



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES

ACATLÁN

APLICABILIDAD DE LOS MODELOS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE  
ROBERT ALEXY Y NEIL MACCORMICK

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA  
MÁXIMO GARCÍA SÁNCHEZ

ASESOR: LIC. DANIEL EDUARDO PRINCE QUEZADA

SANTA CRUZ ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO

OCTUBRE, 2019.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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.

# Dedicatoria

---

A Jannett, porque son interminables las razones.

A mis hijos, Neftalí Yafté y Sealtiel Yosef, espero compensar todo el tiempo robado.

A mis padres, María del Carmen Sánchez Hernández y J. Luz García Juárez. A mi madre, que pensó en mi como Abogado.

A mis hermanos, Rosa, Rubén, Arnulfo, Juan, José y Gustavo, por su infinito apoyo y el gran pilar que siempre han sido en mi vida.

En memoria de mis abuelos y en recuerdo muy especial: Doña Hilaria Juárez Arredulfo y Don Trinidad García Rosales, Doña Librada Hernández Quijas y Don Máximo Sánchez Vázquez. En memoria de mi tío Ramón García Juárez.

# Agradecimientos

---

Al Eterno, dador de vida, creador de sueños y realidades.

A la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pilar para el desarrollo de México y fuente de igualdad y equidad.

Con gran respeto y cariño a la Facultad de Estudios Superiores Acatlán.

Al Mtro. Daniel Eduardo Prince Quezada, por su atinada dirección y dedicación.

A todos mis profesores de la Facultad por su gran amor a México.

A la Secretaría de Relaciones Exteriores.

A la familia Luna-Rodríguez.

A todos mis amigos de la Facultad y colaboradores que de alguna u otra forma contribuyeron para este logro.

# Índice general

---

<b>Introducción</b>	<b>1</b>
<b>1. Retórica, lenguaje y argumentación</b>	<b>6</b>
1.1. Retórica y Lenguaje . . . . .	6
1.1.1. Retórica y Tópica . . . . .	6
1.1.2. Retórica y Lingüística . . . . .	7
1.1.3. Retórica y Literatura . . . . .	9
1.2. Argumentación Retórica . . . . .	11
1.2.1. Aristóteles . . . . .	11
1.2.2. Cicerón . . . . .	14
1.2.3. Quintiliano . . . . .	16
1.2.4. Isidoro de Sevilla . . . . .	18
1.2.5. Antonio Martínez de Cala (de Nebrija) . . . . .	19
1.2.6. Juan Luis Vives . . . . .	22
1.2.7. Francisco Sánchez de las Brozas (“El Brocense”) . . . . .	22
1.2.8. Cipriano Suárez . . . . .	23
1.3. El impacto de la imprenta en la oralidad y en la Retórica . . . . .	24
1.4. El proceso argumentativo en el marco del Racionalismo . . . . .	25
1.4.1. Giambattista Vico . . . . .	25
1.4.2. Immanuel Kant . . . . .	27
1.4.3. Gottfried Wilhelm Leibnitz . . . . .	28
1.5. La enseñanza de la Retórica en México . . . . .	29
<b>2. Argumentación e interpretación jurídica</b>	<b>32</b>
2.1. Argumentación jurídica: conjunción entre Retórica teórico-práctica y el Derecho . . . . .	33

2.2.	Precusores de la Teoría de la Argumentación Jurídica . . . . .	37
2.2.1.	Stephen Toulmin . . . . .	37
2.2.2.	Chaïm Perelman: la nueva retórica . . . . .	38
2.3.	El lenguaje como instrumento del Derecho . . . . .	40
2.3.1.	John Austin: hacer cosas con palabras . . . . .	41
2.3.2.	John Searle: actos del habla . . . . .	44
2.3.3.	La argumentación como una función del lenguaje . . . . .	45
2.4.	¿Por qué es necesaria una Teoría de la Argumentación Jurídica? . . . . .	45
2.4.1.	Qué es la Teoría de la Argumentación Jurídica . . . . .	46
2.4.2.	La Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica . . . . .	50
2.4.3.	Colisión de principios, casos difíciles . . . . .	51
2.5.	Interpretación y argumentación jurídica . . . . .	54
2.5.1.	La decisión judicial . . . . .	58
2.5.2.	La única respuesta correcta . . . . .	61
2.6.	Otro enfoque interpretativo: Gadamer o la Hermenéutica . . . . .	63
<b>3.</b>	<b>Modelo de argumentación de Robert Alexy</b> . . . . .	<b>66</b>
3.1.	La visión del Derecho de Alexy . . . . .	66
3.2.	La Teoría Argumentativa de Alexy . . . . .	68
3.2.1.	Antecedentes . . . . .	68
3.2.2.	Pretensión de corrección . . . . .	71
3.2.3.	Relación entre Derecho y Moral . . . . .	72
3.2.4.	Modelo argumentativo . . . . .	77
3.2.5.	El modelo ante casos difíciles: colisión de derechos y ponderación . . . . .	84
3.2.6.	La fórmula del peso . . . . .	91
3.2.7.	Casos prácticos . . . . .	95
3.3.	Críticas, aplicabilidad y alcance del modelo . . . . .	102
3.3.1.	Críticas al modelo de Alexy . . . . .	102
3.3.2.	Aplicabilidad y alcance del modelo . . . . .	108
<b>4.</b>	<b>Modelo de argumentación de Neil MacCormick</b> . . . . .	<b>112</b>
4.1.	La visión del Derecho de MacCormick . . . . .	112
4.2.	La Teoría Argumentativa de MacCormick . . . . .	114
4.2.1.	El Derecho como orden u ordenamiento normativo institucional . . . . .	118
4.2.2.	La naturaleza argumentable del Derecho . . . . .	120
4.2.3.	Razonamiento jurídico . . . . .	121
4.2.4.	Interpretación y Tipos de argumentos interpretativos . . . . .	124

4.2.5. Uso de precedentes . . . . .	129
4.2.6. Razonabilidad . . . . .	133
4.2.7. Coherencia y principios . . . . .	136
4.2.8. Argumentación rebatible . . . . .	139
4.2.9. Sobre juzgar erróneamente . . . . .	141
4.3. Críticas, aplicabilidad y alcance del modelo . . . . .	144
4.3.1. Críticas al modelo de MacCormick . . . . .	144
4.3.2. Aplicabilidad y alcance del modelo . . . . .	146
<b>Conclusiones</b>	<b>148</b>
Generales . . . . .	148
Sobre el modelo de Robert Alexy . . . . .	149
Sobre el modelo de Neil MacCormick . . . . .	150
<b>Bibliografía</b>	<b>152</b>
<b>Hemerografía</b>	<b>162</b>
<b>Jurisprudencia</b>	<b>166</b>
<b>Legislación y Normatividad</b>	<b>168</b>

# Introducción

---

En el Estado Constitucional de Derecho, para el sistema judicial es una obligación y un reto institucional generar mejores decisiones jurisdiccionales expresadas en sentencias y jurisprudencias, que cuenten además con legitimidad y una mayor aceptación por parte la sociedad. En este sentido, resulta imperativo que en nuestro país todos los operadores jurídicos, y en particular los operadores jurisdiccionales, cuenten con técnicas y herramientas jurídicas para el análisis, justificación y decisión, y en específico una adecuada comprensión de la conveniencia de la aplicación de las teorías y los modelos de argumentación e interpretación jurídica. Es en este ámbito en el que se enmarca nuestra investigación.

En esta tesis estudiamos las teorías y los modelos de argumentación jurídica de Robert Alexy y de Neil MacCormick, los cuales conforman la denominada Teoría Estándar de Argumentación Jurídica, y realizamos un análisis sobre el alcance y las limitaciones de cada uno para determinar su aplicabilidad al ámbito jurisdiccional. Como apunta Manuel Atienza, ambas teorías son reconocidas como la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica dado que son las que han generado un mayor interés y difusión tanto en la academia como en el campo jurisdiccional.

Si bien originalmente estaba previsto analizar cuatro modelos o teorías argumentativas clasificadas como teorías de segunda generación, a saber, los modelos de Robert Alexy, Neil MacCormick, Aulis Aarnio y Manuel Atienza, con base en el análisis exploratorio sobre el alcance, material bibliográfico disponible y factibilidad de su realización, determinamos acotarlo a las teorías de Alexy y MacCormick bajo la consideración de que, no obstante que provienen de tradiciones jurídicas y filosóficas distintas, llegan a conclusiones similares y que coinciden en asignarle importancia relevante al proceso de argumentación retórica-discursiva, al *principio de proporcionalidad* y al *subprincipio o método de ponderación*.

Como sabemos, la aplicación de los modelos de la Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ)



tiene particular importancia en lo que los teóricos del derecho han llamado “casos difíciles”, en los cuales se considera como insuficiente el mecanismo tradicional de decisión a partir del procedimiento silogístico o de subsunción, pues éste no permite resolver los conflictos o controversias que se presentan ante la colisión de principios constitucionales. Es por ello que en el presente estudio se analizan los dos modelos de argumentación conocidos como la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica, haciendo énfasis en el análisis y aplicabilidad del *principio de proporcionalidad* y el *subprincipio de ponderación*. Es de resaltar que los modelos de argumentación que estudiamos toman relevancia en el ámbito jurisdiccional pues derivado de la utilización del *test de proporcionalidad* en diversos amparos en revisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido jurisprudencia en la que reconoce a dicho test como una herramienta interpretativa y argumentativa, además de la interpretación conforme y el escrutinio judicial, que los juzgadores pueden emplear para verificar la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental.<sup>1</sup>

La argumentación jurídica en nuestro país se ha examinado desde distintas aristas. Torres y García, y Escoto analizan el impacto de la argumentación jurídica en la actividad judicial, y en los juicios y en la oralidad, respectivamente.<sup>2</sup> Moreno intenta responder a las preguntas del para qué y el por qué de la argumentación jurídica, señalando al modelo de MacCormick para los “casos difíciles”, y delinea las cuatro reglas fundamentales del discurso del modelo de Alexy;<sup>3</sup> Díez Gargari<sup>4</sup> estudia el principio de proporcionalidad y la colisión de principios bajo la “fórmula del peso” -del modelo de Alexy- en el marco del nuevo discurso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Vallarta Marrón<sup>5</sup> examina los modelos de Alexy y MacCormick a la luz de casos de derecho internacional mexicano y Lara Chagoyán estudia el discurso narrativo de las sentencias de la SCJN y hace una propuesta de una nueva estructura de las sentencias en México bajo un enfoque argumentativo basado en el modelo de Alexy y las propuestas de Manuel Atienza.<sup>6</sup>

Existen opiniones diversas sobre la utilidad de la argumentación jurídica en la actividad jurisdiccional. Algunos le asignan un papel importante pero limitado, por ejemplo, Vázquez refiere que “la TAJ no pretende cambiar radicalmente la práctica que los juristas han hecho toda su vida, pues acaso

---

<sup>1</sup>Véase Tesis [J] 2a/J 10/2019, de rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2019, p. 838. Reg. 2019276.

<sup>2</sup>Véase Torres Zárate, Fermín y García Martínez, Francisco, “La argumentación jurídica y su impacto en la actividad judicial en México”, *Alegatos*, 68-69, 2008, y Escoto, Iván, *El impacto de la argumentación jurídica. En los juicios y en la oralidad*, México, UBIJUS, 2011.

<sup>3</sup>Moreno Cruz, Rodolfo, “Argumentación: por qué y para qué”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XVI (133), 2012.

<sup>4</sup>Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, 26 (1), 2012.

<sup>5</sup>Vallarta Marrón, José Luis, “La argumentación jurídica en el common law y en nuestro sistema romano-germánico. Dos ejemplos”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 3 (7), 2007.

<sup>6</sup>Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica, Estudios prácticos*, México, Porrúa, 2012.

no es cierto que los juristas han hecho su trabajo siempre independientemente de los conocimientos sobre TAJ, el fin básico de la TAJ no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino recordarles a los juristas lo que ya saben pero orientándoles siempre a la mejora continua de su actuar, siempre en beneficio de la sociedad”.<sup>7</sup> Coincidimos en que la TAJ los orientará a la mejora de su actuar; sin embargo, no compartimos la opinión en cuanto a que las teorías de la argumentación jurídica sean conocidas en el foro y que sean aplicadas de manera eficaz por los juzgadores en los procesos jurisdiccionales.

Otras opiniones son más optimistas y alentadoras. Por ejemplo, Lara Chagoyán apunta que “el enfoque argumentativo puede ser considerado como un modelo metodológico que, bien empleado, motivaría positivamente a los jueces, ya que estos notarían que su trabajo cotidiano puede ser más claro y sus sentencias mejores piezas de razonamiento” y que la buena argumentación jurídica permite al operador un cambio de mentalidad y de su concepción de lo jurídico al desacralizar las leyes y las instituciones, lo cual facilita el contraste constitucional y arroja claridad en las sentencias.<sup>8</sup> En forma similar, Torres y García<sup>9</sup> refieren que la TAJ ha generado una fuerte atención de los juristas y operadores del derecho, pues se ha presentado como la opción para lograr que el discurso jurídico, aplicado en las resoluciones judiciales adopten una posición racional y razonablemente justificadas, e ir más allá de la fórmula silogística judicial, ya que las nociones de razonamiento y justificación deben ocupar un lugar tan central como el principio de legalidad, bajo la idea de que no hay aplicación de derecho sin justificación.<sup>10</sup>

La exposición y el análisis de los modelos de la TAJ son importantes en el contexto actual mexicano, sobre todo ante las reformas al marco jurídico, de juicios orales en materia penal en 2008, de derechos humanos en 2011 y a la Ley de Amparo en 2013, las cuales hacen pertinente y necesario que los operadores jurídicos, sobre todo los funcionarios del Poder Judicial, así como los abogados postulantes, se familiaricen y eventualmente utilicen los modelos que ofrece la TAJ, en un caso, para la motivación, fundamentación y formulación (construcción) de las sentencias y, en el otro, para la adecuada exposición de sus pretensiones.

En este contexto, el Poder Judicial de la Federación de México ha mostrado interés para difundir los avances en materia de teoría de la argumentación y fomenta su utilización en la actividad jurisdiccional, en particular de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, prueba de ello son los Congresos Internacionales de Argumentación

---

<sup>7</sup>Vázquez Sánchez, Omar, “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 12, 2009, p. 130.

<sup>8</sup>Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica... cit.*, pp. 61-63.

<sup>9</sup>Torres Zárate, Fermín y García Martínez, Francisco, “La argumentación jurídica y su impacto...”, *cit.*, p. 244.

<sup>10</sup>Para un análisis sobre la racionalidad y la razonabilidad se recomienda ver Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, y Cuno Cruz, Humberto Luis, “Razón, racionalidad y razonabilidad. ¿Qué los identifica y diferencia?”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Reg. Belo Horizonte*, Núm. 51(81), 205-218, 2010.

Jurídica que han auspiciado y publicado sus memorias de forma anual de 2011 a 2014, así como los diversos cursos y diplomados de capacitación en el tema. Otra acción que apunta en un sentido similar para el fortalecimiento de la actividad del Poder Judicial es la reciente creación del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual tiene entre sus objetivos realizar estudios comparados en materia de ética judicial, y sobre la jurisprudencia establecida por los tribunales constitucionales de otros países.<sup>11</sup>

En nuestra perspectiva, y como guía de la investigación, consideramos que el proceso de deliberación judicial en nuestro país se podría ver fortalecido a través de una mayor y mejor aplicación de las teorías y los modelos de argumentación jurídica, y a su vez, se podría fomentar y facilitar un mejor entendimiento de la actividad jurisdiccional por parte de la sociedad en general. Con esto en mente, planteamos como **hipótesis** que *una mayor aplicación en el ámbito jurisdiccional de los modelos de la Teoría Estándar de Argumentación Jurídica, en específico los modelos teóricos planteados por Robert Alexy y Neil MacCormick, es benéfica para generar mejores resoluciones judiciales y mayor eficacia del sistema.*

Para abordar la investigación planteamos diversas preguntas que consideramos relevantes, como son ¿Cuál es la importancia del lenguaje y la Retórica para el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica?, ¿por qué es necesaria una Teoría de Argumentación Jurídica que sea aplicable al ámbito jurisdiccional?, ¿cómo han contribuido las teorías de la argumentación jurídica de Robert Alexy y Neil MacCormick para la construcción de una Teoría Estándar de Argumentación Jurídica?, ¿cuál es la relación entre el Derecho y la moral en estas teorías? y en particular, verificar si ¿son aplicables los modelos argumentativos de Alexy y MacCormick para mejorar la eficacia del sistema jurisdiccional?

Con el propósito de realizar el estudio y dar respuesta a las preguntas señaladas, nos planteamos como **objetivo general** el *analizar y determinar la aplicabilidad de los modelos de argumentación jurídica de Robert Alexy y Neil MacCormick en México*, y los siguientes tres **objetivos específicos**: i) identificar los principales exponentes sobre Retórica cuyas ideas han tenido influencia en el Derecho y hacer un breve recuento de la enseñanza de la Retórica en México, ii) analizar las características de los modelos de argumentación del derecho de segunda generación: Robert Alexy y Neil MacCormick, y iii) identificar los alcances y limitaciones de los modelos de argumentación jurídica propuestos para determinar su aplicabilidad.

Cabe señalar que con la finalidad de realizar una adecuada exposición y análisis de las teorías de argumentación seleccionadas, durante el transcurso de la investigación nos dimos cuenta de la necesidad de acometer la revisión de diversos autores y obras sobre retórica antigua, medieval, del

---

<sup>11</sup> Ver el “Acuerdo General número 19/2014, de veintiséis de agosto de dos mil catorce, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece el Estatuto del Centro de Estudios Constitucionales de este Alto Tribunal” publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Septiembre de 2014.

renacimiento y del racionalismo, hasta llegar a los autores más relevantes de la argumentación retórica moderna. Asimismo, debido al rol que tiene el lenguaje en todos los procesos de argumentación e interpretación, procedimos a estudiar en forma sucinta, el papel del lenguaje como instrumento del Derecho, la argumentación como una función del lenguaje, la relación entre argumentación e interpretación, ponemos en contexto a qué nos referimos cuando se habla de la TAJ, y cómo la aplicación de los modelos argumentativos puede apoyar para lograr mayor claridad, corrección, racionalidad y razonabilidad en las decisiones judiciales.

Con base en lo expuesto, el trabajo se estructura en cuatro capítulos. En el primero hacemos una exposición sobre la **Retórica, el lenguaje y la argumentación**, para ello analizamos la relación entre la Retórica con la lingüística y la literatura, se revisan los planteamientos retóricos de diversos autores antiguos, de la edad media y de la época racionalista, y también hacemos un breve recuento de la enseñanza de la Retórica en México. En el capítulo segundo exponemos la relación entre la **Argumentación y la interpretación jurídica**, con tal fin se muestra cómo la Argumentación jurídica es la conjunción entre la Retórica teórico-práctica y el Derecho, se analizan los modelos de Chaïm Perelman y de Stephen Toulmin como precursores de la TAJ, la función del lenguaje como instrumento del Derecho y la argumentación como función del lenguaje.

En los capítulos tercero y cuarto, respectivamente, se exponen los modelos de argumentación de **Robert Alexy** y de **Neil MacCormick**, en los que hacemos referencia a su visión del Derecho, se muestran sus teorías en forma sintética, las críticas de las que han sido objeto y el alcance de sus modelos.<sup>12</sup> Al final, se presenta el apartado de conclusiones, tanto generales y de cada uno de los modelos argumentativos analizados.

---

<sup>12</sup>Para analizar el modelo de Neil MacCormick particularmente fue necesario realizar la revisión de algunas de sus obras, así como de artículos en revistas que analizan su modelo, en el idioma original debido a que aún no se dispone de traducción al español, en tales casos las referencias que se realizan sobre los mismos corresponden a nuestra traducción a menos que se señale lo contrario.

# CAPÍTULO 1

## Retórica, lenguaje y argumentación

---

“Sólo el ignorante en cosas de la razón puede creer que se razone sin sólidos e indisputables primeros principios”.

(Chesterton, G.K. *El candor del padre Brown*).

“No hay nada mas inadecuado, o que peor efecto haga en un caballero o en un hombre que pretende el título de persona racional, que no querer ceder a la evidencia de la razón y a la fuerza de un argumento”.

(Locke, J. *Pensamientos sobre la educación*).

### 1.1. Retórica y Lenguaje

#### 1.1.1. Retórica y Tópica

En su espléndida obra sobre la retórica antigua Alfonso Reyes afirma que “la retórica, o es una función del abogado, o una manera de coherencia para la cultura general, un arte educativa”.<sup>1</sup> Como escritor y delimitador de los usos del lenguaje, Reyes se refiere a la utilidad de la retórica en las humanidades. De acuerdo con Reyes, “Tópico quiere decir lugar”, pues los retóricos latinos denominaban lugares a lo que en la actualidad técnicamente llamamos temas, de esta forma, “los tópicos de la retórica

---

<sup>1</sup>Reyes, Alfonso, *Obras Completas, XIII: La Crítica en la Edad Ateniense, La Antigua Retórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 457.

aristotélica se refieren a la región o lugar del conocimiento en que se va a buscar el motivo en cuestión” y “se dividen en especies o lugares específicos, y lugares comunes”; asimismo, “las especies son proposiciones que se derivan de ciencias determinadas, especiales, y “los lugares comunes, lo son en un doble sentido: por pertenecer al conocimiento común de los hombres, aunque no sean doctos en ciencia alguna, como porque son de uso indiferente para los tres géneros retóricos”.<sup>2</sup> A partir de los tópicos, es como se construye el discurso en cualquiera de los tres géneros retóricos planteados por Aristóteles: **deliberativo, judicial y epidíctico (demostrativo)**.

En relación con la *Tópica, o arte de la invención*, Hallivis señala que proporciona indicaciones útiles, los *topoi* o *loci* ofrecen ayudas iniciales concretas y funcionan como “formulas de búsqueda”, en el sentido retórico, como directrices ofrecidas –aceptadas o rechazadas– para la invención (*intentio*); es decir, para encontrar puntos de vista que solucionen el problema.<sup>3</sup>

Atienza sostiene que la Tópica constituye una parte de la retórica<sup>4</sup> y señala que para Theodor Viehweg<sup>5</sup> la Tópica se caracteriza por tres elementos, el primero, desde el punto de vista de su objeto, es una técnica del pensamiento problemático; en cuanto a su instrumento con que opera, lo que resulta central es la noción de *topos* o *lugar común*; y en cuanto a su tipo de actividad, la tópica es la búsqueda y examen de premisas. Asimismo, refiere que “la jurisprudencia en la Roma antigua y durante la Edad Media fue, esencialmente, una jurisprudencia tópica”; sin embargo, “en la época moderna, la cultura occidental optó por abandonar la tópica y sustituirla por el método axiomático deductivo”.<sup>6</sup>

### 1.1.2. Retórica y Lingüística

La idea que el lenguaje es retórico proviene de la antigua Grecia. Como afirma López Eire ello se observa en el contraste de los tropos y en específico con la utilización de la metáfora en las obras literarias; el autor refiere que “el lenguaje mismo es el que genera relaciones y principios apriorísticos que no existen en la realidad pero que son utilísimos en el proceso de comunicación dialógica y político-social...[e]s el lenguaje mismo el que es retórico” y “el eje fundamental de lenguaje es el eje que articula los ‘actos del habla’ con los que se realizan los “juegos del lenguaje”.<sup>7</sup> Los “actos del habla” que señala el autor son los que refieren las teorías de John Langshaw Austin<sup>8</sup> y de John

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>3</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, México, Porrúa, 2007, p. 326.

<sup>4</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 32.

<sup>5</sup> Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964.

<sup>6</sup> Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 33-36.

<sup>7</sup> López Eire, Antonio, “La naturaleza retórica del lenguaje”, *Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación*, V (8/9), 2005, pp. 5-10.

<sup>8</sup> Austin, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, Chile, Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1955.

Searle<sup>9</sup> en el que analiza las condiciones que deben cumplir las construcciones del lenguaje para obtener enunciados constatativos o performativos (realizativos), los cuales analizamos en el siguiente capítulo de este trabajo.

Nietzsche también se ocupó de estudiar la relación entre la retórica y el lenguaje, afirma en síntesis que “el lenguaje mismo es el resultado de artes puramente retóricas” y “el lenguaje es retórica”.<sup>10</sup> En cuanto a la importancia de la Retórica entre los antiguos y los modernos, refiere que “la formación del hombre antiguo culmina habitualmente en la Retórica: es la suprema actividad espiritual del hombre político bien formado, ¡una idea para nosotros muy extraña!”.<sup>11</sup>

En cuanto a la relación entre la Retórica y la Poética, Alfonso Reyes afirma que “hay cambios de servicios entre la retórica y la poética: aquella presta a la poesía sus principios sobre la conducción del discurso, sus unidades de composición en algunos casos; ésta presta al discurso sus fuerzas expresivas de imágenes, figuras, metáforas, etcétera. Pero. En la doctrina clásica –y a pesar de las rivalidades entre poema y discurso, de que Isócrates nos da ejemplo- ninguna de estas dos funciones debe apropiarse el reino de la otra. El mutuo servicio debe ser discreto y mesurado”.<sup>12</sup>

Para estudiar la relación entre la Retórica y la Lingüística vale la pena hacer una distinción entre la *Retórica antigua* o (clásica) y la *Retórica moderna* como señala López Eire, para lo cual toma a la obra de Perelman como punto de referencia de la Retórica moderna. Así, es posible advertir que desde la Retórica aristotélica se encuentra la vinculación entre la Retórica, Dialéctica, Filosofía y Lingüística. El mismo autor señala que la Retórica Antigua (de Aristóteles) es un arte, o sea una disciplina teórico-práctica, y que las labores de observación y teorización que competen al arte de la elocuencia son tres: *obtención de medios de persuasión, para fabricar persuasivos argumentos* (correlativa a la dialéctica), la *disposición ordenada* de los materiales trasladados al discurso y el *estilo del mismo*; es decir, la retórica implicaba una parte argumentativa (próxima a la filosofía y en concreto a la lógica y psicología) y otra estilística, relativa a cuestiones lingüísticas y de índole literaria.<sup>13</sup>

López Eire señala que la Retórica es una actividad con un fin social; la conceptualiza como arte del discurso persuasivo-verosímil y político social dado que “la retórica no tiene más remedio que enseñar la confección artísticamente esmerada del discurso, necesariamente «retórico», de los seres humanos, que es y será siempre un discurso político-social que no tiene sentido pronunciado por el orador en solitario y sin propósito”, por lo cual “el discurso del hombre, confeccionado a base de

---

<sup>9</sup>Searle, John, *Actos de habla, Ensayo sobre filosofía del lenguaje*, trad. de Luis M. Valdés Villanueva, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.

<sup>10</sup>Nietzsche, Friedrich, *Escritos sobre retórica*, trad. de Luis Enrique de Santiago Guervós, Madrid, Trotta, 2000, pp. 91 y 92.

<sup>11</sup>*Ibidem*, p. 81.

<sup>12</sup>Reyes, Alfonso, *Obras Completas, XIII: La Crítica...*, cit., p. 370.

<sup>13</sup>López Eire, Antonio, “Retórica Antigua y Retórica Moderna”, *HVMANITAS*, Vol. XLVII, 1995, 872.

lenguaje retórico, sólo tiene razón de ser si es pronunciado en el seno de una comunidad ciudadana y con el bien definido propósito de influir sobre todos o parte de sus miembros, que son seres humanos, y que, precisamente por eso (por las connaturales limitaciones o la imposibilidad total del hombre y del lenguaje para alcanzar la verdad) no puede pretender llegar más allá de los límites de la verosimilitud y la probabilidad.”<sup>14</sup>

### 1.1.3. Retórica y Literatura

La actividad retórica se transmitió de Grecia a Roma y tuvo gran auge en la actividad judicial y política. Sin embargo, ante la caída de la república en Roma (27 antes de la era común, aec) y con el inicio de la etapa imperial, como refiere Carmona, se vio afectado el ejercicio de la enseñanza y práctica retórica, ya que la menor actividad jurídica ocasionó que el uso de la retórica migrara del foro jurídico y se instalara en la literatura. En la etapa imperial la oratoria política y forense se vieron limitadas debido a la vigilancia del emperador sobre los magistrados, por lo que los abogados se vieron relegados a intervenir solo en causas civiles.<sup>15</sup> Ello ocasionó que a partir de Quintiliano (35-95 dec) se produjera la literaturización de la retórica y se dejara de lado su función persuasiva, para enfocarse solamente en la belleza de lenguaje.<sup>16</sup>

De manera similar Fernández, con relación a la decadencia de la oratoria en el mundo romano, indica que con la caída de la república romana “la retórica se quedó sin su principal ámbito de ejercicio: el verdadero foro público, la vida política, los litigios”, dado que “al verse despojada de este terreno –aquél donde con más naturalidad puede florecer- la retórica se trasladó por completo a las escuelas, donde, a falta de casos reales, se trataban a modo de ejercicio, asuntos imaginarios”.<sup>17</sup> Ello ocasionó que el arte retórica se fuera debilitando gradualmente y que cayera en un desprestigio respecto a la grandeza que tuvo en la antigüedad. Barthes apunta que en la Edad Media (siglos V-XV) se consagró la fusión entre la Retórica y la Poética “en la que las artes poéticas son artes retóricas y donde los grandes retóricos son poetas”.<sup>18</sup>

No obstante, la gran utilidad de la retórica en el ámbito de la literatura y las grandes obras que se desarrollaron sobre retórica en la época renacentista (Siglo XVI) en las congregaciones religiosas del

---

<sup>14</sup>López Eire, Antonio, “La naturaleza retórica...,” *cit.*, p. 23.

<sup>15</sup>Carmona Tinoco, José Ulises, “Panorama breve sobre la retórica, su naturaleza y su evolución histórica”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (eds.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM, 2005, p. 65.

<sup>16</sup>Gómez Cervantes, María del Mar, “El zigzagante y dilatado recorrido de la retórica: un acercamiento a su cambiante valoración”, *Interlingüística*, 17, 2007, p. 423.

<sup>17</sup>Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, 2011, p. 96.

<sup>18</sup>Véase Barthes, Roland, *La Antigua Retórica*, trad. de Beatriz Dorriots, Barcelona, Gráficas Porvenir, 1982, p. 17, y Alburquerque García, Luis, *La retórica de la Universidad de Alcalá. Contribución al estudio de la teoría literaria hispánica del Siglo XVI*, Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filología, 1992.



cristianismo y jesuitas, no se logró revertir la percepción negativa que mantenían algunos pensadores sobre ella. Por ejemplo, Montaigne, en *Los ensayos*, señala lo siguiente:

“Decía un antiguo retórico que su oficio consistía en hacer que las cosas pequeñas parecieran y resultaran grandes. Es el zapatero que sabe hacer zapatos grandes para pies pequeños. En Esparta le habrían hecho azotar por hacer profesión de un arte engañoso y embustero. Y creo que Arquidamo, uno de sus reyes, no escucho sin asombro la respuesta de Tucídides, al que preguntaba quién era más fuerte en la lucha, Pericles o él: «Eso», dijo, «sería difícil de comprobar, pues aunque yo le derribe luchando, él persuade a quienes lo han visto de que no ha caído, y gana»... Los Estados que se han mantenido en una situación de orden y buen gobierno, como el cretense o el lacedemonio, han hecho poco caso de los oradores.

Aristón define sabiamente la retórica como la ciencia de persuadir al pueblo. Sócrates y Platón, como el arte de engañar y de halagar. Y quienes lo niegan en la definición general, lo prueban por todas partes con sus preceptos.”<sup>19</sup>

En forma similar Rovira Florez<sup>20</sup> señala que “la baja Edad Media, el Renacimiento y la modernidad siguen ocupándose de la ciencia Retórica en tres frentes: la filosofía, la filología y la jurisprudencia. Pero en el siglo XIX, con la eclosión del idealismo en filosofía la retórica es superada por la estética (se prefiere lo bello a lo bueno), la latinidad y la palabra elocuente dejan de cultivarse en aras de la Literatura (bellas letras), y la palabra para convencer se deja sólo a los políticos de manera que lo retórico pasa a ser sinónimo de palabrería vana, hueca: el sistema y el método le suprimen terreno a las nociones retóricas en Jurisprudencia”. Por su parte, Gadamer refiere que “todavía en el Siglo XVIII se da una coexistencia de poesía y retórica que resulta sorprendente para nuestra conciencia moderna”.<sup>21</sup>

Esta impresión sobre la retórica se mantuvo hasta mediados del Siglo XX; sin embargo, como alude López Grigera “los estudios lingüístico-literarios de los últimos cincuenta años, han desembocado naturalmente en el redescubrimiento de esa milenaria disciplina” que fue pieza clave en la preparación del ciudadano greco-romano del mundo antiguo, del cristiano en la Edad Media y para preparar al hombre moderno en la elocuencia y virtuosismo.<sup>22</sup>

<sup>19</sup>Montaigne, Michel de, *Los ensayos*, trad. de J. Bayod Brau, Barcelona, Acantilado, 2007, p. 441.

<sup>20</sup>Rovira Florez de Quiñones, Carolina, “De la retórica Antigua a la argumentación contemporánea”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 216.

<sup>21</sup>Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993, p. 51.

<sup>22</sup>López Grigera, Luisa, *La Retórica en la España del Siglo de Oro*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1995, p. 9.

## 1.2. Argumentación Retórica

Reyes y Barthes señalan que la Retórica tuvo su origen en Sicilia con Córax, Tisias y Gorgias, y que debido a las guerras médicas, la Retórica se instaló en Siracusa y Atenas, alrededor del Siglo V *aec.*<sup>23</sup>

Es vasta y variada la lista de autores que en diversos momentos históricos han escrito sobre la retórica como rama general del conocimiento; sin embargo, para el desarrollo del presente trabajo nos enfocaremos en aquellos que consideramos más relevantes por su influencia en el ámbito jurídico en la antigüedad, edad media, renacimiento e ilustración o racionalismo.<sup>24</sup>

### 1.2.1. Aristóteles

Como exponentes de la Retórica Clásica en este trabajo se hace un recuento de las obras de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano. Aristóteles (384-322 *aec*) considera que la Retórica es “la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer”,<sup>25</sup> y que es la antístrofa (continuación/vuelta) de la Dialéctica, en el sentido que ambas “tratan de aquellas cuestiones que permiten tener conocimientos en cierto modo comunes a todos y que no pertenecen a ninguna ciencia determinada”.<sup>26</sup>

Aristóteles hace una crítica a la Retórica antigua en el sentido de que únicamente se veía su aplicación al ámbito judicial; aunado a que los teóricos de su época, quienes componían obras sobre los discursos, solo proporcionaban una parte del Arte retórica, las pruebas de persuasión; sin embargo, dejaban de lado los Entimemas (demostración retórica/silogismo retórico).<sup>27</sup>

Sobre el método, Aristóteles afirma que el método propio del arte retórica son los entimemas, pues son la base de las pruebas por persuasión, y dado que el silogismo lógico es la base de la Dialéctica, es en este punto donde se relaciona con la Retórica.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup>Véase Reyes, Alfonso, *Obras Completas, XIII: La Crítica...*, cit., p. 57, y Barthes, Roland, *La Antigua Retórica*, trad. de Beatriz Dorriots, Barcelona, Gráficas Porvenir, 1982, pp. 12 y 13.

<sup>24</sup>Se recomienda ver Kennedy, George A., *Classical Rhetoric and its Christian and secular tradition from ancient to modern times*, North Carolina, The University of North Carolina Press, 1999; Herrera Dávila, José y Alvear, Antonio, *Lecciones de retórica y poética*, Sevilla, Imprenta de D. Mariano Caro, 1823, pp. 158-177, que cuenta con referencias bibliográficas sobre “los autores más acreditados antiguos y modernos” y un catálogo razonado de las mejores obras de retórica en España hasta esa fecha; y en cuanto a las obras de retórica publicadas en España, en el siglo XVI, se sugiere ver López Grigera, Luisa, *La Retórica en la España del Siglo de Oro*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1995.

<sup>25</sup>Aristóteles, *Retórica*, trad. de Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1999, p. 173.

<sup>26</sup>*Ibidem*, p. 161.

<sup>27</sup>*Ibidem*, p. 163.

<sup>28</sup>*Ibidem*, p. 167.

Así pues, Aristóteles consideraba que la Retórica no debía dirigirse para “inducir al juez a la ira o la envidia o a la compasión, dado que ello equivaldría a torcer la propia regla de que uno se ha de servir”, además de que “era evidente que nada compete al litigante fuera de mostrar que el hecho es o no es así y si aconteció o no aconteció”. Para el Estagirita era sumamente importante que las leyes “bien establecidas determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo, y que dejen cuanto menos mejor al arbitrio de los que juzgan”.<sup>29</sup> Como podemos deducir, Aristóteles le asigna una importancia primordial al silogismo en el proceso de decisión de los jueces.

Aristóteles pone énfasis en la facultad de reconocer lo verdadero y lo verosímil, en el sentido de “estar en disposición de discernir sobre lo plausible [probable] es propio de quien está en la misma disposición con respecto a la verdad”,<sup>30</sup> y afirma que lo propio del arte retórica consiste en “reconocer lo convincente y lo que parece ser convincente, del mismo modo que corresponde a la dialéctica reconocer el silogismo y el silogismo aparente”.<sup>31</sup>

Respecto al tipo de pruebas retóricas, contempla dos tipos: las ajenas al arte y las que son propias al arte. Las ajenas preexisten, tal es el caso de los testigos, documentos, confesiones, etc; las propias del arte, son las que se pueden preparar con método y por nosotros mismos. Las primeras se utilizan, las segundas se deben construir.<sup>32</sup>

Aristóteles contempla tres géneros de discursos retóricos: **deliberativo, judicial y epidíctico**. El Deliberativo tiene como fin el consejo y la disuasión. El judicial, la acusación y la defensa, y el epidíctico el elogio y la censura. Cada uno de estos géneros tiene un fin; para el que delibera, el fin es lo convincente y lo perjudicial; para el que litiga, es lo justo o lo injusto; y para los que elogian o censuran, el fin es lo bello y lo vergonzoso.<sup>33</sup>

En cuanto a la Retórica judicial para hacer la distinción de lo justo y lo injusto (actos justos y delitos) Aristóteles utiliza tres criterios:

- i) La ley. Considera dos tipos de leyes, una Ley Particular “la que ha sido definida por cada pueblo en relación consigo mismo, y ésta es una vez no escrita y otras veces escrita”; la ley Común “es la (ley) conforme a la naturaleza; porque existe ciertamente algo -que todos adivinan- comúnmente (considerado como) justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres”. Aquí también refiere con relación al destinatario del acto: “en relación con la comunidad o en relación a uno de sus miembros”.<sup>34</sup>
- ii) El carácter voluntario o intencionalidad de los actos. En este caso distingue si las personas

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 194 y 195.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 283.

han obrado “o bien por ignorancia y sin voluntad o bien con voluntad y conocimiento”, y señala que “en la intención (es donde reside) la malicia y el acto injusto”.<sup>35</sup>

- iii) La Equidad. En este punto, Aristóteles refiere que existen dos especies de actos justos e injustos (unos fijados por escrito y otros no están escritos). Señala que los referidos en los puntos i e ii, se trata de los establecidos en las leyes, en tanto que existen dos especies de los no escritos: los que se califican conforme a su exceso, bien sea de virtud o sean de vicio, y aquellos que cubren lagunas de la ley particular.

Sobre estos últimos considera que suceden “en aquellos casos que no son fáciles de definir a causa de su indeterminación [en la ley]”, sin embargo, si algo es indefinido, pero conviene legislarlo, es necesario que se hable de ello simplemente, y pone el ejemplo, “si uno levanta la mano o golpea (a otro) llevando un anillo, según la ley escrita es culpable y comete injusticia, pero según la verdad no comete injusticia; y esto es la equidad”.<sup>36</sup>

Nos parece que la idea de Aristóteles sobre este último punto podría interpretarse en un primer sentido como valoración/ponderación, al considerarlo como una rectificación de la justicia legal que deberían aplicar los tribunales, que además es un punto de contacto con su obra sobre *Ética*, en el que la equidad es un criterio fundamental que se relaciona con la justicia;<sup>37</sup> es decir, pone en relieve que cuando la ley se pronuncia en términos universales y surge un caso particular que no queda cubierto por la regla universal, debe corregirse la insuficiencia en que ha incurrido el legislador, esto es, es preciso corregir el error que resulta del carácter absoluto de la ley por no contemplar el caso particular.<sup>38</sup>

El estagirita hace un recuento de cómo debe hacerse el uso retórico de las **pruebas por persuasión (no propias del arte)**, a saber, las leyes, testigos, contratos, confesión bajo tortura y los juramentos.<sup>39</sup> Posteriormente se enfoca en los lugares comunes a los tres géneros oratorios y a las **pruebas de persuasión que son comunes a los tres géneros**: el ejemplo y el entimema. Los ejemplos los separa en hechos sucedidos y ejemplos inventados (parábolas y fábulas).<sup>40</sup>

Para Aristóteles, una Máxima: es una aseveración o afirmación en sentido universal que se refiere a acciones y son susceptibles de elección o rechazo en orden a la acción, se trata de sabiduría generalmente aceptada. Si se prescinde el silogismo en su sentido integral, las conclusiones y principios de los entimemas son máximas.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 284.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>38</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. de Francisco Gallach Palles. Madrid, Luis Rubio, 1931, Libro V, Capítulo X, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=767>.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 291-300

<sup>40</sup> Aristóteles, *Retórica, cit.*, p. 406.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 409 y 410.

En cuanto a los entimemas los divide en dos especies: demostrativos y refutativos. Los demostrativos son los que “efectúan una deducción partiendo de premisas en las que se está de acuerdo”, mientras que los refutativos son los que deducen “a propósito de lo que no hay acuerdo”.<sup>42</sup> En Aristóteles la expresión retórica se centra en el discurso oratorio (elocuencia). Divide en dos partes el discurso; por un lado la materia que se trata (exposición del asunto), y por otro la persuasión (demostración retórica de los argumentos).<sup>43</sup> Después las divide en **exordio, exposición, persuasión y epílogo**; en el caso del exordio y el epílogo con fines de refrescar la memoria.<sup>44</sup>

El exordio es el comienzo del discurso, la preparación del camino, para que se conozca sobre qué versará el discurso.

La narración o exposición, consta de “un componente ajeno al arte (dado que el que habla no es para nada causante de los hechos) y otro que, en cambio, sí está sujeto al arte, o sea, que es posible, o bien demostrarlo, si no resulta digno de crédito, o bien ‘establecer’ que es de tal naturaleza o de tal cantidad, o bien todas esas cosas juntas”.<sup>45</sup>

La demostración (*argumentatio* o *confirmatio*) es la parte donde se emplean las pruebas de persuasión, las cuales deben ser demostrativas. Refiere el editor de la obra de Aristóteles, que aquí es donde “el orador ha de verificar la rectitud de su tesis, utilizando para ello las pruebas persuasivas de que dispone, de modo que, en este sentido, la demostración es la parte principal del discurso”, además de que “los ejemplos son más propios de los discursos políticos y los entimemas, de los forenses”.<sup>46</sup>

Aristóteles divide el Epílogo “en cuatro puntos: inclinar al auditorio a nuestro favor y en contra del adversario; amplificar y minimizar; excitar las pasiones en el oyente; y hacer que recuerde”.<sup>47</sup>

### 1.2.2. Cicerón

Si nos diéramos a la tarea de crear una lista con los juristas más ilustres en la Roma Antigua, Cicerón (106 - 43 aec) estaría en los primeros lugares, o, en todo caso, en el primero. La obra escrita de Cicerón es vasta, cubre tanto Retórica, Tópica, Oratoria, Derecho, Política, entre otros temas. Como él mismo refiere cuando determinó “escribir sobre retórica no me propuse un solo ejemplar o modelo para tomar de él todas las partes, sino que reuniendo todos los escritores, escogí de cada

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 424.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 555.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 557.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 572.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 580 y 583.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 594.

uno los mejores preceptos y las ideas más excelentes. Entre todos los que son dignos de nombre y de memoria, no conozco ninguno que lo diga bien todo, ni que deje de decir bien alguna cosa. Paréceme necedad apartarme de los aciertos de uno, solo porque una vez erró, o imitar los defectos de otro, solo porque en ocasiones acierta”.<sup>48</sup>

En su *Invención Retórica*, Cicerón refiere que el *Rhetor* es quien enseña la Retórica, y el *Orator* el que la ejecuta (*De oratore, Libro I*). Para Cicerón la Retórica, también llamada arte de la elocuencia, es una parte de la Ciencia Política y “su oficio es, decir de una manera acomodada para la persuasión; su fin, persuadir con palabras”; por lo que “entre el oficio y el fin hay esta diferencia: en el oficio se considera lo que ha de hacerse; en el fin, lo que conviene al oficio”.<sup>49</sup> Divide a la Retórica en cinco partes: invención, disposición, elocución, memoria y pronunciación (acción). Así, para Cicerón:

- Invención: Es el hallazgo de cosas verdaderas o verosímiles que hagan probable la causa.
- Disposición: Es la distribución en orden de las cosas halladas.
- Elocución: Es la acomodación de palabras y sentencias idóneas a la invención.
- Memoria: Es la firme retención de palabras y cosas, y
- Pronunciación (acción): La compostura de la voz y del cuerpo según la dignidad de cosas y palabras.

Con este arreglo, Cicerón describió el método para la construcción del discurso y para su interpretación oratoria, basada en la elocuencia; y afirma que “la invención es en todas las causas lo más importante”.

La Retórica de Cicerón es con fines eminentemente judiciales y políticos. Las obras principales de este autor son *De inventione (Invención Retórica)*, *De Oratore, Partitiones Oratoria, Brutus. Orator, De optimo genere oratorum y Tópica*, aunque esta última es básicamente una síntesis de la Tópica Aristotélica.<sup>50</sup>

En la *Invención Retórica*, Cicerón asume que los asuntos sujetos a controversia encierran una cuestión de hecho, de nombre (definir y describir el hecho), de género (cuánto, cuál o de qué manera, ¿es justo o injusto? ¿útil o inútil?) o de acción. A dicha *cuestión* la denomina *posición* o *constitución*

---

<sup>48</sup>Cicerón, Marco Tulio, *Obras Completas*, trad. de Marcelino Menéndez Pelayo, Madrid, España, 1924, t. I. *Invención Retórica*, Libro II, p. 50, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/778-obras-completas-de-marco-tulio-ciceron-t-i>.

<sup>49</sup>*Ibidem*, pp. 4 y 5.

<sup>50</sup>La Tópica de Aristóteles se encuentra contenida en sus *Tratados de Lógica*, que además incluye la Dialéctica, véase Aristóteles, *Tratados de Lógica, Órganon*, trad. de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Gredos, 1982. Asimismo, *Retórica a Herenio* es otra obra que por mucho tiempo se le atribuyó a Cicerón, sin embargo, tiene una estructura que dista mucho del resto de sus obras, véase Reyes, Alfonso, *Obras Completas, XIII: La Crítica...*, cit., p. 409.

de la causa.<sup>51</sup>

El discurso judicial Cicerón lo divide en: **proemio o exordio, narración, partición, confirmación, reprensión y conclusión.**<sup>52</sup>

En sus *Tópicos a Cayo Trebacio*, Cicerón explica la *Tópica Aristotélica*, donde al correlacionarlos al arte jurídica de su época, considera que:

- i) Los lugares (*topoi*) son las fuentes de donde se toman los argumentos.
- ii) Los lugares pueden ser inherentes al asunto, o bien extrínsecos.
- iii) El argumento es un razonamiento que prueba lo dudoso.
- iv) “Los lugares extrínsecos se fundan generalmente en la autoridad. Los griegos llaman a estas argumentaciones, *sin arte o fuera del arte*”.<sup>53</sup>
- v) Los argumentos que pueden aplicarse a muchas causas se llaman lugares comunes.<sup>54</sup>

En concordancia con Aristóteles, Cicerón divide los discursos en función del tipo de causa y calidad del auditorio, “pues unas veces es de simples oyentes, otras de jueces y moderadores del parecer y de la causa, otras para tomar alguna resolución; ya sobre lo pasado como el juez, ya sobre lo futuro como el Senado”, resultado tres géneros: juicio, deliberación y exornación (laudatorio).<sup>55</sup>

### 1.2.3. Quintiliano

En sus *Instituciones Oratorias*, Quintiliano (Calahorra, España, 35 – Roma, 95 dec) sistematizó un plan de formación y enseñanza de la retórica desde la infancia del orador, los historiadores y lecturas que debería cubrir, así como diversos aspectos de gramática.

Quintiliano abrevó en los trabajos de Aristóteles, Cicerón y Teofrasto. Alfonso Reyes afirma que “Quintiliano es menos profundo que Aristóteles y menos brillante que Cicerón; pero su obra retórica resulta mejor tramada y más segura”.<sup>56</sup> Para Mortara Garavelli, la retórica romana y sus productos teóricos principales, desde *Retórica a Herenio* hasta Quintiliano, son una reelaboración de la retórica

---

<sup>51</sup>Cicerón, Marco Tulio, *Obras Completas, Invención Retórica, cit.*, p. 6.

<sup>52</sup>*Ibidem*, p. 12.

<sup>53</sup>Cicerón, Marco Tulio, *Obras Completas, Tópicos a Cayo Trebacio, cit.*, pp. 214-217.

<sup>54</sup>Cicerón, Marco Tulio, *Obras Completas, Invención Retórica, cit.*, p. 62.

<sup>55</sup>Cicerón, Marco Tulio, *Obras Completas, Particiones Oratorias, cit.*, p. 242.

<sup>56</sup>Reyes, Alfonso, *Obras Completas, XIII: La Crítica..., cit.*, p. 457.

griega, y en particular de las teorías aristotélicas y post-aristotélicas, aunque si son originales en cuanto a la disposición de las materias, la interpretación jurídica y sus propuestas procesales, y el valor educativo en la formación cultural y moral.<sup>57</sup>

Para Quintiliano la retórica es la “ciencia de bien decir”,<sup>58</sup> divide a la Retórica en: reglas, sobre el artífice y la obra que de ahí resulta. Reyes afirma que el estudio de la retórica en Quintiliano se reparte así: el arte, la obra y el artista; es decir, retórica en general, el discurso y el orador.<sup>59</sup>

Quintiliano señala que la Oratoria (Retórica) se reduce a cinco partes: “invención, disposición, elocución, memoria y pronunciación (acción o ademán)”; también refiere tres tipos de géneros (causas): deliberativo (*conminatorio*), laudativo (*demonstrativo*) y judicial.<sup>60</sup>

En cuanto al género judicial, señala que consta siempre de acusación y defensa; que la mayoría de los autores consideraban que el discurso tenía cinco partes: exordio (proemio), narración (hechos), confirmación (probar), refutación y peroración.<sup>61</sup>

El autor retomó la división de Aristóteles en cuanto a las pruebas, a las que denomina como *inartificiales* y *artificiales*. En las primeras agrupa a los “**juicios antecedentes, la voz común, tormentos, escrituras públicas, juramentos y testigos**”, en cuanto a las artificiales las divide en tres especies: **indicios, argumentos y ejemplos**.<sup>62</sup>

Los **indicios** son señales, rastros o huellas, los cuales “quitan la duda de lo que no sabíamos con certeza”.<sup>63</sup> Los **argumentos** o **pruebas** corresponden a lo que los griegos denominan como “**entinemas, epiqueremas y demostraciones**”. Quintiliano afirma que los argumentos son la “manera de probar la cosa deduciendo unas de otras, como cuando probamos lo dudoso por lo cierto, es forzoso que en la causa haya algo que no admita duda”,<sup>64</sup> de tal forma que la utilización de argumentos y pruebas debe ser evidente y no admitir duda.<sup>65</sup>

Como cosas ciertas considera a:<sup>66</sup>

- Las que se sujetan a los sentidos (vemos u oímos).
- Las que admiten el consentimiento de todos.

<sup>57</sup>Mortara Garavelli, Bice, *Manual de Retórica*, trad. de Ma. José Vega, Madrid, Cátedra, 2015, p. 37.

<sup>58</sup>Quintiliano, Marco Fabio, *Instituciones Oratorias*, trad. de Ignacio Ramírez y Pedro Sandier, Madrid, Imprenta de Perlado Páez y Compañía, 1916, t.I, p. 113.

<sup>59</sup>Reyes, Alfonso, *Obras Completas, XIII: La Crítica...*, cit., p. 488.

<sup>60</sup>Quintiliano, Marco Fabio, *Instituciones...*, cit., t.I, pp. 145 y 146.

<sup>61</sup>*Ibidem*, p. 173.

<sup>62</sup>*Ibidem*, pp. 231-249.

<sup>63</sup>*Ibidem*, p. 252.

<sup>64</sup>*Ibidem*, p. 253.

<sup>65</sup>*Ibidem*, p. 280.

<sup>66</sup>*Ibidem*, pp. 253 y 254.



- Lo que está establecido por las leyes y lo que está recibido por la opinión común del país donde se trata la causa o por la costumbre”.

En cuanto a los lugares de donde se sacan los argumentos señala a los siguientes:<sup>67</sup>

- i) De las personas y de las cosas. Los accidentes de la cosa son la causa, tiempo, lugar, ocasión, instrumentos y modos.
- ii) De los adjuntos de la cosa. Relacionadas con la definición y cualidad de la cosa: “por qué se hizo; dónde; en qué tiempo; de qué modo; o por qué medio”.

En resumen, Quintiliano considera que “los argumentos se sacan de las personas, causas, lugares, tiempo, facultades (instrumentos) del modo, qué con las cosas se hizo, definición, género, especie, diferencia, propiedades, negación de lo que no le conviene a la cosa, semejanza, desemejanza, contrarios repugnantes, consiguientes, derivados y comparación”.<sup>68</sup>

Sobre los **ejemplos**, refiere que consiste en “traer un hecho sucedido o como sucedido, útil para probar lo que queremos”.<sup>69</sup>

Quintiliano ofrece el concepto de **epiquerema** y **entimema**. En cuanto al epiquerema afirma que “tiene tres partes proposición: mayor, menor y conclusión”, y sobre el entimema señala que “consta de proposición y conclusión, y en todas sus partes va deduciendo lo que propuso”.<sup>70</sup> El autor también refiere a los tropos, los divide en dos especies, de significación (metáfora, sinécdoque, metonimia, antonomasia, onomatopeya y catacresis) y para adorno (epíteto, alegoría, enigma, ironía, perífrasis, hipérbaton e hipérbole).<sup>71</sup>

#### 1.2.4. Isidoro de Sevilla

El libro de Isidoro de Sevilla (Cartagena/Murcia, 556 - Sevilla, 636), *Etimologías*, llegó al público entre los años 625-635. En nuestra opinión, *Etimologías* es un compendio sobre todas las materias (ciencias y artes) de su época (siglo VII), y tiene un carácter de conocimiento enciclopédico. La obra versa sobre Gramática griega y latina, Retórica y Dialéctica, así como muchos otros temas entre los que destacan leyes, matemáticas, agricultura, medicina, guerra y juegos.

Para Isidoro “Retórica es la ciencia del bien decir en los asuntos civiles, con los recursos de la elocuencia propios para persuadir lo justo y lo bueno”. Su nombre deriva del griego *rhetorídein*, es

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>71</sup> Quintiliano, Marco Fabio, *Instituciones...*, *cit.*, t.II, p. 68.

decir, del recurso de la palabra. Afirma que la retórica aparece inseparablemente ligada al arte de la gramática, pues ésta se refiere a la ciencia de hablar correctamente,<sup>72</sup> que el silogismo consiste en “la conclusión final de una proposición, una premisa menor y una confirmación” y señala que son utilizados tanto por los rétores como por los dialécticos. Al respecto, señala las siguientes diferencias entre retórica y dialéctica: “la dialéctica resulta útil en la discusión de los temas y la retórica proporciona mayor elocuencia para la enseñanza de los mismos, la primera llega en ocasiones a las escuelas; la segunda alcanza inmediatamente el foro”.<sup>73</sup>

La Retórica es arte, afirma Isidoro, pues “arte es todo lo que consta de reglas y preceptos y manifiesta alguna virtud”.<sup>74</sup> Asimismo, divide a la Retórica (Elocuencia) en cinco partes: **invención, disposición, elocución, memoria y pronunciación**; y a la oración (Discurso) en el arte de la Retórica la divide en cuatro: exordio, narración, argumentación y conclusión. Bien vale mostrar, aunque extensa, la cita siguiente:

“La primera, mueve el ánimo del auditorio; la segunda, explica las cosas hechas; *la tercera, prueba o demuestra*, y la cuarta, recopila toda la oración. Hay que comenzar de tal manera, que coloquemos al oyente, en buena disposición, dócil a la enseñanza; al narrar es preciso hablar poco y abiertamente; en la argumentación debemos afirmar primero nuestras ideas y rebatir después las contrarias; y al concluir moveremos el corazón del auditorio y les pediremos que cumplan lo que decimos”.<sup>75</sup>

Para Isidoro el Silogismo “en latín se llama argumentación, y argumentación viene de *arguntae mentis oratio*, oración de mente fina, y consta de tres partes: proposición, adsunción y conclusión”. Continúa después con la inducción y el razonamiento, afirmando que “la primera consta de tres partes: proposición, ilación y conclusión, y el segundo tiene dos formas: entimema y epiquerema”. Al comparar afirma que “Dialéctica y Retórica es lo que en la mano del hombre el puño cerrado y la palma extendida, aquélla contrae las palabras, y ésta la dispersa”.<sup>76</sup>

### 1.2.5. Antonio Martínez de Cala (de Nebrija)

En 1515 Nebrija (Sevilla, 1441 - Alcalá, 1522) publicó su *Artis Rhetoricae compendiosa coaptatio ex Aristotele, Cicerone et Quintiliano*, en ella hace un recuento de las obras de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano (Nebrija, 1515). En Alcalá de Henares impartió cátedra de Retórica, Gramática y

---

<sup>72</sup>Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos – Oxford University Press. Versión bilingüe del texto latino de Wallace M. Lindsay, Scriptorum Classicorum Bibliotheca Oxoniensis, 2004, p. 354.

<sup>73</sup>*Ibidem*, p. 385.

<sup>74</sup>Vera, Francisco, *San Isidoro de Sevilla, Siglo VII*, Madrid, M. Aguilar Editor, 1936, p. 79.

<sup>75</sup>*Idem*.

<sup>76</sup>Isidoro de Sevilla, *Etimologías, cit.*, p. 383.

Lingüística, impulsado por el Cardenal Cisneros. De acuerdo con Alburquerque, Nebrija no recogió en su estudio el género judicial, lo cual constata la decadencia de dicho género a partir del Siglo XVI, proceso, que como ya se ha anotado, había iniciado en la Roma Clásica.<sup>77</sup> Es importante estudiar la obra de Nebrija, pues como señala Herrasti, su curso de Gramática se utilizaba en México para los cursos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia hacia el año 1880.<sup>78</sup>

La Retórica de Nebrija es un compendio de las obras de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano, y corresponde a la primera de las obras de este tipo, constituida como un tratado, que haya sido publicada en España. Nebrija explica que para todo “arte” se requiere de: **el arte, el artífice, la materia, los medios y el fin**. El arte es la Retórica, el artífice el Rétor (en latín el *orator*), la obra dependerá de la materia sobre la que actúan (demostrativa, deliberativa y judicial), los instrumentos corresponden al talento, conocimiento de varias materias, prestancia de ánimo, voz, decoro; y el fin, es el hablar bien para persuadir.<sup>79</sup> Nebrija también refiere que Isócrates, Gorgias, Teodectes y otros muchos, definen a la Retórica como el poder o la capacidad de persuadir mediante el discurso, por lo que la consideran como la más bella de todas las artes.<sup>80</sup>

El autor considera como instrumentos del orador al conocimiento de la naturaleza, de la costumbre, el derecho civil, la historia, riqueza léxica y de las figuras retóricas; además de que el fin de la retórica es doble: decir un discurso, ordenado de manera apropiada para el objetivo propuesto, y la capacidad de persuadir por la palabra.<sup>81</sup>

Para Nebrija el orador debe poner en práctica cinco partes de la Retórica: **invención, disposición, elocución, memoria y expresión oral**. En cuanto a la invención refiere que afecta las seis partes del discurso: **exordio, narración, división, confirmación, refutación y conclusión**.<sup>82</sup> Cada una de las partes del discurso las define de la siguiente manera:

- **Exordio.** Es el principio de discurso por el que se dispone el ánimo del oyente o del juez y se prepara para escuchar.
- **Narración.** Consiste en la exposición de los hechos ocurridos o que pudieron ocurrir. La narración debe tener tres cualidades, ser clara, breve y verosímil.
- **División.** Es la parte en por la que mostramos en qué hay acuerdo y qué está en discusión, y por la que exponemos de qué asunto vamos a tratar. Consiste en la enumeración ordenada de

---

<sup>77</sup> Alburquerque García, Luis, *La retórica de la Universidad...*, cit., p. 441.

<sup>78</sup> Herrasti, Francisco de P., “Recuerdos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 3 (10), 1953, p. 18.

<sup>79</sup> Nebrija, Antonio de, *Retórica*, Introd., ed. crít. y trad. de Juan Lorenzo (ed. bilingüe), Lelii Antonii Nebrjssensis Grammatici Opera VI, Salamanca, Universidad de Salamanca (Versión de 1515), 2007, p. 53.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 60 y 61.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 75.

nuestras proposiciones o de las del adversario, o de unas y otras.

- **Confirmación.** Es la exposición afirmativa de nuestros argumentos. Nebrija considera que el argumento es un medio para conseguir la prueba, puesto que una cosa se sirve de otra, y sirve para confirmar lo dudoso por medio de lo que no lo es.<sup>83</sup> En este punto Nebrija se detiene para explicar el razonamiento o silogismo, y lo define como la “manera de hablar que saca una conclusión probable a partir de los propios hechos, conclusión que expuesta y considerada en sí misma, se impone por su propia fuerza y se justifica por sí sola”.<sup>84</sup>
- **Refutación.** Consiste en la destrucción de los argumentos contrarios. Para Nebrija “toda argumentación se refuta si no se acepta una o varias de las premisas presentadas; o si, aún aceptándolas, se dice que de éstas no se sigue aquella conclusión; o si la clase misma de argumentación se muestra defectuosa o si a una argumentación sólida se opone otra igual o más sólida”.<sup>85</sup>
- **Conclusión.** Es la parte final del discurso de acuerdo con el arte de la Retórica. La conclusión es lo que los griegos denominaban “epílogo”, y lo considera formado por tres partes: resumen o recapitulación, amplificación y conmiseración. La recapitulación “ha de empezar a partir de la división; a continuación deben exponerse brevemente y por orden los puntos que han debido tratarse en la confirmación en la refutación”.<sup>86</sup>

Nebrija también expone los tres géneros: demostrativo, deliberativo y judicial. En cuanto al género judicial señala que

“los autores de tratados sobre el arte de la retórica dedican la mayor parte de todo su trabajo al género judicial. El mismo Quintiliano refiere a este género todas las partes de la retórica y del discurso, bien porque es mucho más difícil por las múltiples y variadas cuestiones, bien porque constituía para los oradores una fuente muy rica de lucro, bien porque se consideraba que en una ciudad libre la capacidad de atacar o defender a un ciudadano o la de protegerse a sí mismo de las injusticias de los demás podía ser indicativo de un poder mayor que el de hablar ante el pueblo en una asamblea o tratar un asunto oficial en el senado”.<sup>87</sup>

Respecto a la **disposición** Nebrija refiere que “es la tarea por medio de la que se colocan en orden los argumentos que hemos encontrado, de modo que cada uno se exponga en el lugar apropiado, se ha de mirar qué tipo de plan conviene mantener en la disposición”.<sup>88</sup> La elocución, memoria, y

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 95-97.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 129.

acción o expresión oral las explica siguiendo a Cicerón y Quintiliano.

### 1.2.6. Juan Luis Vives

Juan Luis Vives (Valencia, 1492 - Brujas, 1540) estudió en las Universidades de Valencia y Lovaina, y en la Universidad de la Sorbona en París donde obtuvo el grado de doctor. En 1532 publicó, en Brujas, su obra *De ratione dicendi (Arte retórica)*, en el que expone las partes de la retórica didáctica.

Hidalgo-Serna considera que la retórica de Vives es una Retórica humanista en la que “el arte retórica confirma la idea vivista de un arte gramatical que tiene su origen en el uso de la lengua histórica. Cada discurso y argumentación son deudores de la preocupación del gramático por los ingredientes constructivos de la *elocutio*. En la casa de la lengua moran e intervienen las tres artes del lenguaje: la gramática cuida de la madera y de las piedras (las palabras), la dialéctica construye la casa (el argumento) y la retórica funda la ciudad, es decir, el verdadero escenario de la elocución”.<sup>89</sup>

Vives divide su Arte Retórica en el Arte de hablar (*De ratione dicendi*), De la Deliberación (*De consultatione*) y De la Disputación, es en esta última en la que expone los tipos de argumentos y las formas de argumentación.<sup>90</sup>

Para Vives la forma de argumentación es el silogismo, refiere que “la argumentación es la conexión de las enunciaciones, de forma que parezca que lo anterior se sigue y, en cierto modo, nace de lo posterior, y que guarda con él una cuasi necesaria coherencia”, así, “un hombre discurre, luego ejercita la razón, lo primero llámase antecedente, razón, argumento, premisa; lo posterior llámase siguiente, consiguiente, intención, ilación; todo ello para Cicerón es conclusión”.<sup>91</sup>

### 1.2.7. Francisco Sánchez de las Brozas (“El Brocense”)

Sánchez de las Brozas (Cáceres, 1523 - Salamanca, 1600), fue profesor de Retórica en la Universidad de Salamanca y en 1556 publicó su *Ars dicendi*, Arte de hablar. La obra inicia con la exposición de Quintiliano, y señala que la Retórica es la “ciencia del hablar bien”; plantea la división de la retórica en tres partes: “la fuerza del orador” (*ius oratoris*), el discurso (*oratio*) y la cuestión (*quaestio*).<sup>92</sup> La fuerza del orador reside en las ideas y en las palabras, ambas tienen que ser halladas y

---

<sup>89</sup>Vives, Juan Luis, *El arte retórica. De Ratione Dicendi*, trad. de Ana Isabel Camacho, Barcelona, Anthropos, 1998, p. XXVII.

<sup>90</sup>Vives, Juan Luis, *Obras completas*, trad. de Lorenzo Ribes, Madrid, Aguilar, 1947, t. II, pp. 829-840.

<sup>91</sup>*Ibidem*, pp. 1026-1030.

<sup>92</sup>Sánchez de las Brozas, Francisco, *El arte de hablar (1556)*, trad. de Luis Merino Jerez, Madrid, Alcañiz-Madrid, 2007.

ordenadas, a ese hallazgo se le llama invención; respecto a la cuestión es de dos clases, la indefinida a la que se le llama deliberación, presupuesto o tesis, y otra, la definida que se llama causa, controversia, o hipótesis. En cuanto a sus fuentes doctrinales, son Cicerón, Quintiliano, Aristóteles y Hermógenes.

El Brocense sigue el siguiente orden en su exposición:<sup>93</sup>

- **Invención.** La divide en tres tipos de géneros (judicial, suasorio y laudativo). En cuanto al género judicial señala como partes del discurso las siguientes: **exordio, narración, enumeración, confirmación y refutación**, y el **epílogo**. El género suasorio lo enfoca en lo honesto, lo útil, lo necesario y lo posible. Respecto al género laudativo refiere temas como la dignidad y la vergüenza, la alabanza de personas y de cosas.
- **Disposición.** En este apartado hace referencia la disposición del discurso (géneros demostrativo y deliberativo) y a la disposición de los argumentos.
- **Memoria**
- **Acción.** Analiza la voz y los gestos.
- **Elocución.** En este apartado hace alusión a la argumentación, la armonía, las figuras (tropos, figuras de dicción y figuras de pensamiento) y ritmo. Para El Brocense “el argumento es un hallazgo de la invención que por ser probable aporta fiabilidad. Los tipos de argumentación son: complexión enumeración, conclusión simple, sujeción, antíteton, inducción, violación colección, entimema o epiquerema, y sorites”.

Como afirma Luis Merino Jerez en la nota introductoria “en el *Ars dicendi* El Brocense entiende la práctica retórica como un sistema que combina la composición de textos en prosa, de acuerdo con las doctrinas retóricas de su manual, y la aplicación de estas mismas reglas en la lectura e interpretación de textos literarios”.<sup>94</sup>

### 1.2.8. Cipriano Suárez

De acuerdo con Alburquerque, Cipriano Suárez (Ocaña, 1524 - Plasencia, 1593) fue Jesuita, estudió durante nueve años humanidades y retórica, y durante veinte años sagrada escritura; publicó su libro *De Arte Rhetorica* en 1562, en el que al igual que Nebrija hizo un recuento de las ideas retóricas de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 131-143.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. LIX.

<sup>95</sup> Alburquerque García, Luis, *La retórica de la Universidad...*, cit., p. 21.

Con base en Alburquerque, el Manual de Cipriano Suárez tiene la finalidad de ofrecer un tratado de Retórica para los universitarios principiantes, bajo el supuesto de que la obra de Cicerón era muy dispersa y la de Quintiliano demasiado extensa, debidamente digeridas y no literales como lo era el manual de Nebrija.<sup>96</sup> Para Cipriano la “argumentación” es definida como explicación o “artificiosa” exposición de un argumento.<sup>97</sup>

La obra de Cipriano se convirtió en texto de los colegios jesuíticos, el primer libro trata de la invención y de los 16 lugares de los argumentos; el segundo sobre la disposición de la oración, el exordio, la argumentación, el raciocinio y sus partes; y el tercero sobre el ornato de la oración, los tropos, las sentencias, la memoria y la pronunciación.<sup>98</sup>

### 1.3. El impacto de la imprenta en la oralidad y en la Retórica

Antes que se inventara la imprenta (1449) las obras se preparaban por escribanos y su difusión era por encargo, limitada y selectiva, por lo que entre los círculos cristianos y judíos, logró permanecer una tradición oral, sobre todo en las recitaciones (recitatio) y discusiones de las obras, y por tanto la retórica del discurso en la lectura de las obras en el sentido litúrgico.

Pérez Cortés en su libro *La travesía de la escritura* señala que con relación a la tradición oral y a la composición memorística, Porfirio -el biógrafo de Plotino (siglo III dec)- refiere que Plotino “pensaba con tal intensidad previamente lo que iba a escribir, que cuando terminaba de componer algo en su cabeza y cuando escribía después lo que había meditado, parecía copiar de un libro. . . podría detener la escritura e iniciar una conversación o una discusión filosófica, satisfaciendo sus obligaciones de enseñanza, mientras continuaba meditando, de tal forma que cuando su interlocutor se marchaba, aquél reanudaba el hilo de su composición como si la plática no lo hubiere interrumpido: no releía lo escrito y nunca hizo una corrección”.<sup>99</sup>

Posteriormente, en el siglo XVI, la imprenta permitía que las obras se elaboraban para su difusión de forma escrita, es por ello que los estudios sobre gramática tuvieron un gran auge; así fue como la oralidad gradualmente fue perdiendo importancia y se privilegió más la gramática que la Retórica, de esta forma la enseñanza se empezó a centrar en la elaboración de la obra escrita más que para dirigirlos al auditorio.

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 292.

<sup>98</sup> Osorio Romero, Ignacio, *Floresta de gramática, poética y retórica en Nueva España (1521-1767)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1997, p. 150.

<sup>99</sup> Pérez Cortés, Sergio, *La travesía de la escritura. De la cultura oral a la cultura escrita*, México, Taurus, 2006, p. 58.

## 1.4. El proceso argumentativo en el marco del Racionalismo

El Racionalismo (siglos XVII – XVIII) tuvo como pilar a la razón humana como forma de obtención del conocimiento, oponiéndose al Empirismo británico propuesto por John Locke y David Hume. Entre los principales exponentes del Racionalismo podemos ubicar a René Descartes (1596-1650), Blaise Pascal (1623-1662), Baruch Spinoza (1632-1677), Gottfried Wilhelm Leibnitz (1646-1716), Giambattista Vico (1668-1744) e Inmanuel Kant (1724-1804). Otros autores contemporáneos que sin señalar de manera directa sus propuestas como manuales de retórica se acercan a ella, son *El arte de tener razón, expuesto en 38 estratagemas* de Arthur Schopenhauer (1788-1860) y *Lógica Parlamentaria* de William Gerard Hamilton (1729-1796).<sup>100</sup>

El modelo del racionalismo es deductivo para llegar al conocimiento y se alejó de la idea de lo verosímil. Como afirma Gabriel Maino,<sup>101</sup> Descartes rechazó los conocimientos probables y estableció el principio de que solo puede aceptar los conocimientos ciertos y que no dejen lugar a la más pequeña duda, no considera a la Retórica pues afirma en su Discurso del Método que “*Admiraba la elocuencia y la poesía me encantaba, pero creía que tanto una como otra eran más bien dones del espíritu que frutos del estudio. Los que tienen vigoroso el razonamiento y dirigen bien las ideas, a fin de hacerlas claras e inteligibles pueden siempre persuadir, aunque no sepan retórica y se expresen en un dialecto de poca importancia y áspero al oído*”.<sup>102</sup>

### 1.4.1. Giambattista Vico

Al comentar la situación imperante en el siglo XVII, Isaiah Berlin<sup>103</sup> refiere las razones por las que Vico merece ser leído. En su opinión, las tesis sobre las que descansa la reputación de Vico son las siguientes:

- i) Se opuso a toda teoría de lo que era el hombre, de la naturaleza del hombre, prevalente en su época.
- ii) Posiblemente fue quien primero concibió la idea de cultura o civilización en la manera que hoy lo pensamos.

---

<sup>100</sup>Véase Schopenhauer, Arthur, *El arte de tener razón*, Madrid, Alianza editorial, 2017 y Hamilton, Willam Gerard, *Lógica Parlamentaria*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.

<sup>101</sup>Gabriel Maino, Carlos Alberto, “La argumentación como camino para la búsqueda y conocimiento de la verdad en la historia de Occidente y en nuestros días”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 72.

<sup>102</sup>*Ibidem*, p. 73.

<sup>103</sup>Berlin, Isaiah, “Giambattista Vico”, *Cuadernos sobre Vico*, 11-12, 1999-2000, p. 19.



iii) Originalidad en algunos temas de matemáticas.

iv) Uno de los fundadores de las ciencias sociales, filología comparada, antropología comparativa, de la sociología, y del estudio comparativo de las instituciones humanas.

La corriente intelectual cartesiana era la dominante de la época. De acuerdo con Berlin “cuando Vico leyó a Descartes se convirtió primero al cartesianismo como casi todo pensador importante de su tiempo”; luego se rebeló contra Descartes, quien “había argumentado que la única clase de estudio que una persona sería podría emprender bajo la esperanza de realizar algún progreso era la que empleaba métodos matemáticos o cuantitativos”.<sup>104</sup> De tal forma que Descartes se mostraba mordaz sobre los estudios humanos tradicionales (historia, crítica, retórica, literatura) que no utilizaban tales métodos. En este contexto, como refiere Mortara Garavelli, Vico estableció una correspondencia entre dos fases de desarrollo (estado retórico y el dialéctico) y dos momentos educativos, sucesivos en el tiempo; por lo que la Retórica queda reducida a la condición del momento preliminar, pero, al mismo tiempo, Vico le concede la elevada misión de educar al pueblo.<sup>105</sup>

En sus *Instituciones de Oratoria*, Vico comenta que si la “retórica” [*rhetorica*] pudiera verse en latín con la elegancia griega que la caracteriza, se diría “palabras que fluyen” [*fluentia*] o “lo que se dice” [*dicentia*]. También expresa que para los griegos “Rétor” [*Rhetor*] es lo mismo que orador; “diserto” [*disertus*] a la suma elegancia discursiva y “a quien era consumado perito en palabras y sabía emplearlas con destreza”. En cambio “elocuente” [*eloquens*] es, “quien, siendo insigne en todos los estilos del discurso, está igualmente pronto a todo género de causas, y se distingue en todas las virtudes de la oración, ante todo en la verdad y la dignidad”.<sup>106</sup>

Para Vico, el trabajo de la *Retórica* o *elocuencia* es la facultad de decir en la forma apropiada para persuadir o de inclinar la voluntad. En cuanto a la materia, la Retórica tiene como tarea persuadir o doblegar la voluntad ajena, así “la materia de la Retórica es un argumento general (*universum argumentum*) o una cuestión particular (*quaestio peculiaris*)”.<sup>107</sup>

En cuanto a las partes de la retórica, expresa que sus preceptos sobre el decir se dividen en cinco partes: Invención [*inventio*], disposición [*dispositio*], elocución [*eloquutio*], memoria [*memoria*] y actuación o acción [*pronunciatio*], cada uno de estos elementos los define como “la invención selecciona los argumentos idóneos para persuadir; la disposición dispensa y distribuye ordenadamente los argumentos encontrados por las diversas partes de la oración; la elocución adorna los tópicos hallados

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>105</sup> Mortara Garavelli, Bice, *Manual...*, *cit.*, p. 54.

<sup>106</sup> Vico, Giambattista, *Elementos de Retórica: El sistema de los estudios de nuestro tiempo y Principios de oratoria*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 111 y 112.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 115.

y dispuestos con la luz de las sentencias y lo mas selecto de las palabras, y con su ajustada, precisa y rítmica composición; la memoria guarda en su despensa los tópicos hallados, dispuestos y ordenados y los conserva bajo custodia fiel y duradera; la actuación, finalmente, pronuncia el discurso con la apropiada modulación vocal, el semblante conveniente y el adecuado ademán corporal”<sup>108</sup>

Las partes del discurso las divide en: exordio, narración (incluye la digresión), proposición (incluye la partición), confirmación (incluye la amplificación), refutación y peroración.<sup>109</sup>

#### 1.4.2. Immanuel Kant

Kant desarrolla su teoría sobre la relación entre el razonamiento práctico, la moral y el derecho a través de tres obras principales *Fundamentación para una metafísica de las costumbres, publicada en 1785*, *Crítica de la razón práctica, publicada en 1788*, y *La metafísica de las costumbres, de 1797*.

Para la filosofía moral Kantiana son fundamentales la voluntad y el imperativo categórico, en particular señala que “la representación de un principio objetivo, en tanto que resulta apremiante para una voluntad, se llama un mandato (de la razón), y la fórmula del mismo se denomina *imperativo*”, si bien “todos los imperativos mandan *hipotética o categóricamente*, los primeros representan la necesidad práctica de un acción posible como medio para conseguir alguna otra cosa que se quiere (o es posible que se quiera)” mientras que “el imperativo categórico sería el que representaría una acción como objetivamente necesaria por sí misma, sin referencia a ningún otro fin”, a este tipo de imperativos Kant los llama de la *moralidad*.<sup>110</sup>

La obra de Kant si bien es una fuente de respaldo para la teoría y filosofía del derecho, no podríamos clasificarla como una teoría de la argumentación. Para Kant no existen claros oscuros pues considera que la ley es un juicio que contiene un imperativo categórico que tiene tres características principales: universalidad, mandato y esencia formal. Es por ello, como afirma Rojas Amandi, en su filosofía no es posible encontrar un dualismo radical entre “ser” y “deber ser” pues para él la norma moral, el deber ser moral, la ley moral es válida para todos porque ha surgido de nuestra voluntad, de tal forma que la legalidad tiene que ver con las consecuencias de las conductas de acuerdo con lo establecido por la ley y la legitimidad con las máximas de las conductas que derivan del libre arbitrio.<sup>111</sup> En este sentido para Kant “el argumento a favor de que el imperativo categórico es el

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp. 154-181.

<sup>110</sup> Kant, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. de Roberto Ramírez Aramayo, Madrid, Alianza editorial, 2002, pp. 112-115.

<sup>111</sup> Rojas Amandi, Víctor Manuel, “La filosofía del derecho de Immanuel Kant”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 242, 2004, pp. 197 y 198.

principio supremo de la moralidad inicia con la definición de *voluntad* como una especie de causalidad de los seres vivos, en cuanto que son racionales: “la voluntad libre y la voluntad sometida a leyes morales son una y la misma cosa, el concepto positivo de libertad es el imperativo categórico”.<sup>112</sup> Por las razones expuestas, para Kant la argumentación como forma de conocimiento no es viable.<sup>113</sup>

Como apunta García Figueroa, en la teoría de Kant, en particular su *Metafísica de las costumbres*, es posible “reconocer el ejercicio de cierta discreción en el ámbito de la ética, pero no en el Derecho,” por lo que se podría concluir que “Kant sostiene básicamente una teoría de la interpretación y la argumentación jurídica formalista que puede servir de base a la idea de la infalibilidad jurisdiccional (si el juez no ejerce discreción, no puede errar”, por lo que Kant “asocia intensamente las reglas (deberes perfectos, obligaciones estrictas) al Derecho (estricto) y los principios (deberes imperfectos, obligaciones amplias) a la ética. En consecuencia el Derecho se configura como un sistema de reglas y la moral como un sistema de principios”.<sup>114</sup>

Para Kant la razón que se aplica a los conocimientos morales no es la misma que se aplica al conocimiento para determinar la esencia de las cosas, sino que se trata de la razón aplicada a la acción, a la práctica, aplicada a la moral se trata de la razón práctica.<sup>115</sup>

### 1.4.3. Gottfried Wilhelm Leibnitz

En las teorías de Leibnitz lo verosímil tampoco existe. No obstante su formación de jurista, durante toda su vida Leibnitz creyó en la posibilidad de lograr la verdad y certeza mediante procedimientos formales, y en sus obras juveniles aparece la creencia de que esta teoría también era aplicable al Derecho.<sup>116</sup> En ese sentido, Leibnitz aplicó la lógica matemática en la idea de que todo conocimiento podía ser axiomatizado en el plano euclidiano y razonado por el orden lógico matemático.<sup>117</sup>

Como refiere López Eire el proyecto de Leibnitz expresado en su *Dissertatio de Arte combinatoria* con el que intentaba “someter lo tópicos de la antigua tradición retórico - jurídica al control aritmético que exigía ya como imprescindible la Matemática del siglo XVII...como era de esperar...chocó con el inevitable y mortífero escollo de «retoricidad» del lenguaje, ese tremendo cúmulo de dificulta-

---

<sup>112</sup>Rivera, Faviola, *Virtud y justicia en Kant*, México, Fontamara, 2003, pp. 55 y 56.

<sup>113</sup>Gabriel Maino, Carlos Alberto, “La argumentación como camino para la búsqueda y conocimiento de la verdad...”, *cit.*, p. 79.

<sup>114</sup>García Figueroa, Alfonso, “La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 117 y 119.

<sup>115</sup>García Morente, Manuel, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, México, Porrúa, 1980, 231.

<sup>116</sup>Martínez Tapia, Ramón, “Leibnitz y la ciencia jurídica”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, 14, 1996, p. 155.

<sup>117</sup>Hernández Franco, Juan Abelardo, *Argumentación jurídica*, México, Oxford University Press, 2010, p. 4.

des, problemas, contrariedades, fallos y defectos que le proporcionan al lenguaje sus incontrolables homonimias, sinonimias, equívocidades, multivocidades, etc.”<sup>118</sup>

## 1.5. La enseñanza de la Retórica en México

En opinión de Ramírez la instauración de la Retórica en la Nueva España ocurrió en 1553 “cuando Francisco Cervantes de Salazar pronunció el discurso de fundación de la Universidad de México y él mismo inició la cátedra de retórica el 3 de junio del mismo año”.<sup>119</sup> En opinión del mismo autor, el manual más antiguo de retórica clásica que se tuvo en la Nueva España fue el de Cipriano Suárez, al que además considera como el más puro exponente de la retórica clásica en el ámbito novohispano, no obstante que estaba dirigido fundamentalmente al lector cristiano y para la elocuencia y predicación cristianas.<sup>120</sup>

Para Ramírez, la obra más clara de retórica novohispana es la del fraile Jesuita Diego de Valadés, *Rethorica Christiana ad concionandi et orandi usum accommodata*, la cual fue publicada en 1579 en Perugia Italia, la cual también tenía como propósito “la prédica y el sermón en la evangelización de la Nueva España”, y aunque pareciera una retórica puramente eclesiástica, el Manual de Valadés le da importancia a la dialéctica, como la retórica aristotélica, al afirmar que “el principal deber de la dialéctica es demostrar con una razón probable o verdadera y el de la retórica, persuadir”.<sup>121</sup>

Respecto a la obra escrita sobre retórica en Nueva España, Ramírez<sup>122</sup> alude que ya se conocían en España los tratados de Fray Luis de Granada (1504-1588), *Ecclesiasticae Rhetoricae, sive De ratione concionandi libri sex*, publicado en 1576; la *Rhetorica Cristiana* de Diego de Valadés, y el *Arte de sermones* del fraile franciscano Martín de Velasco, del reino de Granada (actual Colombia), y el libro del dominico Velazquez, *Breve instrucción y summa de retórica de predicadores para el estudio de las materias que se tratan en los sermones, y su ampliación y disposición (México en 1628)*.<sup>123</sup>

En la obra de Martín de Velasco se puede apreciar la influencia del racionalismo europeo de la época, a este respecto Beuchot, al comentar la obra de Martín de Velasco, afirma que el fraile:

“Llegó a decir que sólo Dios podía comprender el corazón del hombre, porque Él lo había

---

<sup>118</sup>López Eire, Antonio, “La naturaleza retórica...”, *cit.*, p. 201.

<sup>119</sup>Véase Ramírez Trejo, Arturo, “La retórica novohispana: origen, desarrollo y doctrina (siglos XVI-XVIII)”, *Nova Tellis*, 30-1, 2012, p. 154, y Herrasti, Francisco de P., “Recuerdos de la Escuela Nacional...”, *cit.*, p. 14.

<sup>120</sup>*Idem.*

<sup>121</sup>Ramírez Trejo, Arturo, “La retórica novohispana...”, *cit.*, p. 157, y Valadés, Diego, *Retórica Cristiana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

<sup>122</sup>Ramírez Trejo, Arturo, “La retórica novohispana...”, *cit.*, p. 158.

<sup>123</sup>Véase Beuchot, Mauricio, *Retóricos de la Nueva España*, México, UNAM, 1996.

creado; y a nosotros sólo nos quedaba dirigirnos a la razón, convencerla y persuadirla. Ya que el corazón del hombre era tan descontentadizo, no quedaba más que argumentar para la razón. En ese sentido el formalismo lógico o matemático sería el mejor para argumentar, para convencer y persuadir; [l]a labor de la retórica era dirigirse a la razón con términos claros o bien definidos, y con enunciados de verdad evidente o bien comprobada. La claridad y sencillez no bastan [dado que] muchas cosas de la vida cotidiana, de la vida moral, religiosa, jurídica o política, escapan a lo claro y lo distinto, y no se manifiestan con una verdad evidente dentro de un raciocinio contundente...la retórica se refiere a esas cosas no claras ni evidentes, tanto de la teoría como de la práctica, que hay que *mover a creer o a hacer*.”<sup>124</sup>

La obra de Nebrija tuvo una gran influencia en México. Osorio Romero refiere que con su Gramática “Nebrija vino atrás de los conquistadores y, durante los tres siglos de dominio hispánico en México, su gramática fue el texto en que aprendieron latín todos los que en la Colonia tuvieron acceso a los estudios”.<sup>125</sup> El autor también explica que en México no sólo se conoció la obra gramática de Nebrija sino que “[t]ambién se estudiaron las restantes obras filológicas de Nebrija. Testimonio de ello son las diferentes ediciones que existieron en las bibliotecas conventuales...debo señalar que la BNM guarda una *Artis Rhetoricae compendiosa coaptatio ex Aristotele, Cicerone et Quintiliano*, editada en Alcalá en 1529, que Nebrija compuso en su vejez y ya casi ciego”.<sup>126</sup>

De acuerdo con Herrasti, en el México Independiente, con el Decreto del Soberano Congreso Constituyente del 13 de octubre de 1823, se suprimió la anterior Universidad de México y se fundaron seis establecimientos de Instrucción Pública, con el de Jurisprudencia ubicado en el Antiguo Colegio de San Ildefonso, cuyos estudios incluían la Cátedra de Retórica.<sup>127</sup>

Mendieta y Nuñez refiere que por Decreto del 18 de agosto de 1943, se expidió un nuevo “Plan de Estudios” de los Colegios de Jurisprudencia, integrado por siete años de instrucción, cuatro para la carrera del foro, y los tres restantes para el grado de licenciado en leyes, y en cuyos sexto y séptimo años se incluyó la cátedra de Elocuencia Forense (I y II) y la de Análisis de las Obras de Elocuencia Forense.<sup>128</sup> Guerrero refiere que con este Plan de Estudios se le imprimió un acento en el arte de foro, por las tres materias de elocuencia forense y las materias de procedimientos judiciales; las materias de Elocuencia Forense tuvo gran importancia y se mantuvo durante un largo tiempo, prueba de ello es que estuvo a cargo de Ignacio M. Altamirano, quien en 1887 renunció a esta cátedra y fue sustituido por Jacinto Pallares; posteriormente en 1897 se integró en el plan de estudios la cátedra de Oratoria

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>125</sup> Osorio Romero, Ignacio, *Floresta de gramática, poética...*, *cit.*, p. 28.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>127</sup> Herrasti, Francisco de P., “Recuerdos de la Escuela Nacional...”, *cit.*, p. 15.

<sup>128</sup> Mendieta y Nuñez, Lucio, “Apuntes para la Historia de la Facultad de Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 10, 1953, pp. 41-43.

Forense.<sup>129</sup>

En 1903 se dio la salida de Luis Méndez como Director de la Escuela de Jurisprudencia, y adicionalmente en el plan de estudios de 1907 se extinguió la cátedra de Elocuencia Forense, evento del que Herrasti refiere que fue un “acontecimiento natural, atento al espíritu reinante, que suponía y con razón, que la medianía oficial de la judicatura había menester otra cosa, que no oratorio y arte”.<sup>130</sup>

En 1942 Alfonso Reyes dictó el curso “La Antigua Retórica” en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional, y el mismo año apareció publicado por el Fondo de Cultura Económica. En su Antigua Retórica, Reyes da cuenta de las obras retóricas de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano, y refiere que el plan académico de Quintiliano fue de larga trascendencia y que se mantenía su enseñanza en los seminarios jesuíticos.<sup>131</sup> La obra de Alfonso Reyes tuvo resonancia en México y en España en los círculos literarios, lingüísticos y filológicos, pero no así en el foro jurídico.

---

<sup>129</sup>Guerrero, Omar, *El abogado en el Bufete, el Foro y la Administración Pública*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 42 y 45.

<sup>130</sup>Herrasti, Francisco de P., “Recuerdos de la Escuela Nacional...” *cit.*, p. 21.

<sup>131</sup>Reyes, Alfonso, *Obras Completas, XIII: La Crítica...*, *cit.*, p. 456.

# CAPÍTULO 2

## Argumentación e interpretación jurídica

---

“La ciencia del derecho, dispone de dos variables sobre las que centra su objeto de estudio, una destinada al análisis de la pretensión de validez de la norma y otra a la aplicación de la norma (o decisión). En el primer caso, se trata de enunciados sobre normas, pero distintos de las normas, sería un lenguaje metanormativo, el segundo, serían enunciados sobre acciones (normativas), pero también distintos de las mismas normas. El primero teórico, el segundo práctico, si bien la vocación de la teoría es su praxis”.

(Latorre, Virgilio, *Bases metodológicas de la investigación jurídica*, México, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 22).

En la actual Teoría del Derecho, de acuerdo con Atienza el Derecho es en gran medida argumentación.<sup>1</sup> Con esta premisa, entonces es posible derivar que el Derecho se encuentra permanentemente en discusión y revisión para diseñarlo, reconstruirlo y aplicarlo. Puy señala que la literatura sobre la argumentación jurídica es abundante y ofrece distintas acepciones dependiendo del autor; sin embargo, “no hay una definición y estimación de la argumentación jurídica aceptada por todos; ni siquiera por todos los miembros de la comunidad jurídica; ni siquiera por alguno de sus sectores sociológicos

---

<sup>1</sup>Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

o culturales”.<sup>2</sup> No obstante, en este capítulo trataremos de obtener las características comunes de diversas definiciones como la integración de los enfoques teórico-prácticos de la argumentación retórica y su aplicación al Derecho; explicar la relación entre el lenguaje y el Derecho, y realizar una breve descripción de las teorías argumentativas que fueron precursoras de las Teorías de la argumentación jurídica de Alexy y MacCormick.

## 2.1. Argumentación jurídica: conjunción entre Retórica teórico-práctica y el Derecho

La Real Academia de la Lengua Española nos dice que argumentación es la acción de argumentar; y, por su parte, argumentar tiene su raíz en el latín “*argumentare*” que significa argüir, la cual tiene dos acepciones: “sacar en claro” y “descubrir o probar”; como actividad significa “aducir, alegar, poner argumentos”, y también se utiliza como “disputar, discutir, impugnar una opinión ajena”. De esta forma podemos señalar que argumentación es la actividad de argumentar, es decir, construir y relacionar argumentos (razonamientos).

Como afirma Bermejo, la argumentación es el método por excelencia de la Filosofía, y en general, el instrumento con el que nuestros razonamientos son comunicables y que permite producir la persuasión del interlocutor o del auditorio al que se dirigen.<sup>3</sup>

De acuerdo con Bandieri “la argumentación, pues, es un proceso en el cual se emplea el discurso razonado para defender o justificar una toma de posición acerca de una cuestión opinable” con un objetivo específico.<sup>4</sup> De esta forma podemos advertir que la argumentación necesariamente requiere de la utilización del discurso persuasivo (suasorio), el cual es el objeto de estudio de la Retórica.

Para Vigo, la argumentación es un “proceso”, el cual a partir de ciertos enunciados, premisas o juicios que se justifican con argumentos o razones, se obtiene mediante la respectiva inferencia, una respuesta acerca de un problema o pregunta que no es evidente; en cuanto a la argumentación práctica el objeto mediato o inmediato será dirigir o valorar conductas humanas, la cual se torna jurídica cuando la respuesta que se procura remite a preguntas sobre qué es lo que el derecho obliga, prohíbe o permite.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup>Puy Muñoz, Francisco, “Sobre oralidad y argumentación jurídica”, *Dereito*, 18(2), 2009, p. 126.

<sup>3</sup>Bermejo Luque, Lilia, “Filosofía y Retórica: El lugar de la teoría de la argumentación”, *Daimon. Revista de Filosofía*, 30, 2003, p. 105.

<sup>4</sup>Bandieri, Luis María, “Argumentación y composición de conflicto jurídicos”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 19.

<sup>5</sup>Vigo, Rodolfo Luis, *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial y Tirant Lo Blanch, 2017, p. 15.



Como indica Vigo, el interés actual sobre la argumentación nos podría conducir a pensar que se trata de un tema nuevo o de reciente descubrimiento, sin embargo, como lo hemos visto en el capítulo previo de este trabajo, es algo que ha preocupado a los filósofos desde la antigüedad, particularmente en Grecia y Roma. No obstante, fue a partir de la segunda mitad del siglo pasado que se incorporó a la agenda de los juristas, sobre todo porque el paradigma del Estado Constitucional de Derecho implica: el reconocimiento de la Constitución y los derechos humanos como fuente del derecho, la moral racional a través de los derechos humanos, valores y principios, y la creación de los tribunales constitucionales con la facultad de imponer la respuesta jurídica contenida en la Constitución.<sup>6</sup>

Una vez que nos adentramos en el estudio de la Retórica, nos podemos dar cuenta de la importancia de la opinión de Roland Barthes quien expresó que “el mundo está increíblemente lleno de antigua retórica”.<sup>7</sup> El Derecho no es la excepción. Retórica y argumentación aparecen como elementos fundamentales de las teorías contemporáneas de argumentación jurídica. Como bien señala Hernández Franco existe una gran gama de teorías, lógicas y modelos de interpretación jurídicos considerados herramientas fundamentales para todo operador jurídico; también refiere que en esta rama del conocimiento jurídico han surgido confusiones que reúnen una diversidad de materias con distinto objeto en un mismo sentido, de tal forma que los investigadores que están inmersos en la argumentación jurídica han abarcado la retórica, la tópica, la gramática, la semiótica, la dialéctica y la interpretación como ramas de la propia argumentación jurídica.<sup>8</sup>

La afirmación de Hernández hace referencia a las confusiones de la argumentación jurídica en relación con otras ramas del conocimiento, incluidas la retórica y la interpretación. En nuestra perspectiva, para esclarecer el origen de dicha confusión, se requiere estudiar y distinguir las características específicas y el objeto de las tres ramas de conocimiento y sus puntos de conexión, para determinar cuál es la relación que existe entre ellas como ramas generales del conocimiento y en su aplicación en el ámbito jurídico.

En cuanto a la relación entre la Retórica y la Argumentación Jurídica, de acuerdo con Milagros Otero “Retórica y Argumentación son el todo y la parte”,<sup>9</sup> y además afirma que:

“La Retórica es una ciencia, arte o técnica con una grande e importante tradición en el pasado. Su finalidad es la utilización de la corrección y hasta la belleza del lenguaje para la realización del discurso. La Retórica Jurídica es la ciencia, técnica o arte que consiste en el dominio oral y escrito de la palabra, los gestos y la expresión escrita utilizadas ambas con la finalidad de obtener una mejor y más justa aplicación del Derecho.”

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>7</sup> Barthes, Roland, *La Antigua Retórica*, cit., p. 7.

<sup>8</sup> Hernández Franco, Juan Abelardo, *Argumentación jurídica*, cit., p. XIV.

<sup>9</sup> Otero Parga, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2014, p. 212.

“La Argumentación es la técnica de la utilización adecuada de los argumentos...La Argumentación Jurídica es un tipo de discurso a través del cual un jurista, que quiere conseguir algo explica esa proposición a otro u otros tratando de aportar las pruebas que inclinen a los otros a aceptar su posición como adecuada por lo tanto asuman el mandato que contiene.”

“En la actualidad la Retórica es un arte muy olvidado e incomprensiblemente poco utilizado mientras que la Argumentación se ha puesto de moda como una necesidad de legitimación del Derecho en el Estado de Derecho. Sin embargo la Argumentación es una parte de la Retórica y la retórica es un medio que ayuda sobremanera a la Argumentación.”<sup>10</sup>

Como refiere Pereda el enfoque actual de la Retórica debe tener un sentido virtuoso, y debe integrar la eficacia argumental teórica (epistémica) y la eficacia argumental práctica (convencimiento del auditorio); el autor afirma que

“junto a una retórica, se necesita una ética de la argumentación, una ética que, entre otras funciones, oriente para examinar y juzgar el poder de las palabras en relación con la autonomía personal y social: cuándo la dimensión expresiva de nuestros argumentos convence con legitimidad, y cuándo, sólo seduce al juicio”.<sup>11</sup>

Para Dehesa la Retórica es la “ciencia encargada de guiar y estructurar las deliberaciones y controversias por medio del discurso, entendida ésta como ciencia del discurso, en tanto arte (o técnica) de presentar argumentos para convencer”.<sup>12</sup> Como se puede advertir, la definición proporcionada por Dehesa, al igual que la señalada por Otero, es ambivalente, pues considera a la retórica como ciencia y como un arte.

En cuanto a la relación entre la retórica y la filosofía, López Eire indica que “la Retórica, en efecto, necesita defenderse con estrategias persuasivas de naturaleza psicológica y estética porque se contenta con lo verosímil, lo justo y lo útil, mientras que la Filosofía busca afanosamente la Verdad, la Justicia y el Bien absolutos”, además refiere que “mientras que la Filosofía busca en el «lugar celeste» o *tópos ouránios* sus verdades, la Retórica se contenta con las verosimilitudes, que vienen a ser las verdades político-sociales o verdades propias del sublunar mundo real de las humanas comunidades político-sociales”.<sup>13</sup>

Para Beuchot la Retórica “se inscribe en una concepción de la lógica más amplia que la sola lógica formal, abarca lo que en la actualidad se llama a veces ‘teoría de la argumentación’, que

---

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Pereda, Carlos, “Sobre la Retórica”, *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, 12, 2000, p. 626.

<sup>12</sup> Dehesa, Gerardo, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, México, SCJN, 2007, p. 12.

<sup>13</sup> López Eire, Antonio, “La naturaleza retórica...” *cit.*, p. 29.

también contiene la ‘lógica informal’”, de esta forma “se ocupa de las cosas más difíciles de someter a la razón, a saber, los hechos contingentes y las cosas prácticas, que sólo aspiran a brindar de ellos un conocimiento verosímil”.<sup>14</sup>

La Retórica es la ciencia del discurso, en tanto técnica o arte de presentar argumentos para hacerlo convincente y persuasivo. En el mismo sentido Michelle Taruffo, citado por Bandieri, señala que

“Toda referencia al posible papel de la retórica en la decisión judicial resulta ambiguo si no se distingue, por lo menos, entre retórica como persuasión y retórica como uso de argumentos razonables. En la primera acepción la retórica no tiene nada que ver con la racionalidad y se atiene solo al *hecho* de que alguien sea persuadido acerca de alguna cosa. En la segunda acepción, que se remonta esencialmente a Perelman, la retórica se refiere al uso de argumentos razonables y puede equivaler (en tanto depurada de implicaciones “persuasivas”) a la racionalidad como razonabilidad antes que como demostración *stricto sensu*”.<sup>15</sup>

De lo señalado por Taruffo y Pereda podemos notar que la expresión o acepción de la Retórica como persuasión se refiere al sentido persuasivo intrínseco y originario de la Retórica y a la eficacia argumental práctica; por su parte la expresión o acepción como Argumentación Retórica, en el sentido de Perelman, se refiere a la eficacia argumental teórica, por lo que la Argumentación jurídica es un espacio que se construye a través de la aplicación de la Retórica teórico-práctica con los diversos elementos y categorías jurídicas del Derecho.

Bandieri, al analizar las aportaciones de la Retórica a la Argumentación Jurídica, señala que el tipo de argumentos retóricos, o argumentación retórica “estudia la relación entre lo explícito (la tesis argumentada) y lo implícito (el grado de adhesión que se busca obtener): cada una está definida en función de la otra”;<sup>16</sup> en el sentido expuesto, explica que

“Perelman observa con justeza que “los criterios con los que se cree posible separar la convicción y la persuasión se basan siempre en la determinación de pretender aislar de un conjunto (conjunto de procedimientos o de facultades) ciertos elementos considerados racionales”, [d]ialéctica y retórica, desde antiguo, tienen su lado de razón; la diferencia es que la retórica no resulta solo desenvolvimiento de la razón”.<sup>17</sup>

<sup>14</sup>Véase Beuchot, Mauricio, *Retóricos de la Nueva España, cit.*, pp. 49 y 50.

<sup>15</sup>Bandieri, Luis María, “Argumentación y composición de conflicto jurídicos”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica..., cit.*, p. 26.

<sup>16</sup>Bandieri, Luis María, “Aportaciones de la retórica a la argumentación jurídica”, en Otero Parga, Milagros e Ibáñez Mariel, Roberto (coords.), *Argumentos de la Argumentación Jurídica, Panorama Práctico*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2012, p. 84.

<sup>17</sup>*Ibidem*, p. 79.

De esta forma, para Bandieri el “argumento retórico se dirige al intelecto y a los sentimientos, para mover la voluntad”.<sup>18</sup>

A partir de lo expuesto, podemos afirmar que la Retórica ha pasado a incorporarse dentro de la Filosofía del Derecho como *Argumentación Jurídica*, y como veremos más adelante, la Hermenéutica como *Interpretación Jurídica*.<sup>19</sup>

## 2.2. Precursores de la Teoría de la Argumentación Jurídica

### 2.2.1. Stephen Toulmin

El modelo argumentativo de Toulmin de 1958,<sup>20</sup> ampliado en Toulmin, Rieke y Janik (1984),<sup>21</sup> tuvo como objetivo suministrar un modelo que fuera aplicable para cualquier disciplina; no obstante, Toulmin tomó del ámbito de la jurisprudencia varios elementos para denominar a algunas de las categorías de su modelo.

Toulmin construyó su teoría a partir de seis categorías: Datos/Evidencia (*Grounds*), Pretensión/Aserción/Tesis (*Claim*), Garantías (*Warrants*), Respaldo (*Backing*), Cualificadores modales (*Modal qualifiers*) y Refutaciones/Reserva (*Rebuttals*).<sup>22</sup>

Siguiendo a Rodríguez Bello, la Pretensión/Aserción es la tesis que se va a defender, el asunto a debatir, sostener o que se pretende demostrar; los Datos/Evidencia son la información en que se basa la aserción, y puede consistir en hechos o condiciones que son observables; las Garantías brindan los elementos que permiten la transición de la evidencia a la pretensión y justifican la importancia de la evidencia; el Respaldo apoya a la Garantía -es similar a la evidencia- y se integra por estadísticas, testimonios o ejemplos; los Cualificadores modales especifican el grado de certeza de la pretensión (grado de probabilidad), los términos y las condiciones que la limitan, y la Refutación es la excepción a la pretensión, la identificación de refutaciones permite buscar mecanismos con los que la Pretensión puede ser fortalecida al hacer necesario encontrar nuevos Respaldos.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 84 y 85.

<sup>19</sup> Véase Correas, Oscar, *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 36.

<sup>20</sup> Toulmin, Stephen, *The uses of argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 1958.

<sup>21</sup> Toulmin, Stephen, Rieke, Richard y Janik, Allan, *An introduction to reasoning*, New York, Macmillan publishers, 1984.

<sup>22</sup> Para un análisis detallado del modelo de Toulmin véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

<sup>23</sup> Rodríguez Bello, Laura, “El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de investigación educativa”, *Revista digital universitaria*, 5 (1), 2004.

De acuerdo con Toulmin, Rieke y Janik, el término **argumentación** se utiliza para referir a “la actividad total de hacer pretensiones, cuestionarlas, respaldarlas mediante la producción de razones, criticando esas razones, refutando esas críticas, etc.”; el término **razonamiento** se utiliza, en un sentido más restringido, para “la actividad central de presentar las razones que soportan una pretensión o reclamo, así como para mostrar cómo esas razones tienen favorablemente dan fuerza a la pretensión”; y un **argumento** consiste en una secuencia de razonamientos, es decir, es una “*secuencia de pretensiones y razones* que, entre ellas, establecen el sustento y la fuerza de la posición para la cual un determinado orador está argumentando”.<sup>24</sup> Los autores también se ocupan de las falacias, vistas como las formas en que se argumenta incorrectamente. Las divide en cinco categorías, según surjan de: i) falta de razones, ii) razones irrelevantes, iii) razones defectuosas, iv) suposiciones no garantizadas, y v) ambigüedades.

Toulmin distingue dos acepciones respecto a los **argumentos**. Un primer sentido es el planteado previamente, los argumentos son una secuencia de razonamientos desligados de los contextos humanos; en un segundo sentido, los argumentos, o mejor dicho, “las disputas argumentativas,<sup>25</sup> son *interacciones humanas* a través de las cuales se formulan, debaten o se desvirtúan las secuencias de razonamientos”.<sup>26</sup>

Como refiere Atienza, lo relevante del modelo de Toulmin radica en que permite ver con su esquema de representación que incorpora, muchos aspectos que no es posible verlos en el esquema tradicional (lineal) y que es un esquema de argumentación de corrección (pretensión de corrección); sin embargo, no obstante que considera a los argumentos como interacciones humanas, como un tipo de acción, el planteamiento no es del todo adecuado pues, tomando la cita de Habermas,<sup>27</sup> “sigue adoleciendo aún de una falta de mediación convincente entre los planos de abstracción que representan lo lógico y lo empírico”.<sup>28</sup>

### 2.2.2. Chaïm Perelman: la nueva retórica

El *Tratado de la argumentación* de Perelman y Tyteca,<sup>29</sup> publicado en 1958, es el punto de quiebre en la concepción de la Retórica y es particularmente importante como referencia al modelo neo-retórico general pues, como señala Martínez Falero “hunde sus raíces en la doctrina aristotélica

<sup>24</sup>Véase Toulmin, Stephen, Rieke, Richard y Janik, Allan, *An introduction to reasoning. cit.*, p. 14.

<sup>25</sup>En inglés la palabra ‘argument’ también tiene las acepciones de discusión, debate o disputa.

<sup>26</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 84.

<sup>27</sup>Véase Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, t. I, pp. 54-59.

<sup>28</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, pp. 101 y 102.

<sup>29</sup>Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2009.

sobre la argumentación, asumiéndola desde los presupuestos de la dialéctica, ... y ampliando el campo de acción de la lógica argumentativa a distintos ámbitos del discurso moderno, desde la publicidad hasta la política, la filosofía o el derecho (lo que entroncaría, a su vez, con el pasado de la argumentación, ligada al discurso forense)”, la cual podría ser considerada como renacimiento de la Retórica, pues “los autores se proponen acabar ‘con la concepción de la razón y del razonamiento que tuvo su origen en Descartes’; es decir, se trata de devolver al razonamiento, a la capacidad de deliberar y argumentar, el papel fundamental que ejerció en la Antigüedad”, para convencer al auditorio.<sup>30</sup>

Cárdenas afirma que Perelman, al acudir a Aristóteles, advirtió que éste distinguía entre razonamientos analíticos o deductivos y los retóricos o dialécticos, y que la argumentación jurídica se apoya fundamentalmente en razonamientos retóricos o dialécticos, y en la argumentación dialéctica de Perelman no se parte de premisas verdaderas sino de premisas plausibles y opinables;<sup>31</sup> es decir “la argumentación en sentido estricto se mueve en el terreno de lo simplemente plausible, [l]os argumentos retóricos no tratan de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible de una determinada decisión u opinión”.<sup>32</sup> Así, por ejemplo, la argumentación de los juristas, políticos y filósofos, requiere de un **auditorio** para propiciar su **adhesión**. Por tanto, el concepto de auditorio es fundamental en la obra de Perelman y la estructura del discurso argumentativo en su teoría “se asemeja a un tejido y no a una cadena, porque en ésta, si un eslabón se debilita se destruye en su totalidad el razonamiento”.<sup>33</sup>

Siguiendo la exposición de Cárdenas,<sup>34</sup> la teoría de Perelman se integrada por tres partes:

- Los presupuestos o límites de la argumentación: Discurso, orador y auditorio.
- Los puntos o tesis de partida: Acuerdo, elección y presentación de premisas.
- Las técnicas argumentativas o argumentos en sentido estricto.

Perelman distingue la argumentación en función del tipo de auditorio (único oyente, diálogo, deliberación con uno mismo, heterogéneo, universal y particular). La argumentación persuasiva es la que solo es válida para un auditorio particular, en cambio la argumentación convincente se pretende válida para todo ser de razón.

En cuanto a la presentación de premisas, el *acuerdo* refiere a los temas o materias de argumentación concreta, por ejemplo cuestiones reales (hechos, verdades y presunciones) o cuestiones relativas

---

<sup>30</sup>Martínez Falero, Luis, “La retórica en el siglo XX. Hacia una Retórica General”, *Cuadernos de Filología Hispánica*, 20, 2002, p. 232.

<sup>31</sup>Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa-UNAM, 2014, p. 71.

<sup>32</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 48.

<sup>33</sup>Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación...*, *cit.*, p. 71.

<sup>34</sup>*Ibidem*, pp. 71-79.

a lo preferible (valores, jerarquías y lugares de lo preferible), así los primeros pueden ser válidos para el auditorio universal y los segundos para auditorios particulares. La *elección* implica que la argumentación es selectiva, y la *presentación de premisas* se refiere al rol que desempeñan en la argumentación las modalidades de expresión del pensamiento y las figuras retóricas.<sup>35</sup> Las técnicas argumentativas se refieren a la clasificación de los argumentos (enlace o disociación).<sup>36</sup>

En la teoría de Perelman “el razonamiento jurídico no es ya ni ‘una simple deducción silogística’, ni tampoco ‘la simple búsqueda de una solución equitativa’, sino ‘la búsqueda de una síntesis en la que se tenga en cuenta a la vez el valor de la solución y su conformidad con el derecho’”.<sup>37</sup>

La importancia de la obra de Perelman, como señala Atienza, radica en que intenta rehabilitar la *razón práctica*, al tratar de introducir el concepto de racionalidad en las discusiones (moral, derecho, política, filosofía, ética, etc.), además de asignarle importancia al eje pragmático del lenguaje, en el sentido que el objetivo de la argumentación es persuadir.<sup>38</sup> No obstante, su obra también ha sido objeto de varias críticas, las cuales se dirigen fundamentalmente a la falta de claridad conceptual, principalmente por lo que corresponde al concepto de “auditorio universal”,<sup>39</sup> a la relación entre las premisas y la conclusión, el mecanismo y grado de aceptación de un argumento por parte del auditorio, además que no queda bien resuelta la relación entre la retórica general y la retórica aplicada a campos específicos, y en particular a la lógica jurídica.<sup>40</sup>

### 2.3. El lenguaje como instrumento del Derecho

Los operadores jurídicos requieren del lenguaje hablado o escrito, construir y realizar argumentaciones y razonamientos;<sup>41</sup> como refiere Guerrero, citando a Hernández Gil, “el abogado debe describir, ordenar, distinguir y razonar por medio de palabras”.<sup>42</sup> El análisis de la argumentación e interpretación jurídicas requiere que contemos con los elementos lingüísticos y de lógica jurídica, que nos permitan una adecuada construcción de razonamientos o argumentos, en sentido general,

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>36</sup> Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, pp. 45-80.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>39</sup> Véase Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

<sup>40</sup> Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 76.

<sup>41</sup> Por operadores jurídicos nos referimos al concepto vertido por Gregorio Peces-Barba “operador jurídico parece un genérico que identifica a todos los que, con una habitualidad profesional, se dedican a actuar en el ámbito del Derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del Derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos”, véase Peces-Barba, Gregorio, “Los operadores jurídicos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 72, 1986-1987, p. 488.

<sup>42</sup> Guerrero, Omar, *El abogado en el Bufete, el Foro y en...*, *cit.*, p. 79.

y de argumentos judiciales. Por ello, en este apartado nos enfocaremos en hacer una breve exposición de las teorías lingüísticas que han tenido mayor importancia e influencia en el ámbito de la argumentación jurídica. Con tal fin analizaremos las teorías de John Austin y de John Searle.

### 2.3.1. John Austin: hacer cosas con palabras

En su libro *Cómo hacer cosas con palabras* Austin analizó las condiciones que deben cumplir las construcciones del lenguaje para obtener enunciados constatativos o performativos (realizativos). Austin señala que la expresión realizativa “es aquella expresión lingüística que no consiste, o no consiste meramente, en decir algo, sino en hacer algo, y que no es un informe, verdadero o falso, acerca de algo”; es decir, los enunciados performativos corresponden a aquellos en los que “decir es hacer”.<sup>43</sup>

Austin refiere que los enunciados “realizativos no son tan obviamente distintos de los constatativos: los primeros afortunados o desafortunados, los segundos verdaderos o falsos”.<sup>44</sup> Para definir los enunciados realizativos con mayor claridad hace uso de criterios gramaticales o de vocabulario, o una combinación de ambos, así construye dos tipos de enunciados realizativos:

- a) realizativo primaria: “estaré allí”.
- b) realizativo explícito: “le prometo que estaré allí”. Este tipo de enunciado puede tener diversos grados de intencionalidad (Promesa, intención, probabilidad).

Aquí conviene detenernos en lo que Austin señala sobre este tipo de expresiones y del lenguaje en general,<sup>45</sup>

- i) A partir de la elaboración de la construcción lingüística del realizativo explícito, conjetura que históricamente, desde el punto de vista de la elaboración del lenguaje, el realizativo explícito tiene que haber constituido un desarrollo posterior a ciertas expresiones lingüísticas más primarias, por ejemplo, la frase “lo haré”.
- ii) La fórmula realizativa explícita es sólo el recurso último y “más satisfactorio” entre los numerosos recursos lingüísticos que siempre se han usado con mayor o menor fortuna para cumplir la misma función.

Austin contempla otros recursos lingüísticos más primitivos, como son:

---

<sup>43</sup> Austin, John, *Cómo hacer cosas con palabras...*, cit., p. 18.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 47.



- i) modo (orden, consejo, permiso, consentimiento)
- ii) tono de voz, cadencia, énfasis (advertencia, pregunta, protesta)
- iii) adverbios y frases adverbiales
- iv) partículas conectivas (con todo, insisto que, por lo tanto, concluyo que, aunque, concedo que, mientras, por la presente, además)
- v) elementos que acompañan la expresión (gestos o acciones ceremoniales no verbales)
- vi) circunstancias de la expresión (en función de quién emite la expresión)

Austin indica que el anterior tipo de recursos se prestan a equívocos y a discriminaciones inadecuadas debido a la “vaguedad de su significado y en la falta de certeza en cuanto la segura recepción de ellos”.<sup>46</sup> También señala que “la ocasión en que una expresión se emite tiene gran importancia, y que las palabras tienen que ser “explicadas”, en alguna medida, por el “contexto” dentro del cual se intenta usarlas o fueron realmente usadas en un intercambio lingüístico”.<sup>47</sup>

El autor divide a los actos lingüísticos en: locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios. Los muestra mediante ejemplos, como sigue:

- Acto (A) o Locución: El me dijo “déselo a ella”.
- Acto (B) o Ilocución: Me aconsejó (instó, etc.) que se lo diera a ella.
- Acto (C.a.) o Perlocución: Me persuadió que se lo diera a ella.
- Acto (C.b.): Hizo (consiguió) que se lo diera a ella.

En cuanto al acto perlocucionario Austin señala que “a menudo, e incluso, normalmente, decir algo producirá ciertas consecuencias o efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio, o de quien emite la expresión, o de otras personas”, y que “al decir algo lo hagamos con el propósito, intención o designio de producir tales efectos”; es decir, “que quien emite la expresión ha realizado un acto que puede ser descrito haciendo referencia meramente oblicua (C.a.), o bien no haciendo referencia alguna (C.b.) a la realización del acto locucionario o ilocucionario”.<sup>48</sup>

De su análisis concluye que la división dicotómica de enunciados realizativos (constatativos) debe sustituirse “por la idea de “familias” más generales de actos lingüísticos emparentados y parcialmente

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 50 y 51.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 66.

superpuestos”.<sup>49</sup> Para hacer una propuesta de clasificación, toma como referencia, cinco clases de verbos, con lo que distingue las expresiones de acuerdo con sus fuerzas ilocucionarias, en:

i) verbos de judicación o judicativos. Los cuales tienen como caso típico el acto de emitir un veredicto, ya sea por un jurado, árbitro, etc. Pero no es imprescindible que sean definitivos, sino que pueden consistir, en una estimación, cálculo o en una apreciación.

ii) verbos de ejercicio o ejercitativos. Estos consisten en el ejercicio de potestades, derechos o influencia (designar, votar, ordenar, instar, aconsejar, prevenir, etc).

iii) verbos de compromiso o compromisorios. Se refieren a prometer o comprometer de otra manera; ellos “lo comprometen” a uno a hacer algo, también incluyen las declaraciones o anuncios de intención, por ejemplo “adhesiones”, como tomar partido.

iv) verbos de comportamiento. Son un grupo muy heterogéneo, y se refieren a actitudes y con el comportamiento social, por ejemplo, pedir disculpas, felicitar, elogiar, dar pésame, maldecir y desafiar.

v) verbos de exposición. Estos ponen de manifiesto el modo de cómo nuestras expresiones se adecuan en un argumento o conversación: contesto, arguyo, ejemplifico, supongo, postulo.

Como podemos advertir con relación a los actos jurídicos éstos se relacionan en forma directa con cuatro de los cinco tipos de enunciados que se construyen a partir de los verbos expuestos por Austin -excepto los verbos de comportamiento-.

MacCormick y Bankowski resaltan que la teoría de los actos del habla de Austin debió en parte su difusión a la reflexión sobre la naturaleza de los actos jurídicos; principalmente por la analogía, mostrada por Herbert Hart, entre los actos del habla y los actos formalmente jurídicos.<sup>50</sup>

Por su parte Alexy expresó que la Teoría de Austin del acto de habla fue importante para su investigación por tres razones: 1) porque contiene una precisión de lo que significa que hablar un lenguaje es una actividad guiada por reglas; porque deja claro 2) que el uso del lenguaje normativo no se diferencia en algunos puntos importantes del descriptivo; y porque ofrece 3) un sistema de conceptos fundamentales de utilidad para su teoría.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>50</sup> MacCormick, Neil y Bankowski, Zenon, “La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VIII, 1991, p. 219.

<sup>51</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 98.

### 2.3.2. John Searle: actos del habla

Como continuador de Austin, Searle<sup>52</sup> establece cuatro tipos de actos del habla:

- i) Realizar actos de emisión = Emitir palabras (morfemas, oraciones).
- ii) Realizar actos proposicionales = Referir y predicar.
- iii) Realizar actos ilocucionarios = Enunciar, preguntar, mandar, prometer, argumentar, etc.
- iv) Actos perlocucionarios = Corresponde a la noción de Austin, mediante la argumentación se puede persuadir o convencer, asustarle o alarmarle, al hacer una petición se puede lograr que “haga algo”, al informarle se puede convencerle (instruirle, elevarle, inspirarle, lograr que se dé cuenta).

En cuanto al “significado” de una oración, Searle tiene claro que éste puede ser un asunto de reglas o convenciones, en el que además se debe analizar “la conexión entre el hecho de que alguien quiera decir algo mediante lo que dice y lo que efectivamente significa en el lenguaje aquello que dice”.<sup>53</sup> Searle abunda al referir que “la comunicación humana tiene algunas propiedades no usuales, no compartidas por la mayor parte de los otros tipos de conducta humana”, pone énfasis en “si intento decirle algo a una persona, entonces (suponiendo que se satisfacen ciertas condiciones) habré conseguido decírselo tan pronto como esa persona reconozca que intento decirle algo y qué es exactamente lo que estoy intentando decirle”, es decir, que esa persona “comprenda” lo que intento comunicarle. Para que se establezca ese puente entre el hablante y el oyente, Searle refiere que lo proporciona el hecho que “ambos deben tengan un lenguaje común”.<sup>54</sup>

Searle también analiza los procesos lingüísticos de predicar y referir. Lo que se predica de los objetos son *expresiones* y *no universales*; con ello Searle busca la “conexión entre la noción de predicación y la noción de verdad: es de las expresiones, no de los universales, de las que puede decirse que son verdaderas o falsas de objetos”.<sup>55</sup> Las expresiones referenciales apuntan a cosas particulares; responden las preguntas ¿Quién?, ¿Qué?, ¿Cuál?; y se debe distinguir entre expresiones referenciales definidas singulares y expresiones referenciales indefinidas singulares, así referir consiste en “representar/“designar”.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup>Searle, John, *Actos de habla..., cit.*, pp. 32-34.

<sup>53</sup>*Ibidem*, p. 52.

<sup>54</sup>*Ibidem*, pp. 55-57.

<sup>55</sup>*Ibidem*, p. 35.

<sup>56</sup>*Ibidem*, p. 36.

### 2.3.3. La argumentación como una función del lenguaje

Otros autores consideran que la argumentación es una función del lenguaje. Por ejemplo, Giménez afirma que la “función argumentativa o crítica del lenguaje consiste en una reestructuración de las tres funciones primarias detectadas por Karl Bühler en el proceso de comunicación: expresar la subjetividad del emisor, incidir sobre el destinatario y describir el mundo”,<sup>57</sup> de tal forma que la argumentación subsume las tres funciones y las somete a “una situación problemática o de una confrontación polémica caracterizadas por el juego de intereses contrapuestos”.<sup>58</sup>

En la práctica jurídica, como afirma Dehesa, la argumentación requiere necesariamente de realizar amplias reflexiones sobre el lenguaje, ya que es el instrumento cotidiano de cualquier persona relacionada con el derecho, y en particular de los juzgadores y que por tanto “no puede existir una buena argumentación si no se tiene un adecuado manejo del lenguaje y de una teoría básica de los alcances de la retórica, entendida ésta como una teoría de la argumentación”.<sup>59</sup>

En cuanto a la relación entre la retórica y el lenguaje aplicadas al ámbito jurídico, Dehesa en forma atinada señala que “la retórica se presenta como un instrumento indispensable para el análisis del discurso y el efecto que éste produce o pretende producir en el auditorio; el Derecho es, por esencia, lenguaje”.<sup>60</sup> El enfoque en que se observa de forma más clara la construcción de la TAJ a partir de la teoría del discurso es el modelo de Alexy, quien aplica la Teoría del discurso general de Habermas al derecho.<sup>61</sup>

## 2.4. ¿Por qué es necesaria una Teoría de la Argumentación Jurídica?

En un Estado Democrático Constitucional las decisiones judiciales requieren ser debidamente justificadas y argumentadas para que sean aceptadas (o aceptables) y legitimadas por la sociedad. La tarea judicial que se realizaba en un esquema silogístico de aplicación ya no es aceptable por las sociedades modernas, frente a ello, como refiere Vigo, los jueces deben justificar racionalmente los motivos y fundamentos de sus decisiones y dar a conocer los argumentos que la avalan.<sup>62</sup> Otero Parga

<sup>57</sup>Giménez, Gilberto, “Lengua, discurso, argumentación”, *Signos literarios y lingüísticos*, 4, 2002, p. 103.

<sup>58</sup>*Idem.*

<sup>59</sup>Dehesa, Gerardo, *Introducción a la Retórica...*, *cit.*, p. XIV.

<sup>60</sup>*Ibidem*, p. XVI.

<sup>61</sup>Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, p. 266.

<sup>62</sup>Vigo, Rodolfo Luis, “Argumentación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, México, UNAM, 2009, t.I, p. 34.

va más allá y señala que cualquier operador jurídico debe razonar su decisión fundamentándola en la ley, en la justicia y en la razón.<sup>63</sup>

Moreno afirma que “la argumentación es precisamente una plataforma común de acuerdo para una importante parte de la humanidad”, por lo que “se argumenta para resolver de forma legítima nuestras diferencias”,<sup>64</sup> y en forma específica el autor señala las siguientes razones que justifican a la argumentación jurídica:<sup>65</sup>

- La argumentación jurídica mantiene un estrecho vínculo con los derechos humanos,
- La argumentación jurídica sirve como medio de investigación o de descubrimiento de razones para la toma de una mejor decisión,
- La argumentación permite la detección de errores fácticos y lógicos (falacias),
- La argumentación jurídica puede funcionar como un criterio de legitimación.

En un sentido similar, para Vigo con la argumentación se pretende que el derecho no se reduzca a la voluntad o decisión autoritativa, sino que contenga una justificación racional que pueda ser comprendida y aceptada por el obligado; es decir conecta al derecho con la razón práctica, y reporta diversos beneficios, como son:

- a) valida la respuesta,
- b) posibilita el control,
- c) legitima la función judicial y al que la ejerce,
- d) concreta al derecho,
- e) facilita la eficacia del derecho,
- f) enriquece al derecho,
- g) facilita la estabilidad del derecho, y
- h) moraliza el ejercicio de la autoridad.<sup>66</sup>

#### 2.4.1. Qué es la Teoría de la Argumentación Jurídica

La Teoría de la Argumentación Jurídica (TAJ), como apunta García Figueroa, suele situarse en un punto medio entre la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos al tiempo que reconoce las limitaciones de este análisis presenta en el mundo del Derecho.<sup>67</sup> Lara Chagoyán

---

<sup>63</sup>Otero Parga, Milagros, *Cuestiones de argumentación...*, cit., p. 87.

<sup>64</sup>Moreno Cruz, Rodolfo, “Argumentación: por qué y...,” cit., pp. 181 y 182.

<sup>65</sup>*Ibidem*, p. 187.

<sup>66</sup>Vigo, Rodolfo Luis, *La interpretación (argumentación) jurídica...*, cit., p. 18.

<sup>67</sup>García Figueroa, Alfonso, “La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación...*, cit., p. 79.

afirma que la “TAJ -como toda teoría- intenta responder preguntas en abstracto tales como ¿qué es un argumento?, ¿qué es una razón?, ¿qué significa argumentar?, ¿cómo se debe argumentar?, etc. [s]e habla entonces del concepto de argumentación y las diferentes concepciones de la misma; se discuten los énfasis que cada concepción imprime en cada elemento y se intenta, al mismo tiempo describir cómo de hecho es la argumentación y prescribir cómo debería ser”.<sup>68</sup>

Siguiendo a García Figueroa, la TAJ es una teoría y no puede confundirse con la práctica que estudia. La práctica del Derecho representa el objeto de estudio de la TAJ; la TAJ describe la práctica del Derecho y a veces prescribe cómo debería ser la práctica del Derecho. La TAJ es un *metadiscurso* y un *metalenguaje*, cuyo lenguaje objeto es la argumentación jurídica de los juristas, razón por la que la TAJ tiene sus propios instrumentos y categorías. Al ser una teoría cuyo objeto es el lenguaje, el lenguaje de los juristas, la TAJ es un *metadiscurso* con sus propios instrumentos, sus propios presupuestos y sus propios propósitos.<sup>69</sup>

La TAJ tiene, en cuanto teoría, una finalidad descriptiva, pero también presenta una orientación prescriptiva, normativa. Así, la TAJ se puede desarrollar desde tres perspectivas: empírica, conceptual y normativa.

- i) En la perspectiva empírica la finalidad de la TAJ consiste en analizar las decisiones jurisdiccionales en cuanto a fenómenos sociales. Como refiere García Figueroa, el enfoque que se ha seguido es el de las decisiones de acuerdo a su *contexto de justificación* en el que resulta relevante el carácter racionalmente justificado o no de una decisión con independencia de su causa psicológica o sociológica.
- ii) En la perspectiva conceptual o analítica, el propósito de la TAJ es conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica, lo que supone una reconstrucción racional y sistemática de las prácticas argumentativas en el Derecho.
- iii) Desde la perspectiva normativa, el cometido de la TAJ consiste en adoptar fórmulas para mejorar la argumentación de los operadores jurídicos.

De acuerdo con Nava Tovar, en el derecho la argumentación tiene efectos en la teoría y práctica. En el aspecto teórico para fundamentar modelos explicativos o valorativos del derecho, configurar las bases de una rama específica del derecho y darle coherencia sistemática al ordenamiento jurídico de una sociedad política; en el aspecto práctico, en los ámbitos de fundamentación, positivización y para la *interpretación y aplicación* de las normas jurídicas.<sup>70</sup>

<sup>68</sup>Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica... cit.*, p. 153.

<sup>69</sup>García Figueroa, Alfonso, “La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación... cit.*, pp. 80-83.

<sup>70</sup>Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos-UAM, 2015, p. 28.

El objeto de estudio de la TAJ es la “argumentación jurídica”, es decir, la argumentación relativa a las normas jurídicas, de esta forma “la TAJ se ocupa precisamente de la argumentación en relación con decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico”, también estudia “la vinculación del razonamiento jurídico con el razonamiento moral y el ámbito en el que la argumentación jurídica tiene lugar”.<sup>71</sup> Asimismo, la TAJ se vincula con el razonamiento moral debido a que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico, entendiéndolo a la *razón práctica* como “la parte de la racionalidad humana que se orienta a guiar la acción”, de manera específica afirma que

“Tradicionalmente se ha pensado que la razón humana presenta dos caras. Una razón teórica que pretende decirnos cómo es el mundo y una razón práctica que pretende decirnos cómo debe ser el mundo. La razón teórica se ocupa de discriminar entre lo verdadero y lo falso. La razón práctica de lo que debo hacer *yo* en cuanto a individuo (moralmente) o de lo que debemos hacer *nosotros* como comunidad (políticamente).”

“Las normas jurídicas son razones que se engarzan con otras en el razonamiento práctico general, ...[por lo que] no podemos encapsular el razonamiento jurídico y aislarlo del razonamiento moral porque razones morales y razones jurídicas se inscriben en una única categoría que los engloba: la *razón práctica*”, por lo que “el juez debería ser no sólo un técnico aplicador, sino también un filósofo moral.”<sup>72</sup>

Como se puede advertir, la TAJ está plenamente relacionada con la actividad de los jueces en un Estado Democrático Constitucional, la cual no tiene el propósito que el juez adquiriera más poder o un poder arbitrario sino que el juez además de sujetarse al marco normativo vigente debe observar también exigencias morales de la razón práctica.

Podemos afirmar que la TAJ no solo es necesaria sino que además es útil para continuar con el desarrollo y consolidación de la Teoría de la Argumentación Jurídica en la que se pueda discutir sobre las dificultades del enfoque racionalista de la argumentación jurídica, o en su caso avanzar hacia el enfoque de razonabilidad como es el planteamiento de Aarnio.<sup>73</sup> En cuanto a la crítica al enfoque racionalista bien cabe anotar que no es reciente, ya desde 1958 Recaséns señalaba que en el ámbito de lo jurídico se empezaba a vislumbrar un campo de la razón, diferente del campo de lo racional, sino de lo *razonable*; también considerado un campo lógico, sólo que de la lógica de lo *humano*, de lo *razonable*.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup>García Figueroa, Alfonso, “La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica...*, cit., p. 86.

<sup>72</sup>*Ibidem*, pp. 87 y 88.

<sup>73</sup>Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

<sup>74</sup>Véase Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2006, p. 647, y Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 263.

Como refiere Prieto Sanchís es importante reconocer, aunque parezca una obviedad, que el primer requisito del Estado Constitucional de Derecho consiste en el reconocimiento de la fuerza normativa de la constitución, como norma suprema que condiciona la validez de todas las demás normas y que además es capaz de imponerse en cualquier clase de conflicto jurídico en que alguno de sus conceptos sea relevante; y considerar que no es algo obvio porque en otras tradiciones jurídicas, especialmente la europea, la constitución y su catálogo de derechos fueron concebidos como un mero ejercicio de retórica política.<sup>75</sup>

La TAJ en el constitucionalismo moderno no sólo tiene relevancia en la aplicabilidad de las leyes sino, como advierte Prieto Sanchís, también en el propio diseño legislativo, pues requiere de una adecuada y depurada “argumentación que imprima racionalidad a la aplicación de las cláusulas sustantivas (morales) de la constitución, pero en la medida que esa racionalidad se conciba como una condición de validez y de aplicabilidad de las leyes”.<sup>76</sup>

El mismo autor expresa que el modelo positivista tenía como anhelo construir un sistema jurídico coherente, no obstante que siempre se ha sabido que las leyes pueden resultar contradictorias, sin embargo, el sistema se podía mantener básicamente coherente con el apoyo de dos criterios rígidos de resolución de antinomias: la norma superior deroga a la inferior, y la norma posterior deroga a la anterior; también podrían presentarse dudas sobre cuál es la ley aplicable al caso concreto o respecto a cómo interpretar su significado; sin embargo, el sistema ofrecía una imagen coherente, en el que “era la voluntad del legislador la que cristalizaba en la ley y la que debía hacerse operativa a través del juez”.<sup>77</sup>

Para abona respecto a lo comentado, Vigo indica que en el Estado de Derecho Legal (EDL) que surge con la Revolución Francesa y culmina con la segunda guerra mundial (1804-1945), el servicio del jurista era básicamente de “interpretación jurídica”, pues cuando decidía un problema, eliminaba una duda o brindaba una respuesta autoritativa era a través de la interpretación de la ley, “se entendía y se enseñaba que la interpretación identificaba el trabajo del jurista, en tanto consistía en aplicar la ley luego de haberla interpretado y descubierto en ella ‘la’ respuesta buscada”.<sup>78</sup>

No obstante lo anotado, en el enfoque neoconstitucionalista los criterios señalados son insuficientes para resolver las **contradicciones constitucionales**, por lo que este nuevo enfoque incorpora los conceptos de **reglas y principios**, y la solución de dichas contradicciones mediante los procesos de **subsunción y ponderación**.

En este contexto, Prieto Sanchís, al hacer una comparación entre las teorías de la interpretación

---

<sup>75</sup>Prieto Sanchís, Luis, “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014. p. 18.

<sup>76</sup>*Ibidem*, p. 32.

<sup>77</sup>*Ibidem*, p. 34.

<sup>78</sup>Vigo, Rodolfo Luis, *La interpretación (argumentación) jurídica...*, cit., p. 41.



positivistas respecto al desarrollo de la Teoría de la Argumentación Jurídica, indica que “basta con que la teoría de la argumentación pueda ayudar a conseguir una mayor racionalidad en un mundo como el del Derecho, dominado por la voluntad y el decisionismo”.<sup>79</sup>

#### 2.4.2. La Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica

Cárdenas sostiene que las teorías contemporáneas se dividen en teorías de primera y de segunda generación. Las primeras ponen énfasis en la Tópica y la Retórica. Las segundas en la argumentación pragmática de carácter dialéctico. Viehweg, Perelman y Toulmin son autores de la primera generación; por su parte, dentro del grupo de segunda generación, cuyos modelos o enfoques son más conocidos, se tiene a Alexy, MacCormick, Aarnio, Peczenik, Waluchow, Dworkin y el propio Atienza.<sup>80</sup>

En cuanto a las teorías de primera generación (Viehweg, Perelman y Toulmin), éstas surgieron en Europa después de la segunda guerra mundial, recuperaron la argumentación tópica y la retórica de la antigüedad griega y romana; una de sus características principales es el rechazo a la lógica formal y referir que la lógica no silogística es el vehículo del razonamiento jurídico, por lo que se fundamentan en la lógica material.<sup>81</sup>

En el caso de Viehweg, retoma el pensamiento tópico de Cicerón, considera que la clave de la argumentación radica en el hallazgo de argumentos o premisas para posteriormente construir un razonamiento y llegar a una conclusión (es decir, desarrollar la *invención* en el sentido la retórica antigua); de esta forma, para Viehweg, la tópica es el instrumento que se requiere para poner en contacto el derecho positivo con sus fines axiológicos y la realidad en la que opera. Los modelos precursores de Toulmin y Perelman, como señalamos al inicio de este capítulo, se centran en el contenido de los argumentos, tratan de dirimir la plausibilidad de los términos, premisas y proposiciones, y buscan que sus conclusiones sean congruentes con la realidad.<sup>82</sup>

A finales de los años setentas del siglo pasado, como refiere Cárdenas, fue particularmente importante la irrupción de nuevas teorías argumentativas las cuales pusieron énfasis en distintos aspectos, por ejemplo: en los procedimientos argumentativos, en la justificación de las decisiones, en la distinción entre principios y reglas (para distinguir entre casos difíciles y casos fáciles), en la perspectiva política del juez, y otras buscaron ser integradoras de todas esas perspectivas; no obstante que todas ellas consideran que el Derecho es en buena medida argumentación.<sup>83</sup> Es a partir de dichas teorías que la TAJ busca consolidarse, a las cuales se les conoce como de segunda generación, entre las que se

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>80</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación...*, *cit.*, p. XIII.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 66-69.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 91.

encuentran los modelos teóricos de Neil MacCormick, Robert Alexy, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik, Józef Wróblewski, Ricardo Guastini, Robert S. Summers, Ronald Dworkin, Wilfrid Waluchow, Duncan Kennedy y Manuel Atienza, entre otros.<sup>84</sup>

En 1978 fueron publicadas dos obras que establecieron un punto de inflexión en la teoría de la argumentación jurídica, *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy,<sup>85</sup> y *Legal Reasoning and Legal Theory (Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho)* de Neil MacCormick.<sup>86</sup> Como refiere García Figueroa, ambas teorías pretendieron en su momento superar las teorías precursoras de los años cincuenta, enfocándose en la distinción entre principios y reglas, en la solución de los denominados casos difíciles, poniendo particular énfasis en la relación entre el Derecho y la moral, y que además han influido poderosamente los trabajos posteriores de diversos autores hasta la actualidad.<sup>87</sup>

A las teorías de Alexy y MacCormick se les ha denominado como **Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica**.<sup>88</sup> Los dos modelos de argumentación señalados como Teoría estándar han permeado en la actividad académica y en la actividad jurisdiccional en distinto grado en México. No obstante, a nuestro parecer, en ambas ramas el modelo que ha tenido mayor resonancia es el de Alexy por tratarse de una teoría que se deriva de un sistema jurídico romano-germánico, similar a nuestro sistema jurídico, y de la gran difusión de la obra a partir de la traducción realizada por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Por su parte, el modelo de MacCormick no ha tenido la suficiente difusión en México por provenir del sistema jurídico anglosajón.

A partir de dichas teorías se han desarrollado otros modelos argumentativos que se han construido de manera ecléctica al retomar algunos elementos de los modelos conocidos como Teoría estándar. Dos ejemplos los tenemos en el modelo argumentativo de Aulis Aarnio, vertido en su libro *Lo racional como razonable*<sup>89</sup> y el *Curso de argumentación jurídica* de Manuel Atienza.<sup>90</sup>

### 2.4.3. Colisión de principios, casos difíciles

Hart hizo la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias, las primarias son las que conceden derechos e imponen obligaciones a los miembros de la comunidad, las normas secundarias son las que establecen cómo y por quienes pueden crearse, aprobarse, modificarse o extinguirse las normas

---

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007.

<sup>86</sup> Neil, MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

<sup>87</sup> García Figueroa, Alfonso, "La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas", en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica...*, cit., p. 79.

<sup>88</sup> Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., p. 106.

<sup>89</sup> Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

<sup>90</sup> Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

primarias (por ejemplo normas legislativas o de derecho público y las normas contractuales, aplicables al derecho privado), así, las primarias imponen deberes, las secundarias confieren potestades, públicas o privadas.<sup>91</sup>

Posteriormente Dworkin, al criticar los enfoques de **John Austin (1790-1859)** y de Hart, incorporó el concepto de **principios en sentido general** y los distinguió de las **normas jurídicas**. Dworkin señala que la “diferencia entre principios legales y normas legales es una distinción lógica, [a]mbos órdenes de normas señalan decisiones concretas sobre obligaciones legales en circunstancias determinadas, pero difieren por el carácter de la solución que ofrecen, [ya que] las normas legales son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto”, sin embargo, los principios no son decidibles de esa forma.<sup>92</sup> Para Dworkin los principios tienen una dimensión de la que carecen las normas jurídicas: el peso específico o importancia; así cuando están en juego varios principios, quien debe resolver el conflicto, requiere tener en cuenta la importancia relativa de cada uno de ellos.<sup>93</sup>

De acuerdo con Lara Chagoyán, la incorporación de los principios hecha por Dworkin fue un tema de gran interés y estuvo acompañado de una gran polémica por, según sus críticos, haber mezclado de manera indebida el derecho con la moral.<sup>94</sup> El autor también refiere que clarificar el concepto de “principio” no ha sido simple; a este respecto, citando a Atienza y Ruiz Manero,<sup>95</sup> señala que el término principio se utiliza para referirse a las siguientes cuestiones:

- Norma muy general. Entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. El ejemplo típico es el artículo del código civil que expresa que el contrato es ley para las partes.
- Norma dictada en términos particularmente vagos, debido a la presencia de conceptos jurídicos indeterminados o dúctiles como orden público, abuso de derecho, etc.
- Norma programática o directriz. Tipo de norma que dispone la obligación de perseguir determinados fines.
- Norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico y que son reflejo de una determinada forma de vida, de un sector, de una institución.
- Norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.

---

<sup>91</sup>Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.

<sup>92</sup>Dworkin, Ronald, ¿Es el derecho un sistema de normas? en Dworkin, Ronald (comp.), *La Filosofía del Derecho: Breviarios 288*, trad. de Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 121.

<sup>93</sup>*Ibidem*, p. 125.

<sup>94</sup>Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica... cit.*, p. 132.

<sup>95</sup>Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2005.

- *Regula iuris* (máxima sistematizadora del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo).

Riccardo Guastini en *Interpretar y argumentar*, distingue entre las normas que son principios fundamentales y aquellas que se refieren a reglas. Sobre este punto, el autor italiano afirma que “los principios constitucionales tienen la deplorable tendencia a entrar en conflicto unos con otros”, y “la técnica empleada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es la ponderación”,<sup>96</sup> técnica que analizaremos más adelante.<sup>97</sup>

De acuerdo con Prieto Sanchís<sup>98</sup> y Romero Martínez<sup>99</sup> es posible esquematizar la distinción entre principios y reglas de la siguiente forma:

### **Principios**

- *Cualidades*: Se constituyen como pautas no definitivas; es decir, orientadoras. Su elemento identificativo es su peso o relevancia para cada caso judicial.
- *Caracteres*: Es abierto, porque no se fijan como tal supuestos de hecho conectados con una consecuencia jurídica.

### **Reglas**

- *Cualidades*: Se constituyen bajo la fórmula del todo o nada; esto es, resuelve o no el caso.
- *Caracteres*: Es cerrado, pues fija supuestos de hecho conectados con una consecuencia jurídica. Son conocidas las condiciones de aplicación y de excepción.

En los casos difíciles no es posible aplicar de forma mecánica la norma jurídica al caso, por lo que es preciso emplear otra estrategia argumentativa distinta a la formal y “se hace necesario acudir a criterios científicos, sociológicos o incluso morales; esto es, hacer una justificación de tipo material”.<sup>100</sup> De acuerdo con Lara Chagoyán, los casos difíciles son aquellos que el establecimiento de la premisa normativa y/o la premisa fáctica resulta una cuestión problemática, por lo que para poder resolverlos no basta la justificación interna; sino que es necesario presentar argumentos adicionales

<sup>96</sup>Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 183-207.

<sup>97</sup>Atienza refiere que el debate sobre la distinción entre principios y reglas se ha convertido en un tema de discusión muy espeso, al respecto se recomienda ver Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991, Aarnio, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 108, 2003, y Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas, Problemas del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2013.

<sup>98</sup>Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación*, Lima, Palestra, 2007.

<sup>99</sup>Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 49.

<sup>100</sup>Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica... cit.*, p. 20.

a favor de las premisas los que pueden ser no solamente deductivos, sino que pueden contener algún otro contenido de eficacia, conocimiento científico o de corrección moral.<sup>101</sup>

## 2.5. Interpretación y argumentación jurídica

Intrínsecamente ligada a la argumentación se encuentra la actividad de interpretación. Guastini distingue en el vocablo interpretar su acepción como actividad (o proceso) y al resultado o producto de tal actividad,<sup>102</sup> y muestra varias ambigüedades o problemas relativos a la interpretación, por ejemplo la *vaguedad de las normas* (lagunas normativas, técnicas y axiológicas) que nace por los defectos intrínsecos del lenguaje; la *variedad de intérpretes* (doctrinal, judicial y auténtica o legislativa) y por la propia *textura abierta* del Derecho.<sup>103</sup> El autor señala que la vaguedad y ambigüedad puede provenir, en el primer caso por la semántica de los vocablos y de los sintagmas, y en el segundo caso, puede depender del significado de los vocablos y de los sintagmas (ambigüedad semántica), de la sintaxis de los enunciados (ambigüedad sintáctica) y del contexto en que se usan los enunciados (ambigüedad pragmática).

La *textura abierta* de las normas jurídicas, fue expuesta por Hart y se refiere al carácter abierto que el propio lenguaje imprime a las normas, por lo que cualquiera que sea la técnica que se elija para comunicar pautas o criterios de conducta, por mucho que éstos operen sin dificultades en casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione, las pautas resultarán ser indeterminadas; de esta forma “la *textura abierta* del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”.<sup>104</sup>

Para Hallivis en una primera aproximación etimológica “el término *interpretar* significa tanto *descubrir*, como *asignar o dotar de significado a ciertas cosas, hechos, signos, fórmulas, palabras, documentos*; [c]orresponde al intérprete mediante el lenguaje común, descubrir o atribuir un significado al documento que se interpreta”,<sup>105</sup> y retoma la definición dada por García Amado quien estima que la interpretación “...es aquella actividad que los teóricos del Derecho o sus operadores llevan a cabo para **aclarar** y **precisar** el significado de los enunciados que las normas jurídicas contienen”.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> *Idem.*

<sup>102</sup> Guastini, Riccardo, *Interpretar..., cit.*, p. 31.

<sup>103</sup> Véase Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa, 2011, p. 58.

<sup>104</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 159-168.

<sup>105</sup> Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general..., cit.*, p. 9.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 32.

Cárdenas explica que el modelo de Derecho del que se parta condiciona la manera de interpretar el Derecho, así como el tipo de sociedad, cultura, niveles de desarrollo y el momento histórico. El autor afirma que lo mismo puede decirse del tipo de régimen político y tipo de Estado, así como los distintos contextos políticos, sociales, históricos, económicos y filosóficos, pues generan comprensiones particulares del Derecho y en consecuencia del tipo de argumentación e interpretación del Derecho.<sup>107</sup> En sentido similar Atienza considera que la interpretación exige asumir lo que Dworkin llama una “actitud interpretativa”, la cual resulta incompatible con el escepticismo moral, es decir, la actividad interpretativa necesariamente implica elementos de autoridad y elementos valorativos.<sup>108</sup>

Para Cárdenas la interpretación puede entenderse en sentido amplio y en sentido restringido. En un *sentido amplio*, comenta que se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, en la que se considera el contexto cultural jurídico del intérprete y, en su caso, las circunstancias de los hechos, con independencia de dudas o controversias, por lo que cualquier texto en cualquier lugar requiere de interpretación; y en *sentido restringido*, la interpretación se emplea para referirse, a una atribución de significado, tomando en cuenta el contexto y los hechos, en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación.<sup>109</sup>

Como señala Recaséns “las normas jurídicas no son, no pueden pretender ser, no pueden ser, proposiciones con intención científica, de las cuales quepa predicar calificativos de verdaderas o falsas. Las normas jurídicas son actos de voluntad, y son instrumentos creados para la acción, es decir: utensilios para producir en la vida social, de una determinada sociedad en una cierta situación, unos especiales efectos, a saber: los efectos que el legislador considera que son los más justos en la medida de lo posible”.<sup>110</sup>

Gascón Abellán señala que el término interpretar puede aplicarse, aunque con distintos matices, a objetos diferentes; en específico, la interpretación jurídica es, por consiguiente, una interpretación de enunciados, y como interpretar un enunciado consiste en atribuirle sentido o significado, cabe decir que la interpretación jurídica consiste en *atribuir sentido o significado a los enunciados jurídicos*. La autora refiere cuatro tipos de interpretación, a los que se refieren los juristas al interpretar la ley y las fuentes del derecho:

- auténtica (hecha por el legislador),
- judicial (hecha por jueces y tribunales),
- doctrinal (realizada por juristas a través de tratados, ensayos y comentarios), y

---

<sup>107</sup>Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación...*, cit., p. 2.

<sup>108</sup>Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2008, p. 115.

<sup>109</sup>Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación...*, cit., p. 4.

<sup>110</sup>Recaséns Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 628.

- oficial (realizada por algunos órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones institucionales a propósito de normas emanadas por otros órganos del Estado).<sup>111</sup>

Para otros autores, argumentar e interpretar consisten en procesos inseparables. Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que “interpretar y argumentar constituyen dos caras de la misma moneda” y que “la argumentación constituye el camino de la interpretación”.<sup>112</sup> Esta dualidad también fue expuesta por Atienza, al señalar que las tres concepciones de la argumentación (formal, material y dialéctica o pragmática) “lleva a plantearse de una cierta manera el problema de la interpretación”.<sup>113</sup> Vigo apunta en la misma dirección al afirmar que el nuevo nombre de la interpretación es el de la argumentación, y considera que

“el término interpretación quedó ligado entre los juristas del modelo iuspositivista normativista configurado en Europa durante el siglo XIX, y ésa es su principal debilidad, dado que han cambiado significativamente aquel derecho y el Estado que lo generaba, respaldaba y aplicaba, [contrario] a las actuales sociedades pluralistas, democráticas y constitucionalizadas contemporáneas, [donde] a los jueces se les exige que a la hora de brindar su respuesta jurídica autoritativa, expresen las razones o argumentos con los que justifican la misma”.<sup>114</sup>

Como alternativa, Vigo sugiere conservar el término interpretación como una tarea incluida en la argumentación, específicamente la vinculada con los textos legislativos o más genéricamente a los textos normativos, “por ejemplo los seis cánones o argumentos interpretativos de Alexy: semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico”.<sup>115</sup>

En cuanto a la actividad interpretativa de los jueces, Gascón Abellán considera que existen tres concepciones de la interpretación (como actividad) que van intrínsecamente ligadas a un modelo de juez para cada caso:

- a) Una concepción *cognitiva o racionalista (y optimista)* de la interpretación, en la que los textos legales tienen un significado propio u objetivo, o expresan la voluntad unívoca y reconocible, e interpretar es una actividad cognoscitiva que consiste en descubrir o declarar ese significado, de tal forma que los enunciados interpretativos son verdaderos o falsos. Esta concepción cognitivista es propia del formalismo jurídico europeo del siglo XIX, por lo que el juez en este caso es un juez formalista, es un *juez que declara el derecho*.

<sup>111</sup>Gascón Abellán, Marina, “Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 227-230.

<sup>112</sup>Muro, Eliseo, *Algunos principios de retórica y argumentación jurídica para la práctica jurisdiccional tradicional y juicios orales*, México, UBIJUS, 2012, p. 12.

<sup>113</sup>Atienza, Manuel, *Cuestiones...*, cit., pp. 77, 87 y 89.

<sup>114</sup>Vigo, Rodolfo Luis, “Argumentación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional...*, cit., p. 33.

<sup>115</sup>*Ibidem*, p. 34.

b) Una concepción *realista (y escéptica)* de la interpretación, de acuerdo con la cual los textos legales no tienen un significado propio u objetivo sino que padecen una radical indeterminación, e interpretar consiste en atribuirles o indicarles uno. Dicha actividad cognoscitiva está fuertemente influida por factores sociológicos, psicológicos, económicos, políticos y/o se resiente de las operaciones valorativas de los intérpretes. Es escéptica, porque desconfía de la posibilidad de obtener una decisión interpretativa “correcta”. Esta concepción es propia del modelo de juez antiformalista, desde Ihering hasta los más radicales de la Jurisprudencia de intereses y la Escuela de Derecho Libre, donde podríamos decir que estamos en presencia de un *juez creador*.

c) Una concepción *intermedia* de la interpretación, según la cual el significado de los textos legales a veces resulta claro o completamente predeterminado y otras veces resulta controvertido o sólo parcialmente determinado. Interpretar consiste en declarar, describir o descubrir ese significado, en el primer caso, y en decidirlo, en el segundo, solución que estará en parte predeterminada por las normas jurídicas y en parte influida por las opciones valorativas de los intérpretes. A veces la interpretación es una actividad cognoscitiva y, en otros casos, es una actividad discrecional. En esta concepción de la interpretación estamos frente a un modelo de *juez discrecional*, que va en su actuar de lo moderadamente escéptico a lo moderadamente cognitivo sin llegar a los extremos de las concepciones a) y b).<sup>116</sup>

En cuanto a los tipos de argumentos que pueden ser utilizados en la interpretación o con los que se justifica la interpretación (argumentación), Gascón Abellán considera que se pueden clasificar de la siguiente manera:

a) Argumentos de la interpretación gramatical, sistemática y funcional.

Gramatical (o literal): Atribuye el significado a una disposición teniendo en cuenta la semántica, sintáctica y pragmática de la lengua en la que se expresa la disposición normativa.

Sistemática: Atribuye el significado a una disposición contextualizándola en un sector del ordenamiento o en el ordenamiento en su conjunto. En este grupo se ubican los siguientes tipos de argumentos: *argumento de las sedes materia*, *argumento por la constancia terminológica*, *argumento económico (o no redundancia)*, *argumento a coherencia* (cuando pueden atribuírsele dos o más significados), *argumento a partir de principios*, y *argumento de la materia regulada*.

---

<sup>116</sup>Gascón Abellán, Marina, “Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación...*, cit., pp. 231-241.



Funcional (o lógica, psicológica o teleológica): El significado apela a la voluntad o la intención del legislador, o a los fines de la ley. Se incluyen en esta categoría: *argumento histórico, argumento subjetivo (o genético o psicológico), argumento teleológico, argumento evolutivo o actualizador, argumento de las consecuencias, y argumento pragmático.*

b) Esquemas argumentativos especiales: *Argumento a contrario, argumento analógico (a pari, o a simili), argumento a fortiori, argumento apagógico (o de reducción al absurdo).*<sup>117</sup>

Para Vigo, en el Estado Constitucional de Derecho observamos el desvanecimiento del valor teórico y práctico de los métodos interpretativos, el autor pone en relieve las diferencias entre interpretación y argumentación, por un lado el objeto de la interpretación es desentrañar el sentido de la norma legal, en cambio el objeto de la argumentación tiene presente la posibilidad de construir nuevas e inéditas respuestas desde el derecho potencial o concentrado en principios, valores o derechos humanos; la interpretación tiene un carácter nacional y la argumentación supranacional o internacional; el saber jurídico de la interpretación es teórico y el saber jurídico de la argumentación es práctico; la actividad del intérprete no tiene relevancia política ni complejidad, sin embargo, la actividad del argumentador tiene una dimensión política, tiene relevancia y es compleja; la teoría de la interpretación tiene un enclave civilista y el enclave de la teoría de la argumentación es el constitucional, y la interpretación prescinde de la ética, sin embargo, la ética es un factor clave del argumentador.<sup>118</sup>

### 2.5.1. La decisión judicial

En cuanto al ámbito de aplicación de la argumentación jurídica, Atienza distingue tres campos de lo jurídico en los que se efectúan argumentaciones: a) en la producción o establecimiento de normas jurídicas, b) en la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos y c) en la dogmática jurídica. Si bien la argumentación jurídica tiene aplicación en distintos ámbitos, uno privilegiado es el judicial.<sup>119</sup> Al respecto, aunque extensa, bien vale referir la siguiente cita de Vigo,

“En efecto, son los jueces a los que la sociedad les ha encomendado un poder que consiste precisamente en decir el derecho autoritativamente en cada uno de los problemas jurídicos que son llevados ante sus estrados. La peculiaridad central de esa argumentación jurídica judicial consiste en que hay una respuesta que el juez pronuncia luego de desarrollarse

---

<sup>117</sup>Véase la explicación en extenso en Gascón Abellán, Marina, “Los argumentos de la interpretación”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación...*, cit., pp. 252-268, Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, México, Gedisa, 2016, pp. 211-235, y Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La Argumentación en la Justicia Constitucional*, Lima, Grijley, 2013.

<sup>118</sup>Vigo, Rodolfo Luis, *La interpretación (argumentación) jurídica...*, cit., pp. 39-64.

<sup>119</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., p. 2.

un diálogo institucional acerca del problema o pregunta jurídica suscitada por las partes, y esa respuesta se dicta con la autoridad política del juez que obliga a las restantes autoridades y a la sociedad a que sea respetada. El juez tiene la función social y política de buscar racionalmente en el derecho la respuesta justa al problema...y se le pide que escoja argumentativamente la mejor respuesta de aquellas que le ofrece el derecho vigente. Por otro lado,..., el discurso judicial completo (especialmente la *ratio decidendi* queda incorporado al derecho vigente y disponible para ciudadanos y operadores profesionales del derecho a los fines de los eventuales problemas futuros y análogos a los resueltos.”<sup>120</sup>

La sentencia es ante todo un producto cultural, quizá el más representativo de la cultura jurídica mexicana.<sup>121</sup> En la sentencia se materializa el resultado del proceso argumentativo e interpretativo que realiza el operador jurídico jurisdiccional. De esta forma, en el ámbito jurisdiccional se manifiesta la relación entre argumentación e interpretación jurídicas, y de manera preponderante en la argumentación jurisprudencial. Dehesa también señala que tanto la sentencia como la demanda son discursos, los cuales no son ajenos a la estructura general del discurso retórico, y muestra la siguiente relación entre los elementos del discurso retórico y de la sentencia: Exordio a Vistos, Narración a Resultandos, Confirmación (Argumentación) y Refutación a Considerandos, y Conclusión a Puntos resolutivos.<sup>122</sup>

Lara Chagoyán expone que una buena técnica argumentativa trae claridad a las sentencias, dado que argumentar también implica clasificar y ordenar las cosas, y refiere que

“Una buena técnica argumentativa permite al operador identificar los problemas a resolver, clasificar los argumentos, evitar repeticiones innecesarias, y, en general, mejorar la presentación de la sentencia haciendo resaltar su esencia: los razonamientos dirigidos a la resolución del problema. La buena argumentación tiene un natural efecto comunicativo; por ello, se convierte en buena enemiga de la oscuridad y la complejidad tan asociadas al derecho puesto en práctica”.<sup>123</sup>

Para Otero “el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico que concluye con la adopción de una decisión: la decisión judicial”, así, en un litigio se debe desentrañar la solución justa al mismo, esto quiere decir que el juez se debe guiar con la idea de lo que puede constituirse como **la solución justa, razonable y aceptable** y en la búsqueda de la **motivación jurídicamente satisfactoria**.<sup>124</sup> Como podemos apreciar, en la definición de Otero se encuentra presente la distin-

<sup>120</sup>Vigo, Rodolfo Luis, “Argumentación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional...*, cit., p. 32.

<sup>121</sup>Dehesa, Gerardo, *Introducción a la Retórica...*, cit., p. 6.

<sup>122</sup>Dehesa, Gerardo, *Elementos indispensables de Retórica para Jueces, Litigantes y público en general*, México, SCJN, 2018, p. 175.

<sup>123</sup>Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica...* cit., p. 63.

<sup>124</sup>Otero Parga, Milagros, *Cuestiones de argumentación...*, cit., pp. 126-135.

ción realizada también por Guastini respecto a los contextos de *descubrimiento* y de *justificación* de la decisión. El *contexto de descubrimiento* es el proceso mental a través del cual se llega a una conclusión o decisión; el *contexto de justificación* consiste en el discurso con el que se argumenta -se dan razones para sostener- tal conclusión o decisión.<sup>125</sup>

Abundando en este tema, Lara Chagoyán señala que la distinción entre el *contexto de descubrimiento* y el *contexto de justificación* se ha convertido en un tema importante de la TAJ; al respecto señala que “una cosa es la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría y, otra, muy distinta, es la actividad consistente en validar esa teoría”,<sup>126</sup> y afirma que

“El contexto de descubrimiento no es susceptible de análisis lógico, ni es necesario que sobre él se apliquen las reglas del método científico, pues lo único que cabe en el mismo es mostrar cómo se genera y se desarrolla el conocimiento científico; en cambio, en el contexto de justificación debe confrontarse la teoría con los hechos a fin de mostrar su validez. A diferencia del contexto de descubrimiento, el de justificación sí es susceptible de análisis lógico y se rige por las reglas del método científico. Cuando se realiza una sentencia resulta conveniente establecer adecuadamente esta distinción, pues ello imprimirá claridad al fallo, ayudando al lector a distinguir entre la enunciación de la hipótesis planteada y el proceso de validación de la misma. De este modo, las decisiones que se tomen estarán mejor fundamentadas porque no se quedarán en el mero proceso explicativo, sino que ofrecerán algún tipo de justificación; cuestión que por lo demás se traduce en una exigencia del llamado Estado Constitucional del Derecho.”<sup>127</sup>

Sobre el mismo tema García Figueroa indica lo siguiente:

“En el contexto de descubrimiento aparecen las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o, análogamente, una determinada resolución judicial o argumentación jurídica, y, en el contexto de justificación se prescinde del proceso mental que ha conducido a la decisión, en el contexto de descubrimiento hallamos *causas*, en tanto que en el contexto de justificación encontramos *razones*, lo esencial en el contexto de justificación es, en sede de argumentación jurídica, el conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión resultante”.<sup>128</sup>

Con base en lo planteado, el campo de estudio de la TAJ se debe enfocar en el contexto de justificación de las decisiones judiciales. Esta delimitación del campo de acción de la TAJ resulta relevante al confrontarla con el Realismo Jurídico, pues éste basa su análisis en los aspectos psicológicos y

<sup>125</sup>Guastini, Riccardo, *Interpretar..., cit.*, pp. 232 y 233.

<sup>126</sup>Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica... cit.*, p. 14.

<sup>127</sup>*Idem.*

<sup>128</sup>García Figueroa, Alfonso, “Contexto de descubrimiento y contexto de justificación”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 144.

sociológicos de los juzgadores.

En el modelo tradicional, respecto al razonamiento que realiza el juez para construir y emitir su decisión, Guastini distingue dos niveles que se suelen llamar **justificación interna** (o de primer nivel), y **justificación externa** (o de segundo nivel); la **justificación interna** es un razonamiento deductivo, mediante el cual el juez aplica una regla y la **justificación externa** es el conjunto de razonamientos -más o menos convincentes pero por lo general no deductivos- mediante los cuales el juez justifica las premisas de la justificación interna.<sup>129</sup>

En cuanto a la justificación interna de las decisiones judiciales y al papel de la lógica deductiva, como refiere García Figueroa no debemos olvidar que las actuales teorías de la argumentación jurídica de Alexy (*Teoría de la Argumentación Jurídica*) y MacCormick (*Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho, y Retórica y Estado de Derecho*) aunque conceden un papel importante a la lógica jurídica, no obstante también reconocen sus limitantes.<sup>130</sup>

La justificación interna recurre a normas del sistema jurídico y la justificación externa es aquella que, por el contrario, se basa en normas que no pertenecen al sistema jurídico. La justificación externa se basa en un conjunto de razones que no pertenecen al Derecho pero que también justifican la sentencia.<sup>131</sup> Esto podría considerarse como el inicio de la discrecionalidad judicial. Así pues, como señala el mismo autor, la TAJ se delimita por tres condiciones:<sup>132</sup>

- Se prescinde de las motivaciones de orden psicológico o de otra naturaleza que hubieran podido influir en el contexto de descubrimiento.
- Se privilegia el contexto de justificación externa.
- La argumentación jurídica tiene lugar sobre aquellos enunciados que no son ni reglas de Derecho (cuya justificación no corresponde a la TAJ sino a una teoría de validez) ni a enunciados empíricos (cuya justificación corre a cargo de ciencias empíricas, reglas de la carga del proceso o máximas de presunción racional).

### 2.5.2. La única respuesta correcta

La concepción del derecho de Dworkin es principalista, dado que no se basa solo en reglas, sino que incorpora los principios y directrices. Como refiere Cárdenas “en Dworkin, el Derecho no es indeterminado y, una decisión es correcta si figura como la mejor justificación que puede ser

<sup>129</sup>Guastini, Riccardo, *Interpretar..., cit.*, pp. 253 y 254.

<sup>130</sup>García Figueroa, Alfonso, “Justificación interna y justificación externa”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 175.

<sup>131</sup>*Ibidem*, p. 178.

<sup>132</sup>*Ibidem*, pp. 181 y 182.

ofrecida dentro del sistema jurídico, [l]a justificación debe ofrecerse de acuerdo con las siguientes dimensiones: a) la dimensión de adecuación al orden jurídico y, b) la dimensión de la moralidad política”.<sup>133</sup> Cárdenas considera que Dworkin no contempla una teoría consistente y amplia de la argumentación jurídica, no obstante su obra se centra en tres cuestiones fundamentales:<sup>134</sup>

- El derecho no es sólo un conjunto de reglas, sino también de principios de moralidad política que no pueden identificarse mediante la regla de reconocimiento de Hart.
- El derecho es de naturaleza interpretativa, la única de dar cuenta adecuadamente de los desacuerdos entre los juristas.
- La mejor reconstrucción de esta noción interpretativa de derecho no se halla en el convencionalismo, según el cual los jueces descubren y aplican determinadas convenciones del pasado, ni en el pragmatismo, según el cual los jueces deben construir el derecho del futuro, sino en el derecho como integridad que ofrece la mejor interpretación de nuestra práctica jurídica.

Lo que Dworkin denomina como **la mejor interpretación aplicada a cada problema jurídico** se debería constituir como la **mejor respuesta** o la **respuesta correcta**. La cuestión sobre la mejor o única respuesta correcta ha generado un gran debate entre diversos juristas, entre los que destacan Nino, Habermas, Dworkin, Alexy, MacCormick, Peczenik y Atienza.<sup>135</sup>

Otero afirma que “reconocer la existencia de esta realidad supondría dotar al derecho de una carga importante de certeza y seguridad”, además que “implicaría que ante un problema jurídico determinado cualquier juez, en cualquier momento y lugar, habiendo estudiado el asunto a fondo y aplicando la legislación establecida para ello llegaría, indefectiblemente a la misma respuesta”.<sup>136</sup>

Para Dworkin casi siempre existe una respuesta correcta en cada caso difícil.<sup>137</sup> En Dworkin las contradicciones entre principios constitucionales sólo son *prima facie* en los que no han sido consideradas todas las circunstancias, así en la visión de Dworkin “quienes sostienen la imposibilidad de la única respuesta correcta porque hay principios o valores inconmensurables es porque rechazan una concepción mínimamente objetivista de la moral”.<sup>138</sup> Ahora bien, como señala Atienza, la visión de Dworkin de que existe una respuesta correcta presupone: 1) que los principios forman parte del Derecho; y 2) que un “juez Hércules” sería capaz de encontrar esa respuesta.<sup>139</sup>

<sup>133</sup>Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación...*, cit., p. 131.

<sup>134</sup>*Ibidem*, p. 137.

<sup>135</sup>Sobre este aspecto, véase Vaz Ferreira, Carlos, *Lógica Viva*, Montevideo, Centro Cultural de España, 1963, p. 91, quien refiere que a diferencia de los problemas de existencia (de constatación o del ser), los cuales tienen, teóricamente al menos, una solución única y perfecta; los problemas normativos (del deber ser) no necesariamente tienen una única solución, o bien una solución que no tenga inconvenientes.

<sup>136</sup>Otero Parga, Milagros, *Cuestiones de argumentación...*, cit., p. 151.

<sup>137</sup>Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación...*, cit., p. 138.

<sup>138</sup>*Idem*.

<sup>139</sup>Atienza, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta”, *Jurid. MANIZALES (COLOMBIA)*, 6(2), Julio-Diciembre,

De acuerdo con Atienza, la noción de respuesta correcta es ambigua. En cuanto a la versión fuerte, significa que existe una respuesta *escondida* en el ordenamiento jurídico y que puede ser deducida de premisas axiomáticas y evidentes. En contraste, la versión débil, significa que para un juez o teórico del Derecho, la respuesta correcta funciona como una guía. No obstante la versión débil “resulta problemática por varias razones: metodológico (¿cómo encontrar la respuesta correcta?), epistemológico (¿cómo saber que se ha encontrado?) y ontológico (¿existe una respuesta correcta?)”.<sup>140</sup>

Por su parte, Aulis Aarnio niega tanto la versión fuerte como la débil de la única respuesta correcta, pues su teoría se fundamenta en los conceptos de racionalidad, razonabilidad y aceptabilidad de las decisiones judiciales.

Atienza afirma que Alexy concibe “la única respuesta correcta [como] un fin al que hay que aspirar”, aunque “es imposible una teoría fuerte de los principios de forma que determine para cada caso una respuesta”.<sup>141</sup>

Como se advierte, la idea de una única respuesta correcta, para muchos autores, se trata de una idea inalcanzable y además indeseable,<sup>142</sup> sobre todo considerando que la democracia no exige una respuesta “correcta” sino la mejor justificación posible, esto es, una respuesta que sea **aceptada** o **acceptable** por la comunidad jurídica, por la comunidad general, así como sus minorías.<sup>143</sup>

Al respecto, Atienza también cuestiona si está justificada la restricción del concepto de teoría de la argumentación jurídica a las teorías procedimentales de la argumentación o, si estas teorías como la de MacCormick o Alexy, deben ser acompañadas con una teoría sobre los principios de justificación político-moral y una vez contestado lo anterior, si dichos principios son criterios de moral positiva o de la moral crítica.<sup>144</sup>

## 2.6. Otro enfoque interpretativo: Gadamer o la Hermenéutica

Para López Bello la tarea de la Hermenéutica consiste en explicar el proceso de comprensión y la relación que guarda el proceso con la labor de interpretar un texto, o en un sentido más amplio, el marco del lenguaje en general en el que se inserta el texto, es decir, lo que busca es encontrar

---

2009, p. 15.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>141</sup> Véase Prieto Sanchís, Luis, “La teoría de la interpretación en el origen de la justicia constitucional y en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación...*, cit., p. 71, y Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 148.

<sup>142</sup> Otero Parga, Milagros, *Cuestiones de argumentación...*, cit., p. 161.

<sup>143</sup> Atienza, Manuel, “Sobre la única respuesta...” , cit., p. 15.

<sup>144</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación...*, cit., p. 139.

el sentido de un texto y lo que implica es el proceso de interpretación y de comprensión por el intérprete.<sup>145</sup> De esta forma, el concepto hermenéutica implica una actividad de razonamiento, por la que “se devela o hace claro el significado de algo oculto o que no es claro de manera inmediata, pero a lo que el conocimiento del hombre sí puede acceder”.<sup>146</sup> Como afirma el mismo autor, el modelo filosófico de hermenéutica que ha sido más estudiado y del que la teoría del derecho ha abrevado es la de la hermenéutica como filosofía trascendental, desarrollada por Martin Heidegger, posteriormente explicada por Gadamer, “quien mejor explicó la universalidad de la hermenéutica, de la comprensión y la relación que guarda ésta con la función de interpretar un texto o un lenguaje”.<sup>147</sup>

Gadamer en *Verdad y Método* intenta rescatar a la Retórica como un instrumento interpretativo en el marco del humanismo de Vico y de la Hermenéutica entendida ésta como la nueva ciencia (o arte) de la interpretación (entender/comprender). Para Gadamer “todo hablar y todo texto están pues referidos fundamentalmente al arte de comprender, a la hermenéutica, y es así como se explica la comunidad de la retórica (que es parte de la estética), y la hermenéutica”.<sup>148</sup> Gadamer apunta que el “regreso del lenguaje de la ciencia al lenguaje de la vida cotidiana, de las ciencias empíricas a la experiencia del *mundo vital* (Husserl), tuvo como consecuencia que la hermenéutica, en lugar de subordinarse a la Lógica, se reorientase a la tradición anterior de la Retórica, con la que antaño estuvo estrechamente ligada”.<sup>149</sup>

Gadamer considera que la *evidencia* es un concepto que pertenece a la tradición retórica, que “lo vero-símil, lo evidente, forman una serie que puede defender sus razones frente a la verdad y a la certeza de lo demostrado y sabido”, y reconoce como el ámbito que comparten la Hermenéutica y la Retórica a “los argumentos convincentes (no de los lógicamente concluyentes)”. Sobre la base de que es en el ámbito de la praxis y en general de la humanidad en donde existen puntos discutibles éstos deben dirimirse mediante una reflexión racional, un diálogo racional libre de coerciones,<sup>150</sup> asimismo, para Gadamer, el que ve a la Retórica como una simple técnica o sólo como un instrumento de manipulación social no la considera más que en un sentido muy restringido.<sup>151</sup>

En su texto *Retórica, hermenéutica y crítica de la ideología. Comentarios metacríticos a Verdad y Método I (1967)*, Gadamer refiere que las relaciones entre Retórica y Hermenéutica pueden ampliarse en muchas direcciones, y en particular señala que la “lingüística se inserta en definitiva

---

<sup>145</sup>López Bello, Héctor, “Aportaciones de la hermenéutica a la argumentación jurídica”, en Otero Parga, Milagros e Ibáñez Mariel, Roberto (coords.), *Argumentos de la Argumentación Jurídica, Panorama Práctico*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2012, pp. 129 y 130.

<sup>146</sup>*Ibidem*, p. 131.

<sup>147</sup>*Ibidem*, p. 132.

<sup>148</sup>Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993, t.I, p. 123.

<sup>149</sup>Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método, cit.*, t. II, p. 112.

<sup>150</sup>Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método, cit.*, t. I, p. 311.

<sup>151</sup>*Ibidem*, p. 366.

tan profundamente en la socialidad del ser humano en el derecho y los límites de la problemática hermenéutica tienen que ocupar al teórico de las ciencias sociales”, es así como “Jürgen Habermas ha relacionado la hermenéutica filosófica con las ciencias sociales y la ha utilizado partiendo de los intereses de éstas”.<sup>152</sup>

En cuanto a la tarea práctica de la Hermenéutica, Gadamer considera que guarda una relación muy estrecha con la Retórica pues “el dominio técnico de esa capacidad de hablar y de comprender se manifiesta plenamente en la escritura, en la redacción de *discursos* y en la comprensión de lo escrito”.<sup>153</sup>

A partir de la segunda mitad del siglo pasado “diversos juristas se dieron a la tarea de trasladar al derecho los importantes planteamientos hermenéuticos que Gadamer había señalado en materia interpretativa”, de tal forma que “la hermenéutica jurídica rescata los postulados centrales de la hermenéutica filosófica para orientar a la interpretación: no es la exactitud del método, sino la comprensión, lo que conduce a la verdad”, así aplicada esa premisa al derecho “no es la aplicabilidad metodológica de la literalidad de la ley lo que determina al derecho, sino la aplicación del sentido del texto entendido en torno al contexto al que pertenece, lo que determina la justicia”.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup>Gadamer, Hans Georg, *Verdad y Método*, *cit.*, t. II, p. 227. La obra de Habermas a la que se refiere Gadamer es *Lógica de las ciencias sociales*.

<sup>153</sup>*Ibidem*, p. 297.

<sup>154</sup>López Bello, Héctor, “Aportaciones de la hermenéutica a la argumentación jurídica”, en Otero Parga, Milagros e Ibáñez Mariel, Roberto (coords.), *Argumentos...*, *cit.*, pp. 134 y 135.



# CAPÍTULO 3

## Modelo de argumentación de Robert Alexy

---

“Todo aquél que se aventura por los vericuetos de la filosofía del derecho se topa antes o después con el tema de las relaciones entre derecho y moral. Parece ser una aduana ineludible, un precio que hay que pagar por el viaje”.  
(Laporta, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, México, Fontamara, 2007.)

### 3.1. La visión del Derecho de Alexy

La visión jurídica de Alexy aspira a abarcar la totalidad del fenómeno jurídico y a presentarse como una concepción no positivista del derecho, además que se inserta y reconoce la tesis de la tridimensionalidad del derecho, como un criterio distintivo de tres ramas del derecho: filosofía del derecho, teoría del derecho y sociología del derecho.<sup>1</sup>

La obra jurídica de Alexy forma un sistema, es una Filosofía del Derecho que se compone de tres bloques: Teoría de la argumentación jurídica, Teoría de los derechos fundamentales, y la Teoría sobre el concepto, validez y naturaleza del derecho.<sup>2</sup> De esta forma, la Teoría del Derecho de Alexy

---

<sup>1</sup>Véase Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón...*, cit., p. 24.

<sup>2</sup>Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2017, Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial

y en particular su modelo de argumentación conecta el discurso práctico general, la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general, la justificación discursiva de los derechos humanos, y la pretensión de corrección para la cual se establece una conexión necesaria entre derecho y moral.<sup>3</sup>

En su libro *El concepto y la validez del derecho*, Alexy elabora una definición del Derecho en la que afirma:

“El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas, y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.”<sup>4</sup>

Esta definición, como señala Sieckmann, incluye tres elementos no positivistas:<sup>5</sup>

- i) La pretensión de corrección del Derecho,
- ii) El criterio de validez de no ser extremadamente injusto, y
- iii) Los principios que se necesitan para los procedimientos de la aplicación del Derecho.

Para Alexy el Derecho tiene una naturaleza dual, en la que el Derecho tiene una dimensión real y otra ideal, para lo cual explica esta tesis en un sistema cuya idea suprema es la institucionalización de la razón; esta institucionalización además incluye el carácter autoritativo del Derecho.<sup>6</sup>

---

Pons, 2008, y Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2010.

<sup>3</sup>Sieckmann, Jan-R., *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y Crítica*, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2014, p. 25.

<sup>4</sup>Alexy, Robert, *El concepto y la validez...*, *cit.*, p. 123.

<sup>5</sup>Sieckmann, Jan-R., *La Teoría del Derecho de Robert Alexy...*, *cit.*, p. 34.

<sup>6</sup>*Ibidem*, pp. 45-50.

## 3.2. La Teoría Argumentativa de Alexy

### 3.2.1. Antecedentes

Los referentes principales de la Teoría de la argumentación de Alexy son la Teoría del discurso práctico de Jürgen Habermas y, en menor medida, la metaética de Hare.<sup>7</sup>

Habermas, en su *Teoría de la acción comunicativa, tomo I*, al analizar el concepto de racionalidad, señala que se refiere a un sistema de pretensiones de validez, que es posible aclarar a partir de la Teoría de la argumentación en la que la lógica de la argumentación, a diferencia de la formal, no se refiere a relaciones de inferencia entre unidades semánticas (oraciones), sino a relaciones internas, de tipo no deductivo, entre las unidades pragmáticas (actos de habla) que integran los argumentos.<sup>8</sup> Como se aprecia en la tabla 3-1, el tipo de argumentación que retomó Alexy del enfoque de Habermas es el discurso práctico.

Tabla 3-1: Tipos de argumentación

Formas de argumentación	Objeto de la argumentación	
	Manifestaciones o emisiones problemáticas	Pretensiones de validez controvertidas
Discurso teórico	Cognitivo - instrumentales	Verdad de las proposiciones; eficacia de las acciones teleológicas
Discurso práctico	Práctico - morales	Rectitud de las normas de acción
Crítica estética	Evaluativas	Adecuaciones de los estándares de valor
Discurso terapéutica	Expresivas	Veracidad de las manifestaciones o emisiones expresivas
Discurso explicativo	—	Inteligibilidad o corrección constructiva de los productos simbólicos

Fuente: Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción...*, cit., t. I, p. 44.

Al analizar el concepto de racionalidad con relación a la práctica comunicativa cotidiana Habermas señala que “remite a la práctica de la argumentación como instancia de apelación que permite proseguir la acción comunicativa con otros medios cuando se produce un desacuerdo que ya no puede ser absorbido por las rutinas cotidianas y que, sin embargo, tampoco puede ser decidido por el empleo directo, o por el uso estratégico del poder”.<sup>9</sup> Habermas llama argumentación “al tipo de habla

<sup>7</sup>Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón...*, cit., p. 35.

<sup>8</sup>Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción...*, cit., t. I, p. 43.

<sup>9</sup>*Ibidem*, p. 36.

en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos”, así “una *argumentación* contiene razones que están conectadas de forma sistemática con la *pretensión de validez* de la manifestación o emisión problematizada”.<sup>10</sup>

Para analizar la acción social, la actividad teleológica y su relación con la comunicación, Habermas retoma, entre otros autores, las teorías de los **actos del habla** de Austin y Searle para establecer **tres tipos puros**, o casos **límites de acción comunicativa**: la conversación, la acción dirigida por normas, y la acción dramaturgica; y, al tomar en cuenta las relaciones internas entre la acción estratégica y los actos perlocucionarios, o entre la acción estratégica y los imperativos, obtiene la clasificación de las interacciones mediadas por actos lingüísticos que se muestran en la Tabla 3-2, donde se aprecia el tipo de acciones y la pretensión de validez asociada.

Tabla 3-2: Tipos puros de acciones mediadas lingüísticamente

Tipos de acciones	Elementos pragmáticos formales					
	Actos de habla característicos	Funciones del lenguaje	Orientación de la acción	Actitudes básicas	Pretensiones de validez	Relaciones con el mundo
Acción estratégica	Perlocuciones, imperativos	Influencia sobre un oponente	Orientada al éxito	Objetivante	(Eficacia)	Mundo objetivo
Conversación	Constatativos	Exposición de estados de cosas	Orientada al entendimiento	Objetivante	Verdad	Mundo objetivo
Acción regulada por normas	Regulativos	Establecimiento de relaciones interpersonales	Orientada al entendimiento	De conformidad con las normas	Rectitud	Mundo social
Acción dramaturgica	Expresivos	Presentación de uno mismo	Orientada al entendimiento	Expresiva	Veracidad	Mundo subjetivo

Fuente: Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción...*, cit., t. I, p. 420.

Con relación a las **acciones reguladas por normas**, Habermas señala que encarnan un **saber práctico-moral**, las cuales pueden ser cuestionadas bajo el aspecto de rectitud, así “en las argumentaciones práctico-morales los participantes pueden examinar, tanto la rectitud de una determinada acción en relación con una norma dada, como también, en un segundo paso, la rectitud de esa norma misma, [e]ste saber se transmite en forma de representaciones morales y jurídicas”.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>11</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción...*, cit., t. I, p. 420.

Tabla 3-3: Aspecto de la racionalidad de la acción

Tipos de acción	Racionalidad		
	Tipo de saber materializado	Forma de argumentación	Tipos de saber transmitido
Acción teleológica: instrumental estratégica	Saber utilizable en técnicas y estrategias	Discurso teórico	Tecnologías / Estrategias
Actos de habla constataativos (Conversación)	Saber teórico - empírico	Discurso teórico	Teorías
Acción regulada por normas	Saber práctico moral	Discurso práctico	Representaciones morales y jurídicas
Acción dramaturgía	Saber práctico - estético	Crítica terapéutica y crítica estética	Obras de arte

Fuente: Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción...*, cit., t. I, p. 428.

Como se puede notar en la tabla 3-3, la acción regulada por normas se relaciona con el discurso práctico y las representaciones morales y jurídicas, este hecho queda explícito en Habermas al indicar que “la argumentación ante un tribunal contiene elementos esenciales que sólo pueden ser aprehendidos según el modelo de la argumentación moral y, en general, de la discusión sobre la rectitud de enunciados normativos”.<sup>12</sup>

De esta forma, como señala Nava Tovar “la separación estricta entre el derecho formal y la moral guiada por principios constituye una forma racional de regular los conflictos en la sociedad”, y este es el punto de relación entre el discurso práctico propuesto por Habermas y el Derecho, ya que el Derecho requiere del discurso para lograr su **legitimidad**.<sup>13</sup>

Como lo afirma Alexy, en el discurso práctico general se requiere incluir algunos **juicios de valor y de deber**, así como algunas reglas, son exigidas o excluidas necesariamente por las reglas del discurso. Asimismo, dado que la posibilidad de alcanzar soluciones *vinculantes* en el discurso práctico está limitada, es necesario y razonable integrar reglas jurídicas, por lo que “los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas”.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>13</sup> Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón...*, cit., p. 46.

<sup>14</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 290-292.

### 3.2.2. Pretensión de corrección

Alexy refiere que en la Teoría consensual de la verdad de Habermas, ésta es una “pretensión de validez que unimos a actos de habla constatativos, donde una proposición es verdadera si está justificada la pretensión de validez de los actos de habla con los que afirmamos cualquier proposición mediante el uso de enunciados”, de tal forma que quien afirma un juicio de valor o de deber, plantea la pretensión de corrección, por lo que pretende que su afirmación es posible fundamentarla racionalmente.<sup>15</sup>

En Alexy “la pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos se distingue claramente de la del discurso práctico general, [pues] no se pretende que el enunciado jurídico afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado”, esto significa que “se puede aducir una serie de argumentos totalmente diversos a favor de la tesis de pretensión de corrección”.<sup>16</sup>

No obstante lo señalado, Alexy aclara que la teoría del discurso racional, como teoría de la argumentación jurídica, no presupone que todas las disputas jurídicas deben verse como discursos en el sentido de una comunicación sin coacción y sin restricciones, sino solamente que en las disputas jurídicas las discusiones tienen lugar bajo la pretensión de corrección.<sup>17</sup>

Al defender su tesis del caso especial, Alexy considera que el núcleo de su tesis del caso especial consiste en sostener que “la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas”, y en este sentido, para responder a la pregunta sobre ¿qué es una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente? es que el autor traza los rasgos fundamentales que constituyen su teoría de la argumentación jurídica.<sup>18</sup> De esta forma la “racionalidad de la argumentación jurídica, en la medida en que está determinada por la ley, es por ello siempre relativa a la racionalidad de la legislación”.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 161 y 191.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 305.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 394.

Para Atienza, la cuestión de corrección de los argumentos consiste o significa plantearse el problema de “cómo distinguir los argumentos correctos de los incorrectos, los válidos de los inválidos”;<sup>20</sup> en tanto que Peczenik considera que “la argumentación jurídica pretende ser *correcta*, es decir, estar basada en razones coherentes, mas aún pretende ser *recta*, es decir, en los casos difíciles, esto significa *ponderar principios...* y prestar atención a todos los principios *morales* relevantes”.<sup>21</sup>

García Figueroa indica que la “fundamentación de la existencia de una pretensión de corrección de las normas presenta así un carácter pragmático trascendental”, es pragmática por situarse en el nivel pragmático del lenguaje, y trascendental dado que investiga las condiciones de posibilidad de los actos de habla.<sup>22</sup>

De esta forma, en Alexy el argumento de corrección se desarrolla en dos pasos, primero, se busca mostrar que el Derecho requiere de la pretensión de corrección, y el segundo consiste en explicar que la pretensión de corrección implica una **conexión necesaria** entre el Derecho y la moral.<sup>23</sup>

### 3.2.3. Relación entre Derecho y Moral

La relación entre el Derecho y la Moral ha sido analizada tanto por filósofos y juristas, y está en el centro de la discusión sobre el concepto del Derecho entre positivistas y no positivistas. Laporta señala que “en último término la pregunta sobre las relaciones entre moral y derecho acabaría por desembarcarnos en el problema de justificación del poder o de legitimidad de los sistemas jurídico-políticos”.<sup>24</sup> Al respecto, Pérez-Valera considera que existen tres posiciones sobre la relación entre ellas: la de la inclusión, donde el Derecho es parte de la moral, la de la vinculación y la de la separación.<sup>25</sup>

Para Kant existe una total separación entre Derecho y Moral, la moral es autónoma en función del imperativo categórico; Hart, en *El concepto de Derecho*, buscó mantener la separación entre el

---

<sup>20</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 13.

<sup>21</sup>Peczenik, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003, p. 12.

<sup>22</sup>García Figueroa, Alfonso, “¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, p. 218.

<sup>23</sup>Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, *cit.*, p. 62.

<sup>24</sup>Laporta, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, México, Fontamara, 2007, p. 73.

<sup>25</sup>Pérez-Valera, Víctor Manuel, Relación entre Moral y Derecho”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 33, 2003, p. 211.

Derecho y la Moral, y Dworkin, como se apuntó anteriormente, al incorporar el análisis de principios para su modelo de única respuesta correcta, reconoce la relación entre el Derecho y Moral, y que la moral y la política son partes fundamentales en la integración del Derecho. Como refiere Laporta, Dworkin sugiere que “la argumentación judicial, y la argumentación jurídica en general, es una forma especializada y compleja de argumentación moral, o al menos que puede diseñarse con los moldes de ésta”.<sup>26</sup>

Hume advirtió la barrera entre el ser y el deber, al señalar que son razonamientos de distinta naturaleza, y fue quien mostró las raíces irracionales y pasionales del Derecho, pues interpreta que no hay racionalidad en el ejercicio del Derecho dado que corresponde al mundo de la voluntad.<sup>27</sup> En su *Investigación sobre los principios de la moral*, Hume considera que hay una división entre las facultades del entendimiento y las del sentimiento en todas las decisiones morales en un contexto *utilitarista* (de utilidad pública); refiere que “en las disquisiciones del entendimiento, partiendo de circunstancias y relaciones conocidas, inferimos alguna nueva y desconocida”, [y] “en las decisiones morales, todas las circunstancias y relaciones deben ser previamente conocidas; y la mente, tras contemplar el todo, siente alguna nueva impresión de afecto o de disgusto, de estima o de desprecio, de aprobación o de censura”.<sup>28</sup> Asimismo, al emitir consideraciones sobre la justicia, en particular sobre conflictos de propiedad, apunta lo siguiente:

“Cuando la razón natural no nos proporciona un criterio fijo de utilidad pública por el cual podamos decidir acerca de una controversia sobre propiedad, suelen crearse leyes positivas que toman su lugar y dirigen los procedimientos a seguir por todos los tribunales de judicatura. Cuando estas leyes también faltan, como ocurre con frecuencia, se buscan precedentes; y un fallo, aunque se haya dictado sin razón suficiente, con justicia se convierte en la razón suficiente de un fallo nuevo. Si faltan leyes y precedentes directos, se recurre a imperfectos e indirectos, y juzgamos el caso sujeto a controversia guiándonos por éstos, echando mano de razonamientos analógicos, comparaciones, semejanzas y correspondencias, las cuales son a menudo más imaginarias que reales. Puede afirmarse sin temor a errar que la jurisprudencia es, a este respecto, diferente de todas las demás

---

<sup>26</sup>Laporta, Francisco, *Entre el Derecho... cit.*, p. 42.

<sup>27</sup>Véase Correas, Oscar, *Razón, retórica y derecho...*, *cit.*, pp. 35 y 89.

<sup>28</sup>Hume, David, *Investigación sobre los principios de la moral*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza editorial, 2014, pp. 200 y 201.



ciencias; y que en muchas de las cuestiones más sutiles que se le plantean no puede decirse propiamente que la verdad o que la falsedad estén del lado de ninguna de las partes en litigio...Pero allí donde se presentan varias normas casi iguales y sin apenas diferencias entre ellas es sólo un *ligerísimo matiz de pensamiento* el que pronuncia el fallo a favor de una de las partes o a favor de la otra.”<sup>29</sup>

Para Carlos Santiago Nino el discurso práctico no puede ser fragmentado, por lo que ningún orden normativo -derecho, moral y política- puede ser una ínsula y estar separado de los otros.<sup>30</sup>

Como lo comentamos anteriormente, para Alexy el Derecho tiene una doble naturaleza o una doble dimensión, una dimensión real o práctica y otra dimensión ideal o crítica, y refiere que la **naturaleza dual** es incompatible tanto con el positivismo jurídico excluyente como con el positivismo jurídico incluyente. Así, en Alexy “la naturaleza dual del derecho se expresa, de un lado, por la fórmula de Radbruch, que señala que la injusticia extrema no es derecho y, de otro, por el argumento atinente a la corrección, según el cual la pretensión de corrección del derecho necesariamente incluye una pretensión de corrección moral”.<sup>31</sup>

Como advierte García Figueroa, es Alexy “el autor que en las últimas décadas ha defendido la unidad del razonamiento práctico en el ámbito de la teoría de la argumentación, para él Derecho y moral están vinculados conceptualmente porque así lo están entre sí la argumentación jurídica y la argumentación moral”, de tal forma que “la argumentación jurídica es una forma de argumentación moral especificada por su sometimiento a ciertas normas: la ley, los precedentes y la ciencia jurídica”;<sup>32</sup> es decir, la **argumentación moral** es el centro de la argumentación jurídica y el ordenamiento jurídico es el marco restrictivo de dicha argumentación.

Ahora bien, de acuerdo con Nava Tovar la **tesis del caso especial** es de “importancia central no solamente para la argumentación jurídica, sino para la teoría de los derechos fundamentales y el concepto no-positivista del derecho, esto es, para la teoría no-positivista del Derecho de Alexy”, y como lo ha sostenido recientemente el propio autor “el núcleo de la teoría de la argumentación

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 225 y 226.

<sup>30</sup> Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política I. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires, Gedisa, 2007.

<sup>31</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza...*, *cit.*, p. 73.

<sup>32</sup> García Figueroa, Alfonso, “¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación...*, *cit.*, pp. 210 y 219.

jurídica es la tesis del caso especial, [así pues] la tesis del caso especial expresa una conexión necesaria entre derecho y moral”.<sup>33</sup> Alexy considera que “lo que tienen en común los razonamientos jurídicos y prácticos es la corrección de los enunciados normativos, así como características especiales que diferenciarán al discurso jurídico del moral”.<sup>34</sup> A partir de dichas características especiales, Nava Tovar señala que se crean tres formas de relacionar los argumentos jurídicos con los prácticos:<sup>35</sup>

- La tesis de secundariedad: la fundamentación jurídica solo legitima secundariamente un resultado obtenido por medio de criterios prácticos generales.
- La tesis de la adición: ante las limitaciones del discurso jurídico debemos recurrir a la argumentación práctica.
- La tesis de la integración: esta tesis fue adoptada por Alexy, y consiste en unir en todos los niveles el uso de los argumentos jurídicos con los prácticos para lograr una **fundamentación racional**.<sup>36</sup>

En palabras de Alexy “se puede afirmar que la argumentación jurídica llega hasta un determinado punto en el que ya no son posibles otros argumentos específicamente jurídicos, y que aquí tiene que entrar en juego la argumentación práctica general”, a ello responde la **tesis de la adición**, o bien, “el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, con el de los argumentos prácticos generales”, y a ello responde la **tesis de la integración**.<sup>37</sup>

Siguiendo a Nava Tovar,<sup>38</sup> la tesis de la integración requiere de una explicación del contenido de la tesis del caso especial, y apunta que

“los tres elementos definitorios de la idea alexyana de concebir la argumentación jurídica como un caso especial se sustentan en tres características constitutivas. La primera afirma que el derecho necesita del ejercicio de la razón práctica, ya que éste trata siempre de cuestiones prácticas; en segundo lugar; que la argumentación jurídica, como toda argumentación práctica en general, establece una pretensión de corrección; y, en tercer

---

<sup>33</sup>Véase Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón...*, cit., p. 47.

<sup>34</sup>*Idem*.

<sup>35</sup>*Ibidem*, p. 48.

<sup>36</sup>Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 51.

<sup>37</sup>*Idem*.

<sup>38</sup>Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón...*, cit., p. 48.

lugar, que la argumentación jurídica tiene limitaciones especiales que la distinguen de otras formas de argumentación práctica. Estos tres contenidos se exponen como la *referencia a cuestiones prácticas, la pretensión de corrección y las diferencias o limitaciones institucionales*".

En cuanto a la *referencia a cuestiones prácticas*, como lo expresa Nava Tovar, en las controversias jurídicas el tema de fondo son cuestiones prácticas, por lo que cuando los argumentos jurídicos son **insuficientes** los argumentos provenientes de un sentido moral pueden ayudar a fundamentar racionalmente los discursos jurídicos. Respecto a la *pretensión de corrección*, esta característica es más discutible y ha generado diversos debates; como apunta Sieckmann

“el concepto de corrección es bastante confuso porque pueden encontrarse varios sentidos de este concepto en la obra de Alexy: el primero relacionado con la verdad, o algo semejante a la verdad, de las aserciones normativas, el segundo como posibilidad discursiva, el tercero como un criterio de evaluación relacionado con la justicia y un cuarto como sentido de corrección moral”.<sup>39</sup>

En cuanto a las *diferencias o limitaciones institucionales*, esta característica es muy relevante dado que aunque hay semejanzas, entre ambos tipos de discursos, no pueden equipararse; no obstante “las tesis de Alexy del caso especial y de la vinculación del derecho con la moral pueden provocar confusiones y con ello críticas agudas”.<sup>40</sup>

Como se puede advertir, conforme a lo expuesto en esta y la sección anterior, la TAJ Alexyana es no positivista y por consecuencia la Teoría del Derecho de Alexy es antipositivista, sostiene que existe una conexión necesaria entre derecho y moral, o el derecho como es y el derecho como debe ser, o entre validez jurídica y corrección moral.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup>Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón...*, cit., p. 49.

<sup>40</sup>Véase Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón...*, cit., pp. 50-52 y 252-294, en cuyo capítulo octavo analiza ampliamente las críticas enderezadas por diversos autores al concepto de pretensión de corrección y las respuestas proporcionadas por Alexy.

<sup>41</sup>Véase Sieckmann, Jan-R., *La Teoría del Derecho de Robert Alexy...*, cit., p. 34.

### 3.2.4. Modelo argumentativo

La teoría de la argumentación jurídica de Alexy se desarrolló como un caso práctico, tomando como referencia la teoría general del discurso de Habermas. Para Alexy “la necesidad del discurso jurídico surge de la debilidad de las reglas y formas del discurso práctico general”.<sup>42</sup> De esta forma, como refiere Alexy, la argumentación jurídica se distingue de la argumentación práctica general en que la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad al Derecho vigente, y ante ello, afirma que el discurso jurídico es un **caso especial** del discurso práctico general.<sup>43</sup>

La obra de referencia del modelo de Robert Alexy consiste en su tesis doctoral de la Universidad de Göttingen, “Teoría de la argumentación jurídica”, publicada en 1976. Alexy planteó, citando a Karl Larenz, que ya no era posible “afirmar que la aplicación de normas jurídicas era una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”, ello debido al menos a cuatro razones principales: “1) la vaguedad del lenguaje jurídico, 2) la posibilidad del conflicto de normas, 3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no exista una norma ya vigente, y 4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales”.<sup>44</sup> De esa forma, Alexy, al citar nuevamente a Larenz, señala que “la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador”.<sup>45</sup>

Para Alexy, el punto de partida de la TAJ es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, es decir, de lo que está ordenado, prohibido o permitido, de tal forma que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general; y es un caso especial porque se enmarca en una serie de vínculos institucionales como son los relacionados con la ley, el precedente y la dogmática; dichos vínculos pueden concebirse mediante un sistema de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica que, sin embargo, no lleva en cada caso a un resultado, y en su aplicación habrá que contestar cuestiones morales.<sup>46</sup>

El problema que Alexy trata de resolver con su teoría del discurso es sobre si es posible la justificación racional de las decisiones jurídicas, en particular, en los casos difíciles en que la decisión

---

<sup>42</sup>Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 392.

<sup>43</sup>*Ibidem*, pp. 294 y 295.

<sup>44</sup>*Ibidem*, p. 28.

<sup>45</sup>*Ibidem*, p. 34.

<sup>46</sup>Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, cit., p. 21.

no se sigue directamente de la aplicación de la ley a los hechos del caso, y refiere a una decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la permisibilidad de decisiones judiciales *contra legem*, el caso “Soraya”, en el que el Tribunal exigía que las decisiones de los jueces deben basarse en argumentos racionales.<sup>47</sup>

Como lo refiere Alexy si se quisiera llenar siempre el campo de indeterminación que surge de esta forma, únicamente a través de la argumentación práctica general, las debilidades de ésta seguirían afectando a la decisión jurídica en un grado considerable, por lo que es obligado y resulta racional introducir formas y reglas especiales de la argumentación jurídica, su institucionalización como ciencia jurídica, y su inclusión en el contexto de los precedentes.<sup>48</sup>

Las preguntas que Alexy plantea en su tesis son tres: ¿dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones?, ¿cómo actúan estas valoraciones en los argumentos calificados como *específicamente jurídicos*? y ¿son racionalmente fundamentables tales valoraciones?<sup>49</sup> Es decir, el programa de investigación de Alexy pretende determinar si es factible fundamentar racionalmente los argumentos o razonamientos jurídicos.

Alexy construyó su modelo a partir de cinco tipos de reglas y formas que integran el discurso práctico general. A continuación se señalan las reglas y formas siguiendo la numeración propuesta por Alexy.

### **Reglas fundamentales**

- 1.1 Ningún hablante puede contradecirse,
- 1.2 Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- 1.3 Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A, debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A, en todos los aspectos relevantes.
- 1.3' Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos lo aspectos rele-

---

<sup>47</sup>Sieckmann, Jan-R., *La Teoría del Derecho de Robert Alexy...., cit.*, p. 9. Véase también Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Aleman. Extractos de las sentencias más relevantes*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 493.

<sup>48</sup>Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...., cit.*, pp. 393 y 394.

<sup>49</sup>*Ibidem*, pp. 9 y 36.

vantes.

- 1.4 Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

Sobre estas reglas, Vallarta Marrón considera que son consejos de gran idealismo, y pone como ejemplo de incumplimiento de la segunda regla, cuando un abogado defiende a un presunto delincuente, sabiendo que éste es culpable, y lo considera mas bien como un problema ético de quien afirma sin creer en su aserción.<sup>50</sup> Sobre la regla 1.2 Alexy apunta que ésta asegura la sinceridad de la discusión, siendo constitutiva para toda comunicación lingüística y manifiesta que sin esta regla no sería posible ni siquiera mentir, pues si no se presupone ninguna regla que exija sinceridad, no es concebible el engaño.<sup>51</sup>

### **Reglas de razón**

2 Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación. A esta regla se le denomina regla general de fundamentación.

- 2.1 Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.
- 2.2 a. Todos pueden problematizar cualquier aserción.
- 2.2 b. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
- 2.2 c Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.
- 2.3 A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en 2.1 y 2.2, mediante coerción interna o externa al discurso.

### **Reglas sobre la carga de la argumentación**

- 3.1 Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.
- 3.2 Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una

---

<sup>50</sup>Vallarta Marrón, José Luis, “La argumentación jurídica en el common law...,” *cit.*, p. 39.

<sup>51</sup>Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, p. 286.

razón para ello.

- 3.3 Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.
- 3.4 Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

### **Formas de los argumentos**

Alexy parte de que básicamente hay dos maneras de fundamentar un enunciado normativo singular (N): por referencia a una regla (R), o bien señalando las consecuencias de N (F=Consecuencia).

En la primera forma, además de la Regla R, debe presuponerse un enunciado de hecho que describa la condición de la aplicación (T=Supuesto de hecho), y en la segunda forma, se debe sobrentender también que existe una regla que dice que la producción de ciertas consecuencias es obligatoria, o algo bueno.

- 4.1 - 4.6. Alexy refiere 6 formas de argumentos.<sup>52</sup>

### **Reglas de fundamentación**

Dado que las reglas anteriores dejan abierto un campo amplio de indeterminación, se construyen reglas de fundamentación que se refieren a la argumentación práctica. Se formulan varios subgrupos, el primero formula tres variantes del principio de universalidad:

- 5.1.1 Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas. (Principio de intercambio de roles de Hare).
- 5.1.2 Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos. (Principio de consenso de Habermas).

---

<sup>52</sup>Véase Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, pp. 159-160.

- 5.1.3 Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general. (Principio de publicidad de Baier).

El segundo subgrupo se dirige a garantizar la racionalidad de las reglas a través de su génesis social e individual:

- 5.2.1 Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:
  - a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o
  - b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.
- 5.2.2 Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido solo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.
- 5.3 Hay que respetar los límites de *realizabilidad* realmente dados.

### **Reglas de transición**

En los discursos prácticos surgen muchos problemas que no pueden ser resueltos con los medios de la argumentación práctica. En estos casos debe ser posible pasar a otras formas de discurso.

- 6.1 Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).
- 6.2 Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.
- 6.3 Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

De acuerdo con Cárdenas, Alexy indica que aunque la base de su teoría es la argumentación



práctica, que el discurso moral tiene límites y presenta deficiencias;<sup>53</sup> refiere que el discurso moral presenta dos problemas:

- i) El problema del conocimiento, nos dice que las reglas del discurso no garantizan que con ellas pueda alcanzarse un acuerdo porque las partes tienen distintas convicciones normativas y no necesariamente aceptan las reglas y formas del discurso moral que propone Alexy, y
- ii) El problema del cumplimiento, hace hincapié en que aunque se alcanzara un acuerdo con el discurso moral, eso no significa que las partes vayan a cumplir o aceptar el acuerdo.

Ambos problemas son superados a través de la argumentación jurídica; en cuanto al problema de conocimiento porque las reglas de la argumentación jurídica están determinadas por el ordenamiento jurídico, y el problema de cumplimiento se supera porque las decisiones que concluyen la argumentación jurídica, cuando son tomadas por las autoridades, son vinculantes, y en su caso pueden imponerse en forma coactiva.<sup>54</sup> Para ello, Alexy, y como veremos después también lo hace MacCormick, generan reglas básicas de justificación interna y de justificación externa.

### **Reglas de justificación interna**

- J.2.1 Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
- J.2.2 La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.
- J.2.3 Siempre que exista duda sobre si *a* es un *T* o un *M*<sup>1</sup>, hay que aducir una regla que decida la cuestión.
- J.2.4 Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.
- J.2.5 Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

### **Reglas de justificación externa**

---

<sup>53</sup>Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación...*, *cit.*, p. 103.

<sup>54</sup>*Idem.*

Ante casos difíciles no es suficiente el silogismo jurídico, por lo que deben buscarse otros razonamientos relativos a la justificación externa. Nava Tovar afirma que “el objeto de la fundamentación externa será la justificación de sus premisas, las cuales se dividirán en: (1) reglas de derecho positivo, justificadas cuando entran en vigencia según criterios jurídicos formales, (2) enunciados empíricos justificados según diversos métodos de las ciencias empíricas; y por último, (3) premisas que no son derecho positivo ni enunciados empíricos. justificadas mediante las reglas y las formas respectivas”.<sup>55</sup>

Alexy divide las reglas y formas de la justificación externa en seis grupos, los cuales se refieren a: (1) ley, (2) dogmática, (3) precedentes, (4) razón, (5) empirie y (6) formas especiales de argumentos jurídicos.

### **Reglas y formas de la argumentación empírica**

- Rige 6.1 No se elaboraron reglas y formas especiales.

### **Reglas y formas de interpretación**

i. Formas de la interpretación semántica

- J.3.1 R' debe aceptarse como interpretación de R sobre la base de Wi.
- J.3.2 R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de Wk.
- J.3.3 Es posible aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni Wi ni Wk.

ii. Formas de la interpretación genética.

iii. Forma fundamental de interpretación teleológica.

iv. No se elaboraron formas de la interpretación histórica, comparada y sistemática.

### **Reglas**

- J.6 Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación.

---

<sup>55</sup>Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón...*, cit., p. 81.

- J.7 Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que pueda aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.
- J.8 La determinación de peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según **reglas de ponderación**.
- J.9 Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.

#### **Reglas y formas de la argumentación dogmática**

- J.10 Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.
- J.11 Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.
- J.12 Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados

#### **Las reglas más generales del uso de los precedentes**

- J.13 Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe citarse.
- J.14 Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

#### **Formas de argumentos jurídicos especiales J.15 a J.17.<sup>56</sup>**

#### **Formas especiales de argumentos jurídicos**

J.18 Las formas de argumento jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

### **3.2.5. El modelo ante casos difíciles: colisión de derechos y ponderación**

Alexy interpreta los derechos fundamentales como principios, distingue entre principios y reglas, y refiere que es uno de los pilares fundamentales del edificio de la Teoría de los derechos fundamen-

<sup>56</sup>Véase Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 171.

tales.<sup>57</sup> Para Alexy el punto nodal para distinguir entre reglas y principios es que “los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, por lo que “son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”.<sup>58</sup> En contraste, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no; si una regla es válida, entonces ha de hacerse exactamente lo que exige, ni más ni menos. Para Alexy “la distinción entre reglas y principios se muestra [claramente] en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas”.<sup>59</sup>

Para Zagrebelsky distinguir entre principios y reglas significa, a grandes rasgos, distinguir entre Constitución y la ley, además de que considera que el derecho por principios de valor constituye una revitalización de la ética, por lo que no resulta difícil comprender que la dimensión del Derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista.<sup>60</sup>

De acuerdo con Alexy, un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado de dos formas: introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas y eliminada del ordenamiento jurídico. El autor indica que los criterios pueden ser “*lex posterior derogat legi priori*” y “*lex specialis derogat legi generali*”, y también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto.

Cuando dos principios, que se encuentran contenidos en la Ley Fundamental entran en colisión, uno de los dos debe ceder ante el otro. Para Alexy ello no implica declarar inválido al principio desplazado, o que en éste se deba incorporar una cláusula de excepción; de esta forma “bajo ciertas circunstancias uno de los principios *precede* al otro, y bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa”.<sup>61</sup>

Como lo refiere Alexy, los conflictos entre reglas se resuelven en la dimensión de la validez, y la

---

<sup>57</sup>Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2017, p. 65.

<sup>58</sup>*Ibidem*, p. 67.

<sup>59</sup>*Ibidem*, p. 69.

<sup>60</sup>Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2016, pp. 110 y 124.

<sup>61</sup>Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales, cit.*, p. 71.

colisión de principios se llevan a cabo en la dimensión del peso, a través del ejercicio de ponderación.

Para construir su modelo Alexy establece una conexión entre la teoría de los principios y la máxima o **principio de proporcionalidad**, con sus **tres máximas parciales o subprincipios: adecuación, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho)**.<sup>62</sup> Alexy señala que “Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión es necesaria una ley en el sentido de la ley de colisión”.<sup>63</sup>

Del principio de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas; y por su parte, las máximas de necesidad y adecuación, señala Alexy, son resultado del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades *fácticas*.<sup>64</sup>

En cuanto a los subprincipios, Gascón Abellán afirma lo siguiente:<sup>65</sup>

- i) Idoneidad o adecuación: la norma o medida limitadora examinada debe ser adecuada o idónea para la protección del fin o principio constitucional que persigue. Si la medida no es adecuada para la realización del fin constitucional en cuestión, ello significa que para este último resulta indiferente que se adopte o no. Su función no consiste en fijar lo idóneo sino en excluir lo no idóneo.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 91 y 92.

<sup>63</sup> Para un análisis exhaustivo sobre el principio de proporcionalidad se recomienda ver Aleinikoff, Thomas Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, 96, No. 5, 943-1005, 1987, Aleinikoff, Thomas Alexander, *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, trad. de Jimena Aliaga Gamarra, Lima, Palestra, 2015, Aharon Barak, *Proporcionalidad. Los derechos humanos y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017, y Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.

<sup>64</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 92.

<sup>65</sup> Gascón Abellán, Marina, “Particularidades de la interpretación constitucional”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 306-309.

- ii) Necesidad: debe acreditarse que no existe otra medida, que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva. Es decir, si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, hay que escoger la que menos perjuicios cause desde el punto de vista del otro principio o derecho en pugna.
- iii) *Proporcionalidad en sentido estricto o ley de ponderación*: Alexy la formula como “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

La estructura de la ponderación, que tiene como propósito establecer una relación de prece-  
dencia condicionada entre los principios en conflicto, se desglosa en tres pasos:

- 1) Primero hay que definir el grado de no satisfacción o de afectación de un principio; es decir, hay que definir la *intensidad de la intervención* en el principio.
- 2) Después hay que valorar la importancia de las razones para la intervención; es decir, hay que valorar la *importancia de la satisfacción* del principio que juega en sentido contrario.
- 3) Finalmente, hay que decidir si la importancia de la satisfacción de ese principio *justifica* la intensidad de la intervención en el otro. Es decir, hay que decidir qué principio “pesa” más en el caso concreto examinado y, por consiguiente, prevalece sobre el otro.

Para Prieto Sanchís la ponderación o proporcionalidad es el método de resolución de conflictos entre principios, y no se opone a la subsunción sino a los criterios de solución de antinomias,<sup>66</sup> y Peczenik señala que la ponderación es algo intuitivo y la mejor ponderación es la que es más coherente.<sup>67</sup>

Asimismo, para Alexy los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: es posible hablar de colisión de principios y de ponderación de principios, como de colisión de valores y ponderación de valores.<sup>68</sup> Sobre este punto Alexy hace la división de las normas en Deontológicas y Axiológicas, como se muestra a continuación:

---

<sup>66</sup>Prieto Sanchís, Luis, “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación...*, cit., p. 39.

<sup>67</sup>Peczenik, Aleksander, *Derecho y Razón*, cit., p. 8.

<sup>68</sup>Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 117.

a) Norma deontológica

- Regla
- Principio

b) Norma axiológica

- Regla de valoración
- Criterio de valoración (valor)

Bajo este esquema Alexy afirma que los **principios** y **valores** se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente, por lo que en el modelo de valores se trata de “lo mejor es”, y en el modelo de principios “de lo debido”; sin embargo, dado que en el Derecho de lo que se trata es de “qué es lo debido”, ello habla en favor de los principios, de tal forma que Alexy elige el “**modelo de principios**”.<sup>69</sup> Es particularmente interesante que Alexy para dar respuesta a las críticas a la fundamentación de la ponderación hace referencia a la **teoría de preferencia**, mediante el concepto de **curva de indiferencia**, para mostrar la relación de sustitución de bienes, el cual también es utilizado en la Ciencia Política y en Teoría Económica.

Alexy señala que se ha objetado muchas veces en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control (judicial) racional, dado que

“Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales. Estas objeciones valen en la medida en que con ellas infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero, no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional”.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Alexy señala que existen diversas objeciones a la teoría de los valores, las cuales clasifica en tres grupos: filosóficas, metodológicas y dogmáticas; sobre las cuales hace diversas consideraciones y brinda las correspondientes respuestas. *Ibidem*, pp. 126 y 128-148.

<sup>70</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 135, y Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 399.

Habermas también ha criticado la teoría de la ponderación de Alexy, en cuanto a que si los derechos fundamentales son tomados en serio en un sentido deontológico, quedan sustraídos a un análisis de coste-beneficio, respecto a que “una aplicación del derecho orientada a principios ha de entender acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibrio de bienes o de la mejor jerarquía entre valores”, y que si las normas válidas constituyen una estructura flexible de relaciones, en la que dichas relaciones pueden desplazarse de caso a caso, dicho desplazamiento está sujeto a reserva de la coherencia, en el que solo se permita para cada caso una única solución correcta.<sup>71</sup>

La respuesta de Alexy a estas críticas de Habermas se encuentra en la entrevista realizada por Atienza publicada en la revista *Doxa*, que aunque extensa, bien vale la inclusión completa de la cita:

“Habermas siempre ha rechazado esto [que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación] con gran fuerza. En *Facticidad y validez* ha contrapuesto al modelo de la ponderación, el modelo del discurso de aplicación, ideado por Klaus Günther, en el que el papel central lo juega la idea de coherencia. Yo soy, como Habermas, de la opinión de que en la interpretación del Derecho la coherencia tiene una gran importancia. Pero creo que no puede haber coherencia sin ponderación. Aquí es donde hasta ahora discrepamos intelectualmente. Habermas cree que la idea de optimización destruye la estructura deóntica de los derechos fundamentales. La ponderación supone un más o un menos. Falta por ello la estructura binaria que es constitutiva para la validez de las normas. La teoría de los principios despoja a los derechos fundamentales de su estructura deontológica y les da un sentido teleológico. Con ello pierden su carácter de ‘triumfos’ en el sentido de Dworkin. Yo considero, por el contrario, que el simple hecho de la gradualidad no supone sin más una estructura teleológica... Naturalmente, el resultado final de una fundamentación que tenga por objetos derechos fundamentales debe tener una estructura binaria. Sólo puede ser válida o inválida. Pero el carácter binario del resultado no implica que todos los pasos de la fundamentación deban tener también carácter binario. De manera que en lo que termi-

---

<sup>71</sup> Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 542.



na todo esto es en la idea de si la ponderación es un procedimiento racional. Habermas piensa que ‘por ello, carecen de un criterio de racionalidad’ (*Facticidad y validez*, p. 315, ed. alemana). Yo pienso que lo tienen si es que existe un criterio de racionalidad para contestar algunas preguntas prácticas.”<sup>72</sup>

Martínez Zorrilla refiere que en la doctrina y jurisprudencia existe un **núcleo conceptual mínimo** o consenso en el que la ponderación consiste en la *atribución de un determinado nivel de peso o importancia a cada uno de los elementos en conflicto en las circunstancias del caso a decidir (no en abstracto), que determina cuál de estos elementos “vence” sobre el otro (u otros) y resuelve el caso.*<sup>73</sup>

El mismo autor señala que más allá de ese núcleo mínimo, se plantean muchas discrepancias entre los autores; una primera división es entre a) quienes conciben la ponderación como una actividad racional y b) quienes la entienden como una actividad discrecional no sujeta a los parámetros de control racional. En este último grupo se pueden encontrar autores para los que la determinación de la respuesta correcta es una especie de *percepción* o *acto de descubrimiento* guiado por un sentido de la corrección moral, que guía hacia la respuesta correcta (Intuicionismo), y otros autores que adoptan un punto de vista escéptico, y que afirman que la ponderación consiste en un simple ejercicio discrecional de las preferencias personales del intérprete/decisor (Escepticismo).

Por otro lado, Martínez Zorrilla señala que los autores que conciben a la ponderación como una actividad racional, también se dividen en al menos dos grupos: la práctica mayoría que considera a la ponderación como un procedimiento que afecta al “caso concreto” (generalmente objeto de una controversia judicial); sin embargo, “caso” puede referirse a un “caso individual”, o un “caso genérico”, por lo que es posible distinguir entre a) quienes sostienen que la ponderación da respuesta a un caso individual en sentido estricto, y por tanto no es extrapolable a ningún otro conflicto, aunque la situación sea muy similar (Particularismo) y b) quienes consideran que la ponderación da respuesta a un caso genérico, de modo que la solución será la misma para cualquier otro caso de conflicto que comparta las mismas propiedades (Universalismo).<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup>Atienza, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa*, 24, 2001, pp. 675 y 676.

<sup>73</sup>Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 154.

<sup>74</sup>*Ibidem*, pp. 154 y 155.

### 3.2.6. La fórmula del peso

Para Alexy el núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación”, formulada como sigue:

“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.

Siguiendo a Alexy<sup>75</sup> en lo subsecuente, para medir/pesar los principios en conflicto Alexy diseña una escala de tres intensidades, escala triádica, con tres rangos: leve (*l*), medio (*m*) y grave (*g*). Según la ley de la ponderación, el grado de la no satisfacción de, o de la intervención, en un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como *l*, *m* y *g*. La combinación entre **no satisfacción** y la **afectación** conforman un doble concepto, al expresar tanto los derechos de defensa como los derechos de protección. Cuando se trata de un derecho de defensa, entonces la medida representa una intervención, es decir, una restricción, y puede hablarse de la “intensidad de la intervención”, y el hecho de que todas las intervenciones puedan llamarse **no satisfacción** es por flexibilidad del lenguaje. Asimismo, la expresión **no satisfacción** opera de manera natural cuando se trata de derechos de protección.

Pi: representa al principio cuya vulneración se examina.

IPi: es la intensidad de la intervención en Pi.

GPi: representa el peso abstracto del principio Pi, en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto. Por ejemplo el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad general de acción.

C: representa las circunstancias del caso.

IPiC: intensidad de l intervención Pi, ante las circunstancias C del caso concreto.

GPiA: peso abstracto del principio Pi, también puede ser representada por Gi.

La importancia concreta de la satisfacción de Pj se determina, por tanto, según los efectos que tenga sobre Pj la omisión de la intervención en Pi.

WPjC: importancia concreta del principio contrario, ante las circunstancias del caso concre-

---

<sup>75</sup>Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007.

to.

### ¿Cómo se ponen en relación $IPiC$ y $WPjC$ ?

Bajo el criterio de precedencia, existen tres casos en que la intervención en  $Pi$  es más intensa que la intervención en  $Pj$ .

- 1)  $Ii: g, Ij: 1$
- 2)  $Ii: g, Ij: m$
- 3)  $Ii: m, Ij: 1$

En estos casos  $Pi$  tiene precedencia frente a  $Pj$ . La relación de preferencia condicionada es ( $Pi$   $Pj$ )  $C$ .

El caso opuesto resulta en la precedencia de  $Pj$  frente a  $Pi$ .

Asimismo, existe un caso de empate en el que la ponderación no determina ningún resultado. Estos casos de empate se sitúan en un margen de acción para la ponderación.

### La fórmula

Existen dos diferentes posibilidades fundamentales de relacionar  $Ii$  e  $Ij$ .

$G_{i,j} = Ii - Ij$  (Denominada fórmula diferencial). Representa el peso concreto de  $Pi$ ; es decir, el peso de  $Pi$  bajo las circunstancias del caso concreto, o bien en la notación completa sería  $G_{i,j}C$ .

Esta fórmula permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Ello es posible, porque esta fórmula determina el peso concreto como la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio ( $Pi$ ) y la importancia concreta del principio contrario ( $Pj$ ), la cual, a su vez, consiste en definitiva en la intensidad hipotética en  $Pj$  mediante la omisión de la intervención, es decir, mediante la no intervención en  $Pi$ .

Al utilizar los valores 1,2 y 3 en la fórmula diferencial, para los tres primeros casos donde  $Pi$  precede a  $Pj$ ,  $G_{i,j}$  adquiere los siguientes valores positivos:

- 1)  $g,1 = 3 - 1 = 2$
- 2)  $g,m = 3 - 2 = 1$

$$3) m,l = 2 - 1 = 1$$

En los casos de primacía de Pj, Gi,j adquiere los siguientes valores negativos:

$$1) l,g = 1 - 3 = - 2$$

$$2) m,g = 2- 3 = - 1$$

$$3) l,m = 1 - 2 = -1$$

En los tres casos de empate el peso concreto, y por tanto, el relativo, de Pi es cero:

$$1) l,l = 1 - 1 = 0$$

$$2) m,m = 2- 2 = 0$$

$$3) g,g = 3 - 3 = 0$$

Si en la escala se utilizan valores geométricos, en lugar de aritméticos, se tendrán los siguientes valores:  $2^0$ ,  $2^1$ , y  $2^2$ ; es decir, 1, 2 y 4.

Esta serie se distingue respecto a la aritmética en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales sino que se incrementan. De esta forma puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención, lo cual está en armonía con la tasa marginal decreciente de sustitución.<sup>76</sup>

Este carácter geométrico de la escala permite definir el peso concreto de Pi, no mediante una fórmula de diferencia, sino mediante una fórmula de cociente. La fórmula se expresa así:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Esta fórmula constituye el núcleo de una fórmula más comprensiva denominada la “**fórmula del peso**”. En su fórmula más completa la fórmula del peso contiene, junto a las **intensidades** de las intervenciones en los principios (Ii, Ij), los **pesos abstractos** de los principios en colisión (Gi, Gj) y los **grados de seguridad de los presupuestos empíricos** acerca de la realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida que se enjuicia.

Hasta ahora, la fórmula del peso se ha aplicado en la colisión de dos principios, la complejidad aumenta cuando entran en juego más de dos principios.

---

<sup>76</sup>Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 481.

En las ponderaciones no sólo son relevantes las intensidades de las intervenciones, sino también los pesos abstractos. La posibilidad se vuelve real, cuando los pesos que corresponden a los diferentes principios en colisión se diferencian entre sí. Si los pesos abstractos son iguales, se neutralizan entre sí. Si por el contrario tienen distinta magnitud, pueden sopesarse en la balanza. El caso relevante es cuando tanto las intensidades como los pesos abstractos son distintos.

$$G_{i,j} = \frac{I_i G_i}{I_j G_j}$$

El producto  $I_i \cdot G_i$  es posible denominarlo como “peso concreto no relativo”, como “importancia” de  $P_i$ . Otra opción es denominarlo como peso concreto no relativo en términos de importancia ( $W_i, W_j$ ):

$$W_i = I_i G_i$$

$$W_j = I_j G_j$$

La fórmula también incorpora el grado de seguridad de los presupuestos empíricos referidos, respectivamente, a lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro. Alexy señala que entre los criterios según los cuales debe determinarse la certeza de la medida ordenada, está sobre todo el de la importancia del derecho fundamental en el caso concreto, que se define mediante la intensidad de la intervención y el peso abstracto. En este contexto, Alexy formula una ley epistémica de la ponderación, en paralelo a la antes enunciada, y que señala lo siguiente:

“Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”.

Al respecto, Alexy retoma los tres grados que diferencia el Tribunal Constitucional Federal Alemán para también construir una escala triádica: “control material intensivo”, “control de plausibilidad”, y “control de evidencia”. Estos tres grados corresponden a los tres grados epistémicos de cierto o seguro (s), plausible (p) o no evidentemente falso (e). Se utilizan  $S_i$  y  $S_j$ , o, en la forma completa,  $SP_iC$  y  $SP_jC$ , como notación para referirse a los presupuestos empíricos.

Así pues, la fórmula completa quedará de la siguiente forma:

$$G_{i,j} = \frac{I_i * G_i * S_i}{I_j * G_j * S_j}$$

En notación completa ante el caso concreto

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_iC * GP_{iA} * SP_iC}{WP_jC * GP_{jA} * SP_jC}$$

Bernal Pulido señala que esta fórmula establece que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio Pi, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio Pj, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia.<sup>77</sup> Alexy sostiene que es posible atribuir de forma metafórica, un valor numérico a las variables de importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala triádica, del siguiente modo: leve ( $2^0 = 1$ ), medio ( $2^1 = 2$ ) y grave ( $2^2 = 4$ ).

En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto ( $2^0 = 1$ ), plausible ( $2^{-1} = 1/2$ ) y no evidentemente falso ( $2^{-2} = 1/4$ ).

Mediante la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el “peso concreto” del principio Pi en relación con el principio Pj en el caso concreto. Si el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj es mayor que el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi, el caso debe decidirse de acuerdo con la solución prescrita por el principio Pi. Si por el contrario, el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi es mayor que el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj, entonces el caso debe decidirse de acuerdo con la solución establecida por el principio Pj.<sup>78</sup>

### 3.2.7. Casos prácticos

1) Lara Chagoyán muestra algunos ejemplos.<sup>79</sup> El primer ejemplo del autor consiste en un conflicto entre el derecho a la vida y a la salud de un menor por un lado, y el derecho a la libertad de

<sup>77</sup>Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Carbonell, Miguel, *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2011, p. 39.

<sup>78</sup>*Idem.*

<sup>79</sup>Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica... cit.*, p. 143.

cultos y al libre derecho de la personalidad; se debe resolver si los padres tendrían la obligación de ingresar al menor en un hospital, dado que existe un riesgo para la salud de éste último y que la intervención médica supondría ir en contra de las convicciones religiosas de los padres. Los valores respectivos para la fórmula del peso serían:

Principio 1. Derecho a la vida y a la salud (tomados conjuntamente)

- En cuanto a la afectación de principios: 4 (peso grave).
- En cuanto a la afectación del peso abstracto: 4 (peso grave).
- En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras).

Principio 2. Derecho a la libertad de cultos y al libre desarrollo de la personalidad.

- En cuanto a la afectación de principios: 2 (peso medio).
- En cuanto a la afectación del peso abstracto: 2 (peso medio).
- En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras).

Peso del primer principio:  $(4*4*1) / (2*2*1) = 16/4 = 4$  Peso del segundo principio:  $(2*2*1) / (4*4*1) = 4/16 = 0.25$

El primer principio prevalece sobre el segundo, por lo que los padres deben ingresar al menor en el hospital.

2) Otro ejemplo planteado por Lara Chagoyán consiste en una reconstrucción a partir del modelo de Alexy, y se trata de un asunto resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no obstante que en la sentencia no se advierte el ejercicio numérico de ponderación, el autor considera que en el caso concreto si se llevó a cabo el proceso de ponderación aunque no fuera de manera explícita. El señor Witz, en abril de 2001, publicó en la Revista *Criterios* un poema relativo a los símbolos patrios. Una asociación civil consideró el poema como ultrajante a la bandera y denunció a Witz ante la Secretaría de Gobernación. La Secretaría de Gobernación dio vista al Ministerio Público, el cual consignó al poeta por la comisión del delito de ultraje al pabellón nacional establecido en el artículo 191 del Código Penal Federal. Witz solicitó un amparo ante la justicia federal, y una vez negado el amparo el asunto llegó a la SCJN, la cual determinó que existía

una contradicción entre el derecho a la libertad de expresión y el respeto a la moral y a la paz pública, y que debía prevalecer el segundo sobre el primero. En la fórmula del peso, tiene la siguiente representación:

Principio 1. Respeto a la moral y a la paz pública.

- En cuanto a la afectación de principios: 4 (peso grave).
- En cuanto a la afectación del peso abstracto: 4 (peso grave).
- En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras).

Principio 2. Derecho a la libertad de expresión.

- En cuanto a la afectación de principios: 4 (peso grave).
- En cuanto a la afectación del peso abstracto: 2 (peso medio).
- En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras).

Peso del primer principio:  $(4*4*1) / (4*2*1) = 16/8 = 2$  Peso del segundo principio:  $(4*2*1) / (4*4*1) = 8/16 = 0.5$

El primer principio prevalece sobre el segundo: el derecho a la moral y paz pública limita el derecho a la libertad de expresión.<sup>80</sup>

3) Vázquez-Gómez analiza el siguiente caso relativo a la facultad conferida al Servicio de Administración Tributaria (SAT) en 2007 para la cancelación de créditos fiscales cuyo cobro fuera incosteable. El SAT presentó en marzo de 2008 un informe a las Cámaras del Congreso de la Unión del resultado de dicho proceso, que consistía en 73,960 millones de pesos por concepto de 711,626 créditos. En noviembre de 2009, un ciudadano requirió al SAT la lista final de los asuntos cancelados, por nombre y número de crédito, ante lo cual el SAT respondió que la información estaba reservada,

---

<sup>80</sup>Si bien el caso presentado tiene como finalidad mostrar la aplicación de la fórmula del peso, cabe referir que existen interpretaciones en sentido contrario a la sentencia emitida por la SCJN, en particular Carbonell señala que la sentencia no es consistente en la defensa del derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 6o. de la Constitución debido a que establece una censura previa, y refiere que el voto de minoría de los ministros disidentes se enfocó en demostrar que el artículo 191 del Código Penal no se adecua en alguna de las limitantes que considera el artículo 6o. constitucional, véase Carbonell, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, IV, 7-8, 2007.



pues estaba protegida por el *secreto fiscal*, el cual obliga a los servidores públicos del SAT a guardar la reserva de los datos proporcionados por los contribuyentes o por terceros con ellos relacionados.<sup>81</sup> El entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), realizó el análisis solo desde el punto de vista del derecho de acceso a la información y no advirtió la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación de derechos, de tal forma que mediante resolución determinó revocar la decisión del SAT de no revelar los nombres y montos de los créditos fiscales cancelados.<sup>82</sup>

Como podemos advertir estamos ante la colisión entre el derecho de acceso a la información (Artículo 6, base I constitucional) y el derecho a la protección de datos personales (Artículo 6, base II y Artículo 16 constitucionales). El SAT presentó demanda de amparo, sobre la cual el Juzgado Cuarto en Materia Administrativa del Distrito Federal otorgó la suspensión provisional en contra de la resolución del IFAI, sin embargo, la suspensión fue revocada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa.<sup>83</sup>

Vázquez-Gómez señala la siguiente representación para este caso:

Principio 1. Derecho a la protección de datos personales

- En cuanto a la afectación de principios: 4 (peso grave).
- En cuanto a la afectación del peso abstracto: 4 (peso grave).
- En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1 (seguras).

Principio 2. Derecho de acceso a la información.

- En cuanto a la afectación de principios: 2 (peso medio).
- En cuanto a la afectación del peso abstracto: 4 (peso grave).
- En cuanto a la seguridad de las premisas fácticas: 1/4 (no evidente).

Peso del primer principio:  $(4*4*1) / (2*4*1/4) = 16/2 = 8$  Peso del segundo principio:  $(2*4*1/4) / (4*4*1) = 2/16 = 0.125$

---

<sup>81</sup>Véase artículo 69 del Código Fiscal de la Federación

<sup>82</sup>Vázquez-Gómez, Francisco, “La ponderación en movimiento. Un ejemplo de su aplicación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales”, *Ars Iuris*, 44, 2010, pp. 157, 171-172.

<sup>83</sup>*Ibidem*, p. 153.

Con los valores establecidos por Vázquez-Gómez, el primer principio prevalece sobre el segundo: el derecho a la protección de datos personales prevalece sobre el derecho de acceso a la información, ante lo cual el SAT no estaría obligado a entregar la información.

Este caso es relevante, pues como refiere el autor el procedimiento de ponderación podría arrojar otro resultado atendiendo al punto de vista que quiera defenderse. Sin embargo, también señala que, si bien es cierto que la ponderación no siempre conduce a resultados precisos e inevitables, no se trata de un procedimiento arbitrario o que no se sujeta a ciertos principios, pues además de la fórmula del peso, se deben atender y analizar los subprincipios de idoneidad y necesidad; aunado a que el procedimiento de ponderación debe ser visto como un medio o herramienta adicional de argumentación constitucional y que son las razones y argumentos los que dan solidez y fuerza de convencimiento al procedimiento de ponderación.<sup>84</sup>

Este caso generó que se realizaran reformas al marco normativo en la materia, de tal forma que en 2015 se publicó la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en cuyo artículo 71, fracción I, inciso d, se establece que el Poder Ejecutivo Federal, los poderes ejecutivos de las Entidades Federativas, el Órgano Ejecutivo del Distrito Federal y los municipios deberán poner a disposición del público y actualizar el nombre, denominación o razón social y clave del registro federal de los contribuyentes a los que se les hubiera cancelado o condonado algún crédito fiscal, así como los montos respectivos.

4) Es particularmente relevante el análisis de proporcionalidad en sentido amplio que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos amparos en revisión respecto al consumo lúdico de marihuana.<sup>85</sup> En dichos amparos se ha incorporado el *test de proporcionalidad* para analizar medidas legislativas que intervienen con un derecho fundamental, en el caso específico para analizar la constitucionalidad de la prohibición absoluta al consumo lúdico de la marihuana establecida en los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud y su afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 173-174.

<sup>85</sup> Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 237/2014, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Primera Sala, votado por mayoría de 4 votos el 4 de noviembre de 2015, Amparo en revisión 1115/2017, Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo, votado por mayoría de 4 votos el 11 de abril de 2018, Amparo en revisión 623/2017, Min. José Ramón Cossío Díaz, votado por mayoría de 4 votos el 13 de junio de 2018, Amparo en revisión 547/2018, Min. Norma Lucía Piña, votado por mayoría de 4 votos el 31 de octubre de 2018 y Amparo en revisión 548/2018, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, votado por mayoría de 4 votos el 31 de octubre de 2018.

En los amparos señalados como parte de su estudio se determinó desarrollar los siguientes puntos:

- i) explicar el marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud,
- ii) establecer la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y
- iii) determinar si la medida impugnada supera las cuatro gradas del test de proporcionalidad:  
1) constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida; 2) idoneidad; 3) necesidad; y 4) proporcionalidad en sentido estricto.

Para este conflicto, el examen de proporcionalidad en sentido estricto la Primera Sala de la SCJN lo realizó en apego al balance o ponderación entre los dos principios que compiten en el caso concreto, y al citar lo expuesto por Bernal Pulido en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, la Primera Sala refiere que “este análisis requiere comparar el *grado de intervención* en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada frente al grado de realización del fin perseguido por ésta”, de tal forma que realiza una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen con los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados.

Como resultado del ejercicio de ponderación, la Primera Sala determinó que en contraste con las escasas afectaciones en la salud y el orden público que protege el “sistema de prohibiciones administrativas” sobre el consumo de marihuana regulado en la Ley General de Salud, se ubica la *intensa* afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone dicha medida legislativa, por lo cual la Primera Sala de la SCJN considera que la prohibición absoluta establecida en la Ley General de Salud se trata de “una medida *innecesaria*, al existir medios alternativos igualmente idóneos que afectan en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que además es *desproporcionada* en estricto sentido, toda vez que genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar”.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 237/2014, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Primera Sala, votado por mayoría de 4 votos el 4 de noviembre de 2015.

A través de la resolución de los amparos en revisión referidos, la Primera Sala estableció Jurisprudencia en el sentido de que la prohibición absoluta del consumo lúdico de la marihuana no es una medida proporcional y no es una medida necesaria para proteger la salud y el orden público.<sup>87</sup>

A partir de 2016 la SCJN fijó el criterio del *test de proporcionalidad* como metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental, en el cual para que las intervenciones que se realizan a un derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente:

- i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido,
- ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional,
- iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental, y
- iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada.

La SCJN establece el *test de proporcionalidad* y el desarrollo de sus cuatro etapas, de conformidad con las siguientes Tesis de jurisprudencia:

- Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXIII/2016, de rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 915. Reg. 2013156.
- Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXV/2016, de rubro “PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 902. Reg. 2013143.

---

<sup>87</sup>Véase Tesis [J] 1a/J 9/2019, de rubro “PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2019, p. 496. Reg. 2019382 y Tesis [J] 1a/J 25/2019, de rubro “PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA NECESARIA PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, marzo de 2019, p. 1127. Reg. 2019511.

- Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXVIII/2016, de rubro “SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 911. Reg. 2013152.
- Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXX/2016, de rubro “TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 914. Reg. 2013154.
- Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXXII/2016, de rubro “CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 894. Reg. 2013136.

### 3.3. Críticas, aplicabilidad y alcance del modelo

#### 3.3.1. Críticas al modelo de Alexy

Las críticas al modelo de Alexy no siempre son al modelo en sí mismo, sino a las otras teorías en las que se sustenta, por ejemplo: que la argumentación jurídica sea un caso especial del discurso práctico general, teoría de las normas (principios y reglas), teoría de la doble naturaleza del Derecho, la conexión necesaria entre derecho y moral, y a la utilización de la proporcionalidad y la ponderación de principios.

Las críticas que sí se enfocan en su modelo, particularmente son: Weinberger con relación al carácter procedimental de la teoría de la verdad o de la corrección, García Amado respecto a la racionalidad de la ponderación y su relación con las reglas y principios<sup>88</sup> y Jan R. - Sieckmann hace

---

<sup>88</sup>Véase García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Restrepo Sanín, Ricardo (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006; García Amado, Juan Antonio, Ponderación y subsunción: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia? en Ortega García, Ramón, (coord.), *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*, México, Tirant Lo Blanch, 2013 y García Amado, Juan Antonio, *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*, I Congreso de Filosofía del Derecho para el mundo latino, Alicante, Universidad de Alicante, 2016.

un análisis y crítica de la teoría del Derecho de Alexy.<sup>89</sup>

Como refiere Atienza con relación a la crítica de Weinberger, para este autor el discurso juega un papel importante en el contexto de descubrimiento, pero en el contexto de justificación lo que cuenta no son las opiniones subjetivas de los participantes en una discusión, es decir, que exista consenso, sino la verdad objetiva. Alexy contra argumenta señalando que su concepción de racionalidad no es muy distinta de la de Weinberger, sino, simplemente más rica,<sup>90</sup> pues “la teoría del discurso pretende hacer factible la argumentación racional, tanto como sea posible, también en el campo específicamente valorativo.<sup>91</sup> Alexy también señala sobre este punto que “la argumentación jurídica depende en cuanto a su estructura de principios prácticos generales, que no puede prescindir de la argumentación práctica general, que tiene lugar según formas especiales, de acuerdo con reglas especiales y bajo condiciones especiales (lo que la hace especialmente eficaz) y que no se puede reducir a la argumentación práctica general”, además que “las debilidades del discurso práctico general se suavizan ciertamente de forma considerable en el discurso jurídico, aunque nunca puedan ser eliminadas”.<sup>92</sup>

Otra crítica que endereza Weinberger radica en que algunas reglas que formula Alexy son discutibles. Para Atienza una tercera crítica consiste en que la teoría del discurso presupone una determinada capacidad de juicio y de imaginación de los participantes, y un cuarto punto consiste en que Alexy es ambiguo al establecer cuál es el papel que juega el elemento decisonal en el tratamiento de las cuestiones prácticas.<sup>93</sup>

En cuanto a la pretensión de corrección de Alexy como elemento necesario del concepto de norma jurídica, de decisión jurídica y del Derecho, Atienza se pregunta ¿qué significa realmente esa pretensión de corrección? Atienza comenta que la existencia de una pretensión de corrección tendrá un distinto grado de aceptación en ciertos ámbitos de la argumentación jurídica que en otros, y donde es más dudoso es en la argumentación de las partes en un proceso judicial. Atienza también hace notar que la argumentación que llevan a cabo los jueces, aunque tiene menos límites que el de las

---

<sup>89</sup>Sieckmann, Jan-R., *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y Crítica*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.

<sup>90</sup>Véase Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 178, y Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

<sup>91</sup>Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, p. 419.

<sup>92</sup>*Ibidem*, p. 399.

<sup>93</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 178.

partes en un proceso, si tiene al menos como limitante a los precedentes. De esta forma, para Atienza la estrategia que utiliza Alexy para defender su tesis es, por lo menos discutible, ello debido a que parte de que “las decisiones jurídicas se plantea una pretensión de corrección, y de ahí infiere que el proceso para llegar a ese resultado puede describirse en términos de discurso práctico general”; sin embargo, si se considera no solo el resultado, la decisión judicial, sino también el procedimiento para alcanzarla, es posible ver que muchas reglas del discurso no se respetan (por ejemplo, falta de simetría, ausencia de coacción y sinceridad).<sup>94</sup>

Alexy señala que la tesis de Weinberger de que el discurso no garantiza buenas ideas y buenos juicios, sólo resulta atinada si se interpreta en forma tan estricta que se trace un presupuesto no aceptable; sin embargo, sería equivocado particularmente en lo que se refiere a cuestiones prácticas, exigir una corrección absoluta, de tal forma que “si se suprime la exigencia excesiva, entonces resulta con claridad que ningún procedimiento es más adecuado que el discurso para desarrollar al mismo tiempo la capacidad de imaginación y de juicio, y de ejercer control racional y, de esa manera, aproximarse a la corrección”;<sup>95</sup> asimismo, en cuanto a los límites del discurso jurídico argumenta que “el problema más importante de la tesis del caso especial concierne al contenido de la pretensión de corrección, con las afirmaciones y decisiones jurídicas no se pretende que éstas sean más correctas, sino sólo que son correctas bajo el presupuesto del orden jurídico vigente, ello ocurre si se pueden fundamentar racionalmente teniendo en cuenta la ley, el precedente y la dogmática”.<sup>96</sup>

De acuerdo con De Fazio,<sup>97</sup> la crítica de Sieckmann<sup>98</sup> parte de tres presupuestos comunes de la teoría de Alexy: la teoría del discurso, la distinción entre reglas y principios, y la ponderación como un método racional de fundamentación de normas y decisiones normativas, y a lo largo de su libro trata de mostrar los aspectos en los que la teoría de Alexy no cumple o resulta incoherente con dichos presupuestos.

Respecto a la naturaleza dual del Derecho, Sieckmann señala que Alexy ofrece una inspiradora idea para el análisis del Derecho, sin embargo, le falta precisión, señala que para poder comprender

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>95</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 421.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 450.

<sup>97</sup> De Fazio, Federico, “Sobre la Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y Crítica, de Jan-R. Sieckmann”, *Isonomía*, 44, 2016, p. 194.

<sup>98</sup> Sieckmann, Jan-R., *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y Crítica*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.

la naturaleza específica del Derecho el carácter autoritativo del mismo parece ser crucial, por lo que la tesis de la naturaleza dual “puede ser entonces entendida como una que señala que el concepto del Derecho no solo debe incluir el carácter autoritativo sino también hacer referencia a la idea de corrección moral”.<sup>99</sup>

Sieckmann también cuestiona la validez de la *distinción entre reglas y principios*, y en particular la existencia de la categoría de principios, aún cuando la definición de Alexy de los principios como mandatos de optimización sea seguramente una de las concepciones de mayor influencia en la discusión sobre reglas y principios,<sup>100</sup> y la interpretación de los derechos fundamentales como principios, dado que esta teoría principalista de los derechos fundamentales es objeto de fuertes controversias, pues considera que no es posible derivar o reconstruir una teoría de los derechos fundamentales a la luz de la teoría de los principios.<sup>101</sup> Al respecto, Alexy<sup>102</sup> sostiene que existe una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el carácter de los principios, para lo cual argumenta que cualquier derecho fundamental debe aplicarse según el principio de proporcionalidad y ser interpretado como principio.<sup>103</sup>

En cuanto a la utilización del principio de proporcionalidad en el modelo de Alexy, Bernal Pulido<sup>104</sup> integra y hace un análisis de las objeciones a la aplicación del principio de proporcionalidad, por un lado aquellas que consideran al principio de proporcionalidad como un criterio irracional y subjetivo y, por otro lado, aquellas que señalan la carencia de legitimidad del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de proporcionalidad.<sup>105</sup>

Cabe mencionar algunos puntos y conclusiones sobre la valoración de las críticas al modelo de Alexy, sintetizados por Bernal Pulido:

- i) la falta de puntos de referencia objetivos para la aplicación del principio de proporcionalidad

---

<sup>99</sup>Sieckmann, Jan-R., *La Teoría del Derecho de Robert Alexy...*, cit., p. 53.

<sup>100</sup>*Ibidem*, pp. 71-73.

<sup>101</sup>*Ibidem*, p. 84.

<sup>102</sup>*Idem*.

<sup>103</sup>Para una interpretación que apoya la distinción entre principios y reglas véase Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas, Problemas del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2013.

<sup>104</sup>Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, cit., pp. 201-314.

<sup>105</sup>Véase Nava Tovar, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos-UAM, 2015, quien hace una relación de las objeciones al principio de proporcionalidad, y en particular analiza las de Böckenförde y Habermas (pp. 198 y 199) y da respuesta a las críticas de Eugenio Buligyn y de Joseph Raz sobre la pretensión de corrección (pp. 267-294).



de Böckenförde, Bernal Pulido señala que aunque sea preciso tomar en serio dicha objeción, ésta no parece revestir la contundencia suficiente para desvirtuar la posibilidad de utilizar el principio en la interpretación de los derechos fundamentales, ya que esta carencia de objetividad o de racionalidad absoluta no solo se presenta al aplicar la ponderación, o de proporcionalidad, sino siempre que se realiza un razonamiento jurídico en el que deben resolverse cuestiones normativas, además que tampoco se ha demostrado que el principio de proporcionalidad carezca de todo punto de referencia o que su aplicación no pueda fundamentarse en ningún tipo de argumentación o que sea solo un ardid de retórica, además que debe descartarse que pueda ser un método algorítmico para la solución objetiva de controversias de derecho fundamental;<sup>106</sup>

- ii) la aplicación del principio de proporcionalidad no constituye un procedimiento que garantice la objetividad o la racionalidad jurídica absoluta de la fundamentación de las normas adscritas; ni que conduzca en todos los casos al hallazgo de una única solución correcta; no obstante, ésta no representa una característica exclusiva de la aplicación del principio de proporcionalidad, [pues] ningún criterio alternativo a este principio puede garantizar objetividad, en razón de que es imposible suprimir los radicales conflictos de apreciaciones analíticas, normativas y fácticas que se presentan en la interpretación de los derechos fundamentales y que deben ser resueltos mediante valoraciones del Tribunal Constitucional;<sup>107</sup>
- iii) en razón de lo anterior, lo pertinente es analizar cuál de los criterios propuestos hasta el momento por la dogmática de los derechos fundamentales consigue ofrecer un mayor grado de racionalidad en la fundamentación de las normas adscritas y en la delimitación de las competencias del Tribunal Constitucional y del Parlamento que se lleva a cabo en la interpretación de tales derechos.<sup>108</sup>

Otras críticas al método de ponderación son las que realizan Moreso<sup>109</sup> respecto a que el enfoque de Alexy tiene un carácter particularista, y García Amado<sup>110</sup> quien con una postura más radical,

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 212 y 213.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>108</sup> *Idem*.

<sup>109</sup> Moreso, Josep Joan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Alexy, Robert (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-México, Fontamara, 2007, pp. 223-247.

<sup>110</sup> García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Restrepo Sanín, Ricardo (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006.

refiere que el método de la ponderación no tiene autonomía con respecto al interpretativo/subsuntivo; que es una operación valorativa y esencialmente discrecional; y la explicación de su éxito radica en factores ideológicos, que hasta ahora es la única que puede dotar de apariencia de objetividad a las decisiones de los tribunales constitucionales, y justificar su creciente activismo en detrimento del legislador.<sup>111</sup>

Es conveniente comentar que, aunque no en los mismos términos, algunas de las críticas a la ponderación planteadas por García Amado y Moreso, ya habían sido planteadas por Aleinikoff quien refiere lo siguiente sobre la ponderación (*balancing*):<sup>112</sup>

- Apareció hacia 1940 en las opiniones de los jueces de Estados Unidos, ante las críticas a la actuación y metodología de interpretación constitucional de la Suprema Corte por parte de Holmes, Roscoe-Pound y Cardozo. En particular Roscoe-Pound hizo explícita la conexión entre el pragmatismo desarrollado por William James y John Dewey, y el ámbito jurídico; ante ello los jueces Oliver Wendell Holmes y Benjamin Cardozo reconocieron la libertad creativa inherente al proceso judicial, de tal forma que no había mucha diferencia entre el juez y el legislador.
- El nuevo enfoque jurisprudencial requería de una metodología interpretativa y la ponderación fue la aplicación doctrinal lógica de la nueva jurisprudencia: considerada como la identificación y ponderación de intereses y valores sociales.
- Posteriormente, en el nivel más práctico, la ponderación facilitó el cambio doctrinal en tiempos de cambio social y el Derecho podía crecer porque la ponderación estaba focalizada en los intereses del mundo real, además de estar acorde con las concepciones de justicia, imparcialidad y razonabilidad.
- Las opiniones de la Corte donde se aplica la ponderación contraponen los intereses estatales a los individuales, sin embargo, la descripción es arbitraria y los intereses pueden concebirse en términos públicos o particulares. Pareciera que la ponderación se ha vuelto jurisprudencia mecánica, y ha perdido su habilidad para persuadir, no obstante que era uno de sus objetivos principales.

---

<sup>111</sup>Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 255.

<sup>112</sup>Aleinikoff, Thomas Alexander, "Constitutional Law...", cit., y Aleinikoff, Thomas Alexander, *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, trad. de Jimena Aliaga Gamarra, Lima, Palestra, 2015.

### 3.3.2. Aplicabilidad y alcance del modelo

Atienza también considera que el modelo de racionalidad discursiva de Alexy no puede aceptarse como un modelo general, válido para todos los campos de la argumentación jurídica.<sup>113</sup> En términos de Atienza, la aplicabilidad o utilidad de la teoría de Alexy no obstante que él estaba consciente de los límites de su planteamiento en cuanto a que “la concepción discursiva de la racionalidad no podía garantizar que para cada problema jurídico exista una única respuesta correcta, ello afecta no solo el discurso real sino el discurso ideal”, por lo que “una teoría de la argumentación jurídica que pretenda dar cuenta de los diversos procesos de razonamiento que tienen lugar en el derecho tendría que partir, probablemente de un modelo más complejo que el considerado por Alexy”, y “delimitar con más precisión los diversos contextos de la argumentación jurídica, entrando en detalles sobre las especificidades de cada uno de ellos y sus relaciones mutuas”.<sup>114</sup>

En cuanto a si la ponderación es un procedimiento racional, Atienza señala que, *puede serlo aunque no siempre lo sea*, y que la noción de racionalidad no es otra sino la que encontramos en los procedimientos jurídicos argumentativos, y que hace referencia a una serie de criterios de naturaleza formal y pragmática: justificar, motivar una decisión que consiste en poner las razones relevantes para una adecuada persuasión.<sup>115</sup>

Sobre esta crítica, el propio Alexy expresa que “para quien sólo esta dispuesto a aceptar como teoría de la argumentación jurídica racional un procedimiento que garantice la seguridad del resultado, la teoría aquí propuesta resulta rechazable ya por este motivo[;] sin embargo, un procedimiento que garantice seguridad no está a la vista, quien equipara seguridad y racionalidad debe por ello renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional”.<sup>116</sup>

Sieckmann comenta que la ponderación de principios constitucionales como método de control constitucional de las leyes es objetivo de muchas críticas, una de ellas y que es central contra la teoría de los derechos fundamentales como principios es que genera consecuencias institucionales inadecuadas, pues aumenta las competencias judiciales y perjudica la de otros órganos con mayor

<sup>113</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., p. 196.

<sup>114</sup>*Ibidem*, p. 197.

<sup>115</sup>Atienza, Manuel, “Ponderación y sentido común jurídico”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 2017, p. 98.

<sup>116</sup>Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 399.

legitimidad democrática como es el poder legislativo. Sobre la ponderación se deben salvar dos aspectos: su **racionalidad** y su **legitimidad**; en cuanto a su racionalidad es preciso disponer de criterios que permitan entenderla como un método racional, que no se considere como subjetivo y arbitrario, y en cuanto a su legitimidad se deben establecer límites de competencias para ponderar entre órganos jurisdiccionales y otros órganos.<sup>117</sup> Salvar ambas circunstancias es fundamental para el fortalecimiento de un Estado Constitucional y el Estado de Derecho.

En cuanto a la crítica de que la ponderación es un procedimiento carente de control racional, Atienza refiere que va en el sentido de que “los valores no son otra cosa que preferencias (de carácter individual o no) y la ponderación supone el uso de valoraciones, el resultado de la misma, se concluye no puede ser otro que un ejercicio de subjetividad”,...que “la tendencia de quienes defienden y efectúan ponderaciones no es más que una estrategia (que pretende revestir de racionalidad argumentativa) para esquivar el carácter autoritativo del Derecho (los mandatos del legislador) y convertirse, por tanto, en un instrumento al servicio de los intereses políticos del juzgador”; al respecto, Atienza explica que dicha crítica podría estar justificada en algunos casos pero no puede servir para una descalificación total, pues al ponderar, además de seguir las reglas de la lógica, “se guía por criterios de racionalidad práctica como la universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moralidad positiva y moralidad crítica, y ,en último término, la razonabilidad”.<sup>118</sup>

En nuestra perspectiva, respecto a la crítica de que no consiste en un proceso racional, precisamente lo valioso del mecanismo de ponderación, como lo explica Alexy, radica en que en función de las circunstancias, la precedencia ante colisión de principios puede ser solucionada en uno o en otro sentido, lo cual resultará con base en los aspectos valorativo (gradación para cada principio), argumentativo y de racionalidad para cada caso en específico.

Díez Gargari<sup>119</sup> analiza cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha usado el principio de proporcionalidad en diversos juicios de amparo en revisión; sin embargo, señala que no siempre la SCJN ha utilizado con rigor el principio de proporcionalidad, que no acepta en forma abierta las implicaciones de utilizar dicho principio, y que no siempre existe una justificación para utilizar el principio de proporcionalidad; además, apunta que para obtener cualquier beneficio del

---

<sup>117</sup>Sieckmann, Jan-R., *La Teoría del Derecho de Robert Alexy...*, cit., pp. 126-128.

<sup>118</sup>Atienza, Manuel, “Ponderación y sentido común...”, cit., pp. 103 y 104.

<sup>119</sup>Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios...”, cit. p. 76.

principio de ponderación es necesario que se cumplan ciertas condiciones: i) los órganos jurisdiccionales deben aceptar abiertamente que el principio de proporcionalidad no garantiza la aplicación racional de los principios, ya que se trata de un método para transparentar la evaluación de dos valoraciones u opiniones, ii) los jueces deben abandonar la visión ingenua de que al usar el principio de proporcionalidad no están creando derecho, e iii) deben aceptar que la utilización del principio no garantiza neutralidad de la decisión, es decir, que no elimina la posibilidad de incorporar valoraciones o criterios morales propios en el proceso de interpretar y de aplicar la ley.<sup>120</sup>

A este respecto, y como ya lo hemos referido, en 2016 la SCJN estableció el *test de proporcionalidad* como una herramienta adicional que puede ser utilizada por los Jueces, por lo que bien podemos afirmar que la SCJN, sin haberlo señalado en forma explícita, en su actividad aplica el núcleo de la teoría de Robert Alexy que consiste en el principio de proporcionalidad. Sobre este aspecto, Alvez refiere que efectivamente en el ámbito constitucional mexicano el principio de proporcionalidad corresponde a una migración desde el derecho comparado, no obstante la SCJN no reconocía el origen doctrinario, posiblemente derivado de España y por vía indirecta de Alemania;<sup>121</sup> en la actualidad pareciera que este aspecto ha quedado superado ya que en las sentencias de amparo la SCJN hace referencia a las obras sobre derechos fundamentales y proporcionalidad de diversos autores, como es el caso de Aharon Barak,<sup>122</sup> Robert Alexy<sup>123</sup> y Carlos Bernal Pulido.<sup>124</sup>

Con base en lo expuesto, sugiere Atienza, no habría que preguntarse si se está o no favor de la ponderación, sino cuándo está justificado recurrir a la ponderación y cuáles deben ser los límites entre la ponderación que realizan los jueces, el legislador, o un órgano administrativo.<sup>125</sup>

En cuanto a las materias en las que es factible realizar procesos argumentativos son: derechos

---

<sup>120</sup>Véase López Sánchez, Rogelio, *Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Nuevos modelos hermenéuticos y argumentativos*, México, Porrúa, 2016, pp. 45-102, quien también analiza casos difíciles de derechos humanos en México en los que la SCJN aplicó el principio de proporcionalidad.

<sup>121</sup>Alvez, Amaya, “¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 253, 2010, p. 379.

<sup>122</sup>Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos humanos y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2017.

<sup>123</sup>Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2017

<sup>124</sup>Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.

<sup>125</sup>Atienza, Manuel, “Ponderación y sentido común...”, *cit.*, p. 106.

económicos, políticos, sociales y culturales, conflictos entre derechos fundamentales, violación a principios de igualdad y no discriminación, pruebas ilícitas, electoral, y regulación del poder administrativo del Estado.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup>Sobre la aplicabilidad de la argumentación en el ámbito jurisdiccional, aunque no se refiere específicamente al modelo de Alexy, se recomienda ver Campuzano, Adriana, “Aplicaciones de la argumentación constitucional en la sede judicial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2, 2016, pp. 307-317.

# CAPÍTULO 4

## Modelo de argumentación de Neil MacCormick

---

“Los derechos solo existen cuando se respetan voluntariamente o se defienden judicialmente en caso de ausencia de respeto voluntario”.

(MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, 2016, p. 364).

### 4.1. La visión del Derecho de MacCormick

Para Bengoetxea, MacCormick en *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, publicado en 2007, “fija sus parámetros de teoría general del derecho, combinando la filosofía y la sociología jurídicas en el estudio de instituciones jurídicas como el contrato, la propiedad, el matrimonio, el delito, el derecho administrativo, etc.”, los cuales “eran ámbitos de la teoría jurídica que los filósofos del derecho habían relegado a segundo plano, pero MacCormick aportó una teoría coherente del derecho como institución que guía la acción humana y como tal comporta un valor moral y político”, y en su último libro, *Practical Reason in Law and Morality*, 2008,<sup>1</sup> MacCormick expone su visión de “la

---

<sup>1</sup>MacCormick, Neil, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

razón práctica y de cómo debemos vivir y deliberar el mundo”.<sup>2</sup>

Bengoetxea también refiere diversas contribuciones fundamentales de Neil MacCormick al pensamiento jurídico moderno, las cuales se manifiestan tanto en la filosofía política, filosofía moral y en su filosofía jurídica;<sup>3</sup> y señala como ideas principales en la obra de teoría jurídica de MacCormick, las siguientes:

- i) La teoría institucional *post-positivista*, es decir, el concepto de derecho entendido desde una teoría institucional del derecho que da prioridad conceptual al *uso de las normas* por los seres humanos antes que a su creación por una autoridad, con una definición del Derecho como *ordenamiento normativo institucional* que conlleva una pretensión de validez y legitimidad y que tiene una apertura a fenómenos pluralistas al no depender conceptualmente del Estado, y
- ii) La teoría *hermenéutica* del razonamiento jurídico como caso especial, junto con el razonamiento moral, de la razón práctica, relacionada con una teoría del derecho en acción, plasmada sobre todo en la aplicación judicial del derecho y con un tipo especial de racionalidad que se utiliza en su aplicación lo cual permite justificar esta actividad. Esta primacía del razonamiento jurídico en la teoría del derecho guarda una especial relación con la primacía metodológica y epistemológica que MacCormick otorgaba al uso de las normas por parte de los usuarios y agentes.

En cuanto a filosofía moral, Bengoetxea afirma que se le va conociendo más a MacCormick por la idea de centralidad de los agentes:<sup>4</sup>

- (i) La *autonomía moral* del individuo, que permite dar prioridad práctica a la moral sobre el derecho y otorgar al derecho una pretensión de justicia, entroncando así el derecho dentro de la razón práctica y desarrollando a partir de ahí un liberalismo solidario o socialdemócrata, y
- (ii) La síntesis que realiza del modelo ético kantiano y la teoría de los sentimientos de Adam Smith, desarrollando el *imperativo categórico smithiano*. La primacía otorgada al razonamiento jurídico dentro de la teoría del derecho se corresponde en el plano de la moral con la primacía de la razón práctica que ejercita un espectador imparcial desde su autonomía como agente

---

<sup>2</sup>Bengoetxea, Joxerramon, *Neil MacCormick y la Razón Práctica Institucional*, Lima, Grijley, 2015, p. 48.

<sup>3</sup>*Ibidem*, pp. 17 y 18.

<sup>4</sup>*Ibidem*, p. 19.



moral desarrollando ese imperativo como automandatos para la acción.

En cuanto a la relación entre el Derecho y moral, MacCormick tomó como base la tesis de Lon Fuller (*The morality of law*), para quien los aspectos o principios formales del Derecho como la reglas universales, la irretroactividad de las normas, entre otros, connotan ya una moralidad específica; después MacCormick modificó esta tesis para reforzar la dimensión moral de todo derecho, en su necesaria aspiración de justicia.<sup>5</sup>

## 4.2. La Teoría Argumentativa de MacCormick

La Teoría Argumentativa o del Razonamiento Jurídico más reciente y más acabada de Neil MacCormick, como él mismo señala en una entrevista realizada por Manuel Atienza,<sup>6</sup> se encuentra en *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (en adelante *RRL* o *Retórica y Estado de Derecho*),<sup>7</sup> con el que reformula su postura inicial publicada en 1978 en *Legal Reasoning and Legal Theory*,<sup>8</sup> al otorgarle un mayor énfasis a la Retórica y abandona el positivismo jurídico acercándose más a la visión de Dworkin que a la de Hart. Otras dos obras relevantes para el modelo argumentativo de MacCormick son *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*<sup>9</sup> y *Practical Reason in Law and Morality*.<sup>10</sup>

En 1978, en Oxford, Inglaterra, MacCormick publicó *Legal Reasoning and Legal Theory* (en adelante *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*), el cual le dio una reputación mundial como filósofo analítico del derecho.<sup>11</sup> Para MacCormick la argumentación cumple una función de justificación, incluso cuando persigue una función de persuasión, en el sentido de dar razones que muestren que las decisiones aseguran la justicia de acuerdo con el Derecho, y analiza la *justificación deductiva* haciendo la distinción entre casos fáciles y casos difíciles.<sup>12</sup> Posteriormente, en 2005 MacCormick

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 24 y 25.

<sup>6</sup> Atienza, Manuel, "Entrevista a Neil MacCormick", *Doxa*, 29, 2006, p. 485.

<sup>7</sup> MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

<sup>8</sup> Véase MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, y la versión en español MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, Libro electrónico ePub, 2018.

<sup>9</sup> MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>10</sup> MacCormick, Neil, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

<sup>11</sup> Bengoetxea, Joxerramon, *Neil MacCormick...*, *cit.*, p. 46.

<sup>12</sup> Véase los diversos casos expuestos por MacCormick, particularmente el caso *Daniels vs R. White and Sons y Tabard*

publicó *Rhetoric and the Rule of Law (Retórica y Estado de Derecho)* en el que atiende diversas revisiones críticas y comentarios a su teoría de 1978 y formula su teoría del Derecho como orden normativo institucional.<sup>13</sup>

En la teoría de 1978 de MacCormick, los casos difíciles pueden provenir cuando se presentan cuatro tipos de problemas (justificación interna): **interpretación, relevancia, prueba o de calificación**. Los ejemplos para cada tipo de problemas MacCormick los expuso en su libro *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, en específico de relevancia, *Donoghue v. Stevenson (1932)*, de interpretación, *Ealing London Borough Council v. Race Relations Board (1972)*, de prueba, *Caso Voisin (1917)* y de calificación, *MacLennan v. MacLennan (1958)*.<sup>14</sup>

Los problemas de interpretación surgen cuando no hay duda sobre la norma aplicable pero ésta admite más de una interpretación; los problemas de relevancia plantean una cuestión previa a la interpretación, relativa a si existe una norma aplicable al caso. Para dar solución a los casos difíciles, donde no es suficiente la justificación deductiva, surge la necesidad de argumentar jurídicamente. De esta forma, para MacCormick justificar una decisión de un caso difícil significa a) cumplir con el requisito de **universalidad** y b) que la decisión tenga sentido en relación con el sistema (requisito de **consistencia y coherencia**).<sup>15</sup>

La universalidad, también implícita en la justificación deductiva, exige para justificar una decisión normativa que se cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general o de un principio (premis mayor del silogismo judicial). A esto se le llama justificación de primer nivel o *justificación interna*.

A los requisitos de *consistencia y coherencia*, MacCormick los denomina como justificación de segundo nivel. Aquí surge el problema de cómo justificar la elección de una u otra norma general, a esto MacCormick lo denomina *justificación externa*. Es decir, las decisiones jurídicas deben tener

---

en MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, Libro electrónico ePub, 2018, pp. 49-82.

<sup>13</sup>MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

<sup>14</sup>Véase MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, Libro electrónico ePub, 2018, pp. 49-82, y en García Figueroa, Alfonso, "Justificación interna y justificación externa", en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 183-189.

<sup>15</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, cit., p. 115.

sentido tanto en relación con el sistema jurídico como en relación con el mundo.<sup>16</sup> Estas dos características del sistema jurídico las reitera MacCormick en *Retórica y Estado de Derecho*, al señalar que “no puede haber un Estado de Derecho sin reglas para el Derecho”, las cuales deben formar del sistema caracterizado por la consistencia entre ellas, y por una cierta coherencia global de principio en el sistema en conjunto.<sup>17</sup>

El requisito de **consistencia** de una decisión se satisface cuando se basa en premisas normativas que **no entran en contradicción con normas válidamente establecidas**; en el caso de decisiones jurisdiccionales puede entenderse que los jueces no infringen el derecho vigente y se ajustan a la realidad en materia de prueba.<sup>18</sup> El requisito de **coherencia** puede distinguirse en dos tipos: *coherencia normativa* y *coherencia narrativa*. La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea que el derecho es una actividad racional, que considera las normas no aisladamente, sino en su conjunto, y que promueve la certeza del derecho. La coherencia narrativa ofrece un examen en relación con cuestiones de hecho cuando no cabe una prueba, por observación inmediata, de ellas mismas. Este examen justifica que asumamos creencias en relación con hechos del pasado (*precedentes*).

La coherencia normativa se sustenta en dos tipos de argumentos que tienen un papel relevante en la resolución de casos difíciles: *argumentos a partir de principios* y *argumentos por analogía*. Los principios son necesarios para justificar una decisión en un acto difícil, sin embargo el argumento basado en un principio no tiene el carácter concluyente como lo tendría si se basara en una norma obligatoria. Los argumentos por analogía también tienen el carácter de no-concluyentes, sin embargo, sí presupone la coherencia del derecho. De esta forma, la argumentación jurídica que cumple con los principios de universalidad, consistencia y coherencia es esencialmente una *argumentación consecuencialista*. Como refiere Atienza, no obstante los argumentos consecuencialistas en el sentido planteado, aunque sean los decisivos para justificar una decisión, no se puede pretender que para cada caso difícil exista una única respuesta correcta en el sentido planteado por Dworkin.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup>MacCormick, Neil, *Legal Reasoning...*, *cit.*, pp. 101-151.

<sup>17</sup>MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, Libro electrónico ePub, 2016, p. 42.

<sup>18</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 117.

<sup>19</sup>Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, y Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 125.

De acuerdo con Schiavello, MacCormick en su teoría del orden normativo institucional, expuesta en 2005 en *Retórica y Estado de Derecho*, buscó superar los límites explicativos de la teoría convencionalista de Hart y del positivismo jurídico tradicional, además de que acepta la tesis de la única respuesta correcta y reduce las diferencias entre su teoría de razonamiento jurídico respecto a las teorías de Alexy y Dworkin.<sup>20</sup> El autor escocés estructuró su teoría del orden normativo institucional mediante la conjunción de dos ideas relacionadas: “el orden legal” y “el sistema legal”;<sup>21</sup> y a partir de considerar a la Retórica como la disciplina que se debe aplicar para tratar de encontrar una reconciliación convincente o equilibrio entre dos lugares comunes en aparente contradicción mutua: “el carácter argumentable del derecho” y “la ideología del estado de derecho” (*Rule of Law*).<sup>22</sup>

De acuerdo con MacCormick y Bankowski, cada institución jurídica debería ser conceptualizada en términos de una tríada de reglas entre sí relacionadas: *constitutivas*, *consecuencialistas* y *extintivas*.<sup>23</sup> Vista en forma integral, la teoría de la justificación de MacCormick se basa en la **racionalidad** y **razonabilidad** de las decisiones jurídicas. De esta forma, MacCormick tanto en su *Rhetoric and the Rule of Law (Retórica y Estado de Derecho, 2005)* como en *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory (Instituciones de Derecho. Un ensayo sobre Teoría Jurídica, 2007)*,<sup>24</sup> para lograr la *pretensión de corrección* en su teoría “rompe entonces con la versión positivista del institucionalismo jurídico, [s]u teoría en este sentido es mucho más cercana a las teorías que la doctrina contemporánea clasifica como *post-positivistas*, las cuales reconocen la participación indispensable de la discusión práctica racional en conflictos estrictamente jurídicos”.<sup>25</sup>

De acuerdo con Atienza, la teoría argumentativa de MacCormick es **post-positivista**, que trata de armonizar la dimensión autoritativa y la valorativa del Derecho, que no contrapone los principios a las reglas ni la ponderación a la subsunción, pues es consciente de la necesidad de contar con esos dos

---

<sup>20</sup>Schiavello, Aldo, “Neil MacCormick’s Second Thoughts on Legal Reasoning and Legal Theory. A Defence of the original view”, *Ratio Juris*, Vol. 24, No. 2, 2011, pp. 140 y 141.

<sup>21</sup>Para MacCormick el orden legal es una instancia del orden normativo. El orden normativo se obtiene cuando la vida en una determinada sociedad se encuentra debidamente ordenada con seguridad razonable de expectativas mutuas entre las personas y sobre la base de conformidad razonable de la mayoría de las personas para aplicar normas de conducta. Véase MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, cit., p. 2.

<sup>22</sup>*Ibidem*, pp. 13-16.

<sup>23</sup>Véase MacCormick, Neil, “Law as Institutional Fact”, *Law Quarterly Review*, núm. 90, 1974, y MacCormick, Neil y Bankowski, Zenon, “La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos”, *Anuario de Filosofía...*, cit., p. 231.

<sup>24</sup>MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>25</sup>Véase García Godínez, Miguel Ángel, *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick*, México, SCJN-Centro de Estudios Constitucionales, 2017, p. 66.

tipos de enunciados normativos y con ambas formas de argumentación, además de estar de acuerdo con el activismo judicial, sobre todo en cuanto a la reclamación de derechos.<sup>26</sup>

Además, MacCormick busca armonizar la razón práctica Kantiana con el escepticismo, mostrar que la teoría de la razón práctica debe complementarse con una teoría de las pasiones –en el sentido de Hume–, esto es, construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que permita integrar argumentos deductivos como los no deductivos, y de los aspectos formales y materiales.<sup>27</sup>

#### 4.2.1. El Derecho como orden u ordenamiento normativo institucional

En *Retórica y Estado de Derecho* y en *Instituciones del Derecho*, MacCormick define al Derecho como un ordenamiento normativo institucional en el marco de una Teoría institucional del Derecho.<sup>28</sup> Este enfoque, además de que permite distinguir conceptualmente la existencia de diversos órdenes normativos, de naturaleza estatal y otros no estatales (religiosos, de grupos étnicos, etc.) y otros supranacionales como son el derecho de la Unión Europea, también entronca con la filosofía práctica, al ser el derecho uno más entre los órdenes u ordenamientos normativos.<sup>29</sup>

Como afirma Bengoetxea, la Teoría Institucional de MacCormick:<sup>30</sup>

- i) concede prioridad conceptual a las normas respecto a las instituciones,
- ii) aparece como una forma de entroncar con la teoría institucional propia de la tradición jurídico escocesa, a su vez inspirada en el derecho romano, junto a otras versiones del institucionalismo, y la filosofía analítica del lenguaje aplicada a los actos del habla (Austin y Searle).

A este respecto, sostiene Bengoetxea que lo que hace que un ordenamiento sea institucional tiene que ver con el tipo de **agencias** que crean, ejecutan y adjudican sobre la base de normas que pertenecen al ordenamiento en cuestión y que se identifican o reconocen como válidas en dicho orden, instituciones públicas como los tribunales, los parlamentos y los gobiernos son típicamente

<sup>26</sup>MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, *cit.*, p. 13.

<sup>27</sup>Atienza, Manuel, *Las razones...*, *cit.*, p. 107.

<sup>28</sup>MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, *cit.*, p. 2.

<sup>29</sup>Bengoetxea, Joxerramon, *Neil MacCormick...*, *cit.*, pp. 62 y 105.

<sup>30</sup>Véase Bengoetxea, Joxerramon, *Neil MacCormick...*, *cit.*, pp. 79-81, MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel, 1986, y MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

“institucionales”; en este sentido, son agencias organizadas que existen en virtud y en función de las mismas normas y reglas de conducta que las definen, lo que otorga a los sistemas institucionales un carácter auto-referencial, pues quienes operan en su seno tienen autoridad para hacerlo sobre la base de las mismas reglas que hacen que sean el tipo de agencias que son.<sup>31</sup> MacCormick también distingue de las **instituciones-agencias**, a las **instituciones-institutos**, en el sentido del Derecho Romano, como son la familia, el matrimonio, la herencia, el contrato, etc., denominadas normalmente como **instituciones de derecho**.

En este marco institucional, es fundamental para quien quiera comprender el derecho, conocer el punto de vista interno de las instituciones, sus agentes y sus usuarios, así como sus aspectos relevantes: función, finalidad, fundamentación de su autoridad y legitimidad. En este sentido, MacCormick coincide con Dworkin en que para comprender el Derecho desde su normatividad es necesario implicarse o comprometerse críticamente con su aspiración a la justicia y su inherente pretensión de validez y legitimación.<sup>32</sup> El Derecho “lleva una pretensión de corrección (de ser lo correcto) o de justicia (de ser lo justo)”, y de esta conexión conceptual entre pretensión validez jurídica y pretensión de corrección se deriva la relación entre el Derecho y los restantes órdenes de la filosofía práctica normativa, sobre todo la moral y la justicia, al menos en el plano de los actos del habla *ilocutorios*, de las intenciones o pretensiones de los emisores de las normas.<sup>33</sup>

Bengoetxea advierte “que el derecho realmente alcance la corrección moral y la justicia, como pretende, es una cuestión distinta que no se puede resolver definitivamente desde el derecho, salvando así la autonomía moral personal y la posibilidad de una legítima desobediencia del derecho por motivos morales, no se niegan así todas las tesis del positivismo jurídico clásico, pero se transforman...se pasa a hablar del post-positivismo jurídico de la teoría institucional”.<sup>34</sup>

Asimismo, Bengoetxea, al citar a MacCormick,<sup>35</sup> refiere que “en consonancia con Dworkin y Alexy, e incluso con el segundo Wittgenstein, MacCormick considera que la mejor interpretación de una práctica social, como el derecho, es la que intenta darle su mejor sentido, teniendo en cuenta su objeto, su finalidad y sus funciones, y esto exige construir la versión más atractiva posible desde

---

<sup>31</sup>Bengoetxea, Joxerramon, *Neil MacCormick...*, cit., pp. 60-66.

<sup>32</sup>*Ibidem*, p. 70.

<sup>33</sup>*Ibidem*, p. 73.

<sup>34</sup>*Ibidem*, p. 74.

<sup>35</sup>MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 15.

el punto de vista valorativo, que sea al mismo tiempo fiel a los materiales pre-interpretativos que se aportan a la hora de construir el significado de dicha práctica en su totalidad”.<sup>36</sup> De esta forma, el condicionamiento es doble: la teoría debe ser lo más atractiva posible desde la valoración de las instituciones del derecho, teniendo en cuenta los valores y finalidades de dichas instituciones, pero también debe ser lo más coherente posible con el derecho tal como se nos presenta en la realidad institucional, y debe ofrecer una explicación que sea aceptable, reconocible o plausible por los operadores jurídicos, es en este punto donde confluyen la teoría normativa institucional y la hermenéutica.<sup>37</sup>

#### 4.2.2. La naturaleza argumentable del Derecho

MacCormick afirma que *Retórica y Estado de Derecho* es una formulación contemporánea de una teoría del **razonamiento jurídico** como una rama del **razonamiento práctico**.<sup>38</sup> En cuanto a la argumentabilidad del Derecho, señala que esta característica derriba cualquier idea de certeza o seguridad jurídica, y en este sentido se pregunta sobre ¿cómo puede ser el Estado de Derecho tan valioso como se afirma? y ¿qué posibilidad hay de reconciliar las dos, argumentabilidad y certeza jurídica?, ante lo cual propone que “la propia retórica podría ser la disciplina que se aplique para intentar encontrar una reconciliación o equilibrio convincentes entre dos lugares comunes en aparente contradicción mutua”.<sup>39</sup>

En cuanto al carácter argumentable del Derecho, MacCormick refiere que “los argumentos jurídicos son siempre de algún modo argumentos sobre el Derecho, o argumentos sobre cuestiones de hecho, de pruebas o de opinión, de acuerdo con la relación que estas tienen sobre el Derecho, o el Derecho sobre ellas”.<sup>40</sup> Así, el Derecho tiene un carácter de actividad práctica, en la medida en que se encuentra en las reclamaciones jurídicas o acusaciones y las defensas jurídicas, por lo cual el Derecho es algo argumentable y siempre de naturaleza persuasiva.

En *Retórica y Estado de Derecho*, MacCormick no acepta en su totalidad la **tesis de Dworkin**

---

<sup>36</sup>Bengoetxea, Joxerramon, *Neil MacCormick...*, cit., p. 107.

<sup>37</sup>*Idem.*

<sup>38</sup>MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, cit., p. 16.

<sup>39</sup>*Ibidem*, p. 44.

<sup>40</sup>*Ibidem*, p. 45.

sobre la única respuesta correcta, pero sí la idea de Alexy sobre la **pretensión de corrección** y de que el razonamiento jurídico es un caso especial de **razonamiento práctico general**, por lo cual debe cumplir las condiciones de racionalidad y razonabilidad que se aplican en el razonamiento práctico. Además, al considerar en su discusión solo lo que es racionalmente argumentable, refiere que la misma idea del Derecho conduce inmediatamente a considerar el **carácter retórico de la argumentación jurídica**.<sup>41</sup>

Por su parte Atienza, en el prólogo de *Retórica y Estado de Derecho*, afirma que MacCormick “pone énfasis en la relevancia de los juicios de valor en la argumentación y, en particular, en la noción de “razonabilidad” que se asemeja mucho a la de **proporcionalidad** o **ponderación** de Alexy.”<sup>42</sup>

#### 4.2.3. Razonamiento jurídico

MacCormick considera que las reglas no pueden solucionar todo por sí solas, ya que pueden surgir **problemas de calificación, evaluación, interpretación, relevancia** y de **demostración**, y pueden ser planteados por las partes en juicios y en todo tipo de litigios, los cuales una vez planteados deben ser resueltos.<sup>43</sup>

A diferencia de su enfoque de 1978, en *Retórica y Estado de Derecho* MacCormick señala que los criterios y formas de buen razonamiento jurídico tiene que darse en el contexto de valores fundamentales que atribuimos al orden jurídico, de esta forma el razonamiento sobre la aplicación de la ley a la luz de tales valores es persuasivo, no demostrativo, por lo que su libro es una contribución a la “Nueva Retórica”, de la que fueron pioneros Perelman y Tyteca.<sup>44</sup> En este sentido señala que el problema para una teoría del razonamiento como justificación no es qué argumento persuade de hecho a un juez o un jurado particular, sino cuál debería convencer a cualquier decisor racional.<sup>45</sup>

En cuanto al silogismo jurídico como única forma de solución de los asuntos jurídicos, MacCormick trae a cuenta el artículo de *John Dewey*, “*Logical Method and Law*”, publicado en 1924, *Cornell*

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 50.



*Law Quaterly 10*, en el que “propuso que los abogados abandonaran los formalismos antiguos pero engañosos y se dedicaran a lo que llamo ‘una lógica de predicción de probabilidades en lugar de certezas’”, y considera que esto le da la pauta para considerar que “la certeza que podemos tener en el derecho es, en el mejor de los casos, una certeza matizada y rebatible”,<sup>46</sup> por lo cual MacCormick señala que si bien el silogismo “representa un papel estructurador fundamental en el pensamiento jurídico, aunque no todo ese pensamiento se agote con la estructura sola, la lógica formal y la deducción importan en el Derecho”; sin embargo, este reconocimiento “no obliga a negar la parte extraordinariamente importante que ocupan en el Derecho el razonamiento informal, el razonamiento probabilístico y la retórica en todos sus sentidos y modos”.<sup>47</sup>

Para MacCormick, ante la cuestión de exactitud y certeza, de los que en algunos casos adolece el razonamiento justificativo jurídico a partir de la construcción en forma silogística, por tanto el Derecho tiene un **carácter interpretativo**. En este sentido, cada concepto o término jurídico estaría sujeto a interpretación, que estará en función de la comprensión del sentido de la ley, su relación con otras leyes vinculadas, y un sentido de la justicia que sea apropiado para el dominio jurídico en cuestión.<sup>48</sup>

De esta forma, para MacCormick, en todos los tipos de **razonamiento interpretativo** que considera, no solo es el silogismo jurídico lo que determina el resultado del caso, por lo que se pueden dar los siguientes procesos:<sup>49</sup>

- Que tenga que llegarse a una conclusión interpretativa antes de poder aplicar la ley al caso en cuestión, o concluir que es inaplicable.
- Que tales conclusiones interpretativas tienen que estar ellas mismas justificadas por argumentos y por una **ponderación** y un **balance** de cada una de las posibilidades del caso. Hay argumentos en juego sobre la autoconsistencia interna del Derecho y argumentos en juego sobre la coherencia global de la ley a la luz de los principios subyacentes y de otros principios de orden jurídico. Generar casos hipotéticos que sugieran que una interpretación es inaceptable y que sus rivales son preferibles, o bien pueden ser apropiados argumentos consecuencialistas.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, *cit.*, p. 81.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 84.

Por otro lado, MacCormick hace referencia al carácter especial del *common law* anglosajón, el cual se desarrolla sobre casos y analogías. MacCormick indica que “la idea fundamental es tratar de igual modo los casos iguales y de diferente modo los casos diferentes, la habilidad del abogado reside en desarrollar las semejanzas pertinentes y eludir las diferencias decisivas”,<sup>50</sup> para lo cual, no obstante que también cuenta con leyes parlamentarias, el bloque relevante es el integrado por los **precedentes judiciales** como “**fuentes del derecho**”, y señala que “los elementos de tales argumentos interpretativos no son esencialmente diferentes entre los casos del *common law* y los casos basados en leyes dentro de los sistemas de *common law*.”<sup>51</sup>

Para MacCormick, en oposición a lo planteado por Vincent Wellman, el sistema jurídico no es un conjunto de normas o de proposiciones normativas completo, sin lagunas y autoconsistente (no contradictorio), es decir, no es un sistema axiomático o un juego cerrado gobernado por reglas como el ajedrez.<sup>52</sup> MacCormick apunta lo siguiente para establecer el contexto en el que en el razonamiento jurídico hay un elemento silogístico o deductivo, y que de hecho es una característica estructural central de la argumentación jurídica:

“Lo que nos enseña la confrontación con Wellman es la gran laguna que existe entre la lógica como disciplina especializada y lo que podría llamarse ‘lógica aplicada’. Esta última es el tipo de razonamiento silogístico que se encuentra en el núcleo del razonamiento jurídico que se presenta en este libro, y surge de manera análoga en muchas áreas de la vida práctica. Inmersas como están las deducciones jurídicas en una telaraña de otros argumentos prácticos, podemos ver que sería un error concebir el razonamiento jurídico como si tuviera unos componentes ‘lógico’ y ‘retórico’ separados. Al contrario el recurso al silogismo jurídico es una parte necesaria de la retórica de la justificación jurídica, sobre la base de que el respeto hacia el Estado de Derecho requiere un respeto hacia las reglas del Derecho” .<sup>53</sup>

En su exposición sobre valores de verdad y hechos institucionales, al considerar el carácter interpretativo de la reflexión sobre las normas y las prácticas, los enunciados interpretativos-descriptivos

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 100.

pueden ser considerados como verdaderos o falsos -aunque de ninguna forma sean siempre indiscutiblemente verdaderos o indiscutiblemente falsos-, de tal forma que los hechos institucionales tienen valor de verdad, y así “la teoría de los hechos institucionales indica que es perfectamente apropiado atribuir valores de verdad tanto a enunciados sobre la validez de reglas jurídicas válidas como a enunciados interpretativo-descriptivos sobre el contenido de reglas válidas en tanto que enunciados sobre el Derecho existente en una jurisdicción o Estado dado”.<sup>54</sup>

En este sentido, señala MacCormick que “las justificaciones que los jueces hacen de las decisiones que toman son eficaces como justificaciones únicamente en la medida que ofrezcan intentos genuinos de interpretar el Derecho, y el Derecho así interpretado lo que justifica su decisión”, de tal forma que la decisión de definición del Derecho es diferente del discurso interpretativo que conduce a ella; y, como afirman Alchourrón y Bulygin, el juez debe ocuparse de derivar conclusiones de normas vinculantes, no de enunciados sobre ellas, además de estar obligado a mostrar que la decisión está de acuerdo con el Derecho, por lo cual la tarea de mostrar que una decisión está de acuerdo con el Derecho requiere asumir una **visión interpretativa-descriptiva** de las normas del sistema.<sup>55</sup>

#### 4.2.4. Interpretación y Tipos de argumentos interpretativos

MacCormick refiere que en un sentido amplio toda aplicación del Derecho requiere de la interpretación, aunque una concepción más estricta de la interpretación es más útil y pertinente para estudiar el razonamiento jurídico, para el cual sólo interpretamos al encontrarnos frente a la duda sobre el significado; no obstante, expresa que se ocupa de la ‘interpretación en sentido estricto’ entendida como “la consideración de alguna duda sobre el significado o la aplicación apropiada de alguna información, y a la formación de un juicio para resolver la duda escogiendo un significado que parezca el más razonable en el contexto”.<sup>56</sup>

Acorde a su experiencia en el parlamento europeo, MacCormick indica que las constituciones escritas y los tratados que constituyen organizaciones internacionales o uniones supranacionales tienen un estatus especial como instrumentos adoptados por un acto constituyente, aunque al igual que

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 110-115.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 192.

las leyes establecidas por órganos legislativos, así como los contratos, testamentos o actas constitutivas de sociedades mercantiles, y las invocaciones respecto a ellos pueden expresarse como silogismo jurídico, sobre las que pueden surgir controversias sobre el significado que debe atribuirse al texto, tanto en términos generales como para una situación particular.<sup>57</sup>

Al considerar las consecuencias para la toma de decisiones, MacCormick elige el punto medio; es decir, que algunos tipos y algunos conjuntos de consecuencias deben ser pertinentes para la justificación de las decisiones, sin embargo, para los **casos problemáticos**, estos lo son precisamente porque hay varias interpretaciones rivales posibles y al final la cuestión es cómo se puede elegir racionalmente entre respuestas jurídicamente defendibles.<sup>58</sup>

### **Tipos de argumentos interpretativos**

Los argumentos o argumentos interpretativos que los abogados presentan para justificar decisiones y que se consideran como persuasivos, de acuerdo con los hallazgos del grupo de Bielefeld, siguiendo a MacCormick,<sup>59</sup> se agrupan en tres tipos:

- Lingüísticos: los cuales apelan al contexto lingüístico como fuente de razones para preferir una interpretación a otra.
- Sistémicos: se enfocan en el contexto especial del texto autoritativo para buscar la mejor forma de encontrarle sentido en ese contexto.
- Teleológico-evaluativos (consecuencialistas): se enfocan en la meta o el fin del texto autoritativo para buscar la mejor forma de encontrarle sentido dado ese fin o esa meta.

### ***Argumentos lingüísticos***

Se refieren a la interpretación del “significado corriente” de las palabras que se utilizan en el “lenguaje ordinario”, de tal forma que para MacCormick un argumento de este tipo respecto a una norma emitida por una autoridad tendrá peso simplemente como una parte necesaria de respeto a la autoridad (hecho institucional) y cuando el texto de la misma se lea en el lenguaje y en el registro

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 164 y 165.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 196.

(contexto) en el que fue emitida.<sup>60</sup>

El argumento del lenguaje ordinario también puede justificarse apelando a principios, en el sentido de que el lenguaje que utilice el legislador debe ser comprensible para los ciudadanos de la forma más sencilla posible; otra argumentación alternativa consiste en que las autoridades legislativas deben tener cuidado en redactar las leyes en términos ordinarios inteligibles, de tal forma que los ciudadanos pueden leerlas e interpretarlas en términos de significado corriente, con lo cual se brindan las condiciones para una comunicación eficaz y libre de problemas entre el cuerpo legislativo y el ciudadano, y se reducen los costos por litigios al contar con una interpretación adecuada.

Por otro lado, frente a leyes sobre temas especializados en ocasiones se opone el ‘significado corriente’ al ‘significado técnico’, ante lo cual los términos que tienen un significado técnico como uno ordinario se entienden mejor en el sentido técnico.

### *Argumentos sistémicos*

Como previamente señalamos estos argumentos hacen énfasis en el contexto, en este caso el contexto jurídico de toda norma jurídica de autoridad, de tal forma que estos argumentos buscan un entendimiento aceptable de un texto jurídico visto en su contexto como parte de un sistema jurídico. MacCormick refiere los siguientes seis ejemplos:

#### a) Armonización contextual

Se enfoca en que la forma en que una disposición normativa se encuentra anidada en el esquema jurídico mayor, de esta forma argumentar con base en la armonización jurídica contextual consiste en “defender que cualquier término problemático debe interpretarse a la luz de toda la ley o todo el conjunto de leyes relacionadas”.

#### b) Argumento de precedentes

El argumento de precedentes establece que si una norma jurídica estuvo sujeta a interpretación judicial, ésta debe interpretarse de conformidad con la interpretación dada por otros tribunales.

#### c) Argumento de analogía

---

<sup>60</sup>*Ibidem*, p. 198.

Este tipo de argumento se presenta si una disposición legal es significativamente análoga a disposiciones similares de otras leyes, o de un código, o de otra parte del código en el que aparece, lo cual es una buena razón para apoyar una interpretación que siga la analogía.

d) Argumento conceptual

El argumento lógico, conocido como ‘lógico’ por Savigny, dice que si un concepto general reconocido y elaborado doctrinalmente se usa en la formulación de una disposición legal, debe interpretarse de modo que se mantenga un uso consistente del concepto a lo largo del sistema en conjunto.

e) Argumento de principios generales

Este tipo de argumento establece que si un principio o unos principios generales son aplicables al tema de la disposición legal, se debe favorecer la interpretación de la disposición legal que esté más de conformidad con el(los) principio(s). En forma similar a Alexy, MacCormick refiere que cuando están en conflicto o llevan a decisiones diferentes, el problema debe resolverse buscando razones de por qué uno tiene prioridad respecto a otro, o tiene más peso en el caso en cuestión.

f) Argumento de la historia

Este tipo de argumento toma en cuenta que una ley o grupo de leyes pueden llegar a interpretarse con el tiempo de acuerdo con un entendimiento de la idea y el propósito de la ley, o del grupo de leyes tomadas en conjunto, que evoluciona históricamente.

***Argumentos teleológico-evaluativos (consecuencialistas)***

La legislación incorpora diversos valores que se consideran socialmente relevantes, los cuales el intérprete considera implícitos, y pueden orientar no solo la interpretación de la ley misma, sino también de otro tipo de normas que se lean bajo la orientación de la ley. De esta forma, buscar resoluciones que sean más justas puede dirigir al intérprete a preferir una interpretación de una disposición respecto a otra. MacCormick considera que en cuanto a la “interpretación de leyes o de otros textos de autoridad, su carácter teleológico y basado en valores provoca una investigación sobre quién debe decir qué valores o fines y metas deben postularse como el *telos* o fin que se atribuye a la legislación”.<sup>61</sup> Respecto a la intención de la autoridad legislativa, sólo pueden inferirse de las leyes

---

<sup>61</sup>*Ibidem*, pp. 206 y 207.

junto con la presunción de racionalidad; sin embargo, la ‘intención’ es una forma legítima y eficaz desde un punto de vista retórico para formular una conclusión sobre la interpretación más razonable, aunque no un argumento más para ello.

### ¿Qué argumentos interpretativos se deben utilizar en los conflictos jurídicos?

En las controversias jurídicas todos los argumentos interpretativos señalados pueden ser utilizados por quienes buscan el significado de un texto; sin embargo, es el juez o el tribunal quienes deben llegar a una conclusión al decidir respecto a todo el contexto, qué interpretación debe prevalecer sobre la base de todas las razones (argumentos) que hayan sido expuestas. En tal sentido, expresa MacCormick, debe haber una fase de la argumentación que resuma su poder de persuasión relativo en el contexto dado y explique por qué la conclusión es la apropiada.

MacCormick sugiere **modelos simples para jerarquizar** los posibles argumentos: comenzar con argumentos lingüísticos, pasar a los sistémicos, y recurrir a los teleológicos sólo cuando los argumentos de los otros tipos siguen siendo problemáticos.<sup>62</sup>

En la interpretación lingüística se encuentra como objetivo mantener la claridad y la precisión del lenguaje legislativo; en la interpretación sistémica existe un principio de racionalidad fundamentado en los valores de la coherencia y la integridad del sistema jurídico; y en la interpretación teleológico-evaluativa se busca el respeto por la exigencia de la **razón práctica** de que la actividad humana esté orientada por algún sentido de los valores que se realizan en la acción y por los principios que deben respetarse, sin perder de vista la relatividad (subjetividad) de los valores y principios que deben guiarnos.<sup>63</sup>

Como se puede apreciar, el proceso o modelo para enlazar el tipo de interpretaciones de MacCormick, muestra la gran influencia de la filosofía moral y el proceso argumentativo de Hume.

De esta forma, para MacCormick, el tipo de interpretación y el tipo de argumentos estará en función del objeto de estudio: leyes, precedentes, una constitución, un tratado, todo el Derecho o una de sus partes, de un país o de un orden supranacional como el Tratado de la Comunidad

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 213.

Europea.

#### 4.2.5. Uso de precedentes

Los diversos operadores jurídicos y sobre todo los jueces hacen uso de precedentes para justificar una decisión, y los toman en consideración para que la decisión que proponen no contradiga un precedente establecido. La razón de ello es que se deben tratar de igual modo los casos iguales y en forma distinta los casos diferentes. Para MacCormick, en un Estado moderno con muchos jueces y tribunales, además de la estructura jerárquica de apelaciones, se debe actuar conforme las mismas reglas y resoluciones sin importar el juez que decide el caso, y quienes son las partes; además que la opinión judicial que establece un precedente es la de un juez considerada de modo que enuncia la justificación de una decisión, y en este sentido contribuyen en la creación de Derecho normativo o en su interpretación.<sup>64</sup> Los sistemas jurídicos que operan con precedentes, establecen las doctrinas sobre el alcance de los mismos: doctrina de precedentes estrictamente vinculantes (para cualquier otro tribunal del mismo nivel) o inferior, doctrina de precedentes persuasivos (de su mismo nivel, o superiores), o doctrinas mixtas vinculantes y persuasivos.

Al aludir al derecho anglosajón, MacCormick señala que la *ratio decidendi* es un tipo de *máxima* que enuncia el juez al dar su opinión en justificación de la decisión, y es el elemento vinculante, o bien, persuasivo, dependiendo del tipo de doctrina, de tal forma que la *ratio decidendi* es la regla de decisión con la cual un precedente dado es fuente de **autoridad**; la *ratio decidendi* se puede contrastar con los *obiter dicta*, los cuales son otras declaraciones de opinión sobre el Derecho y sus valores y principios relacionados con la decisión, las cuales van más allá del punto o los puntos que es necesario establecer para decidir el caso.<sup>65</sup>

MacCormick, al señalar que la *ratio decidendi* puede no ser una única proposición a lo largo del tiempo, y de esta forma caer dentro de las categorías de referencia ilusoria de Julius Stone, indica que es necesario contar además de Doctrinas de derecho positivo que nos digan qué autoridad debe atribuirse a los precedentes judiciales, también se deben tener **teorías de los precedentes**. En este sentido, MacCormick apunta que “es sabio tratar los precedentes, y especialmente los precedentes

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 221 y 222.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 223 y 224.



únicos, como revisables y no como fijos y vinculantes para todo propósito”, y “más o menos altamente persuasivos y no como absolutamente vinculantes”, aunque las resoluciones deben darse en un contexto de “restricciones de consistencia, coherencia y evaluación razonable de las consecuencias en un corpus de Derecho existente aunque sea incompleto”.<sup>66</sup> Por ello las partes y los jueces deben apegarse a tales criterios restrictivos para llegar a una conclusión.

En el mismo sentido de lo expuesto por Aarnio, para MacCormick las resoluciones deben ser **lógicamente universales** o al menos debe darse en términos que sean **razonablemente universales**, y estar abiertas a una posterior justificación en términos de argumentos sobre las consecuencias, consistencia y coherencia.

La *ratio decidendi* es definida por MacCormick como sigue:

“[Una] *ratio decidendi* es [una] resolución tomada explícita o implícitamente por un juez que es suficiente para establecer una cuestión de Derecho discutida por los argumentos de las partes en un caso, y es una cuestión en la que era necesaria una resolución para la justificación (o una de las justificaciones alternativas) por parte del juez de la decisión en el caso”.<sup>67</sup>

De esta forma podrá haber diversas *rationes*, dado que está en función de la decisión del juez y la justificación que ofrece para respaldarla; asimismo, ello ocurre en los tribunales compuestos por varios jueces, aunque debe siempre buscarse que entre ellas sean consistentes. Es decir, habrá un rango de posibles resoluciones sobre la cuestión, cada una con un argumento que la justifique como la mejor para este caso y otros similares.

La teoría del precedente que presenta MacCormick en *Retórica y Estado de Derecho* busca ser además de un modelo para las prácticas de justificación y doctrinas precedentes inteligibles y aceptables, también ser una buena reconstrucción racional de la práctica y doctrina reales, y en forma ulterior, no sólo presentar una reconstrucción racional de la práctica de los abogados y los tribunales en las decisiones, sino la mejor reconstrucción disponible,<sup>68</sup> de esta forma propone que:

- Una resolución que sea una *ratio* tiene que ser efectivamente suficiente para el propósito de

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 233.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 235-241.

determinar una cuestión de Derecho que sea puesta en cuestión por los argumentos de las partes.

- Debe contemplar aquello que sea suficiente para la decisión.
- La resolución debe ser consistente; es decir, no obstante que será revisable por otros tribunales, debe buscar que se mantenga la mayoría de las veces (generalidad).

MacCormick y Summers, en su obra *La interpretación del precedente, Un estudio comparativo*, recopilan el estatus jurídico y la interpretación del precedente en diversos países de la Unión Europea, Reino Unido y los Estados Unidos de América.<sup>69</sup>

Para el caso del Reino Unido, Bankowski, MacCormick y Marshal, al mostrar cómo funciona el precedente, refieren que existen tres jurisdicciones: Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Escocia; las dos primeras se basan en el *common law*, y el derecho escocés tiene un sistema mixto entre derecho civil y *common law* debido a la tradición civilista de la Francia del Renacimiento y de Holanda en la post-reforma.<sup>70</sup> En específico, los autores señalan lo siguiente:<sup>71</sup>

“Un precedente es cualquier decisión previa de cualquier Corte que guarda una analogía jurídicamente significativa con el caso actual. Si la decisión es de una Corte Superior jerárquicamente, será un precedente vinculatorio que deberá ser acatado; a menos que pueda distinguirse en algún punto de un hecho o Derecho relevante. De lo contrario, será un precedente persuasivo, posiblemente una analogía relevante para la decisión del caso actual; o puede ilustrar una línea divisoria jurídica importante entre una clase de casos y casos de la clase en cuestión en ese momento”.

“En Reino Unido, la distinción entre vinculatoriedad, fuerza y valor ilustrativo esta hecha. La vinculatoriedad formal, en el sentido de que las sentencias que no respeten la vinculatoriedad de los precedentes no son legítimas y están sujetas a revocación en apelación,

---

<sup>69</sup>Véase MacCormick, Neil y Summers, Robert, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016. La primera edición en inglés data de 1997 bajo el sello de Ashgate Publishing, y posteriormente fue publicada en 2016 por Routledge.

<sup>70</sup>Bankowski, Zenon, MacCormick, Neil y Marshal, Geoffrey, “El precedente en Reino Unido”, en MacCormick, Neil y Summers, Robert, (eds.), *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016, p. 293.

<sup>71</sup>*Ibidem*, pp. 300-303.

se fundamenta en virtud de las jerarquías de las Cortes que emiten las resoluciones”.

“Algunas sentencias tienen fuerza, aunque no la cualidad de vinculatoriedad. En general, deben ser consideradas, aunque no sería ilegítimo no acatarlas...Más bien, deberían ser aplicadas salvo que el razonamiento detrás de ellas sea claramente superable por razones más fuertes para una opinión contraria sobre el asunto en consideración”.<sup>72</sup>

En el mismo contexto, Peczenik, respecto al *common law*, hace la distinción entre vinculatoriedad, fuerza, mayor sustento, e ilustratividad u otro valor del precedente, en específico refiere los siguientes tipos:<sup>73</sup>

- Vinculatoriedad formal: una sentencia que no respeta la vinculatoriedad de un precedente no es legítima y por tanto, está sujeta a revocación en apelación. Se tiene:
  - a) Vinculatoriedad formal no sujeta a privación de sus efectos: i) estrictamente vinculatoria -debe ser aplicada en cada caso-; ii) venciblemente vinculatorio -debe ser aplicada en cada caso salvo que apliquen excepciones- (las excepciones pueden estar bien definidas).
  - b) Vinculatoriedad formal (con o sin excepciones) que está sujeta a ser privada de sus efectos o a modificación.
- No formalmente vinculatoria pero que tiene fuerza: una sentencia que no respeta la fuerza de un precedente, aunque legítima, está sujeta a crítica por esta causa y puede estar sujeta a revocación por esta causa. Existen dos tipos:
  - a) Fuerza vencible: debería de ser aplicada salvo que excepciones entren en juego (las excepciones pueden estar bien justificadas).
  - b) Fuerza superable: debería ser aplicada salvo que razones compensatorias apliquen.
- No formalmente vinculatoria y sin fuerza, pero que provee mayor sustento: una sentencia carente de esto es aún legítima, aún puede estar justificada, pero no tan bien justificada como lo estaría si el precedente fuera invocado, por ejemplo para mostrar que la decisión que se está tomando es acorde con el precedente.

---

<sup>72</sup>En algunos casos, precedentes de las Cortes de la *Commonwealth*, como son Australia o Nueva Zelanda, se consideran tan altamente persuasivos como los precedentes domésticos, sin embargo no justificarían una decisión como los precedentes del Reino Unido, no obstante si pueden servir de sustento para establecer un punto.

<sup>73</sup>Peczenik, Aleksander, “La fuerza vinculatoria del precedente”, en MacCormick, Neil y Summers, Robert, (eds.), *La interpretación del precedente...*, *cit.*, p. 430.

- Mera ilustratividad u otro valor.

#### 4.2.6. Razonabilidad

Una regla jurídica, para MacCormick, es una disposición normativa expresada en una fuente jurídica reconocida, o construida a partir de ella, cuya forma vincula una determinada consecuencia normativa, o consecuencia jurídica, con determinados hechos operativos (actos o sucesos del tipo especificado).<sup>74</sup> Como lo hemos apuntado, en el razonamiento jurídico expuesto por MacCormick cabe la inclusión de valores de verdad, tanto de la validez de las reglas jurídicas como de los enunciados interpretativo-descriptivos que se realizan sobre las reglas de derecho. Uno de dichos conceptos de valor, que es de una gran relevancia para nuestro análisis y que se encuentra en el discurso jurídico es el de “razonabilidad”.

En contraste a otras ramas del conocimiento donde lo razonable se considera una categoría de tipo subjetivo, en el Derecho y en el campo de la argumentación jurídica, lo razonable se considera del tipo “objetivo”, el cual, como refiere Atienza, puede utilizarse como un criterio o esquema de criterio orientador que ayude a justificar por qué una determinada interpretación o decisión es preferible (o está más justificada) que otra y tiene aceptabilidad (consenso o acuerdo) ante la comunidad, aunque ésta no sea ideal.<sup>75</sup> Bajo este enfoque, la razonabilidad depende de la **aceptación o aceptabilidad** de la decisión jurídica.

En la perspectiva de MacCormick, existe una tendencia muy general en el Derecho de apoyarse en el estándar de **razonabilidad práctica** como un criterio para la toma de decisiones correctas, para la acción correcta, y para las relaciones interpersonales justas en varias ramas del derecho: probatorio, de propiedad, obligaciones, de familia y público.<sup>76</sup> En este sentido, es notoria la importancia que el jurista escocés le asigna a la razonabilidad para los tomadores de decisiones jurídicas, y que en forma implícita relaciona con el **método de ponderación** de Alexy, al señalar que las personas razonables tienen en cuenta los riesgos previsibles, pero tomando en cuenta posibilidades o probabilidades serias:

---

<sup>74</sup>MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, *cit.*, p. 56.

<sup>75</sup>Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de ‘razonable’”, *Doxa*, 4, 1987, p. 191.

<sup>76</sup>MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, *cit.*, p. 250.

“No saltan a conclusiones, sino que consideran las pruebas y tienen en cuenta diferentes puntos de vista. Son conscientes de que en cualquier dilema práctico, puede implicar un punto de encuentro entre diferentes valores e intereses. Se toman en serio los valores y otras razones opuestas y convergentes, buscando una reconciliación de las mismas o, en casos de conflicto inevitable, actuando sobre la base de las que sean, en suma, las razones más convincentes o los valores mayores o primordiales”.

“A la luz de los valores, intereses y propósitos humanos, uno debe considerar todo lo que sea pertinente, y asumir una postura imparcial al atribuir un peso o una importancia relativa a los diferentes valores o intereses contextualmente pertinentes. Pero diferentes personas pueden discrepar sobre cómo exactamente atribuyen tal peso y llevan a cabo el balance”.<sup>77</sup>

Respecto a la razonabilidad de las decisiones de las autoridades públicas, MacCormick considera que los jueces evalúan los fundamentos para la decisión de acuerdo con la pertinencia de la toma de la decisión a la luz de los fines y propósitos de un poder legal de toma de decisiones; en el caso del derecho penal, la ponderación de pruebas, y en el derecho civil la ponderación de la realización de las conductas y hechos.<sup>78</sup>

En cuanto a la ponderación y balanceo, MacCormick alude a Twining y Miers, quienes en *How to Do Things with Rules*, señalan lo siguiente:

“En el proceso dialéctico característico de la argumentación jurídica, las preferencias se expresan en términos de que un argumento sea más o menos convincente, o más fuerte, que otro, y tales preferencias son defendibles a pesar del hecho de que no es posible ninguna medición exacta y objetiva de ellas, en la medida en que existan algunos criterios que sean reconocidos por las partes. El proceso de hacer y expresar elecciones puede ser descrito convenientemente como un proceso de balance o ponderación de argumentos; pero también debemos reconocer los límites de tales metáforas...”<sup>79</sup>

Es decir, en el análisis de razonabilidad pueden ser considerados diversos factores, y los valores

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 251-254.

<sup>78</sup> *Ibidem*, pp. 269-274.

<sup>79</sup> Twining, William y Miers, David, *How to Do Things with Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 358, referido en MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, cit., p. 283.

relativos de tales factores que se consideren en el análisis pueden ser sensibles al contexto particular en lugar de ser invariantes en cualquier caso que ocurran, por lo cual la ponderación y el balanceo podrían expresar en forma muy tosca el proceso de decidir si, teniendo todo en cuenta, no sólo constituyen razones buenas y pertinentes, sino adecuadas o suficientes para hacerlo incluso en presencia de los factores adversos identificados.<sup>80</sup>

Asimismo, MacCormick considera que si bien la aplicación del análisis económico para ofrecer una explicación objetiva de todas las cuestiones difíciles de evaluación relativa que genera la discusión sobre razonabilidad, como son las **preferencias o la riqueza concebida como una satisfacción agregada de preferencias**, y si todos los grupos de ellas fuera commensurables, sin duda la mejor manera de manejar los temas de razonabilidad sería traducirlos a esos otros términos; sin embargo, “parece muy dudoso que se pueda establecer una commensurabilidad completa en los mismos términos entre los muchos temas en los que está en juego la razonabilidad”.<sup>81</sup> Sobre este punto, se cuestiona sobre lo siguiente:

“¿Es la *duda razonable* en asuntos de pruebas penales calculable por medio del mismo cálculo económico que el *cuidado razonable* en la negligencia, la *conducta irrazonable* en los casos de divorcio, o la *razonabilidad* de una decisión administrativa? Intuitivamente esto es poco plausible. Esto no significa que se trate de diferentes conceptos de razonabilidad, sólo que la concepción en cuestión está basada en el razonamiento práctico, y no puramente en el cálculo económico.”<sup>82</sup>

El modelo argumentativo de MacCormick es **retórico** y **discursivo**, de tal forma que justificar una decisión jurídica de un caso problemático con base en las consecuencias sociales a partir de argumentación económica, dejaría en un segundo plano las conclusiones que se derivan del razonamiento consecuencialista jurídico de las consecuencias como implicaciones (consecuencias jurídicas).<sup>83</sup>

De esta forma, en el caso de decisiones jurídicas MacCormick refiere que los valores y factores pertinentes están ellos mismos entrelazados en el tejido del Derecho, para lo cual, afirma que se requiere reflexionar sobre los diversos problemas de interpretación de materiales jurídicos -y las

---

<sup>80</sup> MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, cit., pp. 274 y 275.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 276.

cuestiones relacionadas de clasificación-, que a su vez llevan a una revisión de la coherencia y la consistencia.

#### 4.2.7. Coherencia y principios

MacCormick considera que la coherencia de un razonamiento es un criterio de su solidez, y la existencia de dos tipos distintos de examen de coherencia: normativa y narrativa. La coherencia es la propiedad de un conjunto de proposiciones que, tomadas conjuntamente, tienen sentido en su totalidad en el sistema jurídico, y a diferencia de la consistencia, la coherencia puede ser una cuestión de grado.<sup>84</sup>

La racionalidad jurídica moderna se enfoca en la legalidad en términos de sistema, por un lado la coherencia normativa la cual tiene un sentido sincrónico y la coherencia narrativa que tiene un carácter diacrónico, no obstante que dicho concepto de sistema del orden jurídico sea más bien un “ideal regulativo”.<sup>85</sup>

##### Coherencia normativa

Este tipo de coherencia se refiere a la justificación de las resoluciones jurídicas o a las proposiciones normativas en el contexto del sistema jurídico en su carácter de orden normativo. Este tipo de coherencia debe mantenerse, por ejemplo, en el análisis de los principios. Respecto a la relación entre **valores** y **principios**, es importante referir que para MacCormick ambos tienen una intrínseca vinculación, pues señala lo siguiente:<sup>86</sup>

“[Los valores] son estados de ser o estados de cosas real o posiblemente buscados que se conciben como legítimos, deseables, valiosos o incluso (la escala asciende por grados) obligatorios, en tanto que propósitos, objetivos, metas o fines vigentes. Si se aceptan estas dos proposiciones, entonces parece haber un solapamiento considerable entre valores y principios. Para cualquier valor V existe un principio según el cual V puede ser, o debe ser en ausencia de consideraciones opuestas, o debe ser normalmente, o debe ser en ausencia de consideraciones mayores, buscado o realizado. El cumplimiento de tales principios no

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 338.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 289.

es un medio instrumental, sino un medio intrínseco de realizar valores. El que V sea genuinamente un valor no significa, por supuesto, que esté consagrado en algún principio establecido de un sistema jurídico particular. Los principios jurídicos se refieren a valores puestos en práctica en el sistema jurídico de un Estado o algún otro orden normativo análogo”.

“Los principios proporcionan una orientación general sobre la búsqueda de valores en el contexto de una actividad regulada por reglas”.

De esta forma, la coherencia de normas es una cuestión de que tengan sentido en su conjunto al ser relacionadas racionalmente, instrumental o intrínsecamente, con la realización de algún valor o algunos valores comunes, y del cumplimiento de algún principio o principios comunes, en el que se perciba una armonía razonable, de vida satisfactoria y de bien común.

La coherencia le da sentido al sistema jurídico: leyes y precedentes, reglas -consideradas como concreciones de los principios-, nuevas resoluciones y decisiones, y las nuevas leyes desde el punto de vista legislativo. Asimismo, para MacCormick,<sup>87</sup> la coherencia abona a la justificación de decisiones, dado que:

- Es acorde a la concepción de racionalidad práctica, la cual exige universalidad y también el mayor grado de generalidad de los principios.
- Fomenta la claridad del Derecho y genera una previsibilidad razonable en su aplicación, considerando que el Derecho debe exponerse en reglas relativamente detalladas.
- El orden jurídico puede concebirse como un orden ideal en el sentido de una ordenación posible de asuntos humanos que se toma de modo que establece un patrón al menos como aspiración en la gestión real de los asuntos.
- Implica un enfoque en cierto modo relativista de justificación, en el que es preferible que la aplicación e interpretación del sistema estén guiadas por la suposición de que sus disposiciones más detalladas son tratadas como derivadas o casos particulares de algunos principios generales.

Para Bengoetxea la coherencia normativa funciona como un ideal regulativo al que aspiran

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 300-301.



la interpretación hermenéutica, la dogmática jurídica y la reconstrucción racional del derecho post-positivista; el resultado de dichas actividades prácticas es aportar coherencia a una visión del derecho y coadyuvan a su pretensión de corrección.<sup>88</sup>

### Coherencia narrativa

Este tipo de coherencia corresponde a la justificación de las determinaciones de hecho que se extraen de inferencias razonables a partir de las pruebas en el proceso de demostración y es de una importancia fundamental para la aplicación del Derecho en casos individuales.

Las narraciones deben tener una ordenación temporal, es decir, una línea de conducción temporal (tiempo analítico) y un argumento. En la perspectiva clásica Aristotélica las narraciones tienen un inicio, un desarrollo y el final; asimismo, establecen una explicación causal (**causalidad universal**), y otro aspecto puede ser el motivacional (**motivación racional**), en términos de los principios y valores sobre los que actúan las personas como individuos y como miembros de grupos e instituciones, las cuales pueden convertirse en “razones”.<sup>89</sup> Los relatos que realizan las partes en los litigios son parciales, ya sea en procesos civiles o penales, o de otro tipo. Cada parte selecciona los hechos y realiza el relato de acuerdo con sus pretensiones, por lo que son selectivos y subjetivos. Es en la valoración de la corrección de los hechos que realiza el juez que toma relevancia el proceso de demostración y la valoración probatoria (plausibilidad, probabilidad, entre otros enfoques).

MacCormick sostiene que “la coherencia narrativa ilustrada de esta forma es nuestra única base para sostener conclusiones, opiniones o de hecho veredictos sobre asuntos de hechos pasados”, y proporciona una idea determinada de la **racionalidad**. En resumen, para MacCormick, la coherencia narrativa:<sup>90</sup>

- Proporciona un examen de la verdad o la probable verdad de las proposiciones sobre cosas y sucesos no percibidos. La probabilidad relativa de una u otra de dos proposiciones mutuamente inconsistentes sobre el mismo suceso no percibido. La historia más coherente entre las historias mutuamente inconsistentes es la que implique la menor improbabilidad según tal examen.
- Dicho examen justifica las creencias, y por tanto justifica las decisiones sobre asuntos de he-

<sup>88</sup>Bengoetxea, Joxerramon, *Neil MacCormick...*, cit., p. 143.

<sup>89</sup>MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, cit., p. 323.

<sup>90</sup>*Ibidem*, p. 333.

chos pasados, porque a) es una condición necesaria de la inteligibilidad del mundo fenoménico (manifestación de algo) y porque b) la racionalidad nos exige que el mundo fenoménico sea inteligible.

- Un relato es creíble solo si es coherente, lo cual exige que no existan inconsistencias lógicas inexplicables entre cualesquiera de sus elementos fácticos, y que exista una explicación causal y motivacional de todo el complejo de sucesos enunciados en las declaraciones fácticas que, en conjunto, constituya en sí mismo una explicación satisfactoria.

No obstante lo explicado, la coherencia narrativa entendida de esta forma es una condición necesaria, aunque no suficiente para la credibilidad en el mundo real, dado que las narraciones ficticias también pueden compartir la coherencia narrativa con las narraciones históricas, forenses o de otros tipos no ficticias.<sup>91</sup>

Para ello, el sistema jurídico debe ocuparse de alguna forma, regulando procedimientos para “hacer y demostrar o poner en duda afirmaciones”, de tal forma que en el proceso “lo que se afirme sobre el pasado no debe creerse a menos que sea admitido por aquellos contra quienes se alega o sea respaldado por pruebas coherentes hasta un nivel probatorio estipulado”; sin embargo, como refiere MacCormick todos estos procedimientos de demostración tienen una debilidad: no operan de manera autoaplicable y objetiva, sino que siempre requieren de un **ejercicio subjetivo de juicio**.<sup>92</sup>

#### 4.2.8. Argumentación rebatible

La rebatibilidad para MacCormick consiste en que un acuerdo establecido según unas reglas jurídicas o un estado de cosas jurídico que surja manifiestamente de un conjunto de reglas y sucesos, puede tener toda la apariencia de validez, y aún así, puede ocurrir que ese acuerdo o hecho institucional esté sujeto a algún tipo de intervención que lo invalide; es decir, aunque aparentemente era válido resulta estar abierto a ataques, y, de ser el caso -a partir de sucesos, condición no enunciada o una distinta interpretación-, pierde su validez inicial: el acuerdo es rebatido.<sup>93</sup>

En consecuencia las reglas jurídicas sobre contratos, testamentos o pensiones pueden producir

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 336 y 337.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 353.

formulaciones rebatibles de las reglas jurídicas pertinentes, y así, casi cualquier derecho o cualquier otra institución jurídica puede haber ciertas condiciones excepcionales o anormales cuya presencia viciará la concesión de un derecho.

La visión de rebatibilidad, refiere MacCormick, está conectada con una visión relacionada del omnipresente problema de la formulación o la articulación del Derecho. Por un lado los límites de la precisión o la exhaustividad de los enunciados del Derecho, y otro es el de la fiabilidad con la que pueden extraerse inferencias de los enunciados en los que está formulado el Derecho, el cual debe estar enunciado en términos generales, es decir, la intrínseca característica de **textura abierta** del derecho.<sup>94</sup>

En cuanto al aspecto pragmático de la rebatibilidad, la fuente y significado de esta, afirma MacCormick que puede detectarse en la insegura previsibilidad de la decisión judicial en los casos difíciles, cuando el tribunal altera las expectativas, por lo que la rebatibilidad es la posibilidad de ese rebatimiento; y la rebatibilidad expresa es “simplemente una rebatibilidad que es muy predecible a la luz de las leyes o de la jurisprudencia”.<sup>95</sup>

En este punto, MacCormick refiere claramente el **proceso de ponderación de principios y valores respecto a las reglas**, como un proceso subjetivo en la actividad jurisdiccional, es decir la *rebatibilidad contra legem*, al afirmar lo siguiente:<sup>96</sup>

“Puede haber objetivamente principios y valores de un sistema que, ponderados correctamente, intervienen para rebatir genuinamente una declaración de condiciones legislativa, jurisprudencial o doctrinal de un derecho, o la reclamación de un derecho por parte de un individuo en un caso dado”.

“La ponderación de los principios y valores frente a las reglas con el fin de determinar si respaldan una excepción es claramente una cuestión de juicio desde cualquier perspectiva. Hay una discreción de algún tipo aquí. La única pregunta abierta es si esto implica una elección judicial puramente subjetiva o un juicio que involucre factores objetivos en principio. La mejor respuesta parece ser que aquí hay factores objetivos, pero están

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 358.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 364.

<sup>96</sup> *Ibidem*, pp. 363 y 365.

necesariamente mediados por la subjetividad judicial. El proceso es de determinación, no de deducción”.

Como se puede advertir de las citas previas de MacCormick sobre ponderación de principios y valores, se manifiesta la subjetividad o discrecionalidad judicial que refiere García Amado como punto de crítica al método de ponderación como sustento del modelo de Alexy.

En el sentido planteado por MacCormick sobre la rebatibilidad, cualquier cosa que pueda ser afirmada, puede ser refutada, y de esta forma, para cualquier resolución que sugiera un debate sobre la relevancia o la interpretación, y a veces de clasificación, otra persona puede ver una excepción potencial, posiblemente pertinente, y puede argumentar que la excepción es aplicable y rebata la resolución; en todo caso, los jueces deben ocuparse de los puntos planteados por el reclamante y dictar una resolución, en la que expliquen por qué los argumentos planteados no son aplicables, débiles o no persuasivos.<sup>97</sup>

#### 4.2.9. Sobre juzgar erróneamente

La aplicación del derecho, interpretar, emitir y justificar resoluciones, requiere el ejercicio de la razón práctica y para ello dar explicaciones al enunciar razones. Para MacCormick los requisitos de razonabilidad y de coherencia, tanto normativa como narrativa, impone una limitación significativa sobre lo que es aceptable por medio de argumentos hacia conclusiones jurídicas, e indica el papel esencial de los argumentos de principios como los de analogía en el Derecho.

En tal contexto, MacCormick se pregunta ¿Cual es el poder persuasivo de la razón práctica y la argumentación en el Derecho?, ¿Nos encontramos finalmente sólo con la capacidad de los argumentos de mover a un auditorio hacia una manera de pensar particular, con el resultado de formar una nueva creencia? o ¿Hay verdaderamente una cualidad de poder persuasivo racional tal que algunos argumentos son realmente mejores que otro, y pueden ser recibidos con justicia como convincentes debido a esta cualidad, mientras que los que la tienen en mayor medida que otros deben ser reconocidos como mejores argumentos?<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 370.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 375.

En los casos que resuelven jueces y magistrados no siempre existe consenso sobre los mejores argumentos y las mejores opiniones, y en algunas jurisdicciones, como son las Cortes Supremas, se emiten votos particulares, pues como señala MacCormick: el Derecho no es la única disciplina o arte práctico en el que los expertos más cualificados pueden llegar a opiniones diferentes sobre los casos.<sup>99</sup>

Lo anterior nos lleva a la conclusión y (polémica) de que en el proceso de análisis y decisión, si existe una única respuesta correcta a una cuestión jurídica, entonces el hecho de que los jueces estuvieran en desacuerdo implica que alguno de ellos debe haber estado en un error, aunque sea difícil saber cuál. Ante ello, MacCormick refiere que precisamente para estos casos es necesario el método de resolución por votación, y en su caso, aunque existan precedentes, y sea cual sea la verdad anterior, el acto de decidir instituye una nueva verdad en el Derecho. En el mismo sentido, de acuerdo con la Teoría declarativa de los precedentes “la tarea de los jueces no es hacer el Derecho sino declarar cuál es, y aplicarlo tal como es”.<sup>100</sup>

Como refiere MacCormick, la Teoría declarativa presupone que existe alguna forma de llegar a una respuesta correcta, no porque exista algún elemento del Derecho que pueda leerse directamente, sino porque los argumentos apropiados aplicados al cuerpo establecido de Derecho pueden establecer de manera persuasiva que una conclusión sobre el problema es más aceptable que cualquier otra, de tal forma que la única alternativa posible a esta visión sería una Decisionista, la cual radica en la autoridad de la persona que emite la opinión.<sup>101</sup>

En este punto, MacCormick también analiza cuál es el trabajo de los abogados académicos, por un lado, la visión de que no hay nada que enseñar o saber más que lo que los jueces decidieron la última vez y probablemente decidirán la próxima; otra visión es que habrá ‘una misteriosa esencia’ que los juristas intentan capturar en sus debates, clases, seminarios y tutorías, que será el fundamento de la corrección de las decisiones que son autoritativas entre nosotros pero que no estará constituido completa y únicamente por esas mismas decisiones; y posiblemente haya espacio para otra **visión intermedia, más constructivista**, que reconoce que el Derecho es un objeto parcialmente teórico, constituido por una interacción de prácticas humanas y una teorización sobre ellas, pero que les

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 381.

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 384 y 385.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 388.

dé suficiente profundidad y objetividad (sin una esencia misteriosa) para proporcionar una base independiente para los argumentos sobre la corrección y la incorrección, y para las decisiones entre ellos del tipo postulado por la tesis de la falibilidad judicial.<sup>102</sup>

La respuesta a esta pregunta, invariablemente tendrá efectos sobre la forma en que los jueces y abogados realizan su trabajo, y sobre la calidad de los juicios en cuanto a su proceso, alegatos y en las resoluciones, aún cuando algunos de ellos sean caracterizados por implicaciones profundamente *políticas, sociológicas, económicas y constitucionales*. En la perspectiva de MacCormick, los jueces no solo deben indagar y descubrir, **sino tener la capacidad de corrección o la capacidad de discernirla en un sentido público de corrección**; y por ello, reviste particular importancia el proceso de selección y nombramiento, que debe recaer en aquellas personas más sabias, más preparadas y experimentadas.

El tipo de razonamiento al que hace referencia MacCormick para la toma de decisiones jurídicas, en la propia argumentación jurídica, y en todos los niveles de pensamiento jurídico es el **razonamiento práctico**, el cual se desarrolla bajo una pretensión de corrección, implícita de que es correcto; sin embargo, los razonamientos prácticos y disputa a menudo no son concluyentes. MacCormick señala que en los procesos de argumentación moral o del Derecho, puede ocurrir que queden cuestiones abiertas, en las que ambas opiniones, o más de una, sean razonables; en este punto recurre y se apoya en la tesis de Alexy de que en los discursos prácticos y razonamientos prácticos podemos excluir muchos enfoques de una cuestión porque los consideramos imposibles por ser poco razonables, pero entre las respuestas razonables o discursivamente posibles que se mantienen puede haber una pluralidad de posibilidades aparentemente abiertas; es decir “puede que no haya una conclusión no porque la razonabilidad y la corrección no puedan ser objetivas, sino porque puede que realmente no haya una conclusión entre opiniones en conflicto”.<sup>103</sup>

Es en este contexto, como refiere MacCormick, que se enmarca y cobra importancia la visión del Derecho y el razonamiento jurídico para mejorar el Estado de Derecho a través del desarrollo de instituciones jurídicas como son los juzgados y tribunales, el desarrollo de reglas y principios, y prácticas de razonamiento para asegurar decisiones razonadas y razonables en un marco jurídico

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 398.

<sup>103</sup> *Ibidem*, pp. 401-403.

institucional; y como establece Alexy se pasa del *razonamiento específicamente jurídico* al *razonamiento práctico general*, donde lo correcto es decidirse por la opinión más razonable y, en los casos donde no sea posible decidir, ni con base en el Derecho o con base en nuestro sentido común, se deberá aceptar la decisión de una autoridad, sustentadas por la jerarquía de los tribunales y por reglas de votación por mayoría.<sup>104</sup>

### 4.3. Críticas, aplicabilidad y alcance del modelo

#### 4.3.1. Críticas al modelo de MacCormick

En contraste al modelo de Alexy, el cual fue construido como una estructura integral de una tesis doctoral, el modelo argumentativo de MacCormick expuesto en su *Retórica y Estado de Derecho* es una construcción teórica y discursiva bajo la tradición anglosajona del *common law*, integrada en forma gradual por la experiencia del jurista escocés como académico en Escocia e Inglaterra, como activista político en el Partido Nacional Escocés y como legislador del parlamento europeo.

Es importante tener en cuenta que MacCormick estuvo relacionado con la traducción y publicación al inglés de la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy de 1989, bajo el sello de la editorial Oxford. Dado que MacCormick retoma y se apoya en la tesis de Alexy de proporcionalidad y ponderación, por lo tanto, su modelo argumentativo es susceptible de las mismas críticas planteadas por diversos autores al método de ponderación para el caso de colisión de principios.

En *Retórica y Estado de Derecho*, MacCormick retoma el proceso de razonamiento jurídico deductivo-silogístico planteado en *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho de 1978*,<sup>105</sup> y complementa su modelo con la aceptación de los razonamientos prácticos. Para MacCormick en *Retórica y Estado de Derecho* tienen especial importancia los principios. A diferencia de su teoría expuesta en 1978, en la que consideraba que era posible reconocer el papel de los principios en el Derecho sin tener que abandonar el positivismo jurídico de la concepción que considera la separación entre derecho y moral, en *Retórica y Estado de Derecho*, MacCormick le asigna un papel relevante a los

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 404 y 405.

<sup>105</sup> MacCormick, Neil, *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, Libro electrónico ePub, 2018.

principios y los valores, y en consecuencia a la argumentación práctica.

Aunque con *Retórica y Estado de Derecho*, MacCormick no solventa en su totalidad las críticas señaladas por Atienza en *Las razones del Derecho*,<sup>106</sup> sobre la insuficiencia de la lógica proposicional de su teoría expuesta en MacCormick (1978), a través de un enfoque ecléctico busca complementar su teoría al incorporar el razonamiento práctico basado en principios a través de la persuasión, los medios y los argumentos de la Retórica.

Al analizar la teoría de MacCormick de 1978, *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, Cárdenas Gracia señala que al menos dos temas débiles del modelo de MacCormick son: si es factible justificar decisiones *contra legem* y su propuesta del **espectador imparcial** -versus el auditorio universal planteado por Perelman.<sup>107</sup> Cárdenas Gracia afirma que, para MacCormick es posible hablar de interpretación *contra legem* en dos casos, 1) cuando el texto normativo contiene una contradicción lógica que ninguna lectura puede obviarla, y que es contradictoria con el sentido común; o, 2) cuando el texto normativo presenta absurdos axiológicos que impiden que la norma cumpla con sus fines o valores.<sup>108</sup>

En cuanto a las decisiones *contra legem*, en *Retórica y Estado de Derecho*, MacCormick integra el proceso argumentativo para tal fin, a través de argumentación consecuencialista, en contraste a su teoría de *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho* en la que, si bien consideraba la justificación de decisiones *contra legem* con uso de argumentos de tipo lingüístico, contextual y valorativo o consecuencialista, consideraba que la argumentación consecuencialista debía tomarse con cautela pues le parecía discutible.

En cuanto al espectador imparcial, en *Retórica y Estado de Derecho*, MacCormick lo conceptualiza como el espectador imparcial ideal completamente informado y que no tiene ninguna razón para preferir alguna de las pretensiones de las partes, desarrollado por Adam Smith, y como una medida común intersubjetiva que se puede usar para adaptar y objetivar nuestras respuestas a cada caso, donde las personas razonables se parecen a ese espectador imparcial.<sup>109</sup> Como se puede advertir, la construcción teórica propuesta por MacCormick atiende al ideal del juez completamente informado

---

<sup>106</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 32.

<sup>107</sup> Véase Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación...*, cit., p. 98.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 372.

<sup>109</sup> MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, cit., pp. 141-143 y 251.



e imparcial, más que a la idea de Perelman sobre auditorio universal. No obstante que MacCormick complementa su teoría con los criterios de razonabilidad y coherencia, la tesis del espectador imparcial sigue siendo factor de crítica hacia su teoría.

La Teoría de MacCormick dado que no acepta en su totalidad la tesis de la única respuesta correcta planteada por Dworkin, en la que éste último indica que casi siempre existe una respuesta correcta en cada caso difícil, y al considerar que lo racionalmente argumentable deriva en el carácter retórico de la argumentación jurídica, nos hace concluir que la Retórica no aparece como un factor *a priori* de su teoría sino como un factor o proceso necesario para explorar, concluir y justificar la mejor respuesta posible.

Asimismo, MacCormick al señalar que a diferencia de la consistencia, los aspectos de coherencia (normativa y narrativa) son cuestiones de grado, hace que su modelo otorgue al juzgador una gran discrecionalidad que puede generar más bien incertidumbre en las decisiones judiciales. Es decir, el modelo se basa, entre otros aspectos, en la confianza que se le otorga a los operadores jurídicos (jueces, peritos y abogados).

Como señala Cueva,<sup>110</sup> otra crítica a MacCormick, aunque menor, es que no contempla la escuela realista y al enfoque de los Estudios Críticos del Derecho (Critical Legal Studies), no obstante, ello puede deberse a que MacCormick sostenía que “muchas afirmaciones de los CLS no parecen ir mucho más allá de una imaginativa idea del estado de bienestar occidental”.<sup>111</sup>

#### 4.3.2. Aplicabilidad y alcance del modelo

El modelo de MacCormick se ubica en la visión post-positivista del Derecho o Positivista hermenéutico. De acuerdo con Bengoetxea, esto implica elevar el Derecho a una dimensión moral, ya que la pretensión de validez y legitimidad implícita en el Derecho lo lleva al plano de la moral, aunque su postura no conlleva una confusión entre Derecho y moral.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup>Cueva Fernández, Ricardo, “Reseña de Neil MacCormick, Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 14, 2017, p. 112.

<sup>111</sup>Calsamiglia, Albert, “La retórica de Critical Legal Studies: impresiones de un lector español”, *Doxa*, 11, 1992, p. 296.

<sup>112</sup>Bengoetxea, Joxerramon, *Neil MacCormick...*, *cit.*, p. 155.

Como afirma Bengoetxea, no es factible saber si MacCormick hubiera equiparado su post-positivismo a la teoría “no-positivista inclusiva” de Alexy, quien partiendo de la naturaleza dual del Derecho, asigna a éste, no una aspiración sino una pretensión fuerte de validez y legitimidad, basada en la conexión necesaria entre derecho y moral, por lo cual podemos hablar de un grado de tolerancia axiológica en MacCormick.<sup>113</sup>

El enfoque axiológico se muestra en el modelo de MacCormick pues afirma que “la ventaja del uso de criterios de valor para un sistema jurídico es que permite que todos los aspectos de un caso sean considerados y evaluados en relación con factores y estándares derivables de la moral del sentido común y del uso jurídico”.<sup>114</sup>

MacCormick es congruente al señalar que el proceso argumentativo para casos difíciles en los que existen varias respuestas razonables o discursivamente razonables, y no haya una conclusión específica, la decisión debe dejarse a las autoridades establecidas en el orden institucional; es decir, en tales casos, las decisiones se tomarían por tribunales de mayor rango o especializados y por mayoría.

El análisis del uso de precedentes que hace MacCormick en *Retórica y Estado de Derecho*, así como en la *Interpretación del precedente*,<sup>115</sup> los cuales se basan en la *ratio decidendi*, no siempre permite dar el sentido de universalidad a las decisiones, deriva en que MacCormick concluya que es necesario desarrollar una Teoría sobre los precedentes.<sup>116</sup>

MacCormick retoma la opinión de Alexy sobre la importancia de la argumentación en general y la argumentación jurídica en particular, que no sólo son de interés para teóricos jurídicos y filósofos del Derecho, sino que son apremiantes para abogados litigantes, y para todo ciudadano que sea activo en el ámbito público, y que no sólo la posición del Derecho como disciplina científica sino la legitimidad de las decisiones judiciales dependen de la posibilidad de la argumentación jurídica racional y concluye señalando que “tomar en serio el razonamiento práctico y la argumentación jurídica no debilita el respeto por el Estado de Derecho; lo fortalece”.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup>*Ibidem*, p. 25.

<sup>114</sup>MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, *cit.*, p. 124.

<sup>115</sup>Véase MacCormick, Neil y Summers, Robert, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.

<sup>116</sup>Cueva Fernández, Ricardo, “Reseña de Neil MacCormick, *Retórica y Estado de Derecho...*,” *cit.*, p. 111.

<sup>117</sup>MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho...*, *cit.*, pp. 405 y 406.

# Conclusiones

---

## Generales

1. La Teoría de la Argumentación Jurídica, en forma específica la *Teoría estándar* integrada por los modelos de Robert Alexy y de Neil MacCormick se encuentra en un proceso de consolidación como una Teoría que puede ser aplicada en la práctica judicial por los operadores jurídicos.
2. A los modelos de argumentación jurídica de Robert Alexy y Neil MacCormick se les ha denominado *Teoría estándar*, sin embargo, es hasta ahora con el desarrollo de *Retórica y Estado de Derecho* de Neil MacCormick, con el que convergen ambas teorías argumentativas, y es factible denominarlas como Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica (TEAJ), dado que coinciden en: la conexión entre Derecho y moral, el uso del razonamiento deductivo y del razonamiento práctico, el uso del principio de proporcionalidad (y su subprincipio de ponderación), la pretensión de corrección del Derecho, la dimensión autoritativa del Derecho, la distinción entre principios y reglas, el uso de la mayor cantidad de argumentos con el propósito de justificar las decisiones, el uso de los precedentes y la universalidad de las decisiones.
3. La Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica (TEAJ), así integrada por los modelos de Robert Alexy y Neil MacCormick, es factible que se pueda consolidar como la teoría argumentativa, en su esquema discursivo, susceptible de ser aplicada para el análisis y la toma de decisiones en el ámbito jurisdiccional para resolver controversias y conflictos constitucionales derivados de la colisión de derechos fundamentales, y de ser reconocida por los operadores

jurídicos del sistema judicial.

4. Los modelos de Alexy y MacCormick llegan a conclusiones similares tanto en Argumentación Jurídica como en sus Teorías del Derecho; no obstante que, como refiere Atienza, provienen de tradiciones filosóficas y jurídicas distintas: MacCormick toma como referentes a Hume, Hart, y la corriente escocesa del *common law*; y Alexy que se basa en las teorías de la razón práctica de Kant, la teoría del discurso de Habermas y la filosofía jurídica alemana.
5. La expresión o acepción de la Retórica como persuasión consiste en el sentido persuasivo intrínseco y originario de la Retórica y a la eficacia argumental práctica; la expresión o acepción como Argumentación Retórica, en el sentido de Perelman, se refiere a la eficacia argumental teórica, por ello podemos concluir que la Argumentación Jurídica es un espacio que se construye a través de la aplicación de la Retórica teórico-práctica (argumentación retórica) con los diversos elementos y categorías jurídicas del Derecho, la cual tiene un amplio potencial para mejorar el proceso de justificación de decisiones judiciales.

## **Sobre el modelo de Robert Alexy**

6. La Teoría del Derecho de Alexy y en particular su modelo de argumentación conecta el discurso práctico general, la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general, en la que incorpora la justificación discursiva de los derechos humanos y la pretensión de corrección para lo cual establece una conexión necesaria entre derecho y moral.
7. Para Alexy el Derecho tiene una naturaleza dual, en la que el Derecho tiene una dimensión real y otra ideal, y busca crear un sistema cuya idea es la institucionalización de la razón; esta institucionalización además requiere el carácter autoritativo del Derecho y la conexión necesaria entre Derecho y moral.
8. El modelo de Alexy, considerando todos sus elementos, es un modelo teórico avanzado que tiene como objetivo alcanzar decisiones jurídicas correctas, y, aunque algunas de sus reglas podrían ser consideradas como idealizadas o poco realistas, para su instrumentación práctica se ha optado por aplicar el principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios como núcleo

del modelo, con lo que se le asigna criterios de objetividad y racionalidad.

9. Respecto a la crítica de que el principio de proporcionalidad no consiste en un proceso racional, en nuestra opinión precisamente lo valioso del mecanismo de ponderación, como lo explica Alexy, radica en que, en función de las circunstancias, la precedencia ante colisión de principios puede ser solucionada en uno o en otro sentido, lo cual resultará con base en los aspectos valorativo (gradación para cada principio), argumentativo y de racionalidad para cada caso en específico.
10. Para fortalecer el modelo de Alexy es preciso a su vez que el *procedimiento de ponderación* se fortalezca en su racionalidad y su legitimidad: en cuanto a su racionalidad se deben disponer criterios que permitan entenderla como un método racional, para que no se considere como subjetivo o arbitrario, y en cuanto a su legitimidad se deben establecer límites de competencias para ponderar entre órganos jurisdiccionales y otros órganos, lo cual permitirá a su vez mejorar el Estado Constitucional y el Estado de Derecho.
11. En correlación con la conclusión anterior, es relevante que la SCJN mediante jurisprudencia ha reconocido al *test de proporcionalidad* como una herramienta argumentativa y de interpretación adicional que puede ser utilizada por los Juzgadores para verificar la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental.
12. Aunque no se realizó un análisis específico distinto a la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito jurisdiccional, se considera que el principio de proporcionalidad, y por tanto, el subprincipio de ponderación, pueden ser aplicados a otro tipo de decisiones, por ejemplo en el ámbito legislativo, electoral, o en la actividad de regulación de órganos administrativos o reguladores del Estado.

## Sobre el modelo de Neil MacCormick

13. El modelo argumentativo de MacCormick, con *Retórica y Estado de Derecho* da un giro hacia la Teoría de la Argumentación Jurídica y le asigna un gran peso a la Retórica, la razón práctica y el carácter institucional del Derecho, respecto a su planteamiento previo en la teoría de

interpretación jurídica positivista expuesta en *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*.

14. La visión del Derecho de MacCormick expuesta en *Practical reason in law and morality, Instituciones del Derecho y Retórica y Estado de Derecho* se ubica en la concepción Post-positivista (o Positivismo hermenéutico) del Derecho.
15. La teoría argumentativa de MacCormick es **post-positivista** y trata de armonizar la dimensión autoritativa y la valorativa del Derecho, además de no contraponer los principios a las reglas, ni la ponderación a la subsunción; es consciente de la necesidad de contar con esos dos tipos de enunciados normativos y con ambas formas de argumentación, además de estar de acuerdo con el activismo judicial.
16. MacCormick, en forma similar a Alexy, busca mostrar la relación que existe entre principios y valores en el sistema jurídico, en la aplicación o puesta en práctica del sistema jurídico y en su interpretación, y en cómo las reglas de conducta deben realizar valores fundamentales.
17. La teoría de MacCormick es ecléctica, dado que para la resolución de casos difíciles hace uso de los procedimientos silogístico, retórico-discursivo y de argumentación práctica.
18. MacCormick no acepta en su totalidad la tesis de Dworkin sobre la única respuesta correcta, pero sí la idea de Alexy sobre la pretensión de corrección y de que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general, por lo cual debe cumplir las condiciones de racionalidad y razonabilidad que se aplican en el razonamiento práctico.
19. En la perspectiva de MacCormick, los jueces no solo deben indagar y descubrir, **sino tener la capacidad de corrección o la capacidad de discernirla en un sentido público de corrección**, es decir, deben crear Derecho.
20. El modelo de MacCormick es menos conocido en México y América Latina que el de Alexy, lo cual se explica por la tradición romanista de los modelos jurídicos en América Latina; sin embargo, consideramos que existe un gran potencial para desarrollar el análisis jurisprudencial tomando como referencia el método del precedente judicial que toma como base la *Ratio decidendi*.

# Bibliografía

---

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- ALBURQUERQUE GARCÍA, Luis, *La retórica de la Universidad de Alcalá. Contribución al estudio de la teoría literaria hispánica del Siglo XVI*, Tesis Doctoral, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filología, 1992.
- ALEINIKOFF, Thomas Alexander, *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, trad. de Jimena Aliaga Gamarra, Lima, Palestra, 2015.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2010.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2017.

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. de Francisco Gallach Palles. Madrid, Luis Rubio, 1931, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=767>.
- ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica, Órganon*, trad. de Miguel Candel Sanmartin, Madrid, Gredos, 1982.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, trad. de Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1999.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- ATIENZA, Manuel, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2008.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2005.
- AUSTIN, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, Chile, Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1955.
- BANDIERI, Luis María, “Argumentación y composición de conflicto jurídicos”, en PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- BANDIERI, Luis María, “Aportaciones de la retórica a la argumentación jurídica”, en OTERO PARGA, Milagros e IBÁÑEZ MARIEL, Roberto (coords.), *Argumentos de la Argumentación Jurídica, Panorama Práctico*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2012.
- BANKOWSKI, Zenon, MACCORMICK, Neil y MARSHAL, Geoffrey, “El precedente en Reino Unido”, en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, (eds.), *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.
- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos humanos y sus restricciones*, trad. de Gonzalo Villa



- Rosas, Lima, Palestra, 2017.
- BARTHES, Roland, *La Antigua Retórica*, trad. de Beatriz Dorriots, Barcelona, Gráficas Porvenir, 1982.
- BENGOETXEA, Joxerramon, *Neil MacCormick y la Razón Práctica Institucional*, Lima, Grijley, 2015.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel, *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2011.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.
- BEUCHOT, Mauricio, *Retóricos de la Nueva España*, México, UNAM, 1996.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa-UNAM, 2014.
- CARMONA TINOCO, José Ulises, “Panorama breve sobre la retórica, su naturaleza y su evolución histórica”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (eds.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM, 2005.
- CICERÓN, Marco Tulio, *Obras Completas*, trad. de Marcelino Menéndez Pelayo, Madrid, 1924, t. I. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/778-obras-completas-de-marco-tulio-ciceron-t-i>.
- CORREAS, Oscar, *Razón, retórica y derecho. Una visita a Hume*, México, Ediciones Coyoacán, 2009.
- DEHESA, Gerardo, *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, México, SCJN, 2007.
- DEHESA, GERARDO, *Elementos indispensables de Retórica para Jueces, Litigantes y público en general*, México, SCJN, 2018.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.

- DWORKIN, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en DWORKIN, Ronald (comp.), *La Filosofía del Derecho: Breviarios 288*, trad. de Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ESCOTO, Iván, *El impacto de la argumentación jurídica. En los juicios y en la oralidad*, México, UBIJUS, 2011.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La Argumentación en la Justicia Constitucional*, Lima, Grijley, 2013.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, 2011.
- GABRIEL MAINO, Carlos Alberto, “La argumentación como camino para la búsqueda y conocimiento de la verdad en la historia de Occidente y en nuestros días”, en PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- GADAMER, Hans Georg, *Verdad y Método*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1993.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en RESTREPO SANÍN, Ricardo (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Ponderación y subsunción: ¿Son intercambiables y se eligen a conveniencia? en ORTEGA GARCÍA, Ramón, (coord.), *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*, I Congreso de Filosofía del Derecho para el mundo latino, Alicante, Universidad de Alicante, 2016. Recuperado de: [http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderación.García Amado.PonenciaAlicante](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderación.García%20Amado.PonenciaAlicante).
- GARCÍA GODÍNEZ, Miguel Ángel, *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick*, México, SCJN-Centro de Estudios Constitucionales, 2017.

- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría de la argumentación. Funciones, fines y expectativas”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Contexto de descubrimiento y contexto de justificación”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Justificación interna y justificación externa”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones Preliminares de Filosofía*, México, Porrúa, 1980.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Particularidades de la interpretación constitucional”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los argumentos de la interpretación”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, México, Gedisa, 2016.
- GUERRERO, Omar, *El abogado en el Bufete, el Foro y la Administración Pública*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987.

- HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, México, Porrúa, 2007.
- HAMILTON, Willam Gerard, *Lógica Parlamentaria*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *Argumentación jurídica*, México, Oxford University Press, 2010.
- HERRERA DÁVILA, José y ALVEAR, Antonio, *Lecciones de retórica y poética*, Sevilla, Imprenta de D. Mariano Caro, 1823.
- HUME, David, *Investigación sobre los principios de la moral*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza editorial, 2014.
- ISIDORO de Sevilla, *Etimologías*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos – Oxford University Press. Versión bilingüe del texto latino de Wallace M. Lindsay, Scriptorum Classicorum Bibliotheca Oxoniensis, 2004.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. de Roberto Ramírez Aramayo, Madrid, Alianza editorial, 2002.
- KENNEDY, George A., *Classical Rhetoric and its Christian and secular tradition from ancient to modern times*, North Carolina, The University of North Carolina Press, 1999.
- LAPORTA, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, México, Fontamara, 2007.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, *Argumentación jurídica, Estudios prácticos*, México, Porrúa, 2012.
- LATORRE, Virgilio, *Bases metodológicas de la investigación jurídica*, México, Tirant Lo Blanch, 2012.
- LÓPEZ GRIGERA, Luisa, *La Retórica en la España del Siglo de Oro*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1995.
- LÓPEZ BELLO, Héctor, “Aportaciones de la hermenéutica a la argumentación jurídica”, en OTERO PARGA, Milagros e IBÁÑEZ MARIEL, Roberto (coords.), *Argumentos de la Argumentación*

- Jurídica, Panorama Práctico*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2012.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, *Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Nuevos modelos hermenéuticos y argumentativos*, México, Porrúa, 2016.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.
- MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MACCORMICK, Neil, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- MACCORMICK, NEIL, *H. L. A. Hart*, Stanford, Stanford University Press, 2008.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel, 1986.
- MACCORMICK, Neil, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, Libro electrónico ePub, 2016.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.
- MACCORMICK, Neil, *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, trad. de José A. Gascón Salvador, Lima, Palestra Editores, Libro electrónico ePub, 2018.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MONTAIGNE, Michel de, *Los ensayos*, trad. de J. Bayod Brau, Barcelona, Acantilado, 2007
- MORESO, Josep Joan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en Alexy, Robert (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-México, Fontamara, 2007.
- MORTARA GARAVELLI, Bice, *Manual de Retórica*, trad. de Ma. José Vega, Madrid, Cátedra, 2015.

- MURO, Eliseo, *Algunos principios de retórica y argumentación jurídica para la práctica jurisdiccional tradicional y juicios orales*, México, UBIJUS, 2012.
- NAVA TOVAR, Alejandro, *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos-UAM, 2015.
- NEBRIJA, Antonio de, *Retórica*, Introd., ed. crít. y trad. de Juan Lorenzo (ed. bilingüe), Lelii Antonii Nebrjssensis Grammatici Opera VI, Salamanca, Universidad de Salamanca (Versión de 1515), 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Escritos sobre retórica*, trad. de Luis Enrique de Santiago Guervós, Madrid, Trotta, 2000.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política I. Los escritos de Carlos S. Nino*, Buenos Aires, Gedisa, 2007.
- OSORIO ROMERO, Ignacio, *Floresta de gramática, poética y retórica en Nueva España (1521-1767)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1997.
- OTERO PARGA, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2014.
- PECZENIK, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003.
- PECZENIK, Aleksander, “La fuerza vinculatoria del precedente”, en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.
- PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2009.
- PÉREZ CORTÉS, Sergio, *La travesía de la escritura. De la cultura oral a la cultura escrita*, México, Taurus, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación*, Lima, Palestra, 2007.

- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas, Problemas del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra, 2013.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “La teoría de la interpretación en el origen de la justicia constitucional y en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- QUINTILIANO, Marco Fabio, *Instituciones Oratorias*, trad. de Ignacio Ramírez y Pedro Sandier, Madrid, Imprenta de Perlado Páez y Compañía, 1916.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2006.
- REYES, Alfonso, *Obras Completas, XIII: La Crítica en la Edad Ateniense, La Antigua Retórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- RIVERA, Faviola, *Virtud y justicia en Kant*, México, Fontamara, 2003.
- ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES, Carolina, “De la retórica Antigua a la argumentación contemporánea”, en PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo (comps.), *La argumentación jurídica: problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- SÁNCHEZ DE LAS BROZAS, Francisco, *El arte de hablar (1556)*, trad. de Luis Merino Jerez, Madrid, Madrid, Alcañiz-Madrid, 2007.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *El arte de tener razón*, Madrid, Alianza editorial, 2017.
- SCHWABE, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Aleman. Extractos de las sentencias más relevantes*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Fundación

- Konrad Adenauer, 2009.
- SEARLE, John, *Actos de habla, Ensayo sobre filosofía del lenguaje*, trad. de Luis M. Valdés Villanueva, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994.
- SIECKMANN, Jan-R., *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y Crítica*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2014.
- TOULMIN, Stephen, *The uses of argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 1958.
- TOULMIN, Stephen, RIEKE, Richard y JANIK, Allan, *An introduction to reasoning*, New York, Macmillan publishers, 1984.
- TWINING, William y MIERS, David, *How to Do Things with Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- VALADÉS, Diego, *Retórica Cristiana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- VAZ FERREIRA, Carlos, *Lógica Viva*, Montevideo, Centro Cultural de España, 1963.
- VERA, Francisco, *San Isidoro de Sevilla, Siglo VII*, Madrid, M. Aguilar Editor, 1936.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964.
- VICO, Giambattista, *Elementos de Retórica: El sistema de los estudios de nuestro tiempo y Principios de oratoria*, Madrid, Trotta, 2005.
- VIGO, Rodolfo Luis, “Argumentación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, México, UNAM, 2009.
- VIGO, Rodolfo Luis, *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial y Tirant Lo Blanch, 2017.
- VIVES, Juan Luis, *Obras completas*, trad. de Lorenzo Riber, Madrid, Aguilar, 1947.
- VIVES, Juan Luis, *El arte retórica. De Ratione Dicendi*, trad. de Ana Isabel Camacho, Barcelona, Anthropos, 1998.



ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2016.

# Hemerografía

---

- AARNIO, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000.
- ALEINIKOFF, Thomas Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, 96, No. 5, 943-1005, 1987.
- ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa*, 5, 139-151, 1988.
- ALVEZ, Amaya, “¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 253, 2010.
- ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de ‘razonable’”, *Doxa*, 4, 1987.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1991.
- ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Robert Alexy”, *Doxa*, 24, 2001.
- ATIENZA, Manuel, “Entrevista a Neil MacCormick”, *Doxa*, 29, 2006.
- ATIENZA, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta”, *Jurid. MANIZALES (COLOMBIA)*, 6(2), Julio-Diciembre, 2009.
- ATIENZA, Manuel, “Ponderación y sentido común jurídico”, *Revista del Centro de Estudios Consti-*

- tucionales*, 4, 2017.
- BERLIN, Isaiah, “Giambattista Vico”, *Cuadernos sobre Vico*, 11-12 (1999-2000), 2000.
- BERMEJO LUQUE, Lilia, “Filosofía y Retórica: El lugar de la teoría de la argumentación”, *Daimon. Revista de Filosofía*, 30, 2003.
- CALSAMIGLIA, Albert, “La retórica de Critical Legal Studies: impresiones de un lector español”, *Doxa*, 11, 1992.
- CAMPUZANO, Adriana, “Aplicaciones de la argumentación constitucional en la sede judicial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2, 2016.
- CARBONELL, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, IV, 7-8, 2007.
- CIANCIARDO, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 108, 2003.
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, “Reseña de Neil MacCormick, Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 14, 2017.
- CUNO CRUZ, Humberto Luis, “Razón, racionalidad y razonabilidad. ¿Qué los identifica y diferencia?”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Reg. Belo Horizonte*, Núm. 51(81), 205-218, 2010.
- DÍEZ GARGARI, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, 26 (1), 2012.
- DE FAZIO, Federico, “Sobre la Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y Crítica, de Jan-R. Sieckmann”, *Isonomía*, 44, 2016.
- GÓMEZ CERVANTES, María del Mar, “El zigzagueante y dilatado recorrido de la retórica: un acercamiento a su cambiante valoración”, *Interlingüística*, 17, 2007.
- GIMÉNEZ, Gilberto, “Lengua, discurso, argumentación”, *Signos literarios y lingüísticos*, 4, 2002.
- HERRASTI, Francisco de P., “Recuerdos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, *Revista de la*

- Facultad de Derecho de México*, 3 (10), 1953.
- LÓPEZ EIRE, Antonio, “La naturaleza retórica del lenguaje”, *Revista de Retórica y Teoría de la Comunicación*, Año V (8/9), 2005.
- LÓPEZ EIRE, Antonio, “Retórica Antigua y Retórica Moderna”, *HVMANITAS*, Vol. XLVII, 1995.
- MACCORMICK, Neil, “Law as Institutional Fact”, *Law Quaterly Review*, núm. 90, 1974.
- MACCORMICK, Neil y BANKOWSKI, Zenon, “La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VIII, 1991.
- MARTÍNEZ FALERO, Luis, “La retórica en el siglo XX. Hacia una Retórica General”, *Cuadernos de Filología Hispánica*, 20, 2002.
- MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, “Leibnitz y la ciencia jurídica”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, 14, 1996.
- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, “Apuntes para la Historia de la Facultad de Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 10, 1953.
- MORENO CRUZ, Rodolfo, “Argumentación: por qué y para qué”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XVI (133), 2012.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Los operadores jurídicos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 72, 1986-1987.
- PEREDA, Carlos, “Sobre la Retórica”, *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, 12, 2000.
- PÉREZ-VALERA, Víctor Manuel, “Relación entre Moral y Derecho”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 33, 2003.
- PUY MUÑOZ, Francisco, “Sobre oralidad y argumentación jurídica”, *Dereito*, 18(2), 2009.
- RAMÍREZ TREJO, Arturo, “La retórica novohispana: origen, desarrollo y doctrina (siglos XVI-XVIII)”, *Nova Tellis*, 30-1, 2012.
- RODRÍGUEZ BELLO, Laura, “El modelo argumentativo de Toulmin en la escritura de artículos de

- investigación educativa”, *Revista digital universitaria*, 5 (1), 2004.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, “La filosofía del derecho de Inmanuel Kant”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 242, 2004.
- TORRES ZÁRATE, Fermín y GARCÍA MARTÍNEZ, Francisco, “La argumentación jurídica y su impacto en la actividad judicial en México”, *Alegatos*, 68-69, 2008.
- SCHIAVELLO, Aldo, “Neil MacCormick’s Second Thoughts on Legal Reasoning and Legal Theory. A Defence of the original view”, *Ratio Juris*, Vol. 24, No. 2, 2011.
- VÁZQUEZ-GÓMEZ, Francisco, “La ponderación en movimiento. Un ejemplo de su aplicación como medio para resolver la colisión entre derechos fundamentales”, *Ars Iuris*, 44, 2010.
- VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar, “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 12, 2009.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis, “La argumentación jurídica en el common law y en nuestro sistema romano-germánico. Dos ejemplos”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 3 (7), 2007.

# Jurisprudencia

---

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 237/2014, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Primera Sala, votado por mayoría de 4 votos el 4 de noviembre de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 1115/2017, Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo, votado por mayoría de 4 votos el 11 de abril de 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 623/2017, Min. José Ramón Cossío Díaz, votado por mayoría de 4 votos el 13 de junio de 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 547/2018, Min. Norma Lucía Piña, votado por mayoría de 4 votos el 31 de octubre de 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 548/2018, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, votado por mayoría de 4 votos el 31 de octubre de 2018.

Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXIII/2016, de rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 915. Reg. 2013156.

Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXV/2016, de rubro “PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 902. Reg. 2013143.

Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXVIII/2016, de rubro “SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 911. Reg. 2013152.

Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXX/2016, de rubro “TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 914. Reg. 2013154.

Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXXII/2016, de rubro “CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 894. Reg. 2013136.

Tesis [J] 1a. /J 9/2019, de rubro “PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2019, p. 496. Reg. 2019382.

Tesis [J] 2a. /J 10/2019, de rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2019, p. 838. Reg. 2019276.

Tesis [J] 1a. /J 25/2019, de rubro “PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA NECESARIA PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, marzo de 2019, p. 1127. Reg. 2019511.

# Legislación y Normatividad

---

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Fiscal de la Federación.

Ley General de Salud.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

ACUERDO GENERAL NÚMERO 19/2014, de veintiséis de agosto de dos mil catorce, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece el Estatuto del Centro de Estudios Constitucionales de este Alto Tribunal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Septiembre de 2014.