



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y VALORACIÓN
JUDICIAL DE LA PRUEBA**

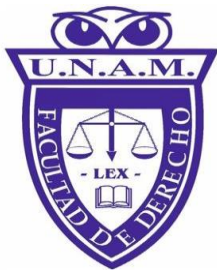
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

JOSÉ EDUARDO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ



**DIRECTOR DE TESIS:
DR. MIGUEL ÁNGEL SUÁREZ ROMERO**

CIUDAD UNIVERSITARIA SEPTIEMBRE 2020



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

OFICIO NO. SFD/27/07/2020

ASUNTO: Aprobación de tesis

MTRA. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECTORA GENERAL.
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E

Distinguida Directora:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, elaborada en este seminario por el pasante en Derecho, **C. José Eduardo Hernández González**, con número de cuenta 310277048, bajo la dirección del Dr. Miguel A. Suárez Romero, denominada “**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y VALORACIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA**”, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

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

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
“**POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU**”
Ciudad Universitaria, D. F., a 29 de julio de 2020

DRA. SOCORRO APREZA SALGADO
DIRECTORA

Dedicatoria.

A mis padres por su amor, paciencia y esfuerzo incansable.

A mis abuelos Fulgencio y Andrea por su cariño inigualable.

A mi alma mater, por darme los mejores años de mi vida en sus aulas.

ÍNDICE

APARTADO	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO PRIMERO	
ASPECTOS GENERALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	
1. Concepto de argumento y argumentación.....	11
2. Tipos de argumentación.....	12
2.1. Argumentación oral y escrita.....	13
2.2. Argumentación coloquial y formal.....	14
2.3. Argumentación demostrativa.....	14
2.4. Argumentación persuasiva.....	14
2.5. Argumentación positiva y negativa.....	15
3. Concepto y ubicación de la argumentación jurídica.....	15
4. Historia de la argumentación jurídica.....	18
5. Algunos modelos argumentativos.....	19
5.1. La tópica y el razonamiento jurídico.....	19
5.1.1. Antecedentes.....	19
5.1.2. Tópica y jurisprudencia.....	22
5.1.3. Características de la tópica de Viehweg.....	24

5.1.4. Conceptos básicos de la tónica.....	26
5.2 Perelman – Olbrechts y la nueva retórica.....	27
5.2.1. Conceptos y elementos fundamentales de la teoría de Perelman y Olbrechts	28
5.2.2. Los límites de la argumentación.....	29
5.2.2.1. Demostración y argumentación.....	29
5.2.2.2. El contacto intelectual.....	30
5.2.2.3. El orador y su auditorio.....	31
5.2.2.4. El auditorio como construcción del orador.....	31
5.2.2.5. Adaptación del orador al auditorio.....	32
5.2.2.6. Persuadir y convencer.....	32
5.2.2.7. El auditorio universal.....	33
5.2.3. Los presupuestos de la argumentación.....	34
5.2.3.1. Las premisas de la argumentación.....	34
5.2.3.2. Los tipos de objeto y acuerdo. Los hechos y las verdades.....	35
5.2.3.3. Las presunciones.....	36
5.2.3.4. Los valores.....	37
5.2.3.5. Valores abstractos y valores concretos.....	37
5.2.3.6. Las jerarquías.....	38

5.2.3.7. Los lugares.....	38
5.2.4. El punto de partida de la argumentación.....	40
5.3. MacCormick y la teoría integradora de la argumentación.....	41
5.3.1. Introducción.....	41
5.3.2. Aplicabilidad de las deducciones en el razonamiento jurídico.....	44
5.3.3. El problema de la justicia formal.....	47
5.3.4. La justificación de segundo orden o nivel. Coherencia y consistencia.....	49
5.3.4. El requisito de coherencia. Los principios y la analogía.....	51

CAPÍTULO SEGUNDO

EL MODELO ARGUMENTATIVO DE STEPHEN TOULMIN

1. Acerca de Toulmin.....	54
1.2. A manera de introducción.....	55
2. Campos de argumentación y términos modales.....	55
2.1. Las fases de un argumento.....	58
3. Probabilidad.....	61
3.1. Probabilidad: el enfoque referencialista.....	63
3.2. La explicación expresivista de los términos probabilísticos.....	64
3.3. Verdad y probabilidad.....	66

4. La forma de los argumentos.....	67
4.1. Esquema de un argumento; datos y garantías.....	68
4.2. Esquema de un argumento. Cómo respaldar las garantías.....	73
5. Lógica operativa e idealizada.....	75
6. Esquema argumentativo de Toulmin.....	75

CAPÍTULO TERCERO

LA PRUEBA EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

1. . Introducción.....	78
2. Algunas de teorías de la prueba.....	78
3. Definición de prueba.....	80
3.1. Características de la prueba.....	84
4. Objeto de la prueba.....	85
5. Distinción entre prueba y probática.....	88
6. De las pruebas en particular.....	90
6.1. La confesional.....	90
6.2 La documental.....	92
6.2.1. La documental pública.....	93
6.2.2. La documental privada.....	93

6.3 La prueba testimonial.....	94
6.4 La prueba pericial.....	95
6.4.1 Idea y función del perito.....	96
6.5. La prueba presuncional.....	97
6.6. La prueba instrumental pública de actuaciones.....	99
6.7. Función argumentativa de la prueba.....	100
7. La valoración de la prueba.....	101

CAPÍTULO CUARTO

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR PARTE DEL JUZGADOR

1. La importancia de la prueba en la argumentación jurídica.....	107
2. Argumentación y silogismo.....	112
3. La prueba en el sistema argumentativo de Toulmin.....	115
4. Modelo argumentativo propuesto.....	117
5. La prueba como sustento del hecho	120
6. Certeza Jurídica a partir de hechos probados y argumentación jurídica.....	121
CONCLUSIONES.....	125
BIBLIOGRAFÍA.....	131

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de dos mil once se ha buscado cambiar el paradigma sobre la impartición de justicia introduciendo al derecho positivo figuras como la interpretación *pro homine* y el control de la constitucionalidad en sus modalidades concentrado y difuso.

Sin embargo, al momento de que los órganos que conocen de las controversias proponen la solución de los asuntos que tienen a su cargo, la forma de plantear la argumentación ha dejado de lado la composición de la realidad que ante ellos se presenta, en otras palabras, la forma de obtener la verdad sobre la cual habrá de juzgarse ha quedado de lado.

Al respecto, las diversas teorías de la argumentación jurídica buscan una respuesta en la forma de los argumentos que habrán de exponer los órganos jurisdiccionales, sin embargo, pareciera que se han olvidado de la forma de obtención de los hechos lo que genera la impresión de que es un aspecto ajeno a la argumentación, es decir, pareciera que los medios de prueba quedan fuera del esquema formal de las decisiones jurisdiccionales.

En general, a las teorías de la argumentación jurídica se les ha dado impulso a fin de crear un sistema en el cual se puedan evitar arbitrariedades por parte de los juzgadores obligando a estos a fundar y motivar sus decisiones desde el ámbito jurídico, sin embargo, hablando de razonar y justificar su decisión desde la teoría del derecho y la probática resulta este un punto poco explorado.

En atención a lo anterior, es necesario introducir en el esquema argumentativo de la resolución de controversias a la prueba como medio de obtención de los hechos, esto es, como un elemento de la argumentación; ello toda vez que con esta se busca tener una certeza jurídica sobre todos los elementos que habrá de tomarse en cuenta al momento de tomar una decisión y que habrán de formar parte de la argumentación de las sentencias.

Ante esta realidad es que resulta prudente preguntarse cuál es el valor de la prueba dentro del sistema argumentativo, dicho de otra forma, cuál es el papel que debe revestir la prueba como factor que sostenga un punto a defender a fin de conjuntar los puntos de vista del actuar jurídico, en otras palabras, es indispensable entender a la argumentación como sistema de justificación de las decisiones y la prueba como ente que acredita o no la posible actualización de hipótesis normativas que provoquen un cambio en el mundo jurídico.

Esto es, la introducción de la forma en que habrá de valorarse las pruebas como uno de los elementos de la argumentación jurídica tiene como finalidad que la misma se sustente en hechos o proposiciones que coadyuven a la seguridad jurídica de los justiciables.

Por ello, es que en este trabajo se busca un acercamiento a un esquema argumentativo en el que se tome las pruebas y su valoración como elementos para la argumentación que hacen los órganos jurisdiccionales cuando ponen fin a las controversias de las que conocen.

En otras palabras, con este trabajo se busca encontrar un lugar dentro de uno de los esquemas de la argumentación jurídica en los que la prueba forme parte fundamental para la decisión de las controversias.

En atención a lo anterior, es que en el primer capítulo se habla sobre la argumentación en su concepto general, el concepto de argumento y la argumentación jurídica en lo particular, haciendo un breve estudio sobre algunos modelos argumentativos.

Asimismo, a fin de poder entender el tema planteado, en la segunda parte de este trabajo se estudia el modelo argumentativo de Stephen Toulmin, que resulta ser uno de los sistemas más utilizados en el ámbito jurisdiccional.

Por lo que se entiende que en el segundo capítulo se busca entender el sistema comúnmente más usado en la argumentación en el ámbito jurisdiccional; mismo

que servirá de base para el análisis de la prueba dentro de un modelo argumentativo.

Adicionalmente, en el capítulo tercero, se aborda el tema de la prueba, su definición y la su valoración por parte de del juzgador para crear convicción sobre los hechos discutidos.

Finalmente en el capítulo cuarto se aborda la prueba, su valoración dentro del sistema argumentativo de Stephen Toulmin y su relación con la fundamentación de la sentencia.

El autor.

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. Concepto de argumento y argumentación

Cuando nos referimos a la argumentación jurídica, antes que otra cosa, tenemos que hablar sobre los conceptos de argumento y argumentación en general, toda vez que como puede apreciarse a primera vista la argumentación jurídica es una especie de la argumentación y para poder entenderla tenemos que saber de dónde deviene, lo que justifica la pertinencia del presente punto.

En principio, conviene tener a la vista que según lo expuesto por Hernández Franco la palabra argumentación proviene del término *arguere* que quiere decir sacar en claro o dejar ver con claridad.¹

Por otro lado, la Real Academia de la Lengua Española define al argumento como un razonamiento para probar o demostrar una proposición o para convencer de lo que se afirma o se niega,² en el mismo sentido Rojas Amandi define argumento como cualquier medio lingüístico que sirve para convencer o persuadir a alguien de una posición.³

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que cuando hacemos alusión a la argumentación estamos hablando sobre la actividad lingüística consistente en dejar en claro una posición a fin de convencer o persuadir a alguien de lo que se afirma o niega, o sea, de nuestra posición.⁴

¹ Hernández Franco, Juan A., *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2012, p. 32.

² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.a ed. <http://dle.rae.es/?id=3YKtkpX>.

³ Rojas Amandi, Víctor M., *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2010, p. 16.

⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, 3ra reimpresión, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 20 - 21.

Por otro lado, cuando hacemos mención al argumento nos estamos refiriendo a la actividad producto de la argumentación⁵ o expuesto en otras palabras, es ofrecer una razón o los intentos de apoyar a cierta decisión.⁶

Al mismo tiempo, para Wheston argumento es ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión, para este autor el argumento no es simplemente la afirmación de ciertas opiniones ni se trata de una disputa, sino, por el contrario es el intento de apoyar ciertas opiniones con razones.⁷

Retomando lo anterior, podemos concluir que el argumento como producto de la argumentación es la materialización de esta ya que es en el argumento donde se ofrecen a fin de convencer o de apoyar una conclusión u opinión las razones que nos permiten llegar a ese punto, por lo que redundando en lo expuesto previamente, el argumento es dar las razones que permiten convencer al otro de la proposición que afirmamos o negamos.

Aunando a lo anterior, en la doctrina algunos autores como Rojas Amandi,⁸ identifican que Hume establece que los razonamientos que podemos hacer valer y para corroborar nuestras afirmaciones pueden ser de tres tipos, a) demostrativos, b) de probabilidad y c) empíricos; los primeros proceden de meras operaciones del pensamiento y sirven para justificar las relaciones de ideas entre sí y el razonamiento moral pues implica valoraciones, en cuanto a los de probabilidad estos se fundamentan en la superioridad de posibilidad entre dos opciones y en una creencia firme, finalmente en cuanto a los últimos estos son los que se fundan en la relación causa efecto, medios y fines se respaldan en la experiencia, se caracterizan por trasladar las conclusiones del pasado al futuro.⁹

2. Tipos de Argumentación

⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁶ Hernández Franco, Juan A., *op. cit.*, p. 33

⁷ Weston, Antony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 15.

⁸ Rojas Amandi, Víctor M., *op. cit.*, p. 16.

⁹ *Idem*.

Como ya se expuso, la argumentación jurídica es solo un tipo de la argumentación, dicho de otro modo, la argumentación es la especie y la argumentación jurídica el contenido, por lo que si tratamos de definir la argumentación jurídica el género próximo lo vamos a encontrar necesariamente en la argumentación en su acepción general.

En general, podríamos hablar de que los fines de la argumentación son el definir la posición del hablante respecto de un posible problema, así como que sirve también como procedimiento para descubrir, formular y analizar datos u opiniones, o como de la justificación de la propia posición, etcétera.¹⁰

Por lo anterior, resulta pertinente adherirse a la visión de Galindo Sifuentes y exponer algunos tipos de argumentación que aunque su nombre y en ocasiones el método también cambie su finalidad sigue siendo alguna de las enunciadas previamente.¹¹

Ahora, dichos tipos de argumentación se expondrán brevemente sin el afán de profundizar en ellas pues su enunciación es con la finalidad de entender el concepto de argumentación y argumentación jurídica y no en sí los tipos de argumentación, mismos que a continuación se citan.

2.1. Argumentación oral y escrita

Cuando hablamos de la argumentación oral y escrita además de la forma de comunicación cambian muchos aspectos, a saber, cuando realizamos la argumentación verbal por lo general la hacemos de manera espontánea y sin reglas, suprimimos las premisas del argumento por ser obvias o estar sobre entendidas, en cambio, cuando hablamos de argumentación escrita estamos frente a un tipo de argumentación que nos permite construir razonamientos

¹⁰ Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación jurídica, técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 2da ed., México, Porrúa, 2013, p. 5.

¹¹ *Idem.*

formales o informales cuyo objeto es mostrar la verdad o falsedad de las premisas en las que fundamentamos nuestro razonamiento.¹²

2.2. Argumentación coloquial y formal

De la misma manera, Galindo Sifuentes nos hace mención que en términos generales cuando se hace alusión de la argumentación coloquial se hace referencia a aquella que cualquier persona desarrolla en una conversación o discusión, esta no se sujeta a las reglas de la lógica para crear convicción muchas veces lo que cuenta son las habilidades naturales para convencer.

En oposición a este tipo de argumentación existe la argumentación formal la cual sigue las pautas lógicas que permiten corregir la validez de los razonamientos, para poder intervenir en esta se debe tener conocimiento y práctica de la lógica para que los argumentos expuestos sigan sus reglas a fin de poder ser demostrados.¹³

2.3. Argumentación demostrativa

Según Galindo Sifuentes en este tipo de argumentación, se presentan las premisas de las cuales se deduce la conclusión, en esta no puede ser de otra manera ya que se parte de una idea de que la inferencia natural conduce a la conclusión presentada.¹⁴

Sobre la misma base, de la lectura de Rojas Amandí, se puede concluir que la argumentación demostrativa se sustenta en razonamientos que podemos hacer para corroborar nuestras afirmaciones mismos que proceden de operaciones del pensamiento y sirven para justificar relaciones de ideas entre sí y el razonamiento, entre otros, moral, pues implica valoraciones.¹⁵

2.4. Argumentación persuasiva

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Rojas Amandí, Víctor M., *op. cit.*, p. 28.

Cuando hacemos referencia a este tipo de argumentación se habla de aquella que intenta lograr un convencimiento sin acudir a las reglas y principios de la lógica, por lo regular se convence a los interlocutores gracias a las técnicas argumentativas que se emplean, en ocasiones, para lograr dicho convencimiento se usa voluntaria o involuntariamente falacias que buscan influir entre los sujetos lo que provoca que la argumentación desde las reglas lógicas no sea formalmente válida pero sí altamente persuasiva.¹⁶

Este tipo de argumentos no se entiende sin el tipo de materia que les es propia, a saber, su racionalidad la que no es apreciable o evaluable más que cuando se estudian íntegramente, menciona Graciela Fernández Ruíz que este tipo de argumentos suelen estudiarse en la llamada lógica material o lógica informal.¹⁷

En palabras de la citada autora, respecto de estos argumentos se pueden destacar tres características definitorias *(i)* no están restringidos a tratar sobre un género específico de asuntos, sino, pueden argumentarse en todo tipo de cuestiones, *(ii)* se basa en proposiciones simplemente probables, entendiendo probable como algo plausible y *(iii)* es un método para desarrollar argumentos, sin embargo, no hay axiomas sino reglas de inferencia también llamadas tópicos.¹⁸

2.5 Argumentación positiva y negativa

La argumentación positiva es aquella mediante la cual se respalda una postura con razones convincentes para demostrar su aceptabilidad, en tanto que la negativa es aquella que rechaza o refuta los comentarios, la argumentación está dirigida contra la tesis, la pretensión o conclusión expuesta.¹⁹

3. Concepto y ubicación de la argumentación jurídica

¹⁶ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷ Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2da ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 37.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 6.

La primera dificultad que se presenta al entrar al estudio de la argumentación jurídica es encontrar su definición ya que muchos autores omiten brindar una definición explícita, además de que existen diversas expresiones que pareciera que son empleadas para referirse al mismo objeto de estudio.²⁰

En este sentido, de la exposición que hace Galindo Sifuentes en su obra sobre argumentación jurídica y tomando con certeza la referencia que hace respecto de Ruy Muñoz, se tiene que la argumentación jurídica es la acción de inventar razonamientos con pruebas y justificaciones capaces de convencer a alguien de que reconozca un derecho ajeno el cual no reconoce.²¹

Asimismo, otra parte de la doctrina nos dice que la argumentación jurídica es una disciplina especial de la filosofía del derecho cuyo principal propósito es analizar los razonamientos que se utilizan para justificar como correctas las pretensiones planteadas por los actores del derecho.²²

Si se parte de la exposición hecha previamente del concepto de argumentación, en donde se hacía referencia a que su significación era esencialmente el dar razones en apoyo a una conclusión, entonces, en el ámbito jurídico la argumentación será aquella que utilice leyes, principios, precedentes y doctrina como respaldo a esas razones.²³

Igualmente, partamos del postulado de que la argumentación jurídica se da en tres campos de aplicación; el primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, el segundo es aquél que está relacionado con la aplicación de normas a la resolución de casos, en este aspecto cabe hacer una distinción en cuanto su relación con problemas concernientes a los hechos y al derecho, por último, el tercer ámbito referido a la dogmática jurídica tiene que ver con la actividad compleja con tres esenciales funciones; I) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar, II)

²⁰ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *Argumentación jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 331.

²¹ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 79.

²² Rojas Amandi, Víctor M., *op. cit.*, p. 46.

²³ Grajales A. y Negri N., *op. cit.*, p. 331.

aportar criterios para la aplicación del derecho y III) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.²⁴

Además de la argumentación jurídica, existen otras disciplinas que se encargan de estudiar los razonamientos que se utilizan en la aplicación de las normas jurídicas generales y abstractas para la solución de casos particulares y concretos, como la teoría de la interpretación jurídica, la lógica jurídica y la hermenéutica jurídica.²⁵

A fin de dilucidar un contraste entre estas y la argumentación jurídica conviene traer a colación las ideas de Rojas Amandi quien nos dice que la interpretación jurídica pretende reproducir con fidelidad los postulados básicos del principio de poderes, en ella se respeta que solo el legislador tiene la facultad de crear las normas y el juez es el aplicador de las mismas; ello es así toda vez que esta disciplina identifica al derecho junto con la ley como un sistema cerrado de disposiciones jurídicas puestas en vigor por la autoridad política. Su objetivo es dotar de sentido normativo a los enunciados incorporados a los cuerpos normativos vigentes.²⁶

Asimismo, en una aproximación podemos decir que la lógica jurídica trata sobre la corrección o falsedad de la estructura y fundamentación de los de los enunciados jurídicos o juicios de deber según los cuales tienen que ser abstractos y concretos; en esta disciplina se distingue entre las normas y los enunciados en el sentido de que los enunciados pueden ser correctos o incorrectos, en contrasentido las normas son válidas o inválidas, la tarea central de la lógica jurídica será determinar las fronteras dentro de las cuales un enunciado jurídico abstracto o concreto puede ser fundamentado de tal forma dada su pretensión de corrección resuelta jurídicamente correcta.²⁷

²⁴ Atienza, Manuel, *Las Razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 2.

²⁵ Rojas Amandi, Víctor M., *op. cit.*, pp. 47-54.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

Por su parte, la hermenéutica trabaja con la interpretación y el entendimiento de las expresiones, ahora la hermenéutica jurídica se ocupa en el entendimiento e interpretación de los textos legales con base en la consideración de su evolución histórica, esta se deslinda de la perspectiva de la lógica jurídica entendiendo que el sistema jurídico no es completo ni cerrado, que el juez está obligado a llenar las lagunas normativas y aportar algo creativo al derecho de tal forma que la aplicación de la norma por parte del juez no es reproductiva de la ley, sino, productiva del derecho.²⁸

En contraste la argumentación jurídica ve al derecho como un conjunto de procedimientos que fijan los momentos y los espacios dentro de los que se pueden hacer valer las argumentaciones jurídicas,²⁹ en la argumentación jurídica se parte del enfoque de un conflicto que busca una solución jurídica, presupone la actividad jurídica como *praxis* de conflictos en donde las contrapartes sostienen perspectivas opuestas sobre un mismo problema; la razón le asiste a quién pueda dar mejores argumentos para demostrar la razonabilidad de su posición.³⁰

4. Historia de la argumentación jurídica

Su aparición es reciente, se remonta a mediados del siglo XX, con la aparición de diferentes obras dedicadas a la aplicación de la lógica formal en el campo del derecho, por ejemplo; la nueva lógica matemática, lógica deóntica o lógica de las normas, ambas de Klug Von Wright en 1951, como también los trabajos dedicados a la investigación de los argumentos como el caso de la óptica de Viehweg y Levi, la nueva retórica de Perelman o la lógica operativa de Toulmin.³¹

²⁸ *Idem.*

²⁹ En esta cita, Rojas Amandi retoma los postulados de Jürgen Habermas en su obra *Fakitziatät und Geltug.*

³⁰ Rojas Amandi, *op. cit.*, p. 54.

³¹ *Idem.*

En La obra de Viehweg que surge en 1953 se advierte que para la decisión jurídica el problema de mayor importancia es el razonamiento jurídico, el *inventio* aparece en primer lugar y la *conclusión* o decisión en segundo.³²

Sin embargo es a partir de la década de los setenta que la expresión es acuñada definitivamente a las teorías *específicas* sobre la argumentación jurídica, tales como las de Neil MacCormic y Robert Alexy.

Anteriormente solo existían obras dedicadas a la lógica tradicional producto de las ideas griegas y romanas que fueron seguidas por la escolástica y que conformaban parte los estudios universitarios entonces las expresiones que se usaban para diferenciar a la lógica en su acepción general de la aplicada al derecho era el de retórica jurídica.³³

5. Algunos modelos argumentativos

Dentro del cumulo de las teorías que han aportado a la concepción actual de la argumentación jurídica tal y como se expuso en la breve historia relatada con antelación, han surgido algunos modelos argumentativos que han propiciado su nacimiento y evolución, es por esto que resulta pertinente exponer algunos de estos modelos argumentativos.

5.1. La tópica y el razonamiento jurídico

5.1.1. Antecedentes

A fin de entender en qué consiste la tópica, Viehweg considera necesario acudir a Aristóteles que le dio este nombre, menciona que en su obra del mismo nombre se ocupa del arte de disputar distinguiendo lo apodíctico de lo dialéctico; señalando que el primero será el campo de la verdad para los filósofos, mientras que el

³² *Idem.*

³³ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, pp. 333 - 334.

segundo se expresa como disputa y se asigna a los retóricos y sofistas como campo de lo meramente opinable.³⁴

Respecto de este punto es importante no pasar desapercibido que en la historia de la filosofía Aristóteles es uno de los primeros grandes pensadores, quien ha figurado a lado de Platón quién fuera su maestro. Ambos tuvieron posturas filosóficas divergentes, de las cuales su importancia en la teoría de la argumentación jurídica se puede resumir desde Aristóteles, en los siguientes puntos.³⁵

I. El papel fundamental de la lógica. De la cual Aristóteles ha sido el primer expositor cuando hablamos de esta como instrumento de conocimiento.

II. La función asignada a la retórica. Lo anterior en tanto que es concebida como un arte del habla y como facultad de considerar en cada caso lo que cabe para persuadir.

III. Se habla de una teoría del discurso especificado en tres dimensiones, discurso deliberativo, discurso judicial y discurso demostrativo.

IV. Importancia de los *topoi*. Estos son concebidos como lugares comunes en los que el orador encuentra las bases a los elementos de su argumentación.

V. Importancia dada a las partes del discurso. Esta parte se sustenta en los postulados consistentes en que *i)* el orador trata de ganar a su público, *ii)* la narración como acto de contar la historia, *iii)* la demostración o presentación de los argumentos y *iv)* el epílogo o conclusión del discurso.

Conviene decir que no podemos pasar inadvertida la obra de Aristóteles ya que parte de una caracterización de los argumentos dialécticos de los cuales se ocupaban los retóricos y los sofistas en contraste con los apodícticos o

³⁴ Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Díez-Picazo, Luis, Madrid, Taurus, 1969, p. 35.

³⁵ Suárez Romero, Miguel A. y Conde Glaxiola, N., *Argumentación jurídica; cuadernos de trabajo*, México, UNAM, Facultad de Derecho, Seminario de Filosofía del Derecho, 2009, p 39.

demostrativos que son de los que se ocupan los filósofos, esto es, de los argumentos erísticos y las pseudoconclusiones o paralogismos.³⁶

Los argumentos dialécticos, los de la tónica se diferencian de los apodícticos porque parten de lo simplemente opinable o verosímil y no de proposiciones primeras o verdaderas, sin embargo, las conclusiones dialécticas son formalmente correctas al igual que las apodícticas en contraste con las erísticas y las pseudoconclusiones.

La diferencia esencial radica, pues, en la naturaleza de las premisas que en el caso de los argumentos dialécticos, son endoxa, que a groso modo, y a fin de dar un breve bosquejo del mismo, se pueden entender como las proposiciones que parecen verdaderas a todos o a los más sabios y de estos, también a todos o a la mayor parte o a los más conocidos o famosos.³⁷

Por lo que para Viehweg, Aristóteles en su obra pretende encontrar un método con arreglo al cual, partiendo de las preposiciones opinables sea posible formar silogismos y evitar contradicciones cuando debamos sostener un discurso, en otros términos, planteado un problema cualquiera formar conclusiones correctamente para atacar o defenderse.³⁸

Por otro lado, relata Viehweg en cuanto hace a la tónica, Cicerón se distingue de la obra de Aristóteles en cuanto a que trata de formular y aplicar un catálogo de tópicos y no de elaborar una teoría, aquí desaparece la distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico, pero surge una distinción entre la invención y la formulación del juicio cuyo origen es estoico.³⁹

Este punto, partimos de las ideas expuestas en la obra publicada por Theodor Viehweg en 1953, denominada Tónica y Jurisprudencia; cuya finalidad consistía

³⁶Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 32.

³⁷ *Idem.*

³⁸ Viehweg, Theodor, *op. cit.*, p. 35.

³⁹ *Ibidem*, p. 44.

en reivindicar el interés que, para la teoría y la práctica jurídica, tenía la resurrección del modo de pensar tópico o retorico.⁴⁰

La resurrección de la tónica es un fenómeno que ocurre en diversas disciplinas en la Europa de la posguerra y no solo ni en primer lugar en el derecho, la obra de Viehweg aparece después de la irrupción de la lógica moderna en el mundo del derecho y las ideas de este autor guardan un parecido las de Levi.⁴¹

5.1.2. Tónica y jurisprudencia

La obra de Viehweg comienza con una referencia a Vico en la que se contraponía el método tónico antiguo o retorico, al método nuevo, el método crítico cartesiano, en este se planteaba la necesidad de mezclar la tónica en el nuevo método.⁴²

Para entender lo anteriormente expuesto, se tiene que Viehweg parte explicando que en la obra de Vico el punto de partida del nuevo método (crítico) no puede ser anulado ni siquiera por medio de la duda (*primium verum*), en cambio, en el viejo método (tónica), dicho punto lo constituye el sentido común (*sensus comunis*).⁴³

En oposición a Vico, Viehweg continúa explicando que las ventajas de este nuevo método son la agudeza y precisión, siempre que el punto de partida sea cierto, en cambio las desventajas consisten en que se produce pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y la retentiva, pobreza en el lenguaje e inmadurez del juicio, por lo que termina concluyendo que para superar las citadas desventajas es necesario combinar ambos métodos.⁴⁴

Viehweg sostiene que la jurisprudencia en Roma y la Edad Media, fue, una jurisprudencia tónica, el jurista romano no se basaba en el planteamiento de un

⁴⁰ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 32.

⁴¹ *Idem.*

⁴² Para Vico, la tónica enseña a examinar una cosa desde ángulos muy diferentes: toma como punto de partida no un *primun verum*, sino lo verosímil, el sentido común; y lo desarrolla mediante un tejido de silogismos y mediante largas deducciones en cadena.

⁴³ Viehweg, Theodor, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴ *Idem.*

problema, para él la solución del conflicto se trataba de encontrar argumentos. De la obra de este autor se puede entender que el principal objetivo del *Ius civile* era ser una colección de reglas o tópicos de igual forma se entiende que la jurisprudencia medieval, en referencia a los preglosadores y glosadores, iba precedido por la retórica haciéndose alusión al estudio del derecho en la Edad Media.⁴⁵

Afirma Viehweg que a partir de la época moderna la cultura occidental optó por abandonar la tónica y sustituirla por el método axiomático deductivo el cual consistente en una serie de principios o axiomas que deben tener las propiedades de plenitud, compatibilidad e independencia y que al mismo tiempo, no pueden aplicarse al campo de la jurisprudencia para que a partir de ellas se pueda proceder deductivamente.⁴⁶

Según Viehweg el intento en la época moderna de operar el derecho con un método deductivo es dotar a la ciencia jurídica de carácter científico lo cual es equivocado ya que implicaría obligar a una serie de operaciones y cambios en el derecho que serían inviables dado que sería necesario axiomatizar el derecho, se tendría que establecer una prohibición de interpretar las normas, por lo que permitir el *non liquet*⁴⁷ conlleva a una invención continua del legislador estableciendo criterios de interpretación de los hechos orientados exclusivamente hacia el sistema jurídico.⁴⁸

Ante la imposibilidad de lo anterior Viehweg proponía no modificar la esencia de la técnica jurídica, es decir su carácter tónico, sino por el contrario, concebirla como una constante búsqueda de lo justo de la que emana el derecho positivo, la jurisprudencia sería una técnica que opera dentro del sistema jurídico y se opone

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 71 -74.

⁴⁶ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, p. 336.

⁴⁷ Situación de derecho que se presenta cuando no se puede responder a una situación controvertida por no encontrarse solución o no existir la norma aplicable.

⁴⁸ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, p. 336.

al quehacer de la investigación apoyándose de disciplinas no dogmáticas como la historia o sociología del derecho.⁴⁹

Por esto propone una nueva metodología para la ciencia jurídica, la cual deriva en las tesis siguientes, *i)* la estructura total del derecho únicamente puede ser concebida a partir de problemas, *ii)* los elementos constitutivos de la ciencia; sus conceptos y proposiciones han de estar relacionados con el modo específico de los problemas brindado esta perspectiva su verdadera comprensión y *iii)* dichos preceptos y proposiciones solo se pueden articular deductivamente.⁵⁰

Esta teoría ha sido sintetizada por Grajales y Negri a partir de la idea fundamental de que el razonamiento jurídico no es ni debe ser considerado como de carácter sistemático, sino tópico. El sistema axiomático lógico deductivo, debe ser sustituido por el de una jurisprudencia de problemas. Después de su aparición, según García Amado, la noción de tópica se erige en un concepto recurrente y archirrepetido en la teoría del derecho.⁵¹

5.1.3. Características de la tópica de Viehweg

Partiendo de lo anterior, podemos mencionar algunas características generales de la teoría jurídica de Viehweg, a saber:

Primero, la tópica se distingue por su objeto de investigación, se estudia el modo de pensar la ciencia jurídica y su manera de aplicarlo, el razonamiento jurídico se relaciona con dos nociones fundamentales como son el problema y la aporía,⁵² es por ello que la tópica se denomina como una técnica de pensamiento o técnica del pensamiento problemático.⁵³

En segundo lugar, se caracteriza por su instrumento de operación; aparece la función de los *topoi* o lugares comunes estos se entienden como sedes o asiento

⁴⁹ *Ibidem*, p. 358.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 359.

⁵¹ García Amado, Juan A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 396.

⁵² El significado de aporía se expone más adelante, véase p. 25.

⁵³ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, p. 356.

de argumentos, a saber, como premisas que deben buscarse y que son esencialmente compartidas, su función es coadyuvar en la solución de problemas a partir de las cuales debe buscarse el sentido de los tópicos.

Para Viehweg el punto más importante del análisis de la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta al problema.⁵⁴

Para poder explicar esta, Viehweg retoma el concepto de aporía, el cual, designa una cuestión que es lenta e ineludible, o dicho de otra forma la falta de camino, en seguida menciona que la tópica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante para no quedarse sin remisión por lo que la conceptualiza (a la tópica) como una técnica del pensamiento problemático.⁵⁵

A fin de poder explicar la tópica o arte de las invenciones, menciona el autor en estudio que se debe partir de la idea que esta corresponde a todo problema objetivo y concreto que conlleva un juego de suscitaciones lo que provoca el arte de tener presente en cada situación las razones que recomiendan y desaconsejan a fin de dar un paso bien entendido.⁵⁶

En el planteamiento de un problema opera una selección de sistemas cuya conciliabilidad dentro de un sistema omnicomprensivo no se demuestra, los sistemas, que Viehweg resultan ser deducciones, pueden ser de pequeño o ínfimo alcance.⁵⁷

Los razonamientos previamente expuestos llevan a Viehweg a concluir en la existencia de las tópicas de primer y segundo grado. La tópica de primer grado se da cuando el sistema choca donde quiera que sea con un problema, se puede proceder de un modo simple tomando por vía de ensayo, en arbitraria selección,

⁵⁴ Viehweg Theodor, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 49 - 50.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁷ *Idem*.

una serie de puntos de vista más o menos ocasionales y buscando de este modo unas premisas que sean objetivamente adecuadas y fecundas las que nos puedan llevar a unas consecuencias que nos iluminen.⁵⁸

Aunado a lo anterior, cuando la inseguridad del método salta a la vista hace explicable que se trata de buscar un auxilio que se presenta a través de sencillos puntos de vista ya preparados de antemano; de esta manera se producen catálogos de tópicos. Los procedimientos que se sirve de estos catálogos se les denominan tópica de segundo grado.⁵⁹

Por lo que podríamos decir que la tópica de primer grado es aquella que brinda puntos de vista directivos y la de segundo grado es aquella que otorgan una mayor seguridad al dar repertorios de puntos de vista, derivado de esta surgen los llamados catálogos tópicos de los que se ayuda.

Por último, la actividad propia de la tópica consiste en buscar y examinar las premisas con que serán resueltos los problemas, en un método de búsqueda de tópicos; lo que interesa es hallar las premisas correctas con que se solucionaran los hechos, las situaciones reales de la vida.⁶⁰

5.1.4. Conceptos básicos de la tópica

Finalmente, a fin de no dejar inconcluso el estudio de esta teoría de la argumentación, Grajales y Negri retoman algunos conceptos básicos de la tópica de Viehweg, mimos que resulta prudente exponer brevemente.

Dentro de esta teoría, apuntan dichos autores que problema es toda cuestión que en apariencia admite más de una respuesta y que de manera necesaria presupone una comprensión provisional a partir de la cual aparece como cuestión a considerar con seriedad y para la cual se busca una solución.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁰ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, p. 357.

Finalmente, *aporía* significa una cuestión inevitable que no se puede soslayar y que genera un intercambio de consideraciones que constituyen lo que propiamente se denomina *tópica* o arte de la invención.⁶¹

5.2 Perelman – Olbrechts y la nueva retórica

A principios de los años cincuenta comienza la habilitación de la retórica, entre otros Perelman – Olbrechts y Viehweg, empiezan a crear una disciplina conocida como retórica o teoría de la argumentación; esta corriente supone una marginación de viejos absolutismos contrarios a lo que de retórico hay en el pensamiento. Se pretende que usar un lenguaje natural, supone adherirse a la forma de ver la realidad.⁶²

Cuando nos referimos a Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, hablamos de dos de los precursores más trascendentes de la argumentación jurídica, en su teoría hay un esfuerzo por restablecer la razón práctica en el ámbito de la discusión jurídica, moral y política.

La nueva retórica surge para dar respuesta a la racionalidad del juicio de valor cuestionada por el neopositivismo; la reflexión de estos autores se dirige al núcleo de la razón práctica a la cuestión de su probabilidad y en sus propuestas de racionalidad en el ámbito de la *praxis*.⁶³

En esta teoría se busca alcanzar un punto medio entre la más estricta racionalidad del *more geométrico* con la pura y simple irracionalidad en el campo de los saberes prácticos, se distingue la idea del ser razonable, de deliberar y argumentar con razones plausibles que no implican la necesidad y evidencia para lograr la adhesión del oyente.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, 5 ed., Madrid, Gredos, 1989, p. 13.

⁶³ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, p. 373.

Esta teoría se enfrenta a la visión tradicional de la filosofía occidental de la modernidad, se revaloriza como aspecto del razonamiento práctico, sin embargo propone una nueva retórica que resulta de una disciplina descriptiva, centrada en el estudio de las estructuras argumentativas y en el análisis de los medios de prueba no demostrativos utilizados por las ciencias humanas.⁶⁴

La retórica de Perelman y Olbrechts, pretende rehabilitar la retórica clásica, menospreciada durante la Edad Moderna como sugestión, engaño o artificio literario, en esta teoría se observa un desarrollo detallado de la acción argumentativa y en ello encuentra su mayor aporte en las teorías de la argumentación que vendrían después.⁶⁵

5.2.1. Conceptos y elementos fundamentales de la teoría de Perelman y Olbrechts

El acuerdo. Concepto de adhesión. En esta teoría se sostiene que la verdad no es el criterio para evaluar la argumentación, difiere claramente de que argumentar sea demostrar se parte de la base de que quien argumenta nos ofrece una serie de razones para apoyar a otra razón o a un conjunto de estas, con el ánimo de obtener aceptación.⁶⁶

En el razonamiento práctico la adhesión es concedida tanto a las premisas como a cada paso de la prueba, en la interpretación que hace Alexy de esta teoría, describe que la demostración es equivalente a la deducción lógica,⁶⁷ es decir, se termina entendiendo a la retórica en función de la búsqueda de acuerdo por parte de un auditorio.

El discurso y los auditorios. Nos dicen los autores en estudio que es necesario que exista un auditorio para que haya argumentación, es forzoso que en un momento

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Ibidem*, p. 374.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 357.

⁶⁷ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Atienza M. y Espejo I., Lima, Pallestera Editores, 2016, p. 229.

dado se produzca una comunidad efectiva de personas. Es preciso que se esté de acuerdo ante todo y en principio en la formación de esta comunidad intelectual y, después, en el hecho de debatir juntos una cuestión determinada.

En esta teoría, se entiende al auditorio como el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación, explicado de otro modo, la definición de auditorio es dada en función del orador, este afirma que lo más importante es que la construcción del auditorio sea la adecuada para la ocasión, el auditorio es una construcción psicosocial que se constituye partiendo de lo que el orador cree conocer sobre las opiniones, los puntos de vista y los valores del contexto en que se argumenta, el auditorio es un presupuesto conjetural. La idea del auditorio no queda limitada ni por el número ni por el tipo de destinatarios.

Respecto a la clasificación de los auditorios, en la teoría de Perelman y Olbrechts encontramos tres clases de auditorios; el primero constituido por toda la humanidad, llamado universal, el segundo formado desde el punto de vista del diálogo, por el único interlocutor al que nos dirigimos, y el tercero está integrado por el propio sujeto.⁶⁸

5.2.2. Los límites de la argumentación

Precisado lo anterior, resulta factible realizar un breve resumen de la teoría expuesta en el tratado de argumentación realizado por Perelman y Olbrechts, al tenor de las siguientes ideas.

5.2.2.1. Demostración y argumentación

Perelman y Olbrechts parten la exposición de su teoría de la argumentación desde la idea de que la argumentación se opone a la concepción clásica de demostración y que la lógica formal se limita a los medios de prueba demostrativos.

⁶⁸ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, p. 358.

Continúan exponiendo que en la lógica moderna no se establece una relación entre los sistemas formales y cualquier evidencia racional ya que el lógico es libre de elaborar el lenguaje artificial, los signos y sus combinaciones que podrán utilizarse, le corresponde decir cuáles son los axiomas y reglas de transformación que introduce, ello en el entendido que su única obligación es elegir los signos y reglas de modo que se eviten las dudas y ambigüedades, se deja la interpretación de los elementos axiomáticos para quienes lo apliquen y tengan que ocuparse de su adecuación.⁶⁹

En dicho marco, cuando se trata de demostrar una proposición, basta con indicar que procedimientos permiten que esta sea la última expresión de una serie deductiva cuyos primeros elementos los proporcionara quién ha construido el sistema axiomático.⁷⁰

En este sentido, cuando se trata de argumentar o de influir por medio del discurso no es posible ignorar por completo las condiciones psíquicas y sociales sin las que la argumentación no tendría objeto ni defecto ya que toda argumentación pretende la adhesión de los individuos, por tanto, presupone un contacto intelectual.⁷¹

En síntesis se puede concluir que en términos de estos autores, para que haya argumentación es necesario que se produzca una comunidad efectiva de personas, es preciso que se esté de acuerdo, ante todo y en principio en la formación de esta comunidad intelectual y después en debatir una cuestión determinada.

5.2.2.2. El contacto intelectual

La formación de una comunidad efectiva de personas exige una serie de condiciones como la existencia de un lenguaje en común. Para argumentar, es preciso atribuir un valor a la adhesión del interlocutor, a su consentimiento, a su

⁶⁹ Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, *op. cit.*, p. 47.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Ibidem*, p. 48.

concurso mental, en este punto el orador admite que debe persuadir al interlocutor.⁷²

Ello toda vez que los seres que quieren que se les tome en cuenta no desean que se les ordene, sino que se les razone que se les considere miembros de una sociedad más o menos igualitaria.⁷³

5.2.2.3. El orador y su auditorio

Esta teoría parte de la idea que para que se desarrolle una argumentación es preciso que al orador se le preste alguna atención por parte de aquellos a quienes está destinada. De la misma forma, se explica que la argumentación se percibe mejor cuando la desarrolla un orador que se dirige verbalmente a un auditorio determinado, sin embargo, la calidad del orador puede variar según las circunstancias.⁷⁴

Adicionalmente, se establece que el contacto que se produce entre el orador y el auditorio no se refiere únicamente a las condiciones previas a la argumentación sino que además es esencial para todo su desarrollo.

La argumentación pretende obtener la adhesión de aquellos a quienes se dirige, alude por completo al auditorio en el que trata de influir, por lo que auditorio se define desde el punto de vista retórico como el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación, cada orador más o menos piensa en forma consiente en aquellos en que intenta persuadir y que constituyen el auditorio al que se dirige.⁷⁵

5.2.2.4. El auditorio como construcción del orador

La teoría de la argumentación de Perelman y Olbrechts explica que para quién argumenta el auditorio tiene siempre una construcción más o menos

⁷² *Ibidem*, p. 50.

⁷³ *Ibidem*, p. 53.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 55.

sistematizada, pues para quien intenta persuadir lo más importante es que la construcción del auditorio sea la adecuada para la ocasión.

El conocimiento de aquellos cuya adhesión se piensa obtener es una condición previa a toda argumentación eficaz, al final del discurso el auditorio ya no es el mismo que al principio.⁷⁶

5.2.2.5. Adaptación del orador al auditorio

En la argumentación lo importante no está en saber lo que el mismo orador considera verdadero o convincente, sino, la opinión de aquellos a quienes va dirigiendo la argumentación. Al auditorio le corresponde determinar la calidad de la argumentación y el comportamiento de los oradores.⁷⁷

5.2.2.6. Persuadir y convencer

En este punto, se propone llamar persuasiva a la argumentación que solo pretende servir para un auditorio particular y convincente a la que supone la adhesión de todo ente de razón. El método depende de la idea que el orador se forma de la encarnación de la razón.

Esta distinción da cuenta del vínculo que a menudo se establece entre persuasión con la acción por una parte y entre convicción e inteligencia por otra. Es el auditorio lo que determina, en la mayoría de los casos, el tono, carácter y alcance que se atribuirá a los argumentos.

Ahora, se debe tener en cuenta, la existencia de tres tipos de auditorio, (i) el primero constituido por toda la humanidad y que se denomina auditorio universal, (ii) el segundo formado desde el punto de vista del dialogo por el único interlocutor al que nos dirigimos y el último (iii) integrado por el propio sujeto cuando delibera o evoca sobre sus actos.⁷⁸

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 70.

5.2.2.7. El auditorio universal

Toda argumentación que solo está orientada hacia un auditorio ofrece un inconveniente; el orador se expone a basarse en tesis que son extrañas o incluso totalmente opuestas a las que admiten otras personas distintas de aquellas a las que se dirige en ese momento, todo esto cuando se trata de un auditorio heterogéneo.

Existe debilidad relativa de los argumentos admitidos solo por auditorios particulares y del valor concedido a las opiniones que disfrutan de la aprobación unánime, especialmente de las personas o grupos que se ponen de acuerdo en muy pocas cosas.⁷⁹

El valor de esta unanimidad depende del número y de la calidad de quienes la manifiestan dado que en este caso el límite lo alcanza al acuerdo del auditorio universal. En esta situación no se trata de un hecho probado por la experiencia, sino, de una universalidad y de una unanimidad que se imagina el orador.

Ahora, los filósofos siempre procuran dirigirse a un auditorio de este tipo, no porque esperen conseguir el consentimiento de todas las personas, sino, porque creen que todos aquellos que comprendan sus razones no les quedará más que adherirse a sus conclusiones. El acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho.

Una argumentación dirigida a un auditorio universal debe convencer al lector del carácter apremiante de las razones aducidas de su evidencia, de su validez atemporal y absoluta independientemente de las contingencias locales o históricas.⁸⁰

El auditorio universal, lo constituye cada uno a partir de lo que sabe de sus semejantes, de manera que trascienden las pocas oposiciones de las que tiene

⁷⁹ *Ibidem*, p. 71.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 72.

conciencia, cada cultura y cada individuo posee su propia concepción de auditorio universal.⁸¹

Finalmente, los auditorios son independientes, son concretos y particulares que pueden valerse de una concepción del auditorio universal que le es propia.⁸²

5.2.3. Los presupuestos de la argumentación

5.2.3.1. Las premisas de la argumentación

En esta teoría el análisis de las premisas se realiza desde el acuerdo relativo a las premisas, a su elección y a su presentación.

Debemos partir de la idea que el desarrollo de la argumentación, así como de su punto de partida implica la aprobación del auditorio, por lo que el análisis de las argumentaciones atañe a lo que se supone admitido por los oyentes.

La elección de las premisas y su formación rara vez están exentas de valor argumentativo, se trata de la preparación a un razonamiento que constituye un primer paso para su empleo.

En cuanto a los acuerdos que pueden servir de premisas, en este punto los autores de esta teoría nos explican que no pretenden establecer un inventario de todo lo que es susceptible de constituir un objeto de creencia o adhesión toda vez que los tipos de acuerdo desempeñan un papel diferente.

Ahora, los acuerdos se encuentran agrupados en dos categorías; una relativa a lo real, que comprendería los hechos, las verdades y las presunciones, otra relativa a lo preferible que engloba los valores, las jerarquías y lugares de lo preferible.

En la argumentación, la concepción que se tiene de lo real se caracteriza por una búsqueda de la validez con miras al auditorio universal, en cambio, lo que trata de

⁸¹ *Ibidem*, p. 75.

⁸² *Ibidem*, p. 78.

lo preferible, está vinculada con un punto de vista concreto que puede identificarse con el de un auditorio particular.⁸³

5.2.3.2. Los tipos de objeto y acuerdo. Los hechos y las verdades

De los objetos de acuerdo que pertenecen a lo real, por una parte encontramos a los hechos junto a las verdades y por otra a las presunciones.

En principio, estamos frente a un hecho si respecto de él podemos postular un acuerdo universal, no controvertido, ningún enunciado tiene la seguridad de gozar definitivamente de este estatuto, pues el acuerdo siempre es susceptible de ser cuestionado de nuevo. Un suceso pierde el estatuto de hecho en dos casos; cuando se plantean dudas en el seno del auditorio al que se presenta tal hecho y cuando se amplía dicho auditorio añadiéndose más miembros; el segundo proceso entra en juego a partir del momento en que se puede mostrar con eficacia que el auditorio que admitió el hecho solo es un auditorio particular a cuyas ideas se oponen los miembros de un auditorio aumentado. De lo que podemos concluir que el hecho entendido como premisa es un hecho no controvertido.⁸⁴

De igual forma el hecho pierde su estatuto desde el momento en que ya no se utiliza como punto de partida, sino, como conclusión de una argumentación. Los hechos aceptados pueden ser resultado de una observación, dicho de otra forma son los hechos supuestos, convenidos, hechos posibles o probables.⁸⁵

Ahora, se designa como verdades los sistemas más complejos relativos a los enlaces entre hechos, ya se trate de teorías científicas o de concepciones filosóficas o religiosas que trasciendan la experiencia.⁸⁶

⁸³ Cfr, Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *op. cit.*, p. 119.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 122.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 123.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 124.

Sin embargo, no se pueden utilizar de igual manera hechos y verdades como puntos de partida de la argumentación ya que solo uno de ellos disfruta plenamente del acuerdo del auditorio universal, el hecho.⁸⁷

La mayoría de las veces, se utilizan los hechos y verdades como objetos de acuerdo, entre los que existen nexos que permiten la transferencia de acuerdo. La certeza del hecho A, combinado con la creencia del sistema S, implica la certeza del hecho B, es decir, admitir el hecho A, más la teoría S, supone aceptar B.⁸⁸

5.2.3.3. Las presunciones

Además de los hechos y las verdades, todos los auditorios admiten las presunciones, las cuales también gozan del acuerdo universal, sin embargo, se espera que otros elementos refuercen la adhesión. Una argumentación puede tratar de establecer que existen ciertas presunciones, sin embargo, dada su naturaleza no corren el riesgo de ver reducido su estado de adhesión en el auditorio universal por estar sujetos a un esfuerzo exterior.⁸⁹

Las presunciones basadas en lo normal no puede llevarse más que raramente a una evaluación de frecuencias y a la utilización de características determinadas de distribución estadística, no está demás aclarar la noción usual de la norma mostrando que dependen siempre del grupo de referencia; este grupo casi nunca se designa explícitamente. Todas las presunciones fundamentales en lo normal implican un acuerdo con respecto a dicho órgano de referencia.

Las presunciones vinculadas a lo normal son objeto de acuerdo, además, que existe un acuerdo subyacente en cuanto al grupo de referencia normal, las propias naciones utilizadas en la argumentación suponen uno o varios grupos de referencia que determinan lo normal, sin que esta sea explícita.⁹⁰

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Ibidem*, p. 125.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 126.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 131.

Se cree que el acuerdo basado en la presunción de lo normal es válido para el auditorio universal con el mismo título que el acuerdo sobre los hechos comprobados y las verdades.⁹¹

5.2.3.4. Los valores

Ahora, los acuerdos que solo aspiran a la adhesión de grupos particulares resultan ser los valores, las jerarquías y los lugares de lo preferible. Estar de acuerdo con un valor es admitir que un objeto, un ser, o una ideal debe prevalecer, de lo cual puede valerse en una argumentación, sin que se piense que este punto de vista se imponga a todo el mundo.⁹²

En el campo jurídico, político y filosófico, los valores intervienen como base de la argumentación, a lo largo de los desarrollos se utiliza este recurso para comprometer al oyente a hacer unas elecciones en lugar de otras y para justificarlos de manera que sean aceptables y aprobados por los demás.

La pretensión al acuerdo universal, en lo que a estos se refiere, no parece que resulte únicamente de su generalidad, solo se les puede considerar válidos para un auditorio universal, cuando especificamos su contenido. A partir del momento en que intentamos precisarlos, solo podemos aspirar a la adhesión de auditorios particulares.

Ahora, podemos descalificar un valor subordinado a otros e interpretarlos, para nunca rechazar en bloque todos los valores.

5.2.3.5. Valores abstractos y valores concretos

La argumentación sobre los valores necesita una distinción entre valores abstractos, como la justicia o la veracidad y concretos como Francia o la iglesia.

El valor concreto es el que se atribuye a un ser viviente o un grupo determinado, a un objeto particular, cuando se les examina dentro de su unidad.

⁹¹ *Idem.*

⁹² *Ibidem*, p. 133.

Los valores abstractos manifiestan un espíritu revolucionario, pueden servir fácilmente a la crítica, en cambio, los valores concretos siempre pueden armonizarse, sin embargo los valores abstractos llevados al extremo son inconcebibles.⁹³

5.2.3.6. Las jerarquías

La argumentación también se basa en jerarquías, la mayoría de las veces será cuestión de buscarle un fundamento cuando se trate de defenderlas.

Las jerarquías admitidas se presentan bajo dos aspectos característicos; junto a jerarquías concretas, hay jerarquías abstractas, las jerarquías pueden referirse a clases de objetos; pero se examina cada uno de ellos dentro de su unicidad concreta.⁹⁴

Se puede concebir una jerarquía con varios términos, sin que los fundamentos que se pudieran alegar a su favor de cada una de estas superioridades fueran las mismas, incluso si se explicaran tales superioridades.⁹⁵

Pero si se recurre a principios abstractos, estos introducen, generalmente, en las relaciones entre otras cosas, un orden que se transforma en una simple superioridad. La jerarquía se distingue de lo preferible porque garantiza un orden de todo lo que se está sometido al principio que lo rige.⁹⁶

5.2.3.7. Los lugares

Los lugares designan las rubricas bajo las cuales pueden calificarse los argumentos, consisten en agrupar el material necesario con el fin de encontrarse con lo más facilidad en caso de ser necesario.⁹⁷

⁹³ *Ibidem*, p. 138.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 140.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 144.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 145.

Desde la lectura de Perelman y Olbrechts se entiende a los lugares como depósitos de argumentos ya que de acuerdo con los citados autores Aristóteles distinguía entre los lugares comunes que pueden servir indiferentemente en cualquier ciencia y no dependen de ninguna otra y los lugares específicos que son propios de una ciencia particular o de un género oratorio bien determinado.

Los lugares se caracterizaban por su gran generalidad que los hacía utilizables en cualquier caso.

Cabe decir que en esta teoría se llama lugares a las premisas de carácter general que permiten fundamentar los valores y las jerarquías, esto es, constituyen las premisas más generales, intervienen para justificar la mayoría de nuestras elecciones.

Cerrando este punto, como conclusión de lo anterior, podemos estar de acuerdo con Grajales y Negri en el sentido de que toda argumentación pretende la adhesión de los individuos (el auditorio) a que se dirige.

Para que exista argumentación se necesitan ciertas condiciones previas, como la existencia de un lenguaje común o el concurso ideal del interlocutor, que tiene que mantenerse a lo largo de todo el proceso de la argumentación; se pueden distinguir tres elementos: el discurso, el orador y el auditorio; pero este último juega un papel predominante.⁹⁸

Perelman y Olbrechts ponen de manifiesto la distinción clásica entre tres géneros oratorios: el deliberativo (ante la asamblea), el judicial (ante los jueces) y el epidíctico (ante espectadores que no tienen que pronunciarse), misma que se efectúa precisamente desde la función que en cada una juega el auditorio.

Adicionalmente, se concede una importancia considerable al género epidíctico (cuando el discurso parte de la adhesión previa del auditorio, como ocurre en los sermones religiosos o en los mítines políticos entre otros), pues el fin de la argumentación no es solo conseguir la adhesión del auditorio, sino también

⁹⁸ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, p. 357

acrecentarla, no obstante, la clasificación más importante que aquí efectúa se basa en la distinción entre la argumentación que tiene lugar ante el auditorio universal, la argumentación ante un único oyente (el diálogo) y la deliberación con uno mismo.⁹⁹

Respecto del concepto de auditorio universal, como bien apunta Atienza, este se caracteriza por ser: *i)* ser un concepto límite esto en el sentido de que la argumentación ante el auditorio universal es la norma de la argumentación objetiva; *ii)* cuando se dirige al auditorio universal, esta es la que caracteriza a la argumentación filosófica; *iii)* en concepto en sí, no es una cuestión de hecho, sino, de derecho, no es un concepto empírico, toda vez que el auditorio universal es el ideal en el sentido que; *iv)* está formado por seres de razón, pero también es la construcción del orador, no es una entidad objetiva, lo anterior significa que diversos oradores constituyen diversos auditorios universales por lo que cambia para cada orador.¹⁰⁰

Finalmente, cabe apuntar que una argumentación persuasiva es aquella que solo vale para un auditorio universal, en cambio la argumentación convincente es aquella que es válida para todo ser de razón; la argumentación, a diferencia de la demostración; está estrechamente ligada a la acción, la argumentación es una acción o proceso, con la que se puede obtener un resultado, lograr la adhesión del auditorio, la proximidad práctica hace que en la argumentación no quepa hablar de objetividad, sino, de imparcialidad.¹⁰¹

5.2.4. El punto de partida de la argumentación

En resumen y a fin de cerrar esta teoría la podemos resumir, en un primer momento al igual que lo hace Atienza señalando que cuando Perelman y Olbrechts, que cuando se estudian las premisas de que se parte en una

⁹⁹ *Ibidem*, p. 358.

¹⁰⁰ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰¹ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, p. 360.

argumentación, se pueden distinguir tres aspectos: el acuerdo, la elección y la presentación de las premisas.¹⁰²

Entonces, en esta teoría para desarrollar una argumentación hay que partir de lo que se admite inicialmente, los acuerdos que pueden ser relativos a lo real (hechos, verdades o presunciones), o bien, a lo preferible (valores, jerarquías y lugares de lo preferible).¹⁰³

Cuando hablamos de los acuerdos que versan sobre lo real, estos pueden ser válidos para el auditorio universal, mientras que los relativos a lo preferible, pueden ser válidos en auditorios particulares.

Finalmente, cabe remarcar que se desprende que hay dos tipos de argumentación; la que se desarrollan en un auditorio no especializado, y la que concierne a auditorios particulares, que se caracterizan porque en ellos valen cierto tipo de acuerdos específicos.

5.3. MacCormick y la teoría integradora de la argumentación

5.3.1. Introducción

En aras de buscar la brevedad en exposición de esta teoría, su estudio toma como punto de partida el análisis que de la misma realizaron diversos autores como Grajales y Negri, entre otros.

Previo a exponer las ideas base de este modelo argumentativo resulta prudente entender la necesidad de comprender este autor como uno de los principales precursores de las teorías actuales de la argumentación jurídica.

Apoya lo anterior, las ideas de Galindo Sifuentes en el sentido de que esta teoría encuentra su importancia como teoría integradora de la argumentación al recoger elementos de otras teorías e incorporarlas a su propia modelo, ello al analizar las teorías retóricas como la tónica de Vieheweg destacando su importancia en el

¹⁰² Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰³ Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, pp. 375 - 387.

estado de derecho, además de referirse a la teoría de Perelman y la gran importancia de una reconciliación entre éstos y como consecuencia lograr este ideal entre la retórica y el estado de derecho.¹⁰⁴

En principio, resulta pertinente resaltar que esta teoría de la argumentación jurídica busca evitar extremos debido a que tiene su base en la ética aristotélica del término medio ya que plantea que las decisiones judiciales buscan tanto la racionalidad como la afectividad.¹⁰⁵

Adicionalmente desde Grajales y Negri se entiende que Neil MacCormick desarrolla su teoría de la argumentación en su conocida obra *Legal reasoning and legal theory* sin embargo, fue modificada en el libro *Rhetoric and the rule of law*. Los citados autores nos explican que este modelo tiene como tradición filosófica la propuesta de David Hume, Herbert Hart además de la escuela escocesa, explican que en el prólogo de su última obra MacCormick relata que la trayectoria de su pensamiento jurídico partió de los elementos positivos de Hart, y del escepticismo de David Hume, por lo tanto, propone una teoría integral compuesta por explicaciones, exposición de criterios y de formas de dar buenas razones que deban ser consideradas en el contexto de los valores fundamentales del orden jurídico.¹⁰⁶

Por lo que se entiende para MacCormick, la argumentación cumple con una función justificativa. Esto se dice ya que existe una corresponsabilidad con los hechos, las evidencias fácticas y las normas del derecho positivo, en esta vía, justificar un proceso de decisión en el campo del derecho, implica construir fundamentos y tejidos racionales que oferten una dimensión de justicia conforme

¹⁰⁴ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 131 - 132.

¹⁰⁵ Romero Martínez, M., *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, 1 ed., 2da. reimpresión, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 80.

¹⁰⁶ Cfr. Grajales, Arturo y Negri, Nicolás, *op. cit.*, p. 397.

al propio derecho. Este sistema argumentativo propone articular una teoría de la razón práctica.¹⁰⁷

Siguiendo esta secuencia, hay que entender los primeros postulados de este modelo argumentativo, así como las teorías antes citadas que influyen el modelo argumentativo en estudio, por ejemplo las que se ocupan de modo particular del rol que desempeña la razón como factor determinante en la aplicación del derecho, o el escepticismo respecto de los límites de la razón en las cuestiones vinculadas con el conocimiento práctico.

Ante esto, Grajales y Negri, en primer lugar retoman a Hume quién planteaba que todo argumento evaluativo depende, involucra o presupone premisas basales o últimas que no son en sí mismas demostrables en términos ulteriores, o sea, las últimas premisas normativas no son producto de una cadena del razonamiento lógico, sin que esto signifique necesariamente que no se pueda dar ninguna razón para adherirse a esas premisas, a saber, Neil MacCormick basa en estas ideas el análisis de un ámbito particular de la práctica jurídica; la toma y justificación de decisiones.¹⁰⁸

Por lo que se entiende que en la teoría de MacCormick se definen ciertas nociones centrales para su modelo, por ejemplo, que el razonamiento es una actividad que se realiza dentro de los parámetros normativos, sin importar que sean más o menos claros, implícitos o explícitos, asimismo, menciona que el estudio del razonamiento legal es un intento de explicar el criterio de lo que constituye un tipo de argumento bueno o malo, aceptable o inaceptable.¹⁰⁹

Adicionalmente, en esta teoría se plantea que la función de la argumentación es persuadir ya que los argumentos se dirigen a una audiencia en particular con el objeto de persuadirla a que haga algo, también se expone que el propósito práctico de la argumentación se encamina o se dirige a la justificación; la noción

¹⁰⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 398.

¹⁰⁸ Cfr. *Idem*.

¹⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 399.

de la justificación ocupa un lugar central pues su concepción esencial es la de dar buenas razones justificativas para las decisiones por lo que el proceso argumentativo debe estudiarse como uno tendiente a la justificación.¹¹⁰

5.3.2. Aplicabilidad de las deducciones en el razonamiento jurídico

MacCormick inicia su trabajo con el análisis de casos reales resueltos por los tribunales escoceses, señalando que a veces las decisiones se justifican legalmente sobre la base de argumentaciones puramente deductivas.¹¹¹

En este punto conviene tener en cuenta que dentro de esta teoría se entiende por argumento deductivo aquel en que se demuestra que una proposición está implicada en otra u otras proposiciones, a saber, la conclusión, por lo que un argumento será válido si su forma es tal que en sus premisas se encuentra implícita la conclusión.¹¹²

En cuanto a la aplicación de argumentos lógicamente válidos en contextos jurídicos, se debe recordar que la validez lógica de un argumento no garantiza por sí la verdad de su conclusión. En cuanto a ese contenido de verdad en los postulados de MacCormick se apunta que en la etapa probatoria, un individuo autorizado admite y descubre los hechos que son tomados para ser establecidos como verdaderos a los fines del litigio, y debe aceptarse como tales al menos hasta que una autoridad superior los deje de lado.¹¹³

Por el contrario, un caso dado puede sustentarse en su totalidad en razonamientos formalmente válidos y ser todas sus premisas y por ende también su conclusión verdadera, pero la decisión de un juez en el caso, no puede decirse que se infiera de las premisas, toda vez que emitir una orden es un acto que realiza o no, cumpliendo o no así sus deberes, sin embargo los actos no están determinados por la lógica, sino por las decisiones de los agentes así como por lo que sea que

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ *Cfr. Idem.*

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Idem.*

termina aquellas. La calidad normativa del acto puede ser lógicamente establecida con las premisas normativas adecuadas, pero lógicamente no establece los actos, por lo anterior se concluye que la inferencia deductiva juega un papel importante en la justificación, aunque no suceda necesariamente en todos los casos.¹¹⁴

Asimismo, explican Grajales y Negri que en las ideas de MacCormick se advierte que aclara que utiliza el término lógico en un sentido técnico, pues este podría usarse en un sentido más amplio y distinto, en otras palabras, un argumento que es válido en términos lógicos puede ser ilógico en sentido amplio, su parecer carecer de sentido o fijar estándares de conducta poco razonables.

Esto implica que para este autor, cuándo se analizan los casos en los que no se verifica una premisa, el operador del derecho puede recurrir a las cargas de la prueba, entendiendo que el hecho de que existan mecanismos procesales demuestra que la lógica se aplica al derecho.¹¹⁵

El citado autor, analiza qué circunstancias o elementos hacen posible las justificaciones deductivas y cuáles son los presupuestos que operan cuándo se entiende que los argumentos deductivos pueden ser suficientes para justificar una decisión legal.

En este modelo como primer postulado se plantea que los jueces tienen el deber de aplicar en los casos que se les presentan las reglas del derecho que sean relevantes y aplicables; un segundo postulado implica que para el juez sea posible identificar dichas reglas.

Profundizando este punto, se tiene que debe existir un criterio que permita definir qué es una regla de derecho ya que todo sistema legal incluye al menos un conjunto de reglas identificables por referencia a algún criterio de reconocimiento, este criterio es la aceptación de que los jueces de que es su deben aplicar las reglas que tienen una referencia a su función jurisdiccional, esto implica que los

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 400.

¹¹⁵ *Idem*.

jueces son tales, porque existen normas jurídicas que les otorgan dicha vestidura, además, de adquirir legitimidad por parte de la comunidad.

Del análisis de las posturas de MacCormick, nos mencionan Grajales y Negri que tanto positivistas y naturalistas coinciden en que los sistemas legales tienen criterios basados en la aceptación de la sociedad en la que operan, lo cual logra que una regla sea válida dentro de dicho ordenamiento, dicho fenómeno se identifica como tesis de validez. Lo anterior supone lo que los jueces hacen cuando adoptan las justificaciones deductivas, al considerarlas suficientes en las decisiones jurídicas.¹¹⁶

Para resolver el punto relativo a sus límites los presupuestos de justificaciones deductivas parten de afirmar que no siempre todas las reglas jurídicas pueden dar una respuesta clara a cualquier cuestión que pueda surgir ya que una regla puede ser ambigua o poco clara en su concreta aplicación, al mismo tiempo es probable que solo una deducción sea posible después de haberse tomado una decisión en lo que hace a la interpretación de una regla.¹¹⁷

Por otro lado, el resolver la ambigüedad de una regla en un determinado contexto implica elegir entre versiones distintas de la regla. Una vez resuelta sigue una justificación deductiva, por lo que es imposible explicar mediante una deducción cómo se hizo aquella elección lo que origina el nacimiento de un problema de interpretación.

Sobre los sistemas jurídicos en los que no existe un ordenamiento codificado, muchos asuntos se plantean fuera del marco de referencia de una ley escrita, específicamente, en el *common law*, en donde los precedentes judiciales constituyen una fuente de derecho válido, la situación sería análoga en cuanto al problema de interpretación, esto es, se presentan casos en los que los problemas y las decisiones se dan y se justifican de manera tal que no hay que involucrar una aplicación de reglas de derecho, sin embargo, no por ello no existe la posibilidad

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 402.

¹¹⁷ *Idem*.

de hacer una argumentación deductiva a partir de reglas de derecho, en este sentido, la resolución de asuntos de esta naturaleza conlleva una justificación en la que la razón dada no puede ser individual o particular, o sea, la justificación de la decisión implica afirmar una proposición general.¹¹⁸

Dentro de este modelo argumentativo, la situación planteada con anterioridad es denominada como problema de relevancia, misma que fija la necesidad del establecimiento de una suerte de garantía legal, una vez que está es determinada la conclusión surge aplicando una deducción. El argumento que justifica el establecimiento de esa garantía no tiene, a su vez, forma deductiva.¹¹⁹

5.3.3. El problema de la justicia formal

En cuanto a este punto, nos refieren Grajales y Negri que existe una estrecha relación entre la idea de *justicia* y la *justificación*, toda vez que el justificar por qué debe llevarse a cabo una conducta importa tanto como demostrar porque es correcto cumplirla.¹²⁰

Esto se traduce en que los jueces deben fallar de acuerdo con el derecho, siendo las normas del sistema jurídico las que otorgan la concepción de una justicia determinada. En cuanto a los problemas de interpretación y relevancia que no pueden resolver con meras deducciones lógicas hay que ir más allá de la guía específica que pueden dar las normas jurídicas.

Por otro lado interpretando la teoría de MacCormick se puede entender que adscribir el concepto formal de justicia puede determinar la manera de justificar una decisión, los jueces deben tratar los casos análogos de modo similar, decidiendo los casos presentes de una manera que pretenda seguirse en casos futuros y observando las decisiones anteriores tomadas en casos similares.¹²¹

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 401.

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 400 - 403.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 404.

¹²¹ Cfr. *Idem*.

En primer sentido, los jueces deberían buscar razones “universales” aplicables a cualquier caso que se pretenda sobre una materia. Cuando se responde a una pregunta de modo universal, de alguna manera se afirma una de dos proposiciones opuestas lo que implica enunciar una norma que sirva para justificar en un determinado sistema jurídico y que involucra decidir entre dos normas rivales como proposiciones aceptables de derecho.

a) Problemas Probatorios.

En este modelo argumentativo, estos presentan la primera problemática ya que las formas de explicar el derecho implican que se compruebe que un hecho sucedió o no. La justificación de una afirmación sobre el pasado depende de las inferencias que puedan hacerse a partir de las proposiciones de cuya verdad se tiene conciencia.¹²²

Primero, es necesario fijar las reglas sobre la carga de la prueba, en segundo lugar se debe plantear qué es probar adicionalmente resulta necesaria la coherencia en el sentido de que se tiene que aceptar un hecho que no esté dentro de la evidencia, si encaja en los elementos de esta y que al afirmarlo encuadre en dicho marco mejor que aquella proposición que lo niegue.

En este orden de ideas se advierte que para MacCormik la única prueba con la que cuenta para verificar las afirmaciones sobre el pasado es la coherencia tomando todo lo que se presenta en el caso se produce una historia que tiene sentido como un todo coherente.¹²³

Esto es, la mejor prueba para conocer la verdad de una proposición sobre el pasado es la que sea más coherente que otra en cuanto a las consecuencias generales sobre las relaciones de causa y efecto lo que implica una motivación de otras acciones humanas como también de otras proposiciones de hecho circunstancia que nunca puede ser concluyente.

¹²² *Ibidem*, p. 405.

¹²³ *Ibidem*, p. 406.

La coherencia implica no ser contradictorio, explicado de otra manera, ser consistente con las proposiciones generales sobre causalidad y motivación la consistencia es interna.

Si un caso se centra sobre una disputa de los hechos y no del derecho, entonces no van a surgir problemas de interpretación y relevancia, por lo tanto, la universalidad de las decisiones justificadas no se relaciona con esos casos, el problema de la prueba se enfoca en lo particular y no en lo universal.

b) Problemas fácticos secundarios

La segunda clase de decisiones basada en problemas relativos a los hechos controvertidos en un caso MacCormick la llamó problemas de hechos secundarios; estos pueden aparecer cuando ya existe un acuerdo en torno a que sucedió en verdad, en estos casos, el problema radica en si los hechos probados pueden encuadrarse en una categoría que hace operativa una regla, a se le llama problemas de la clasificación.¹²⁴

La distinción de estos problemas y los de interpretación radica en que uno se centra en una cuestión de derecho y el otro en una de hecho, uno podría habilitar una cuestión de alzada y el otro no.¹²⁵

5.3.4. La justificación de segundo orden o nivel. Coherencia y consistencia

Como se mencionó en líneas previas, justificar una decisión involucra afirmar una solución universal la justificación de segundo orden se une a la elección entre esas soluciones que involucran posibilidades rivales.

Estas elecciones se hacen el marco de un sistema legal el cual impone límites, en este punto, el autor en estudio hace un símil entre la ciencia popperiana, ya que toma como elementos del descubrimiento científico al método del ensayo y la

¹²⁴ *Ibidem*, p. 407.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 406.

prueba; en dicho experimento se prueban dos hipótesis rivales a saber, las cuales explican un fenómeno, resultado falseadas las predicciones de una.¹²⁶

Ahora, toda vez que las soluciones de las que hablamos son normativas, elegir entre soluciones rivales posibles implícita elegir entre patrones de conducta humana en la sociedad. Si un hecho resultare inaceptable se negará la adopción de la regla que lleve implícita; este tipo de argumentación es consecuencialista toda vez que considera las consecuencias de la decisión de una forma u otra, es evaluativo toda vez que analiza la aceptabilidad o no de sus consecuencias y parcialmente subjetivo ya que cada juez puede darle diferente peso a distintitos criterios de evaluación por lo anterior la justificación de segundo orden se relaciona con lo que tiene sentido en este mundo.¹²⁷

En esta teoría el sistema legal es considerado en una noción básica como un cuerpo consistente y coherente de normas cuya observancia asegura ciertas metas. Es consistente en cuanto sin importar lo deseable que sea, no puede adoptarse una decisión si contradice una norma válida del sistema. La tesis de validez presenta al derecho como incluyendo una serie de reglas válidas, mismas que deben satisfacer el requisito de la consistencia, al menos incluyendo procedimientos para resolver conflictos. Aunque las reglas puedan ser consistentes, sin que el sistema sea coherente si las normas son instancias de principios más generales el sistema adquiere coherencia.¹²⁸

En adicción a lo anterior, cuándo los problemas de interpretación, relevancia, o clasificación surgen en el sistema, solo se satisface el requisito de coherencia si las nuevas decisiones pueden encuadrar en el cuerpo de principios generales.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 407.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ *Idem*.

Por otro lado, el requisito de justificación legal limita la legitimidad de la actividad judicial, pues los jueces deben fallar de acuerdo a derecho y no legislar sobre lo que les parecería la forma ideal de la sociedad.¹²⁹

La justificación de segundo orden involucra, como elementos, el argumento consecuencialista y el argumento que evalúa las soluciones propuestas, para que tengan coherencia, lo que implica reflexionar sobre los valores del sistema y consistencia con el mismo.¹³⁰

5.3.4. El requisito de coherencia. Los principios y la analogía

Explican Grajales y Negri que en la teoría de MacCormick se analiza el lugar de los argumentos a partir de los principios generales del derecho en el razonamiento jurídico, esto es, dependen de la coherencia del derecho, en el sentido de que las reglas de un sistema deben tener sentido tomadas en conjunto.¹³¹

Asimismo, el conjunto de reglas debe ser tal que todas sean consistentes con una norma más general y puedan ser vistas como manifestaciones más concretas de ellas, esto es, cuando la norma general es vista como sensata o deseable se le puede tratar como principio.¹³²

Los principios pueden cambiar ya que los procesos de cambio no son muy diferentes de las reglas y los principios dado que los primeros pueden cambiar al momento de cambiar las normas en lo que hace a los criterios de reconocimiento, la relación también es similar.

Sin embargo, desde el punto de vista de MacCormick existe una diferencia entre las reglas de derecho y los principios ya que los primeros pueden modificar al cambiar

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 407 - 408.

¹³¹ *Ibidem*, p. 408.

¹³² *Idem.*

las normas, sin embargo, por cuanto hace a los criterios de reconocimiento, la relación es similar entre ellos.¹³³

No obstante a lo anterior al analizar la diferencia entre las reglas de derecho y a los principios, este autor entiende que las normas legales tienden a asegurar algún fin considerado valioso o alguna conducta considerada deseable. Cuando se expresa la política para alcanzar ese fin o la deseabilidad de ese modo de conducta en una afirmación normativa general se está expresando que el principio se encuentra en esa regla.

En adición a ello, cuando el principio se hace presente las reglas se ven como un conjunto coherente, destinado a asegurar ciertos fines deseables, entonces para este autor, así se racionalizan las reglas.

Por otro lado, los principios fijan los límites dentro de los cuales las decisiones judiciales apoyadas en argumentos consecuencialistas son legítimas. Hacen posible al juez tomar una decisión que, de otra manera debería quedar a cargo del legislador, en este sentido, el principio determina el rango legítimo de consideraciones que pueden justificar, pero no da una respuesta concluyente.

La función del argumento por analogía es similar, máxime que no es sencillo distinguir este argumento del de principios, lo anterior es así toda vez que las analogías solo tienen un sentido si hay razones de principios subyaciendo a ellas, sin embargo la diferencia radica en el grado de explicitación con que un principio se ha afirmado.

La relevancia de la analogía, en la teoría de MacCormik depende de que exista un principio racional en el que los elementos que se comparan puedan estar contenidos, además, aclara que cuando se habla de similitudes relevantes a la hora de hacer una analogía, estas similitudes se crean; más no se encuentran o descubren.

¹³³ Cfr. *Idem*.

Por otro lado, tenemos que un límite a la justificación legal es que las decisiones en los casos no cubiertos por normas imperativas sean apoyados en algún principio o en la analogía, pues de lo contrario los jueces tendrían un poder de innovación ilimitado, sin embargo, esta postura también entiende que existen casos en que los jueces se niegan a incurrir en dichas innovaciones.

Para MacCormik, se busca una razón de por qué los argumentos de analogía o principios tiene la fuerza que tiene los argumentos jurídicos, la respuesta es la existencia de una regla que les da poder a los jueces para extender la ley, para cubrir circunstancias no directa o ambiguamente gobernadas por normas imperativas, pero imponiéndole límites a ese poder.

Además, se agrega que la fuerza de estos argumentos es solo demostrar la posibilidad de las decisiones que se proponen, aunque no las hace obligatorias.¹³⁴

Por último, en cuanto a la importancia de los principios, puede decirse que algunos casos juegan un rol más importante que el de meros elementos necesarios de justificación, puede que un principio sea aplicable a menos que haya una razón seria en contra de su aplicación. La existencia del principio, da razones para decidir un caso de una manera u otra. Además, la consistencia solo es buena en el marco de una extensión y generalización de reglas que son concebidas como buenas en tanto manifiestan principios establecidos.¹³⁵

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 409.

¹³⁵ Cfr. *Idem*.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL MODELO ARGUMENTATIVO DE STEPHEN TOULMIN

1. Acerca de Stephen Toulmin

Como se abordó en el capítulo que antecede, cuando hablamos de argumentación y modelos argumentativos nos podemos estar refiriendo a varios de estos, mismos que han sido propuestos a lo largo de la historia de la filosofía por ejemplo y de manera enunciativa tenemos a los citados en la parte final del capítulo que precede.

No obstante y a fin de poder establecer un criterio para este trabajo, se tomará en cuenta para su desarrollo el modelo propuesto por Stephen Toulmin quién, cómo se expondrá más adelante, concebía la razón humana semejante a la razón expuesta por los tribunales.

Al respecto cabe señalar que este autor fue catedrático de Filosofía en la Universidad del Estado de Michigan en los Estados Unidos de Norte América, Ex *Fellow*¹³⁶ del King's College de Cambridge, Catedrático de Filosofía en la Universidad de Leeds y Director del Departamento para la Historia de la Idea de la fundación Nuffield en Londres, Inglaterra.¹³⁷

Nació el 25 de marzo de 1922, en Londres y falleció a los 87 años, el 4 de diciembre de 2009 en Los Ángeles, California en los Estados Unidos de Norte América, escribió sobre diversos temas como la historia de la ciencia, las relaciones internacionales, la ética médica y la Viena de Wittgenstein, sin embargo, fue mejor conocido por su obra *The Uses of Argument*, publicada en

¹³⁶ Sin que haya una traducción exacta al español de la palabra *Fellow*, en el ámbito académico el uso más apropiado es miembro.

¹³⁷ Toulmin, Stephen, *et al.*, *La explicación en las ciencias de la conducta*, Madrid, Editorial Alianza, 1970, p. 15.

1958; en la cual criticaba la lógica formal por ser demasiado abstracta y una inadecuada representación de cómo los seres humanos realmente discuten.¹³⁸

Estableciendo lo anterior, es en la obra *The Uses of Argument*, traducida al español como *Los Usos de la Argumentación*¹³⁹ en la que encontramos el modelo argumentativo propuesto y que será base de la presente investigación, motivo por el cual en las siguientes líneas se pretende hacer un breve análisis de la misma.

1.2. A manera de Introducción

En este libro, su autor nos plantea que más que proponer soluciones su intención es plantear problemas en cuanto a los problemas lógicos, o como él los llama, a fin de evitar confusiones, problemas sobre lógica.¹⁴⁰

El autor en estudio parte de la idea de que la lógica es algo que tiene que ver con la manera en como los seres humanos piensan, argumentan e infieren de hecho, asimismo constata que la ciencia de la lógica se presenta como una disciplina autónoma y despreocupada de la práctica, una que no pretende decir simplemente que el modelo de la lógica formal deductiva no pueda trasladarse al campo de lo que suele llamarse la razón práctica, sino que la lógica no permite dar cuenta tampoco de la mayor parte de los argumentos que se efectúan en cualquier otro ámbito.¹⁴¹

2. Campos de argumentación y términos modales

En esta parte, este autor nos empieza exponiendo que quién formula una pretensión en realidad reclama que le creamos dicho en otros términos quién nos

¹³⁸ Grimes, William, "Stephen Toulmin, a philosopher and educator, dies at 87", *The New York Times*, Nueva York, 11 de diciembre de 2009, <http://www.nytimes.com/2009/12/11/education/11toulmin.html>.

¹³⁹ Harada, Eduardo, "Algunas Aclaraciones sobre el modelo argumentativo de Toulmin", *Contacto S, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa*, Distrito Federal, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, No. 73, 3ra época, 2009, Pág. 45.

¹⁴⁰ Toulmin, Stephen, trad Morras María y Pineda Victoria, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Ed. Peninsular, 2007, p.17.

¹⁴¹ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 81.

propone algo reclama que lo que nos comunica sea tomado en serio, sin embargo, el que aceptemos esta postura depende de diversas circunstancias tales como el tipo de persona que es, la confianza general que despierta o su reputación, misma que tiene su sustento en asegurar la capacidad de nuestro interlocutor para poder probar su dicho.¹⁴²

De igual forma se nos explica que el valor otorgado a una pretensión depende de los méritos del argumento que puedan aducirse en su apoyo, asimismo, nos demuestra que el valor de una afirmación se puede poner entre dicho y por consiguiente podemos exigir un argumento en su apoyo, por lo que la consideración de dicha pretensión dependerá en la medida que dicho argumento se encuentre al nivel exigido.

Por otro lado, en esta parte de la citada obra se nos expone que los argumentos justificatorios son aquellos que son utilizados para apoyar afirmaciones, también se sostiene que el uso justificatorio es el uso primario de los argumentos, en consecuencia las restantes funciones son parasitarias o accesorias de esta función.¹⁴³

En la hipótesis de poner entre dicho una aseveración para respaldar o defender el planteamiento que ha sido puesto entre dicho, debemos elaborar argumentos en su defensa por lo que surgen las pregunta de ¿Cómo elaborarlos? y ¿Cuáles son los modos de crítica y la evaluación apropiados para considerar los méritos del argumento que se está presentando?

Mencionado lo anterior salta a la vista la existencia de una gran variedad de aseveraciones sobre las cuales se puede plantear un respaldo lo que genera una diversidad de pasos para llegar a las conclusiones por lo que se plantea el problema de decidir en qué aspectos y de qué modo se puede prever que varíe la manera de evaluación de los argumentos.

¹⁴² Toulmin, Stephen, *op cit*, p. 29.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 30.

Ahora, partiendo desde la concepción que admite la existencia de diversas aseveraciones a respaldar podemos iniciar en cada caso con aventurar una opinión la cual que implica que nos hemos arriesgado a ser cuestionados y por ende a que sea confrontada nuestra autoridad por lo que de nosotros depende presentar los datos, hechos o cualquier otro elemento en nuestro apoyo.

Sobre esta base, conviene decir que depende de la naturaleza del caso que tipo de hechos apuntemos y que tipo de argumento elaboremos, en consecuencia, la exposición de nuestra aseveración y de los hechos aducidos en su apoyo son de muchos tipos lógicos por lo que los argumentos que se exponen y pasos realizados también son diversos, lo que desemboca en que los argumentos justificatorios pueden ser de muchas clases diferentes; en virtud de lo anterior surge la interrogante ¿Hasta qué punto pueden ser valorados por el mismo procedimiento, en la misma clase de términos, y apelando a los mismos estándares?

En este sentido, conviene volver a plantear la interrogante en los términos siguientes ¿Hasta qué punto los argumentos justificatorios adoptan una sola y misma forma? ¿Hasta qué punto podemos basarnos en los mismos cánones o estándares para realizar su crítica? ¿Poseen el mismo tipo de mérito o son diferentes? ¿En qué aspectos podemos buscar uno solo y el mismo tipo de valor en los argumentos de todas clases?¹⁴⁴

Para dar respuesta a lo anterior conviene introducir el concepto de los campos de argumentación, del cual podemos decir que cuando dos argumentos pertenecen el mismo tipo o campo de argumentación los datos y conclusiones son del mismo *tipo lógico* por lo que se puede decir que los argumentos proceden de campos diferentes cuando el fundamento o respaldo y las conclusiones no son del mismo *tipo lógico*.

Ahora, a fin de responder a los cuestionamientos planteados con antelación, Tolumin, replantea la primera pregunta en el sentido de ¿qué elementos son

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 32 - 33.

invariables respecto del campo y cuáles dependen del campo? ¿Qué elementos relacionados con los modos en los que evaluamos los argumentos, los estándares por referencia a los cuales los valoramos y la manera en que sacamos conclusiones sobre ellos son idénticos con independencia del campo? ¿Cuáles de ellos varía cuando pasamos de los argumentos de un campo a argumentos de otro? y ¿Hasta qué punto se pueden comparar los estándares de una argumentación relevantes en un tribunal de justicia con aquellos otros relevantes cuando se juzga un trabajo académico, o con los que resultan relevantes en una prueba matemática?

Asimismo, cabe señalar que no se trata de comparar el grado de rigor entre los estándares que empleamos al criticar los argumentos en campos diferentes, sino de ver hasta qué punto hay estándares comunes aplicables en la crítica de argumentos procedentes de campos diferentes.

2.1. Las fases de un argumento¹⁴⁵

En esta parte, el autor en análisis parte cuestionando ¿Qué rasgos de los argumentos debemos esperar que fueran invariables respecto al campo y cuáles dependen de él?

Toulmin remarca que para hallar algunos indicios se debe explorar el paralelo entre un proceso judicial, en el que se resuelven las cuestiones suscitadas ante un tribunal de justicia y el proceso racional en el que los argumentos se elaboran y se manifiestan en apoyo de una afirmación inicial, ello considerando también que en el mundo legal hay casos de muchas clases diferentes y es lícito plantear la cuestión de hasta qué punto tanto las formalidades del proceso judicial como los cánones de la argumentación legal son idénticos con independencia de la naturaleza del caso.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 34., Para el efecto del presente análisis se retoman los nombres de los subtítulos propuestos por el autor, a efecto de variar lo menos posible la sistematización dada por el citado teórico.

En los casos judiciales hay una distinción preliminar que resulta bastante evidente; el carácter de las pruebas relevantes será muy variable según los diferentes tipos de caso, o sea, cada caso requerirá apelar a las pruebas de diversos tipos; dentro del límite, ciertas similitudes generales entre el orden de los procedimientos o trámites adoptados en el enjuiciamiento de los diferentes casos, incluso si estos están relacionados con asuntos diversos.¹⁴⁶

Al igual que en el proceso judicial, en el orden natural en que manifestamos la justificación de una conclusión, se halla una serie de fases distintas, dicho en otras palabras, cuando planeamos la defensa de nuestra solución se presenta normalmente en una serie de etapas para empezar ha de presentarse un problema, mismo que puede ser planteando en forma de pregunta, en seguida, suponiendo que tengamos una opinión y queremos mostrar que es una opinión justa, debemos partir de la idea que cuando nos enfrentamos a cualquier tipo de problema nos vemos obligados a admitir que debe ser considerado un número de diferentes propuestas, dicho de otro modo, esta primera etapa consiste en establecer las posibles soluciones a fin de atender las propuestas que reclaman nuestra atención.¹⁴⁷

Ahora, una vez que hemos empezado a considerar las propuestas que creemos merecen nuestra atención y nos hemos preguntado qué relación hay entre estas propuestas y cualquier información que tengamos en nuestro poder, puede ocurrir diferentes opciones, sin embargo si de todas las posibilidades con las que empezamos, nos encontramos con que solo podemos presentar inequívocamente una conclusión determinada como la única que hay que aceptar, lo que significa que estamos familiarizados lo suficiente con la situación y con ello basta para seguir avanzando sobre el tema que estamos tratando.

En algunos ámbitos esto apenas ocurre, ya que es notoriamente difícil establecer que afirmaciones de un determinado candidato prevalecen sobre las restantes, en

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 35 - 36.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 36 - 37.

estos campos las respuestas a las preguntas permanece como cuestiones de opinión o de gusto.

Ante este punto, no podemos pasar inadvertido que cuando contemplamos alguna postura como posibilidad esto implica que estamos dispuestos a invertir cierto tiempo en los datos o pruebas disponibles como en el respaldo que puede aducirse a su favor o en contra, cabe destacar que el uso de las expresiones “posible”, “posiblemente”, “puede que” y “podría ser” significan lo mismo que esa solución para el problema debe ser considerada.

En este sentido, cuando nos hallamos en una situación en que la información de la que disponemos señala inequívocamente hacia una solución determinada, hacemos uso de términos característicos con los que señalamos dicha circunstancia; decimos que “la conclusión debe ser la buena”, “en tal caso”, “que entonces es necesariamente así”, etcétera.

No obstante, no siempre es posible llevar nuestros argumentos hasta ahí ya que puede que no hallemos ninguna conclusión inequívoca y aceptable, sin embargo, puede ocurrir otra serie de eventos en cualquier caso podemos descartar algunas de las indicaciones inicialmente emitidas en las filas de las posibilidades, toda vez que ya no merecen ser consideradas a la luz de otra información de la que disponemos, “después de todo-decimos- el caso no puede ser tal y tal”, en otras palabras, una de las propuestas originales puede resultar de todo inadmisibile.¹⁴⁸

En ocasiones, después de haber descartado las soluciones que nuestra información nos permite y contando con una serie de posibilidades que no pueden descartarse, es posible que seamos capaces de clasificar a las opciones restantes según el grado de confianza o credibilidad de acuerdo con la información con que contamos, en otras palabras, a partir de lo que sabemos podemos sentirnos legitimados, para extraer una de las conclusiones con mayor grado de confianza lo

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 40.

cual comparada con alguna de las restantes podemos referirnos a esta como más “probable”.¹⁴⁹

La última situación a la que nos podemos enfrentar consiste en que habrá ocasiones en que podríamos mostrar que una respuesta podría “ser la respuesta”, en el entendido de la seguridad de ciertas condiciones inusuales o excepcionales, en estos casos a falta de una seguridad total respecto a este punto, se debe calificar nuestra conclusión matizándola por lo que en esta situación tenemos una manera característica de señalar la fuerza especial de nuestra conclusión, en específico esta se matizará como “presunción” o “presumiblemente”.¹⁵⁰

Apunta Toulmin que en todo ello debemos tomar nota de algo; cuando se caracterizan diferentes tipos de situaciones que pueden surgir al exponer un argumento justificatorio, se puede confiar que se encontrarán ejemplos de muchos tipos de campos”.¹⁵¹

Este autor finaliza el presente punto, señalando que en todos los argumentos, las similitudes básicas de procedimiento se mantienen válidas a lo largo de una amplia variedad de campos, por lo que mientras los argumentos presenten formas de argumento que reflejen estas similitudes de procedimientos de los diversos campos también será similar.

3. Probabilidad

Retomando lo expuesto con anterioridad, resulta oportuno tener en cuenta que cuando hablamos de lógica informal y los problemas a los que busca solución

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp., 40 - 41.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 41., En este apartado, el autor en estudio señala dos ejemplos para poder comprender mejor este punto, el primero de ellos alude a un hombre que tiene derecho a ser declarado legítimo en ausencia de que haya pruebas concluyentes de ilegitimidad, en este caso, apunta, que se hablará de la legitimidad del hombre como de una presunción, el otro ejemplo atañe a suponer que el presidente habitual de una comisión ocupó dicho cargo en una reunión del comité a menos que haya evidencias de lo contrario en las actas, por lo que en estos casos se dirá que el presidente habitual de la comisión estaba presuntamente en su sitio en esa reunión.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 41

salta a la vista la forma en que esta analiza las estructuras argumentativas, clasifica las argumentaciones e identifica las falacias.¹⁵²

Por tu parte Blair y Johnson, exponentes de la lógica informal, sostienen que las premisas para una conclusión deben cumplir con tres requisitos a saber i) pertinencia, ii) suficiencia y iii) aceptabilidad; en cuanto a la aceptabilidad el punto total radica en si son verdaderas, aceptables o confiables las premisas, respecto de la pertinencia se refieren a si existe una adecuada relación entre el contenido de las premisas y la conclusión por último en cuanto a la suficiencia se expone si las premisas proporcionan pruebas suficientes para la conclusión.¹⁵³

En adición a lo previamente expuesto y antes de iniciar con este apartado es prudente señalar que en filosofía cuando hacemos referencia a la probabilidad hablamos de diversas cuestiones entre la que resalta aquella concepción que considera que la misma se relaciona entre la ignorancia y nuestros conocimientos dado que se considera que existe un estado de incertidumbre mismo que nos imposibilita a pronunciarnos sobre la verificación de un acontecimiento.¹⁵⁴

Del mismo modo, y en apoyo a ello cuando un hecho es narrado ante un público, este obtiene diversos grados de aceptación, lo cual depende de los conocimientos de los interlocutores; en este sentido si alguno de los escuchas sabe que el citado acontecimiento es rechazado por otros, el mencionado hecho será juzgado de falso; en este aspecto; la diferencia de opiniones depende de la manera en cómo se determina la influencia de los datos conocidos por lo que la teoría de las

¹⁵² Cfr. Van Eemeren, Frans H, “Un mundo de diferencia; el rico estado de la teoría de la argumentación”, en *Reflexiones sobre la argumentación en filosofía*, Coord. Leal Carreto, Fernando et al., Guadalajara, Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, 2015, p. 82., Dicho autor, en esta obra nos explica que por lógica informal no se entiende que sea un nuevo tipo de lógica, sino, por el contrario, es un enfoque normativo a la argumentación del lenguaje ordinario de la cual su objetivo es el desarrollar normas, criterios, y procedimientos para el análisis evaluación y construcción de los argumentos.

¹⁵³ *Ibidem*, p., 82.

¹⁵⁴ La Place, Pierre S., trad Besio Alfredo y Banfi José, *Ensayo Filosófico Sobre las Probabilidades*, Buenos Aires, Espasa-Calpe de Argentina, 1994, p. 16.

probabilidades se vincula a consideraciones tales como que con los mismos datos dos sujetos encuentren resultados distintos.¹⁵⁵

Por otro lado, algunos autores mencionan que el sentido primario de la palabra probabilidad es evaluativo, en el sentido de que al enunciar que una proposición es probable es como decir que está bien hacer o tal cosa.¹⁵⁶

3.1. Probabilidad: el enfoque referencialista

En esta parte, Toulmin parte de un enfoque pragmático pues no ofrece un concepto de probabilidad por el contrario hace una explicación de las funciones prácticas de los términos probablemente, probable y probabilidad en la formulación y crítica de los argumentos.¹⁵⁷

Para ilustrar su punto de vista, contrasta dos concepciones clásicas de probabilidad; el expuesto por William Kneale en *Probabilty and Induccion* en 1949 y Rudulph Carnap en *Logical Foundarions of Probability* de 1950.¹⁵⁸

Toulmin respecto del libro de Kneale señala que un lector interesado no tendrá claro que cuestiones se están tratando y particularmente que relación se supone que tienen con el tipo de situación cotidiana en que se empelan palabras como probablemente, plausiblemente y posibilidad, lo anterior toda vez que Kneale se expresa casi exclusivamente en términos de abstracciones tales como probabilidad, conocimiento y creencia.¹⁵⁹

Adicionalmente, señala que la posición de Carnap es el resultado del intento de evitar el subjetivismo explicado en términos amplios lo que implica que la opinión

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 18 - 19.

¹⁵⁶ Hacking, Ian, *El Surgimiento de la Probabilidad, Un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia estadística*, Barcelona, ed. Gedisa, 1995, p. 32.

¹⁵⁷ Bermejo Luque, Lilian, "El programa de los Usos de la argumentación de Stephen Toulmin", en Marafioti, Roberto y Santibáñez, Cristian (coord.), *Teoría de la Argumentación; a 50 años de Perelman y Toulmin*, Argentina, Biblos, 2010, p. 24.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Toulmin, Stephen, *op. cit.*, pp. 70 - 71.

de que los enunciados de probabilidad se refieran a las creencias de los sujetos sobre el mundo en el lugar de al mundo mismo, asimismo está de acuerdo con el objetivo de evitar el subjetivismo sin embargo no coincide en su solución.¹⁶⁰

Carnap distingue dos nociones de probabilidad, *probabilidad 1*, que sería equiparable al grado de apoyo que un conjunto de evidencia aporta para sostener una hipótesis y *probabilidad 2* que corresponde a la frecuencia relativa de un suceso con otro.¹⁶¹

Para Toulmin ambas nociones involucran una explicación referencialista de los términos de probabilísticos, así, su alternativa será una explicación expresivista capaz de evitar la confusión entre los apoyos que tengamos para afirmar propiamente que algo es probable en cierto grado y el verdadero significado en los términos probabilísticos.

3.2. La explicación expresivista de los términos probabilísticos

Para Toulmin las concepciones de Carnap fallan a la hora de dar cuenta del uso cotidiano de los términos probabilísticos, pues menciona que las relaciones de apoyo se encuentran en el mismo grupo que las frecuencias toda vez que en la práctica no damos el mismo nombre a las relaciones apoyo y confirmación como tales; solo en la medida en que estamos interesados en la hipótesis.¹⁶²

Lo anterior se justifica en el sentido de que en la medida en que estamos interesados en la hipótesis “h” y la evidencia total que tenemos a nuestro alcance identificada como “e”, se convierte en la relación de apoyo que tiene a las premisas “h” y “e” como sus argumentos en una medida de probabilidad que estamos permitidos a adjudicar a “h”.¹⁶³

Esto es, cuando hablamos de que la probabilidad de “h” es una u otra, no estamos haciendo referencia a la evidencia con la que disponemos ni a la frecuencia del

¹⁶⁰ Bermejo Luque, Lilian, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁶² Toulmin, Stephen, *op. cit.*, p. 72.

¹⁶³ *Idem*.

hecho descrito por “h”, lo que en realidad hacemos es considerar que una evidencia o frecuencia nos permite contar con “h” que es aceptable en “tal grado.”¹⁶⁴

Lo que da a entender que se debe rechazar el hablar de probabilidades en términos de grados de confirmación o apoyo, toda vez que dicho grado de confirmación o apoyo depende de la relación entre la evidencia presentada para apoyar una afirmación con la misma por lo que el grado de probabilidad es una propiedad de la aseveración. De igual manera se considera que es adecuado entender los enunciados de probabilidad en términos de apoyo evidencial o de frecuencia relativa, siempre y cuando no los usemos como “el verdadero *designatum* de la palabra”, sino como cualquiera de las razones a las cuales se puede acudir adecuadamente en los contextos y circunstancias apropiadas como el respaldo de una afirmación de que algo es probable.¹⁶⁵

Adicionalmente se tiene que la gracia de la palabra probablemente, está en que evita problemas al dar una respuesta afirmativa cuando existen razones para sospechar que habría algo que le impediría ser concluyente,¹⁶⁶ esto es, al decir “sé que S es P” o “prometo que haré A”, nos comprometemos explícitamente de la misma manera en que se hace, aunque en menor grado solo por implicación, si se dice “S es P” o “haré A”, al decir “S es probablemente P”, o “hare probablemente A”, evito explícitamente comprometerse sin reservas, asegurando de este modo contra algunas de las consecuencias en caso de incumplimiento, sin embargo la

¹⁶⁴ Bermejo Luque, Lilian, *op. cit.*, p 25.

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ Toulmin, Stephen, *op. cit.*, p. 75., Para ejemplificar este punto Toulmin pone de manifiesto el caso en que un niño se encuentra en un dilema, toda vez que, durante la última semana, ha ido todos los días después de la merienda a jugar con una niña pequeña que vive en la calle de a lado, cuando se acerca la hora de acostarse, su madre ha venido a recogerle y su compañera de juegos le pregunta ¿Vendrás mañana?, ¿Verdad que sí?, sin embargo sabe que en casa se habla de ir al día siguiente al zoológico, y por las cuestiones atenuantes sabe que si dice que sí y luego no puede ir ella podrá enfadarse con él, en cambio si dice que no, y al fin y al cabo llega a tiempo, ella no le estará esperando y él no podría, por educación, presentarse allí, ante tal encrucijada se vuelve a su madre en busca de ayuda, quien le aconseja responder que probablemente ira, toda vez que todo depende de la hora en que regresen a casa.

garantía no es ilimitada, de modo que la naturaleza de la condición debe quedar, en la mayoría de los casos bastante clara.

Entonces, la palabra probablemente viene a usarse como medio para asumir obligaciones bajo ciertos requisitos estipulados previamente como para pronunciarse acerca de las propias intenciones de manera matizada, del mismo modo puede usarse para expresar predicciones sujetas a condiciones y constricciones, predicciones con cuyo cumplimiento por una u otra razón no estamos dispuestos a comprometernos por completo.¹⁶⁷

Dicho de otra manera, decir que “S” es probable en cierto grado implica decir que merece ser considerado o aceptado en cierta medida lo que tiene como resultado que las condiciones de acertabilidad de una afirmación probabilística dependen del tipo de evidencia con la que se disponga pues es esta la que legitima a usar un término de probabilístico determinado y no otro.

El significado de los términos probabilísticos consistirá en calificar nuestras afirmaciones en el sentido de los compromisos que contraemos con ellas, sin que por ello tengan un uso referencial por lo que no serían relativos a una evidencia.¹⁶⁸

En conclusión tenemos que los términos probabilísticos no implican que al calificar nuestras afirmaciones sean capaces de preservarnos de cualquier compromiso pues de lo contrario no tendríamos ninguna razón para guardar nuestras afirmaciones con estos términos,¹⁶⁹ en consecuencia, de no corroborarse nuestra afirmación en sentido afirmativo estamos obligados a dar las razones del porqué llegamos a dicha afirmación.¹⁷⁰

3.3. Verdad y probabilidad

Como se expuso anteriormente, Toulmin sostiene que los términos probabilísticos no se refieren a nada en concreto, sino por el contrario, califican nuestras

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 71.

¹⁶⁸ Bermejo Luque, Lilian, *op. cit.*, p. 26.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 26 - 27.

¹⁷⁰ Toulmin, Stephen, *op. cit.*, p. 77.

afirmaciones con las reservas que nos autorizan a utilizarlos adecuadamente, asimismo, los considera semejantes a los términos modales que expresan necesidad, posibilidad e imposibilidad, igualmente los considera como operadores de verdad, esto es, ser verdadero, posible, necesario o probable, o sea, no es una propiedad del mundo, sino una propiedad de nuestra representación del mundo.¹⁷¹

Ser probable es una propiedad objetiva de nuestras afirmaciones lo cual no depende de nuestras creencias y tampoco es relativa a las evidencias. Los grados de probabilidad, verdad o de cualquier término modal, no son creencias o grados de esta. Apunta Toulmin que señalar que algo es probable solo tiene sentido en ausencia de evidencia en contra, en consecuencia, no habría contraposición entre los términos probabilísticos y el operador de verdad.

4. La forma de los argumentos

En esta parte el autor la inicia con una comparación del argumento como un organismo, lo anterior, toda vez que dentro de cada argumento existe una estructura grande y tosca además de otra más delicada, de la misma forma expresa que cuando se expone el argumento en un comienzo, podemos distinguir las fases principales que establecen las fases del argumento, mismas que van desde el enunciando inicial hasta la conclusión, también encontramos que cada una de las referidas fases principales ocupará una parte la cual puede ser presentada como unidades anatómicas del argumento, asimismo dentro de cada parte se desciende al nivel de las oraciones individuales que es dónde se puede reconocer la citada forma más sutil, nos menciona Toulmin que es en esta fase donde se ha introducido la forma lógica donde la validez de los argumentos ha de ser establecida o refutada.¹⁷²

Se explica que un mismo argumento puede exponerse de formas diversas, así como que algunos de los esquemas de análisis serán más transparentes, que otros, o dicho de otra forma, algunos mostrarán de forma más explícita si el

¹⁷¹ Bermejo Luque, Lilian, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷² Toulmin, Stephen, *op. cit.*, p. 129.

argumento es válido o no, dejando ver con mayor claridad las razones en que se apoya y el peso de su conclusión, por lo que surge las preguntas ¿Cómo debe presentarse un argumento para mostrar las fuentes de su validez? y ¿En qué sentido la aceptabilidad o inaceptabilidad de los argumentos depende de sus méritos o defectos formales?¹⁷³

Al efecto, menciona el autor en estudio que existen dos métodos, el matemático y el legal, en cuanto al método legal este autor se cuestiona si el argumento formalmente válido es aquél que sigue las formalidades apropiadas, en cuanto al sistema legal, afirma Toulmin es el método que nos arroja más luz en cuanto al esquema tradicional del esquema de argumentación mismo que se puede entender como premisa mayor, premisa menor y conclusión, toda vez que nos lleva a adoptar un esquema más complejo.¹⁷⁴

4.1. Esquema de un argumento; datos y garantías

En esta parte, iniciamos en el supuesto de haber realizado una aseveración, motivo por el cual nos hemos comprometido con ella, lo cual implica si esta es contradicha o puesta en duda nos obliga a apoyarla, a saber, nos constriñe a probar y demostrar que se encuentra justificada, lo que normalmente, se consigue señalando los hechos con que contamos para apoyarla, en este punto puede suceder que con los hechos no logremos disuadir a quien nos cuestiona por lo que nos veremos obligados a refutarlo con un argumento preliminar, dicha cuestión este autor la identifica como lema.¹⁷⁵

Suponiendo que hemos superado el lema, nos encontramos ante la problemática de como exponer el argumento original con el mayor detalle y explicitud posibles.¹⁷⁶

¹⁷³ *Ibidem*, p. 130.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 130 - 131.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 132 - 133.

¹⁷⁶ *Idem*.

En resumen, para Toulmin los argumentos surgen de responder a cuestionamientos de nuestras afirmaciones, esto es, el argumento es un intento de establecer una afirmación a través de una razón; la afirmación que intentamos establecer y las razones que aducimos para apoyarla son dos de los elementos principales que podemos distinguir.¹⁷⁷

Consecuentemente, contamos con la distinción entre la afirmación o conclusión (C) y los elementos justificatorios a los que Toulmin se refiere como datos (D); cuando nos preguntan con qué más contamos, ofrecer los datos o la información en que se basa nuestra afirmación pueden servir para responder, sin embargo, esta solo es una de las formas en que se puede poner en duda nuestra afirmación; por ejemplo el cuestionamiento podría ser en el sentido de ¿Cómo hemos llegado hasta ahí (la conclusión)? Situación que conlleva a presentar un conjunto determinado de datos como base para una conclusión concreta lo que supone comprometernos a dar cierto paso, en consecuencia, la pregunta versa sobre la naturaleza y justificación de este paso.¹⁷⁸

En este supuesto, lo que tenemos que hacer no es ofrecer más datos, sino proposiciones tales como reglas, principios, enunciados etcétera, que nos permitan realizar inferencias en lugar de aumentar la información con que contamos, lo anterior es así toda vez que ahora nuestro objetivo versa en demostrar como a partir de los datos con los que contamos hemos pasado a la afirmación original y que dicho paso es legítimo, en consecuencia, lo que ahora necesitamos son enunciados hipotéticos, de carácter general que actúen como puente entre unos y otros, los cuales nos sirven para legitimar el tipo de paso que el cuestionamiento previo nos obliga a dar, este tipo de proposiciones son denominadas por Toulmin como Garantías (G).¹⁷⁹

En la explicación que hace Atienza sobre el modelo argumentativo de Toulmin, nos dice que la naturaleza de las garantías depende del tipo de argumento por lo

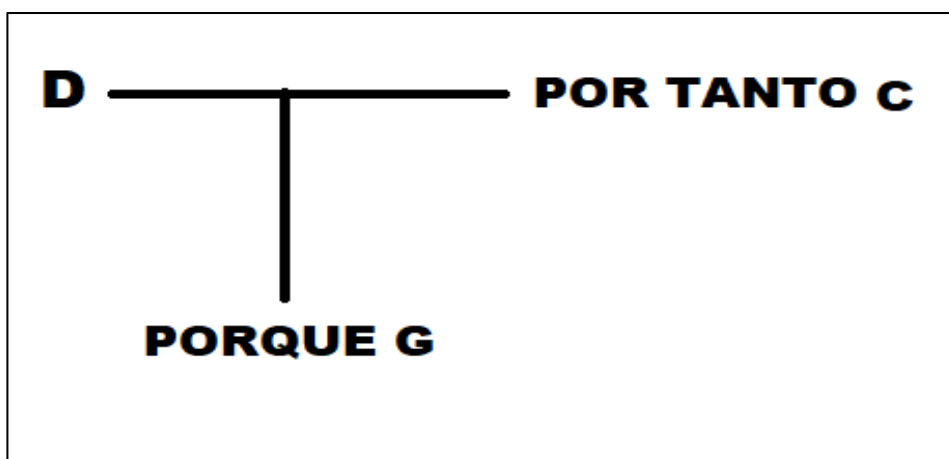
¹⁷⁷ Bermejo Luque, Lilian, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁸ Toulmin, Stephen, *op. cit.*, p. 133.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 133 - 134.

que podrá consistir en una regla de experiencia, una norma, principio jurídico o una ley de naturaleza, etcétera, a saber, no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros.¹⁸⁰

Con los elementos hasta ahora expuestos, el autor en estudio hace el primer esbozo del esquema para analizar los argumentos, en el cual la relación entre los datos y las afirmaciones para analizar argumentos se simbolizan con una línea, lo cual indica que se nos permite pasar de unos a otros escribiendo la garantía inmediatamente debajo de dicha conexión tal y como se muestra a continuación.¹⁸¹



Cuadro 1. Fuente: Toulmin, Stephen, trad Morras María y Pineda Victoria, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, ed. Peninsular, 2007, p. 135.

Del esquema expuesto con antelación podemos ver que la afirmación apela directamente a los datos que le sirven de base; la garantía es incidental y explicativa su fin es registrar explícitamente la legitimidad del razonamiento poniéndole en relación con la clase más amplia de pasos cuya legitimidad se supone.¹⁸²

En consecuencia, podemos decir que las garantías son generales, que certifican la validez de todos los argumentos del tipo correspondiente, de este modo podemos

¹⁸⁰ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 87.

¹⁸¹ Toulmin, Stephen, *op. cit.*, p. 136.

¹⁸² *Ibidem*, p. 136.

entender que la diferencia entre datos y garantías es semejante a la hecha por los operadores del derecho¹⁸³ respecto de las cuestiones de hecho y de derecho, misma que describe como un caso especial dentro de otro más general.¹⁸⁴

De igual modo, apunta Toulmin que en cualquier campo de la argumentación, a menos que estemos dispuestos a trabajar con garantías de algún tipo, será imposible someter los argumentos de dicho campo a una evaluación racional, toda vez que los datos que se aducen cuando se pone en duda una afirmación dependen de las garantías con que estemos dispuestos a funcionar en dicho campo y las garantías que aceptamos se encuentran implícitas en los pasos en específico.¹⁸⁵

Cabe remarcar que las garantías son de diferente clase, en consecuencia dependiendo de la conclusión que se justifique será el grado de fuerza que esta tenga, algunas permiten aceptar una postura de otra forma es decir nos permiten matizar nuestra conclusión con el adverbio necesariamente.

Adicionalmente, otras nos permiten dar el paso de los datos a la conclusión, ya sea provisionalmente, o con sujeción a condiciones, excepciones o matizaciones por lo que habrá que utilizar los términos modales como probablemente o presumiblemente, por lo que es probable que no sea suficiente con especificar solo los datos, las garantías y la afirmación, por lo que puede resultar necesario añadir alguna referencia explícita al grado de fuerza que los datos confieren a la afirmación realizada por la garantía.¹⁸⁶

Lo anterior lo podemos ejemplificar con lo que sucede en los tribunales en donde no basta con invocar una disposición legal dada, sino que también se discute si en una ley en particular encaja en un caso determinado, lo anterior con la finalidad de

¹⁸³ Respecto de este punto Toulmin presupone que esta distinción es realizada por los tribunales, sin embargo, se ha optado por apuntar a que esta distinción es realizada además de los tribunales por todos aquellos sujetos que tienen injerencia en la vida jurídica, o sea, los órganos jurisdiccionales, los defensores, doctrinarios, legisladores, etc.

¹⁸⁴ Toulmin, Stephen, *op. cit.*, p. 136.

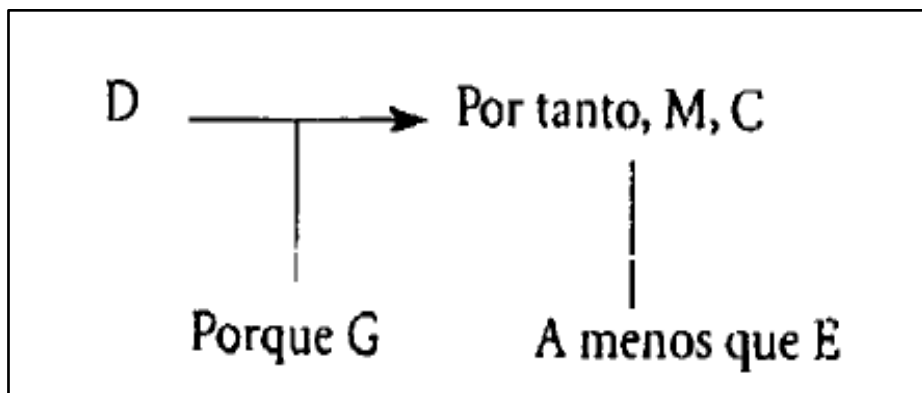
¹⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 137.

verificar si se trata de hechos fuera de lo normal que conviertan el caso en una excepción a la regla o bien si se trata de un caso en el que la ley puede aplicarse solo sometida a ciertas restricciones.¹⁸⁷

Explicado de otra manera, considerando dichas características el esquema propuesto para describir la estructura de los argumentos se hará más complejo; los calificativos o matizadores modales (M), y las condiciones de excepción o refutación (E) son distintos de los datos y de las garantías por lo que habrá que otorgarles un lugar separado en el mencionado esquema, lo anterior supone que M y E son por naturaleza distintos de G, ya que suponen un comentario sobre la importancia de (G).

Ahora, los matizadores (M) indican la fuerza conferida por la garantía, y las condiciones de refutación (E) apuntan las circunstancias en que la autoridad de la garantía podrá hacerse de lado, por lo que el esquema propuesto anteriormente queda de la siguiente forma.¹⁸⁸



Cuadro 2. Fuente: Toulmin, Stephen, trad Morras María y Pineda Victoria, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, ed. Peninsular, 2007, p. 138.

4.2. Esquema de un argumento. Cómo respaldar las garantías

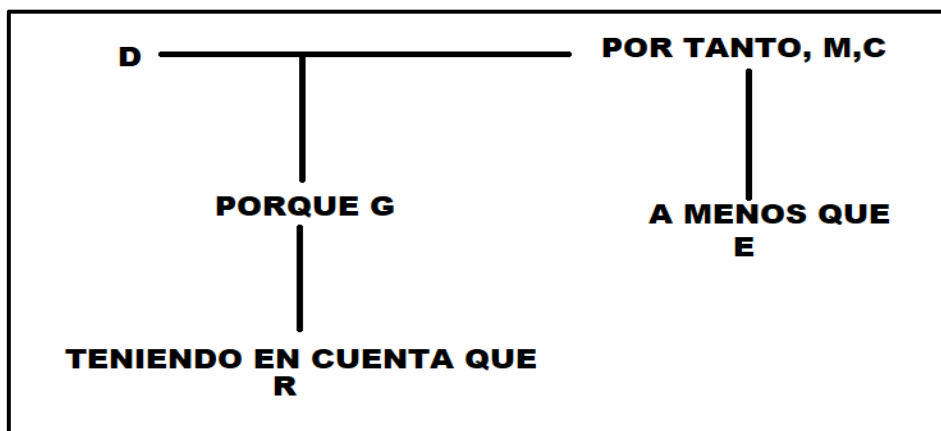
¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 138.

Al defender una afirmación pudimos haber presentado los datos de los que disponemos, la garantía, los matizadores, condiciones relevantes y a pesar de ello no hemos convencido a quién nos ha puesto en duda.

Lo anterior sucede en la inteligencia de que probablemente el cuestionamiento sea en el sentido si la garantía que exponemos es aceptable para cualquier caso. En dicha circunstancia no debemos perder de vista que detrás de las garantías habrá normalmente otras afirmaciones, por lo general con carácter de certeza, sin las cuales las garantías carecerían de autoridad, a estas afirmaciones Toulmin las nombra respaldo (R).¹⁸⁹

De esta manera, hay que tener en cuenta que el respaldo puede variar de campo en campo argumentativo, sin embargo, la forma de respaldar las garantías no varía en los diversos campos, por lo tanto el tipo de respaldo al que acudimos cambiara en la medida en que pasemos de uno a otro por lo que tomando en cuenta el respaldo en nuestro esquema, queda de la siguiente forma.¹⁹⁰



Cuadro 3. Fuente: Toulmin, Stephen, trad Morras María y Pineda Victoria, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, ed. Peninsular, 2007, p. 141.

Es importante señalar las diferencias entre el respaldo y la garantía, la garantía es un enunciado hipotético que funciona como puente de un paso a otro, en cambio

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 139 -140.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 141.

el respaldo se puede expresar como enunciados categóricos sobre hechos y sirven de apoyo a la garantía.¹⁹¹

Lo que implica que se debe atender a la distinción existente entre el respaldo y los datos, no obstante que los datos pueden ser identificados como declaraciones expositivas acerca de los hechos su papel en la argumentación cambia, por esto debemos partir de la idea que exponemos una conclusión desnuda, a saber, solo la idea que habría de necesitar justificación al ser cuestionada, por lo cual no es necesario que el respaldo de la garantía se haga explícito.

Del mismo modo, expone Toulmin que las diferencias entre el respaldo los matizadores y refutadores son demasiado manifiestas ya que los razonamientos para considerar una garantía como aceptable en términos generales son claramente una cosa, o sea, decir el tipo de circunstancias excepcionales que puede hacer que se rechacen las presunciones creadas por la garantía también.

Igualmente señala que cuando leemos el esquema vemos la línea de derecha a izquierda o de izquierda a derecha y podremos decir “C, porque D”, “D, por tanto C”, sin embargo puede ocurrir que en ocasiones se pueda justificar una conclusión más amplia que “C”, dado “D”; cuando esto llega a suceder se puede encontrar, además de las enunciadas con anterioridad, la fórmula “D, por tanto C; por tanto C” siendo “C” la conclusión de alcance más amplio justificada por los datos “D”.

En estos términos, en el caso enunciado con anterioridad la lectura en forma reversible encuentra sentido en la fórmula “C, porque C, porque D”, la cual es, en palabras de Toulmin “una fórmula más torpe” de lo que la situación realmente necesita.

5. Lógica operativa e idealizada

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 143.

En esta parte el autor en estudio establece un juicio contra la lógica formal toda vez que esta ha concebido de manera errónea sus categorías, sus conclusiones han sido equivocaciones y con malentendidos; cuando se refiere a los argumentos diferentes al analítico en realidad lo que hace es un juicio negativo sobre su labor.¹⁹²

Lo anterior Toulmin lo fundamenta en cuatro puntos *i)* la idea de reducir lo lógico a lo analítico choca con la idea más compleja de argumento con D, G, R, M y E, que dependen de los distintos campos de argumentación, *ii)* la lógica se vuelve inservible para la valoración racional de los argumentos; *iii)* el criterio analítico es irrelevante y por lo regular funciona como prerrequisito de evaluación y *iv)* con esa idealización se descarta a toda la argumentación sustancial, que es real y práctica.¹⁹³

6. Esquema argumentativo de Toulmin

En conclusión a lo anterior, podemos decir que en un argumento pueden distinguirse siempre cuatro elementos: la pretensión, la razón, la garantía y el respaldo; el primero (la pretensión) significa el punto de partida y destino de nuestra argumentación.¹⁹⁴

Ahora, al comienzo de la argumentación, alguien (el orador), plantea un problema frente a otros (oponentes), entonces, al ser cuestionada de alguna forma la pretensión, el proponente tendrá que dar razones en favor de la pretensión inicial mismas que tendrán que ser relevantes y suficientes.¹⁹⁵

Conviene apuntar que las razones no son teorías generales, sino los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate, por ejemplo, en una argumentación jurídica serán

¹⁹² *Ibidem.*, p. 193

¹⁹³ *Ibidem.*, pp. 193 - 194.

¹⁹⁴ Atienza Manuel, *op. cit.*, p. 84.

¹⁹⁵ *Idem.*

los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso que se discute.¹⁹⁶

Sin embargo, el oponente podrá discutir de nuevo los hechos, pero incluso, en caso de ser aceptados se puede exigir al ponente que se justifique el paso de las razones a la pretensión; los enunciados que autorizan dicho paso constituyen la garantía del argumento. Su naturaleza depende del tipo de argumento que se trate, pudiendo consistir en una regla de experiencia, una norma, principio jurídico, una ley de la naturaleza, a saber, las garantías no son enunciados que descifran los hechos, sino, reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros.¹⁹⁷

Para Atienza, los hechos o razones son como los ingredientes de un pastel, mientras que la garantía es la receta general que permite obtener el resultado combinando de los ingredientes, en otras palabras, la distinción entre razones y garantía es la misma que se establece entre los hechos y normas.¹⁹⁸

Ahora, suponiendo que el proponente ha establecido una garantía para su argumento, sin embargo, esto no siempre es suficiente en ocasiones resulta necesario mostrar que la garantía también resulta válida, relevante y con suficiente peso, entonces el proponente tendrá que mostrar que su garantía es superior a cualquier cosa para lo que se deberá informar el campo general de información o el respaldo; mismo que esta presupuesto en la garantía aducida y que varía dependiendo del tipo de argumento.¹⁹⁹

Es por ello que se concluye que la garantía no es una simple repetición de los hechos registrados en el respaldo, sino que tiene un carácter práctico mostrando la manera en que se puede argumentar a partir de los hechos.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 85

¹⁹⁷ *Idem*.

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 86.

El respaldo es entendido como el campo general de la información, el cual varía según el tipo de argumento, en el campo del derecho se podría entender al respaldo como la ley en que se encuentra nuestra garantía.

A saber, en nuestra argumentación la garantía podría constituir un principio o regla de derecho, y el respaldo la norma en su carácter general y abstracto que incluye entre otros dicho principio.

Aunque tanto el respaldo como las razones se refieren a hechos, se distinguen entre sí, entre otras cosas, porque mientras que siempre se necesitan alguna razón para poder hablar de argumento, el respaldo solo se hace explícito si se pone en cuestión de la garantía.

Ahora, se debe entender que un argumento puede formar parte de una cadena de argumentos y no presentarse aisladamente, sin embargo, la pretensión de un argumento puede funcionar también como una razón a favor de una nueva pretensión; las razones pueden convertirse en pretensiones que necesitan, por tanto, un nuevo argumento para ser justificadas y la garantía puede verse también como la pretensión de un nuevo argumento, en cuyo caso lo que antes era el respaldo pasará a cumplir ahora la función de las razones, con el cual se plantea la necesidad de una nueva garantía para pasar de las razones a la pretensión, etcétera.²⁰⁰

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 87.

CAPÍTULO TERCERO

LA PRUEBA EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

1. Introducción

Cuando hacemos una afirmación cualquiera, (el cielo es azul) y esta es contestada en sentido negativo (el cielo no es azul), como se expuso en el capítulo previo, esta pierde su calidad con la cual pudo ser expresada, por ende, se convierte automáticamente en una preposición que requiere ser demostrada por aquel que desee sostenerla.

Explicado de otro modo, la existencia humana se encuentra dominada de un deseo de verdad lo cual justifica la prueba, por lo que podemos partir de la idea de que se recurre a ella para convencerse de hechos o actos.

Sin embargo, en los juicios ventilados ante los órganos jurisdiccionales la regla cambia, toda vez que la ley impone el imperativo que el actor o accionante debe probar su acción y el reo o demandado su excepción, en consecuencia, al exponer una controversia ante un juzgado o tribunal, no necesariamente nuestra pretensión debe ser cuestionada para que sea probada, sino, que se tiene el imperativo normativo de demostrar en que se basa nuestro pedir.²⁰¹

Para efectos del presente trabajo, nos basaremos en lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Civiles, toda vez que dicho ordenamiento se constituye supletoriamente a muchas de las normas de carácter procesal de nuestro derecho positivo.

2. Algunas de teorías de la prueba

Si bien es cierto existen diversos teóricos que hablan de la prueba y que nuestros cuerpos normativos se encuentran influenciados por algunas de sus teorías, ante la falta de doctrinas definidas con claridad dentro de la misma resultaría ocioso

²⁰¹ Véase :artículo 81 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

tratar de definir exactamente cuáles de estas influyen en el cuerpo normativo que se usa como una de las base para el presente estudio, toda vez que el trabajo aquí planteado se apoya de la prueba a fin de demostrar que su valoración es un elemento dentro de la argumentación sin que por el mismo se deje de hacer un bosquejo de la apreciación de la misma.

Ahora, nos menciona Celia Maya García, que tanto para el abogado como para el juez la prueba es un elemento indispensable ya que sin ella no puede conocerse la verdad, asimismo, menciona que sin la prueba los derechos subjetivos de los gobernados serían frente a los demás o al estado simples apariencias.²⁰²

Por ende, la prueba se entiende como un tema específicamente procesal, con casualidad y consecuencias jurídicas de afirmación concluyente y fuerza vinculativa, toda vez que a partir de su desahogo se obtiene la demostración de los hechos discutidos por las partes.

En dicho sentido, nos menciona Arellano García que dentro de un proceso es de relevancia conceder a la prueba un lugar de privilegio pues los fallos son favorables no a los que hacen las mejores alegaciones sino a los que apoyan sus aseveraciones con elementos acrediticios.²⁰³

Al respecto nos dice el procesalista español Manuel de la Plaza que la prueba está concebida en contemplación de la seguridad del tráfico jurídico que obliga a demostrar la existencia de los datos que el juez ha de conocer.²⁰⁴

Con relación a ello debemos entender que la prueba se convierte en un deber jurídico toda vez que dentro de los procedimientos jurisdiccionales lo que se busca es un contraste del razonamiento para obtener el máximo convencimiento y legitimidad al resolver.

²⁰² García Maya, Celia, "Pruebas en Materia Mercantil en el Marco de las Reformas al Código de Comercio", en Molinero Mondragón, Lydia (comp.), *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 711.

²⁰³ Arellano García, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, 11ma edición, México, Porrúa, 2007, p. 222.

²⁰⁴ De la Plaza, Manuel, *Derecho Procesal Civil Español*, tomo I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1951, p.473.

Por lo tanto, la prueba es premisa de demostración, apta para derivar conclusiones mediante procedimientos silogísticos con encadenamiento de unas proposiciones con otras a fin de llegar a la precisión a la claridad y correspondencia exacta de pensamiento.

Al respecto nos menciona Martínez Pineda, que para lograr lo anterior, es necesaria la exigencia de curiosidad, técnica, sagacidad, atención, imparcialidad, probidad y disposición perseverante, esto entendiendo que la técnica es un *facere* o hacer, un procedimiento que nos brindará eficacia y que deberá ser apto para conducir dicha actividad (la actividad de probar), con apego a determinadas reglas, lo que termina convirtiéndose en un instrumento trascendental, así como que se trata de una argumentación a través de la cual se determinan premisas ciertas.²⁰⁵

En el mismo sentido, el citado autor menciona que la prueba tiene proyecciones vivas y directas para la realización de la justicia que deben impartir los juzgadores lo cual lo somete a las exigencias de la razón, ello toda vez que la prueba es el fundamento en toda su integridad de la sentencia.

Sostiene Martínez Pineda que el estudio de la prueba es uno e indivisible, esto toda vez que su finalidad es descubrir la verdad, por lo que independientemente de la naturaleza del proceso en que nos encontremos, ya sea penal o civil, será substancialmente la misma en su estructura, sin embargo, lo que varía y da perfiles propios es la sutileza normativa del procedimiento que para cada materia señala el legislador.²⁰⁶

3. Definición de prueba

Para Carnelutti la prueba es una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio ya que lo que se prueba es una afirmación aunque se hable de probar un hecho.

²⁰⁵ Martínez Pineda, Ángel, *Filosofía Jurídica de la Prueba*, 2da. edición, México, Porrúa, 2001, p. 12.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 69.

Asimismo, menciona que la prueba como sustantivo de probar es el procedimiento dirigido a tal verificación, ello toda vez que el raciocinio actúa partiendo de un dato sensible que constituye el fundamento de la razón, finalmente termina señalando que prueba no es un procedimiento sino un *quid* sensible en cuanto sirve para fundamentar una razón.²⁰⁷

Ahora, nos menciona Calos Arellano García que la palabra prueba corresponde a la acción de probar y que la expresión probar deriva de latín *probare* que hace referencia a justificar la veracidad de los hechos en que se funda el derecho de alguna de las partes en un proceso, por lo tanto, la prueba es la justificación de la veracidad de los hechos en que se fundan las pretensiones y derechos de las partes dentro de un proceso instaurado ante un órgano jurisdiccional.²⁰⁸

De este modo, el citado autor nos define a la prueba como el conjunto de elementos de conocimiento que se aportan en el proceso y que tienden a la demostración de los hechos o derechos subjetivos aducidos por las partes con sujeción a las normas jurídicas vigentes.²⁰⁹

Esto es, dicho autor nos menciona que las partes integrantes del concepto de prueba que propone son los siguientes:

- a) La variedad de los medios probatorios requiere de un común denominador que no es fácil de expresar para que no haya exceso o defecto en su enunciación, el citado autor engloba este punto con la frase conjunto de elementos de conocimiento.
- b) Solo se integran al proceso los medios de prueba que fueron ofertados o aportados al proceso, ello ya que suele suceder que en ocasiones los medios de prueba no se lleven al proceso por diversas circunstancias.

²⁰⁷ Carnelutti, Francesco, trad. Figueroa Alonso, Enrique, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Ed. Mexicana, 1997, p. 331.

²⁰⁸ Arellano García, *op. cit.*, p. 217.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 200.

c) Con las pruebas se busca la demostración, independientemente de que lo consigan o no, esto es, hay pruebas que fueron aportadas al proceso y no lograron su calidad demostrativa.

d) Lo que ha de demostrarse son los hechos y los derechos que las partes han invocado para respaldar sus pretensiones en la controversia, entendiendo que es el derecho subjetivo el que se prueba, más no el derecho aplicable.

e) Las pruebas se orientan por las disposiciones de derecho vigente que las rige, por tanto, no se puede concebir a las pruebas fuera del marco de su ofrecimiento admisión y desahogo.

f) La prueba debe estar dentro del proceso, ello toda vez que la prueba que se encuentra en el ámbito procesal es aquella que fue aportada dentro de la contienda por las partes.²¹⁰

De forma similar nos establece Díaz León que la prueba constituye el núcleo central de toda investigación ya que consiste en verificar los alcances de verdad o falsedad de la hipótesis, dicho en otras palabras, es un imperativo de razón toda vez que con ella se busca confirmar aquello que se quiere considerar como cierto.²¹¹

Dentro de la doctrina, a través de la historia han existido diversas concepciones de prueba, por ejemplo, Jeremías Bentham entiende por prueba un hecho supuestamente verdadero que presumiblemente debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho, en otras palabras para este autor todas las pruebas comprenden por lo menos dos hechos distintos; *i)* el hecho principal, que es aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar y *ii)* el hecho probatorio que es el que se emplea para demostrar la afirmativa o la negativa del hecho principal.²¹²

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ Díaz de León, Marco A. *Tratado Sobre las Pruebas Penales*, México, Porrúa, 1991, p. 5.

²¹² Cfr. Díaz de León Marco A., *op. cit.*, p. 232.

Para este autor la prueba en el mundo del proceso constituye la causa eficiente de la sentencia, dicho en otras palabras, el arte del proceso no es otra cosa que el arte de administrar las pruebas.²¹³

En el mismo sentido, Carrara concibe a la prueba como todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición, igualmente plantea que dentro de un hecho podemos encontrar la prueba.²¹⁴

Para Rafael de Pina la palabra prueba en el sentido estrictamente gramatical expresa la acción y efecto de probar como también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.²¹⁵

Por otro lado, nos menciona Víctor de Santo en su *Diccionario de derecho procesal* que cuando hablamos de prueba tenemos que entender que las normas jurídicas condicionan la producción de sus efectos a la existencia de determinada situación de hecho.²¹⁶

Igual forma, De Pina y Castillo Larrañaga, mencionan que los medios de prueba corresponden a las fuentes de donde el juez deriva las razones (motivos de prueba) que producen mediata o inmediata su convicción, por lo que se denomina prueba a la actividad cuya finalidad consiste en formar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados.²¹⁷

En este marco, caber traer a colación las ideas expuestas por Alsina, mismas que son retomadas por Castrillón y Luna, en las que ese expone que el término prueba

²¹³ García Maya, Celia, *op. cit.*, p. 711.

²¹⁴ Cfr. Díaz de León Marco A., *op. cit.*, p. 232.

²¹⁵ Cfr. García Maldonado, Octavio, *Curso de Teoría General del Proceso*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2010, p. 174.

²¹⁶ De Santo, Víctor, *Diccionario de Derecho Procesal*, 3ra ed, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2009, p. 279.

²¹⁷ De Pina, Rafael y Castillo, José, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, 29 ed, México, Porrúa, 2007, p. 293.

sirve para designar a los distintos medios o elementos del juicio ofrecidos por las partes o allegados por el juzgador en el curso de la instancia.²¹⁸

Además, señala que por medio de prueba debemos entender los elementos de convicción que son aportados por las partes al proceso para acreditar la pretensión o bien la defensa.

De los conceptos hasta ahora enunciados podemos ver que la mayoría de los autores coinciden en diversos puntos, por lo que podemos afirmar que la prueba es aquel elemento de convicción con que cuentan las partes con la finalidad de formar la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o certeza de los hechos a los cuales habrá de atribírseles efectos jurídicos.

Igualmente, es prudente señalar que por un lado tenemos los medios de convicción con los que buscamos crear en el juzgador certeza respecto de los hechos controvertidos y de otro tenemos la forma en que llevamos esos hechos ante el juzgador, dicho de otro modo, el método que nos establece la ley, o la forma en que podemos allegarnos de los mismos, sin embargo, no debe pasar desapercibido que aunque exista tal distinción, ni uno ni otro pueden coexistir sin el otro.

3.1. Características de la prueba

Ahora, partiendo de la idea de que la prueba tiene una existencia ontológica, nos menciona Martínez Pineda que por razones de exigencia metódica y de orden didáctico es necesario señalar las notas que la caracterizan a saber, las siguientes:²¹⁹

a) La prueba es absoluta. Expresa por sí misma un sentido completo, definitivo e incondicionado de modo terminante, no admite grados ya que no es más que prueba en sí misma ya que todos llegan a la misma conclusión por medio del correcto empleo de las premisas.

²¹⁸ Castrillón y Luna, Víctor, *Derecho Procesal Mercantil*, 5ta ed, México, Porrúa, 2007, p. 231.

²¹⁹ Martínez Pineda, Ángel, *op. cit.*, pp. 72 - 75.

b) La prueba es vital. Toda vez que gracias a su dinamismo y actividad nos llevará de manera inevitable a la conclusión correcta, por lo que si no fuera vital carecería de sentido el conocer y sin conocer no se puede llegar a la verdad.

c) La prueba es necesaria. Esta característica la posee la prueba por exigencia misma de su esencia ya que no puede ser de otro modo desde el punto de vista ontológico y metafísico.

d) La prueba es objetiva. Ello ya que es desinteresada y también desapasionada, pues no puede ni le es lícito operar en el mundo de la actividad subjetiva, ello a pesar que su desenvolvimiento se da en el campo de la subjetividad, sin embargo, el proceso no puede decidirse a través de apreciaciones de dicha índole, sino que se atiende a la realidad del dato que se aporta y se examina, pero siempre con sujeción a las leyes del raciocinio.

e) La prueba es permanente e inmutable. De lo que se entiende que siempre continúa siendo por su naturaleza dialéctica además que persiste en su específica función.

f) La prueba es precisa. Independientemente de que se trate de una gran extensión de detalles o de fragmentos o de proposiciones esquemáticamente sintetizadas, en caso de existir pleonasmos, es deliberado para mejor aprisionar la idea.

g) La prueba es una. Esto es así ya que no admite división siempre igual y siempre idéntica a sí misma, es encomitante y coincidente en sí misma.

4. Objeto de la prueba

En cuanto a este tópico, nos menciona De Pina y Castillo Larrañaga, que el objeto de la prueba son los hechos dudosos o controvertidos, haciendo la aclaración que el objeto normal de la prueba son los hechos, sin embargo, hay que tomar en cuenta que hay hechos que no necesitan ser probados y otros sobre los cuales no

se permite prueba, al efecto, señalan que para que un hecho sea objeto de prueba debe cumplir con ciertas características.²²⁰

Asimismo, Michel Taruffo señala que la noción habitual de prueba se fundamenta en la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes, a saber, el hecho es el objeto de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que ha sido probado en el proceso.²²¹

En adicción a lo expuesto con antelación, nos mencionan De Pina y Castillo Larrañaga que la prueba civil puede recaer en hechos de la vida capaz de producir un determinado efecto jurídico sin que haya existido la voluntad de producirlo o bien sobre un acto jurídico.²²²

En relación con este punto, no debemos pasar inadvertido que para la admisibilidad de los hechos como objeto de la prueba se requiere que sean posibles, influyentes o pertinentes a los fines del proceso, en contraposición a lo anterior, se concibe al hecho imposible como aquel que pertenece al mundo de la imaginación.

Adicionalmente la prueba debe recaer sobre un hecho relacionado con lo que se trata de probar mediante la relación lógica entre los hechos y las pretensiones o excepciones y defensas.

Se califica como concluyente a una prueba cuando recae sobre un hecho que es capaz de llevar por sí mismo la solución del litigio, es decir, el objeto de la prueba es el de formar la convicción del juez respecto a la existencia del hecho que constituye su objeto.²²³

Respecto a esta idea apunta Taruffo que en el proceso no se demuestran hechos para satisfacer conocimiento en estado puro, sino, para resolver controversias

²²⁰ De Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p. 268.

²²¹ Taruffo, Michelle, trad. Ferrer B, Jordi, *La prueba de los hechos*, 2da ed., Madrid, Trota, 2005, p. 89.

²²² De Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p.268.

²²³ *Ibidem*, p. 269.

jurídicas acerca de la existencia de derechos, o sea, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que este es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso en concreto.²²⁴

Cabe remarcar que Ovalle Favela apunta que son las partes quienes fijan el objeto de la prueba, esto es, los hechos a probar, a través de sus afirmaciones contenidas en sus escritos iniciales con los que se fija la litis.²²⁵

Adicionalmente menciona que solo requieren ser probados los hechos que sean afirmados y a la vez discutidos o discutibles, dicho de otro modo, quedan fuera el ámbito de la prueba los hechos confesados, los notorios, aquellos que tengan en su favor una presunción legal, los irrelevantes y los imposibles.

Este autor entiende por hechos confesados a aquellos que fueron afirmados o que fueron admitidos como ciertos en forma explícita o implícita por las partes, en otras palabras, no requieren prueba toda vez que se trate de hechos probados anticipadamente por medio de la confesión producida en los escritos iniciales.

De la misma forma, entiende por hechos notorios como aquellos que pueden ser invocados por el tribunal, aunque no hayan sido alegados ni probados por las partes, apunta que son notorios los hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social, al respecto es prudente anotar que es la normalidad del conocimiento y no el conocimiento en sí lo que produce la notoriedad.

De este modo, este autor expone que diversos órganos jurisdiccionales tienen como notorios los hechos de que tienen conocimiento por razón de su actividad jurisdiccional, por ejemplo las sentencias firmes que hubieran dictado.

Respecto de los hechos presumidos al igual que Couture, Ovalle Favela parte del supuesto que dentro de los mismos, hay que distinguir tres elementos i) un hecho

²²⁴ Taruffo, Michelle, *op. cit.*, p. 90.

²²⁵ Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 9na ed., México, Oxford, 2003, p. 132.

conocido, ii) un hecho desconocido y iii) una relación de causalidad entre dichos sucesos.²²⁶

De igual forma explica que las presunciones legales en caso de ser absolutas se excluyen entre sí, o cuando son relativas relevan la carga de la prueba del hecho que no conocemos por lo que es necesario probar el hecho del cual parte la presunción.

Ahora, en cuanto a este punto, debemos atender a que el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 86 nos menciona que solo los hechos están sujetos a prueba, sin embargo, se dispone que los usos o costumbres en que se funda el derecho serán objeto de prueba, disposición que doctrinalmente se conoce como el principio de *iura novit curia*, mismo que según Taruffo²²⁷ afecta únicamente a la identificación de la norma aplicable para la decisión, sin embargo cabe añadir que dicho principio exige la prueba del derecho cuando se trate de derecho consuetudinario.²²⁸

En el mismo orden de ideas, no podemos pasar desapercibido que el artículo 86 bis del citado código de procedimientos, establece que el tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, dicho en otros términos, el mencionado precepto faculta al juzgador nacional para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero.²²⁹

5. Distinción entre prueba y probática

Para el procesalista español Luis Muñoz Sabaté²³⁰ la probática es la ciencia aplicada a la prueba de los hechos en el proceso, implica una actividad como un

²²⁶ *Ibidem*, p. 134.

²²⁷ Taruffo, Michelle, *op. cit.*, p. 90.

²²⁸ Fix Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, "Derecho Procesal" en *El Derecho en México una visión en Conjunto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 82.

²²⁹ *Ibidem*, p. 84.

²³⁰ Muñoz Sabate, Luis, *Introducción a la probática*, España, Bosch Editor, 2007, pp. 11 - 12.

cuerpo de conocimientos, enseña como probar, observa, describe y clasifica los hechos y fenómenos que maneja.

Del mismo modo, el autor en cita trae a colación al derecho probatorio, entendiéndolo como el conjunto normativo que regula la prueba de los hechos en el proceso, el cual según se explica se descompone en las reglas de admisibilidad, ejecutoriedad y valoración, remarcando su necesidad en el proceso como límite al debate histórico que se produce ya que el derecho probatorio evita que nos enfrasquemos en un debate probatorio sin fin.

En adición a ello debemos comprender que tanto el derecho probatorio como la probática se ocupan de la prueba, el primero regula su vida en el proceso, mientras que la probática estudia a la prueba en los ámbitos de idoneidad, sin embargo, el derecho probatorio plantea límites a la probática, a saber, tanto la probática como el derecho probatorio se sirven de la prueba.²³¹

De lo anteriormente expuesto podemos comprender que la prueba es el objeto de estudio de la probática y que la probática es aquella ciencia que nos permitirá corroborar ante el órgano jurisdiccional los hechos en que basamos nuestras afirmaciones a fin de convencerlo de nuestra causa.

De la misma manera resulta pertinente remarcar que la valoración de los hechos por medio de líneas inferenciales permanece generalmente oculta, implícita o muy generalizada en las sentencias lo que convierte en necesario plantear la prueba de los hechos, esto es, desde la probática y no solamente desde el estudio de las pruebas aisladamente.

Cabe señalar que esta concepción se encuentra planteada desde la precepción de las partes contendientes en el proceso, sin embargo el presente trabajo de investigación, encuentra su objeto en entender la figura de la prueba dentro de un sistema de argumentación, por lo que ahondar profundamente en el presente tema resulta redundante, toda vez que nuestra búsqueda se enfoca en encuadrar la

²³¹ *Ibidem*, p. 12.

figura de la prueba en la argumentación que surge en los tribunales y no en su manejo dentro del proceso.

6 De las pruebas en particular

Como se indicó previamente, la prueba o medios de prueba son aquellos elementos con los que cuentan las partes para crear convicción en el juzgador sobre los hechos que sustentan sus pretensiones o defensas.

En este sentido, a efecto de poder abordar el tema de la presente investigación a continuación se analizan brevemente las principales pruebas establecidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Se ha decidido tomar como marco de referencia el Código Federal de Procedimientos Civiles al ser la norma procesal a nivel federal que mayor supletoriedad le es otorgada por el legislador en las diversas normas que comprenden nuestro derecho positivo.

6.1. La confesional

Nos menciona el procesalista argentino Adolfo Alvarado Velloso que históricamente el concepto de confesión se vincula con un sacramento religioso y consistente en la declaración de los pecados cometidos que hace el penitente a su confesor con la libretar de espíritu y sin coacción alguna.²³²

Para Ovalle Fabela es la declaración vinculativa de parte, la cual implica una admisión de determinados hechos como ciertos con la atenuante que dichos sucesos deben ser propios.²³³

Al respecto nos menciona el artículo 95 del Código Federal de Procedimientos Civiles que la confesión puede ser expresa o tácita, entendiendo por expresa, aquella que se hace clara y distintamente, ya sea al formular o contestar la

²³² Alvarado Velloso, Adolfo, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Porrúa, 2014, p. 463.

²³³ Ovalle Fabela, José, op. cit., p. 147.

demanda, absolviendo posiciones o en cualquier otro acto del proceso y por tácita se entiende aquella que se presume en los casos señalados por la ley.

Sobre este punto, en la doctrina encontramos que De Pina y Castillo Larrañaga nos mencionan que derivado de esta prueba se constituye la obligación del juez de tomar el hecho confesado como base de la decisión.²³⁴

Los citados autores nos mencionan que la confesión recae sobre los hechos por lo que no es aplicable cuando hablamos de la aplicación del derecho extranjero al caso en concreto, en otras palabras, en dicha situación no podemos hablar de una confesión, sino por el contrario, nos encontramos enfrente de una mera opinión, además, nos mencionan que en la actualidad, la doctrina más autorizada afirma la necesidad de articular esta prueba como un testimonio de parte, lo que implica privarla de su tradicional efecto vinculatorio.

Adicionalmente, al igual que lo hace De Pina y Castillo Larrañaga es prudente apuntar que la confesión por su naturaleza no es otra cosa que un testimonio lo que pone entre dicho su credibilidad en los mismos términos que la del testimonio.

Esta prueba, doctrinalmente ha sido clasificada dentro de dos grandes grupos a saber; i) judicial y ii) extrajudicial.

Por la primera se entiende como aquella que se formula en juicio, ante un juez, por lo general competente y con sujeción a las formalidades esenciales del proceso, dentro de este apartado encontramos dos subclasificaciones a saber.

a) Confesión expresa; se entiende por expresa aquella que es formulada con palabras y señas claras que no dejan lugar a dudas.

Nos recalcan De Pina y Larrañaga que puede ser simple o calificada, entendiendo como simple la que se hace por la parte llanamente, afirmando la verdad del hecho objeto de la prueba y por calificada como aquella en que

²³⁴ De Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p. 298.

reconocida por el confesante la verdad del hecho añade circunstancias que limitan o destruyen la intención de su contrario.

En adición a lo anterior, añaden que puede ser dividua o individua, la dividua es aquella en la que la confesión cualificada puede separarse del hecho o pregunta sobre el cual recae y fuerza plena, en cambio, cuando la circunstancia o modificación añadida es inseparable del hecho preguntado será una confesión individua o divisible y no se puede admitir en una parte o desechar en otra por la contraria quien se quiere aprovechar de la misma.

b) La confesión tácita también llamada ficta, explican De Pina y Larrañaga que es la que se infiere de algún hecho o se presupone en la ley, sin embargo esta forma de confesión en realidad constituye una presunción *iuris tantum*.

6.2 La documental

Respecto de este medio de convicción Arellano García empieza explicando que el documento está concebido como algo que tiene un objetivo probatorio además de hacer hincapié en que la existencia del documento teleológicamente se orienta y encauza a dejar huella de un acontecimiento.²³⁵

Ahora, dicho autor define a la prueba documental como aquella que está constituida por documentos, entendiendo por documento al objeto material en el que obran signos escritos para dejar memoria de un acontecimiento.²³⁶

En apoyo a lo anterior, Castrillón y Luna concibe al documento como el testimonio por escrito, esto es, dicha prueba se encuentra expresado por medio de signos y con ella se busca probar o la conformación de una misma cosa, finaliza diciendo que este medio probatorio constituye una manifestación del pensamiento.²³⁷

²³⁵ Arellano García, Carlos, *op. cit.*, p. 289.

²³⁶ *Ibidem*, p. 292.

²³⁷ Castrillón y Luna, Víctor, *op. cit.*, pp. 239 y 240.

Por su parte Ovalle Fabela menciona que este medio de prueba es el que mayor desarrollo ha tenido en el proceso civil, al igual que la concepción de documento, la cual ha ido variado desde la idea de lo puramente escrito a la concepción funcional que estima como documento todo aquello que tenga como función presentar una idea o un hecho.²³⁸

Tradicionalmente se han dividido esta prueba según su origen, a saber, la documental pública y la documental privada.

6.2.1. La documental pública

Respecto documental pública se entiende que es aquella que en su formación ha participado algún funcionario público o algún operador del derecho investido de fe pública, los cuales al actuar en la creación de este medio de convicción tienen que encontrarse en ejercicio de las atribuciones otorgadas por la ley.²³⁹

En adición a lo anterior, según Arellano García, para que una prueba pueda tener el carácter de documental pública, en ella deben concurrir ciertos elementos a saber, primero deben proceder de funcionario público o de fedatario, después las autorizaciones deben ser dentro de los límites de su competencia mismas que se autorizan con las solemnidades prescritas por la norma.²⁴⁰

6.2.2 La documental privada

Esta prueba, nos menciona Ovalle Fabela que por exclusión a los expresados con anterioridad, se debe entender como aquellos que no han sido expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones o por profesionales que cuenten con fe pública.²⁴¹

Por otra parte, explican De Pina y Larrañaga que los documentos privados son aquéllos en que se consiga alguna disposición o convenio por personas

²³⁸ Ovalle Fabela, José, *op. cit.*, p. 154.

²³⁹ De Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p. 57.

²⁴⁰ Arellano García, Carlos, *op. cit.* p. 293.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 156.

particulares, asimismo, recalcan que en la creación de esta prueba no hay intervención de notario o de algún otro funcionario que ejerza cargo por autoridad.

242

Por último, nos remarcamos que el documento privado, debe ser considerado como una prueba incompleta que se convierte en completa con la comprobación de que procede de su verdadero origen.

Sobre este punto añade Ovalle Fabela que los documentos privados pueden ser reconocidos por su autor en forma expresa o tácita siendo el expreso aquél que se hace a requerimiento del juez y a petición de parte interesada, en cambio, el tácito se da cuando en un juicio se presentan documentos privados por vía de prueba y estos no son objetados por la contraparte.²⁴³

6.3 La prueba testimonial

Por lo que hace a esta prueba De Pina y Larrañaga inician explicando la noción de testigo, la cual parte de dos acepciones, la primera referente a las personas que se necesita concurren a la celebración de determinados actos jurídicos, lo anterior en cuanto a las solemnidades requeridas para la celebración del dicho acto y la otra que hace referencia a las personas que declaran en un juicio, en este caso constituyéndose netamente la noción de testigo como un medio de prueba; explicado de otra manera, en esta acepción llamamos testigo a la persona que comunica al juez el conocimiento que posee acerca de un determinado hecho, el cual interesa para la decisión de un proceso.²⁴⁴

Nos mencionan los autores en comentario que esta forma de colaboración en el proceso es considerada una obligación jurídica para los sujetos que no figuran dentro de la relación procesal, de lo que se entiende que la persona que es llamada a declarar está obligada a hacerlo a excepción de encontrarse excusado legalmente.

²⁴² *Ibidem*, p. 305.

²⁴³ Ovalle Fabela, *op. cit.*, p. 157.

²⁴⁴ De Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p. 305.

Al respecto, cabe apuntar que el deber de decir la verdad existe, aunque no haya un precepto legal expreso que la imponga, pues se desprende del objeto de este medio de prueba que es el de investigar la verdad de los hechos en el proceso.

6.4 La prueba pericial

En cuanto a este medio de prueba, señalan De Pina y Larrañaga que cuando la apreciación de un hecho requiere de parte del observador una preparación especial, obtenida por el estudio de la materia a que se refiere, o simplemente, por la experiencia personal que proporciona el ejercicio de una profesión u oficio, surge en el proceso de la necesidad de la pericial. Recalcan que la exigencia de la prueba pericial está en relación con el carácter más o menos técnico de la cuestión sometida al juez.²⁴⁵

Dichos autores recalcan que cuando hablamos de este tema, más que de un medio de prueba hacemos referencia a una forma de asistencia intelectual prestada al juzgador por la inspección o en la valorización de la prueba en cuanto haya de considerarse materia de experiencia técnica y no solo de la experiencia común, implica la asistencia de carácter preparatorio y subordinado por parte de particulares elementos de decisión.²⁴⁶

Asimismo, hacen la aclaración que este medio de prueba procede cuando son necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria o la mande la ley, medio de convicción que se ofrecerá expresando los puntos sobre los que ha de versar y si se quiere las cuestiones que deban resolver los peritos.²⁴⁷

Por lo que se entiende que la admisión de dicho medio de prueba se encuentra supeditada al hecho de que sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, de la cual el juzgador necesite un punto de orientación, sin que ello quite la apreciación sobre su necesidad en el caso en concreto.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 306.

²⁴⁶ *Idem*.

²⁴⁷ *Idem*.

6.4.1 Idea y función del perito

De Pina y Larrañaga nos dicen que por perito se conoce a la persona entendida en alguna ciencia o arte que puede ilustrar al juez o tribunal acerca de los diferentes aspectos de una realidad concreta cuyo examen se requieren conocimientos especiales.²⁴⁸

Es por ello que se debe entender que un perito debe reunir dos condiciones esenciales, competencia entendida como un supuesto necesario dado el carácter de la prueba e imparcialidad con la que se busca garantizar la facultad de recusación concedida a las partes.

La figura del perito difiere con la del testigo en que a este no se le pide una noticia sobre un hecho, sino, un criterio o apreciación, para el cual no invoca la memoria sino a la ciencia, de igual forma, al testigo se recurre para conocer la materialidad de los hechos, en cambio del perito se busca asegurar la existencia de un hecho o su simple posibilidad, lo cual requiere conocimientos técnicos por mencionar solo algunos.²⁴⁹

Ahora, apunta Ovalle Fabela, que el dictamen pericial es el juicio emitido por aquellos quienes cuentan con una preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte, con objeto de esclarecer hechos objeto de la controversia.²⁵⁰

Adicionalmente, cobra aplicación lo establecido por el artículo 143 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual establece que la prueba pericial tendrá lugar en las cuestiones de un negocio relativas a alguna ciencia o arte y en los casos en que expresamente lo prevenga la ley.

En este mismo sentido, establece el citado código que los peritos deben tener título en la ciencia o arte a que pertenezca la cuestión sobre la cual han de emitir su opinión en el entendido que dicha disciplina estuviere legalmente

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 307.

²⁴⁹ *Idem*.

²⁵⁰ Ovalle Fabela, José, *op. cit.*, p. 164.

reglamentada, en caso contrario, podrá ser nombrado con tal carácter cualquier persona entendida de la rama del conocimiento de que se trata.²⁵¹

6.5. La prueba presuncional

La presuncional es una operación lógica mediante la cual, partiendo de un hecho conocido se llega a la aceptación como existente de otro desconocido o incierto, es el resultado de la aplicación de las máximas que el legislador o el juez deducen de su propia experiencia.

De la lectura del artículo 190 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se desprende que las presunciones pueden ser de dos tipos, las que establecen expresamente la ley y las que se deducen de los hechos comprobados.

De conformidad con la ley adjetiva citada con antelación la presunción no es una prueba plena, lo que significa que por regla general por sí misma no acredita la existencia de los hechos, sino que admite prueba en contrario, con la salvedad que las establecidas en ley o legales pueden tener dicha prohibición, misma que deberá estar establecida en la ley.

Es decir, tal y como lo expresa Ovalle Fabela las presunciones legales pueden ser relativas o *iuris tantum*, y absolutas o *iuris et iure*, según admitan prueba en contrario.²⁵²

Lo que provoca que la parte que alegue una presunción debe probar los supuestos de la misma, por el contrario, aquel que la niegue debe rendir la contraprueba de los supuestos de aquella.²⁵³

Finalmente, los tribunales de nuestro país, respecto de este medio de prueba han dicho que, por lo que hace a la presuncional humana, al no estar regulada en el

²⁵¹ Véase artículo 144 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²⁵² Ovalle Fabela, José, *op. cit.*, p. 176.

²⁵³ Esta regla se encuentra establecida en los artículos 192 y 193 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Federal de Procedimientos Civiles, para su conceptualización se debe atender a la doctrina.

Al respecto, en la tesis aislada XI.2o.C.5 C (10a.), de rubro “PRUEBA PRESUNCIONAL HUMANA. AL NO ESTAR REGLAMENTADA SU INTEGRACIÓN EN EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, DEBE ACUDIRSE A LA DOCTRINA”, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, estableció que el procedimiento racional para analizar la actualización de la prueba presuncional humana, debe seguir estándares determinados, a saber los siguientes.²⁵⁴

El primero, está constituido por los hechos base, mismos que deben encontrarse suficientemente acreditados por cualquier medio de convicción y el segundo elemento es la formulación de una inferencia la cual está sujeta a un estudio de razonabilidad, a efecto de determinar si la misma resulta razonable, o si, por el contrario, es arbitraria o desmedida.

Respecto de este último punto señala el citado órgano jurisdiccional que la inferencia debe encontrarse acreditada inequívocamente de tal manera que exista una conexión entre los hechos base y los hechos consecuencia, en el sentido de que actualizados los primeros, se debe afirmar la generación de estos últimos y que la inferencia debe surgir de forma natural e inmediata de los indicios que constituyen los hechos base, pues la eficacia de la presunción judicial disminuirá en la medida en que las conclusiones tengan que obtenerse a través de mayores inferencias y cadenas de silogismos.

Asimismo, se apunta en la citada tesis que la inferencia lógica debe sustentarse en máximas de la experiencia, esto es, en una clara idea de razonabilidad, de forma tal que el vínculo entre hechos base y hechos consecuencia debe construirse de modo coherente.

²⁵⁴ Tesis XI.2o.C.5 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 70, tomo III ,septiembre de 2019, p.2202, registro digital 2020604.

Finalmente, después de extraer las inferencias lógicas o lo que la doctrina ha denominado presunción abstracta, el juzgador deberá proceder al análisis de todo el material probatorio, para llevar a cabo un proceso de exclusión de cualquier otra posible conclusión, con la intención de determinar si resulta factible la actualización de otra hipótesis, lo cual restaría cualquier alcance a la prueba presuncional humana.

Por lo que actualizado lo anterior, nos encontramos ante una presunción concreta, misma que debe ser elemento probatorio plasmado por el juzgador en la resolución correspondiente.

6.6. La prueba instrumental pública de actuaciones

De la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia de rubro “PRUEBAS INSTRUMENTAL DE ACTUACIONES Y PRESUNCIONAL LEGAL Y HUMANA. NO TIENEN VIDA PROPIA LAS”,²⁵⁵ se entiende que la prueba instrumental de actuaciones se constituye con las constancias que obran en el sumario o expediente, cuestión que se reafirma, con la tesis “PRUEBA, DOCUMENTAL PÚBLICA. EXPEDIENTE QUE OBRA ANTE LA MISMA JUNTA.”²⁵⁶

De lo que se concluye que cuando se habla de la instrumental pública de actuaciones, se debe entender todas las constancias y actos jurídicos realizados por el Tribunal dentro del procedimiento judicial por lo que quedan comprendidos tanto las constancias como los actos de decisión o resoluciones judiciales, actos de comunicación y ejecución o mejor conocidos como diligencias judiciales.

Sin que obste a lo anterior que la última de las referidas tesis haya sido superada por contradicción de tesis por la jurisprudencia de rubro: “DOCUMENTAL PÚBLICA CONSISTENTE EN EXPEDIENTES QUE SE ENCUENTRAN EN LOS

²⁵⁵ Tesis XX. 305 K, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, tomo XV, enero de 1995, p. 291, registro digital, 209572.

²⁵⁶ Tesis, VI.2o.5 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo I, junio de 1995, p. 507, registro digital 205058.

ARCHIVOS DE LA MISMA JUNTA QUE CONOCE DEL ASUNTO. SU OFRECIMIENTO Y ADMISIÓN DEBEN SATISFACER LOS REQUISITOS LEGALES QUE ESTABLECE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, ATENDIENDO A LOS PRINCIPIOS DE ECONOMÍA Y SENCILLEZ DEL PROCESO.”²⁵⁷

Ello ya que la citada jurisprudencia solamente se hace referencia a los métodos de ofrecimiento y desahogo de la prueba documental pública, sin que de su contenido se advierta que dicha sustitución se haga extensiva hacia la definición e interpretación del medio de convicción, por lo que puede advertirse que la noción que se hace de la prueba persiste.

6.7. Función argumentativa de la prueba

Ahora, a fin de comprender la importancia de los medios de prueba descritos en el apartado que antecede debemos recordar que con las mismas, como ha quedado expuesto con antelación, se busca una certeza de los hechos aportados en el proceso y que serán la base para la argumentación que habrá de realizar el órgano jurisdiccional al momento de decidir la controversia que ante él fue planteada.

Al respecto, nos menciona Michele Taruffo que por lo que hace a la prueba, existen al menos dos tipos de razones que las problematizan en el proceso, menciona que el primero de ellos hace referencia al problema de la verdad, que atiende a que se cuenta con una verdad desahogada en el proceso y otra en el mundo fáctico.²⁵⁸

Respecto del segundo problema, aborda que el mismo se centra en el lugar que se le atribuye a la verdad de los hechos en la teoría del proceso, el cual menciona, que es solucionado con la idea de que a la teoría del proceso no le interesa la

²⁵⁷ Tesis, 2a./J. 121/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, Octubre de 1999, p. 303, registro digital: 193031.

²⁵⁸ Cfr. Taruffo Michelle, *op. cit.*, p. 25.

búsqueda de la verdad, sino, la solución de los conflictos, por lo que la única verdad que importa es la establecida por el juez en la sentencia.²⁵⁹

Sin embargo la misma no debe conducirnos a pensar que la función de la prueba dentro del proceso argumentativo únicamente deba ser retórico, ello ya que la concepción retórica de la prueba produciría un vicio de la concepción de la racionalidad consistente en la incapacidad de distinguir entre argumentaciones eficaces y argumentaciones válidas, del mismo modo, no se distinguiría entre pruebas persuasivas y pruebas capaces de dar un fundamento racional al juicio o percepción de los hechos dentro del proceso.²⁶⁰

De lo anterior para efectos de este trabajo podemos concluir que ante la dificultad de poder establecer una función clara de la prueba en el proceso, ya sea como elemento para esclarecer una verdad única, o como un elemento meramente retórico de la argumentación, podemos entenderla como un elemento de apreciación de los hechos que servirá de base para una argumentación.

7. La valoración de la prueba

Para Martínez Pineda del concepto de prueba se advierte que tenemos una procesión de detalles o desenvolvimiento de datos, condiciones y requisitos que proporcionan el material idóneo de la prueba los que dan matiz propio y fisonomía procesal al modo de obtener la verdad.²⁶¹

Asimismo, refiere el citado autor que sin la valoración de la prueba resulta realmente imposible fundar una sentencia en virtud de que los elementos y datos contenidos en la contienda constituyen la base de dicha determinación.

Según Ovalle Favela, la apreciación o valoración de las pruebas es la operación que realiza el juzgador con la finalidad de determinar la fuerza probatoria de los medios existente en el proceso.²⁶²

²⁵⁹ Crf. *Ibidem*, p. 26.

²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 353 - 354.

²⁶¹ Martínez Pineda, Ángel, *op. cit.* p. 78.

²⁶² Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 176.

Al igual que Ovalle Fabela, refiere De Pina y Larrañaga que los sistemas referidos a la posición del juez en la apreciación de los medios de prueba, son los que se enuncian a continuación:

- a) Sistema de la prueba libre
- b) Sistema de la prueba legal o tasada
- c) Sistema mixto

Nos mencionan los escritores en cita que diversos autores han clasificado a la sana crítica o prueba razonada como una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin embargo, la libre convicción debe ser considerada como el resultado de un razonamiento lógico no sometido a presión o impedimento legal de tipo alguno.

Dicho de otra forma, la libertad de apreciación no faculta al juez a razonar arbitrariamente, sino que se sujeta a un criterio preestablecido, no puede dejar de lado las reglas del correcto entendimiento humano, los autores en estudio expresan en palabras de Couture, que será ideal el que el juez se inspire en que el legislador le dejó la libertad de apreciación de la prueba bajo la reunión de la lógica y la experiencia.²⁶³

Respecto de la sana crítica, en la tesis de rubro “PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONCEPTO DE SANA CRÍTICA Y MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA PARA EFECTOS DE SU VALORACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 592 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN)” nuestros tribunales establecen²⁶⁴ que implica un sistema de valoración de pruebas libre, pues el juzgador no está supeditado a normas rígidas que le señalen el alcance que debe reconocerse a aquéllas, esto es, dicho sistema de

²⁶³ De Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p. 272.

²⁶⁴ Véase Tesis: IV.1o.P.5 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, p. 1522, registro digital 2002373.

valoración es el conjunto de reglas establecidas para orientar la actividad intelectual en la apreciación de las pruebas, asimismo, es una fórmula de valoración en la que se interrelacionan las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, las cuales también influyen en la autoridad como fundamento de la razón, en función al conocimiento de las cosas, dado por la ciencia o por la experiencia, en donde el conocimiento científico implica el saber sistematizado, producto de un proceso de comprobación, y que por regla general es aportado en juicio por expertos en un sector específico del conocimiento; mientras que las máximas de la experiencia son normas de conocimiento general, que surgen de lo ocurrido habitualmente en múltiples casos y que por ello pueden aplicarse en todos los demás, de la misma especie, porque están fundadas en el saber común de la gente, dado por las vivencias y la experiencia social, en un lugar y en un momento determinados.

En relación a lo expuesto con antelación, y siguiendo el criterio establecido por el citado tribunal, cuando se asume un juicio sobre un hecho específico con base en la sana crítica, es necesario establecer el conocimiento general que sobre una conducta determinada se tiene y que conlleva a una específica calificación popular, lo que debe ser plasmado motivadamente en una resolución judicial por ser precisamente eso lo que viene a justificar objetivamente la conclusión a la que se arribó, evitándose con ello la subjetividad y arbitrariedad en las decisiones jurisdiccionales.

En tanto, menciona el artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Civiles que el tribunal goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas, para determinar el valor de las mismas unas enfrente de las otras y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria, a no ser que la ley fije las reglas para hacer esta valuación, observando, en cada caso la especie de la prueba.

a) Sistema de la Prueba Libre

Este sistema otorga al juez una absoluta libertad de la valoración que haga de la prueba, este sistema otorga al juez al poder apreciarla sin traba legal de ninguna especie, asimismo, se extiende a la potestad del juez de seleccionar los conocimientos de la experiencia que posee para otorgarles valor probatorio.²⁶⁵

Al respecto, de la cita que hacen De Pina y Larrañaga de Carnelutti se desprende que dicho autor reconoce a la libre apreciación de la prueba como el mejor medio para alcanzar a verdad, cuando este es usado por un buen juez, por otro lado este autor prevé como inconveniente la dificultad de prever el resultado del proceso, por lo que se puede concluir que este sistema es aquel en que la convicción del juez no está ligada a un criterio legal formándose por tanto el juzgador una valoración personal racional de la prueba.²⁶⁶

En atención a esto se puede concluir que de acuerdo con este sistema, se tiene que conforme al artículo 197 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el juez tiene cierto arbitrio para asignar valor a las pruebas, salvo el caso en que la ley señale a cualquiera de estas uno determinado, pero ello debe sujetarse a ciertas reglas, esto es, aquél debe decidir con arreglo a la sana crítica, sin concluir arbitrariamente, por lo que debe atender a las reglas de la lógica y de la experiencia, entendiéndose a la lógica, como una disciplina del saber o ciencia que tiene reglas y principios que son parte de la cultura general de la humanidad, y a la experiencia, como un conocimiento mínimo que atañe tanto al individuo como al grupo social que acumula conocimientos ordinarios del quehacer cotidiano en las actividades genéricas del ser humano mediante la observación de los fenómenos sociales, culturales, políticos y de la naturaleza.

Así, lo trascendente del sistema de libre valoración de la prueba y del razonamiento práctico, es que el juzgador señale en qué reglas de la lógica y en qué máximas de la experiencia, basó su estudio para así justificar el resultado de la ponderación alcanzado.

²⁶⁵ De Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p. 273.

²⁶⁶ *Idem.*

b) Sistema de la prueba legal

En este sistema la valorización de las pruebas no depende del criterio del juzgador, la valorización de cada uno de los elementos de prueba se encuentra regulado en la ley y el juez ha de aplicarla rigurosamente sea cual fuere su criterio personal.

Bajo este sistema, el legislador otorga al juez reglas fijas con carácter general y según ellas tiene que juzgar sobre la admisibilidad de los medios de prueba y su fuerza probatoria, este sistema se asiente sobre la desconfianza hacía el juzgador por lo que lo convierte en su autómeta, por lo que la su inflexibilidad y dureza lo vuelven incompatible con la eficaz percepción de los hechos que juegan en el proceso, o sea, su apreciación escapa de las previsiones legales del tipo general que suelen llevar a la fijación de una verdad puramente formal dejando de lado los elementos vitales que palpitan en toda contienda judicial.

Respecto de ese sistema de valorización, de la cita hecha por De Pina y Larrañaga, se entiende que Carnelutti señala como ventaja de la valorización de ciertas pruebas hechas por la ley en el sentido de que respecto de unas, no se puede desconocer y respecto de otras, no se puede otorgar eficacia por parte del órgano jurisdiccional.

Por lo que, para este autor, este sistema de valorización de la prueba facilita el desenvolvimiento del proceso y permite prever el resultado lo que provoca que las partes en dado caso se abstengan de una pretensión o de resistirse a esta, cuando no puedan apoyarse en pruebas legalmente eficaces, en conclusión este sistema gana en certeza lo que pierde en justicia.²⁶⁷

c) Sistema mixto

En cuanto a este sistema, enuncian De Pina y Larrañaga, que es este sistema el que inspira la mayoría de los sistemas probatorios contemporáneos, así como que

²⁶⁷ De Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p. 275.

la combinación de los principios de la prueba legal y de la prueba libre tiende a resolverse el contraste tradicional entre la necesidad de justicia y la de certeza.²⁶⁸

Dicho de otra forma se enuncia que el sistema mixto pretende atenuar los inconvenientes de la aplicación tajante de cualquiera de los otros sistemas.

Ahora, debe partirse de la idea que la apreciación de la prueba, constituye la forma en que los medios de prueba desahogados dentro del proceso habrán de incidir en la forma de solucionar la controversia discutida.

Ello ya que es la apreciación de la prueba el elemento que habrá de formar en el juzgador las premisas bases que habrán de servir para la argumentación de las sentencias, de lo que se puede advertir que este es el paso que más peso habrá de tener en cuanto al sistema probatorio dentro del proceso toda vez que este es el momento de que las pruebas trasciendan a una argumentación.

En cuanto esto, resulta oportuno retomar a Martínez Pineda, que como se afirmó previamente, menciona que sin la valoración de la prueba resulta imposible fundar una sentencia ya que los elementos y datos contenidos en el proceso son el apoyo de la referida resolución judicial.²⁶⁹

Nos menciona el referido autor que esto trae como consecuencia que después del análisis de las constancias procesales el órgano jurisdiccional toma una determinación que pondrá fin al proceso, en este momento se formula un juicio de valor de manera introspectiva, sin embargo, cuando dicho juicio se exterioriza se establece una preposición.

Derivado de lo anterior, es que se considera que esta determinación, en la que el juzgador basara su determinación, que es resultado de la valoración judicial de la prueba, deberá formar parte de la argumentación que se expondrá para fundar la sentencia.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 275.

²⁶⁹ Cfr., Martínez Pineda, *op. cit.*, p. 99.

CAPÍTULO CUARTO

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR PARTE DEL JUZGADOR

1. La importancia de la prueba en la argumentación jurídica

Como ha quedado expuesto, la prueba es el elemento con el que cuentan las partes de un proceso para acreditar su dicho y a diferencia de lo expuesto en las teorías de la argumentación, en las contiendas judiciales no necesitamos que sea puesta en duda nuestra afirmación para probar su validez, sino, por el contrario, la ley nos impone el imperativo de probar nuestra pretensión o la excepción en la que basamos nuestra defensa.²⁷⁰

Asimismo, cabe apuntar que cuando hablamos de pretensiones, se les puede entender como argumentos que deben satisfacer los requisitos mínimos de validez de la lógica; dicho en palabras de Jean Claude Tron Petit; son la expresión e instrumento para hacer valer un interés en el juicio y obtener una decisión favorable.²⁷¹

Sin embargo, no es suficiente con tener en cuenta una proposición formada con base en las reglas de la lógica para que a esta le se otorgada plena validez por el juzgador al momento de emitir el fallo que en derecho corresponde, sino por el contrario, es necesario que la afirmación que se toma en cuenta sea real o comprobable, toda vez que esta será la base de las consecuencias de derecho que otorgue el fallo por parte del órgano jurisdiccional.

Es por ello que resulta necesario el uso de la prueba para hacer efectiva una proposición a la que habrá de otorgársele efectos de derecho, pues en una contienda judicial los hechos probados serán la base para construir una argumentación que ponga fin a la misma, principalmente bajo el principio de congruencia.

²⁷⁰ Véase; artículo 81 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²⁷¹ Tron Petit, Jean C., *La argumentación en el Amparo*, México, Porrúa, 2009, p.11.

Lo anterior es así, toda vez que retomando las palabras de Jaime Cárdenas Gracia el derecho de nuestros días es argumentación, lo que da pauta a una expresión discursiva de la tolerancia, el desarrollo de la cultura jurídica y de la civilidad de un pueblo.²⁷²

De este modo, dicho autor apunta que el derecho en términos simples además de una estructura normativa, integrada por reglas, principios y directrices está constituido por procedimientos, muchos de los cuales son discursivos y argumentativos; de tal suerte que se apunta como algo positivo dentro de la discusión jurídica el pensar el derecho como argumentación entre otras razones porque el derecho no es una colección de axiomas, ya que obliga a argumentar sobre las normas y los casos.²⁷³

En adicción a ello y a fin de darle una base sólida a la argumentación del derecho, es que resulta necesario sentar bases firmes como un presupuesto para una correcta argumentación; dicho de otro modo, la utilización de la prueba como concepto procesal abstracto y general resulta necesario para una correcta y saludable argumentación del derecho que otorgue certidumbre y seguridad jurídica.

Ello en el entendido de que la argumentación jurídica que habrá de exponer el órgano jurisdiccional al momento de poner fin a la contienda de la que conozca, será a partir de las pretensiones expuestas por las partes, elementos aportados que las sustentan y las premisas contenidas en la ley, sin embargo, dichos postulados habrán de encontrar sustento en la valoración que se haga de las pruebas por parte del juzgador.

Por lo que resulta oportuno retomar las palabras de Manuel Atienza cuando hace la distinción entre los distintos campos de lo jurídico en que se desarrolla la argumentación; a saber, *i)* producción o establecimiento de normas jurídicas, *ii)*

²⁷² Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 1.

²⁷³ *Ibidem*, p. 2.

aplicación de las normas jurídicas a la resolución de casos y aquél que tiene lugar en la *iii*) dogmática jurídica.²⁷⁴

En este contexto, en el presente trabajo, se presenta dentro del campo de la aplicación de las normas jurídicas a la resolución de casos, toda vez que el argumento que otorga efectos jurídicos se presenta principalmente en textos resolutorios tales como sentencias, o resoluciones que ponen fin a los conflictos jurídicos mismos que son dictados por los diversos órganos administrativos y jurisdiccionales.

Ello en el entendido, que como quedó expuesto con anterioridad, el órgano jurisdiccional al momento de revisar las constancias para formular un sentido de su decisión habrá de realizar una apreciación de los hechos y generarse una idea de cual habrá de ser el sentido en que deberá resolver la contienda ante el propuesta.

Sin embargo, dentro de los sistemas argumentativos, muchas veces ese paso habrá de dejarse de lado, para solo tomar partida en la forma de expresar los razonamientos que sustentan la decisión adoptada, sin embargo, encuadrar dicho aspecto resulta crucial para determinar si la decisión que se toma se encuentra apegada a de derecho.

Esto ya que como lo menciona Tron Petit, la decisión judicial tiene dos contextos fundamentales en los que se debe decidir, el fáctico y el jurídico, por lo que remonta las palabras de Andrés Ibáñez quién apunta que la experiencia jurisdiccional puede tomarse como un fenómeno unitario, el cual trabaja como instrumento de averiguación o determinación de hechos controvertidos, connotados por el dato de ser jurídicamente relevantes, para resolver sobre ellos, asimismo afirma que esta afirmación vierte ya directamente sobre el fenómeno probatorio.²⁷⁵

²⁷⁴ Atienza Manuel, *op. cit.*, pp. 2 a 4.

²⁷⁵ Tron Petit, Jean C., *op., cit.*, p. 95.

Ahora, que habrá de tomarse en cuenta que dicho autor menciona que el razonamiento judicial, visto en su integridad, implica:

a) *Determinar hechos*. Funciona como argumento fáctico, usualmente indiciario a partir de datos ciertos se alcanzan conclusiones fácticas probables del enunciado propuesto, no verdaderas, pero que se convierten en ciertas por determinación de la autoridad, por lo que el juicio de hecho es así el presupuesto necesario para lo posterior.

b) *Calificación jurídica de hechos*. Es uno de los elementos del juicio de derecho, significa ver a los hechos desde el derecho busca su justa perspectiva jurídica la cual se obtiene de la subsunción y atribuir consecuencias.

c) *Construcción*. Es la formación del enunciado normativo para resolver el conflicto de conformidad y acorde a la litis planteada.

d) *Decisión*. Es la norma individualizada para el caso concreto que adjudica consecuencias a los hechos.²⁷⁶

Asimismo, resalta que nuestros tribunales, en la tesis *I.3o.C.102 K (10a.)*,²⁷⁷ de rubro “DERECHO A LA PRUEBA. SU RESPETO Y ALCANCE (NOTAS DISTINTIVAS)” han establecido que la importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de la actividad probatoria que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada juicio, el juez puede alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación del derecho y dar respuesta a los asuntos.

Por lo que la prueba también como un derecho constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso y del acceso a la justicia al ser el más importante vehículo para alcanzar la verdad.

²⁷⁶ Tron Petit, Jean C., *op. cit.*, p. 96.

²⁷⁷ Tesis, *I.3o.C.102 K (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 66, mayo de 2019, tomo III, p. 2561, registro digital 2019776.

Se menciona en la citada tesis entre otros aspectos que este derecho lo constituye que la prueba se valore y tenga incidencia lógica y jurídica proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio en la decisión que el juez adopte. Ahora, debe tenerse en cuenta que nuestros tribunales en la tesis I.3o.C.103 K (10a.), han dicho que la valoración de la prueba que se hace en la sentencia atañe a la facultad del juzgador para calificar el grado de convencimiento que producen los datos de prueba aportados por las partes, admitidos y finalmente desahogados (incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio).²⁷⁸

En cuanto a este punto, Tron Petit, apunta que una decisión dictada en sede judicial o administrativa debe iniciar con un juicio de hecho que se limite a describir acontecimientos a cierto status sin realizar juicio de valor alguno, es por ello que podemos decir que una decisión dictada en sede judicial o administrativa debe iniciar con un juicio de hecho.

Ahora, partamos de la idea general que el juicio de hecho o de los hechos debe ser aquel pretendidamente neutro en cuanto a que se limita a describir acontecimientos o ciertos status sin añadir valoración alguna, el juicio de los hechos resulta ser la opuesta al juicio de valor.

Así tenemos que la motivación deberá dejar constancia de los actos probados de los criterios de valoración utilizados para tener por acreditados los hechos, así como el resultado de la valoración.

Ahora, el tema no es tan simple como aparenta, si es que nos remontamos a la esencia de lo que son los hechos ya que han de ser entendidos como un proceso o como un conjunto de procesos encadenados al flujo de diversos cursos de acción humana, sin embargo, la naturaleza de los hechos se ubica y se desprende de los procesos y del flujo y continuo de los cursos, no de sus productos o

²⁷⁸ Véase; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 66, Mayo de 2019, Tomo III, Décima Época, Página 2719, Tesis: I.3o.C.103 K (10a.), rubro: PRUEBA POSIBLE. CONCEPTO, ELEMENTOS DEFINITORIOS Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO A LA PRUEBA.

resultados, fragmentos que simplemente siluetean momentos simbólicos de la acción, que solo tatúan su marca o signo representativo, pero que no logran estampar la masa y el volumen, ni el correspondiente relieve y densidad, de la entera extensión y superficie abarcada por la realidad concreta del hecho en acción.

Ahora, el inter de los juicios comienza por la existencia de hechos, su invocación y posterior ofrecimiento o aportación en juicio a efecto de determinarlos y reputarlos jurídicamente como probados todo esto con el fin de construir la premisa fáctica.²⁷⁹

De lo anterior podemos advertir que la prueba como forma de obtener seguridad sobre los hechos discutidos, debe formar parte de la argumentación de las determinaciones judiciales ya que si bien es cierto, no se obtendrá con certeza la realidad de los hechos objeto de la *litis*, el resultado de la valoración de los medios de prueba si acercará sentencia a lo correcto o deseable en la impartición de justicia.

2. Argumentación y silogismo

En paráfrasis a Manuel Atienza nos menciona Cárdenas Gracia como concepciones de la argumentación a la lógica formal, la material y la pragmática o dialéctica; la concepción formal define al argumento y la argumentación como una inferencia o encadenamiento de proposiciones, lo característico de esta concepción, apunta, es el elemento formal, a saber, la corrección de las conclusiones no depende del contenido de verdad de las premisas, sino, del cumplimiento de ciertas reglas formales como el silogismo tradicional.²⁸⁰

Lo anterior responde a la idea de que a los lógicos formales les interesan los esquemas de los argumentos que se expresan en un lenguaje artificial, si bien es cierto el lenguaje artificial y las reglas formales de la lógica pueden aportar a la

²⁷⁹ Cfr. Tron Petit, Jean Claude, *op. cit.*, pp. 98 a 99.

²⁸⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 21

argumentación criterios de control formal a los argumentos; estos resultan insuficientes para producir bases de control material sobre los razonamientos.²⁸¹

Apunta dicho autor que la concepción material no se preocupa de inferir proposiciones de otras, sino, de descubrir y examinar las premisas, esto es la justificación de las conclusiones o de las decisiones y tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento, o sea, se trata de relaciones entre razones, creencias, actitudes o acciones; en esta concepción el razonamiento no es una inferencia regida por reglas formales sino un procedimiento para resolver un conflicto entre razones, por lo que el autor en estudio retoma las palabras de Joseph Raz que a la letra nos orientan en el sentido de que “la tarea principal de la razón práctica es establecer que razones tenemos para actuar, cómo resolver conflictos de razones y establecer aquello que debemos hacer, tomando todo en consideración”.²⁸²

Por otro lado, la concepción pragmática o dialéctica considera a la argumentación como interacción lingüística, entiende a la argumentación como un proceso dialógico, el cual tiene su desarrollo regido por las reglas del comportamiento lingüístico.

En este contexto, se tiene que las teorías de la argumentación son el producto de una larga polémica histórica,²⁸³ por lo que constituyen un nuevo paradigma ya que no solo se preocupan por la decisión jurídica de las autoridades, sino que van más allá entendiendo al razonamiento jurídico como dialógico,²⁸⁴ en las teorías de la argumentación importa cómo se argumenta, cómo se motiva, como se descubren

²⁸¹ *Ibidem*, p. 21.

²⁸² Cfr. *Idem*.

²⁸³ En este apartado, se debe entender que se habla de una evolución de la argumentación jurídica el cual va desde el siglo XIX, pasando por el Código Napoleónico de 1804, la jurisprudencia alemana de conceptos, etc.

²⁸⁴ Es decir, la práctica decisoria no está presidida por un razonar subjetivo, sino por uno intersubjetivo.

los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos²⁸⁵.

El razonamiento jurídico no debe ser entendido como un proceso mecánico o cuasi mecánico, ni al derecho como un sistema axiomático susceptible de someterse a un cálculo lógico, el discurso jurídico implica la obligación de razonar las decisiones en términos de derecho vigente.

En este orden de ideas, resulta oportuna la concepción de diversos autores como Recaséns Siches, Viehweg, Perelman, Toumin, etc., que negaron que el razonamiento jurídico pudiera considerarse como un tipo de razonamiento deductivo, sino que, ofrecieron diversos modelos alternativos al de la lógica formal.

Al respecto señala Atienza que la lógica deductiva supone reconocer de cierto modo que la lógica deductiva es improductiva ya que al inferir no estamos obteniendo un nuevo conocimiento lo que constituye en sí su seguridad metodológica.²⁸⁶

De igual forma tenemos que la lógica deductiva no refleja en como razonamos en el derecho o en la vida cotidiana diaria, esto ya que el razonamiento jurídico no parece ser monótono y puede suceder que si añadimos nuevas premisas a la argumentación retiremos la conclusión a la que previamente habíamos llegado.²⁸⁷

Ahora, al momento de abordar el problema sería constituir una lógica alternativa o divergente de la lógica deductiva estándar, sin embargo, el procedimiento técnico que se usará es reducir el alcance de algunas reglas de inferencia de la lógica deductiva estándar.²⁸⁸

²⁸⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, pp. 21-23.

²⁸⁶ Atienza Manuel, "El razonamiento Jurídico", en Farra Zamora, Jorge L. y Núñez Vaquero, Álvaro (Comp.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, tomo II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 1423-1424.

²⁸⁷ *Idem.*

²⁸⁸ *Idem.*

Por último concluye Atienza señalando que si bien el uso del silogismo plantea ciertos problemas para dar cuenta de los argumentos jurídicos, ello no significa que sea inútil o que debamos prescindir de ella en la argumentación jurídica, sino, más bien que no es un instrumento suficiente para el estudio y el manejo de los argumentos.²⁸⁹

Es por esto que podemos concluir que el uso del silogismo en la argumentación jurídica si bien resulta una herramienta para obtener respuestas, no podemos tomarlo plenamente como tal pues esto sería tanto como darles efectos jurídicos a las reglas de lógica, toda vez que a partir de las mismas podríamos anticiparnos con certeza al resultado final de una contienda, solo a partir de los argumentos hechos valer por las partes, sin tomar en consideración ningún otro elemento del proceso.

3. La prueba en el sistema argumentativo de Toulmin

Al respecto conviene retomar a grandes rasgos el sistema argumentativo de Stephen Toulmin, a fin de poder plantear este punto; por eso tenemos que en dicho proceso o modelo argumentativo existen cuatro elementos, a) la pretensión, b) las razones, c) la garantía y e) el respaldo, la pretensión significa el horizonte de inicio y el devenir del acto argumentativo, las razones se encuentran basadas en hechos concretos que desarrolla un sujeto determinado, teniendo que aportar enunciados generales y específicos que validen sus razones, las garantías son reglas que permiten o autorizan el traslado de una premisa a otra y el respaldo que presupone la garantía matizada variando según el tipo de argumentación.²⁹⁰

Tal y como fue expuesto con antelación el sistema argumentativo de Toulmin parte de la idea de romper con el modelo de la lógica formal, concibiendo que el razonamiento es similar a un organismo toda vez que tiene al mismo tiempo una estructura anatómica grande y tosca y otra más delicada o fisiológica.

²⁸⁹ *Idem.*

²⁹⁰ Suárez Romero, Miguel A., y Conde Gaxiola N, *op. cit.*, p. 63.

De igual forma considera Toulmin que cuando hacemos una aseveración, si se pone en duda dicha afirmación debemos ser capaces de apoyarla, o sea, de probarla y demostrar que estaba justificada, esto lo considera tomando en cuenta que normalmente disponemos de hechos que podemos señalar para apoyarla, los que podríamos considerar como la base en que descansa nuestra afirmación.²⁹¹

A fin de responder dicha pregunta se toma como punto de partida que contamos ya con una distinción establecida entre la afirmación o conclusión, cuyo valor tratamos de establecer (c) y los elementos justificatorios que alegamos como base de la afirmación realizada, o datos (d).

Por otro lado, no hay que perder de vista que en los procesos llevados ante los órganos jurisdiccionales, tenemos la obligación de probar los hechos constitutivos de la acción, o en los que basamos nuestra excepción.

Asimismo, de los artículos 348 y 350 del Código Federal de Procedimientos Civiles se desprende que los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de pronunciarse sobre la procedencia de las acciones y excepciones al momento de emitir la sentencia que en derecho proceda, por lo que se estima que los razonamientos en que basan sus decisiones tienen que estar sustentados en la existencia o inexistencia probada en el proceso de los hechos base de las afirmaciones de las partes.

Dicho de otro modo y a manera de ejemplificar, en un proceso podemos estar discutiendo la procedencia de la acción reivindicatoria sobre un bien mueble determinado, ante la cual, el demandado opone la excepción de caducidad de la acción por considerar que ha transcurrido el tiempo suficiente para ejercitar la acción.

En este ejemplo, tenemos que en términos argumentativos, se está cuestionando la procedencia de la acción reivindicatoria y de la excepción de caducidad de la acción, por lo que las partes tienen la obligación de probar los hechos en que

²⁹¹ Toulmin, Stephen, *op. cit.*, p. 132.

basan las afirmaciones dentro del proceso para que las mismas no se conviertan en simples afirmaciones sin sustento.

Sin embargo, la labor jurisdiccional se encuentra en la necesidad de determinar si ha procedido la acción o la excepción, por lo que los argumentos que vierta el juzgador al momento de emitir la sentencia que en derecho procede se basará en la argumentación, pero, también tendrá que hacer una valoración de las pruebas ofrecidas por las partes, esto es, emitirá una argumentación en la que determine la procedencia de la acción o de la excepción, lo que en términos de Toulmin, consideramos como la conclusión, la cual se basará en hechos o datos, sin embargo, en ese paso, existe otro intermedio el cual es la valoración de la prueba a fin de determinar los hechos en que basa el órgano decisor su decisión.

De igual forma, como ya se mencionó con anterioridad en Toulmin una vez expuesta la conclusión (c) y los datos (d), debemos exponer la garantía (g), que vendría a constituir las reglas que nos permiten o autorizan el traslado de un tejido enunciativo a otro.²⁹²

De lo anterior podemos concluir que en tratándose de argumentación de los juzgadores; una vez expuesta la conclusión, que en el caso que veíamos, sería la procedencia de la acción o de la excepción; se tiene que exponer una valoración de las pruebas en las que basa su determinación el decisor, para que una vez superada esta etapa, se pueda acceder a los datos de forma clara, precisa y otorgando una mayor seguridad jurídica a las decisión jurisdiccionales.

4. Modelo argumentativo propuesto

Derivado de las ideas expuestas en este trabajo, podemos llegar a la propuesta de un modelo argumentativo, en el que se incluya la valoración de la prueba; a fin de lograrlo, debemos partir de la necesidad de justificar una decisión, por ejemplo retomando la controversia en la que se discute la procedencia de la acción

²⁹² Suárez Romero, Miguel A., *op. cit.*, p. 63.

reiveindicatoria a la cual se opuso la excepción de caducidad en un principio se tiene que el juzgador habrá de tomar un punto de partida (C).

Ante el imperativo legal del juzgador de fundar y reconocer sus determinaciones; este se encuentra en el momento de aportar los hechos (D) en que funda sus determinaciones, esto es, los hechos por los que considera se ha actualizado la acción reiveindicatoria o la excepción de la caducidad de la acción.

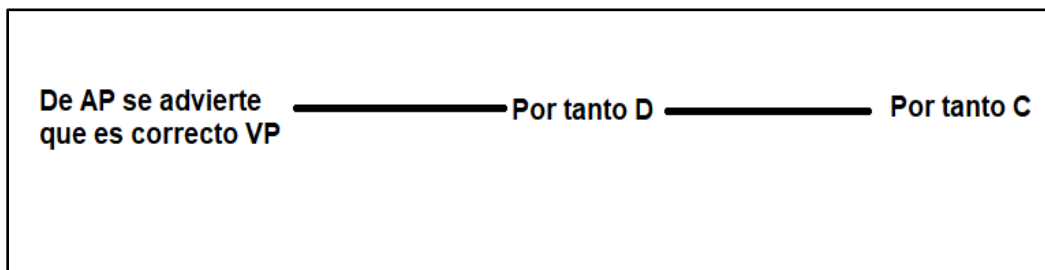
Ante la necesidad de valorar los medios de convicción aportados tenemos que en este momento formulamos que la acción o la excepción ha procedido (C), toda vez que la valoración de las pruebas (VP) se desprende los hechos dados (D).

Ejemplificando lo anterior podríamos decir que ha procedido la acción reiveindicatoria (C) toda vez que de las pruebas documental y testimonial ofrecidas por la parte actora se advierte (VP) la propiedad del bien mueble y la desposesión por parte de la demandada (H).

Sin embargo, esto no resulta ser tan sencillo, por ejemplo, tenemos diversas posibilidades de las circunstancias que habrán de desprenderse de las pruebas aportadas por las partes, esto es, tenemos que adminicular las pruebas (AP) a fin darle certeza a nuestra proposición.

Siendo las cosas así, tenemos que la valoración (VP) deberá incluir las circunstancias especiales que orillen al juzgador a tener por ciertos los hechos derivados de los elementos probatorios aportados (AP), retomando nuestro ejemplo, podríamos decir que de las pruebas documental y testimonial se advierte la certeza de los hechos aducidos por la parte actora ya que en la primera se advierte la existencia de la traslación de la posesión y no de la propiedad del objeto discutido a favor de la parte demandada y del dicho de los vecinos se advierte la mala fe y engaño del demandado para tomar la cosa con el permiso de su contraria afectando su voluntad al hacerlo caer en un error del fin del negocio jurídico (AP).

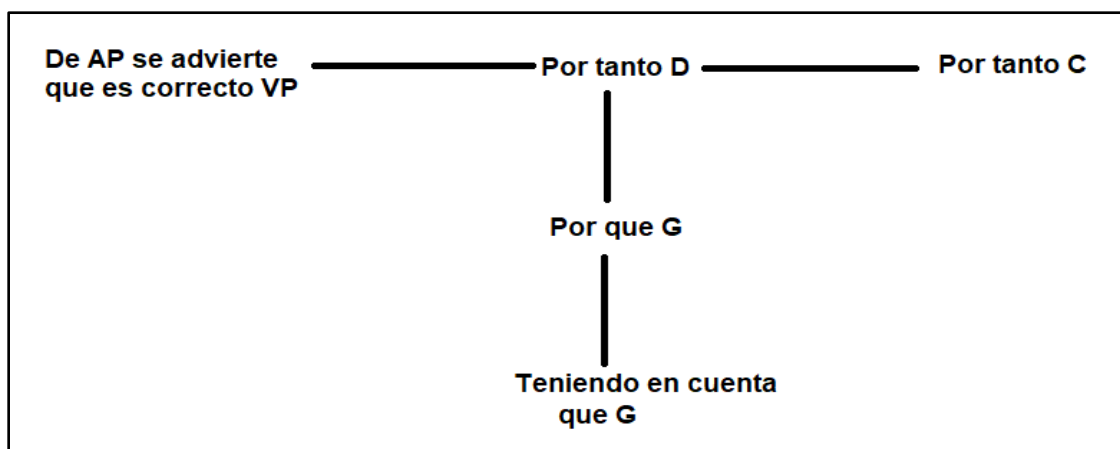
De esta forma como parte de este trabajo de investigación podemos obtener el primer esquema de nuestro modelo argumentativo y que tendrá la forma señalada en el cuadro 4 que se muestra a continuación:



Cuadro 4. Fuente: elaboración propia.

Siguiendo el esquema planteado por Stephen Toulmin, ahora debemos aportar las proposiciones tales como reglas, principios o enunciados que nos permitan realizar la inferencia de los hechos (D) a la conclusión (C), esto es, dentro de nuestra argumentación habrá de aportar el respaldo (R) y la garantía (G), de tal forma que nuestro esquema argumentativo se encontrara completo.

Lo anterior lo podemos condensar en el cuadro que a continuación se muestra:



Cuadro 5. Fuente: elaboración propia.

Dicho argumento nos tendría como resultado de nuestro ejemplo que la acción reivindicatoria ha procedido a favor de la parte actora o accionante (C), toda vez que de la valoración de las pruebas (VP), consistentes en la documental privada y testimonial se advierte la certeza de los hechos aducidos por la parte actora ya que en la primera se advierte la existencia (AP) de la traslación de dominio y no de propiedad del objeto discutido a favor de la parte demandada y del dicho de los vecinos se advierte la mala fe y engaño del demandado (H), esto toda vez que el solicitante es el legítimo propietario (G), resolución tomada de conformidad con el Código Civil (R).

5. La prueba como sustento del hecho

Lo anterior se considera de esta forma toda vez que la prueba como sustento del hecho, constituye la única forma de que el juzgador pueda apreciar una verdad que pueda acercarse a la realidad material de lo sucedido en el mundo que percibimos.

Lo que se concluye, toda vez que como diría Taruffo, en el fondo nuestro Código de Procedimientos Civiles como en otros ordenamientos procesales se refieren cuando hablan de prueba a la idea de que en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no.²⁹³

Si bien es cierto, dicho autor, nos menciona que es inconcebible tener por sentado que la verdad material no siempre coincide con la verdad judicial o que estas no sean completamente acordes entre sí, el tratar de determinar una verdad absoluta en el proceso, nos traería, un mundo de juicios interminables, pues como se estableció la prueba en términos jurisdiccionales o procesales y la probática distan muchos ya que para determinar un hecho tenemos diversas formas para ello, sin embargo, dentro de los procesos jurisdiccionales solo cabe hacer la prueba de los sucesos que interesan a través de las reglas establecidas por la legislación,

²⁹³ Taruffo, Michael, *op. cit.*, p. 21.

mismas que fungen como un control que, hasta cierto punto, agiliza la función jurisdiccional.

De lo hasta ahora expuesto se puede desprender que la valoración de las pruebas puede tener como resultado ya sea la certeza de los hechos o la duda sobre su certeza, sin embargo, conforme a los fines de este trabajo se parte del supuesto que se ha probado alguna acción o excepción de las partes.

6. Certeza jurídica a partir de hechos probados y argumentación jurídica

En cuanto este punto cabe tener en cuenta que las sentencias son los actos procesales que emanan de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometido a su conocimiento, dicho de otra manera, en ellas el juez o tribunal se pronuncia para resolver, en el ideal de los casos, el fondo del litigio, conflicto o controversia.²⁹⁴

Por lo que hace a la definición de sentencia el maestro Carlos Barragán Salvatierra señala lo siguiente:

[E]ncuentra su raíz etimológica en *sententia*, palabra latina que significa dictamen o parecer de *sentien*, *sentientis*, participio activo, *sentire*, sentir, y es utilizada en el derecho para denotar al mismo tiempo un acto jurídico procesal y el documento en el cual se consigna; ante ello generalmente se manifiesta que la sentencia es una decisión judicial sobre una controversia o disputa, también se afirma que viene del vocablo latino *sentiendo*, porque el juez del proceso declara lo que siente según lo que resuelve en el proceso. En la acepción de la ley, sentencia es la decisión final del proceso que se realiza al concluir la instancia.²⁹⁵

Ahora, Calamandrei intento explicar el “procedimiento mental” a través del cual el juez llega a emitir su sentencia; *i)* siendo el primer paso un examen preliminar de la trascendencia jurídica de los hechos discutidos, el cual no prejuzga sobre la veracidad de los mismos; *ii)* después de este examen preliminar, el juzgador procede a verificar la certeza de los hechos a través de la interpretación y

²⁹⁴ Ovalle Fabela, José, *op. cit.*, p. 188.

²⁹⁵ Crf. Barragán y Salvatierra, Carlos E., *Derecho Procesal Penal*, México, McGraw-Hill, 1999, p. 457.

valoración de las pruebas; *iii*) la construcción y calificación jurídica de los hechos específicos y concretos y *iv*) la aplicación del derecho a los hechos al caso en específico.²⁹⁶

En una acepción rápida de lo que es una sentencia, podríamos decir que es el resultado de una serie de reflexiones o análisis producidas por un juzgador ante un conflicto que le fue planteado de acuerdo con las defensas que las partes expusieron durante el proceso.

Al respecto nos mencionan De Pina y Larrañaga que la sentencia debe ser considerada como el fin normal del proceso, asimismo considera que toda la actividad de las partes y del órgano jurisdiccional se encamina prácticamente a este resultado que constituye su meta.

Asimismo se señala que la denominación de sentencia debiera reservarse para designar únicamente a la resolución judicial en virtud de la cual el órgano jurisdiccional competente, aplicando las normas al caso concreto, decide la cuestión planteada por las partes.²⁹⁷

De igual forma se parte de la idea de que el contenido de la sentencia está integrado por un razonamiento (elemento lógico) y un mandato (acto de autoridad); respecto del elemento lógico constituye la justificación de la sentencia, ahora se entiende el elemento o acto de autoridad como manifestación de la autoridad del Estado expresada por medio del órgano jurisdiccional.

De acuerdo con lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Civiles (arts. 219 y 222), las sentencias contendrán además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas así como las consideraciones jurídicas aplicables tanto legales como doctrinales comprendiendo en ellas los motivos para hacer o no condenación en costas y terminarán resolviendo con toda precisión los puntos

²⁹⁶ Crf. Ovalle Fabela, *op. cit.*, p. 198.

²⁹⁷ De Pina, Rafael y Castillo, José, *op. cit.*, p. 323.

sujetos a la consideración del tribunal y fijando en su caso el plazo dentro del cual deben cumplirse.

De igual forma nos marca la doctrina que entre otros requisitos sustanciales de las sentencias se encuentra la fundamentación y motivación; por fundamentación se debe entender la cita de los preceptos aplicables al caso en concreto; lo que dentro del modelo argumentativo de Toulmin entendemos como garantía.

Sin embargo debemos entender que la motivación implica además una exigencia para el juzgador de precisar los hechos en que funde su decisión con base en las pruebas practicadas en el proceso, a saber se debe analizar y valorar cada uno de los medios de prueba fin de determinar con su resultado si han sido o no probados los sucesos fundatorios del derecho exigido o de las defensas expuestas.

Lo anterior conlleva a que como requisito de las sentencias se encuentra una apreciación de los medios de prueba por parte del juzgador con la finalidad de lograr que los hechos en que se basa la decisión que pone fin a la controversia planteada sean los expuestos y probados por las partes, por lo que la valoración de los medios de prueba constituye un paso importante en la argumentación jurídica. Aspecto que busca una certeza jurídica para los justiciables, toda vez que estos encontraran soluciones legítimas a sus controversias por parte de los órganos de justicia.

Esto en el entendido de que los jueces, no solo los constitucionales como dice Cárdenas Gracia, en paráfrasis a Perelman y Habermas; se encuentran legitimados dentro del paradigma de la democracia cuando se dirigen a un auditorio universal; circunstancia que se dará cuando *i)* se encuentra vinculado con el legislador democrático y con el poder ejecutivo; *ii)* haya racionalidad y justificación de las decisiones; *iii)* tenga garantías orgánicas; *iv)* garantías procesales y *v)* se encuentre vinculado con la sociedad.

En cuanto a nuestra materia de estudio, toca lo que hace a la racionalidad y justificación de las decisiones judiciales, el cual se determina por la calidad

justificadora de las decisiones, por lo que la argumentación debe ser elevada al momento de resolver.

Y como se a punto con antelación, la valoración de la prueba como pie que fundamenta la actualización de los hechos base de las determinaciones judiciales constituye la forma más legítima de tener por probados los sucesos controvertidos que darán pauta y certeza a las decisiones judiciales.

Por lo que la valoración jurisdiccional de la prueba constituye no solo un requisito sustancial de las sentencias, sino también, un medio de legitimación de los jueces dentro del paradigma social de la democracia, aspecto que resulta fundamental apreciarlo dentro de un modelo argumentativo a fin denostar certeza jurídica para los justiciables.

Ello toda vez que el fundamento de toda resolución judicial estriba en una correcta apreciación de los elementos probatorios que fueron aportados por las partes al proceso, ya que entre mejor estos hayan sido apreciados, más se habrá acercado el juzgador a la realidad que con su decisión modificará.

De lo anterior puede concluirse que al momento de dictarse una sentencia o resolución deben estudiarse, en primer lugar las pruebas aportadas por las partes para ver si demostraron sus acciones o excepciones, lo que dará lugar a que se tenga una postura sobre la cual habrá de ser el resultado final del asunto en estudio y una vez determinado lo anterior, argumentar la decisión conforme que derecho corresponda.

CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto en este trabajo, podemos concluir que el uso de la prueba en los sistemas argumentativos busca una seguridad jurídica a favor de los justiciables, sin embargo, a fin de poder entender lo anterior, podemos resumir de manera general las conclusiones de esta investigación en la enunciación a continuación propuesta.

I. Capítulo primero. Aspectos generales de la argumentación jurídica

Del primer capítulo podemos concluir que la argumentación es la actividad lingüística consistente en dejar en claro una posición a fin de convencer o persuadir a alguien de lo que se afirma o niega, es decir de nuestra posición, en el entendido de que el argumento es donde se ofrecen ideas a fin de convencer o de apoyar una conclusión u opinión las razones que nos permiten llegar a ese punto. Argumento es dar las razones que permiten con convencer al otro de la proposición que afirmamos o negamos.

De igual forma, conceptualizando la argumentación jurídica podemos decir que esta es una disciplina de la filosofía del derecho cuyo principal propósito es analizar los razonamientos que se utilizan para justificar como correctas las pretensiones planteadas por los actores del derecho y que utiliza leyes, principios, precedentes y doctrina como respaldo a esas razones, disciplina que ve al derecho como un conjunto de procedimientos que fijan los momentos y los espacios dentro de los que se pueden hacer valer las argumentaciones jurídicas, parte del enfoque de un conflicto que busca una solución jurídica.

De igual forma, podemos decir que la argumentación jurídica es una disciplina joven, que ha sido construida a partir de los modelos argumentativos propuestos por diversos teóricos como Viehweg, Perelman y Olbrechts, Neil MacCormik, entre otros.

Del modelo argumentativo de Viehweg, podemos concluir que el razonamiento jurídico no es ni debe ser considerado como de carácter sistemático, sino tópico,

lo que conlleva a que el sistema axiomático lógico deductivo, debe ser sustituido por el de una jurisprudencia de problemas.

Dentro de esta teoría podemos decir que función de los *topoi* o lugares comunes se conciben como sedes o asiento de argumentos, esto es se entienden como premisas que deben buscarse y que son esencialmente compartidas, su función es coadyuvar en la solución de problemas a partir de las cuales debe buscarse el sentido de los tópicos.

Asimismo, del modelo propuesto por Perelman y Olbrechts se concluye que en todas las argumentaciones el orador pretende la adhesión de su auditorio.

Dentro de este modelo argumentativo podemos entender que la argumentación jurídica es un paradigma de la argumentación retórica dado que el derecho es un discurso y la retórica nos da la clave para entender el discurso jurídico.

Ahora por lo que hace al modelo argumentativo de Neil MacCormik, podemos concluir que la función de la argumentación es justificativa por lo que existe una relación entre los hechos, la evidencia fáctica y las normas del derecho aplicable.

II. Capítulo segundo. El modelo argumentativo de Stephen Toulmin

De la teoría de Stephen Toulmin, en principio podemos concluir que quién formula una pretensión, en realidad reclama que le creamos, es decir quién nos propone algo, reclama que lo que nos comunica sea tomado en serio.

De igual forma, podemos decir que el uso de los términos probabilísticos es eficiente cuando no podemos comprometernos completamente con una afirmación, por diversas circunstancias, como que no contamos con la información suficiente para comprometernos completamente.

De esta teoría podemos afirmar que cuando el valor de una afirmación se puede poner entre dicho se puede exigir un argumento en su apoyo, en consecuencia; la consideración que se haga a dicha pretensión dependerá en la medida que dicho argumento se encuentra al nivel exigido, por lo que tendremos que exponer

pruebas en apoyo a nuestra afirmación, aunque el carácter de las pruebas relevantes será muy variable según los diferentes tipos de caso, por lo que podemos determinar que cada caso requerirá apelar a pruebas de diversos tipos.

Asimismo, podemos concluir que los argumentos surgen de responder a cuestionamientos de nuestras afirmaciones, lo que conlleva a entender al argumento como un intento de establecer una afirmación a través de una razón.

En el mismo sentido se afirma que la afirmación que intentamos establecer y las razones que aducimos para apoyarla son dos de los elementos principales en la argumentación y que podemos distinguir uno como afirmación o conclusión (C) y el otro como elementos justificatorio o datos (D).

También podemos concluir que en la formulación de un argumento, ante el cuestionamiento de nuestra afirmación inicial debemos señalar enunciados hipotéticos, de carácter general que actúen como puente entre nuestra afirmación y nuestros datos aportados en su apoyo, los cuales nos sirven para legitimar el tipo de paso que el cuestionamiento previo nos obliga a dar. Este tipo de proposiciones son denominadas como garantías (g).

Ahora, en este esquema de argumentación ante el cuestionamiento en el sentido si la garantía que exponemos es aceptable para cualquier caso semejante podemos concluir que detrás de las garantías habrá normalmente otras afirmaciones, por lo general con carácter de certeza, sin las cuales las garantías carecerían de autoridad, a estas afirmaciones se les nombra como respaldo (R).

III. Capítulo tercero. La prueba en el Código Federal de Procedimientos Civiles

Respecto de la prueba, primero podemos concluir que es premisa de demostración, apta para derivar conclusiones mediante procedimientos silogísticos con encadenamiento lógico de unas proposiciones con otras con el fin de llegar a la precisión, a la claridad y correspondencia exacta de pensamiento.

De igual forma, podemos concluir que la prueba es única e indivisible y que su finalidad es descubrir la verdad, por lo que independientemente de la naturaleza del proceso será substancialmente la misma en su estructura.

Asimismo podemos afirmar que la prueba es aquel elemento de convicción con que cuentan las partes con la finalidad de formar la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o certeza de los hechos a los cuales habrá de atribuírseles efectos jurídicos, por lo que el objeto de la prueba son los hechos dudosos o controvertidos.

Por lo que hace a la apreciación o valoración de las pruebas podemos concluir que esta es la operación que realiza el juzgador con la finalidad de determinar la fuerza probatoria de los medios existente en el proceso.

IV. Capítulo cuarto. Argumentación jurídica y valoración de la prueba por parte del juzgador

En primer lugar podemos concluir que los juzgadores, al analizar las constancias de los procedimientos, toman una determinación que pondrá fin al proceso, en este momento se formula un juicio de valor de manera introspectiva, cuando dicho juicio se exterioriza, se establece una preposición.

Ahora, podemos tener como cierta la idea de que la apreciación de la prueba es el elemento que habrá de formar en el juzgador las premisas bases que habrán de servir para la argumentación de las sentencias, dado que la prueba es como habrá de obtener certeza sobre los hechos discutidos, por lo que debe formar parte de la argumentación de las determinaciones judiciales, ya que el resultado de la valoración de los medios de prueba, acercará la citada determinación a lo correcto.

De igual manera, podemos concluir que la prueba dentro de la argumentación jurídica funciona como un pilar del discurso que sostiene la obtención de los hechos como verdaderos o posibles y de los cuales se partirá para la toma de decisiones del juzgador.

Ahora, introduciendo a la prueba dentro de del modelo argumentativo de Stephen Toulmin, podemos concluir que la valoración de la prueba y su admiculación son el sustento de lo que en dicho modelo se conoce como razones.

Desglosando lo anterior, se afirma que la valoración y la admiculación de la prueba son un paso previo que se debe tomar en cuenta al momento de obtener los hechos en que se sustentará una argumentación que ponga fin a un proceso o litigio.

En este orden de ideas, tenemos que al momento de dictarse una sentencia o resolución deben estudiarse, en primer lugar las pruebas aportadas por las partes para ver si demostraron sus acciones o excepciones, lo que dará lugar a que se tenga una postura sobre cual habrá de ser el resultado final del asunto en estudio y una vez determinado lo anterior, argumentar la decisión conforme que derecho corresponda.

Ahora, podemos concluir que la motivación de las sentencias implica una exigencia hacia el juzgador de precisar los hechos en que funde su decisión con base en las pruebas practicadas en el proceso a fin de determinar con su resultado si han sido o no probados los sucesos fundatorios del derecho exigido o de las defensas expuestas.

Ahora, en la introducción de la prueba en un sistema argumentativo, podemos concluir que la valoración jurisdiccional de la prueba constituye además de un requisito sustancial de las sentencias también un medio de legitimación de los jueces dentro del paradigma social de la democracia, por lo que resulta fundamental apreciarlo dentro de un modelo argumentativo a fin denostar certeza jurídica para los justiciables.

Por esto, podemos concluir que es necesario introducir en el esquema argumentativo de la resolución de controversias a la prueba como medio de obtención de los hechos pues con esto se busca tener certeza jurídica sobre todos

los elementos que habrá de tomarse en cuenta al momento de tomar una decisión y que habrán de formar parte de la argumentación de las sentencias.

De igual forma, podemos concluir que el valor de la prueba dentro del sistema argumentativo, se encuentra dada en relación con que constituye un punto a demostrar por lo que resulta indispensable entender a la argumentación como sistema de justificación de las decisiones y la prueba como aquel medio que acredita o no la posible actualización de hipótesis normativas que provoquen un cambio en el mundo jurídico.

Finalmente, podemos decir que la introducción de la forma en que habrá de valorarse las pruebas como uno de los elementos de la argumentación jurídica tiene como finalidad que la misma se sustente en hechos o proposiciones que coadyuven a la seguridad jurídica de los justiciables..

Bibliografía

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 2014.
- ATIENZA, Manuel, *Las Razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- - -, “El razonamiento Jurídico”, en Farra Zamora, Jorge L. y Núñez Vaquero, Álvaro (Comp.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, tomo II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Atienza M. y Espejo I., Lima, Palletera Editores, 2016.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, 11ma edición, México, Porrúa, 2007.
- BARRAGÁN Y SALVATIERRA, Carlos E., *Derecho Procesal Penal*, México, Mcgraw-Hill, 1999, p. 457.
- BERMEJO LUQUE LILIAN, “El programa de los Usos de la argumentación de Stephen Toulmin”, en *Teoría de la Argumentación; a 50 años de Perelman y Toulmin*, Marafioti, Roberto y Santibáñez Yáñez, Cristian (coord.), Argentina, Biblos, 2010.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, 3ra reimpresión, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, trad. Figueroa Alonso Enrique, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Mexicana, 1997.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor, M., *Derecho Procesal Mercantil*, 5ta ed., México, Porrúa, 2007.

- DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho Procesal Civil Español*, tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951.
- DE SANTO, Víctor, *Diccionario de Derecho Procesal*, 3ra ed., Buenos Aires, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009.
- DE PINA, Rafael y CASTILLO, José, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, 29 ed., México, Porrúa, 2007.
- DÍAZ DE LEÓN Marco Antonio, *Tratado Sobre las Pruebas Penales*, México, Porrúa, 1991.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2da ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- FIX ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, “Derecho Procesal” en *El Derecho en México una visión en Conjunto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Argumentación jurídica, técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 2da ed., México, Porrúa, 2013.
- GARCÍA AMADO, Juan A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.
- GARCÍA MALDONADO, Octavio, *Curso de Teoría General del Proceso*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2010.
- GARCÍA MAYA, Celia, “Pruebas en Materia Mercantil en el Marco de las Reformas al Código de Comercio”, en Molinero Mondragón, Lydia (comp.), *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- GRAJALES, ARTURO Y NEGRI, Nicolás, *Argumentación Jurídica*, Buenos Aires, Astrea, 2014.

- LEAL CARRETO, Fernando *et al* (coord.), *Un mundo de diferencia; el rico estado de la teoría de la argumentación*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2015.
- LA PLACE, Pierre S., trad. Besio Alfredo y Banfi José, *Ensayo Filosófico Sobre las Probabilidades*, Buenos Aires, Espasa-Calpe de Argentina, 1994.
- HARADA, Eduardo, “Algunas Aclaraciones sobre el modelo argumentativo de Toulmin”, *Contacto S, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa*, Distrito Federal, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, No. 73, 3ra época, 2009.
- HACKING, Ian, *El Surgimiento de la Probabilidad, Un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia estadística*, Barcelona, Gedisa Editorial, Barcelona, 1995.
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan A, *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2012.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel, *Filosofía Jurídica de la Prueba*, 2da. ed., México, Porrúa, 2001.
- MUÑOZ SABATE, Luis, *Introducción a la Probática*, España, Bosch Editor, 2007.
- MOLINERO MONDRAGÓN, Lydia (comp.), *XV congreso mexicano de derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, 5 ed., Madrid, Gredos, 1989.
- SUÁREZ ROMERO, Miguel A., y CONDE GAXIOLA N., *Argumentación Jurídica*, Cuadernos de Trabajo, Ciudad de México, UNAM, Facultad de Derecho, 2009.

- TARUFFO, Michelle, trad. Ferrer B, Jordi, *La prueba de los hechos*, 2da ed., Madrid, Trota, 2005.
- TRON PETIT, Jean C., *La argumentación en el Amparo*, México, Porrúa, 2009.
- TOULMIN, Stephen, trad. Morras María y Pineda Victoria, *Los Usos de la Argumentación*, Barcelona, Ediciones Peninsular, 2007.
- - -, *et al*, *La explicación en las ciencias de la conducta*, Madrid, Editorial Alianza, 1970.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 9na ed., Ciudad de México, Oxford, 2003.
- ROJAS AMANDI, Víctor M., *Argumentación jurídica*, México, Oxford, 2010.
- ROMERO MARTÍNEZ, M., *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, 1 ed., 2da. reimpresión, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- VAN EEMEREN, Frans H, “Un mundo de diferencia; el rico estado de la teoría de la argumentación”, en *Reflexiones sobre la argumentación en filosofía*, Coord. Leal Carreto, Fernando et al., Guadalajara, Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, 2015.
- VARIOS AUTORES. *El Derecho en México una visión en Conjunto*, Tomo III, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1991.
- VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Díez-Picazo, Luis, Madrid, Taurus, 1969
- WESTON, Antony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2001.

