstas `revendrá de la adecuación de sus resultados a las necesidades prácticas de la vida.

De dicha manera:

- El juez está obligado a obedecer el Derecho positivo, mediante la resolución de conflictos a través del método de ajuste de intereses, apegado a la voluntad del legislador.
- Cuando las leyes parezcan incompletas, inadecuadas e incluso contradictorias, el juez deberá construir nuevas reglas para superar dichas deficiencias en función de la totalidad de los intereses que el legislador consideró dignos de protección y, obviamente, en el grado y jerarquía que estimó para su creación.

De este modo, la función del juez ya no es autómatas, es decir, no labora como una máquina, sino que es facultado por el legislador para, en caso extraordinario, elaborar reglas de interpretación, las cuales han de ajustarse, en todo momento, al criterio valorativo esgrimido por aquel al dictar la legislación vigente.

Así: "...El método propugnado por Heck distingue claramente dos funciones de la jurisprudencia: la función de elaborar normas; y la función de ordenarlas u organizarlas...".<sup>45</sup>

En relación con la primera función esgrimida por dicho autor, la misma se plasma en el estudio realizado por el juez relativo a la realidad y necesidades prácticas de la sociedad, fundamentado éste sobre los diversos intereses que, según el legislador, deben o no de ser tutelados en dicho sistema normativo.

---

45 Ibídem p. 67.

Respecto a la segunda, consiste en el resumen y ordenación de las normas jurídicas con el propósito de exponerlas a mayor claridad y facilitar así su comprensión.

Lo anterior, no debe ser confundido con la elaboración de conceptos clasificadores en términos de la Jurisprudencia de Conceptos, pues en esta corriente (la Jurisprudencia de Intereses), dicha clasificación no se instituye con la finalidad crear nuevas normas, sino exclusivamente con propósitos de exposición y ordenación.

#### **1.2.1.2.4. Escuela del Derecho Libre.**

En contraposición a las corrientes predominantes analizadas en los apartados precedentes, a principios del siglo XX en Alemania, surge un movimiento que enfoca su atención al reconocimiento del papel desempeñado por la actuación y voluntad del juez en la interpretación de la norma jurídica.

A diferencia de las otras, ésta centra su estudio, no en el contenido de las normas ni en los criterios empleados para su creación o interpretación, sino, en la observación de la actividad jurisdiccional materializada a través de las sentencias.

Dicha escuela denominada como del Derecho Libre, halla sus antecedentes, de manera primordial, en las sentencias formuladas por el magistrado francés Magnaud (presidente del Tribunal de Chateau-Thierry, también conocido como “el buen juez”), quien a lo largo de su carrera judicial se caracterizó por una actuación bajo el principio de interpretación humana.

Al respecto, Perelman, comenta:

“...El presidente Magnaud quería ser el buen juez, favorable a los pobres y severo con los privilegiados. No se preocupaba ni de la ley, ni de la

jurisprudencia, ni de la doctrina, y se comportaba como si fuera la encarnación del derecho...”.<sup>46</sup>

En sus sentencias, el citado juez, puso de manifiesto la injusticia y angostura de los criterios de la ley en su aplicación al caso concreto, pues opinaba que la voluntad e imaginación del legislador eran insuficientes ante el dinámico y veloz desarrollo de las relaciones sociales.

No obstante lo anterior, el mencionado Magnaud, nunca logró establecer razonamientos que contribuyeran a la eliminación de dicha problemática, por lo cual exclusivamente es considerado como uno de los principales forjadores del testimonio que, posteriormente, detona el estudio de esta problemática.

Así, dicha corriente critica ferozmente la tesis de que sólo la ley es fuente del Derecho y reconoce que la costumbre, los principios y la voluntad del juzgador son los elementos culminantes en la definición del Derecho positivo.

De este modo, muchos autores coinciden en definir a esta escuela como la resurrección del movimiento naturalista de los siglos XVI y XVII, toda vez que la esbozan como un conjunto de ideas predominantes en la población de un determinado lugar, en un tiempo específico, respecto de lo que es justo, es decir, de las ideas o convicciones que real y efectivamente regulan la conducta de esas personas; sin embargo, creemos que la única conexión existente entre el Derecho natural y el Derecho Libre, es su independencia del Derecho estatal.<sup>47</sup>

A mayor abundamiento sus partidarios expresan que la única relación posible entre el Derecho estatal y el Libre, consiste en que el primero se instituye necesariamente como razón del segundo, pues los problemas o situaciones fácticas que dan lugar a la formulación de un cuerpo normativo objetivo, son previamente regidos por el mencionado Derecho Libre.

---

46 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 99.

47 Ver Idem.

Otro punto de quiebre se ubica en la concepción anti-sistemática que catapultó dicha escuela, en virtud de considerar su formación como resultado de diversas épocas culturales sin una directriz fija, por lo cual admite la existencia de lagunas.

Al respecto de la interpretación, considera el empleo del silogismo como herramienta inadecuada pues, en su perspectiva, el mismo de ninguna forma colabora en el hallazgo de soluciones justas, toda vez que la lógica no puede indicar el límite de lo correcto o incorrecto, de lo justo o de lo injusto.

De dicha forma, según Recaséns Siches:

“...Lo importante consiste en hallar un criterio que escoja entre premisas posibles solamente aquellas que suministren conclusiones justas. Ahora bien... esta elección no es un problema de racionalidad, sino un problema de voluntad...”<sup>48</sup>

De esta manera, deja patente el hecho de que el juez al enfrentar un caso concreto, es libre de hacer o no hacer, con la exclusiva condicionante de que su solución siempre halle en el ordenamiento positivo una regla que le fundamente, es decir, puede volitivamente aplicar o dejar de aplicar una norma.

Por último, es importante señalar que los autores de esta corriente propugnan por el reconocimiento del Derecho Libre como exclusivo, es decir, único e independiente, pues estiman que buena parte de las lagunas normativas y conflictos interpretativos, encuentran solución sobre las fuentes de dicho Derecho.<sup>49</sup>

Para esta escuela el reconocimiento del Derecho Libre conlleva necesariamente a la sensibilización del orden normativo y, aun más, permite la emisión de sentencias fundamentadas sobre criterios de justicia y equidad, con lo cual logra la reconciliación entre el orden jurídico y su entorno social.

---

48 Recaséns Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Op. cit. p. 55.

49 Ver Idem.

Así, la interpretación de la norma jurídica, bajo los parámetros de esta escuela, debe formularse en torno a las siguientes directrices:<sup>50</sup>

- La función jurisdiccional en todo momento será exclusiva del Estado.
- Si el texto de una ley es unívoco, y su aplicación al caso concreto no produce un efecto que vulnere la voluntad común, el juez deberá resolver con apego a la norma legislativa.
- El juez, bajo estos postulados, podrá prescindir de la ley única y exclusivamente si:
  - Le parece que la ley no ofrece una solución carente de dudas.
  - En óptica del juzgador, dado su contexto histórico, cree que el poder estatal al momento del fallo no aplicaría dicha regla al caso concreto.
- Ante la falta de convicción del juez por aplicar una norma, éste deberá acudir al Derecho Libre.
- En casos complicados o dudosos, el juez debe resolver discrecionalmente, guiándose exclusivamente a las peculiaridades del mismo.

De este modo, hallamos uno de los más importantes baluartes por los cuales propugna esta escuela, esto es, la justicia, la cual, según sus autores, será alcanzada:

“...Sólo si hacemos estallar los angostos causes de las pocas disposiciones legales, sólo si la plenitud del Derecho Libre hace posible dar a cada caso reglamentación adecuada... Sólo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos

---

50 Cfr. *Ibidem* p. 55 – 58.

en su lugar la voluntad creadora que engendra los nuevos pensamientos, sólo donde hay personalidad, existe también justicia. Sólo si apartamos la mirada de los libros y la dirigimos hacia la vida, calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos, sólo donde hay sabiduría, existe también justicia...”.<sup>51</sup>

---

51 *Ibíd*em p. 57.

## **CAPITULO DOS.**

### **ASPECTOS RELEVANTES DE LA LOGICA JURIDICA.**

#### **2.1. Concepto de lógica y lógica jurídica.**

El análisis de la lógica y de sus reglas se ha constituido a lo largo de la historia como un tema central en el progreso de la ciencia. De esta manera su estudio puede ser remontado hasta los albores de la humanidad.

Sin embargo, dado el alcance metodológico de este trabajo, en el presente apartado desarrollaremos un esbozo de las figuras e instituciones comprendidas dentro del campo de la lógica que, en nuestra opinión, consideramos son necesarias para la formulación y respaldo de la teoría argumentativa sustentada por Chaim Perelman.

A la par, es importante recalcar que dicho análisis se formula con la intención de establecer las vertientes sobre las cuales, en nuestra opinión, es posible hacer uso de esta herramienta, ya sea como operador de validez, o bien, como instrumento de calificación en cuestiones de compatibilidad argumentativa.

Finalmente, creemos sólidamente que la lógica ha de desempeñar un papel clave en la función jurisdiccional, pues, recordando los principios resultado de la evolución argumentativa y judicial revisados en el capítulo precedente, la cercanía de la sociedad en relación con su sistema normativo es siempre mayor sí la misma se sustenta sobre cimientos de claridad.

Así, nuestra revisión se sustenta con el fin de evidenciar, en la medida de lo posible, la necesidad de adoptar en el seno del ordenamiento jurídico mexicano el modelo argumentativo aportado por la nueva retórica.

### 2.1.1. Lógica.

Bajo el vocablo lógica han sido definidos innumerables objetos de estudio que a menudo resultan divergentes entre sí, de forma que hallamos conceptos tales como lógica clásica, moderna, teórica, pura, hermenéutica, etc., con los cuales se establecen especies de lo que, en nuestra perspectiva, es la misma.

Aunado a lo dicho, creemos importante recalcar que, en similitud con la problemática dada a lo largo de siglos y aún inconclusa en relación con la definición del concepto de Derecho, la misma es objeto de numerosos contenidos, los cuales se hallan delimitados por la corriente filosófica bajo la cual se formulan, por ejemplo "...mientras que para Aristóteles se constituye como la introducción metódica al saber demostrado; para Kant se estatuye como la ciencia del razonamiento, y; en opinión de Hegel, como la ciencia de las ideas en el elemento abstracto del pensamiento...".<sup>52</sup>

Por esta razón, valoramos importante iniciar nuestra exposición bosquejando una definición que permita la comprensión del término remitiéndolo a su contenido etimológico.

Así, tenemos que la palabra lógica proviene del vocablo griego *logikee*, *logos*, cuyo significado entraña la idea de pensamiento, palabra, razón o ciencia.<sup>53</sup>

Partiendo de dicha etimología, comprendemos a ésta como una ciencia cuyo objeto se constituye por el estudio del pensamiento, es decir, al referir el concepto desde un amplio sentido, lo concebimos como el análisis realizado respecto de las formas del pensamiento o de la razón.

En esta tesitura, Atienza, apunta:

---

52 Larroyo, F., *Lógica y metodología de las ciencias*, Porrúa, 3ª Edición, México, 1981, pp. 34 - 41.

53 Ver Klug, Ulrich, *Lógica Jurídica*, trad. J. C. Gardella, Temis, Bogotá, 1998, p. 4

“...En un sentido muy amplio, la expresión lógica, sirve para indicar tanto el conjunto de las reglas del pensamiento, como el estudio de éstas...”<sup>54</sup>

Cabe advertir, con lo expuesto, una primera distinción a formular, consistente en delimitar el contenido de dicho estudio a un aspecto meramente formal, desde el cual exclusivamente se examinan las formas o estructuras del pensamiento, estableciendo con ello un cúmulo de leyes o principios que reglamentan la validez de este último.

De esta manera, la forma por la cual la lógica realiza su labor deductiva se fundamenta en el empleo de proposiciones, es decir, se expresa a través de: “...un segmento lingüístico que tiene un sentido completo y que puede ser afirmado como verdadero o falso...”<sup>55</sup> dentro de las cuales podemos distinguir dos tipos:

- Atómicas, son proposiciones simples que suelen simbolizarse con las letras *p, q, r*, etc.
- Moleculares, son el producto de la unión de proposiciones simples, formadas a través de un conector denominado nexos o cópula, el cual puede ser de negación, conjunción, disyunción o condicional.

De este modo, vemos que la verdad o falsedad de una determinada proposición molecular no depende de sí misma ni de su adecuación a los hechos, sino de la verdad o falsedad habida en una o varias de sus proposiciones atómicas, así como en el sentido atribuido a sus conectores.

Así, cuando la lógica estudia las proposiciones o juicios, como por ejemplo: “La pluma es verde”, no se interesa por lo que se enuncia o dice respecto de ellas, es decir, en nuestro caso concreto, no se interesa por la pluma, ni por el hecho de

---

<sup>54</sup> Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Madrid, 1985, p. 304.

<sup>55</sup> *Ibidem* p. 307.

que sea verde; lo cual significa que ésta centra su atención en la forma que adoptan los pensamientos.

Además, se debe recordar que la lógica formal no se expresa a través de un lenguaje natural (inglés, español, portugués, etc.), sino por medio de uno especialmente diseñado para la consecución de univocidad, es decir, un lenguaje artificial, construido mediante el empleo de símbolos.

Al respecto, Ulrich Klug, dice:

“...se puede entonces llamar lógica formal a aquella parte de esta teoría (teoría de la ciencia) en que se formulan las reglas de razonamiento necesarias para la construcción de cualquier ciencia, y que proporciona al mismo tiempo todo lo que es necesario para formular con exactitud estas reglas...”<sup>56</sup>

Como se observa, cuando hacemos referencia a la parte de la lógica encargada del estudio de las reglas del razonamiento, necesariamente hemos de apuntar a la existencia de una lógica formal, pues es ésta la que nos brinda las estructuras cognoscitivas necesarias para tal labor.

Ahora bien, con lo apuntado hasta el momento, distinguiremos los que en nuestra concepción se instituyen como elementos constitutivos de la lógica formal:<sup>57</sup>

- La existencia de un conjunto de símbolos formales que fungen como su lenguaje.
- Reglas de formulación que permiten establecer la presencia de una estructura lógicamente válida.
- Reglas de transformación que autorizan la modificación de una estructura a otra.

---

<sup>56</sup> Klug, Ulrich, *Lógica Jurídica*, Op. cit. p.1.

<sup>57</sup> Ver Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Op. cit. p. 311.

No obstante, es importante recordar que en términos enteramente formalistas, la lógica exclusivamente da cabida a dos tipos de resultados a saber, es decir, la verdad o falsedad, y que la adopción de terceras posibilidades, esto es, de alternativas a los dichos criterios de falsedad o veracidad, surgen de la mano con la noción de las denominadas lógicas polivalentes.

Al respecto de las lógicas polivalentes, por no ser tema de la presente exposición, únicamente expresaremos que son aquellas construidas con más de dos valores, por ejemplo, verdad, duda, falsedad, las cuales dan pauta para la formulación de conclusiones con diversos grados de aceptabilidad.

En este mismo sentido, Larroyo, expresa:

“...hay diversas modalidades de veracidad y dentro de cada modalidad diverso grado de certidumbre. Existen conocimientos probables, aproximados, exactos. La lógica, tomando en cuenta esta diferencia de valor, establece los grados, y encuentra entre lo verdadero y lo falso no sólo una tercera sino muchas posibilidades...”<sup>58</sup>

Desde dicha perspectiva, cogimos a la lógica ya no únicamente como la herramienta que nos permite establecer la veracidad o falsedad de un argumento determinado, sino también, como el medio por virtud del cual podemos instituir grados de corrección o incorrección respecto de los mismos.

Por lo abordado hasta el momento, concluimos que la lógica se instituye con el objetivo no sólo de estudiar la estructura de los pensamientos, sino también con el objeto de establecer la corrección o validez de un determinado argumento.

Sin embargo, al igual que el maestro Manuel Atienza, creemos que el análisis de los argumentos que se esgrimen en torno a la interpretación y aplicación del Derecho: “...no pueden explicarse únicamente mediante la utilización de la lógica formal deductiva, sino que para dar cuenta de muchos de ellos, es preciso ampliar

---

<sup>58</sup> Larroyo, F., *Lógica y metodología de las ciencias*, Op. cit. p. 101.

la noción de lógica, tal y como lo han hecho direcciones contemporáneas como la *Nueva Retórica de Perelman...*<sup>59</sup>.

Por esta razón, estimamos que se debe distinguir entre la lógica de la normas y la lógica en la aplicación e interpretación del Derecho, toda vez que el primer concepto, tal y como se verá más adelante, se refiere a la estructura de la norma, sus cualidades y características, mientras que el segundo, se refiere a la coherencia en las estructuras argumentativas empleadas en la dicha aplicación e interpretación de la norma.<sup>60</sup>

#### **2.1.1.1. Principios lógicos.**

Una vez definida la palabra lógica, apreciamos vital exponer cuales son las reglas o principios que rigen a la misma.

De esta forma, iniciamos exhibiendo el contenido de la locución principio, cuyo antecedente se encuentra en el vocablo latino *principium*, que significa base, fundamento, origen o aquello de qué otra cosa procede en algún modo.

Así, colegimos que los principios lógicos son las reglas que fundamentan el análisis realizado por la lógica formal, es decir, son las herramientas que permiten constatar la veracidad o falsedad de las preposiciones o razonamientos expuestos a la luz de ésta.

Dichos principios podemos enunciarlos como:

- Principio de identidad, los pensamientos idénticos no son diferentes y los pensamientos diferentes no son idénticos, esto es:

---

59 Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Op. cit. p. 305.

60 Es justo respecto de esta segunda noción que versa la presente exposición.

$$A = A$$

Es vital señalar que la identidad puede emplearse también respecto de juicios con diferente significado bajo condición de que su contenido refiera a un mismo objeto, esto es, expresiones equivalentes.

Lo anterior, permite concluir que cuando hallamos una oración tal como: Lo que no es no A, es A, ejemplificamos una identidad entre expresiones.

- Principio de contradicción, consistente en la imposibilidad de que una cosa sea y no sea al mismo tiempo, es decir:

$$A \sim \neg A$$

En este sentido, García Máynes, afirma:

“...en el orden lógico, enseña que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos...; el de contradicción ha de referirse a juicios; si así no fuera, sería un principio ontológico o psicológico, no una ley lógica...”<sup>61</sup>

- Principio de tercero excluido, deducido del principio de contradicción, por virtud del cual, dos pensamientos contradictorios entre sí, no pueden ser al mismo tiempo falsos, es decir, uno de los dos pensamientos debe ser verdadero, pues al probarse la falsedad de uno, necesariamente se afirma la veracidad del otro:

Si  $A = \neg A$ , entonces,

Si A es falso, necesariamente  $\neg A$  es verdadero, o;

Si  $\neg A$  es falso, necesariamente A es verdadero.

De este modo, el principio de tercero excluido se refiere a: “...dos juicios opuestos contradictoriamente... (es decir, nos enseña) que cuando dos juicios se

---

61 García Máynes, E., *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 2006, p. 23.

contradican, no pueden ser ambos falsos. Con esto, el principio afirma, al propio tiempo, que necesariamente uno de los dos es verdadero...”<sup>62</sup>.

- Principio de razón suficiente, referente a todo pensamiento que es capaz de abonar a favor de lo enunciado en el mismo, de tal forma que la razón que entraña basta por si misma para servir como apoyo al enunciado y, por consiguiente, no necesita de nada más para ser calificado como verdadero.

De este modo, el mencionado maestro García Máynez, definiendo en contrasentido afirma:

“...La razón es insuficiente, cuando no basta por sí sola para abonar lo enunciado en el juicio, sino que necesita ser complementada con algo para que éste sea verdadero...”<sup>63</sup>.

### **2.1.2. Lógica Jurídica.**

Definido el término lógica y someramente expuestos sus principios, en el presente apartado no ceñimos a la tarea de analizar y explicar el contenido del concepto de lógica jurídica.

Al respecto, hallamos patente el problema de la divergencia, por virtud del cual, algunos posicionamientos la precisan como un tipo especial de lógica, otros la establecen como una especie derivada de ésta, y por último, hay quienes refutan su institución como herramienta independiente de la lógica formal.

Respeto de los primeros, sus partidarios, defienden su instauración como un tipo especial de lógica, sustentados bajo la idea de inmaterialidad en el pensamiento jurídico, es decir, según ellos el pensamiento jurídico constituye una clase especial

---

62 Ibídem p. 32.

63 Ibídem p. 104.

de razonamiento, por lo cual resultan inaplicables a éste, las reglas clásicas de la lógica formal.

De este modo, establecen la necesidad de instaurar un cúmulo de principios que permitan su análisis de forma independiente al modelo empleado en cualesquier otras ciencias, esto es, al constituirse el deber ser como su objeto primordial y caracterizarse su contenido por la existencia de valores, consideran que los parámetros de las formas lógicas bajo los cuales se califica el razonamiento general, le resultan inaplicables.

Por lo que respecta a la segunda vertiente, es decir, aquella que discurre a la lógica jurídica como un tipo derivado de la lógica formal, sus partidarios exponen la existencia de una relación formal entre ambas, pues, para su operatividad, la primera se vale de los principios establecidos por la segunda.

Así, según esta corriente, la lógica jurídica emplea algunas de las estructuras entrañadas en la lógica formal y, hecho ello, las reformula con la finalidad de adaptarlas a las necesidades y requerimientos del mundo jurídico.

Por otro lado, en la tercera vertiente, algunos otros autores, como lo es Perelman, rechazan la existencia de la misma, pues sostienen:

“...No hay más que una lógica formal. Es la que se enseña en las Universidades. Si se identifica la lógica a secas con la lógica formal, no sólo esta última expresión se hace pleonástica, sino que es ridículo hablar de lógica jurídica, al igual que lo sería hablar de lógica bioquímica o de lógica zoológica, cuando se utilizan las reglas de la lógica formal en un tratado de bioquímica o de zoología...”<sup>64</sup>

En este sentido, formulamos las siguientes puntualizaciones:

---

64 Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1988, p. 13.

Creemos que las afirmaciones formuladas por quienes defienden su instauración como un tipo especial, carecen de sustento, toda vez que para la construcción de la aludida teoría de la lógica jurídica independiente, retoman las figuras empleadas por la lógica formal, es decir, las reformulan sobre los principios que consideran útiles y operativos en el desarrollo de la referida lógica jurídica.

En relación con la segunda vertiente, observamos que no logra definir en forma específica cuales son aquellas estructuras útiles dentro del mundo jurídico y, en su caso, que diferencias guardan éstas en relación con las figuras existentes en la lógica formal, por lo cual, ante dicha imposibilidad de selección, tácitamente estatuye la exclusiva presencia de una lógica general, pues acentúa que al mundo jurídico le son aplicables las reglas pertinentes para la totalidad de las ciencias.

Así, al igual que Perelman, negamos la existencia de la lógica jurídica como una de tipo especial, pues como el citado Klug Ulrich, dice:

“... el hecho de que las presentes investigaciones se refieren a la lógica jurídica no ha de interpretarse como una defensa de la idea según la cual puede hablarse de una peculiar lógica autónoma de la jurisprudencia, en el sentido de que dicha lógica sería fundamentalmente distinta de la de otras ramas científicas, y en el sentido de que ella se gobernaría por leyes propias...”<sup>65</sup>

De este modo, creemos que la validez de los principios y reglas esgrimidos por la lógica general, necesariamente han de ser aplicados de forma eficaz a cualquier ciencia particular, en nuestro caso al Derecho.

No obstante, debemos formular una distinción, pues pensamos que la lógica no opera únicamente como medio determinante de la validez de una norma, sino también, como herramienta que permite su análisis desde una perspectiva operativa, de forma tal que con base en ella se puede establecer la coherencia del

---

65 Klug, Ulrich, *Lógica Jurídica*, Op. cit. p. 4.

sistema jurídico, es decir, sustentamos que la función de ésta mal denominada lógica jurídica se halla en la práctica.

Lo anterior significa que exclusivamente señalará la existencia de incongruencias normativas, de forma tal que sus pronunciamientos de invalidez lógica, únicamente tengan por objeto informar de dichas inconsistencias a la autoridad normativa,<sup>66</sup> sin que ello implique la validez o invalidez de una u otra norma, pues dicha función se aparta de su objeto, esto es, en caso de existencia de normas cuyo contenido de aplicación pudiere ser contrario, la referida lógica exclusivamente nos indicaría la invalidez de su coexistencia y nada más.

Por ejemplo, pensemos en un sistema normativo cuyo contenido se resume de la siguiente manera:

p = norma que permite tirar basura en los bosques.

no-p = norma que prohíbe tirar basura en los bosques.

Suponiendo que ambas son reglas sin lugar a excepción, validas en cuanto a su procedimiento legislativo, vigentes en un mismo contexto temporal y territorial y de la misma jerarquía normativa; la lógica únicamente nos permitiría inferir la invalidez de su coexistencia, dando pauta a la argumentación como medio para superar dicha antinomia.

Así, observamos una doble vertiente en el empleo de la lógica dentro de la ciencia jurídica a saber:

- Como medio de contrastación de la validez lógica del sistema jurídico, es decir, como herramienta de evaluación de la estructura, contenido y compatibilidad de normas. (amplia).

---

<sup>66</sup> Ver *Elementos de la norma*, en este mismo capítulo.

Al respecto, creemos que dicha contrastación debe ser realizada desde dos diferentes perspectivas:

- Formal: en dicho sentido la evaluación lógica se circunscribe a la revisión del cumplimiento de requisitos, y demás reglas estrictamente formales, a las cuales debe ceñirse el proceso de creación y modificación de las normas.
- Material: por lo que respecta a este punto, la multicitada lógica tendrá por objeto la calificación armónica del contenido del sistema, es decir, la coherencia, señalando, en su caso, las inconsistencias a lugar.

Dentro de esta función hallamos el ejemplo arriba esgrimido, en el cual se califica a las mencionadas normas desde una perspectiva exclusivamente lógica y se demuestra claramente su validez formal a la par de su invalidez material.

- Como herramienta discursiva para la selección y evaluación de los argumentos y normas respecto a su aplicación al caso concreto (estricta).

Por lo que se refiere a esta función, proponemos su uso como medio de análisis respecto de la argumentación empleada por los tribunales en la formulación de sentencias, de tal forma que permita calificar de modo lógico el contenido de la misma, estableciendo su coherencia y apego, o en su caso, desapego al sistema normativo, es decir, pensamos que todo elemento argumentativo sustentado por éstos necesariamente ha de aprobar un examen lógico de validez; ello así, en aras de cumplimentar los requisitos de certeza y seguridad jurídicas por los cuales se propugna en los sistemas jurídicos contemporáneos.

Al respecto y partiendo de la idea de una doble justificación del Derecho, esto es, una interna, referente a criterios meramente formales que verifican su existencia y,

una externa, comprendida por el cúmulo de criterios de valor político o moral cuyo origen meta-jurídico sustenta su aplicación;<sup>67</sup> otorgamos a la lógica un nuevo papel en relación con el multicitado análisis argumentativo, concerniente en:

- La calificación de los elementos esgrimidos en la sentencia con relación a su justificación eminentemente interna, es decir, la contrastación de los elementos de validez estrictamente jurídicos o de legalidad que deben permear a la misma (su fundamentación).
- La evaluación de los elementos externos que, en su oportunidad, sean recurridos en las resoluciones, concerniente a su uso como argumentos validos en la solución del caso concreto (su motivación), desempeñando al efecto la función de garante de la certeza jurídica en la formulación de la sentencia.

Por lo sustentado, en nuestra particular opinión, si bien negamos la existencia de la lógica jurídica como una de tipo especial, pues no encontramos en ella elementos que la distinguan de la formal, también creemos que la misma funge como criterio de aplicación y análisis en el universo jurídico (práctica), por lo cual, aceptamos dicha denominación desde dos perspectivas a saber, la primera denominada como amplia, consistente en el conjunto de reglas pertenecientes a la lógica formal que son empleadas en el análisis de la coherencia de los sistemas jurídicos, y; la segunda en sentido estricto, comprendida como el cúmulo de reglas provenientes de la lógica formal que auxilian el análisis de las resoluciones jurídicas desde dos perspectivas a saber, la primera interna en cuanto a criterios de estricta legalidad, y la segunda externa, en relación con los elementos meta

---

67 Ver Alexy, Robert, "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica", trad. Manuel Atienza, DOXA, No. 5, 1998, pp. 139 – 151 [en línea] <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/sirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5%07.pdf>> [Consulta: 04 marzo de 2013]. En el mismo sentido, Manuel Atienza, afirma: "...La justificación interna es tan sólo una cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto...". Atienza, M. Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 81.

jurídicos que, en su caso, son empleados en la citada formulación, cuya función es tendiente a la conservación de la certeza jurídica en el caso concreto.

De esta manera, comprendiendo que la lógica jurídica es únicamente un tipo aplicado a la práctica, y tomando como punto de partida las ideas de Perelman, encontramos las siguientes diferencias a saber entre la lógica formal y la lógica jurídica:<sup>68</sup>

- El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas.
- La lógica jurídica intenta probar la aceptabilidad de las premisas.
- La lógica formal realiza deducciones mediante de elementos plausibles.
- La lógica jurídica, como una lógica eminentemente judicial, se expone como una argumentación, la cual depende de la forma en la cual los legisladores y los jueces conciben su misión.

## **2.2. Formas del pensamiento.**

La filosofía aristotélica ha sentado, en cultura occidental, un importante precedente en el desarrollo y análisis de la filosofía y las ciencias, heredando por tanto un sinnúmero de conceptos y elementos que hoy día son precedente necesario para el estudio de muy diversos temas, dentro de los cuales destaca el objeto de este apartado, es decir, las denominadas formas del pensamiento.

---

68 Ver Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit.

De dicha manera, en el presente subtema se esbozan cuales son estas formas, exponiendo sus características y elementos, con la finalidad de exhibir el papel que las mismas desempeñan en el ámbito jurídico.<sup>69</sup>

Aclarado lo anterior, iniciamos diciendo que las mencionadas formas del pensamiento son:<sup>70</sup>

- Idea, nivel del pensamiento que ubica a un objeto en el universo, esto es, no realiza juicio alguno respecto del mismo, no enumera sus características ni niega o afirma su existencia, simplemente lo posiciona.
- Juicio, afirmación o negación que recae sobre el termino, es decir, se efectúa una operación en relación con el objeto, ya sea negando, afirmando o haciendo contingente su existir.
- Razonamiento, proceso constructivista de conocimiento que se formula a partir de un conocimiento previo sustentado sobre determinados juicios.

### **2.2.1. Idea.**

En torno a la idea, hallamos un buen número de operaciones lógicas a través de las cuales se construyen o elaboran nuevos conceptos, también denominadas como operaciones conceptuadoras, mismas que fungen como herramientas sobre las cuales surge y se fecunda el campo del saber científico.

Entre algunas de estas herramientas tenemos:<sup>71</sup>

---

69 En relación con este tema nos parece pertinente puntualizar que al objeto de ésta exposición también suele conocerse con el nombre de categorías del pensamiento o niveles del pensamiento, por lo cual serán empleadas de forma indistinta en lo largo de la exhibición.

70 Cfr. López Duran R., *Metodología Jurídica*, Iure, México, 2002, pp. 59 y ss.

71 Ver Idem.

- Definición, operación por excelencia, por virtud de la cual se delimitan los alcances de un término, ya sea mediante la remisión a sus orígenes etimológicos, o bien, por medio de la caracterización de los elementos del objeto a definir.
- Descripción, operación que tiene como propósito la enumeración de los elementos que caracterizan a un determinado objeto.
- División, operación que busca dividir al objeto, considerado como un todo, en partes, la cual se puede llevar a cabo de forma mental o material, según lo permita o no el objeto de estudio.
- Clasificación, operación cuyo objetivo consiste en agrupar los elementos de un objeto, de acuerdo con un determinado criterio, sin que dichos elementos formen necesariamente parte de un todo.
- Inordinación, acción por medio de la cual se agrega un nuevo elemento o uno previamente establecido a un conjunto de elementos preexistentes. Generalmente se da ante la introducción de un elemento previamente desconocido, por ejemplo, el descubrimiento de una nueva especie en la biología.

### **2.2.2. Juicio.**

En relación con este concepto es importante recordar que el presente subtema se limita a la descripción de las figuras del pensamiento, por lo cual sería incorrecto confundir su significado en materia jurídica, con el que se pretende exponer aquí.

Hecha la anterior aclaración, definimos al juicio como una operación mental por virtud de la cual afirmamos o negamos algo respecto de un objeto, es decir,

pretendemos la existencia o inexistencia de una determinada propiedad en referencia con un concepto dado.

Al respecto de éste, López Duran, comenta:

“...Un juicio es una operación mental aún más compleja que los conceptos complejos y va más allá de la acumulación de estos, por ejemplo: al enunciar pizarrón verde, estamos en presencia de un concepto complejo... pero al enunciar el pizarrón es verde, afirmamos que el concepto pizarrón tiene una propiedad determinada...”<sup>72</sup>

Con ello podemos inferir que el juicio se compone de tres elementos a saber:

- Sujeto, esto es, el objeto sobre el cual recae el juicio.
- Predicado, entendido como la parte del juicio en el cual se afirma o se niega la propiedad del sujeto.
- Cópula, es decir, aquel componente que une a los dos extremos del juicio.

Por ejemplo:

- “Aristóteles es hombre”

De dónde desprendemos:

- Sujeto: Aristóteles.
- Predicado: hombre.
- Cópula: es.

---

<sup>72</sup> Ibídem p.69.

### 2.2.3. Razonamiento.

La palabra razonamiento tiene un sinnúmero de acepciones, las cuales pueden colocarlo desde ser un medio de discernimiento entre el bien y el mal, hasta connotarlo como una operación derivada de la lógica que permite la formación de conocimiento.

Sin embargo, y como es de esperarse, la definición que emplearemos en relación con el mismo, nos lleva a esgrimir su significado desde la acepción que lo delimita como el proceso lógico a través del cual se construye nuevo conocimiento, es decir, como una operación mental.

En dicho sentido acogemos las ideas esgrimidas por López Duran, quien afirma:

“...La expresión del razonamiento se denomina argumentación y se puede definir como el conjunto de proposiciones relacionadas de tal manera, que una de ellas se infiere de las otras. A las proposiciones que son antecedentes se le denomina premisas y a las consecuentes conclusiones...”<sup>73</sup>

Considerando lo anterior, podemos válidamente decir, que todo razonamiento necesariamente ha de construirse por medio varios juicios, de tal forma que la creación de conocimiento cimienta sus bases sobre éstos.

A la par debemos recordar que la correcta forma de razonar es objeto de estudio de la lógica formal, por lo cual todo razonamiento para ser considerado como correcto debe revestir de sus formas.

Ahora bien, como apuntamos con anterioridad, la operación por virtud de la cual se obtienen las referidas conclusiones en el razonamiento, esto es, la herramienta a través de la cual se construye conocimiento, recibe el nombre de inferencia.

---

<sup>73</sup> Ibídem p.71.

Respecto a esta última estructura, distinguiremos esencialmente dos tipos a saber:<sup>74</sup>

- Inferencias inmediatas, las cuales a su vez se dividen en:
  - o Conversión, operación que consiste en el intercambio del sujeto por el predicado. Por ejemplo, Algún S, es un P, en Algún P, es S.
  - o Equivalencia, expone la igualdad de dos proposiciones independientes mediante el uso del nexos no. Por ejemplo, “Algunos sistemas jurídicos son coactivos, algunos sistemas jurídicos no son coactivos.”
  - o Sub-alternación, operación por virtud de la cual se pasa de una proposición universal a una particular. Por ejemplo, todo S es P, algún S es P.
  - o Obversión, consiste en cambiar la cualidad de una proposición y negar el predicado. Por ejemplo, Todo S es P, por lo tanto, ningún S es no P.
  - o Contraposición, es el intercambio de sujeto y predicado, y negación de ambos. Por ejemplo, Todo S es P, por lo tanto, no todo no S es no P.
- Inferencias mediatas, son aquellas operaciones realizadas a través de la deducción, es decir, por medio de silogismos, ya sean éstos en sus formas regulares o irregulares.<sup>75</sup>

---

74 Ver *Ibidem*. pp. 81 y ss.

75 Ver *El silogismo*, en el apartado 3 del presente capítulo.

### 2.3. El silogismo.

En los apartados anteriores, estudiamos las diferentes estructuras que componen a la materia lógica con la finalidad de conocer su funcionalidad y con ello, llegado el momento, formular premisas que permitan un desarrollo argumentativo bajo parámetros de la nueva retórica.

Sin embargo, para conseguir dicho objetivo, es menester conocer en primer lugar cuales son los elementos y características que delimitan el medio a través del cual ha de realizarse la misma.

De esta manera, en el presente apartado analizaremos el contenido del silogismo, esto es, revisaremos su definición, elementos y estructuras.

Así, para efectos de definir el concepto que pretendemos analizar, iniciaremos retomando las palabras esgrimidas por Aristóteles, en *El Organon*, quien al respecto apunta:

“...el silogismo es una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas preposiciones, se concluye necesariamente una proposición diferente de las proposiciones admitidas, mediante el auxilio de estas mismas proposiciones...”<sup>76</sup>

Como observamos, el silogismo es una estructura del razonamiento que permite la exacción de conclusiones mediante el uso de los elementos que lo componen, de tal forma que la validez de ésta dependerá directamente de la atingencia de aquellos.

De esta manera observamos que el mismo se construye a partir de tres elementos esenciales a saber:

---

<sup>76</sup> Aristóteles, *Tratados de lógica, El organon*, Op. cit. p. 94.

- Premisa mayor, aquella de contenido general, que funge como el punto de partida en el razonamiento.
- Premisa menor, enunciado de carácter particular que concreta el contenido general de la premisa mayor.
- Conclusión, producto del razonamiento, en el cual se une el contenido de las premisas.

De este modo, para estar en condiciones de entrelazar los elementos que construyen el pensamiento silogístico, se debe contar con tres diferentes conectores, denominados términos, los cuales son:

- Mayor, el cual desempeña el papel de predicado en la conclusión.
- Menor, cuya función se plasma con el sujeto de la conclusión.
- Medio, aquel que aparece tanto en la premisa mayor como en la menor, pero que no forma parte de la conclusión.

Por ejemplo:

- Todos los hombres son racionales.
- Sócrates es un hombre.
- Por lo tanto, Sócrates es racional.

De lo anterior tenemos:

Todos los hombres son racionales, como premisa mayor, en la cual además tal y como hemos dicho vislumbramos la existencia del término denominado como mayor, es decir, “son racionales”; Sócrates es un hombre, como premisa menor,

en la cual igualmente apreciamos la existencia del término menor, esto es, “Sócrates”, y; Sócrates es racional, como conclusión.

Por lo que respecta a término medio, observamos que en el ejemplo dado, éste se comprende por la enunciación del concepto “hombre”, el cual como dijimos no aparece en la conclusión, pero desempeña la función de conector entre las premisas.

Con lo visto, concluimos que el silogismo es una forma de razonamiento compuesta por tres proposiciones, en la cual dos de ellas funcionan como premisas que permiten la obtención de una tercera denominada conclusión, el cual en su forma regular se caracteriza por:

- Constar de tres términos.
- El término medio jamás tendrá inferencia en la conclusión.
- Ningún término debe tener una extensión mayor en la conclusión.
- El término medio debe ser válido para las premisas.

De esta manera, y retomando las nociones formuladas por Aristóteles, hallamos que el multicitado silogismo en su forma regular exhibe tres diversas formas a saber, las cuales son definidas como:

“...Cuando tres términos están entre sí en tal relación, que el último esté en la totalidad del medio, y el medio esté o no en la totalidad del primero, es de necesidad que se forme silogismo completo con los extremos (primera forma regular)...

...Cuando un mismo término se atribuye de una parte a todo el primer término, y de otra no se dice en manera alguna del segundo, o bien, cuando a la vez se atribuye a los dos por entero, o no se dice de ninguno de los dos, tiene lugar lo que llamo la segunda figura (segunda forma regular)...

...Cuando, respecto a un mismo término, los demás términos son, el uno atribuido universalmente, y el otro negado en igual forma, o cuando ambos son o no son universalmente atribuidos a este mismo término, llamo a esta figura tercera. (tercera forma regular)...".<sup>77</sup>

Como podemos ver el silogismo se constituye como el principal medio por virtud de cual se formula en análisis lógico de los enunciados, sin embargo, en algunas ocasiones el mismo adopta formas diversas a la establecida con anterioridad, las cuales suelen denominarse como formas irregulares.

Dichas formas irregulares desempeñan un importante papel en el desarrollo de la lógica, puesto que en determinadas ocasiones presentan ventajas frente a la forma tradicional de realizar el antes señalado análisis lógico.

Algunas de estas figuras son:

- Sorites, es un silogismo compuesto por varias premisas, en donde él predicado de la primera sirve de sujeto a la segunda; él de la segunda sirve de sujeto para la tercera, y así, de forma sucesiva hasta arribar a la conclusión. Por ejemplo:
  - Practicar deporte es entretenido.
  - El entretenimiento es saludable.
  - Lo saludable es loable.
  - Por lo tanto, el deporte es loable.
  
- Epiquerema, silogismo en el cual una o ambas premisas se acompañan de justificación, es decir, a las premisas se adjunta una prueba.
  - Las flores no son mamíferos por que no pertenecen al reino animal.
  - La rosa es un tipo de flor.

---

77 Ibídem pp. 94 - 102.

- Por lo tanto, la rosa no es un mamífero.
- Entimema, es un tipo de silogismo simplificado que omite, de forma voluntaria, la exposición de una premisa o de la conclusión, por considerarla sobre entendida.
  - Todos los hombres son libres.
  - Adrián es libre.

Como se puede observar, se omite el término medio, es decir, “Adrián es hombre”, ello en virtud de considerar fáctico arribar a la conclusión de manera obvia.

- Los planetas son astros estelares.
- Marte es un planeta.

En este caso, la omisión se formula en relación con la conclusión, es decir, en nuestro ejemplo creemos valido colegir la conclusión de que “Marte es un astro estelar”, sin hacer mérito de la misma.

- Poli silogismo, se conforma por una cadena de silogismos, en el cual la conclusión de cada uno se convierte en la premisa del siguiente, hasta llegar a un silogismo que cierra la cadena.
  - El diamante es una piedra preciosa.
  - Las piedras preciosas son bonitas.
  - Por lo tanto, el diamante es bonito.
  - El diamante es bonito.
  - Lo bonito es costoso.
  - Por lo tanto, el diamante es costoso.
  - El diamante es costoso.
  - Las piedras preciosas son costosas.

- Por lo tanto, el diamante es una piedra preciosa.

Como veremos un poco más adelante, este tipo de poli silogismos son, por excelencia, los que sustentan la cadena de inferencias formuladas por el juez para alcanzar la conclusión en la sentencia.

- Dilema, herramienta por virtud de la cual se posiciona al interlocutor en una situación en la que se ve forzado a optar entre alternativas igualmente desagradables.

En este sentido, el maestro Piccato Rodríguez, expone:

“...Un dilema puede ser empleado para disfrazar una situación compleja... escondiéndose con ello la existencia de otras alternativas que rompen con el dilema de forma y al mismo tiempo presentan una situación que supera las consecuencias deseadas por el supuesto dilema...”<sup>78</sup>

Por último, estimamos competente analizar dos figuras del silogismo que son expuestas por Anthony Weston, en su libro *Las claves de la Argumentación*, esto es:

- El silogismo hipotético; mediante este silogismo no sólo se expresa una relación entre dos términos, sean estos denominados como A y B, sino que además, se torna evidente la existencia de un nexo causal entre los mismos, de tal forma que explica el porqué tiene sentido para A causar B.

Así, Weston, afirma:

“...Advierta que el silogismo hipotético ofrece un buen modelo para explicar las conexiones entre causa y efecto. La conclusión vincula una causa con un efecto, mientras que las premisas explican los pasos intermedios...”<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Piccato Rodríguez, A., *Teoría del derecho*, Iure, México, 2006, p. 190.

<sup>79</sup> Weston, A., *Las claves de la argumentación*, trad. Jorge E. Malem, 10ª Edición, Ariel, Barcelona, 2005, p. 86.

- El silogismo disyuntivo; este tipo de silogismo, según el autor que venimos comentando, se estatuye bajo la siguiente forma:

$p \vee q$

No  $p$

Por lo tanto,  $q$ .

Como se observa, esta figura nos enfrenta a una correlación entre las posibilidades de realización de uno de sus elementos, de tal forma que, siendo ambos validos, la estructura del pensamiento excluya una de las posibilidades en razón de la elección, pues uno pierde eficacia al optarse por el otro.

De este modo tenemos:

“...la letra <o> puede tener dos significados diferentes. Normalmente, <p o q> significa que al menos una de las dos, es verdadera y posiblemente ambas. Este es el sentido <inclusivo> de la palabra <o>, que es el que normalmente se presume en lógica. Sin embargo, a veces, utilizamos <o> en sentido <exclusivo>, según el cual <p o q> significa que de las dos <p o q> es verdad, pero no ambas...”<sup>80</sup>

### **2.3.1. El silogismo judicial.**

En el apartado anterior analizamos la funcionalidad del silogismo en la lógica formal y observamos como su funcionalidad lo instituye como la principal herramienta en el desarrollo del pensamiento, de tal forma que permite establecer la veracidad o falsedad de los enunciados que se exponen ante su visión, sin embargo, como también hemos examinado, no todas las reglas y principios prevaecientes en el seno de la misma resultan aplicables al ámbito jurídico.

---

<sup>80</sup> Ibídem p. 87.

Por lo anterior, nos parece de extraordinario interés establecer que figuras resultan útiles en la aplicación e interpretación del Derecho y, en su caso, bajo que parámetros deben ser empleadas las mismas.

De este modo, vemos que el silogismo jurídico puede ser concebido a primera vista como la materialización del silogismo de la lógica formal aplicado al Derecho, es decir, como un mecanismo deductivo a partir del cual estableciendo un conjunto de premisas es posible formular una conclusión lógicamente válida y cuyo contenido es verificable a través de las reglas establecidas por la mencionada lógica.

No obstante lo anterior, vale destacar que dadas las especiales características que delimitan el contenido de las premisas empleadas en el razonamiento judicial, no es del todo aceptable el creer firmemente en la proposición arriba formulada.

Así, sí bien en la estructura del silogismo jurídico participan una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión, la forma en la cual ha de realizarse la inferencia respecto a la validez del razonamiento plasmado en la mencionada conclusión, se ve necesariamente modificada, ya que a dicho razonamiento se debe añadir un factor valorativo, esto es, no sólo se debe examinar la validez de las premisas estatuidas como base del mismo, sino que, además, hay que ejecutar un análisis en relación con la idoneidad de las pruebas, para de esta forma aplicar la norma en el caso concreto.

Podemos observar entonces que la estructura silogística se constituye de la siguiente manera:

- La premisa mayor, consistente en la situación jurídicamente normada.
- La premisa menor, establecida por la realización material de la situación jurídicamente normada.

- La conclusión, comprendida como la aplicación de la norma jurídica al caso concreto, sujeta a comprobación.

En esta estructura advertimos que la realización material del hecho se halla condicionada, es decir, se debe comprobar ante la autoridad competente la ejecución o inejecución del hecho regulado.

De este modo, la estructura bajo la cual se formula el silogismo jurídico, no es correspondiente con la estructura del silogismo formal, ya que en el primero la premisa menor se expresa de forma condicional, de tal manera que el arribo a la conclusión sólo será posible ante su cumplimiento.

Bajo dicha tesitura, Rojas Amandi, comenta:

“...Aquí no se relacionan términos para inferir o deducir la conclusión, sino más bien se conectan situaciones condicionales con sucesos. A este tipo de silogismo se le conoce como *modus ponens*...”<sup>81</sup>

Como vemos, el advenimiento a una inferencia válida por medio del silogismo no es tan simple, como en antaño se creía en el seno de las escuelas exegéticas, toda vez que su objeto no sólo se construye a través de la extracción de conclusiones por medio de un silogismo formal, sino que además han de tomarse en consideración dos notas:

- La valoración de elementos probatorios y circunstanciales del caso concreto.
- La forma condicional en virtud de la cual se establece la validez del razonamiento jurídico.

Por ejemplo:

---

81 Rojas Amandi, V., *Argumentación Jurídica*, Op. cit. p. 116.

- En términos de lo dispuesto por el artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal, se establece:

Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.

De lo que tenemos:

- Si A priva de la vida a B.
  - Entonces a A se le impondrán de ocho a veinte años de prisión.
- Primero, observamos que la forma del silogismo nos da como premisa mayor, la prescripción normativa: Al que prive de la vida a otro, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión.
  - Segundo, vemos que la aplicación de dicha norma se condiciona mediante la frase: si, entonces.
  - Tercero, la premisa menor, esto es: Si A priva de la vida a B, se halla sujeta a una comprobación formal.
  - Cuarto la conclusión, es decir, la aplicación de la norma se condiciona a dos cosas:
    - La existencia de la norma.
    - La existencia y comprobación del hecho punible.

Lo expuesto, nos permite reformular la premisa mayor propuesta de la siguiente forma:

- Si alguien priva de la vida a otro, debe ser castigado con una pena de prisión que va de ocho a veinte años.

Con lo cual volvemos evidente la existencia inherente de una esencia eminentemente condicional en toda norma jurídica, que además se halla sujeta a prueba.<sup>82</sup>

Aunado a lo anterior, cabe recordar que en el desarrollo del Estado moderno, sustentado bajo los criterios de un sistema democrático y de Derecho, el principio de legalidad se estatuye como requisito mínimo necesario para la formulación de interpretación en el campo del Derecho, y aún más, tratando, de su aplicación.

Así, vemos que todos los actos emitidos por la autoridad deben revestir de una fundamentación, es decir, su existencia se vuelve dependiente de la ley, lo cual argumentativamente hablando, posiciona a esta última como la premisa mayor en el silogismo.

En este sentido, el comentado Rojas Amandi, propone:

“...en términos de la Constitución, la ley es la premisa de partida del razonamiento jurídico; se vincula con un hecho que funciona como la otra premisa del silogismo jurídico, de donde se deriva una consecuencia de derecho...”<sup>83</sup>

Como vemos el silogismo jurídico actúa útilmente en el desarrollo de la función judicial, no obstante, pensamos que argumentativamente hablando, su papel debe ser limitado a la antes expuesta perspectiva estricta, esto es, como herramienta de calificación en relación a la validez de la norma.<sup>84</sup>

---

82 Ver *Clases de normas*, en el presente capítulo.

83 Rojas Amandi, V., *Argumentación Jurídica*, Op. cit. p. 115.

84 Ver *Lógica Jurídica*, en el presente capítulo.

## 2.4. Lógica Deóntica.

En el presente subtema esgrimiremos el contenido de la idea entrañada en el concepto de lógica deóntica, haciendo hincapié en el hecho de que desde nuestra perspectiva, y a diferencia de lo estipulado por una inmensa mayoría de autores, la lógica jurídica y la lógica deóntica no son empleadas como sinónimas, toda vez que, como se verá, su objeto es completamente diverso.

Para dicha tarea iniciamos conceptualizando su contenido, recordando que con la palabra lógica hacemos referencia a las reglas o leyes del pensamiento, razón por la cual exclusivamente nos ocuparemos al análisis del significado del vocablo deóntico.

Así, haremos referencia a su raíz etimológica, esto es, al vocablo griego *deon*, cuyo significado expresa la idea de un deber.<sup>85</sup>

De esta manera, encontramos un primer punto a destacar en relación con la lógica deóntica, consistente en que su objeto se refiere al análisis de las formas del pensamiento relacionadas con la noción del deber ser, es decir, su objeto se circunscribe al campo de todas aquellas expresiones cuyo contenido entraña la idea de un deber ser, sean éstas de carácter moral, ético, religioso o jurídico.

De este modo, compartiendo la opinión vertida por los maestros Jorge Witker y Rogelio Larios, la definimos como: "...la rama de la ciencia lógico formal que usa y simboliza fundamentalmente material lingüístico relacionado con la función normativa, para el análisis del razonamiento y de las estructuras formales de la comunicación..."<sup>86</sup>

---

85 Ver Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012 p. 126..

86 Witker, J. y Larios R., *Metodología Jurídica*, McGraw-Hill, México, 1997, p. 34.

Como advertimos, las proposiciones que se enuncian dentro de la lógica deóntica, dado su origen eminentemente normativo, contrastan con los valores bajo los cuales se analizan las premisas en la lógica formal, es decir, los valores de verdadero o falso resultan inaplicables en su estudio, pues no se puede afirmar categóricamente que ésta o aquella disposición normativa, sea cual sea su carácter, es tal.

Lo anterior significa, que los enunciados formulados en términos de la lógica deóntica entablan un carácter prescriptivo y no descriptivo o plausible, por lo cual las inferencias que se realicen respecto de las mismas no pueden ejecutarse sobre las bases de la lógica formal.<sup>87</sup>

Por ejemplo:

- Está prohibido fumar en los restaurantes del Distrito Federal.
- Cambalache es un restaurante ubicado en el Distrito Federal.
- Está prohibido fumar en Cambalache.

De modo aparente colegimos una estructura válida bajo los parámetros de la lógica formal, es decir, parece lógico calificar como correcta la conclusión respecto de la prohibición de fumar, sin embargo, dado que las premisas planteadas no entrañan descripciones sino prescripciones, los comentados valores de verdad y falsedad son inaplicables al caso planteado.

Así, aún recurriendo al uso de lo que denominamos como lógica jurídica, no conseguiríamos decir, más allá de un criterio meramente formal, que dicha norma es susceptible de ser aplicable a un caso concreto por cumplir con requisitos de

---

<sup>87</sup> Ver Idem.

validez, esto es, jamás nos encontraremos en posibilidad de establecer si ésta es o no correcta.

Otro ejemplo:

- Los automóviles Ford, tienen un sistema de navegación híbrido.
- Fiesta es un automóvil Ford.
- Fiesta tiene un sistema de navegación híbrido.

En este caso, podemos calificar la veracidad en relación a que los automóviles Ford tienen un sistema híbrido, o bien, que Fiesta es un modelo de Ford, cosa que no pasa cuando retomamos las premisas esgrimidas en el primer ejemplo, ya que, como vimos, las mismas son prescriptivas, mientras que la de este ejemplo son descriptivas.

De este modo, y ante esta disyuntiva, nace la lógica deóntica, puesto que, dadas las características de la sociedad contemporánea, es necesario formular un criterio que permita establecer las condiciones y el contexto en virtud del cual se puede afirmar que un sujeto se ubica frente a una norma, no sólo válida sino también, correcta o cuando menos aceptable.

Así, la cuestión es establecer bajo que parámetros consideramos que nuestra apreciación de la norma es auténtica, esto es, sin recurrir a elementos de validez, pues estos son objeto de estudio de la lógica que denominamos como jurídica, ni a cuestiones de eminente apreciación subjetiva, cuando podemos aseverar que una norma es o no correcta.

Al respecto autores como Ulrich Klug, consideran que la eficacia de la proposición surgiría de la creación de un sistema axiológico fundamentado desde una

perspectiva teleológica, lo cual significaría la existencia de sistema de normas con corrección general.<sup>88</sup>

De este modo, el mencionado Ulrich Klug, dice:

“...es tarea de la filosofía jurídica... proyectar sistemas de axiomas teleológicos mediante los cuales se podría controlar de una manera hipotética y aproximativa cualquier comportamiento humano; como control ideal de esa especie se entendería, entre otras cosas, establecer si normas especiales, jurídicas o no, se contradicen con los axiomas normativos más altos, o si ellas son deducibles de los mismos...”<sup>89</sup>

Así, nos encontraríamos en posibilidad de calificar objetivamente, la corrección del argumento esgrimido, es decir, podríamos formular argumentos sustentados no sólo de forma lógica sino además desde una perspectiva teleológica.

En el mismo sentido, Manuel Atienza, afirma:

“...un argumento deductivamente válido, en el razonamiento con normas, sería aquel en el que si las premisas son normas válidas, entonces la conclusión también es válida...”<sup>90</sup>

Ahora bien, uno de los principales problemas que ha afrontado la formulación de la denominada y hasta aquí estudiada lógica deóntica, es que su modelo parte de la lógica formal enriqueciéndola con determinados operadores deónticos, creando de este modo una mezcla entre sus valores, tales como lo verdadero y lo falso, lo obligatorio, lo prohibido y lo permitido, etc.

A la par, ubicamos corrientes que exponen el problema del relativismo, consistente en que la pretendida formulación de un sistema axiológico teleológico, necesariamente ha de entrañar, *per se* en su formulación, parcialidad.

---

88 Ver Klug, Ulrich, *Lógica Jurídica*, Op. cit. p. 263.

89 Idem.

90 Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Op. cit. p. 127.

Así, bajo dicha tesitura hallamos un amplio sector de la doctrina que refuta su funcionalidad y, aún más, su existencia como elemento en el desarrollo de la argumentación jurídica, como el caso de Hernández Marín, quien formula las siguientes salvedades:<sup>91</sup>

- En la lógica deóntica casi todo es discutible.
- No se sabe cuáles son los criterios de control de las paradojas halladas en su seno.
- No se distingue con claridad el lenguaje de las normas y el de los enunciados acerca de las normas.
- No existe lugar para la existencia dentro del Derecho de enunciados no prescriptivos.

No obstante lo expuesto, pensamos que dado su desarrollo en ciernes, es necesario ahondar en su investigación y análisis, ello en aras de su continuo perfeccionamiento, pues el mismo podría traducir como alternativa viable e incluso ideal en el desarrollo de la interpretación jurídica.

Al respecto nos añadimos a la opinión esgrimida por Manuel Atienza, quien dice:

“...los resultados que ha arrojado hasta ahora la lógica deóntica son relativamente modestos. Pero de ahí no hay por qué inferir que la lógica deóntica en si misma sea un proyecto ridículo... sino que su desarrollo hasta ahora ha estado lastrado por diversas insuficiencias que la han incapacitado para jugar un papel de mayor relieve en la argumentación con normas...”<sup>92</sup>

---

91 Ver *Ibidem* p. 131.

92 *Idem*.

## 2.5. Clases de normas.

El presente subtema se expone con la finalidad de establecer de forma muy breve y bajo los parámetros de la previamente analizada lógica, que tipo de normas son las que constituyen un sistema jurídico;<sup>93</sup> esto para estar en posibilidad de realizar el examen de las tesis expuestas por Chaim Perelman a la luz de resoluciones esgrimidas por nuestro máximo tribunal en materia constitucional, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para el desarrollo del mismo, nos acogemos primordialmente a las ideas recurridas por Georg Henrik Von Wright, en su estudio denominado como “Norma y Acción”, pues consideramos a su teoría como un referente clásico en el progreso del tema.<sup>94</sup>

Aclarado lo anterior, iniciamos nuestro análisis exponiendo que para el citado autor, la comprensión de los elementos y características de la norma se sustentan, en primera instancia, sobre la distinción del tipo de lenguaje empleado para formularla, es decir, una manera de establecer qué es y qué no es un elemento normativo se halla, aunque no exclusivamente, en el tipo de lenguaje del cual proviene.

---

93 Al respecto nos parece importante señalar que, desde nuestra perspectiva y desde un punto de vista eminentemente positivo, un sistema jurídico no se circunscribe exclusivamente al diseño del mismo a través de reglas (normas), sino que además, se compone de elementos denominados como principios, es decir, creemos que todo sistema jurídico se estatuye por medio de reglas y principios, donde cada uno juega un papel distinto pero complementario; así, un principio se instituye como aquella norma que ordena se observe una conducta determinada en la medida de lo posible con relación a su factibilidad tanto jurídica como material, es decir, se dicta como un mandato de optimización; mientras que las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, esto es, pueden ser o no cumplidas, ni más ni menos. Ver R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 512, y; Atienza, M., “Sobre principios y Reglas”, *DOXA*, No. 10, 1991, pp. 101 – 120 [en línea] <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10\\_04.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf)> [Consulta: 19 septiembre de 2013].

94 Al respecto de este tema, se puede citar también el trabajo realizado por Alf Ross, sin embargo, creemos que la exposición formulada por el autor que nos decidimos analizar, en lo que respecta al tema es de mayor impacto y compatibilidad con las tesis que sustentan nuestro trabajo. Ver Ross, A., *Lógica de las normas*, trad. José Hierro, Tecnos, Madrid, 1971.

Así, distinguiremos dos vertientes a saber:

- Lenguaje descriptivo, es aquel empleado para dar o transmitir información.
- Lenguaje prescriptivo, utilizado para guiar, moldear o modificar el comportamiento.

Lo expuesto, no es sinónimo de que una norma debe revestir de un lenguaje eminentemente prescriptivo para ser considerada como tal, ya que, como se verá un poco más adelante, dicho elemento caracteriza exclusivamente a un tipo de éstas.

De tal forma, si bien el fin último de cualquier norma es el establecimiento de un modelo conductual, no es cierto que dicho modelo implique en forma necesaria el uso de lenguaje prescriptivo.

En este sentido, el contenido del enunciado permitirá descubrir cuando una oración es de carácter normativo, es decir, no por el hecho de denominar una determinada expresión como normativa, su contenido se puede definir como el de una norma, ni tampoco diciendo que la misma deriva de un lenguaje eminentemente descriptivo, podemos calificarla como no normativa.

Siguiendo dicha tesitura, Von Wright, ejemplifica su afirmación exponiendo tres acepciones imputables en relación con la palabra ley:

“...Hemos dicho que uno de los significados de norma es ley (law). La palabra “ley”, sin embargo, se usa en por lo menos tres sentidos típicos diferentes. Hablamos, en primer lugar, de leyes del estado. Hablamos, en segundo lugar, de leyes de la naturaleza. Hablamos, en tercer lugar, de leyes de la lógica...”.  
95

---

95 Von Wright, G.H. *Norma y Acción*, trad. Pedro García Ferro, Tecnos, Madrid, 1970, p. 21.

Al respecto y como medio de comprobación de la idea antes expuesta, es decir, la afirmación de que el contenido de un enunciado será el que lo defina como un elemento normativo, analiza las acepciones antes descritas, concluyendo lo siguiente:

- Por lo que se refiere a la norma como ley del Estado, la define como aquella que entraña la caracterización de un ideal consistente en un orden legítimo y justo para el desarrollo de la comunidad, es decir, como los enunciados por medio de los cuales se prescriben las guías del comportamiento para la convivencia social.

Como se ve, en este caso el contenido prescriptivo del lenguaje mediante el que se exponen dichas normas les brinda su carácter normativo, toda vez que el fin último de éstas consiste en instituirse como medios de influencia conductual.

- Por lo que se refiere a la norma como ley de la naturaleza, la expone como aquella que representa las relaciones causales observadas en ella, esto es, describen las regularidades observadas por el hombre en el desarrollo de determinados fenómenos naturales, por lo cual pueden ser calificadas como verdaderas o falsas.

En este supuesto, el lenguaje empleado es eminentemente descriptivo, por lo cual, bajo el primer criterio, se concluye que dichas leyes carecen de contenido normativo, es decir, de manera incorrecta son denominadas como normas, porque bajo ninguna tesitura se podría afirmar que las mencionadas leyes naturales establecen un orden conductual.

Al respecto, el comentado autor, expone:

“...La naturaleza no obedece, excepto en un sentido metafórico, a estas leyes. Si se descubre una discrepancia entre la descripción y el curso de la

naturaleza, es la descripción y no la naturaleza la que tiene que ser rectificada...”<sup>96</sup>

- Por lo que se refiere a la norma como ley de la lógica, dice:

“...¿Son estas leyes descriptivas o prescriptivas? Si lo primero, ¿Qué describen?: ¿el modo de pensar de la gente? ... (si lo segundo) ¿Diríamos entonces que las leyes de la lógica prescriben el modo en que debiéramos pensar y el modo en que podemos y no tenemos que pensar?...”<sup>97</sup>

Ante tal disyuntiva, recurre a formular una analogía entre las leyes de la lógica y las reglas de un juego, toda vez que las últimas pueden ser analizadas desde dos diversas perspectivas, que en el caso de las lógicas es también funcional:<sup>98</sup>

- Interna: como parte del juego, en la cual la función de la norma es prescriptiva, pues indica que está permitido hacer en relación con el juego, así como establecer sí, dada una especial situación, se debe ejecutar un movimiento determinado.
- Externa: como observador del juego, en donde la función de la norma es netamente descriptiva, es decir, muestra la forma en que se realizan los movimientos en éste, permitiéndonos conocer el tipo de juego y la dinámica que se emplea en el mismo.

De lo cual, concluye:

“...Podemos llamar a estas leyes descriptivas, pero no en el mismo sentido inequívoco en el que las leyes de la naturaleza son descriptivas. También podemos llamarlas prescriptivas, pero de una forma algo diferente a aquella en que las leyes del Estado son prescriptivas... De acuerdo con esta nueva caracterización, las leyes de la lógica ni describen ni prescriben, sino que determinan algo...”<sup>99</sup>

---

96 *Ibidem* p. 22.

97 *Ibidem* p. 23.

98 Cfr. *Idem*.

99 *Ibidem* p. 25.

De esta manera, la aludida determinación consiste en el establecimiento de patrones para la realización de una actividad, por ejemplo, en el campo de la lógica, sus leyes construyen estructuras a través de las cuales se ha de formular el pensamiento de forma correcta, es decir, en un aspecto interno, establecen cual es el modo en el que se ha de enunciar una idea y, desde un ángulo externo, indican la corrección o incorrección de la mencionada idea.

Así, plasma lo que en su juicio es el primer tipo de norma a saber, esto es, la regla.

- Una regla es un patrón fijo que desde dos perspectivas, una interna y otra externa, describirá y prescribirá las acciones que válidamente pueden realizarse en un determinado caso, estableciendo que es lo correcto, lo permitido y en específicas condiciones lo obligatorio.

Para comprender a mayor abundamiento la idea expresada, recurriremos a la ejemplificación, tomando como base las reglas de la gramática, en donde:

- Actividad: Escribir.
- Regla: Gramática.
- Aspecto interno: como hablante de un determinado idioma, la gramática expone cuales son los requisitos para expresar ideas de forma correcta en un lenguaje determinado, es decir, prescribe una serie de formas para realizar dicha actividad, enfatizando circunstancias específicas en las cuales de forma obligatoria se debe actuar con estricto apego a la regla.
- Aspecto externo: desde esta perspectiva, el hablante, describe el uso del lenguaje de su interlocutor, hallándose en posibilidad de discernir

respecto a la corrección o incorrección del mismo en el uso del lenguaje, en otras palabras, define si habla en un determinado idioma o no.

Es importante destacar que dichas reglas son cambiantes en relación con el contexto en que se formulan, es decir, dependiendo del lugar, época y modo en que se produzcan variará su contenido, esto así, toda vez que dicho contexto, por lo general, se halla en constante evolución.

Por otro lado, y siguiendo la tipología antes mencionada, aterriza un segundo tipo de norma, esto es, la prescripción o regulación.

- Según dicho autor: "...las prescripciones son ordenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeto....".<sup>100</sup>

En este sentido, la norma adopta un doble papel, el primero como mandato, es decir, como una disposición en virtud de la cual se debe ejecutar o dejar de ejecutar una determinada acción u omisión; y el segundo, como un permiso, esto es, como el facultamiento para la ejecución o inejecución de un determinado estado de cosas, la cual necesariamente ha de provenir de una Autoridad.<sup>101</sup>

Así, este tipo de norma se destaca por las siguientes características:

- o Su origen se halla en la voluntad de un ente determinado, quien posee la calidad suficiente para exigir su cumplimiento, al cual se denomina como autoridad normativa.

---

<sup>100</sup> Ibídem p. 27.

<sup>101</sup> Ver *Elementos de la norma*, en este mismo capítulo.

- Su contenido es dirigido a un grupo específico de agentes, llamado de sujetos normativos.
  - El contenido de la norma, para ser obligatorio, debe ser previamente conocido por el sujeto normativo, mediante un acto de promulgación.
  - La efectividad de la norma se supedita a que la autoridad normativa añadida a ésta, una sanción o castigo ante su incumplimiento.
- Por último, encontramos un tercer tipo de norma a saber, esto es, la norma técnica o directriz, la cual se instituye como un medio para alcanzar un determinado fin.

Al respecto, el autor comentado, dice:

“...Las normas técnicas se ocupan de aquello que debe, o puede, o tiene que no ser hecho para alcanzar un determinado fin. También se formulan normalmente por medio de una cláusula condicional...”<sup>102</sup>

De este modo, cualquier enunciación que entrañe la consecución de un fin específico, es decir, aquella cuyo contenido se formule con dicha intención, será una de tipo técnico.

En este sentido, las directrices se caracterizaran por:

- Establecen parámetros respecto de lo que se debe, se puede, o no se tiene que hacer.
- Los mencionados parámetros se formulan con la intención de conseguir un fin previamente determinado.

---

102 Ibídem p. 178.

- Por último, su forma se apega, por regla general,<sup>103</sup> a la de una cláusula condicional.

Un ejemplo es la siguiente norma:

“Sí quieres constituir una Sociedad Anónima, debes concurrir ante notario público”

En este ejemplo podemos distinguir:

- La condición: sí.
- El fin: constituir una Sociedad Anónima.
- El parámetro: en este caso, se expresa como un deber para conseguir el fin, es decir, debes concurrir ante notario público.

En otro orden de ideas, se debe destacar que al lado de los tipos de normas antes apuntados, se hallan tres grupos a los cuales el autor califica como: “...grupos menores de particular importancia. Son éstos: las costumbre, los principios morales y las reglas ideales...”.<sup>104</sup>

En relación con dichos grupos menores, el autor considera que presentan afinidades con uno o más de los grandes grupos, de tal forma que se puede afirmar:

- Las costumbres, son regularidades de conducta que presenta un individuo o grupo de individuos, es decir, una tendencia o disposición a hacer cosas similares en ocasiones similares, teniendo la característica de no ser innatos a la persona.

---

103 En este sentido hacemos notar que en un principio, el autor comentado en el presente, afirma que todas las reglas técnicas han de seguir el tipo de oraciones condicionales, sin embargo, llegados algunos momentos parece apartarse de dicha idea noción, pues sugiere la existencia de casos en los cuales, las también llamadas directrices, se formulan en forma diversa a la de una oración condicional, aunque nunca ejemplifica dicho supuesto.

104 Von Wrigth, G.H. *Norma y Acción*, Op. cit. p. 34.

- Las reglas o principios morales: "...son, sui generis, conceptualmente autónomas; un grupo de normas que se mantienen por sí solas, y no prescripciones de conducta de conformidad con el deseo de una autoridad moral o directrices para el logro de fines morales...".<sup>105</sup>
- Las reglas ideales, son aquel tipo relacionado directamente con el deber ser, las cuales, según el autor comentado, hacen una estrecha referencia a la bondad y a la virtud.

## **2.6. Elementos de la norma.**

Siguiendo con el análisis hasta ahora esbozado en la teoría de las normas de Von Wrigth, en el presente subtema abordaremos el estudio pertinente a la definición de los elementos que componen a las mismas.

Es importante decir que el análisis de dichos elementos se concreta al tipo de denominada como prescripción, puesto que, sí bien dichas características son aplicables a todas ellas, las que en nuestro estudio interesan, son éstas.

Así, vemos que de acuerdo con el mencionado autor, en cualquier norma se observan seis componentes a saber:

- El carácter;
- El contenido;
- La condición de aplicación;
- La autoridad;
- El sujeto o sujetos, y;
- La ocasión.

---

<sup>105</sup> Ibídem p. 32.

De este modo, para dilucidar cada uno de los conceptos esgrimidos, abordaremos su estudio recordando que nuestra exposición se formula exclusivamente sobre los cimientos sustentados en su obra “Norma y Acción”.

Por último, antes de comenzar, creemos importante destacar la siguiente idea:

“...El carácter, el contenido y la condición de aplicación constituyen lo que sugiero llamar el núcleo normativo. El núcleo normativo es una estructura lógica que las prescripciones tienen en común con otros tipos de normas. Pueden existir, sin embargo, diferencias específicas entre los núcleos normativos de tipos diferentes. Aquí sólo nos ocuparemos directamente de los núcleos de las prescripciones.

La autoridad, el sujeto (o sujetos) y la ocasión parecen ser características específicas de las prescripciones que no pertenecen a otros tipos de normas...”<sup>106</sup>.

### **2.6.1. Carácter.**

El carácter de una norma se define como la permisión, obligación o prohibición que entraña ésta en relación con una determinada acción, de tal forma que algo pueda, deba o no tenga que ser hecho.

Así, encontramos tres diversos tipos de carácter:

- Permisión: prescripción formulada con el fin de que algo pueda ser hecho.
- Obligación: tiene lugar cuando una prescripción se expone con el fin de que algo deba ser hecho, comúnmente se denomina como mandamiento u orden.

---

<sup>106</sup> Ibídem p. 87.

- Prohibición: enunciación que se expone con la finalidad de que algo tenga que no ser hecho.

Algunos ejemplos al respecto son:<sup>107</sup>

- “Artículo 126.- Los títulos de las acciones y los certificados provisionales podrán amparar una o varias acciones.”.

Este artículo plasma una permisión relativa a la posibilidad de expedir acciones o certificados provisionales que amparen una o más acciones. Su carácter es permisivo.

- “Artículo 124.- Los títulos, representativos de las acciones deberán estar expedidos dentro de un plazo que no exceda de un año, contado a partir de la fecha del contrato social o de la modificación de éste, en que se formalice el aumento de capital.”.

Este artículo expone una obligación referente a expedir acciones en un plazo que no exceda de un año. Su carácter es obligatorio.

- “Artículo 5o.- Las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar con sus modificaciones. El notario no autorizará la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta ley.”.

En este artículo encontramos dos tipos de carácter a saber, el primero consistente en la obligación de que toda sociedad sea constituida ante notario; mientras que, por lo que se refiere a la segunda, impone una prohibición relativa a no autorizar escrituras que contengan estatutos o modificaciones a los mismos que contravengan lo dispuesto por la ley.

---

<sup>107</sup> Los artículos citados provienen de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por otro lado, y en concordancia con este tema, es vital destacar la distinción realizada por el autor que venimos comentando, en relación con los permisos, pues comenta:

“...No es posible hacer un inventario de todos los actos genéricos concebibles. Nuevas especies de acto hacen su aparición a medida que se van desarrollando los talentos humanos y van cambiando las instituciones y las formas de vida... Por eso es razonable, dada una autoridad de normas, dividir los actos humanos en dos grupos principales: a saber, actos que han sido y actos que no han sido sometidos a norma...”<sup>108</sup>

En relación con el primer tipo de actos, es decir, aquellos que aún no son objeto de la norma, decide denominarlos como permisos débiles, pues no son prohibidos pero tampoco permitidos por la autoridad mediante la acción normativa.

Por lo que respecta a los segundos, los llama permisos fuertes, toda vez que normado su objeto, la autoridad determina no prohibir su realización.

Al respecto, es posible distinguir entre varias sub-especies de permisos fuertes:

- Permiso como tolerancia, en ellos la autoridad está determinada a no interferir en la conducta del sujeto en cuanto al acto se refiere, sin embargo, no provee de mecanismos que protejan a dicho sujeto ante la posible interferencia de su ejercicio por parte de otro agente.
- Permiso como derecho, en este supuesto, la autoridad no sólo tolera el acto sino que además blinda el ejercicio del sujeto ante la intromisión de otro agente.
- Permiso como habilitación, este tipo de permiso, se entiende como uno con derecho, ya que además contiene un mandato de autoridad que posibilita la ejecución del acto permitido.

---

108 G.H. Von Wrigth, *Norma y Acción*, Op. cit. p. 101.

### 2.6.2. Contenido.

El contenido de una norma se entiende de forma general como aquello que debe, puede o no debe de hacerse, es decir, cuando hacemos referencia al contenido de la norma, aludimos a su objeto, esto es, a la acción u omisión permitida, mandada o prohibida.

De esta manera, Von Wright, alude lo siguiente:

“...Desde el punto de vista de su contenido, las normas (excluidas las reglas ideales) pueden dividirse en dos grupos principales, a saber: normas concernientes a la acción (actos y abstenciones) y normas concernientes a la actividad. Ambos tipos de norma son frecuentes e importantes. “Cierra la puerta”, ordena que se haga un acto. “Se permite fumar”, permite una actividad. “No corra, si ladra el perro”, prohíbe una actividad...”<sup>109</sup>

Así, diremos que las normas concernientes a la acción, proclaman su contenido en la permisión o prohibición de realizar un determinado acto, es decir, aquello que permiten o prohíben aún no se ejecuta en el mundo fáctico.

Por otro lado, las normas que conciernen a la actividad, exclusivamente permiten o prohíben un acto presente, es decir, que ya ésta siendo realizado, en otras palabras, la acción normada se ejecuta a la par de la emisión.

Al respecto, debemos destacar que la anterior distinción pierde sentido en tratando de prescripciones, toda vez que, como se habló en el apartado precedente, toda norma de esta clase amerita de promulgación, es decir, de publicidad y conocimiento previo para su observación.

---

109 Ibídem p. 88.

### 2.6.3. Condición de aplicación.

La condición de aplicación es el acontecimiento o grupo de condiciones que deben concurrir para ejecutar aquello que es contenido de la norma, es decir, es el conjunto de hechos que detonan la aplicación de ésta.

Para lo anterior, debemos recordar que el carácter de la norma permite, prohíbe u obliga a la realización de una determinada acción u omisión, por lo cual, los diversos tipos de condiciones de aplicación, serán delimitados por dicho carácter.

Así, hallamos las siguientes condiciones:<sup>110</sup>

- Condiciones de aplicación que implican que un estado de cosas no exista, pero que se pueda producir salvo que mediante una acción se impida la misma.

Al respecto encontramos cuatro tipos:

- Una norma que ordene que el estado de cosas continúe sin existir.
  - Una norma que permita que el estado de cosas siga sin existir.
  - Una norma que ordene la ejecución de una acción que detone la existencia de un estado de cosas.
  - Una norma que permita la ejecución de una acción que detone la existencia de un estado de cosas.
- Condiciones de aplicación que implican que un estado de cosas exista y no desaparezca a menos que sea mediante una acción.

Igualmente hallamos cuatro tipos:

---

110 Cfr. *Ibidem* pp. 88 – 91.

- Una norma que ordene que el estado de cosas continúe existiendo.
  - Una norma que permita que el estado de cosas siga existiendo.
  - Una norma que ordene que el estado de cosas desaparezca.
  - Una norma que permita que el estado de cosas desaparezca.
- Condiciones de aplicación que implican que un estado de cosas exista pero que desaparezca a menos que se impida mediante una acción.

Similarmente hay cuatro tipos:

- Una norma que ordene que el estado de cosas desaparezca.
- Una norma que permita que el estado de cosas desaparezca.
- Una norma que ordene que el estado de cosas no desaparezca.
- Una norma que permita que el estado de cosas no desaparezca.

Desde este punto de vista, es decir, el de sus condiciones de aplicación, las normas pueden dividirse en categóricas e hipotéticas, al respecto el multicitado autor señala:

“...Llamaremos a una norma (que no sea una regla ideal) categórica si su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición.

Llamaremos a una norma (que no sea una regla ideal) hipotética si su condición de aplicación es la condición que ha de cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y ninguna otra condición...”<sup>111</sup>

De este modo, en las normas categóricas, la condición de aplicación se encuentra dada por su contenido, es decir, por aquello que permite, prohíbe o manda, de tal forma que su condición de aplicación es igual a su contenido.

---

<sup>111</sup> Ibídem p. 91.

Por ejemplo, una orden que exija cerrar una puerta.

Por otro lado, en relación con las normas hipotéticas, su condición de aplicación no puede derivarse exclusivamente de su contenido, sino que ha de mencionar en su formulación su condición.

Por ejemplo, una orden que ordene cerrar una determinada ventana sí empieza a llover.

#### **2.6.4. Autoridad.**

Por lo que se refiere a este concepto, anteriormente lo definimos como aquel agente que da o emite una norma, es decir, el que permite, ordena o prohíbe a determinados sujetos ejecutar u omitir la ejecución de determinadas acciones en determinadas ocasiones.

De esta manera, comprendemos que la autoridad es el sujeto, sea individual o colectivo, facultado, por razón de poder, para emitir y hacer cumplir, aún por fuerza de coacción, una norma.

Así, en relación con la autoridad y con respecto a la condición de aplicación, distinguimos los siguientes tipos de normas:<sup>112</sup>

- Teonómicas, son aquellas provenientes de una autoridad suprema (divina).
- Positivas, son las que emanan de una autoridad empírica/humana que derivan de la acción normativa.

En relación con éstas surgen dos sub-especies a saber:

---

<sup>112</sup> Ver Idem.

- Emitidas por un agente personal, es decir, un individuo humano que actúa por *motu proprio*.
- Emitidas por un agente impersonal, idea asociada con una autoridad que ostenta un cargo, es decir, al poseer un cargo, la autoridad necesariamente ha de ceñirse a determinadas obligaciones y facultades, por lo cual sus normativas deben apagarse a lo que dichas obligaciones y facultades le impongan, así, su labor normativa es indirecta o impersonal.

### **2.6.5. Sujeto.**

Por sujeto normativo se comprende al agente o conjunto de agentes a los cuales se dirige la prescripción, es decir, aquellos a quienes se prohíbe, permite u obliga realizar una determinada acción u omisión, por lo tanto podemos afirmar que: “hay tantas clases de sujetos de normas, como clases de agentes capaces de acción humana”.<sup>113</sup>

Ahora bien, retomando estas ideas el autor comentado formula una nueva distinción entre las normas a saber:<sup>114</sup>

- Particulares, en relación con el sujeto, una prescripción será de esta clase, cuando se dirija a un individuo en específico.
- Generales, lo serán cuando vayan dirigidas ya sea a todos los hombres sin distinción, o bien, a todos los hombres que cubran una determinada descripción o característica, por ejemplo, todos los menores de veinte años.

---

113 Ibídem p. 93.

114 Ver Ibídem p. 94.

Es importante destacar que existen algunos supuestos en los cuales se formulan mandatos de forma indirecta a un grupo determinado de individuos, en los cuales se considera a dicho grupo de individuos como un único sujeto normativo ya que la estructura disyuntiva del mandato los integra como tal, es decir, la prescripción adopta una forma particular que se dirige a una colectividad, a la cual como tal, se le ordena la realización de un acto determinado.

Por ejemplo, una norma proveniente de un sindicato que ordena a sus miembros trabajadores entrar en estado de huelga.

De este modo, veremos que la obligación se impone al grupo de individuos entendidos como unidad y no como entes independientes, es decir, el mandato es dirigido a la colectividad, no a sus integrantes individualmente considerados.

#### **2.6.6 Ocasión.**

Este elemento de la norma, estudiado desde el ámbito de las prescripciones, se comprende como el lugar o momento en el tiempo, en el cual debe ser ejecutado el mandato o permisión, o en su caso, inhibida la ejecución del contenido prohibido.

Con relación al mismo, también hallamos las siguientes clasificaciones:<sup>115</sup>

- Normas particulares, son las prescritas para cubrir un requerimiento en un momento específico y sin continuidad, o bien, cuando aquellas cuya aplicación será demandada exclusivamente en un número finito de momentos.

---

<sup>115</sup> Ver *Ibidem* p. 97.

- Normas generales, serán de dicho tipo, cuando se formulen para ser aplicadas en un número ilimitado momentos. Respecto a ellas, tenemos las siguientes sub-especies:
  - Conjuntivas, cuando se ordena o se permite la realización de su contenido en cada una de las ilimitadas ocasiones.
  - Disyuntivas, cuando se ordena o se permite la realización de su contenido en por lo menos alguna de las ilimitadas ocasiones.

## **CAPITULO TRES.**

### **ASPECTOS GENERALES DE LA RETORICA.**

#### **3.1. Concepto de retórica.**

El uso y particular enfoque que inviste el término retórica en la teoría sustentada por Chaim Perelman, obliga formular un análisis de su contenido, estructuras y elementos, pues, como se verá, la catapulta como componente clave en el desarrollo de su teoría argumentativa, reformulándola para, de ese modo, adaptarla a las necesidades filosóficas y jurídicas contemporáneas.

Por esta razón consideramos vital establecer el significado y mecanismos que desde la antigüedad posee, para posteriormente revisar su reformulación bajo el contexto de la teoría mencionada.

Al respecto, debemos recordar que la nueva retórica enlaza de forma casi obligada las estructuras lógicas con las figuras y mecanismos existentes en la retórica tradicional, por lo cual creemos necesario iniciar nuestra exposición esbozando las principales características de ésta última.

Así, a modo de preámbulo, remontamos dicho concepto a los albores de la cultura griega en el siglo V a.c., para lo cual, en semejanza con las nociones esgrimidas en los capítulos anteriores, estudiamos su significado desde una perspectiva etimológica, esto es, encumbrándonos al concepto *rethorike techne*, cuyo contenido infiere la idea del arte oratorio, o, en una acepción antiquísima, al término griego *rethos*, que significa palabra.

#### **3.1.1. Visión Clásica.**

Como precisamos, decidimos dedicar el presente aparatado al estudio de la retórica desde una concepción prístina, con el fin de dilucidar y comprender en lo

posible la conexión que ésta tiene con la teoría argumentativa sustentada por Perelman.

De esta manera, retomaremos algunas ideas y conceptos esgrimidos en las ciudades democráticas de la antigua Grecia, y desde luego Roma, por autores tales como Platón o Cicerón.

Lo expuesto así, toda vez que la actividad de persuadir se ha constituido a lo largo de la historia como una labor dependiente en el proceso evolutivo de la civilización, es decir, como medio inherente en el desarrollo de la comunicación y de las relaciones humanas.

En este sentido, Jesús González Bedoya, en la parte introductoria al Tratado de la Argumentación. Nueva Retórica de Perelman, comenta:

“...El desarrollo en nuestro mundo actual de sociedades democráticas, intensa y progresivamente intercomunicadas en lo informativo, lo político y lo económico, hace que, como en la Grecia clásica, se despierte en ellas con fuerza la necesidad y el interés por la retórica...”<sup>116</sup>

De este modo, observamos que el florecimiento de dicha materia se presenta ante la expansión y advenimiento de la democracia en Grecia, pues el desarrollo de la *polis* y la consecuente participación de los ciudadanos en las decisiones políticas de las mismas, proporcionó campo fértil para la realización de debates inclusivos en los cuales se expresaban no sólo las necesidades sino también los ideales de los miembros de éstas.

Así, la actuación, el desempeño y la capacidad del orador para conseguir la adhesión del foro a determinadas pretensiones, generalmente de contenido jurídico,<sup>117</sup> se transformo en vital.

---

116 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 8.

117 Ver Reyes, A., *La crítica en la edad Ateniese, la antigua retórica*, Obras Completas, Tomo XXIII, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 369.

De esta forma, como lamentablemente Platón deja ver en su diálogo denominado como Gorgias o de la Retórica, los practicantes de la misma ocupaban la mayor parte de su discurso en el empleo de estructuras ornamentales que dejaban de lado el fondo de sus pretensiones.<sup>118</sup>

En esta tesitura, Platón, escribe:

“...Añado, que no es un arte, sino una rutina, tanto más cuando no tiene ningún principio cierto tocante a la naturaleza de las cosas que ella propone, y que pueda servirla de guía...”<sup>119</sup>

Como vemos, para el autor comentado, la retórica no brinda características suficientes que permitan concebirla como una *techne*, es decir, como una disciplina a través de la cual la construcción de nuevo conocimiento es asequible, ya que, en su perspectiva, exclusivamente dota con elementos subjetivos, sean sentimientos o antipatías, las disertaciones.

En este sentido, reduce su funcionalidad a un mero instrumento de persuasión, empleado de modo indiscriminado, caracterizado por ser: “...cierta profesión en la que el arte no entra para nada, pero que supone en el alma un tacto, audacia y grandes disposiciones naturales para hablar con los hombres. Lo llamo adulación...”<sup>120</sup>

En otro orden de ideas encontramos a Cicerón, quien propugna por la tecnificación del discurso oratorio como un mecanismo de adhesión del auditorio a través de la lógica y la elocuencia, cuyo contenido apela no sólo al sentimentalismo o antipatía el tema debatido, sino que, sustentado sobre las estructuras del razonamiento, permite el convencimiento.<sup>121</sup>

---

118 Ver Platón, “Georgias o de la Retórica”, *Diálogos*, 19ª Edición, Porrúa, México, 1981, pp.143 – 204.

119 *Ibíd*em p. 156.

120 *Ibíd*em p. 154.

121 Nos parece vital hacer notar que el pensamiento de Cicerón se basa fundamentalmente en los estudios formulados por Aristóteles en relación con este tema, sin embargo, creemos que la retórica expuesta por el primero de los mencionados es

Es importante señalar que los discursos sustentados por el afamado jurista romano se caracterizaban por entrañar una técnica argumentativa extremadamente teatral, por lo cual, las figuras expuestas por el mismo, refieren a recursos de estilo y ornamentación en el uso del lenguaje.

No obstante, un componente rescatable, en relación con su teoría, es la reconstrucción de los elementos aristotélicos del discurso que formula, para definirlos como:<sup>122</sup>

*Exordium*; parte del discurso en la cual se formula la introducción o planteamiento inicial.

*Narratio*; exposición de los hechos que acompañan y fundamentan la deserción.

*Partitio*; punto en el cual, mediante la contrastación de hechos, el orador busca probar su dicho.

*Confirmatio*; parte en la cual, sentado el posicionamiento del orador en relación con el tema controvertido, procede a sustentar su argumentación.

*Confutatio*; punto en el que, el orador, refuta las manifestaciones sustentadas por su contraria.

*Conclusio*; también denominada como peroración, parte del discurso en la cual, superada la confrontación, se invita al auditorio a adherirse a los argumentos expuestos por el orador.

Así, observamos que para el autor comentado, la retórica se torna como una herramienta de la elocuencia por medio del bien decir, cuyo objeto se resume en el convencimiento del auditorio, a través de dos medios inseparables:<sup>123</sup>

---

una degradada, que se caracteriza por un enorme contenido teatral, por lo cual, decimos exhibirla con antelación al pensamiento aristotélico.

<sup>122</sup> Para un mejor entendimiento, invitamos al lector a revisar el apartado 3.1.2 denominado como *Aristóteles y la retórica* del presente capítulo.

- La teatralidad o elocuencia.
- La razón o lógica.

### **3.1.2. Aristóteles y la retórica.**

Como señalamos con anterioridad, la concepción griega de la retórica se circunscribió esencialmente al desarrollo de una *techne*, es decir, la construcción de una ciencia, en la medida de lo posible, relacionada con el perfeccionamiento del uso de la lógica en el discurso público.

De esta forma, buscó un alejamiento de los elementos emotivo-emocionales que caracterizaban a la materia en sus albores, cuya funcionalidad consistía en servir como medio de adhesión del público a una tesis determinada.

Bajo esta tesitura, Aristóteles instituyó a la retórica como aquel dominio de los medios necesarios para ganar el apoyo de los oyentes, ya sea mediante el convencimiento o la persuasión.<sup>124</sup>

Para dichos fines, distingue:

- La personalidad del orador.
- La capacidad de convencimiento del orador.
- El don de exponer el argumento como algo verdadero o probable.

De esa manera, el orador, no sólo debe apelar a sentimentalismos o cuestiones de estilo para la construcción de su disertación, sino que, además, debe proveerse de

---

123 Ver Cicerón, *De la partición Oratoria*, 2ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

124 Ver Aristóteles, *Retórica*, trad. Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1994.

un equilibrio sustentado sobre el conocimiento del tema que ha de exponer y, a mayor abundamiento, en relación con el empleo de la lógica en su argumentar.

Así, en el proceso de disertación, el mismo ha de procurarse herramientas que le permitan la adhesión de su foro, esto es, en ideas Aristóteles, el ejemplo o el entimema, con los cuales podrá allegarse de argumentos, ya se en favor o en contra, que le permitirán asociar la idea de probabilidad ante dicho foro.

Al respecto, es importante decir que la elección del entimema o del ejemplo como medios de persuasión, será única y exclusiva del orador, ya que la misma se encuentra íntimamente ligada con su capacidad de convencimiento.

Por lo anterior, la función de la retórica se da en relación con la inexistencia de certeza ante la realización de un determinado hecho, esto es, surge como medio de resolución frente a la carencia de elementos objetivos que sustenten la realización de éste, por lo cual, se expone como un medio de persuasión probabilístico.

En este sentido, podemos distinguir dos tipos de pruebas a saber:<sup>125</sup>

- Las pruebas técnicas o no pertenecientes a la retórica (personalidad, capacidad de convencimiento y el orden lógico de la argumentación).
- Las pruebas extra técnicas, es decir, aquellas que no forman parte del discurso por existir de ante mano, tales como las leyes, los testigos, los contratos, etc.

De esa manera, la retórica se transforma en una figura que teoriza la facultad de convencer, es decir, se instituye como un método por virtud del cual se analizan

---

<sup>125</sup> Ver Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Op. cit. p. 252.

lógicamente los razonamientos planteados para conseguir la adhesión del público a una determinada tesis en un caso concreto.

Así, su quehacer no constriñe en revisar veracidad de las proposiciones en el discurso, sino como detonador eficiente en la acción del ser.

En este sentido, Dehesa Dávila, escribe:

“...La relación de la retórica con la lógica es más estrecha, es esencia, ya que no puede concebirse el planteamiento de cualquier argumento (en forma oral o escrita) que escape al imperio del lenguaje, y éste es la razón de ser de la retórica...”<sup>126</sup>

Aunado a lo expuesto, esta herramienta permite armonizar las opiniones más dispares a través de un sistema de referencias comunes, es decir, partiendo de tópicos o puntos concretos conocidos por los dos extremos en el foro, esto es, el auditorio y su locutor.

Al respecto, Manuel Atienza, apunta:

“...La retórica es un *ars inveniendi*, un procedimiento de búsqueda de premisas que, en realidad, no termina nunca: el repertorio de tópicos siempre es necesariamente provisional, elástico. Los tópicos deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas...”<sup>127</sup>

Por último, y como consecuencia de la evolución y paulatino crecimiento de dicha herramienta, se hizo necesaria la formulación de una clasificación de los tipos de discurso, dentro de la cual hallamos:<sup>128</sup>

---

126 Dehesa Dávila, G., *Introducción a la retórica y la argumentación, Elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*, 4ª Edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007, p.45.

127 Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Op. cit. p.54.

128 Ver Beristáin, H., *Diccionario de retórica y poética*, 8ª Edición. Porrúa, México, 2001, pp. 426 y 427.

- Judicial; modelo empleado ante los jueces de un tribunal, a quienes se pretende adherir a la pronunciación de un veredicto a favor de alguna de las partes en el proceso, se desarrolla por medio del entimema.
- Deliberativo; utilizado en un medio político, cuya finalidad consiste en persuadir a un grupo en favor de una acción futura que el orador aconseja o desaconseja.
- Demostrativo; también conocido como laudatorio, se formula para alabar o desacreditar una cosa, persona o situación, con el fin de adherir al foro respecto de dicha opinión.

Cabe señalar que las especies antes aludidas no son limitativas, es decir, todo discurso puede contener elementos correspondientes a los otros dos tipos, especialmente cuando la extensión del mismo permite la inserción de divagaciones.

### **3.1.3. Partes del discurso.**

A la par de lo expuesto, Aristóteles se dio a la tarea de desarrollar en forma específica todas y cada una de las partes que constituyen al discurso en la oratoria, las cuales de manera general reseñaremos en el presente apartado:<sup>129</sup>

- *Inventio*; en esta etapa observamos la formación del discurso, que se realiza mediante la elección de ideas, argumentos y demás recursos de persuasión que se emplearán en el mismo; ésta se constituye como una etapa eminentemente creativa.

---

129 Ver Aristóteles, *Retórica*, Op. cit. p. 173.

- *Dispositio*; se organizan de manera formal los elementos seleccionados en la *inventio*, con la finalidad de instaurarlos a favor de la consecución de la adhesión del auditorio.

- *Elocutio*; etapa de perfeccionamiento de los argumentos desde un punto de vista estrictamente estético, se desarrolla con la finalidad de conseguir un impacto psicológico en el público.

- *Actio*; constriñe a la disertación del discurso por parte del orador al foro.

Como apreciamos, las partes constitutivas de dicho modelo contemplan su exacción desde la formulación y elección de las ideas hasta su exposición ante el público con el afán de convencer, desarrollando todas esas pautas con la finalidad no sólo demostrar lógicamente la tesis, sino también el de impresionar a sus espectadores.

Así, notamos que, para Aristóteles, la capacidad discursiva del orador si bien no se instaura como central, si juega un papel vital en la disertación, cosa que, como veremos adelante, se deja de lado con el desarrollo de la nueva retórica.<sup>130</sup>

No obstante, vemos que en el pensamiento aristotélico se destierra del campo retórico, eminentemente el judicial, la existencia de emociones o artes teatrales, pues propugna centrar el discurso en el contenido de las leyes, los tópicos y esencialmente en el análisis de las situaciones que permean el caso concreto.

Lo anterior significa que, las partes en pleito, necesariamente han de delimitar su actuación al estudio de la litis, ya que a ellas no competen nada que vaya más allá del escenario planteado ante el tribunal, en virtud de que la decisión referente a lo justo o injusto, a lo pertinente o impertinente, compete en exclusiva al juez y no, como con anterioridad se proyectaba, a las partes.

---

130 Ver Idem.

Así, la retórica clásica desempeña el papel de herramienta por medio de la cual se consigue la anuencia del juez, no acerca de la justicia o injusticia de la aplicación de una determinada norma, sino en relación con la certeza de los hechos puestos a su consideración y la forma en la cual, por lo tanto, debe ser emitido el veredicto.

### **3.2. Lo racional y lo razonable: el silogismo y el entimema.**

En el capítulo anterior examinamos desde una perspectiva meramente lógica el contenido de las figuras denominadas como silogismo y entimema, por lo cual en el presente apartado abordaremos su análisis desde nuestra perspectiva de pertinencia en el desarrollo de un discurso sustentado sobre las bases de la nueva retórica.

Al respecto, iniciamos recordando las definiciones que aportamos en relación con los conceptos de silogismo y, desde luego, entimema:

- Silogismo: "... (es) una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas preposiciones, se concluye necesariamente una proposición diferente de las proposiciones admitidas, mediante el auxilio de estas mismas proposiciones..."<sup>131</sup>
  
- Entimema: es un tipo de silogismo simplificado que omite de forma voluntaria la exposición de una premisa o de la conclusión, por considerarla sobre entendida.

Hecho lo anterior, debemos analizar los conceptos de razón, racional y razonable, para estar en posibilidad de ajustar a cada uno de estos conceptos, cada una de las figuras arriba expuestas.

---

<sup>131</sup> Aristóteles, *Tratados de lógica*, El órganon, Op. cit. p. 94.

En este orden de ideas, definimos a la razón como aquella facultad que permite conceptualizar, juzgar, ordenar, relacionar y estructurar el conocimiento, es decir, aquello que en palabras de Luis Recaséns Siches, se comprende como: "...toda acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad, por medio de la cual topamos con lo trascendente...".<sup>132</sup>

Como observamos, la razón puede ser concebida como una facultad, es decir, como la aptitud o capacidad que un individuo posee en relación con la realización de una operación mental, la cual a su vez, como facultad, puede adoptar las siguientes formas:<sup>133</sup>

- Como medio para captar las verdades que se ofrecen a nuestra mente como evidentes.
- Como cálculo que, partiendo de algunas premisas asumidas como verdaderas, concluye analíticamente las consecuencias de las mismas, calificándolas con el mismo grado de certeza.
- Como capacidad intrínseca, que permite conocer la naturaleza de las cosas y, de esta forma, extraer las leyes generales que las gobiernan.<sup>134</sup>
- Como aptitud de establecer y prescribir los medios para obtener un determinado fin.

---

<sup>132</sup> Recaséns Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Op. cit. p. 130.

<sup>133</sup> Ver Bobbio, Norberto. "La Razón en el Derecho, Observaciones Preliminares", trad. Alfonso Ruíz Miguel, *DOXA*, No. 2, 1985, pp. 17 – 26 [en línea] <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2\\_2.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2_2.pdf)> [Consulta: 20 agosto de 2013].

<sup>134</sup> Respecto de esta forma, como hicimos referencia en el capítulo anterior al hablar de los tipos de norma, rechazamos la idea de que a través de la observación de un estado de cosas se deduzcan leyes naturales, toda vez que la descripción de dicho estado es momentánea y ante la inherente evolución del mismo, es imposible establecer relaciones necesarias por lo que a éste respecta. Ver Von Wrighth, G.H., *Norma y Acción*, Op. cit.

En este sentido y teniendo en cuenta dichas formas, podemos decir que el proceso de la razón debe fundamentarse sobre la existencia de un lenguaje que, a su vez, permita al sujeto la concatenación de hechos con conceptos y viceversa, pues exclusivamente por medio del lenguaje tiene lugar la construcción del conocimiento.

Bajo esta tesitura, y al instituir al lenguaje como la fuente necesaria para la generación y transmisión del conocimiento, debemos aceptar que éste se halla impregnado por los valores y las virtudes que, dentro de la comunidad a la cual pertenezca el sujeto objeto de la acción comunicativa, son fomentados.

Así, concluimos que la razón se halla ligada a los sujetos no únicamente comprendidos en su individualidad, sino también como parte de una colectividad, pues cualquier valor aceptado por dicha comunidad necesariamente ha de aprobar un examen formulado de manera interna por cada uno de los sujetos que la conforman.<sup>135</sup>

No obstante lo anterior, la razón no nos brinda, ni como concepto ni como operación, una respuesta en lo que toca al uso del silogismo o del entimema en la argumentación, pues su funcionalidad en ésta deriva de la relación existente entre lo racional y lo razonable; de tal forma que, en palabras de Manuel Atienza: "...El concepto de razonabilidad o de razonable es de una importancia fundamental en la práctica y en la teoría de la argumentación jurídica...".<sup>136</sup>

Por esta razón estudiaremos en términos de la teoría de la argumentación, en nuestro específico caso por lo que toca a la nueva retórica, el contenido de lo racional y lo razonable.

---

135 Ver *Auditorio Interno* en este mismo capítulo.

136 Atienza, M., "Para una razonable definición de razonable", *DOXA*, No. 4, 1987, pp. 189 – 200 [en línea] <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4\\_13.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_13.pdf)> [Consulta: 15 agosto de 2013].

Por lo que respecta a dichos conceptos, nos parece importante iniciar distinguiendo dos cuestiones importantes:

- La existencia de estas nociones como conceptos jurídicos indeterminados.
- La comprensión de estos conceptos como binomios que se contraponen en función de su objeto, constreñido éste a la resolución de casos difíciles (hard cases).

En este sentido debemos puntualizar que el sustento de dichos conceptos como un binomio, es decir, como elementos que se comprenden en conjunto, lo referimos a la existencia de dos tipos de conflictos jurídicos a saber, casos fáciles o casos difíciles, en donde exclusivamente se puede hacer mención de lo racional y lo razonable partiendo de situaciones reconocidas como de difícil solución, sea que esta derive de cuestiones netamente semánticas o de cuestiones relacionadas con la interpretación de normas, es decir, de una clasificación entre casos sujetos a solución oficial informada o abiertos para solución posterior.<sup>137</sup>

Bajo la tesitura antes mencionada, por lo que toca al concepto de racional, lo comprendemos como aquel tipo de resolución que se alcanza en virtud del seguimiento de reglas previamente establecidas por el legislador, es decir, por medio de una clara solución oficial informada, en donde la misma es, dadas sus características, previsible.

De esta forma lo racional se caracteriza por:<sup>138</sup>

---

137 Por razones eminentemente metodológicas los temas referentes a la definición y distinción entre casos fáciles y casos difíciles no serán abordados en la presente exposición, sin embargo, para fines del presente, damos por sentada su existencia toda vez que se parte de su distinción para sustentar nuestras ideas. Ver Atria, F., "Del derecho y el razonamiento jurídico", *DOXA*, No. 22, 1999, pp. 79 – 117 [en línea] <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22\\_04.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_04.pdf)> [Consulta: 15 agosto de 2013].

138 Ver Idem.

- Unión a un modelo eminentemente técnico.
- Apego a las ideas de verdad, coherencia y eficacia.
- Previsibilidad.

Por otro lado, por lo que respecta a la idea de lo razonable, creemos importante apuntar que dentro de la doctrina pueden encontrarse diversas maneras de comprender su contenido, destacando aquellas que formulan su distinción sustentada bajo los siguientes parámetros:

- Criterio de variabilidad; considera que la razonabilidad se estatuye como el límite de cualquier argumentación jurídica en general, esto es, propugna por una definición de lo racional en función de la sociedad y el momento histórico en el cual se enuncia la misma.<sup>139</sup>

De esta manera, y sumado a las nociones de auditorio que más adelante se abordaran en este mismo capítulo, diremos que el discurso se dirige a un número indeterminado de sujetos considerados como racionales, por lo cual, cualquier argumento o tesis que se esgrima frente a éstos, ha de cumplir con este mínimo requisito para ser expuesto, es decir, deberá ser racional.

Bajo esta óptica, concluiremos que lo razonable tendrá su límite en el acuerdo formulado por el propio auditorio.

- Criterio de valor funcional; bajo esta tesis, eminentemente lógica, lo que se ha de entender como razonable, dependerá del estudio de cada caso en particular.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Ver Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Op. cit.

<sup>140</sup> Ver McCormick, N., *Practical reason in Law and morality*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

De tal suerte, lo razonable será comprendido como tal, de conformidad con las circunstancias del asunto y, exclusivamente, a través de inferencias de orden lógico, transfiriendo el límite no a las peculiaridades del mismo, sino a la viabilidad lógica de la solución dada a éste.

No obstante, los parámetros revisados, en ambos casos observamos que el fondo de la cuestión radica en hallar ¿Qué fin se persigue a través de la razonabilidad?

Al respecto, Manuel Atienza, dice:

“...Entre ambos autores (MacCormick/Aarnio) hay un acuerdo de fondo en cuanto a que haya de entenderse por razonable, pero me parece que cabría afirmar que mientras que MacCormick enfatiza la necesidad de buscar un equilibrio entre exigencias contrapuestas, Aarnio se centra sobre todo en la necesidad de que la decisión logre aceptabilidad o consenso...”<sup>141</sup>

En este sentido, compartimos las ideas plasmadas por Aarnio, pues la razonabilidad debe apelar a la consecución de la adhesión o convencimiento del auditorio ante el cual se desahoga el debate, sin que el equilibrio de las exigencias trascienda como punto central.

Lo anterior, toda vez que la finalidad de la nueva retórica no debe circunscribirse como mecanismo de armonización del discurso ya que, de dicho modo, se expondría a la vulgarización de su función.

Así, por lo que se refiere al universo jurídico, toda cuestión razonable resulta aplicable a los siguientes objetos:<sup>142</sup>

- Un enunciado jurídico; donde lo razonable se establece sobre la solución aceptable que brinda la norma a un caso concreto.

---

<sup>141</sup> Atienza, M., *Para una razonable definición de razonable*, Op. cit. p.191.

<sup>142</sup> *Ibíd*em p. 192.

- Un agente jurídico; respecto del cual lo razonable se plasma como la aceptabilidad en el ejercicio de la función que el sujeto desempeña.
- Un acto de interpretación; en el cual lo razonable surge como producto de la actividad de proponer o establecer decisiones a determinados casos, sea que surja de:
  - o Un enunciado utilizado para decidir un caso.
  - o Un enunciado que se el resultado de la decisión de un caso.

De este modo, cualquier cuestión sometida a controversia puede solventarse, en términos de razonabilidad, desde dos perspectivas generales:

- En un sentido estricto; donde la razonabilidad se refiere a la aplicación de la norma en términos rigurosamente racionales, es decir, situaciones en las cuales los parámetros establecidos por el legislador para solventar el caso concreto resultan como los de mayor aceptabilidad ante el auditorio.
- En un sentido amplio; desde la cual lo razonable será un límite o criterio general que afecte tanto las decisiones propiamente razonables como aquellas que son racionales, es decir, casos difíciles en los cuales se apela al auditorio para obtener su adhesión a una decisión.

De esta manera, dividiremos las decisiones jurídicas en tres tipos:

- Las razonables, pero no estrictamente racionales.
- Las razonables y estrictamente racionales.
- Las no razonables, sean o no estrictamente racionales.

Así, una decisión jurídica será razonable si y sólo si:<sup>143</sup>

- Se toma en situaciones en las cuales no sería aceptable adoptar una decisión racional.
- Constituye, aunque no como finalidad, un equilibrio entre exigencias contrapuestas.
- Es aceptable para el auditorio al cual se dirige.

De este modo, la decisión razonable remite a la idea de justificación externa del Derecho, tal como la hemos estudiado en el segundo capítulo de la presente exposición, es decir, como el cúmulo de criterios de valor político o moral cuyo origen meta-jurídico los posiciona como razones externas y que por tanto justifican y permiten el equilibrio de las pretensiones hechas valer frente al auditorio.

De tal forma, toda decisión jurídica difícil, deberá apelar a lo estrictamente racional, bajo las siguientes condiciones:<sup>144</sup>

- Respetar las reglas de la lógica deductiva.
- Respetar los principios de racionalidad práctica.
- Adopta la utilización de fuentes del Derecho de carácter vinculante.
- Evita la fundamentación sobre criterios meta-jurídicos sin soporte, cuando menos genérico, en el ordenamiento jurídico.

---

143 Cfr. *Ibídem* p. 193.

144 Cfr. *Idem*.

De esta manera toda decisión jurídica fundamentada sobre bases estrictamente racionales, derivará de una operación eminentemente deductiva, de tal forma que será objeto de calificación bajo los parámetros de la lógica, toda vez que a través de ésta, se puede valorar la validez de las normas relacionadas con el caso concreto.

Por otro lado, toda decisión jurídica motivada sobre aspectos razonables deberá ser plasmada mediante una operación de tipo dialéctica en términos estrictamente aristotélicos, es decir, de retórica, ya que al referirse a cuestiones discutibles, su escrutinio puede prescindir de ésta o aquella premisa e inclusive conclusión, para llegar a su fin.

Bajo dicha tesitura, lo racional se puede colegir desde una figura lógica como lo es el silogismo, en el cual, las premisas se formulan como inmutables, toda vez que entre la conclusión y éstas existe una relación dependiente.

Mientras que, lo razonable, es decir, lo que bajo ciertas circunstancias puede ser o es viable, se adapta en forma precisa con la figura del entimema, pues al permitir la omisión intencionada, ya sea de una premisa e incluso de la conclusión, se faculta y a la vez obliga al receptor del discurso, a formular sea una conclusión, sea una premisa que complemente el razonamiento.

Así, una de las formas típicas que se emplea en la retórica, e incluso, en la nueva retórica, es el entimema, ya que sus características de independencia y mutabilidad, permiten el arribo a conclusiones, en relación con temas controversiales, que inducen la adhesión del auditorio que las recibe.

Por último, parece importante destacar la existencia de un tercer concepto de interés para el desarrollo del tema, denominado por Manuel Atienza como lo más razonable,<sup>145</sup> respecto del cual escribe:

“...Hay, pues, que seguir planteando el problema de cual de las dos soluciones es la razonable, o la más razonable; o, si se quiere, cual de las dos soluciones logra un mejor equilibrio entre exigencias contrapuestas...”<sup>146</sup>

Como se observa, Atienza da pauta para la existencia no sólo de una, sino de diversas soluciones jurídicas a través de las cuales puede ser resuelto un determinado conflicto de intereses, dejando abierta la misma al campo de la interpretación encaminada al mayor grado de “aceptabilidad” por parte de la comunidad.

En este sentido el citado autor, siguiendo la línea argumentativa sustentada por Weinberg, comenta que dada la aceptabilidad de dos diferentes soluciones jurídicas por parte de la comunidad, se debe apelar al consenso como directriz y guía en el momento de la resolución. Dicho consenso puede observarse desde dos sentidos:

- Consenso fáctico; hecho por virtud del cual una decisión resulta aceptada por la comunidad.
  
- Consenso ficticio o ideal;

Así, lo más razonable puede comprenderse a la luz de la teoría de Perelman, como la adhesión ya sea por medio de la persuasión, en tratando de consenso fáctico, o por medio del convencimiento, en lo que toca al consenso ideal.

---

145 Al respecto, debemos hacer hincapié en nuestro rechazo de la teoría conocida como de la respuesta correcta, según la cual todo sistema jurídico se halla en posibilidad de proporcionar una única respuesta a cada problemática que se discierna bajo su luz, ya sea apelando a construcciones meta jurídicas como el juez Hércules, o el establecimiento de sistemas normativos cerrados. Ver Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Op. cit.

146 Atienza, M., *Para una razonable definición de razonable*, Op. cit. p. 196.

Sin embargo, pensamos que esta noción, no debe confundirse con la idea de que una opinión mayoritaria hace las veces de una opinión razonable, pues hipotéticamente hablando, podría darse el caso en el cual una opinión mayoritaria no representare los intereses de la razonabilidad, pues una mayoría no siempre expone la razón, así como la razón tampoco constriñe necesariamente a la mayoría.

### **3.3. La Nueva Retórica.**

En los anteriores apartados analizamos el desarrollo y contenido de la retórica desde la visión elaborada en la antigüedad por autores como Aristóteles y Cicerón, cuyas obras, hoy día consagradas, son consideradas como lecturas básicas en lo que toca al estudio del tema.

Partiendo de esta base, en el presente apartado revisaremos las ideas expuestas por Perelman al respecto, con la finalidad de establecer cuáles son las diferencias y similitudes, en caso de haberlas, que dicho autor guarda en relación con sus antecesores, así como revisar las nuevas concepciones y toques específicos que matizan su percepción en concordancia con el tema.

Iniciemos recordando que en los albores de las culturas griega y romana, la retórica se instituyó como un medio de especial importancia en la labor de convencimiento realizada por los jurisconsultos y demás autoridades de orden político en el desempeño de sus actividades, convirtiéndose, un poco más tarde, en una simple materia dedicada al estudio de las figuras de estilo del discurso público, para terminar por ser desplazada en el campo de la enseñanza actual.

Bajo esta tesitura, Perelman, retoma su estudio con la finalidad de instituirlo como primordial en el desarrollo de la argumentación pues, a su entender, las figuras y herramientas expuestas en su seno fungen un papel vital para la consecución del

consenso en el dialogo humano referente a temas incontrastables con la realidad, es decir, cuestiones que no cumplen con requisitos para ser demostrados de forma irrefutable o cuando menos plausible.

Al respecto, Gerardo Dehesa Dávila, apunta:

“...Lo que Perelman ha pretendido con su tratado, inspirado en la retórica y dialéctica griegas, es una ruptura con la concepción cartesiana de la razón y el razonamiento, hegemónica en la filosofía occidental hasta el día de hoy...”<sup>147</sup>

Como vemos, la finalidad perseguida por el autor comentado, es abrir un espacio dentro de la filosofía moderna para el razonamiento y argumentación sustentada sobre la retórica.

De este modo, Perelman, partiendo de la definición esbozada por Aristóteles, expresa:

“... (La retórica) tiene por objeto el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentamiento...”<sup>148</sup>

Así, establece a la retórica como una técnica caracterizada por los siguientes elementos:

- Intención de persuadir por medio del discurso.

En relación con ésta, debemos pensar que la formulación del discurso retórico se apoya en todo momento del uso del lenguaje, sea mediante el debate o la controversia, para conseguir el apoyo del público al que dirige su tesis.

---

147 Dehesa Dávila, G., *Introducción a la retórica y la argumentación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3ª Edición, México, 2006, p. 70.

148 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 139.

De este modo, los participantes en el dialogo, deben recurrir al previo acuerdo sobre el significado, contenido y alcance de las palabras que son emitidas en el mismo, con la finalidad de lograr acuerdos en relación con el tema.

Así, cualquier elemento discursivo que con exclusivo sustento en la experiencia, la violencia o la complacencia procure la consecución de dicho fin, será ajena a su objeto.

La anterior idea constituye el primer límite con el que se topan los elementos lingüísticos en la nueva retórica para desarrollar sus discursos, es decir:

- La experiencia; de acuerdo con este límite la argumentación sujeta a las reglas de la nueva retórica no puede emplear elementos basados sobre la práctica para conseguir la adhesión del auditorio, pues su viabilidad radica en la estructura incontrastable de su objeto.
  - La violencia; la deformación experimentada por la retórica a lo largo de la historia, hace necesario establecer una exclusión de recursos extra racionales como herramientas de adhesión, de tal forma que el uso de la fuerza física o el temor psicológico, no constituyen objeto de estudio dentro de la nueva retórica.
  - La complacencia; uno de los principales problemas degenerativos de la retórica en la antigüedad fue el elemento demagógico con el cual se formulaba la misma; razón por la cual, en la nueva retórica se excluyen de facto no sólo los recursos que apelan al sentimentalismo o caridad del auditorio para lograr su adhesión sino, además, de todos aquellos que por medio de la promesa buscan ésta.
- Existencia de una relación formal entre la lógica y la retórica.

Como esbozamos en el capítulo anterior, la lógica requiere de univocidad en relación con los términos y elementos que la componen, pues solo es posible revisar la validez y corrección de un determinado razonamiento, cuando dicho requisito es satisfecho.

De tal forma, en lo que respecta a la materia jurídica, es importante no olvidar que presuponer la claridad y evidencia de los conceptos empleados en el razonamiento, constituye un problema de gran relevancia, ya que la innata arbitrariedad en el manejo del lenguaje propicia la incorrecta interpretación del sentido expresado por el emisor.

De este modo, cualquier conclusión que emane de un razonamiento lógico presumiblemente carece de certidumbre real.

Así, y como medio de combate a dicha problemática, se propone el auxilio de la nueva retórica como una herramienta que discurra a propósito del sentido que se brinda a las ideas esgrimidas en un caso concreto, es decir, como el medio que armonice el contenido del lenguaje y el análisis lógico de los argumentos.

- La adhesión a una determinada tesis, en todo momento ha de ser variable.

En líneas anteriores, dijimos que la finalidad de la retórica es conseguir la persuasión del público en lo que toca a determinada tesis, ello así, dado que las premisas de las que se parte para realizar dicho objeto son, en primera instancia, incontrastables con la realidad y, además, requieren de un previo acuerdo en lo que respecta a su contenido, por lo cual sus conclusiones, evidentemente, no son contundentes.

Por lo anterior, cuando se trata de hechos y circunstancias que son subjetivamente valorados y sobre los cuales no existe evidencia alguna, es decir, ante la inexistencia de certeza y de elementos demostrativos, la única reacción que se puede esperar del auditorio es su adhesión a una determinada tesis,

adhesión que, dados los parámetros esgrimidos, será itinerante y de diferente intensidad.

Al respecto, Perelman, señala:

“...Cuando se trata de prestar adhesión a una tesis o a un valor, se puede siempre aumentar obviamente la utilidad de la adhesión, pues nunca se sabe con qué bienes o con qué valor podrá entrar en colisión en caso de incompatibilidad...”<sup>149</sup>

- La retórica se distingue de la lógica formal, por ocuparse ésta de la verdad y aquella de la adhesión.

El objeto de la lógica formal se constituye por el arribo a la verdad de las premisas que son expuestas en un determinado razonamiento, de forma tal que quien realice una operación de carácter lógico se halle en posibilidad de afirmar su corrección o incorrección.

Mientras tanto, la retórica, como herramienta en el estudio de los argumentos, se ocupa de escudriñar el grado de adhesión que se puede lograr si tales o cuales tesis son empleadas ante determinado auditorio.

Lo anterior es así, pues mientras que el reconocimiento de la verdad no depende del público al cual va dirigida la tesis, es decir, la verdad formal de un objeto será igual si se expone a éste o aquel sujeto, la adhesión de éste a la misma si se condiciona al tipo de auditorio correspondiente.

Como observamos, para el autor referido, el objeto de la nueva retórica se constituye por medio del desarrollo de la argumentación, es decir, tiene por objeto el estudio de los argumentos, por lo cual la forma en la que la misma ha de ser empleada tenderá a variar de acuerdo con:

---

149 Ibídem p. 141.

- El tipo de sujetos ante quienes ésta sea formulada (diferentes tipos de auditorio).
- La clase argumentos que han de ser utilizados.

### 3.3.1. El Auditorio.

Uno de los puntos clave en el desarrollo de la nueva retórica, se fundamenta sobre la comprensión del concepto de auditorio, según el cual la determinación del tipo de argumentos y de argumentación a emplear en la exposición de una tesis, depende directamente del tipo público al cual se dirige.

Al respecto, Perelman, apunta:

“...La noción de auditorio es central en la retórica. Un discurso sólo es eficaz si se adapta al auditorio al que se trata de persuadir o convencer... En efecto, una argumentación persuasiva convincente puede dirigirse a cualquier auditorio lo mismo si se trata de sabios que de ignorantes y lo mismo si se dirige a una sola persona, a un pequeño número o a la humanidad entera...”<sup>150</sup>

Como vemos, el concepto de auditorio, en términos del autor referido, se compone por el grupo de sujetos al cual se dirige el discurso, esto es, aquel público respecto del cual se argumenta en favor o en contra de una tesis con la finalidad de obtener su adhesión.

Así, desde este parámetro, nuestro auditorio comprende a un número indeterminado de sujetos, e incluso, en algunas ocasiones, al sujeto comprendido en sí mismo, cuando de diálogo interno se trata.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> Ibídem p. 142.

<sup>151</sup> Ver *Auditorio Interno*, en este mismo capítulo.

Es importante señalar que dicho concepto engloba a cualesquier sujeto que forme parte de la humanidad, sea que se halle en el seno de su sociedad o de forma aislada a la misma, el cual, como más adelante se analiza, puede verse limitado por un sin número de razones.

### **3.3.1.1. El Auditorio Universal.**

Hasta el momento hemos visto que la constitución del auditorio está dada por el grueso de sujetos a quienes se busca adherir a una tesis determinada, sin embargo, es necesario establecer diversos tipos de éste con la finalidad de colocar al orador en posibilidad de conseguir la mayor empatía posible con los mismos y, por tanto, lograr el mayor grado de adhesión posible.

Así, apelamos a la existencia de un denominado Auditorio Universal, el cual se integra por todos aquellos sujetos que integran a la humanidad, sin distinción alguna, sea que ésta se funde sobre criterios como interés en el tema, grado de estudio, nacionalidad, idioma, religión, edad, etc.<sup>152</sup>

En este sentido es importante destacar que el autor comentado no excluye de dicho auditorio, tal y como cotidianamente suele proponerse, a ningún sujeto, pues por el contrario, considera que cualquier individuo propenso a ser convencido a través de un discurso racional forma parte del mismo.<sup>153</sup>

Con base en lo anterior, propugna la existencia de argumentos con validez universal, es decir, plausibles para cualquier sujeto racional pues, según el mismo, desde el punto de vista teórico, existe una innata superioridad de los argumentos

---

152 Ver Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 71.

153 Ver Wintgens, L., "Retórica, Razonabilidad y Etica. Un ensayo sobre Perelman", trad. Isabel Lifante, *DOXA*, No. 14, 1993, p. 198 [en línea] <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_12.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_12.pdf)> [Consulta: 09 agosto de 2013].

que hayan de ser admitidos por todos, esto es, por un Auditorio Universal, ya que mediante éstos se dirige una llamada a la razón.

En este sentido, debemos apuntar una importante crítica formulada por diversos autores en relación con dicho concepto, consistente en la asociación que el autor hace con la idea de seres racionales, ya que para dichos críticos, pretender la aceptación de un discurso razonable por parte de un grupo de sujetos razonables, constituye un argumento ineludiblemente circular.

Al respecto, creemos que este concepto se construye de esa forma con la finalidad de establecer un criterio apriorístico de racionalidad, de tal suerte que permite albergar en éste al mayor número de sujetos posibles, pues toda persona debe considerarse razonable hasta que no se demuestre lo contrario.

Bajo la misma tesitura, Aulis Aarnio, explica que dicho Auditorio Universal se caracteriza "...como un conjunto de receptores juiciosos, pero consiste, por otra parte, en una serie de individuos no limitados previamente..."<sup>154</sup>

Así, al encontrarse compuesto por un número indeterminado de sujetos presumiblemente racionales, el Auditorio Universal, requiere que los argumentos que han de ser expresados ante el mismo envistan una estructura específica para ser acogidos por éste, la cual, naturalmente, es compatible con la de los argumentos convincentes.

Dicho conjunto de argumentos convincentes poseen la cualidad de establecerse como validos para el complejo de individuos que integran al mencionado auditorio, pues, mediante los mismos, se allega un mayor número de información de los hechos que comprenden al objeto del discurso y, gradualmente, aproximan la

---

154 Aarnio, A, et al, "¿Una única respuesta correcta?", *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p.18.

realidad empírica, alcanzando de dicho modo una correspondencia presumiblemente objetiva.

No obstante, en nuestra perspectiva, la existencia de dichos argumentos estrictamente convincentes es inverosímil en tratando de un Auditorio Universal, comprendido en los términos de Perelman, ya que con relación a éste, y recordando que el objeto de la nueva retórica se constriñe sobre elementos incontrastables con la realidad, es inaceptable su validez universal, ya sea por criterios relacionados con escalas de valores o, simple y llanamente, por razones sustentadas sobre gustos y preferencias.

En este sentido, Aarnio, dice:

“...Los juicios de valor son de distinta naturaleza. Incluso ante una audiencia universal, sólo pueden ser aceptados hasta un determinado nivel de generalidad, esto es, como no especificados, abstractos, por lo que se refiere a su contenido...”<sup>155</sup>

De este modo, el mencionado auditorio bajo ninguna circunstancia puede entenderse constituido por el universo de personas que conjugan a la humanidad, pues al rechazarse de facto la existencia de razones universales, también se debe refutar la coexistencia de un auditorio de dicho talante.

Así, pensamos que la razón para sustentar su existencia debe recaer sobre lo que denominamos como criterio de interés.

Al respecto, el interés en un discurso lo entendemos como la inexistencia de efectos directos o indirectos, mediatos o inmediatos, que se den en la figura del sujeto, quien proclive a persuasión quiere conocer la exposición de éste.

Los efectos serán entonces:

---

<sup>155</sup> Ibídem p. 20.

- Directos: La adopción o exclusión de la tesis causa un evidente detrimento patrimonial o extra patrimonial en la figura del sujeto afectado.
- Indirectos: La adopción o exclusión de la tesis causa un no evidente detrimento patrimonial o extra patrimonial en la figura del sujeto afectado.
- Inmediatos: La adopción o exclusión de la tesis causa de forma adyacente un efecto directo o indirecto en la figura del sujeto afectado.
- Mediatos: La adopción o exclusión de la tesis causa de forma discontinua un efecto directo o indirecto en la figura del sujeto afectado.

De tal forma, en nuestra óptica, el interés está delimitado por las consecuencias del debate de una tesis, por lo cual si en una determinada discusión existen efectos y éstos no son imputables al sujeto que participó en la misma, éste, por definición, formará parte del Auditorio Universal.

Por ejemplo:

“Una acción de inconstitucionalidad que verse sobre la legalización de la marihuana.”

Supongamos que nuestro sujeto no es parte en la mencionada acción, es decir, no es peticionario de la declaratoria de inconstitucionalidad ni juez en la misma y, sin embargo, por diversas razones, que en ningún caso se ligan con las consecuencias de la resolución, quiere conocer el pronunciamiento que la Corte emita al respecto.

Así, desde nuestra perspectiva, dicho sujeto formaría parte del Auditorio Universal, toda vez que siendo proclive al convencimiento y sin tener afectación alguna sea

directa, indirecta, mediata o inmediata, con la resolución, se halla interesado en el tema.

Por último, creemos pertinente aclarar que dicho interés en relación con el discurso, corresponde al gusto o disgusto que dicho sujeto tiene por participar en el debate de un tema, sin embargo, también debemos precisar que en algunos casos, como lo es de las controversias judiciales, el interés así entendido está dado por una obligación, es decir, el interés se confunde con la obligación de participar en el debate, en este caso con la obligación de aplicar justicia que tiene el juez en virtud de su jurisdicción.

Por lo anterior creemos, y de dicha forma entenderemos en lo que resta de nuestra exposición, que el Auditorio Universal se constituye por todo aquel sujeto que proclive a la adopción de una tesis por medio de la razón y que con interés, sea por gusto u obligación, conoce sobre la exposición de una determinada tesis.

### **3.3.1.2. El Auditorio Particular.**

Al respecto, y una vez que definimos los límites del Auditorio Universal, nos encontramos en posibilidad de delimitar al Auditorio Particular, respecto del cual Perelman dice:

“...La nueva retórica, al considerar que la argumentación puede dirigirse a auditorios variados, no se limita, como la retórica clásica, al estudio de las técnicas del discurso público dirigido a la muchedumbre no especializada...”<sup>156</sup>

Así, observamos que el concepto acogido por el citado autor, corresponde a un criterio de especialización que disgrega a los sujetos a quienes se dirige el discurso, de forma tal que se distinguen tantos auditorios como criterios de especialización se conciben.

---

<sup>156</sup> Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Op. cit. p.142.

En relación con esta clasificación, el concepto de interés, que en el apartado anterior fue esbozado, es intrascendente, toda vez que en un mismo caso se puede formar parte del Auditorio Particular y del Auditorio Universal a la par.

Sin embargo, valoramos importante señalar que, siempre que el sujeto sea proclive a sufrir los efectos del discurso formará parte de un tipo de Auditorio Particular, compuesto por todos aquellos sujetos interesados precisamente en los efectos del debate.

En este contexto la argumentación que debe emplear el orador, ha de corresponder con el tipo de Auditorio Particular al cual se dirige, sea que éste se forme exclusivamente de hombres o de mujeres, de economistas o abogados, etc.

Mediante esta distinción, la labor del orador se circunscribe al conocimiento de su auditorio, entendido dicho conocimiento no sólo como referido a cuestiones de lenguaje, pues no basta que éste comprenda el idioma de aquel, sino además, al estudio de las tesis que acepta de antemano, así como de las que rechaza, para de esta manera conseguir la adhesión del mismo.

Al respecto, el multicitado autor, dice:

“...Es importante no sólo saber cuáles son las tesis que los oyentes admiten, sino también con qué intensidad les dan su adhesión, pues son estas tesis las que han de suministrar el punto de partida de la argumentación...”<sup>157</sup>

Así, una de las características que define y distingue a este tipo de auditorio consiste en que, dado que la exigencia argumentativa reclamada del orador es eminentemente compleja en cuanto a especificidad se refiere, el tipo de adhesión alcanzable respecto del mismo será eminentemente persuasivo, mientras que, en relación con el Auditorio Universal, será de convicción.

---

157 *Ibíd.* p. 143.

En este sentido la argumentación será persuasiva cuando se dirija al Auditorio Particular; mientras que, será convincente cuando presuponga la adhesión del Auditorio Universal.

Así, Robert Alexy, escribe:

“...Quien busca solo el acuerdo de un auditorio particular, trata de persuadir quien, se esfuerza por lograr el auditorio universal busca convencer...”<sup>158</sup>

### 3.3.1.3. El Auditorio Interno.

Por lo que se refiere al presente apartado, es importante destacar que no existe un pronunciamiento por parte Perelman en relación con el mismo,<sup>159</sup> pues en su exposición, al tratar el tema del Auditorio Universal, señala, sin realizar posteriormente observación particular al respecto:

“...Una argumentación persuasiva, convincente puede dirigirse a cualquier auditorio lo mismo si se trata de sabios que de ignorantes y lo mismo si se dirige a una sola persona, a un pequeño número o a la humanidad entera. Argumentamos con nosotros mismos en una deliberación íntima...”<sup>160</sup>

Bajo la misma tónica, en su tratado, menciona:

“...Mientras el orador argumenta, el oyente, a su vez, se sentirá inclinado a argumentar espontáneamente a propósito de este discurso, con el fin de adoptar una postura al respecto... El oyente que percibe los argumentos, no sólo puede comprenderlos a su manera, sino que además es el autor de

---

158 Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación*, trad. Manuel Atienza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 157.

159 Si bien es cierto el propio autor en su tratado, dedica algunas páginas para exponer el tema de la deliberación con uno mismo, su posicionamiento en lo que toca a su existencia como un tipo de auditorio no queda claro, pues en un principio parece relacionarlo con el Universal y posteriormente plasma su desencanto con el mismo. Ver Perelman, CH. Y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. pp. 85 - 91.

160 Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Op. cit. p. 142.

nuevos argumentos espontáneos, casi nunca expresados y que, sin embargo no intervendrán para modificar el resultado final de la argumentación...”<sup>161</sup>

De tal forma, al establecer la existencia de una deliberación íntima, planteamos la siguiente cuestión: Cuando el orador entabla un diálogo consigo mismo, ¿A qué tipo de auditorio dirige su atención?

En primer lugar debemos considerar lo siguiente: sí como hemos esgrimido, el Auditorio Particular se compone por un conjunto de individuos delimitado por criterios de especialización y, añadimos, que la existencia del sujeto en sí mismo no constituye un criterio de dicha índole, concluimos se debe rechazar su pertenencia a este tipo de auditorio.

Dado lo anterior, ¿Podríamos válidamente decir que dicho tipo de auditorio pertenece al conjunto denominado como Universal?

Dicha cuestión, al analizarse bajo los alicientes de la nueva retórica debe contestarse en un sentido afirmativo, pues sí, como en líneas anteriores apuntamos, un Auditorio Particular no se puede sustentar sin criterios de discriminación luego, por exclusión, diremos que pertenece al Universal.

Sin embargo, esta justificación es insuficiente (demasiado escueta), para propugnar y defender la constitución y reconocimiento de éste como un auditorio en el mundo discursivo, es decir, con características y valores distintivos que justifiquen su incorporación a la teoría sustentada por Perelman.

De este modo, para su integración, recurriremos a la teoría de la conciencia humana<sup>162</sup> y de las creencias mutuas<sup>163</sup>, con el exclusivo fin de exponer su

---

161 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 297.

162 Ver Aarnio, A, et al, “¿Una única respuesta correcta?”, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Op. cit. pp. 18 – 36.

163 Ver Wintgens, L. *Retórica, Razonabilidad y Ética. Un ensayo sobre Perelman*, Op. cit. pp. 195 - 206.

independencia, no sólo bajo criterios de distinción en términos de nueva retórica, sino, además, bajo los parámetros de interés que comentamos.

Así, partimos de la idea de que es posible dividir la acción del pensamiento en dos aspectos a saber:

- El interno, en el cual el sujeto de la acción, dados determinados valores y cargas sociales particulares, estima de forma personal una idea cualquiera.
- El externo, consistente en la exteriorización de la idea previamente modelada a través del ejercicio interno.

Por lo que respecta al primer aspecto, el sujeto necesariamente ejecuta un debate para consigo tocante al grado de aceptabilidad o inaceptabilidad que tiene para con una idea determinada, es decir, para la formulación de un criterio a través del discurso, éste necesariamente juzga sus opciones desde una perspectiva interna y por medio de un debate consigo mismo.

En este sentido, Luc Wintgens, escribe:

“...Si cada persona es considerada razonable, entonces cada persona es capaz de sostener un discurso interno...”<sup>164</sup>

Aunado a lo anterior, sí pensamos que toda expresión de valores se colige a través de un acuerdo inter-subjetivo, es decir, toda cuestión social se basa necesariamente en puntos de vista compartidos acerca de lo bueno o lo malo, lo debido o lo indebido, entonces debemos aceptar también que la exteriorización de dichas premisas se formula después de un dialogo interno del sujeto, ya que un requisito necesario para que la acción comunicativa resulte efectiva, es que el sujeto que la esgrima posea un criterio respecto de los puntos analizados en el diálogo.

---

164 Ibídem. p. 199.

Así, para que el aspecto externo de la mencionada acción produzca efectos, se debe presumir la pre-existencia de un debate interno por parte del sujeto.

Con lo anterior, diremos que el Auditorio Interno forma parte del Auditorio Universal, no como un tipo distinto sino, como una forma particular del mismo.

Para comprender mejor esta idea, creemos pertinente establecer que la figura del sujeto en el debate interno se compone por dos figuras que denominaremos como:

- El yo; en el diálogo interno, se refiere al sujeto como receptor del discurso. Juega el papel de lo racional.
- El otro; en el mismo diálogo, se comprende como el sujeto que emite el discurso, quien por medio, no sólo de la persuasión sino, del convencimiento busca la adhesión del yo a su tesis. Participa como la encarnación de lo razonable.

De esta manera, sí partimos de la base de que en dicho diálogo exclusivamente participan dos sujetos, esto es, el yo y el otro, y que el único criterio de diferenciación entre ambos se fundamenta sobre el papel que juegan en el debate, podemos válidamente concluir que los mismos se constituyen como un universo, por lo cual razonablemente diremos que el multicitado Auditorio Interno es una forma particular del Universal.

Al respecto, Luc Wintgens, dice:

“...Las reacciones del auditorio son, por tanto entendidas como reacciones de personalidades después de deliberar con ellas mismas. De nuevo, la interacción entre el <yo> y el <me> en la mente de los sujetos determinara el resultado de la argumentación: la aceptación o el rechazo de la afirmaciones del orador...”<sup>165</sup>

---

165 Ibídem p. 203.

Ahora bien, la anterior tesis es aplicable en los términos del Auditorio Universal sustentado por Perelman, pero ¿Qué ocurre si a estos, sumamos el criterio de intereses que páginas atrás hemos sostenido?

Creemos que, en este sentido, el criterio de interés refuerza la concepción del Auditorio Interno como perteneciente al Auditorio Universal, pues cualquier diálogo existente entre el yo y el otro carece de efectos y, por tanto, compete exclusivamente a cuestiones de interés.

De esta manera, si bien en dicho auditorio puede formularse una valoración referente a los efectos de la decisión, opinamos que dicha apreciación no constituye, en si misma, un efecto de tipo directo, indirecto, mediato o inmediato, por lo cual no modifica la estructura de éste como parte del Universal.

De este modo, la importancia del Auditorio Interno constriñe en la consecución de una perspectiva hermenéutica, pues la conducta que observan los actores a través de la acción comunicativa, necesariamente deriva de un análisis proveniente de los diversos puntos de vista que entre el yo y el otro, pueden existir.

En otro orden de ideas, y compaginando los distintos tipos de auditorio analizados en este capítulo, observamos que toda argumentación entraña *per se* la adhesión del orador a un cierto tipo de tesis, las cuales, generalmente, provienen de la experiencia que éste posee en relación con un tema o situación específica y del aprendizaje y uso del lenguaje del mismo.

En este sentido, Perelman, comenta:

“...El aprendizaje de una lengua significa también la adhesión a los valores que esta lengua acarrea de una manera explícita o implícita, a las teorías que han dejado su huella en ellas y a las clasificaciones que subyacen en el empleo de los términos...”<sup>166</sup>

---

166 Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Op. cit. p. 146.

De este modo, el orador, ante su encuentro con el auditorio, debe considerar los rasgos culturales que lo definen para que su argumentación sea cercana a las necesidades de la comunidad.

Al respecto, la nueva retórica, propone el estudio de técnicas discursivas que amplifiquen el grado de adhesión del auditorio, por medio de un lenguaje compatible con la comunidad de cultura objeto del discurso.

De esta manera, la adhesión del público no será alcanzada con el uso exclusivo de proposiciones contrastables y verdaderas, sino también mediante criterios de equidad, oportunidad, actualidad o de mejor adaptación para la realidad de dicha cultura.

Así, y en nuestro punto de vista, la adhesión a una determinada tesis puede conseguirse a través de los siguientes caminos:

- La verdad; la cual siempre ponderada como punto de partida en una exposición, se valdrá de elementos objetivos para afirmar la corrección o incorrección de un determinado argumento.
- La equidad; como medio que apela al razonamiento sustentado sobre la pretensión del orador de tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales.
- La oportunidad; como elemento que, ante una situación compleja en la cual de no hacer, dejar de hacer u observar un determinado comportamiento o estado de cosas, evite se produzca la pérdida o menos cabo de un valor u objeto merecedor de protección.
- La actualidad; como la fundamentación de una tesis sobre ideas o conceptos con prevalencia en una época determinada.

- La mejor adaptación; aplicable a una tesis que, dadas sus cualidades y el apego de ésta para con las características del grupo social al que se dirige, se estatuye como pertinente a la idiosincrasia del auditorio.

En este mismo sentido, al emitir su discurso, el orador debe tomar en cuenta argumentos que se instituyen como de sentido común para el foro, es decir, los denominados por Aristóteles como tópicos o lugares comunes.

De este modo, el papel que los tópicos se asemeja al de los axiomas en el sistema formal, ya que al considerarse como comunes a todas las mentes, se estatuyen como punto de partida en el razonamiento, difiriendo de los axiomas porque:

“...la adhesión que se les concede no está fundada sobre su evidencia, sino, al contrario, sobre su ambigüedad y sobre la posibilidad de interpretarlos y de aplicarlos de maneras diferentes. Así, una reflexión sobre la libertad puede partir del lugar común de que <la libertad es preferible a la esclavitud>. Mas no porque se esté de acuerdo sobre las tesis generales, se tiene que estar de acuerdo en los casos de aplicación...”<sup>167</sup>

Al respecto, y con lo analizado en el apartado anterior, mediante el uso del entimema como herramienta argumentativa, el tópico se instituye como necesario para la consecución de la adhesión, pues su adaptabilidad permite la exposición de alternativas de solución a las antinomias y conflictos de orden valorativo.

Por ejemplo, dice Perelman:

“... ¿Qué hacer cuando la adhesión simultánea a varios valores o a varias reglas desemboca en algunos casos particulares en incompatibilidades o en antinomias? El sentido común considera como valores admitidos por todos la libertad y la justicia. Ocurre, sin embargo, que cuando se les concibe de tal o cual manera en una situación particular, chocan entre sí. Para resolver la incompatibilidad es necesario sacrificar uno de los dos valores o definir uno de ellos a fin de subordinarlo al otro. Para hacerlo se disocia una noción y algunos aspectos se califican como aparentes. Si una determinada concepción de la justicia conduce a una tiranía que se quiere evitar a toda costa, la calificaremos

---

167 *Ibídem* p. 156.

como justicia aparente. Si un determinado uso de la libertad viola el ideal de justicia al que se concede la primacía en una determinada visión del hombre y de la libertad, diremos que se trata de pura licencia o de libertad aparente. De este modo la solución de los conflictos entre valores, que el sentido común reconoce, puede conducir a concepciones filosóficas e ideológicas diferentes...”<sup>168</sup>.

De esta manera, al emplear figuras lógicas como el mencionado entimema, las conclusiones o, en su caso, premisas formuladas al auditorio, serán complementadas por el sentido común, delimitado éste por comunidad de cultura a la cual pertenezca el mencionado foro.

Así, la herramienta de la cual se sirve el orador para formular su discurso, se instituye sobre las bases de la argumentación y la lógica, lo cual quiere decir, que la nueva retórica apela al uso de dichas figuras como medios de consecución de adhesión racional del auditorio a una tesis determinada.

Dicha retórica, no busca hacerse de la atención y simpatía del público a través del protagonismo, la demagogia, la falsa promesa o el incentivo, sino que por el contrario, propugna por que, única y exclusivamente, en virtud de la razón se consiga dicha adhesión, sea por que el argumento se exponga como el camino la más viable, o por que, evidentemente deba ser reconocida como tal en determinadas circunstancias.

En este sentido cuando aquello que se considera como racional no sea lo más aceptable, se podrá apelar a esta teoría argumentativa para fundamentar la opción más racional.

---

168 *Ibidem* p. 159.

## CAPITULO CUATRO. LA ARGUMENTACION DE PERELMAN.

### 4.1. Nociones generales.

En los capítulos precedentes analizamos los conceptos fundamentales que constituyen la base teórica del pensamiento de Perelman, esto es, la Argumentación, la Lógica y la Retórica.

Así, creemos importante iniciar esbozando los principales razonamientos que lo condujeron a replantear el estudio de la retórica como medio de armonización entre la argumentación y la lógica formal.

Bajo dicha tesitura, el mencionado autor, comenta:

“...Es racional, en el sentido más amplio de la palabra, lo que está conforme a los métodos científicos, y a las obras de lógica dedicadas al estudio de los procedimientos de prueba, limitadas esencialmente al estudio de la deducción y, de ordinario, complementadas con indicaciones sobre el razonamiento inductivo... En efecto, el lógico inspirándose en el ideal cartesiano, sólo se siente a sus anchas con el estudio de las pruebas que Aristóteles calificaba de analíticas...Por lo tanto, se deduce que los razonamientos ajenos al campo meramente formal escapan a la lógica y, por consiguiente, también a la razón...”<sup>169</sup>

Como se observa, Perelman, externa una de las principales problemáticas que caracterizó el desarrollo científico de mitad del siglo XX, consistente en la extrema e, incluso, irrazonable formalidad que requería la creación y tratamiento del conocimiento.

Al respecto, debemos recordar que su teoría nace al seno de la escuela denominada como de *Bruselas*, la cual se identificó por la problematización del pensamiento humano y, consecuentemente, por la practicidad y funcionalidad de las figuras y elementos provenientes de la filosofía.

---

<sup>169</sup> Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 32.

Dicha corriente de pensamiento buscaba limitar, en la medida de lo posible, el uso del positivismo como herramienta científica en la construcción del conocimiento y, sobre todo, de las estructuras e instituciones sociales, pues imputaba el estallido de las grandes guerras al excesivo e inaceptable empleo de la misma.

En este sentido, el citado autor, cree que la inoperatividad e ineficiencia del lenguaje formal en el análisis de las ciencias sociales, se debe principalmente al irracional formalismo detentado por las corrientes prevalecientes en su época, pues si bien acepta que el lenguaje lógico es idóneo y necesario para el estudio de una determinada clase de conceptos, éste, en su vertiente más estricta, resulta inaplicable a cuestiones relacionadas con la razón práctica.

Al respecto, comenta:

“...El razonamiento *more geométrico* era el modelo que se les proponía a los filósofos deseosos de construir un sistema de pensamiento que pudiera alcanzar la dignidad de una ciencia...

...A nosotros, en cambio, nos parece que es una limitación indebida y perfectamente injustificada en el campo en el que interviene nuestra facultad de razonar...

...Aunque estos elementos consistan en obstáculos que se intente salvar – tales como la imaginación, la pasión, la sujeción- o en fuentes suprarracionales de certeza, esta concepción inserta una dicotomía, una distinción de las facultades humanas completamente artificial y contraria a los procesos reales de nuestro pensamiento...”<sup>170</sup>

De este modo, determina la necesidad de crear un medio a través del cual, sin recurrir al fallido modelo positivista, se pudiese brindar con un grado de aceptabilidad científica la labor del convencimiento, concluyendo:

“...Naturalmente, el objeto de esta teoría es el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión de las personas a las tesis presentadas para su asentamiento. Lo que caracteriza esta adhesión es la variabilidad de su intensidad...”<sup>171</sup>

---

170 *Ibidem* p.31.

171 *Ibidem* p.34.

Para lo anterior, propugna por rehabilitar a la retórica como una ciencia fundamentada sobre las estructuras de la razón práctica, con categorías como verosímil, plausible, probable y razonable, ya que sólo por medio de ella se pueden analizar las estructuras argumentativas a través de las cuales se pretende conseguir la adhesión del auditorio.

En dicho sentido, su tesis se expone como: "...Una teoría de la argumentación, complementaria a la teoría de la demostración objeto de la lógica formal...",<sup>172</sup> es decir, la nueva retórica se estructura como un medio a través del cual se deducen todos aquellos razonamientos que escapan al estudio de la lógica formal, interesada principalmente por el análisis de las estructuras argumentativas.

De este modo, en el presente apartado, enfocaremos nuestra atención al estudio de las estructuras a través de las cuales, bajo dicha metodología, pueden ser enunciados los diversos tipos de argumentos, es decir, revisaremos su forma, organización y contenido.

Para dicha tarea nos auxiliaremos de resoluciones emitidas por nuestro máximo tribunal en materia constitucional, en especial las siguientes:

- ACCION DE INCONSITITUCIONALIDAD 1/99.<sup>173</sup>

En relación con dicha acción relacionamos:

- Promoventes: Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
- Organos que emitieron y promulgaron la norma general que se impugna:

---

<sup>172</sup> Ibídem p.17.

<sup>173</sup> Resolución consultable en la dirección electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [en línea] <<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/CERRADOS/182/99000010.019.pdf>> [Consulta: 25 enero de 2014].

- Legislativo: Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
    - Ejecutivo: Jefe de Gobierno del Distrito Federal.
  - Norma general cuya inconstitucionalidad e invalidez se reclama: Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal.
  - Conceptos de invalidez: Contradicción a los artículos 16, 27, segundo párrafo, fracciones III y VI, segundo párrafo, 89, fracción I, 122, Apartado A, fracciones I y V, y Apartado C, Base Primera, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
  - Litis: Se reclama la inconstitucionalidad de la norma por los siguientes conceptos:
    - Carencia de facultades por parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para emitir la norma debatida.
    - Violación al artículo 16 de la Constitución, derivada de la expedición de una norma por una autoridad incompetente.
    - Existencia de vicios en el procedimiento legislativo.
  - Resolución: Se declara procedente pero infundada.
  - Ministro Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.
- ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2011.<sup>174</sup>

Por lo que toca a dicha acción relacionamos:

---

<sup>174</sup> Resolución consultable en la dirección electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [en línea] <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=130605>> [Consulta: 25 enero de 2014]

- Promovente: Procuradora General de la República.
- Organos que emitieron y promulgaron la norma general que se impugna:
  - Legislativo: Congreso de la Unión, a través de la Cámara de Diputados.
  - Ejecutivo: Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.
- Norma general cuya inconstitucionalidad e invalidez se reclama: Los artículos 36, fracción I, 37, fracción I, y 39, fracción I, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- Conceptos de invalidez: Los artículos señalados violentan las garantías contenidas en los artículos 1º, párrafo quinto, 16, párrafo primero, 32, párrafo primero y segundo, y 133, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Litis: Se apunta la inconstitucionalidad de los artículos por el siguiente motivo:
  - Los preceptos aludidos señalan como requisito para ingresar y permanecer como Agente del Ministerio Público dentro del Servicio Profesional de Carrera, Oficial Secretario o Agente de la Policía de Investigación dentro de la Procuraduría del Distrito Federal, que el aspirante sea mexicano por nacimiento, lo que se traduce en una violación a los derechos humanos de los mexicanos por naturalización.

- Resolución: Se declara la invalidez de los artículos 36, fracción I, 37, fracción I, y 39, fracción I, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en las respectivas porciones normativas que indican “por nacimiento”.
- Ministro Ponente: Sergio A. Valls Hernández.

La razón por la cual apelamos a la revisión de estas sentencias radica en establecer la existencia de una posible evolución argumentativa en los criterios adoptados por nuestro máximo tribunal en materia constitucional, así como la pertinencia, en su caso, de adoptar la teoría argumentativa sustentada por Chaim Perelman en el sistema jurídico mexicano.

Antes de comenzar, estimamos importante retomar algunos aspectos que consideramos vitales para proceder al análisis del tema:<sup>175</sup>

- Partimos de la premisa de que todo sistema jurídico se compone de dos tipos de normas a saber:
  - Principios.
  - Reglas.
- Ante la existencia de un sistema jurídico como en arriba planteado, se pueden hallar tres tipos de conflictos entre normas a saber:
  - Regla - Regla.
  - Regla – Principio.
  - Principio – Principio.

---

<sup>175</sup> Al respecto debemos recordar que los conceptos que se mencionaran han sido objeto de previo análisis en los capítulos 2 y 3 de la presente exposición.

- Los conflictos mencionados a su vez, pueden distinguirse como:
  - o Casos fáciles.
  - o Casos difíciles.
  
- Para la resolución de cualesquier tipo de conflicto de norma hemos de apelar a:
  - o Justificación interna.
  - o Justificación externa.
  
- Toda resolución tendiente a decidir un conflicto derivado de un caso fácil, ha de acogerse a criterios de eminente racionalidad.
  
- Toda resolución tendiente a decidir un conflicto derivado de un caso difícil, ha de acogerse a criterios de eminente razonabilidad.
  
- En toda resolución tendiente a la decisión de un conflicto entre diversas normas, ha de considerarse el tipo de auditorio al que se dirigirá la argumentación.

Sentadas las bases anteriores, nos encontramos en posición de iniciar la investigación de las técnicas de argumentación y los tipos de argumentos que contempla la teoría argumentativa del multicitado Chaim Perelman.

#### **4.2. Técnicas de Argumentación.**

En el primer capítulo de la presente exposición revisamos los conceptos de argumento y argumentación, sin embargo, dejamos de lado la definición de lo que debe comprenderse como una técnica argumentativa.

Al respecto, Ernesto Galindo Sifuentes, dice:

“...Cuando nos referimos a las distintas técnicas argumentativas, decimos con ello que son las distintas operaciones racionales argumentales, proyectadas por el orador a través del lenguaje, dirigidas a un auditorio, que pretenden partir de la demostración de la firmeza de sus proposiciones y conclusiones, persuadir al mismo para llevarlos a la acción...”<sup>176</sup>

En este sentido creemos que el objeto de la técnica argumentativa, no necesariamente se ciñe a la persuasión del auditorio, pues como dijimos con anterioridad, dependerá del tipo de foro al que se dirija el discurso sí el fin del orador será el de simplemente persuadir, o en su caso, el de convencer; por lo cual, diremos que una técnica argumentativa es una operación racional expresada a través de argumentos en favor o en contra de una tesis determinada, que se dirigen a un auditorio, con la finalidad de adherirlo o convencerlo en favor o en contra de la tesis objeto del discurso.

De lo apuntado, desprendemos que la técnica argumentativa posee los siguientes elementos:

- Es una operación racional plasmada a través de argumentos.
- Se dirige a un auditorio, el cual puede ser universal, particular o interno.
- Tiene por objeto la expresión de una tesis.
- Busca la adhesión o convencimiento del auditorio, según sea el caso.

Bajo dicha tesitura, comprendemos que un argumento por sí mismo es insuficiente para realizar una función de convencimiento o persuasión, toda vez que de forma aislada éste será comprendido de modo ambiguo, es decir, creemos que al analizar un argumento sin relación, ya sea con su contexto o, ya sea con la situación en la cual se inserta, no permite la consecución de su fin.

---

<sup>176</sup> Galindo, E., *Argumentación jurídica*, Porrúa, 2ª Edición, México, 2009, p. 13.

Ante esta situación, se considera vital establecer técnicas por medio de las cuales se conjuguen todos aquellos argumentos que el orador estime pertinentes para ejecutar su labor ante el auditorio, las cuales de acuerdo con Perelman, se dividen en dos tipos a saber:

- Técnicas de enlace o asociación.
- Técnicas de disociación.

No obstante la división a la que nos acogemos, debemos considerar que dichas técnicas son complementarias y, que por lo tanto, en la mente del sujeto se presentan en un mismo instante, es decir, el tipo de técnica a la cual se acoja el orador dependerá en todo momento de la decisión que el mismo tome respecto del prototipo de argumentos que empleará, así como del tipo de auditorio al que dirigirá su discurso.

En este sentido, Perelman, comenta:

“...Psicológica y lógicamente, cualquier enlace implica una disociación y a la inversa (asociación): del mismo modo que une los elementos diversos en un todo bien estructurado, los disocia del fondo neutro del que los separa...”.<sup>177</sup>

Por lo anterior, siempre será posible estudiar un mismo argumento desde cualquiera de las ópticas arriba mencionadas, como sí constituyera desde un punto de vista, un enlace y, desde otro, una disociación, es decir, las técnicas objeto de nuestro análisis en ningún caso son excluyentes.

#### **4.2.1. Técnicas de Enlace o Asociación.**

Por lo que toca a este tipo de técnica argumentativa, Perelman, la define como:

---

<sup>177</sup> Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 300.

“...aquellos esquemas que unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente...”<sup>178</sup>

De este modo, dicha figura se estatuye como un objeto susceptible de división que, una vez en dicho estado, permite su reestructuración para ser valorado en forma positiva o negativa.

Así, en relación con las mismas hallamos:

- Los argumentos cuasi lógicos.
- Los argumentos basados en la estructura de lo real.
- Los argumentos que se fundan sobre la estructura de lo real.

#### **4.2.1.1. Los argumentos cuasi lógicos.**

La peculiaridad expuesta ante la tarea de expresión de elementos que describen realidades incontrastables, provoca que la fundamentación de la argumentación de dichos elementos no pueda ser abordada mediante una equivalencia de lógica formal, es decir, su limitación como elemento incontrastable y meramente valorativo, impide su calificación desde una perspectiva eminentemente lógica.

Ante dicha vicisitud, Perelman, propugna por la realización de un esfuerzo de carácter no formal, que abrigue a los mismos con una apariencia demostrativa, esto es, propone que mediante la instauración de una cuasi lógica, se blinde a éstos con un efecto demostrativo, permitiendo que los argumentos derivados de ésta, posean una apariencia como tales.<sup>179</sup>

---

178 Ibídem p. 299.

179 Ver Ibídem p. 300.

Lo anterior significa que los argumentos cuasi lógicos se basan en estructuras lógicas en sentido estricto pero, en un sentido amplio, se formulan sobre estructuras de carácter no formal.

Así, Perelman, afirma:

“...Lo que distingue a la argumentación cuasi lógica es, pues, su carácter no formal y el esfuerzo de pensamiento que requiere su reducción a lo formal...”<sup>180</sup>.

De esta manera, dicha técnica argumentativa apela a dos formas básicas de expresión:

- Estructuras o formas lógicas, a través de las cuales busca la expresión de la argumentación mediante el uso análogo de las figuras y formas expuestas por la lógica formal, sin que entre ellas exista una relación estrecha.

Bajo este género, descubrimos las siguientes especies:

- o Contradicción: se refiere a la existencia de una incompatibilidad entre las ideas que se pretenden externar en una discusión, esto es, su uso se limita a debates en los cuales se esgrimen afirmaciones que, sin justificación, entran en conflicto con una opinión u opiniones admitidas por el auditorio.

Al respecto es importante mencionar que esta figura no debe ser confundida con el término contradicción en el sentido de la lógica formal, pues mientras que la primera se vincula con la noción de absurdo, la segunda se refiere a una simple incompatibilidad.

---

180 Ibídem p. 304.

Así, por ejemplo, el orador recurre al empleo de la ironía como un medio por virtud del cual hace entender al auditorio que desea hacer lo contrario a lo que dice.

- Identidad: clasificación que implica la reducción de los elementos que componen un objeto, en virtud de existir entre ellos algo idéntico o intercambiable, la cual será denominada como cuasi lógica, cuando de pauta a una argumentación, es decir, sus elementos no se reduzcan por simple arbitrariedad o evidencia.

Respecto a esta especie encontramos los siguientes tipos:

- La identidad completa: que es el procedimiento realizado a través de la definición, sea que ésta se formule por medio de la propia argumentación, o bien, estableciendo a la argumentación como una definición.

Por ejemplo, en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 20/2011, la Suprema Corte de Justicia emitió el siguiente argumento:

“...Por lo que, de acuerdo con la Segunda Sala, en el ámbito legislativo, **el principio de igualdad se traduce en una limitante al legislador consistente en la prohibición de que en el ejercicio de su creación normativa emita normas discriminatorias...**”<sup>181</sup>

En este ejemplo observamos que el argumento empleado por la Corte funge el papel de una definición, que a su vez es empleada como un argumento de sustento en una nueva resolución.

---

181 ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2011 p. 40.

- La identidad parcial: referida a la reducción de elementos que deriva de la posibilidad de tratar a éstos como intercambiables exclusivamente desde un punto de vista determinado.

Al respecto, de acuerdo con Manuel Atienza, se debe distinguir, lo siguiente:

“... (Se debe) distinguir entre la regla de justicia <que permite, por ejemplo, presentar como una argumentación cuasi lógica, el uso del precedente> y los argumentos de reciprocidad que llevan a la aplicación del mismo trato en situaciones que no son idénticas, sino simétricas...”<sup>182</sup>

Un ejemplo de este tipo de identidad parcial, lo encontramos en la siguiente cita esgrimida por la Suprema Corte de Justicia:

“...Ahora bien, **para poder determinar si la Asamblea... posee facultades para legislar en materia de asistencia privada, o carece de ellas, debe tomarse en consideración que dicha facultad no necesariamente debe estar plasmada literalmente**, a través de voces o frases determinadas, pues esta puede derivar o estar contenida de alguna otra forma en el propio texto constitucional, con tal de que estén establecidas de manera clara o inequívoca...  
 ...Sobre **el particular, debe precisarse que este Tribunal Pleno... en la tesis de jurisprudencia... sostuvo lo siguiente:**  
**FACULTADES EXPRESAS DE LA ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL DISTRITO FEDERAL NO ES REQUISITO INDISPENSABLE QUE SE ESTABLEZCAN LITERALMENTE EN LA CONSTITUCION...**”<sup>183</sup>

En este sentido, observamos que nuestro máximo Tribunal equipara dos situaciones similares, con la finalidad de

<sup>182</sup> Atienza, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Op. cit. p. 75.

<sup>183</sup> ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/1999 p. 131.

establecer una identidad entre las mismas y de dicha manera intercambiar y sustentar el uso de una resolución similar.

- Transitividad: son técnicas especialmente aplicables cuando existen relaciones de solidaridad y antagonismo, o bien, cuando no habiendo espacio para la confrontación directa, se trata de ordenar seres o acontecimientos sobre los que no cabe confrontación directa. Por ejemplo: Los amigos de mis amigos son mis amigos.
- Formas matemáticas: son aquellas formas que permiten una comparación cuasi matemática entre un todo y sus partes, es decir, lo que vale para todo vale para las partes.

Al respecto de estas formas, hallamos la siguiente clasificación:

- De inclusión: cuando se habla de este concepto: "...puede entenderse en el sentido de la relación entre las partes y el todo, de donde surgen diversos tipos de argumentos o, bien, como relación entre las partes resultantes de la división de un todo..."<sup>184</sup>

Acerca de la inclusión distinguiremos dos grupos de técnicas a saber:

- De inclusión de las partes en un todo: en el cual el valor de las partes es proporcional a lo que representa en comparación con el todo y cuyo fin es evidenciar la incompatibilidad entre las partes que forman el todo.
- De división de un todo en partes: mediante este argumento se busca demostrar la existencia o inexistencia de una de las partes, es decir, se argumenta por exclusión.

---

184 Atienza, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Op. cit. p. 76.

Con fundamento en lo anterior, diremos que este tipo de estructuras se estatuyen como la base del dilema y de los argumentos jurídicos *a pari* y *a contrario*.

- Dilema: consiste en demostrar que dada una determinada situación, las opciones expuestas para resolver la misma son inaceptables por igual.
- *A pari*: según el cual lo que vale para una especie vale también para otra especie del mismo género.

Así, desde nuestra perspectiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debió apelar de modo expreso al uso de este argumento en la resolución 20/2011, pues considerando:

- Que la constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación arbitraria.
- Que la distinción entre mexicanos por nacimiento y mexicanos por naturalización es esencialmente administrativa.
- Que los cargos colegidos en la norma impugnada no guardan relación con materias o áreas estratégicas y de impacto nacional.

Es valido decir, que la norma que permite a un mexicano por nacimiento ser Agente del Ministerio Público Federal, también lo permite al mexicano por naturalización, pues al ser ambos mexicanos, la distinción es inaceptable.

- *A contrario*: en virtud de este argumento se establece que lo que vale para una especie no vale para la otra,

pues ésta se instituye como la excepción a una regla del género.

Por ejemplo:

“...si el Poder Constituyente Permanente mediante una reforma constitucional dispuso que la competencia para expedir la Ley de Instituciones de Asistencia Privada correspondía ahora a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, privando de dicha facultad al Congreso, **entonces resulta acertado que el nuevo órgano facultado para legislar en esa materia pueda abrogar la ley expedida por el órgano anteriormente facultado para ello...**”<sup>185</sup>

- De comparación: en virtud de esta figura se confrontan varios objetos con la finalidad de evaluar unos en relación con otros; dicha comparación puede formularse bien por oposición, bien por ordenación o bien por ordenación cuantitativa.

Respecto de esta forma, Perelman, comenta:

“...Uno de los argumentos de comparación utilizados con mas frecuencia es el que se vale del sacrificio que se esta dispuesto a sufrir para obtener cierto resultado...”<sup>186</sup>

Por ejemplo:

“...si bien es deseable mantener incólume el principio de igualdad en los dispositivos que rigen a los gobernados, existen situaciones en las que el legislador sí puede establecer diferencias entre los gobernados; sin embargo, dichas distinciones no pueden establecerse de forma arbitraria, por lo que, cuando éstas se establezcan, el juzgador debe analizar si el legislador tomó en cuenta ciertos factores que le darán validez constitucional a la norma...”<sup>187</sup>

---

185 ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/1999 p. 370.

186 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 384.

187 ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2011 p.41.

- Las probabilidades: por lo que se refiere a esta estructura, la misma tiene cabida ante la existencia de argumentos que reducen lo real a colecciones o series de objetos o acontecimientos semejantes en determinados aspectos, pero a la vez diferenciados por otros.

Dicho método argumentativo emplea evaluaciones sustentadas sobre la importancia de los argumentos y la probabilidad de su aparición.

De esta manera, Perelman, concluye que la funcionalidad de: "...la aplicación de razonamientos basados en las probabilidades tendrá por resultado, sea cual sea el fundamento teórico que se atribuye a las probabilidades, el dar a los problemas un carácter empírico...".<sup>188</sup>

En este sentido, pensamos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al revisar la acción de inconstitucionalidad 1/99, debió apelar a esta figura, pues con anterioridad al planteamiento de dicha litis habían sido ventiladas cuestiones en las cuales la inexistencia de facultades por parte de la Cámara de Representantes en materias no reservadas para el Congreso de la Unión, fue cuestión de debate.

#### **4.2.1.2. Los argumentos fundados en la estructura de lo real.**

Al lado de los argumentos cuasi lógicos, esto es, aquellos que pretenden blindarse con un aro demostrativo similar al de la lógica o las matemáticas, se hallan los argumentos basados en la estructura de lo real, es decir, aquellos que empleando relaciones de sucesión o coexistencia permiten indagar las causas a partir de los efectos.

---

188 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 401.

A través de esta técnica argumentativa no se busca describir objetivamente la realidad sino, más bien, construir una estructura por medio de la cual se expresen todas aquellas opiniones que conciernan a lo real.

De este modo, buscan estatuir un camino por medio del cual, el orador, valiéndose de las opiniones a su alcance, formule una descripción personal de la realidad hacia su auditorio.

Al efecto, podemos observar el siguiente argumento empleado por la Suprema Corte de Justicia la Nación, en la ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2011:

“...Cabe precisar, que si bien el artículo 1° constitucional, con la reforma sufrida el diez de junio de dos mil once, **estableció cambios sustanciales que otorgan a las personas una protección más amplia de los derechos humanos**, reconocidos no sólo en la Constitución, sino también en tratados internacionales, con la finalidad de favorecer en todo tiempo a las personas;...”<sup>189</sup>

El criterio antes transcrito enuncia una descripción de la realidad, concerniente a la ampliación de la gama de derechos humanos en la esfera jurídica de los gobernados, cuyo origen se halla en la edificación de una reforma constitucional, así, observamos como a partir de las consecuencias de un acto, la Corte, formula una descripción de la realidad.

Por lo que respecta a este tipo de argumentos, Perelman realiza una distinción entre:

- Enlaces de sucesión: entendida esta vía como aquella por virtud de la cual se busca unir un determinado fenómeno con sus consecuencias o causas.

---

<sup>189</sup> ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2011 p. 40.

En este contexto, el nexo causal juega un papel fundamental, toda vez que mediante el análisis de las causas se ha de inducir la existencia de un fenómeno determinado.<sup>190</sup>

Así, hallamos tres tipos de argumentaciones que se fundan sobre dicha clase de enlaces:

- Los que tienden a aproximar de modo reciproco dos acontecimientos sucesivos, por medio de un nexo causal.
- Los que tratan de explicar la existencia de una causa que determina la realización de un acontecimiento.
- Los que ante la realización de un acontecimiento pretenden evidenciar las consecuencias que han de derivar de éste.

Por ejemplo:

“...Por lo que, puede afirmarse, **que el órgano reformador, facultó al Congreso de la Unión para establecer los casos en los que deba operar la reserva en cuestión, sin que ello constituya una discriminación** entre quienes son mexicanos por nacimiento y quienes no lo son, pues, es la propia Norma Fundamental la que permite, e incluso, ordena tal distinción...”<sup>191</sup>

En este ejemplo, vemos que nuestro máximo Tribunal colige que ante la realización de una reforma al artículo 32 de la Constitución, es evidente que el Legislativo estableció una reserva expresa por virtud de la cual, en el caso que se plantea en dicha resolución, se reserva el desempeño de algunos cargos a mexicanos por nacimiento que no adquieran otra nacionalidad, la cual como efecto no debe considerarse como discriminatoria.

---

190 Cfr. Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 405.

191 ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 20/2011 p. 42.

Así, dicho Tribunal, ante la realización de un hecho, pretende evidenciar las consecuencias que han de derivar de éste.

De este modo, en torno a esta estructura argumentativa, es decir, los enlaces de sucesión, se hallan:

- El argumento pragmático: en virtud de este argumento se permite apreciar un acto o acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables, sean estas de carácter presente o futuro.

Verbigracia:

“...para los efectos del presente estudio es necesario asentar que **no existe disposición constitucional alguna que faculte al Congreso Federal para legislar en materia de Instituciones de Asistencia Privada** y que, por el contrario las Leyes Federales... ..atribuyen dicha facultad a los gobiernos de las entidades federativas...

...Actualmente el concepto de **asistencia social se integra por el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral...**

...**Los sujetos de la recepción de los servicios de asistencia social son preferentemente los menores** en estado de abandono, desamparo, desnutrición o sujetos de maltrato...

...Los ordenamientos legales ya no realizan una clasificación entre servicios de asistencia pública y asistencia privada sino que se reconoce que la labor asistencia persigue un fin social...

...Así, **sí la ley impugnada atribuye a las instituciones de Asistencia Privada del Distrito Federal la prestación de servicios de asistencia social... ..no cabe duda alguna de que cuando el artículo... ..faculta a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para normar la asistencia social**, dicha facultad incluye la de expedir la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal...”<sup>192</sup>

---

192 ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/1999 pp. 312 - 317.

Como se observa, el juzgador apela a la existencia de consecuencias desfavorables, si en su caso, se decidiera privar a la Asamblea de la facultad para expedir la Ley controvertida, toda vez que al no existir dicha facultad en la esfera jurídica del legislativo federal, se dañaría de facto a los sectores ahí enunciados.

- La relación hecho-consecuencia, medio-fin: según se comprenda si las consecuencias de un acto son deliberadas o accidentales, un mismo acontecimiento podrá analizarse desde varias perspectivas, esto es, dependiendo el valor que se desee dar a las consecuencias de un acto, se deberá exponer al mismo, bien como una consecuencia, bien como un fin.

De este modo, cuando mediante la argumentación se pretenda minimizar el peso de la consecuencia, se apelará a su institución como un efecto en la realización del acto; mientras que, cuando se busque maximizar el valor del efecto, se expondrá al mismo como un fin en la realización del acto, calificando a este último como un medio.

- La relación fin-medio: al respecto se debe considerar que en el mundo fáctico existe una relación indisoluble entre los fines y los medios para conseguir éstos. Así, podemos decir que los objetivos se constituyen, se precisan e inclusive se transforman, de acuerdo con la evolución de las estructuras de las que forman parte.

Bajo esta tesitura, debemos advertir que la realización de un determinado fin ha de tener una relación necesaria con el tipo de medio que se seleccione para su consecución.

De este modo, en relación con el fin que se persigue se puede inferir la necesidad de ejecutar un determinado medio por ser éste el idóneo para su consecución.

Por último, dentro de los enlaces de sucesión, distinguiremos a aquellos argumentos que se refieren a la sucesión de acontecimientos o situaciones, que, sin excluir la idea de causalidad, no la exponen en un primer plano.

Al respecto, tenemos:

- Argumentos por etapas: los cuales, a su vez, se dividen en:
  - Argumento del despilfarro: consiste en afirmar que ante la puesta en marcha de una determinada obra aún inconclusa, y dado que para su consecución se han realizado ya algunos sacrificios por parte del auditorio, es preciso continuar su ejecución pues, en caso contrario, dichos sacrificios serían inútiles.
  - Argumento de la dirección: para comprender este argumento, debemos entender primero lo siguiente:

Con anterioridad exploramos la relación fin-medio como una de tipo estático, es decir, establecimos a los medios y sus fines como algo no susceptible de modificación; por ejemplo, diremos que para combatir el hambre es necesario incentivar el empleo, en donde el objetivo es firme y el modo que propugnamos para su resolución también.

Sin embargo, en algunos casos esta relación no puede investirse de dicha fórmula, pues el intervalo de acciones para la consecución del fin último debe dividirse en múltiples secciones, de tal suerte que se construyan fines intermedios o parciales.

Así, regresando a nuestro ejemplo, podríamos decir que para combatir el hambre (fin último), es necesario crear empleos

(fin parcial), para crear empleos debemos incentivar la industria (fin parcial), para incentivar la industria debemos otorgar créditos (fin parcial), para otorgar créditos se deben otorgar incentivos fiscales (fin parcial), etc.

De esta manera vemos que la consecución del fin último dependerá de la consecución de los parciales, los cuales a su vez, estarán condicionados a la aprobación del auditorio.

De este modo, existen situaciones en la cuales el cambio de situación A a Z, puede exponerse discursivamente mediante un solo paso, mientras que en algunas otras dicha exposición deberá plasmarse mediante un procedimiento de tipo A-B, B-C, C-D, etc., hasta llegar a Z.

Así, el argumento de dirección se entiende como la advertencia formulada por el orador contra el uso del procedimiento de las etapas, es decir, en palabras del propio Perelman, como aquel que previene: "...si cede esta vez, usted deberá ceder un poco más la próxima vez, y sabe Dios donde irá a parar usted...".<sup>193</sup>

- Argumento de la superación: dicho argumento surge en oposición al argumento de la dirección, ya que insiste en la posibilidad de conseguir algo más de lo proyectado en primera instancia, pues apela al constante crecimiento en el valor de lo alcanzado hasta ese momento.

Respeto a esta estructura, pensamos que en la acción de inconstitucionalidad 1/99, nuestro máximo Tribunal pudo

---

193 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 435.

recurrir a su implementación, toda vez que mediante la declaratoria de validez de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada, no sólo se defendía el estado de autonomía alcanzado hasta ese momento por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, sino que, además, procuraba la regulación de una materia especialmente importante y poco desarrollada, como lo es el de la Asistencia Privada, dotando a los habitantes del Distrito Federal con un mayor número de derechos sociales que hacer valer frente al Estado.

De esta manera, la validez de la norma procuraría la existencia de facultades por parte de la Asamblea para regular dicha materia y, consecuentemente, establecería como valor agregado, la maximización de la esfera de derechos de los gobernados.

- Enlaces de coexistencia: por este medio se pretende asociar: "...a una persona con sus actos, un grupo de individuos que lo componen y, en general, una esencia con sus manifestaciones...".<sup>194</sup>

En este tipo de enlace no se busca exponer la existencia de una relación entre eventos sino de una relación entre dos realidades de nivel desigual, donde se aprecia que una de dichas realidades es manifestación de la otra, la cual es considerada como más estable y por tanto con valor explicativo.

De este modo, entendemos que un sujeto se relaciona directamente con sus actos, toda vez que éstos se consideran como una expresión de la persona, quien a su vez, es el responsable de los mismos.

---

194 Ibídem p. 404.

No obstante lo anterior, es importante señalar que en dicha relación no se puede dar primacía a ninguno de los dos, pues tanto cabe que los actos influyan sobre la concepción de la persona, como que sea la persona quien influya sobre los actos.

Bajo dicha tesis, Perelman, apunta:

“...Según la manera como asociemos el agente y los actos, desembocaremos en argumentos diferentes en términos de determinismo o libertad...”<sup>195</sup>

De esta manera, hallamos las siguientes especies dentro de la argumentación formulada sobre enlaces de coexistencia:

- De relación acto persona: en este tipo de argumentación se otorga preeminencia a la reacción del auditorio en concordancia con la concepción de la persona.

Así, considerando que la conducta del agente tiende a cambiar la concepción que se tiene del mismo, ya se trate de actos nuevos o de actos antiguos a los que se hace referencia, dicho modelo aprovecha sus virtudes o defectos en aras de la adhesión del auditorio.

Al respecto, Manuel Atienza, comenta:

“...Un tipo de argumento basado en la relación acto persona es el argumento de autoridad, que se sirve de dicha relación como medio de prueba a favor de una tesis...Este es, por ejemplo, el caso del Derecho, donde el precedente judicial se basa precisamente en la noción de autoridad...”<sup>196</sup>

---

195 Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Op. cit. p.169.

196 Atienza, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Op. cit. p.78.

De este modo, creemos importante mencionar la excepción de rigidez relativa que Perelman expone refiriéndose a una persona muerta:

“...es obvio que cuanto más retrocede un personaje en la historia, más rígida se vuelve la imagen que uno se hace de él.

La persona coincidiría entonces con el conjunto estructurado de sus actos conocidos; más concretamente -diremos-, la relación entre lo que es preciso considerar como esencia de la persona y los actos que son sólo la manifestación, está definida de una vez para siempre. Sin embargo, esta rigidez no es más que relativa: no sólo nuevos documentos pueden determinar una revisión, sino, fuera de cualquier hecho nuevo, una evolución de la opinión pública u otra concepción de la historia pueden modificar la concepción del personaje, por la integración en su estructura de actos ignorados antes o por la minimización de actos juzgados importantes hasta entonces...”<sup>197</sup>

- De doble jerarquía: por lo que toca a esta estructura, diremos que las jerarquías funcionan como premisas en los discursos, pues permiten que el orador exponga la conveniencia o inconveniencia, en su caso, de situar un determinado término en un determinado lugar, facultándolo además, para establecer la pertinencia de colocar a uno en el lugar del otro.

En este sentido, debemos distinguir dos tipos de jerarquías fundamentales a saber:

- Las cuantitativas: basadas sobre elementos cuantificables.
- Las cualitativas: fundamentadas sobre elementos derivados de las relaciones sociales.

Así, existe la posibilidad de que en determinados casos: “...una de ellas (las jerarquías) sea cualitativa y la otra sea cuantitativa, como

---

197 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. pp. 456 - 457.

en las correlaciones establecidas en física, entre los colores y las longitudes de onda por ejemplo...”.<sup>198</sup>

- Relativos a diferencias de grado u orden: respecto a ellos, Atienza, señala:

“...un cambio de grado o cuantitativo puede llegar a originar un cambio de naturaleza, un cambio cualitativo, lo que da lugar a diversos tipos de argumentos; por ejemplo, a sostener que no se debe realizar una acción que implique un cambio del primer tipo, si hay razones para no desear un cambio del segundo tipo...”.<sup>199</sup>

En este sentido, pensamos que nuestro máximo Tribunal en materia constitucional, en la resolución 20/2011, pudo apelar a este tipo de argumentación, pues considerando que la admisión de una distinción entre un mexicano por nacimiento y un mexicano por naturalización, sustentado sobre criterios sin impacto para la seguridad nacional o área estratégica, sentaría precedente en futuro para la realización de segregaciones arbitrarias por parte del constituyente permanente.

#### **4.2.1.3. Los argumentos que se fundan sobre la estructura de lo real.**

En el apartado anterior analizamos las estructuras argumentativas que pretenden tener una similitud con las reglas de la lógica formal, así como aquellas que, empleando relaciones de sucesión o coexistencia, permiten indagar las causas a partir de los efectos; sin embargo, de acuerdo con el autor a quien venimos estudiando, existe otro tipo de estructuras que mediante el uso de las relaciones existentes en la realidad y, en específico del caso particular, inquieran la adhesión del auditorio.

---

<sup>198</sup> Ibídem p. 528.

<sup>199</sup> Atienza, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Op. cit. p. 79.

A este tipo de estructuras se les denomina como argumentos que fundan la estructura de lo real, respecto de los cuales derivan las siguientes formas básicas:

- El fundamento por el caso particular: esta forma toma en consideración todas y cada una de las características que envuelven a las situaciones objeto del discurso y las expresan como promedio, esto es, describen una generalidad recurriendo al caso concreto de forma tal que permiten la generalización de una situación como modelo.

Por lo que toca a dicha forma hallamos tres diferentes argumentos a saber:

- Argumento por ejemplo: mediante dicha argumentación el orador expone su inconformidad con una determinada regla particular a través de su manifestación por medio de la ejemplificación.

Bajo esta tesitura es importante recalcar que el orador, para hacer uso del ejemplo, deberá sustentar su idea, cuando menos de forma provisional, como un hecho, esto es, el ejemplo no se puede agotar como una posibilidad.

- Argumento por ilustración: se define como aquel que se emplea con la finalidad de reforzar la adhesión del auditorio a una regla conocida y admitida, mediante la exposición de casos particulares que esclarecen el enunciado general y, que a su vez, muestra el interés de éste por la variedad de aplicaciones posibles.

Como observamos la ilustración se entiende como una contraposición al ejemplo, ya que mientras el primero induce a la desaprobación, la segunda busca la adhesión del auditorio de modo positivo.

Al respecto, Perelman, dice:

“...Aunque sutil, no se ha de desdeñar el matiz entre ejemplo e ilustración, pues permite comprender, no sólo que el caso particular no siempre sirve para fundar la regla, sino que a veces se enuncia la regla para sostener casos particulares que parecen que deben corroborarla...”<sup>200</sup>

- El modelo y el antimodelo: la argumentación basada sobre estas estructuras se refiere exclusivamente a cuestiones relacionadas con la conducta pues sólo ésta puede fungir como medio de inspiración para la acción.

Así, encontramos situaciones en las cuales una conducta se emplea como modelo a seguir, toda vez que la persona o grupo de personas que la ejecutan son reconocidos por el auditorio como sujetos con prestigio, de tal forma que los actos perpetrados por éstos se aceptan de antemano como de valor, es decir, al seguir la conducta estatuida por un modelo, implícitamente, el agente estima que dicha conducta garantiza un valor.

Esta relación expone un vínculo de supra-subordinación entre los individuos que intervienen en la misma, en virtud de que al sujeto denominado como modelo se adjudican características como ser superior, mientras que, por otro lado, el seguidor se cataloga como inferior en correspondencia con éste, lo cual, naturalmente devalúa la eficacia del modelo argumentativo.

Por lo que toca al anti-modelo, éste se instituye como un medio de contraste, toda vez que ínsita a elegir un comportamiento en oposición a una conducta socialmente considerada como reprochable, es decir, se invita al auditorio a tomar una postura contraria a la que adopto un sujeto o grupo de sujetos que se

---

200 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 548.

exponen como tales. La finalidad de dicha argumentación es infundir un efecto repulsivo en el mencionado auditorio.

Con respecto a dichas estructuras, Perelman, apunta:

“...El argumento por el modelo o el anti-modelo puede aplicarse espontáneamente al discurso mismo: el orador que afirma creer en ciertas cosas no las fundamenta sólo con su autoridad. Su comportamiento al respecto, si tiene prestigio, también puede servir de modelo, animar a comportarse como lo hace, y a la inversa, si es el anti-modelo, se alejará de él...”<sup>201</sup>

Al respecto, creemos que nuestro máximo Tribunal, en la resolución 1/99, pudo recurrir al uso de este argumento para emitir sentencia, pues la regulación internacional en materia de asistencia privada constituye un modelo a seguir que el órgano legislativo en el Distrito Federal observó para expedir la Ley controvertida.

- El razonamiento por analogía.

Otro tipo de formas sobre las cuales se pueden sustentar los argumentos que fundan la estructura de lo real, son aquellas basadas en el razonamiento por analogía, comprendido éste como una similitud de estructuras, cuya formula general se expresa en: A es B lo que C es a D.

Bajo dicha tesitura, de acuerdo con Perelman, denominamos como *tema* a la relación aliciente entre A y B, mientras que llamaremos *foro* a la constituida entre C y D, donde la conclusión del razonamiento se halla en el *tema* y los elementos que sustentan al mismo se ubican en el *foro*.

En este sentido, generalmente se conoce mejor o, cuando menos, a mayor abundamiento el contenido y relación habida entre el *foro*, de tal suerte que con apoyo en éste se puede establecer o, bien, esclarecer el valor de cada

---

201 *Ibidem* p. 563.

uno de los términos que componen al *tema*, o en su caso, el valor global de los mismos.

Al respecto, es importante aclarar que entre el *tema* y el *foro* existe una relación de asimetría, es decir, no puede establecerse una correspondencia al estilo de la proporción matemática, esto es, algebraicamente hablando, sí  $\frac{1}{4} + \frac{1}{4} = \frac{1}{2}$ , entonces  $\frac{1}{2} = \frac{1}{4} + \frac{1}{4}$ , pues en tratando de la analogía dicha relación simétrica no permite su validez, ya que el *tema* y el *foro* deben ocupar distintos lugares en el razonamiento.

De este modo, Perelman, apunta:

“...para que exista analogía, el tema y el foro deben pertenecer a campos diferentes; cuando las dos relaciones que se cotejan corresponden a un mismo campo, y se las puede subsumir en una estructura común, la analogía deja sitio a un razonamiento por el ejemplo o la ilustración, al proporcionar el tema y el foro dos casos particulares a una misma regla. Así pues, mientras que ciertos razonamientos se presentan indiscutiblemente como analogías... otros dan lugar a alguna duda al respecto...”<sup>202</sup>

Por último, debemos destacar que el argumento por analogía halla operatividad únicamente en tratando de relaciones, esto es, cuando se pretende fundamentar un argumento bajo una estructura analógica no puede referirse éste de forma exclusiva a los términos que conjugan la situación, pues, en dicho contexto, el orador estaría apelando a una semejanza.

Por lo mencionado, creemos que la analogía posee las siguientes características:

- El conjunto denominado como *foro* debe ser más conocido que el formado por el *tema*.

---

202 *Ibidem* pp. 571 - 572.

- Entre el *tema* y el *foro* debe existir una relación asimétrica.
- *Tema* y *foro* deben pertenecer a campos diferentes.
- En la argumentación debe excluirse la relación de semejanza.

No omitimos señalar que según el autor comentado en presente capítulo, el argumento por analogía no tiene gran importancia en el Derecho, pues según éste: “...el razonamiento por analogía propiamente dicho se limita a la confrontación, sobre puntos concretos, entre derechos positivos distintos por el tiempo, el espacio geográfico o la materia tratada...”<sup>203</sup>

En otro orden de ideas, creemos oportuno indicar que en el sistema jurídico mexicano, por lo que respecta al uso de la analogía como medio argumentativo, se establecen algunos límites, como el consagrado en el artículo 14 constitucional, en su párrafo tercero que a la letra dice:

“...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...”<sup>204</sup>

#### **4.2.2. Técnicas de Disociación.**

En lo que atañe a esta técnica como especie, Galindo Sifuentes comenta que la misma es un tipo de: “... ruptura cuyo objetivo es disociar, separar elementos considerándolos componentes de un todo...”<sup>205</sup>

En este sentido, mediante la disociación no sólo se divide lo que se encuentra en unidad sino, también, se modifican los argumentos por medio de nuevas

---

<sup>203</sup> Ibídem p. 573.

<sup>204</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>205</sup> Galindo, E., *Argumentación jurídica*, Op. cit. p. 90.

subdivisiones, es decir, esta técnica posibilita la búsqueda de nuevas soluciones, constituyéndose así como un medio que permite la conciliación de exigencias opuestas.

Al respecto, Perelman, dice:

“...Por procedimiento de disociación comprendemos aquellas técnicas de ruptura cuyo objetivo es disociar, separar, desolidarizar, elementos considerados componentes de un todo o, al menos, de un conjunto solidario en el seno de un mismo sistema de pensamiento; la disociación tendrá por resultado modificar semejante sistema variando ciertas nociones que constituyen sus piezas maestras...”<sup>206</sup>

Como se puede ver, este procedimiento apela a la existencia de una unidad primitiva entre los elementos que son objeto de la misma, es decir, busca modificar su estructura para evitar su incompatibilidad.

Con ello, la disociación consiste en: “...una transformación provocada siempre por el deseo de suprimir una incompatibilidad, nacida de la confrontación de una tesis con otras, ya se trate de normas, hechos o verdades...”<sup>207</sup>

De este modo, una disociación se configura desde tres campos a saber:

- Normas;
- Hechos, y;
- Verdades.

Así, el prototipo de toda disociación será brindado por la pareja apariencia-realidad.

---

206 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 300.

207 Atienza, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Op. cit. p. 80.

En dicho modelo, la realidad se estatuye como un criterio o norma que permite diferenciar lo que es valido de lo que no lo es en relación con el contenido de la apariencia, es decir, brinda una pauta de reconocimiento entre lo que es compatible de la apariencia, en la realidad.

Al respecto sostenemos que dicha realidad no siempre será acompañada de un criterio preciso que faculte la separación de los términos que constituyen la apariencia, pues en determinadas situaciones la realidad se encontrará limitada por la capacidad cognoscitiva del sujeto.

De esta manera el término realidad posee características que evocan la unicidad y coherencia.

Mientras que por lo que toca a la apariencia, ésta será comprendida como una expresión de lo actual o inmediato en la apreciación del sujeto, caracterizada por vaguedad, indeterminación, multiplicidad e incompatibilidad entre términos.

Así apreciaremos que, mientras la realidad conforma una regla en relación con lo tangible, la apariencia exclusivamente proyectará un espejismo.

En este sentido, la realidad no es exclusivamente un dato que permite el contraste de la apariencia con lo real, sino más bien una construcción que cimienta una regla potencial, cuyo objetivo es jerarquizar los aspectos que constituyen la apariencia, calificándolos como ilusorios, erróneos o aparentes, es decir, la realidad permite valorar y distinguir los elementos de las apariencias que estrictamente representan a lo real.

De este modo, resulta la importancia de la disociación en la argumentación, pues: "...mientras que el estatuto primitivo de lo que se ofrece como objeto de partida de la disociación es vago e indeterminado, la disociación en términos I (apariencia) y

II (realidad) valorará los aspecto conformes con el termino II y desvalorizará los que se oponen a el...”<sup>208</sup>

Partiendo de esta premisa, Perelman formula un conjunto de disociaciones o parejas filosóficas tales como: medio-fin, acto-persona, accidente-esencia, ocasión-causa, relativo-absoluto, teoría-practica, entre otras, las cuales considera como frecuentes en el desarrollo del pensamiento occidental y, que, según Atienza:

“...son usadas en todos los niveles y dominios y juegan un papel eminente en cuanto expresión de una determinada visión del mundo...”<sup>209</sup>

Al respecto, creemos que en las resoluciones 1/99 y 20/2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debió apelar al uso de dicha estructura, pues mediante la creación de un parámetro que desmitificara el fondo perseguido por los grupos promoventes, se debió exhibir, por un lado, la apariencia de los argumentos y, por otro, la realidad de los hechos controvertidos.

### **4.3. Tipos de argumentos.**

Una vez revisadas las diversas estructuras por medio de las cuales se expresan los razonamientos que llevan al juez a la emisión de su sentencia, creemos importante analizar las diversas categorías de argumentos que pueden ser empleados en la misma.

Para lo anterior y sin el afán de limitar las posibilidades argumentativas del sujeto, toda vez que su libertad de creación es tan grande como su imaginación permita,

---

208 Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Op. cit. p. 635.

209 Atienza, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Op. cit. p. 81.

analizaremos dichos tipos de argumentos bajo la óptica que el estudio del maestro Giovanni Tarello expone al respecto.

#### **4.3.1. Tarello.**

El desarrollo de la jurisprudencia se debe en gran medida a los esfuerzos realizados por los encargados de impartir justicia a lo largo de la historia, pues como es lógico pensar, son éstos quienes en última instancia tienen contacto con la realidad que cobija los casos concretos, esto es, desempeñan un papel como conectivos directos entre el sistema jurídico y la realidad social.

Así, encontramos que, el profesor Giovanni Tarello, partiendo de la idea arriba comentada, formula un examen respecto de trece tipos de argumentos, que, en su perspectiva, permiten interpretar los textos jurídicos en función de la intención que se atribuye al legislador.

Sentado lo anterior, analizaremos los siguientes argumentos:

- *Argumento a contrario.*

Por lo que toca a este tipo, se comprende como:

“...un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una determinada proposición jurídica, que afirma una obligación de un sujeto, a falta de una disposición expresa se debe excluir la validez de una proposición jurídica diferente que afirme esta misma obligación con respecto a cualquier otro sujeto...”<sup>210</sup>

Obsérvese que a través de este argumento excluimos, ya sea la realización de una determinada conducta, ya se la necesaria omisión de la misma, en

---

210 Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Op. cit. p. 78.

virtud de que a través de éste regulamos una obligación sea en sentido positivo (de acción) o negativo (de omisión).<sup>211</sup>

- Argumento *a simili*.

Este argumento se emplea cuando dada una proposición jurídica que afirma una obligación para un sujeto, esta misma obligación existe respecto de cualquier otro sujeto cuya situación en cuanto a características sea de tal grado similar, que se pueda afirmar que la razón que determinó la regla para el primer es válida para el segundo.

En este sentido, Ernesto Galindo, opina:

“...(el argumento *a simili*) es el procedimiento mediante el cual, existiendo un enunciado normativo que predica una cualificación normativa de un sujeto o una clase de sujetos, se debe concluir que vale un enunciado normativo diferente al tenor del cual la misma cualificación normativa es aplicable a otro sujeto o clase de sujetos que tengan con los primeros una semejanza asumida como relevante...”.<sup>212</sup>

De lo anterior desprendemos los siguientes requisitos de operatividad:

- Dicho argumento exclusivamente podrá ser empleado sí existe una proporcionalidad entre los casos e igualdad en cuanto a sus efectos jurídicos.
- Su uso sugiere la existencia de un criterio de equidad que permita dar un mismo tratamiento jurídico a lo que es igual y pertenece a la misma categoría.

Por lo que trata a su estructura observamos:

---

211 Ver Los argumentos cuasi lógicos, en este mismo Capítulo.

212 Galindo, E., *Argumentación jurídica*, Op. cit. p. 211. Ver *Los argumentos basados en la estructura de lo real*, en el presente capítulo.

- Debe existir un supuesto de hecho (en la realidad) que no esté regulado expresamente en una norma jurídica y respecto del cual no se establece consecuencia alguna.
- Debe existir un supuesto de hecho que esté expresamente regulado en una norma jurídica y respecto del cual se establece una consecuencia también jurídica.
- Debe existir una semejanza relevante y esencial entre el supuesto del hecho regulado y el no regulado.

Así, los casos en virtud de los cuales se puede apelar al empleo de este tipo de argumento son:

- Cuando la ley expresa una norma cuyo contenido señala hechos, conceptos o criterios generales y no determinados por notas particulares, que conducen al juzgador a la estimación e investigación de sentido en el caso concreto.
- Cuando la ley simple y llanamente no dice nada en relación con el caso concreto.
- Cuando existiendo una incompatibilidad normativa de un mismo nivel, las normas en conflicto se vuelven recíprocamente ineficaces.

De este modo, nuestro máximo Tribunal, debió apelar a su uso en el caso planteado por la acción de inconstitucionalidad 20/2011, pues la distinción formulada por la ley carecía de fundamento, aun más pensando que la misma prohíbe tajantemente la discriminación y el trato desigual y, en la cuestión ventilada dicha distinción no tenía lugar.

Por último creemos importante recordar, tal y como en el apartado pasado señalamos, que en el sistema jurídico mexicano este tipo argumentativo encuentra limitaciones en cuanto a su uso por lo que respecta al orden criminal.<sup>213</sup>

- *Argumento a fortiori.*

Este tipo de argumento se entiende como:

“...un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una proposición normativa, que afirma una obligación de un sujeto, hay que concluir la validez y la existencia como disposición jurídica de una disposición jurídica diferente que afirma esta misma obligación de un sujeto que está en estado de merecer, con mayor razón que los primeros, la calificación normativa que la primera disposición normativa concedía a éstos...”<sup>214</sup>

Por lo que toca a esta figura, hallamos dos vertientes a saber:

- *A minori ad maius*: la cual es aplicable en tratando de prescripciones negativas, es decir, quien no puede lo menos, no puede lo más.
- *A maiore ad minus*: cuya aplicación se presenta en tratando de prescripciones positivas, es decir, quien puede lo más, puede lo menos.

- *Argumento a completudine.*

Dicho argumento puede denominarse también como de carácter completo, ya que se instituye como el procedimiento discursivo por medio del cual, ante la inexistencia de una disposición normativa que califique la posible conducta de un sujeto en lo que toca a todo comportamiento materialmente posible, se debe presumir la existencia y validez de un criterio normativo

---

213 Ver Artículo 14 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

214 Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Op. cit. p. 79.

que atribuya a todos y cada uno de los comportamientos no regulados ya sea un carácter de siempre indiferentes, siempre obligatorios, siempre prohibidos o siempre permitidos.

Este argumento se funda sobre la idea de que todo sistema jurídico es completo y por tanto debe contener una regla general concerniente a todos los casos que no se hallen regulados por una disposición jurídica especial.

Al respecto, pensamos que si bien, tal y como lo estudiamos en el primer capítulo de la presente exposición, el uso de dicho argumento fue ampliamente acogido en los albores del siglo XIX, no existe, lógicamente hablando, un sustento que cimiente la creencia de un sistema jurídico que contemple en su entramado normativo todas y cada una de las conductas ejecutables por el ser humano, por lo cual refutamos su uso en lo que toca a una justificación interna.

No obstante lo arriba esgrimido y, recordando que los argumentos expuestos por Tarello refieren a un punto de vista material, pensamos que en lo que respecta a la justificación externa de la resolución, su uso puede ser considerado como válido.<sup>215</sup>

Lo anterior así, toda vez que en tratando de justificación interna hacemos referencia a la validez lógica de la argumentación, es decir, a su compatibilidad, lo cual permite apelar a la figura del tercero excluido para decir que un determinado argumento dado su contexto u objeto, es o no, compatible con el sustento argumentativo que se pretende formular.

Por otro lado, en lo que respecta a la justificación externa, el argumento a *completudine* faculta decir que el caso expuesto ante un determinado tribunal al no estar regulado de forma expresa, deberá ser interpretado

---

215 Ver *Ibidem* p. 81.

según el criterio que decidamos sustentar, ya sea de permitido, prohibido, etc.

Así, por ejemplo, en el sistema jurídico mexicano vemos que por lo que se refiere a actos de autoridad, lo que no está expresamente facultado se entiende prohibido, y por lo que toca a los particulares, lo que no está expresamente prohibido se entiende permitido.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pudo esgrimir en la resolución 1/99, el hecho de que toda norma no reservada al Congreso de la Unión se entiende concedida a las legislaturas locales, como, en el caso, lo es la Cámara de Representantes del Distrito Federal.

- *Argumento a coherentia.*

Mediante este argumento se expresa de la idea de que: "...un legislador razonable no puede regular una misma situación de dos maneras incompatibles, de manera que existe una regla que permite descartar una de las dos disposiciones que provocan la antinomia..."<sup>216</sup>

Al igual que el tipo arriba tratado, se parte de las premisas de coherencia y plenitud del sistema jurídico, según las cuales el propio sistema desde su formación contemplaría la preexistencia de una solución para el caso concreto.

- *Argumento psicológico.*

Este tipo de argumento, empleado cotidianamente no sólo por los tribunales sino también por buena parte de los juristas mexicanos, consiste en la búsqueda de la voluntad del legislador al momento de creación de la ley,

---

216 Idem.

sustentada, eminentemente sobre el contenido de los trabajos preparatorios.

Así, Perelman, expone:

“...(el argumento psicológico) entraña una investigación que permita precisar cuál fue la razón de la ley, reconstruyendo la intensión del legislador y teniendo en cuenta el problema concreto que tenía que resolver, así como los principios generales a que se refirió, las enmiendas introducidas en el proyecto primitivo, etc...”<sup>217</sup>

- Argumento histórico.

El argumento histórico supone la continuidad de un criterio normativo por parte del legislador, entre tanto éste no modifique las disposiciones que regulan una determinada situación o conducta.

Es un tipo de argumento que presume que: “...el legislador es conservador y que permanece fiel a la manera mediante la cual quiso regular una determinada materia, a menos que se hayan modificado expresamente los textos legales...”<sup>218</sup>

Por ejemplo:

“...En efecto, aunque como se ha visto a lo largo de la historia de nuestro país se han diferenciado perfectamente la asistencia pública y la privada, lo cierto es que actualmente la labor asistencial tanto del sector público como privado persigue un fin social, lo que ha traído como consecuencia que la finalidad de la asistencia sea social, con independencia de la naturaleza de los recursos (públicos o privado) de los entes que la prestan...”<sup>219</sup>

- Argumento apagógico.

---

217 *Ibíd*em p. 82.

218 Galindo, E., *Argumentación jurídica*, Op. cit. p. 214.

219 ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/1999 p. 273.

Este argumento es conocido también como de reducción al absurdo, pues parte de la idea de que el legislador como ser eminente razonable jamás consideraría la posibilidad de que una interpretación de la norma conduzca a consecuencias ilógicas o incompatibles, es decir, excluye la posibilidad de que en el sistema jurídico se encuentren disposiciones que sujetas a interpretación deriven en consecuencias inocuas.

Al respecto, nos parece vital apuntar que la falta de lógica entre consecuencias no apunta a la presencia de una solución justa o injusta, sino exclusivamente a la inoperatividad de las mismas dada su aplicación.

Así, pensamos que a través de este argumento se puede apelar en favor de decisiones judiciales que se sustenten no solo sobre lo racional sino sobre lo más razonable, toda vez que al existir incompatibilidad de consecuencias se puede recurrir a la aplicación de aquellas que, dado un caso concreto, resulten las más razonables.<sup>220</sup>

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sentencia 1/99, pudo emplear este argumento, pues resulta ilógico pensar que el legislador federal hubiere cerrado su puerta y la del local para regular lo concerniente a la asistencia privada en el Distrito Federal.

- Argumento teleológico.

En primer lugar debemos destacar, en relación con este tipo, que frecuentemente suele ser confundido con el argumento psicológico, dado que en ambos casos apela a la voluntad del legislador al momento de dictar la norma, sin embargo, la diferencia radica en que mediante el teleológico se constriñe el análisis del espíritu y finalidad de la ley, no sólo mediante el

---

<sup>220</sup> Ver Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

estudio de los trabajos preparatorios, sino también a partir de consideraciones emanadas del propio texto normativo.

En dicho sentido, mediante este argumento se busca sortear la dificultad que expone el paso del tiempo en la interpretación del Derecho, pues, si las condiciones del tiempo en el cual se formula la interpretación difieren al contexto en que se dictó la norma, el análisis de los textos y debates abiertos a ese momento no serán suficientes para dilucidar las discusiones presentes.

Por ejemplo:

“...conforme a la interpretación teleológica del concepto de asistencia social, podemos señalar lo siguiente:...

...a) Actualmente el concepto de asistencia social se integra por el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral...

...b) Los sujetos de la recepción de los servicios de asistencia social preferentemente son...

...c) Los sujetos activos de la prestación de los servicios en materia de asistencia social son...

...d) Corresponde a los gobiernos de las entidades federativas en materia de salubridad general, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones ejercer todo lo relativo a la prestación de los servicios de salud en materia de asistencia social...

...Entonces conforme a esta interpretación podemos concluir que:

1) Los ordenamientos legales ya no realizan una clasificación entre servicios de asistencia pública y asistencia privada sino que reconoce que la labor asistencial persigue un fin social...

...2) La Asistencia Social está constituida por un conjunto de acciones dirigidas al conglomerado social...

...3) La Asistencia Pública, actualmente esta constituida por las acciones que en materia de asistencia social realiza el Estado...

...5) Recientemente, también existen acciones en materia de asistencia social que realizan las instituciones de carácter social y al cual se le denomina sector social...

...Así... no cabe duda alguna de que... dicha facultad incluye la de expedir la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal...”<sup>221</sup>

- Argumento económico.

A través de este tipo de argumento se: “...afirma especialmente que se debe descartar una interpretación cuando, si se admitiera, el texto se limitaría a repetir lo que resultaba ya de un texto legal anterior y sería por eso mismo superfluo...”<sup>222</sup>

Dicho argumento tiene como finalidad el excluir de la argumentación a toda aquella interpretación que entrañe una redundancia.<sup>223</sup>

- Argumento *ab exemplo*.

Por medio del argumento *ab exemplo*, se permite al orador fundamentar la interpretación de la ley sustentado sobre resoluciones emitidas con anterioridad por el propio Tribunal, es decir, posibilita el empleo de precedentes o, en algunos casos, hasta de soluciones acordes con la doctrina generalmente admitida.

- Argumento sistemático.

La comprensión de este tipo argumentativo parte del entendimiento del ordenamiento jurídico como un sistema, es decir, como algo ordenado, cuyos elementos pueden y deben interpretarse en función del contexto en que se insertan, esto es, de modo armónico e integrador.

---

221 ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/1999 pp. 313-317.

222 Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Op. cit. p. 83.

223 Ver los Argumentos válidos y eficaces, en este mismo Capítulo.

Ejemplo:

“...Así, de las disposiciones federales ya precisadas, interpretadas sistemáticamente, podemos concluir lo siguiente:

I. Asistencia Social, es el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impidan al individuo su desarrollo integral...

...II. La Asistencia Social es un tipo de los servicios de salud que deriva del derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 4º, tercer párrafo de la Constitución Federal...

...III. La Federación, las entidades federativas y los sectores social y privado concurren en la prestación de los servicios de asistencia social...”<sup>224</sup>

- Argumento naturalista.

En lo que respecta al mismo, Perelman, dice:

“...El argumento naturalista o de la naturaleza de las cosas o hipótesis del legislador impotente extrae sus conclusiones del hecho de que, en una situación dada, es inaplicable un texto de la ley porque a su aplicación se opone la naturaleza de las cosas...”<sup>225</sup>

#### **4.3.2. Argumentos persuasivos y convincentes.**

En el apartado anterior hemos plasmado algunos de los argumentos que pueden ser empleados en la estructura argumentativa sustentada por Perelman al seno de la nueva retórica, sin embargo, pensamos que dichos argumentos a su vez pueden ser clasificados dependiendo las características y demás especificidades del caso en que se expongan.

---

224 ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/1999 p. 300.

225 Idem.

Para lo anterior, creemos necesario definir que comprendemos por cada uno de dichos conceptos, esto es, que es un argumento persuasivo y que es un argumento convincente.

#### **4.3.2.1 Persuasivos.**

Como hicimos mención en el capítulo tercero del presente trabajo, la persuasión tiene lugar cuando se logra la adhesión del auditorio particular a una determinada tesis, por lo cual, diremos que todo aquel argumento esgrimido con la finalidad de conseguir la adhesión de un auditorio de dicho talante podrá denominarse como persuasivo.

Al respecto, debemos recordar que nuestro auditorio particular se halla constituido en función de los efectos de la contienda, por lo cual, por ejemplo en lo que respecta a un juicio de orden civil en el cual se desahogue una acción especial hipotecaria, tendremos que nuestro auditorio particular se constituirá:

- El acreedor que busque ejecutar la hipoteca, como actor.
- El deudor como demandado.

En este sentido, toda la argumentación que busque adherir al actor y al demandado a una determinada tesis desempeñara el papel de argumento persuasivo.

Por ejemplo, en el caso arriba planteado, una propuesta por parte del acreedor tendiente a desistirse de acción siempre y cuando el deudor se obligue a pagar el monto de la deuda en un determinado plazo (transacción), se constituye como un argumento persuasivo, pues hipotéticamente es aceptado por todos los miembros que constituyen al auditorio particular, y además en nuestro ejemplo decide el problema.

Es importante recalcar que en nuestra óptica, el éxito o fracaso del argumento en cuanto a la consecución de la adhesión no delimita su característica como persuasivo o no, pues como se verá más adelante, dicha cuestión depende de otro criterio de clasificación, es decir, el pertinente a su eficacia.

#### **4.3.2.2. Convincentes.**

Por otro lado diremos que un argumento es convincente cuando el mismo se formule con la intención de adherir al conglomerado de sujetos que componen el auditorio universal a una cierta tesis.

Al respecto es vital formular las siguientes anotaciones:

- Si bien es cierto que en el capítulo anterior al referirnos a la estructura y elementos constitutivos del auditorio universal, hemos negado la existencia de argumentos estrictamente convincentes, dicha negación se formuló con la finalidad de refutar la existencia de un auditorio universal en términos de Perelman, pues como ahí mismo se precisó, la existencia de criterios subjetivos relacionados con escalas de valores o sustentados sobre gustos y preferencias, hace imposible afirmar, bajo dichos parámetros, la existencia de argumentos con validez universal.

Es decir, desde nuestro punto de vista no existen argumentos que sean o puedan ser aceptados de ante mano por todos los seres racionales que conforman a la humanidad, a no ser que los mismos refieran a situaciones empíricas y universalmente comprobadas que no admitan excepción.

- Con base en ello, dijimos que nuestro auditorio universal, a diferencia de lo expuesto por Perelman, se comprende como un conjunto de

sujetos que propensos a la adopción de una tesis por medio de la razón y con interés, sea por gusto u obligación, conocen la exposición de una determinada tesis,

Consecuentemente, opinamos que si en un determinado caso se expone un argumento con la finalidad de adherir a los sujetos que componen al antes citado auditorio universal, éste debe considerarse como un argumento convincente.

Por ejemplo, la acción 1/1999, referente a la inconstitucionalidad de la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal, el auditorio universal se hallaba formado por:

- Los diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Gobierno del Distrito Federal.
- La Asamblea Legislativa del Gobierno del Distrito Federal.
- El Jefe de Gobierno del Distrito Federal.
- La Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Las Instituciones de Asistencia Privada con sede en el Distrito Federal.
- La opinión pública nacional con interés en conocer del debate y su resolución.
- La comunidad internacional con interés en conocer del debate y su resolución.

Así, cualquier argumento formulado con la finalidad de adherir a dicho auditorio a una determinada tesis se constituyó como un argumento convincente.

Por último debemos destacar que, al igual que con los argumentos persuasivos, el éxito o fracaso del mismo en cuanto a la consecución de la adhesión no delimita su característica como convincente o no.

### 4.3.3. Argumentos válidos y eficaces.

En el presente apartado proponemos analizar una nueva forma de clasificar a los argumentos según dos criterios a saber, el primero relativo a su validez y el segundo referente a su eficiencia.

Para lo anterior, creemos vital exponer en primer lugar que se entiende cuando se hace referencia a los términos de validez y eficiencia.

#### 4.3.3.1. Validez.

Por lo que respecta al concepto de validez, existen tres diferentes acepciones bajo las cuales el mismo puede ser analizado, esto es:

- Un concepto sociológico, en donde: "...una norma vale socialmente si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción...".<sup>226</sup>
- Un concepto ético, según el cual:

"...la validez de una norma del derecho natural o del derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento (positivo), sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral...".<sup>227</sup>
- Un concepto jurídico, que refiere la validez de la norma como dependiente a su creación por parte de un órgano competente, el cual ha de ceñirse a los procedimientos instituidos para su formulación y que además no vulnera algún derecho con rango o jerarquía superior.

Bajo dicha tesitura, García Máynez, comenta:

---

<sup>226</sup> Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 87.

<sup>227</sup> *Ibidem* p. 88.

“(la validez se comprende como un conjunto de)... criterios de solución de conflictos entre preceptos pertenecientes a un mismo ordenamiento, (que) no son principios lógicos, sino normas positivas...”<sup>228</sup>

De dicha forma, considerando esta última acepción como la indicada para definir el concepto de argumento válido, creemos que este debe ser entendido como el conjunto de criterios a los que un orador se ceñirá para evitar la existencia de conflictos entre los argumentos que ha de emplear en el desarrollo de su argumentación ante un determinado auditorio.

Es importante destacar que la validez de un argumento bajo los parámetros que pretendemos estatuir, no se refiere a su sentido lógico, es decir, a su estructura formal, sino más bien a su compatibilidad en relación con todos los demás argumentos que han de ser utilizados en la argumentación.

Al respecto, debemos recordar que desde nuestro punto de vista, la justificación de una determinada resolución, debe ser formulada desde dos perspectivas a saber:<sup>229</sup>

- Una interna, referente a la estructura netamente lógica de la argumentación, es decir, su validez en un sentido estrictamente lógico, y;
- Una externa, en la cual, la función del argumento se desempeña en lo que toca a su compatibilidad con el caso concreto que se analiza en el debate o discusión.

Así, un argumento será válido, sí y solo si, su estructura y contenido es compatible con la estructura y contenido del otro u otros argumentos que integren la argumentación, de tal forma que, planteado el objetivo de la misma, todos ellos en su conjunto se estatuyan como idóneos para conseguir la adhesión del auditorio.

---

<sup>228</sup> García Máñez, E., *Introducción a la lógica jurídica*, Op. cit. p. 38.

<sup>229</sup> Ver *Lógica Jurídica*, en el Capítulo dos de la presente exposición.

Con ello, desde nuestro particular punto de vista, la validez del argumento no se resumirá exclusivamente a su idoneidad como medio de adhesión en cuanto al caso concreto que se analice a su luz, toda vez que, tal y como precisamos en el primer capítulo de la presente exposición, creemos que absolutamente ninguna clase de argumentación puede ser concebida en razón de un único argumento.

#### **4.3.3.2. Eficacia.**

Como hemos dicho, es conveniente recordar los muy diversos sentidos que el termino eficacia posee en relación con la ciencia jurídica, ya que de dicha forma nos hallaremos en posibilidad de establecer su funcionalidad en términos de argumentación jurídica.

Así, distinguiremos en primer lugar un doble aspecto en el uso del vocablo consistente en:

- Sentido interno, esto es, como la capacidad de la norma para la producción de efectos jurídicos, y;
- Sentido externo, es decir, como la capacidad que la norma jurídica tiene para motivar de hecho la conducta de sus destinatarios.

Respecto a este segundo sentido es que basamos nuestra exposición, toda vez que en términos concretos la eficacia de un argumento no es trascendental como generadora de consecuencias jurídicas, sino más bien como detonador de conductas, pues nos permite comprender por qué un determinado argumento puede o no funcionar como herramienta asequible en la consecución de la adhesión.

De esta manera pensamos que el valor de la eficacia analizada desde un sentido externo, a su vez se puede ser expuesta bajo tres diferentes parámetros:

- De correspondencia, donde la conducta observada por el sujeto tiene una correlación directa con la norma *per se*.

Bajo dicha tesisura:

“...la afirmación de que una norma es eficaz, en este sentido, podría limitarse a constatar que se produce una correspondencia entre la conducta real de ciertos sujetos y la conducta que una norma, dirigida a ellos, establece como prescrita...”<sup>230</sup>

No obstante, resulta evidente resaltar el hecho de que dicha correspondencia entre la norma y la conducta de los sujetos normados no necesariamente ha de obedecer en todo momento a una misma razón, es decir, deben existir distintas motivaciones o sustentos que produzcan la misma.

Por ello, afirmamos que dicha correspondencia debe obedecer en términos generales a dos distintas razones:

- Simple coincidencia, en la cual el destinatario de la norma observa la conducta regulada por una razón absolutamente independiente de la norma misma, como lo puede ser una costumbre individual o colectiva.
- Cumplimiento, que se observa, ante el conocimiento de la norma y su contenido, cuando el sujeto normado exterioriza un acto de obediencia a la misma, el cual puede ser razonado por diversos motivos como:
  - El temor a la sanción, que se constituye como el más usual de los motivos, según el cual se excita la conducta social deseada a través de la amenaza de

---

<sup>230</sup> Hierro, Liborio, *La Eficacia de las norma jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 75.

una medida coercitiva, en donde la conducta deseada obedece a ciertos fines.

En este orden de ideas estimamos pertinente señalar, algunos posicionamientos en relación con este punto, mencionan que la acción de obediencia del sujeto no puede adjudicarse de forma estricta al temor por la sanción sino, a un cálculo de costo-beneficio realizado por el sujeto que "...adopta frente a las normas jurídicas una actitud en que lo único relevante son las sanciones que el orden jurídico amenaza con imponer en caso de incumplimiento..."<sup>231</sup>

- La utilidad, en donde se observa que la conducta del sujeto se exterioriza, asumiendo de forma intuitiva que en la mayor parte de las situaciones cotidianas es más fácil seguir la regla vigente.

En dicho tenor, la conducta obligada por la norma no debe suscitar para el sujeto un conflicto de carácter interno en cuanto a criterios morales y de interés.

- El respeto al orden, el cual, según diversos autores psicosociales, es producto del proceso de socialización del individuo, mediante el cual los miembros de una sociedad aprehenden sus normas y adquieren sus hábitos, valores y pautas de comportamiento.
- El respeto a la autoridad, derivado del concepto de legitimidad, que opera como:

---

231 Ibídem p. 101.

“la circunstancia de que, al lado de los otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que debe ser...”<sup>232</sup>

- La adhesión, que proviene de la internalización de la conducta por parte del sujeto, es decir, el cumplimiento de la norma por parte de éste se ejecuta por que dicho sujeto la hace suya.
- De aplicación, la cual puede ser concebida desde dos diferentes puntos de vista:
  - Como la conformidad de la conducta con la norma, en donde se entiende que la eficacia surge con la anuencia del sujeto normado para con la norma.

Creemos importante señalar que el debido acatamiento de una norma no se constituye como elemento de su existencia, es decir, en palabras de Raz:

“...el hecho de que sean desatendidas por la población es irrelevante... puesto que pertenecen a un sistema caracterizado por la aplicación organizada de las leyes por órganos especialmente establecidos, incluso las leyes ampliamente desatendidas o incumplidas son leyes en la medida que sean reconocidas por estos órganos...”<sup>233</sup>

- Como aplicación estricta, en la cual una norma jurídica será eficaz en razón de que: “...un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de la norma

---

232 Idem.

233 Raz, Joseph, *El concepto de Sistema Jurídico: Una introducción a la teoría del Sistema Jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986, p. 201.

por su destinatario y, si ello no es posible, le imponga una sanción prevista para el caso de incumplimiento...”.<sup>234</sup>

- De éxito, comprendido éste como el grado de consecución del estado de cosas que el editor de la norma se propone mediante su dictado.

Así, la eficacia de la norma se medirá en función de:

- El estado de cosas previo, esto es, la forma en la cual se hallaba la situación o conducta regulada antes del arribo de la norma.
- Los propósitos del legislador, comprendidos como los fines de la regulación, sea que éstos sean claros o no.
- Le eficacia como su cumplimiento o aplicación.
- El estado de cosas resultante.

Una vez analizadas las diversas acepciones bajo las cuales se ubica el término eficacia, creemos posible externar que, desde nuestra perspectiva, son argumentos eficaces aquellos que se expresan en parámetros bien de aplicación o bien de éxito, toda vez que el uso de los mismos se fundamentará:

- Por creer que nuestro auditorio presta su conformidad respecto de la conducta sobre la cual buscamos su adhesión.
- Por saber que la conducta sobre la cual buscamos adhesión es siempre o mayoritariamente aplicada por los órganos jurisdiccionales.
- Por apelar a un mejor estado de cosas en virtud de la aplicación de la conducta sobre la cual buscamos adhesión.

---

<sup>234</sup> Hierro, Liborio, *La Eficacia de las norma jurídicas*, Op. Cit. p. 140.

Así, cualquier argumento que no contribuya a la adhesión del auditorio bajo alguna de las hipótesis planteadas, no deberá ser considerado como eficaz y por consiguiente no debe ser empleado en nuestra estructura argumentativa.

#### **4.4. Aplicación de las ideas de Perelman en la argumentación jurídica actual.**

A lo largo del presente trabajo realizamos una sucinta exposición de las ideas sustentadas por Chaim Perelman en relación con la nueva retórica y su argumentación; de tal forma que para finalizar el mismo creemos pertinente sustentar las razones por las cuales desde nuestra perspectiva dicha teoría se impone como de necesario estudio en el análisis de la argumentación jurídica actual y, consecuentemente, debe ser acogida por nuestra legislación para el estudio argumentativo realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Para lo anterior, nuestro razonamiento establece como punto de partida las siguientes premisas:

- Sí bien es cierto que el avance de la argumentación jurídica en su contexto actual no puede ser adjudicado de forma directa al estudio desarrollado por el comentado autor, no debe pasar desapercibido el hecho de que buena parte de sus ideas se han forjado como motor de impulso para el progreso de la disciplina jurídica actual.
- La expresión de conceptos tales como: auditorio universal o particular, exponen un campo fértil en relación con discusiones tendientes a la definición sobre existencia de argumentos con validez universal e inclusive, relacionadas con figuras como las prenociones.

De este modo cuando hablamos de la nueva retórica y su argumentación hallamos su funcionalidad en cuestiones tales como:

- La definición del auditorio al que ha de dirigirse la argumentación.

La posibilidad que brinda la nueva retórica de distinguir entre diversos tipos de auditorios, nos permite realizar una elección de argumentos acorde con el objetivo que se busca a través del discurso, ya sea el adherir a un número indeterminado de sujetos a nuestra opinión, o bien, exclusivamente adherir a aquellos que por su condición pueden colaborar en la consecución y éxito de nuestra pretensiones.

Por ejemplo, al presentar una acción cambiaria ante un determinado tribunal, nuestro objetivo no será el conseguir el aval unánime de la sociedad para hacer valer el título de crédito ante el demandado, sino única y exclusivamente el cobrar la cantidad numeraria que en dicho título éste consignada.

Así, nuestra argumentación no deberá apelar necesariamente a criterios de convencimiento en relación con el auditorio universal, sino única y exclusivamente en lo que toca al juez, y en su caso, si se recurriese a un medio alternativo como la transacción, por lo que toca a la persuasión del demandado, en lo que definiríamos como nuestro auditorio particular.

Igualmente y por lo que respecta a la figura del juez, su argumentación no responderá necesariamente y en todo momento al convencimiento del auditorio universal, pues como es comprensible, existirán determinadas situaciones en las cuales exclusivamente las partes en contienda serán interesadas en la decisión del caso, es decir, nos encontraremos en situaciones en las cuales el auditorio universal sea tan estrecho, que casi podrá confundirse con el particular.

Lo anterior no significa que amparemos la formulación de decisiones arbitrarias por parte del órgano estatal encargado de administrar justicia pues, como hemos explicado con anterioridad, todas y cada una de ellas deben revestir de una correcta fundamentación y motivación en aras del respeto a la certeza y seguridad jurídicas.

Sin embargo, pensamos que la definición de auditorios permite la flexibilización y acercamiento entre el sistema jurídico y la sociedad.

- El conocimiento previo de nuestro Auditorio.

Por lo que se refiere a este punto, Perelman hace un importante llamado en el sentido de que la argumentación no sólo ha de sustentarse sobre los elementos de actualidad que imperan o caracterizan la cuestión sujeta a resolución, sino también en aquellos que durante el tiempo y en perspectiva de los miembros del auditorio se han estatuido como esenciales en el análisis del mismo.

Esta perspectiva historicista apela a la conciencia moral del auditorio, toda vez que con base en la dinámica de su evolución, busca emitir un cierto tipo de resoluciones que tiendan al cumplimiento de los fines y características culturales del cúmulo social en que se formulan.

Lo anterior, en nuestra perspectiva, puede considerarse como una grave inconsistencia en la teoría que venimos analizando, toda vez que abre la puerta a su instauración como un medio de coacción por parte del Estado para impedir el pleno desarrollo de los derechos del gobernado, ya que apelando a hechos históricos se podría coaccionar el pleno ejercicio de las prerrogativas del ciudadano.

De esta manera, creemos que la idea de Perelman debe ser reformulada en el sentido de expresar que, si bien es cierto, la solución de las controversias ventiladas ante un determinado tribunal no deben sustentarse exclusivamente sobre los “modismos” en boga al momento de emisión, ello no quiere decir que el peso histórico de la sociedad pueda quebrantar o limitar el ejercicio y disfrute de los derecho fundamentales.

Así, diremos que en la argumentación jurídica actual se deben tomar en cuenta, cuando menos como referentes, los criterios e ideas que en un determinado

contexto social han valido para el desarrollo de sus relaciones, siempre y cuando con el llamamiento de dichos criterios no se vulneren los derechos fundamentales.

- La elección de la técnica discursiva a emplear.

Así como es importante conocer el tipo y composición del auditorio al que buscan adherir nuestras pretensiones, es también vital seleccionar una técnica discursiva que nos permita conseguir su apoyo a través de la razón.

- La selección de los argumentos.

Antes de elegir la técnica discursiva a la cual ceñiremos nuestra exposición, es importante seleccionar de entre todo el entramado de argumentos que tengamos a nuestra disposición, aquellos que se estatuyan como compatibles y complementarios en aras conseguir la adhesión del auditorio.

Como expresamos con anterioridad, la cantidad de argumentos que un sujeto posee para la formulación de su argumentación es de carácter ilimitado, es decir, éste tendrá tantos argumentos como imaginación posea para concebirlos.

De este modo, propugnando por que una previa selección de argumentos permite la libre estructuración de la argumentación, proponemos los siguientes parámetros de selección:

- o El sujeto se hace con la mayor cantidad de información que pueda obtener con relación al caso concreto, sea que ésta la obtenga de forma directa o indirecta, es decir, por hechos indubitables y fidedignos o a través de indicios.

En lo que respecta a la materia judicial, de acuerdo con los criterios instituidos por nuestra legislación vigente, dicha información provendrá en forma casi exclusiva de la ley y, en su caso, de las

conjeturas que con base en ella se puedan formular respecto de la situación analizada.<sup>235</sup>

- Todos y cada uno de estos argumentos entrañaran una carga específica relacionada con su origen, sea de carácter moral, sentimental, político, ideológico, jurídico, económico, etc.

Por lo que se refiere al ámbito jurisdiccional mexicano, dada la nula posibilidad de allegar información fuera de los medios establecidos de forma estricta por la ley, dicha selección se limita a argumentos con carga exclusivamente jurídica, esto es, deja de lado el análisis de cuestiones controvertidas cuyo contenido no es legal.

- Ante dicha coyuntura, el sujeto realiza una primera definición de argumentos acorde con el resultado del debate dado en cuanto a auditorio interno se refiere, es decir, expuesto el universo de argumentos seleccionará en primera instancia sólo aquellos que en realidad lo convencan a él, sin que en dicho punto trascienda la compatibilidad o carga específica de los mismos.

Dicha selección en lo que toca al procedimiento judicial regulado por nuestro sistema jurídico es similar, aunque con la limitante de referirse a argumentos con sólo un tipo de carga determinada, esto es, la jurídica.

- Definidos estos nuevos argumentos, el sujeto llevará acabo un segundo análisis pertinente a la compatibilidad de los mismos. (Análisis de validez)

---

235 Es importante recalcar que si bien en materia constitucional son admisibles todo tipo de pruebas, las mismas han de referirse casi en forma exclusiva a cuestiones de eminente legalidad, razón por la cual afirmamos su inexorable carga jurídica. Ver Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dicho análisis deberá desarrollarse bajo criterios estrictamente de compatibilidad, es decir, se formulará con la finalidad de que todos los argumentos que se seleccionen para estructurar la argumentación, se estatuyan en conjunto como los idóneos para conseguir la adhesión del auditorio a quien se dirige el discurso.

Por lo que toca ha dicho análisis de validez en el ámbito judicial, debemos recordar que desde nuestro punto de vista, la justificación de una resolución, se formula desde dos perspectivas a saber:

- Una interna, referente a la estructura netamente lógica de la resolución, en la cual la selección de argumentos responderá exclusivamente a la búsqueda de normas jurídicas que fundamenten, sin ser contrarias o excluyentes, la resolución.

Para realizar lo anterior, el juzgador habrá de aislar dentro de sus posibilidades argumentativas aquellas con una carga específica de índole jurídica.

Nótese que a diferencia de lo regulado por nuestro sistema jurídica pensamos que es el juez hasta este momento, quien debe separar los argumentos netamente jurídicos, con la finalidad de que su fundamentación sea intachable (lógicamente válida) y por tanto complementaria con el aspecto externo que a continuación se enuncia.

- Una externa, referente al aspecto socialmente valuable de la conducta, en la cual se escudriñará la compatibilidad de los argumentos con el caso concreto que se analiza en el debate o discusión, de tal forma que sin importar el origen de los

mismos (su carga), se complementen en aras de la mayor justicia posible.

De este modo el análisis de validez en lo que toca al mundo jurídico deberá conciliar el aspecto interno con el externo, es decir, se deberá integrar el aspecto netamente jurídico con el socialmente valuable.

Respecto a la dinámica de decisión expresada en los párrafos precedentes debemos hacer algunas precisiones:

- Nuestra exposición se formuló sin considerar las posibilidades que el sistema jurídico mexicano regula, es decir, pretendiendo un estado de cosas ideal.
- No obstante lo anterior, señalamos algunas de las inconsistencias que nos parecen evidentes en lo que toca a la estructura argumentativa regulada por nuestro sistema jurídico, esto es:
  - La reticencia informativa a la que se enfrenta el juez al momento de analizar un caso, derivada de la limitación probatoria de las partes.

En este sentido creemos pertinente anotar, que si bien es cierto cualquier procedimiento jurisdiccional sea de la índole que sea, requiere necesariamente de elementos objetivos en la medida de lo posible (pruebas), que permitan al juzgador crear una noción de verdad histórica sobre las situaciones que son debatidas ante su fuero, también lo es que el excesivo apego a dichos medios conlleva a un formalismo inasequible.

Es de tal grado el apego que el sistema jurídico tiene para con los preceptos de seguridad y certeza jurídicas, que en algunas

ocasiones por evitar su quebranto se atropellan valores también merecedores de protección.

Así, el posibilitar al juez el conocimiento o acercamiento por *mutuo proprio* de información relacionada con el caso, exclusivamente en algunas clases de controversias como lo son las colisiones de derechos ventiladas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, permitiría que sin dejar de lado el aclamado sentido de certeza y seguridad, se emitan resoluciones con un contenido en mayor grado congruente con las necesidades de la sociedad.

Cabe aclarar que dicha tarea de investigación se limitaría a la atracción de fuentes informativas no invocadas por las partes, que sin ser necesariamente jurídicas, colaboren con el juzgador en la búsqueda y posterior emisión de la resolución más racional.

Como se puede observar, la labor del juez tal y como se propone no invade en forma alguna la esfera de competencia de ninguna otra autoridad como lo puede ser el Ministerio Público, ni mucho menos perjudica en algún modo el derecho del gobernado a recibir justicia de manera imparcial, pues como claramente se señaló, el órgano jurisdiccional sólo podrá indagar con la finalidad de obtener información, si y solo si, las partes no le allegan los medios suficientes.

A la par de lo anterior, cabe recordar que bajo la dinámica expuesta por la nueva retórica, el juez deberá expresar congruentemente el sentido de sus afirmaciones, de tal forma que ante una carencia de lógica o armonía entre sus

argumentos, el gobernado tendrá la posibilidad de apelar su resolución.

De este modo, por ejemplo, ante situaciones tendientes a resolver cuestiones relacionadas con materias o disciplinas ajenas a la jurídica, el órgano judicial podrá invocar toda la gama de argumentos pertenecientes a dichas materias que considere pertinentes, para de ese modo dar luz en el mundo jurídico su existencia.

Igualmente sería pertinente en términos del auditorio universal, permitir la participación de los sectores involucrados, respecto de los efectos de la resolución, mediante el aporte de información para la valoración del órgano jurisdiccional.

- La obligación del juez, impuesta por la norma, de valorar exclusivamente argumentos con carga jurídica, sin considerar, dicha norma, la estructura que ofrece la argumentación desde un punto de vista de nueva retórica.

Erradicada la limitación referida en el punto anterior, es decir, la informativa, el órgano encomendado de deliberar podrá seleccionar de entre todo el universo de argumentos que tenga a su disposición, aquellos que dadas las condiciones del objeto del debate y los elementos objetivos aportados por las partes para su valoración, se estatuyan como idóneos para la lograr la adhesión de su auditorio.

En este sentido, la diferencia entre lo que ocurre de forma cotidiana en los tribunales mexicanos y la propuesta que se contiene en la presente exposición, consiste en distinguir entre dos momentos a saber, respecto del proceso argumentativo del orador:

- **Discusión interna:** Al otorgarse libertad de acción al juez, en relación con la selección de argumentos con independencia de su carga, éste podrá entrar en contacto con su auditorio interno sin limitación alguna, esto es, existirá un primer momento de selección libre.

De dicha primera discusión entre el orador y su auditorio interno, se desprenderán las siguientes consecuencias inmediatas:

- En primer lugar, la subjetivación de la controversia, es decir, el juez analizará la situación ante él debatida desde dos perspectivas, una como autoridad y otra como parte del entramado social.<sup>236</sup>

En esta tesitura se presenta una de las principales bondades de la teoría argumentativa que exponemos, toda vez que, al partir de la premisa del juez como parte del entramado social, añadimos *per se* un sentido social a su resolución.

- En segundo lugar, la posibilidad de que el sujeto efectúe un análisis correspondiente a las consecuencias meta-jurídicas de accionar en uno u otro sentido por lo que toca a la controversia.
- **Discusión en el análisis de validez:** Como hemos dicho anteriormente, superado el auditorio interno el sujeto deberá plantear de modo lógico la compatibilidad de sus argumentos, de tal forma que en nuestro caso, se tendrá que formular una nueva distinción entre la carga de los mismos, agrupando aquellos netamente

---

<sup>236</sup> Es importante recalcar que si bien muchas de las críticas formuladas por las escuelas denominadas como Realistas se refieren a este término en específico, también lo es que dichas cuestiones son inherentes al desarrollo creativo y de conciencia humana, por lo cual ante la imposibilidad de ser erradicados, deben ser coartados en cuanto a sus efectos en la medida de lo posible, para lo cual en este caso recurrimos a la argumentación sustentada por Perelman.

jurídicos o de fundamentación por un lado, y por otro aquellos con una carga no estrictamente jurídicos o de motivación.

Es importante recalcar que la función de la distinción entre la carga de los argumentos responde a la ambivalente perspectiva de justificación interna y externa que con anterioridad hemos revisado.

- Falta de claridad entre el aspecto interno y externo de la resolución.

La actual legislación mexicana, parece ser muy estricta en lo que corresponde a los aspectos que fundamentan y motivan las resoluciones emitidas por sus órganos jurisdiccionales, sin embargo, pensamos que dicha rigidez carece en el fondo de una diferenciación tajante que permita apreciar con nitidez cuando se expresa un argumento estrictamente jurídico y cuando no.

Si bien es cierto, tal y como señala, el maestro Ignacio Burgoa:

“...la fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario,... consiste en que los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta provea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice...”<sup>237</sup>

También lo es que, en sentido estricto, no podemos decir que en las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales dicha fundamentación sea tan precisa como debiere.

En este mismo sentido hallamos a la motivación, respecto de la cual el mencionado, Ignacio Burgoa, dice:

“...La motivación legal implica, pues, la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y el caso específico en el que este va a operar o surtir sus efectos...”<sup>238</sup>

---

237 Burgoa O., *Las garantías individuales*, 33ª Edición, Porrúa, México, 2001, p. 602.

238 *Ibidem*. p. 604.

De esta forma y siguiendo dicha tesis, observamos que las sentencias emitidas por nuestros tribunales en materia constitucional se hallan plagadas de fundamentos legales, cuyo contenido en muchas ocasiones en nada coexiste con la *litis* planteada; así como también, con motivaciones que más que explicar los razonamientos de aplicación de la norma, parecen modelar los hechos a las normas invocadas.

Lo anterior, en nuestra perspectiva, como consecuencia de la inexistente distinción entre justificación interna y justificación externa de la resolución.

Así, sí antes de emitir la resolución se conciliare el aspecto interno con el externo, es decir, se integrase el aspecto netamente jurídico con el socialmente valuable, se evitaría concurrente y reiterada practica de buscar la compatibilidad de la norma con la acción.

Dicha conciliación la entendemos como un procedimiento en el cual, superado el análisis de validez lógica de los argumentos, divididos estos en estrictamente jurídicos, es decir, aquellos pertinentes a la justificación interna, y no estrictamente jurídicos, esto es, aquellos tendientes a la justificación externa, se establece un nuevo estudio tendiente a revisar la armonía entre los mismos cuyo objetivo será analizar la eficacia de sus argumentos.<sup>239</sup>

De esta manera, la incorporación de las estructuras y modelos argumentativos sustentados por Perelman a nuestro sistema positivo, significaría un importante avance, pues ante un mayor número de argumentos de partida, mayores serán las posibilidades de expresar válidamente el motivo y fundamento de una sentencia, sin necesidad, gracias a ello, de recurrir a artilugios o instrumentos que modelen hechos a normas.

---

<sup>239</sup> Ver *Argumentos válidos y eficaces*, en este mismo capítulo.

A mayor abundamiento, al ampliarse la gama argumentativa, el juzgador podrá dirimir los asuntos planteados ante su jurisdicción, analizando con amplitud el fundamento jurídico, sin dejar de lado el sentido práctico de su resolución, diferenciando con ello el aspecto interno y el externo con extensa claridad.

- Diversidad de técnicas en el desarrollo argumentativo del orador.

Como hemos dicho, es de vital importancia la selección de los argumentos que serán empleados en el ejercicio argumentativo, sin embargo, el éxito del orador no dependerá exclusivamente de este punto, pues como Perelman deja ver en su trabajo, la adhesión exclusivamente puede cosecharse a través de un ejercicio argumentativo pleno.

Así, la forma mediante la cual se expresan los argumentos debe ser congruente y estar apegada a las necesidades del auditorio al que se dirigen, por lo cual la selección del camino a través del que éstos se exteriorizarán se constituye como trascendental.

La bondad ofrecida por la teoría que sustentamos en el presente trabajo, se resume en la practicidad que existe para el orador de elegir entre una argumentación de tipo asociativa o disociativa, de conformidad con la estructura de los argumentos que previamente fueron seleccionados.

Lo anterior quiere decir que el procedimiento para la emisión de la resolución sigue una concatenación muy lógica en cuanto a su construcción, pues elegidos los argumentos, revisada su validez y estudiada también su eficacia, se procede a la selección del medio a través del cual se externarán los mismos ante el auditorio.

En este orden de ideas creemos que la normatividad vigente no permite que el juez seleccione de modo consiente la estructura por medio de la cual expresará su resolución, pues, como también hemos dicho, al verse limitada su capacidad informativa se coartan de facto sus posibilidades de deserción.

Por estas razones pensamos que la nueva retórica y su argumentación resultan de gran ayuda en el desarrollo de la disciplina jurídica moderna, al instituirse como una importante evolución en lo que respecta a la interpretación normativa y su aplicación.

Mediante su hipotética implementación no solo se conseguiría un acercamiento entre el sistema jurídico y el contexto social que lo envuelve, sino que también se le daría de un importante y muy necesario dinamismo.

Por otro lado, debemos destacar que su utilización como un medio argumentativo no pone en riesgo ni quebranta en modo alguno el respeto a los principios de seguridad y certeza jurídicas, ya que como observamos, la doble justificación de la decisión obliga al juez a ceñirse en todo momento al contenido normativo vigente y, además, permite su análisis lógico, lo cual en cierto sentido posibilita su calificación desde una perspectiva formal.

En este sentido, creemos que la adopción de la teoría argumentativa propuesta en la presente exposición colabora en la consecución de seguridad y certeza jurídicas y, a la par sensibiliza su práctica.

## CONCLUSIONES.

**Primera.** Los requerimientos sociales se imponen como detonadores en la transformación de los métodos de interpretación del sistema jurídico.

**Segunda.** La realidad afrontada por el sistema jurídico mexicano requiere de una modificación de sus estructuras fundamentales.

**Tercera.** El empleo de la lógica formal como instrumento en la emisión de sentencias es ineludible.

**Cuarta.** Toda resolución emanada de un tribunal jurisdiccional debe ser analizada desde dos perspectivas, una interna, referente a criterios formales que verifiquen la validez lógica de su emisión, y; una externa, comprendida por razonamientos de índole meta-jurídico, o razones externas al Derecho, que la sustenten.

**Quinta.** La retórica, comprendida como herramienta de adhesión y convencimiento, ofrece un campo fértil en el desarrollo de la ciencia jurídica y su aplicación.

**Sexta.** El uso de las técnicas argumentativas expuestas por Perelman, permite la emisión de resoluciones con apego a las necesidades de la sociedad, sin dejar de lado las exigencias de seguridad jurídica que el Estado contemporáneo reclama.

**Séptima.** En las sentencias estudiadas no se halló referente concreto que permitiera apreciar la inclusión, en el ordenamiento jurídico mexicano, de alguna o algunas de las estructuras analizadas por Chaim Perelman.

**Octava.** Las estructuras argumentativas utilizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sus resoluciones, son expuestas como estudios de

carácter histórico, teleológico e incluso sistemático, sin que las mismas en el fondo expresen un ápice de dichas figuras retóricas.

**Novena.** Ante la falta de prudencia y oportunidad de los tribunales constitucionales, plasmadas en sus resoluciones, se hace necesario un cambio que les permita impulsar dinámicamente las estructuras jurídicas con el fin de hacerlas más cercanas a la sociedad.

**Décima.** La estructura positiva forjada en la legislación mexicana adolece de mecanismos que permitan conocer y expresar argumentos con carga distinta a la jurídica.

**Décimo primera.** La mayor parte de las resoluciones emitidas por los tribunales constitucionales mexicanos, consagran su contenido a criterios eminentemente de legalidad, dejando de lado cuestiones tendientes al fondo y con interés para la sociedad.

**Décimo segunda.** El juez carece de herramientas por medio de las cuales se le faculte estudiar, en las cuestiones planteadas ante su jurisdicción, los efectos directos, indirectos, mediatos e inmediatos, que la sentencia tendrá sobre la población vinculada con ésta.

**Décimo tercera.** Se debe permitir la participación de los sectores vulnerados o interesados en el dictado de la resolución, con el fin de dotar al juez de mayor información para solventar el caso ventilado ante su jurisdicción.

**Décimo cuarta.** Es necesario imponer la obligación, al juez constitucional, de analizar dentro del cuerpo de la sentencia las diversas alternativas de solución que tuvo a la vista, en razón de la información a su disposición durante el desarrollo del procedimiento, para el desahogo del caso concreto.

**Décimo quinta.** La adopción de las medidas antes comentadas transformará el sistema jurídico mexicano para volverlo más dinámico, racional y cercano a la sociedad.

## BIBLIOGRAFIA.

### LIBROS:

- Aristóteles:
  - *Retórica*, trad. Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1994.
  - *Tratados de lógica, El órganon*, trad. F. Larroyo, 10º Edición, Porrúa, México, 2001.
  
- Atienza, M.:
  - *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012.
  - *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
  - *Introducción al Derecho*, Barcanova, Madrid, 1985.
  - *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
  
- Aarnio, A, et al, “¿Una única respuesta correcta?”, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
  
- Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
  
- Alexy, Robert:
  - *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997.
  - *Teoría de la Argumentación*, trad. Manuel Atienza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

- Badenes Gasset, Ramón, *Metodología del derecho*, Bosch, Barcelona, 1959.
- Bonnacase, J., *Introducción al estudio del Derecho*, trad. Jorge Guerrero, Temis, 2ª Edición, Bogotá, 1991.
- Beristáin, H., *Diccionario de retórica y poética*, 8ª Edición. Porrúa, México, 2001.
- Burgoa O., *Las garantías individuales*, 33ª Edición, Porrúa, México, 2001.
- Cicerón:
  - *De la invención retórica*, Obras Completas, tomo I, Anaconda, Buenos Aires, 1946.
  - *De la partición Oratoria*, 2ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- Dehesa Dávila, G.:
  - *Introducción a la retórica y la argumentación, Elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*, 4º Edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.
  - *Introducción a la retórica y la argumentación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3ª Edición, México, 2006,
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 5ª Reimpresión, Ariel, Barcelona, 2002.
- García Máynez, E., *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 2006.

- García Salgado, M., *La jurisprudencia de Intereses de Philipp Heck*, Editorial Comares, Madrid, 2011.
- Galindo, E., *Argumentación jurídica*, Porrúa, 2ª Edición, México, 2009.
- Hierro, Liborio, *La Eficacia de las norma jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003.
- Klug, Ulrich, *Lógica Jurídica*, trad. J. C. Gardella, Temis, Bogotá, 1998.
- Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, 2ª Edición, Barcelona, 2001.
- Larroyo, F., *Lógica y metodología de las ciencias*, Porrúa, 3ª Edición, México, 1981.
- López Duran R., *Metodología Jurídica*, Iure, México, 2002.
- Margadant, G.F., *La segunda vida del derecho romano*, Porrúa, México, 1986.
- MacCormick, N., *Practical reason in Law and morality*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. Demetrio Castro, Istmo, Madrid, 2002.
- Plantin, C., *La Argumentación*, trad. Amparo Tusón, Ariel, Barcelona, 2002.
- Perelman, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1988.

- Perelman, CH. Y Olbrechts- Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1994.
- Piccato Rodríguez, A., *Teoría del derecho*, Iure, México, 2006.
- Platón, “Georgias o de la Retórica”, Diálogos, 19ª Edición, Porrúa, México, 1981.
- Raz, Joseph, *El concepto de Sistema Jurídico: Una introducción a la teoría del Sistema Jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.
- Recaséns Siches, L., *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- Reyes, A., *La crítica en la edad Ateniense, la antigua retórica*, Obras Completas, Tomo XXIII, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- Rojas Amandi, V., *Argumentación Jurídica*, Oxford University Press, México, 2010.
- Rousseau, J. J., *El contrato Social*, trad. Enrique Azcoaga, EDAF, Madrid, 1969.
- Ross, A., *Lógica de las normas*, trad. José Hierro, Tecnos, Madrid, 1971.
- Sánchez Vázquez, Rafael, *Metodología de la ciencia del derecho*, Porrúa, 8ª Edición, México, 2008.
- Savigny, F., *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia*

*del Derecho*, trad. de J. Díaz, Aguilar, Madrid, 1970.

- Vallarta Marrón, J.L., *Argumentación Jurídica, Enseñanzas básicas desde la antigüedad greco-romana hasta nuestros días*, Porrúa, México, 2011.
- Vallet de Goytisolo, J., *Metodología Jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- Von Wrighth, G.H. *Norma y Acción*, trad. Pedro García Ferro, Tecnos, Madrid, 1970.
- Weston, A., *Las claves de la argumentación*, trad. Jorge E. Malem, 10ª Edición, Ariel, Barcelona, 2005.
- Witker, J. y Larios R., *Metodología Jurídica*, McGraw-Hill, México, 1997.

#### REVISTAS:

- Alexy, Robert, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Practica”, trad. Manuel Atienza, *DOXA*, No. 5, 1998, pp. 139 – 151 [en línea] <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/sirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5%07.pdf>> [Consulta: 04 marzo de 2013].
- Atienza, M.:
  - o “Para una razonable definición de razonable”, *DOXA*, No. 4, 1987, pp. 189 – 200 [en línea] <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4\\_13.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_13.pdf)> [Consulta: 15 agosto de 2013].
  - o “Sobre principios y Reglas”, *DOXA*, No. 10, 1991, pp. 101 – 120 [en línea] <

[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10\\_04.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf)> [Consulta: 19 septiembre de 2013].

- Atria, F., “Del derecho y el razonamiento jurídico”, *DOXA*, No. 22, 1999, pp. 79 – 117 [en línea] <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22\\_04.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_04.pdf)> [Consulta: 15 agosto de 2013].
- Bobbio, Norberto. “La Razón en el Derecho, Observaciones Preliminares”, trad. Alfonso Ruíz Miguel, *DOXA*, No. 2, 1985, pp. 17 – 26 [en línea] <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2\\_2.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2_2.pdf)> [Consulta: 20 agosto de 2013].
- Vega Reñón, L., “Entimemas”, *DOXA*, No. 27, 2004, pp. 283 – 315 [en línea] <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/80250507323592509754491/028091.pdf?incr=1>> [Consulta: 15 diciembre de 2013].
- Wintgens, L., “Retórica, Razonabilidad y Etica. Un ensayo sobre Perelman”, trad. Isabel Lifante, *DOXA*, No. 14, 1993, p. 198 [en línea] <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_12.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_12.pdf)> [Consulta: 09 agosto de 2013].

#### LEGISLACION Y SENTENCIAS:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.

- Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
  
- Resolución consultable en la dirección electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [en línea] <<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/CERRADOS/182/99000010.019.pdf>> [Consulta: 25 enero de 2014].
  
- Resolución consultable en la dirección electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [en línea] <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=130605>> [Consulta: 25 enero de 2014].