

FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

T E S I S

“LOS ARGUMENTOS JURIDICOS ESPECIALES EN LA DECISIÓN DEFINITIVA DEL JUEZ”

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRIA EN DERECHO PRESENTA EL LIC. VICTOR  
HUGO ORTIZ HUERTA.

ASESOR: DR. JAIME CARDENAS GRACIA

ENERO DE 2008



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## ÍNDICE

Introducción

### CAPÍTULO PRIMERO

EL SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON EL POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSICO.

A. ANTECEDENTES DE LA MODERNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

1.- Presentación general y delimitación del tema .....	1
2.- Marco conceptual .....	4
3.- Formulación de la hipótesis de la investigación.....	33
4.- La retórica clásica antigua, antecedente directo de la argumentación jurídica .....	37
5.- El inicio de la nueva tópica por los precursores clásicos de la Teoría de la Argumentación Jurídica .....	44

B. LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO.

1.- El positivismo jurídico y la exégesis del derecho. ....	46
2.- La insuficiencia práctica del positivismo jurídico. ....	53

C. SURGIMIENTO DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON LAS DECISIONES DEL JUEZ.

1.- La reacción antipositivista de las nuevas corrientes del derecho.....	56
2.- El derecho como argumentación jurídica .....	62

### CAPÍTULO SEGUNDO

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, LA DECISIÓN DEL JUEZ Y SU RELACIÓN CON LAS TEORIAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

A. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y SU ARGUMENTACIÓN FUNDANTE.

1.- Aspectos de la interpretación jurídica y su relación con la Teoría de la Argumentación Jurídica.....	70
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

2.- La interpretación y argumentación jurídica en el contexto de descubrimiento y justificación. ....	<b>82</b>
3.- La Teoría de la Argumentación Jurídica, su ubicación en el contexto de justificación. Planteamiento del Problema de la Investigación .....	<b>85</b>
4.- La interpretación jurídica del juez, en el sistema normativo y los argumentos jurídicos especiales.....	<b>89</b>
<b>B. LOS PRINCIPIOS, LAS NORMAS Y LOS ARGUMENTOS ESPECIALES COMO RAZONES DE DECISIÓN.</b>	
1.- Los principios y las normas jurídicas, la relación que guardan con los argumentos jurídicos especiales. Justificación del problema de la investigación.....	<b>92</b>
2.- Las normas prescriptivas y su diferencia con los principios .....	<b>100</b>
3.- Concepto y definición de argumento jurídico y argumento jurídico especial. ....	<b>104</b>
4.- Explicación acerca de las diversas clasificaciones de los argumentos jurídicos especiales. ....	<b>110</b>
5.- Lista clásica de los argumentos jurídicos especiales .....	<b>113</b>
<b>C. LA DECISIÓN JUDICIAL Y EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN LEGAL EN LA APLICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES.</b>	
1.- El juez y la motivación legal en el sistema jurídico mexicano. ....	<b>122</b>
2.- Elementos de la decisión interpretativa final del juez. ....	<b>128</b>
3.- La propuesta del reconocimiento “expreso” de los argumentos jurídicos especiales, conforme al modelo de argumentación de Chaim Perelman .....	<b>133</b>

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **LOS ARGUMENTOS JURIDICOS ESPECIALES EN EL PROCESO DE MOTIVACIÓN DEL JUEZ. JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA PROPUESTA.**

##### **A. EL VÍNCULO DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES, EN EL PROCESO DE MOTIVACIÓN LEGAL, COMO PROPUESTA DE UN ESTUDIO RACIONAL.**

1.- Los argumentos jurídicos especiales y su aplicación en el derecho .....	<b>140</b>
2.- Principios de racionalidad que justifican el reconocimiento de los argumentos jurídicos especiales, en una decisión judicial .....	<b>144</b>

3.- Los argumentos jurídicos especiales en la decisión definitiva del juez.....	154
---------------------------------------------------------------------------------	-----

## CAPÍTULO CUARTO

### LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA Y ESTUDIO PRÁCTICO DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES, EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

#### A. EXPLICACIÓN TEÓRICA QUE SUSTENTA LA PROPUESTA DE “RECONOCIMIENTO EXPRESO” DE LOS ARGUMENTOS ESPECIALES, EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

1.- Los argumentos jurídicos especiales, como nuevo paradigma en el moderno Derecho Mexicano .....	161
2.- Los argumentos jurídicos especiales y su ubicación en el moderno debate <i>iuspositivista, versus iusnaturalismo</i> .....	173
3.- Los argumentos jurídicos especiales y su justificación en la teoría del garantismo constitucional.....	184

#### B. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES EN JURISPRUDENCIAS NACIONALES.

1.- Significado teórico del empleo de los argumentos especiales como sustento para el reconocimiento legal (conclusión) .....	186
2.- Análisis de los argumentos jurídicos especiales en la jurisprudencia nacional...	190

<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>260</b>
---------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>267</b>
---------------------------	------------

## **INTRODUCCION**

Nuestra investigación sobre los argumentos jurídicos especiales en la decisión definitiva del juez, tiene por objetivo principal, demostrar la conveniencia de incorporar dichos argumentos a una norma jurídica de manera “expresa”, a fin de que su uso por parte del juez en sus sentencias, adquiera el carácter de inferencia lógica de manera incuestionable.

A lo largo de la investigación, aparece una presunta contradicción entre si estos argumentos se encuentran reconocidos o no en la ley. En respuesta a ello, señalamos que conforme a la naturaleza especial de dichos argumentos, éstos contienen una premisa lógica derivada del ordenamiento, la que le otorga su carácter lógico y adicionalmente contiene una premisa no lógica que no deriva del ordenamiento jurídico. Lo que demuestra que su constante uso es por la autorización que concede el ordenamiento jurídico.

En la presente investigación mostramos que los argumentos jurídicos especiales extienden una solución en casos no previstos por la ley, para su integración al sistema jurídico, por lo que se propone su reconocimiento “expreso” en una norma jurídica para facilitar su uso.

Para alcanzar nuestro objetivo principal, en el capítulo primero, resulta conveniente establecer un marco conceptual, a partir del cual nos proponemos diseñar una propuesta, considerando la forma en que actualmente se emplean los argumentos jurídicos especiales en las decisiones definitivas de los jueces, a fin de sustentar una propuesta que resulte coherente con el sistema jurídico, congruente con los principios de motivación del juez y racional con las teorías jurídicas modernas.

El marco conceptual implica el estudio de los diferentes conceptos de norma jurídica, enunciado normativo, principio jurídico, formulación normativa, arbitrariedad, subsunción lógica, argumento jurídico especial, aplicación mecánica de la ley, entre otros, que resultan imprescindibles.

En este apartado fundamental, aclaramos ampliamente con la consulta que se hace al respecto, que los argumentos jurídicos especiales operan como “instrumentos”. Estos instrumentos permiten extender soluciones a casos no previstos en la ley, a fin de auto integrar el ordenamiento jurídico, función atribuible también a los principios generales del derecho, los cuales sí se encuentran reconocidos en la constitución política de nuestro país.

Asimismo, tratamos de establecer que los argumentos jurídicos especiales, cumplen con su función de integrar el sistema normativo, no obstante, nos parece conveniente proponer que esa función que autoriza el propio sistema jurídico, se vea reflejada de manera expresa en una norma jurídica, a fin de que el carácter de inferencia lógica válida resulte incuestionable, evitando confusiones con el uso de los principios generales del derecho.

De la lectura y comprensión de los diferentes conceptos mencionados, se va deduciendo una idea que va estructurar una tesis, la cual afirma que los argumentos jurídicos especiales pueden ser reconocidos en la ley, por que cumplen con funciones semejantes a las que realizan los principios generales del derecho.

Es por esta razón, que destacamos algunas funciones características de los argumentos jurídicos especiales, los cuales resultan similares a los principios generales del derecho que se encuentran reconocidos expresamente en nuestro artículo 14 constitucional, de donde procedemos a formular nuestra hipótesis de trabajo relacionada con la propuesta de reconocimiento en la ley de los argumentos jurídicos especiales.

Para lograr sustentar nuestras afirmaciones, presentamos un análisis sobre el origen de las nuevas teorías de la argumentación jurídica. Vemos como se entendía la retórica clásica antigua, el concepto de Aristóteles, las ideas de Cicerón y estudiamos especialmente el positivismo jurídico clásico apoyados en el análisis de Chaim Perelman.

Este recorrido nos permite presentar para su discusión, la explicación sobre el surgimiento de las nuevas teorías, que asumen el derecho como una argumentación jurídica, sustentada en criterios de análisis lingüísticos e interpretaciones prudenciales y retóricas, que rebasan en mucho el positivismo formal clásico.

En el capítulo segundo, presentamos un estudio sobre la interpretación jurídica, la naturaleza de los principios jurídicos, la norma jurídica y un enlace que de ellos se hace con el argumento jurídico especial, en el marco de una explicación teórica de las nuevas corrientes de la argumentación jurídica.

Consideramos preciso hacer una distinción entre principios y normas, para favorecer nuestra exposición de reconocimiento legal a todos los argumentos jurídicos especiales, no solo a la analogía y a la mayor razón, estos últimos prohibidos “expresamente” en materia penal.

Nos mostramos satisfechos con nuestro objetivo principal, cuando se exponen suficientes razones coherentes y racionales que justifican el paso en el tratamiento de los argumentos jurídicos especiales de principios generales de derecho, a su reconocimiento como normas jurídicas aplicables.

Asimismo, nos permitimos mostrar las diferentes clasificaciones de argumentos jurídicos especiales, antes de analizar la función del juez y la manera de elaboración y construcción de sus decisiones judiciales. Esto, con la intención de mostrar que en la estructura de la decisión del juez, pueden aparecer las diferentes clasificaciones de argumentos jurídicos especiales si el caso lo amerita; explicando desde luego las reglas de inferencia lógica en la aplicación individualizada de la ley.

Finalmente, argumentamos que nuestra propuesta de reconocimiento legal de los argumentos jurídicos especiales, por su orden metodológico descansa en el modelo de argumentación jurídica propuesto por Chaim Perelman referente a su teoría del Auditorio Universal, en tanto que nuestra propuesta resulta por lo menos una presunción loable y posible.



En síntesis, adoptamos la versión de los argumentos jurídicos especiales derivada de la teoría del derecho como caso especial del discurso práctico general, en donde las decisiones jurídicas se estiman fundadas e inspiradas en la pretensión de corrección.

Creemos que aportamos elementos para considerar a nuestra propuesta, como un dato o elementos más que favorece el mejoramiento de las prácticas jurídicas en nuestro país; de acuerdo a la consulta de las modernas teorías de la argumentación jurídica.

En el capítulo tercero hacemos diferentes consultas a teorías jurídicas para justificar nuestra propuesta como racional, teniendo presente que el principio de coherencia, el cual alude a que el sistema jurídico tiene la característica de que en todo momento hay una actividad interpretativa. De tal modo, nuestra propuesta de reconocer en una norma jurídica los argumentos jurídicos especiales no es incoherente con el sistema jurídico. En el mismo sistema existe un reconocimiento “expreso” de los principios generales del derecho.

Este estudio de los argumentos jurídicos especiales y la relación que guardan ellos, en la decisión definitiva del juez, ha representado la oportunidad de investigar la aplicación del principio legal de la motivación, mediante el análisis de la forma en que operan las decisiones de los jueces.

Esto es, orientados por la moderna Teoría de la Argumentación Jurídica, es posible apreciar la explicación del derecho como una actividad argumentativa, prudencial y retórica, que constituye un caso especial del discurso práctico general, en cuya virtud, se derivan diversos argumentos que sostiene el derecho bajo esa perspectiva, entre ellos los sistemáticos que propugnan por la unidad del ordenamiento jurídico, de donde se derivan los argumentos jurídicos especiales, que son aquellos formados por una premisa adicional no lógica que lo hace especial.

Dicho estudio nos ha conducido a proyectar una propuesta, que explica la pretensión de extender la dimensión actual de la motivación legal, a fin de establecer mayor certeza en las decisiones jurídicas definitivas.

En el cuarto capítulo, presentamos un análisis de cada uno de los argumentos jurídicos especiales y lo relacionamos con las diversas jurisprudencias que componen el sistema jurídico mexicano, las cuales, orientan el sentido de una sentencia.

En nuestro estudio se pretende demostrar, que en la interpretación de la ley, existe cierta confusión en el uso de los principios generales del derecho y los argumentos jurídicos especiales, pues únicamente, hay una referencia jurídica a los argumentos de la analogía y *a fortiori*, los cuales son tratados como principios, esto es, como mandatos de optimización.

En este sentido, nuestra propuesta también parece ubicarse en la teoría de la argumentación jurídica de Dworkin, en tanto que con el empleo de la argumentación jurídica especial, se busca una única respuesta correcta para cada caso.

Consideramos que nuestro acercamiento a diferentes teorías, no implica necesariamente tomar una opción de entre ellas. Creemos que pueden darse varias coincidencias y se hace mención de su contenido.

Una aseveración menor, pero coincidente con nuestra propuesta general es aquella que señala que el empleo de los argumentos jurídicos especiales, cae en la teoría jurídica del derecho amplio que propone Dworkin al presentar una unión conceptual entre derecho y moral.

A estas últimas afirmaciones llegamos luego de exponer, cómo las prácticas jurídicas, como lo es nuestro propio estudio, producen un cambio que permite tomar nuevas decisiones en la creación de leyes.

# **LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES EN LA DECISIÓN DEFINITIVA DEL JUEZ.**

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **EL SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON EL POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSICO.**

#### A. ANTECEDENTES DE LA MODERNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

##### 1.- Presentación general y delimitación del tema.

En la presente investigación de índole teórica general,<sup>1</sup> en razón del estudio de la teoría general del derecho, presentamos, de manera general, una delimitación del tema de derecho a estudio y particularmente un marco conceptual, en el que exponemos la terminología de diversas nociones que fundan el presente estudio.

Los términos son: norma, regla, enunciado normativo, proposición normativa, formulación normativa, principios de derecho, ponderación, subsunción, arbitrariedad, discrecionalidad, deducción lógica, aplicación mecánica de la ley y argumento jurídico especial.

Se hace notar, que la mención y el adecuado manejo de estos términos, permite sostener con mayor precisión el objeto de nuestra investigación, que consiste en demostrar el uso de los argumentos jurídicos especiales por el juez, al momento de dictar su sentencia.

De ahí, la importancia de conocer cada uno de estos conceptos, para identificar los elementos que debe tomar en cuenta el juez en el cumplimiento de su obligación de dictar sentencia definitiva. Lo que nos permitirá relacionar este acto jurídico con el empleo del argumento jurídico especial en la explicación teórica y práctica respectiva.

Nos parece adecuado adelantar, que nuestra hipótesis consiste en la pretensión de exponer una discusión sobre la conveniencia de reconocer expresamente en la ley, la incorporación al sistema jurídico nacional, el uso de argumentos especiales.

En dicho sistema jurídico, según análisis de Carla Huerta Ochoa, en relación a lo expuesto por Alchourrón y Bulygin, se puede observar que *“(...) las normas son los enunciados que correlacionan un caso con una solución, es decir, una decisión jurídica. En consecuencia, proponen una definición de sistema normativo como un sistema “deductivo” de enunciados entre cuyas “consecuencias lógicas” se encuentra al menos una norma, es decir, un enunciado que correlaciona un caso con una determinada solución normativa, por lo tanto, para ellos basta una “norma” para que un sistema normativo pueda ser calificado como un sistema jurídico.”*<sup>2</sup>

De acuerdo con lo anterior, consideramos necesario el análisis de los artículos 14 y 16 constitucionales, que prevén el principio de legalidad y motivación en el ordenamiento jurídico vigente; a fin de exponer cómo operan dichos principios en las decisiones del juez y el momento en que se relacionan con el uso de los argumentos jurídicos especiales o específicos.

---

<sup>1</sup> Cáceres Nieto, Enrique. Lenguaje y derecho, Las normas jurídicas como sistema de enunciados, Ed. UNAM y Cámara de Diputados LVIII, Legislatura, 2001, p. 75

<sup>2</sup> Huerta Ochoa, Carla. Conflictos normativos, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, México, p. 28

De ahí entonces, como parte inicial de la justificación del tema de investigación, radique en señalar de nuestra parte –como se deduce de la consulta a la obra de Carla Huerta Ochoa-, que la obligación de motivar las sentencias a cargo del juez, es una obligación contenida en una norma jurídica prevista en el artículo 16 constitucional. Y propiamente su consecuencia, que es la sentencia consistente en la individualización de la norma, se deriva necesariamente de la constitucional.

Es por ello, que como delimitación del tema de investigación, se pretende presentar la problemática jurídica, tanto teórica como práctica de la motivación y fundamentación de una sentencia cuando se relaciona con los argumentos jurídicos especiales, en la decisión final del juez, conocida como sentencia. Y para ello es necesario presentar un análisis que discuta sobre la naturaleza legal de los argumentos jurídicos especiales y su relación con el contenido de la norma constitucional que prevé el principio de la motivación.

Para lograr lo anterior, se deberá enunciar el significado que en este estudio se atribuye a los términos jurídicos más usuales en la filosofía jurídica contemporánea, como son: normas, reglas, enunciados normativos, proposición normativa, formulación normativa, principio de derecho, ponderación, subsunción, arbitrariedad, discrecionalidad, deducción lógica, aplicación mecánica de la ley y argumento jurídico especial.

El tratamiento de dichos conceptos, se observa dentro de nuestra ciencia normativa que ahora parece completarse con ese campo nuevo para la investigación del derecho, denominado teoría de la argumentación jurídica.<sup>3</sup>

Nuestro estudio pretende partir de la identidad con la teoría de la argumentación jurídica, para lo cual es necesario presentar un marco conceptual que justifique

---

<sup>3</sup> Atienza, Manuel, Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, 2ª. Reimp. p. 63.

nuestra pretensión de adherirnos a la relativamente nueva corriente de la argumentación jurídica. Por esta razón analizaremos el marco conceptual.

## 2.- Marco conceptual.

Precisión terminológica de las nociones de norma, regla, enunciado normativo, proposición normativa, formulación normativa, principio de derecho, ponderación, subsunción, arbitrariedad, discrecionalidad, deducción lógica, aplicación mecánica de la ley y argumento jurídico especial.

### a) Norma y norma jurídica.

En el análisis del concepto norma, desde el punto de vista histórico, vemos primero al positivismo jurídico clásico, el cual como explicación doctrinal mayormente difundida de nuestra disciplina: el derecho, explica a éste último como un orden de la conducta humana y el orden a su vez, como un conjunto de normas.<sup>4</sup>

Apoyarnos en el derecho, como un conjunto de normas, nos lleva de inmediato al análisis de ésta.

La palabra “norma”, designa una reglamentación o un orden; entonces tenemos que norma, es algo que debe ser o suceder, es decir, su expresión idiomática es un imperativo, una prescripción o un mandato.<sup>5</sup>

Es así como se atribuye al derecho, el carácter de “ciencia normativa”, porque se trata de una de las ciencias que imponen normas o establecen preceptos.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Kelsen, Hans, Teoría general del derecho y del estado. Ed. UNAM, México, 1995, 5ª Reimp. (tr. del alemán y prólogo de Eduardo García Maynez), p. 3.

<sup>5</sup> Kelsen Hans, Teoría general de las normas. Ed. Trillas, México, 1994, (tr. del Alemán de Hugo Carlos Delory Jacobs), p. 20.

En este sentido, la norma como la explica Kelsen, implica que cualquier comportamiento puede ser impuesto por la norma como algo debido, en tanto que es producto de un acto volitivo humano, es decir, por la voluntad del ser humano.<sup>7</sup>

Para Kelsen, el término norma, en la descripción del positivismo jurídico clásico, se traduce en un deber ser, que implica el cumplimiento del imperativo u orden que contiene la norma.

Creemos que aplicar el mandato contenido en la norma conforme a esta teoría y dirigido a nuestro estudio, implica señalar, conforme esta precisión conceptual, que el juez en su decisión definitiva debe aplicar en su argumentación, una decisión acorde con el contenido de la norma positiva en la que se respalda.

En este contexto, pretendemos explicar cuál es la razón jurídica que permite que los argumentos jurídicos especiales funden y motiven las sentencias y si ello corresponde al contenido de las normas jurídicas previstas en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Para ello, es necesario explicitar el término de norma, el cual según Daniel Mendonca, aclara que carece de un significado preciso y puede ser empleado como “regla”, “pauta”, “guía”, entre otros y que para eludir eventuales complicaciones, es recomendable evidenciar esta multiplicidad de sentidos a dicha palabra, ya que se utiliza en diferentes sentidos y por ello hay varios conceptos, por lo que sería muy dudoso que no hubiera diferencias derivadas de la existencia de la norma.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Ibidem. p. 21

<sup>7</sup> Ibidem. p. 22

<sup>8</sup> Mendonca, Daniel. Las claves del derecho, Ed. Gedisa, S.A., 2000, Barcelona. p. 45

Con el fin de precisar el significado y uso del término norma, en esta investigación, nos parece conveniente aclarar que en la teoría de las normas – como sostiene Mendonca-, la noción de existencia resulta conflictiva, de tal manera que propone varios conceptos diferentes de existencia de normas, entre ellas: normas definitorias, técnicas, prescriptivas, ideales, sociales, morales y constitutivas, de las cuales tomaremos una de ellas.

En efecto, creemos conveniente identificar la noción de norma que en este estudio se realiza, con la propuesta del autor en consulta respecto de las normas prescriptivas, en tanto que estas -señala el autor-, emanan de la voluntad de una autoridad y se dirigen a un agente con la intención de que se conduzca de determinada manera.

Es así como tenemos que, la norma jurídica del artículo 16 constitucional, impone la obligación de fundar y motivar las decisiones de toda autoridad y más aún las derivadas de un procedimiento como sería la sentencia.

#### b) Regla.

Al respecto, en consulta a Daniel Mendonca, es posible entender la regla como una norma definitoria en tanto que definen una actividad o un concepto.<sup>9</sup>

Con base a ello, podemos señalar que el contenido del artículo 16 constitucional, no consiste en una regla, ya que el artículo en cita contiene un mandato de fundar y motivar, por esa razón se diferencia de la norma.

Como ya lo habíamos visto, una regla puede ser identificada como una norma, pero el papel esencial, consiste en definir una actividad o un concepto y no como la norma que ordena, manda o prescribe y en el caso a estudio, la orden es fundar y motivar todo acto de autoridad.

---

<sup>9</sup> Op. Cit. Mendonca, Las claves ... p. 46



De todo esto, resulta la importancia del contenido de la norma. Su enunciado u oración normativa que la conforman. A continuación analizaremos dichos elementos.

c) Enunciado normativo.

Para Kelsen, *“Un enunciado es el sentido de un acto de pensamiento, y la verdad de un enunciado es independiente de ese acto, o sea, del hecho de que haya sido formulado, es decir, pensado y expresado,”*<sup>10</sup>

Conforme a la consulta anterior, consideramos que la parte final del primer párrafo del artículo 16 constitucional, contiene un enunciado, en tanto que por enunciado se entiende aquello *“(...) que se dice cuando se emite o se inscribe una oración. Esta expresión exige cierto cuidado debido a una ambigüedad destacable: el término “enunciado” es ambiguo entre el suceso de la elocución o inscripción de una oración y el contenido de lo que se inscribe o emite.”*<sup>11</sup>

Entonces, apoyándonos en Mendonca, la oración del artículo 16 constitucional que enuncia *“... que funde y motive la causa legal del procedimiento.”* contiene la enunciación de un suceso de inscripción de oración y el contenido de lo que se escribe, lo que se llama oración resultante del acto.<sup>12</sup>

Pero interpretando el texto en consulta, para Mendonca lo importante del enunciado consiste en: *“... proferir una oración enunciativa con el propósito de efectuar una aserción.”*<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Kelsen Hans, y Ulrich Klug, Normas jurídicas análisis lógico, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 95

<sup>11</sup> Op. Cit. Mendonca, Las claves ... p. 59

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Idem.

Creemos que la aserción a la que se refiere Mendonca, consiste justamente en un hacer, esto es, en un acto asertivo que puede implicar en el caso de nuestro estudio en fundar y motivar una sentencia.

Por su parte, Carla Huerta Ochoa, en relación al tema, señala que: *“El enunciado normativo es una formulación lingüística cuyo significado son las normas jurídicas, no obstante, la función del lenguaje es prescriptiva.”*<sup>14</sup>

Esto nos permitiría afirmar que el enunciado normativo consistente en *“que funde y motive la causa legal del procedimiento”* y tiene como una función del lenguaje prescribir una conducta, ordenar un hacer, es decir, un acto asertivo, en síntesis, un fundar y motivar.

#### d) Proposición normativa

El autor Daniel Mendonca que venimos consultando, señala que una de las cuestiones más controvertidas en la filosofía del lenguaje y en la filosofía de la lógica, es aquel referido a los portadores de la verdad, precisando que la proposición alude a un portador de verdad y que en torno a la proposición normativa, esta noción surge de la ambigüedad que se produce de las expresiones deónticas, tales como obligatorio, prohibido o permitido.<sup>15</sup>

El autor en consulta, señala que hay diferencia entre norma y proposición normativa, ésta última permite informar que existe una determinada prohibición, que algo es obligatorio o está permitido, de acuerdo a una norma y las normas son formuladas para emitir prescripciones, órdenes o prohibiciones.

Las normas carecen de valores de verdad y las proposiciones normativas sí poseen valores de verdad.

---

<sup>14</sup> Op. Cit. Huerta Ochoa, Carla, Conflictos ... p. 19

<sup>15</sup> Op. Cit. Mendonca, Las claves ... p. 25 y ss.

En resumen –destaca el autor en cita- la diferencia entre proposición normativa y norma, radica en que la primera no obliga, faculta o prohíbe, sólo informa; y por el contrario, la norma sí obliga o prohíbe.

De esta manera vemos, que las proposiciones normativas informan y no obligan, lo que nos permite afirmar para nuestro estudio, que la función del juez se constriñe a una labor de aplicación de normas que obligan, según el contenido de la última parte del primer párrafo del artículo 16 constitucional, que consiste en una norma que impone la obligación de fundar y motivar, en este sentido, nuestro estudio no se sustenta en el análisis de proposiciones normativas, sino en normas jurídicas.

Aclarando el tema respectivo, la autora Carla Huerta Ochoa, menciona que: *“Las proposiciones normativas, en cambio, son las oraciones que describen el derecho de conformidad con determinados criterios, como por ejemplo validez, justicia, algún valor, etcétera.”*<sup>16</sup>

Esto es, podemos ver que se corrobora la característica de la función descriptiva e informativa de las proposiciones normativas.

Establecida la diferencia entre normas y proposiciones, veamos lo que sostiene Kelsen, en cuanto a las proposiciones normativas al señalar que son aquellas, *“(...) en las cuales pueden expresarse conceptos abstractos y representaciones concretas; por lo cual en la relación entre normas aparecen conexiones entre conceptos más o menos abstractos y entre conceptos abstractos y representaciones concretas.”*<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Op. Cit. Huerta Ochoa, Carla, Conflictos ... p. 19

<sup>17</sup> Op. Cit. Kelsen y Klug, Normas jurídicas, ... p. 115.

Siguiendo a Kelsen, se podría decir que la función informativa y descriptiva de la proposición jurídica se mantiene, ya que un concepto abstracto, como advierte Kelsen, parece que es similar a lo que sostiene Carla Huerta Ochoa, en relación a los criterios de validez y justicia.

En este sentido, para los efectos de nuestro estudio, aludiremos a la función del juez en base a la norma que lo obliga y no a una proposición normativa, que describe ciertos criterios como por ejemplo validez, justicia, algún valor, etcétera. No obstante que los argumentos jurídicos especiales, se compongan de proposiciones o formulaciones normativas.

e) Formulación normativa.

En el análisis de la norma jurídica, anticipamos que conocer los elementos que la componen, corresponde al interés de nuestra parte, por presentar un estudio dirigido al contenido del artículo 16 constitucional en su primer párrafo; relativo al acto asertivo que ordena fundar y motivar todo acto de autoridad.

En este sentido, para diferenciar el contenido de la norma jurídica en general y particularmente la prevista en el artículo 16 de la constitución que nos interesa, apoyados en el autor Daniel Mendonca, intentamos presentar lo que en la doctrina se entiende por formulación normativa.

Al respecto, el citado autor señala, que el fenómeno normativo tiene tres aspectos distintos y conexos, el acto normativo, la formulación normativa y la norma misma.<sup>18</sup>

Sin embargo, creemos que estas nociones no se comprenden por si solas, veamos entonces, como señala Mendonca, que *“(...) el acto normativo es un acto lingüístico, ejecutado por un sujeto determinado en un lugar y tiempo*

---

<sup>18</sup> Op. Cit. Mendonca, Las claves, ...62

*dados, destinado a emitir una prescripción y, como tal, orientado a dirigir la conducta de otros sujetos. (...) la formulación resultante del acto normativo, la formulación normativa, es una cadena de expresiones del lenguaje natural, gramaticalmente correcta y completa. Finalmente, la norma es el significado de la formulación normativa expresada con motivo de la ejecución del acto normativo.”<sup>19</sup>*

De esta manera tenemos que, la formulación normativa consistente en la orden de fundar y motivar la causa legal de un procedimiento, mismo que necesariamente debe terminar en una sentencia, viene a demostrar que el contenido de la norma - parte de nuestra investigación- consiste en lo que representa ese acto normativo ejecutado en un tiempo y lugar dados.

El ejercicio de la fundamentación y motivación de las sentencias, implica la valoración y ponderación de principios como a continuación pasaremos a analizar.

#### f) Principios de derecho.

En este apartado no exponemos un significado particular del concepto de principio de derecho, sólo pretendemos señalar el sentido de su utilización.

El interés por la explicitación de la noción de principio de derecho, radica en la necesidad de justificar cómo opera el principio de la motivación legal, en el momento en que el juez dicta sentencia definitiva y hace uso de los argumentos jurídicos especiales.

En efecto, nuestro análisis de los principios sirve para justificar cómo se entiende y aplica el principio de la motivación judicial que deriva del contenido del ordenamiento. Las funciones, su distinción con las normas jurídicas, sus

---

<sup>19</sup> Idem.

características y clasificación, se ve desarrollada en esta investigación en el capítulo segundo.<sup>20</sup>

Por ello, estamos de acuerdo en que *“La estructura lógica de los principios se distingue de la de las reglas porque no hay hecho condicionante. Los principios no imponen obligaciones absolutas sino obligaciones prima facie que pueden ser “superadas” o “derogadas” por obra de otros principios. En cuanto a la posición de los principios en el ordenamiento hay que insistir en que: los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de reglas (fundamento de una multiplicidad de reglas); los principios parecen no requerir a su vez de fundamento o justificación, ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos.”*<sup>21</sup>

En atención a la anterior consulta, consideramos que el principio de la motivación legal, contenido en el artículo 16 constitucional, consistente en el enunciado normativo que dice “que funde y motive la causa legal del procedimiento”, tiene como una función del lenguaje, prescribir una conducta, y ordenar un hacer asertivo; en síntesis, un fundar y motivar.

Estas características de los principios, hace que ellos, como señala Jaime Cárdenas Gracia, puedan estar clasificados en los principios considerados de un sector de la disciplina jurídica, porque éstos *“Principios de un sector de una disciplina jurídica. Informan una institución particular o un sector de una disciplina jurídica (autonomía privada, debido proceso, dispositivo,)”*<sup>22</sup>

Esto es, de la consulta anterior, se desprende una clasificación de principios de disciplina jurídica como el de debido proceso, entre otros, siendo semejante o

---

<sup>20</sup> Infra. Vease capítulo segundo, inciso B, número 1. En donde presentamos apuntes sobre la distinción entre principios y normas, como el de la generalidad, clases de principios como norma de directriz, como máxima de ciencia jurídica, como norma que expresa valores, entre otros; así como una conclusión intermedia existente entre la distinción de principio y norma.

<sup>21</sup> Cárdenas Gracia, Jaime. *La argumentación como derecho*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 112-113

análogo el principio de la motivación y fundamentación y por tal razón podría incorporarse a dicha clasificación, aunque dicha incorporación no sea objeto de estudio de esta investigación.

Es decir, consideramos como se deriva del propio texto constitucional y de la interpretación doctrinal en cita, que el principio de la motivación legal en nuestro sistema jurídico nacional, coincide con la clasificación que lo hace autoevidente –como señala Jaime Cárdenas Gracia-, en la medida que no requiere a su vez de fundamento, se percibe como obvio y se considera como intrínsecamente justo. De ahí que el fundamento de todas las sentencias tenga su origen y fin en los artículos 14 y 16 constitucionales, al prever los principios de debido proceso, fundamentación y motivación.

Sin embargo, esa obligación de fundar y motivar se cumple con la exposición de las razones que justifican el sentido de una sentencia, así como la enunciación de los artículos que sustentan el sentido del fallo, en base a la ponderación, discrecionalidad y subsunción de un caso a una norma y de esa manera se ve satisfecho tanto el principio de la motivación legal, como el de la fundamentación.

En el caso de los argumentos jurídicos especiales, la adecuación de un caso especial a una norma no parece cuestión ordinaria, ya que la naturaleza propia de dichos argumentos necesita de una premisa no lógica, adicional que lo hace singular, de ahí que la inferencia lógica no sea clara, como más adelante lo veremos.

g) Ponderación y Subsunción.

---

<sup>22</sup> Idem.

La explicitación de los términos de ponderación y subsunción favorece la crítica que se formula en la presente investigación, al modelo formalista que mayormente siguen los jueces en el dictado de sus sentencias.

Se considera que la ponderación antecede al proceso mental de subsunción; y que ésta constituye una valoración como si se tratase de una elección del juez, quien normalmente “... *queda siempre (ante) un amplio campo de problemas, frente los cuales el juez tiene que elegir entre varias soluciones posibles.*”<sup>23</sup>

Consideramos que a esta posibilidad de elección se refiere la ponderación, y a partir de ello, se intenta la adecuación del caso a la norma jurídica, lo que constituye la subsunción.

En efecto, como se advertirá en el capítulo tercero, el orden jurídico también se construye con las decisiones del juez, lo cual constituye el tránsito de la norma jurídica general a la norma jurídica particular, que resuelve el caso concreto y para ello se vale de la utilización de estos conceptos jurídicos de subsunción y ponderación.

Creemos conveniente reiterar que los casos de ponderación se presentan cuando: “*En el supuesto de que sean varias las normas que de manera indirecta se refieran al problema, el juzgador deberá intentar elaborar a partir de ellas una norma que se ajuste al caso en cuestión.*”<sup>24</sup>

Consideramos que elegir una norma es ponderar su aplicación y que pretender que la norma elegida se aplique al caso controvertido constituye la subsunción.

---

<sup>23</sup> Recasens Siches, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho, Ed. Porrúa, S.A. México, 1980, 3ª ed., 46

<sup>24</sup> De asis Roig, Rafael. Jueces y normas, La decisión judicial desde el ordenamiento, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, p. 162



Conforme a lo anterior, podríamos decir que los conceptos de ponderación y subsunción se relacionan intrínsecamente, ya que la elección de una norma puede implicar su aplicación en base a que así lo ponderó el juez y para su aplicación, el juicio de hecho deberá coincidir con el supuesto normativo o juicio de derecho.

Cabe aclarar que el ordenamiento jurídico no sólo se integra de normas, el maestro Imerio Catenacci, señala que: *“El derecho no es sólo norma, es norma y experiencia, norma y realidad. Por lo tanto, el estudio del derecho como sistema normativo no implica negar que el derecho es experiencia humana, social e intersubjetiva, Implica estudiar el derecho desde la abstracción, la generalización y la deducción para analizar los conceptos, las definiciones y los razonamientos lógicos.”*<sup>25</sup>

De esta forma la explicitación de la noción de subsunción, favorece el entendimiento a la crítica que exponemos en cuanto al contenido de las sentencias que emite el juez cuando se usan los argumentos especiales.

Esto porque aún sin estar reconocidos de manera “expresa” dichos argumentos, que se componen de una premisa no lógica, se podría alegar que la regla de inferencia sobre su utilización no se hace clara, de ahí que nazca una confusión sobre el uso de un argumento especial en forma de principio general del derecho. Esto significa que existen casos, en los cuales la subsunción de una norma no llega a configurarse cabalmente. Dicho término se ubica dentro de la dogmática jurídica, en virtud de que el empleo de este concepto, se encuentra desarrollado para el momento de la aplicación del derecho.

La noción de subsunción, se encuentra ampliamente desarrollada en la dogmática jurídica penal y en la obra del maestro Mariano Jiménez Huerta, se

---

<sup>25</sup> Catenacci, Imerio Jorge. Introducción al derecho, Teoría general, argumentación, razonamiento jurídico, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001, Buenos Aires, p. 235

aprecia que la subsunción es un proceso y éste, es la asimilación a la realidad social del contenido abstracto del tipo penal, el cual se describe en la norma jurídica penal y cobra vida al ejecutarse la conducta descrita.<sup>26</sup>

Esto es, la subsunción es la adecuación de lo descrito por una norma a un caso de la vida real, por ello se refiere al momento de la aplicación o práctica del derecho.

Al respecto, señala Imerio Catenacci, que la dogmática jurídica estudia el contenido de los textos jurídicos. Tiene como tarea interpretar, sistematizar, ordenar y contribuir a la práctica del derecho.<sup>27</sup>

En esa tarea, se observan principios que la dogmática va desarrollando, tales como la neutralidad, que significa describir el contenido de la ley, sin imponer criterios personales, así mismo, el principio de racionalidad, implica la aceptación de contradicciones e imperfecciones; pero el dogmático, acepta la ficción de racionalidad del contenido de la ley. También vemos el principio de sujeción a la ley, en tanto que al no ser criticado el derecho, se consiente su sujeción tal como está establecido; finalmente el principio de derecho como sistema, se traduce en respetar al derecho como un sistema sin contradicciones.<sup>28</sup>

En este orden de ideas, atendiendo los principios de la dogmática jurídica, con especial referencia a la aplicación de la ley, la noción de subsunción jurídica que pretendemos manejar en nuestra investigación, se refiere a que los jueces en la aplicación de la ley observan "*Este principio (el cual) se corresponde con el legalismo, que sostiene que todo el derecho se encuentra en la ley. (y) El*

---

<sup>26</sup> Jiménez Huerta, Mariano. La tipicidad, Ed. Porrúa, S.A. México, 1952. p. 107

<sup>27</sup> Op. Cit. Catenacci, Imerio Jorge. Introducción al derecho, Teoría general, Argumentación, razonamiento jurídico, pp. 121-122.

<sup>28</sup> Idem.

*proceso de aplicación de la ley se concibe como si fuera un silogismo y la función del juez se reduce a una aplicación mecánica de la ley.”<sup>29</sup>*

Esto sin duda, nos permite precisar que la noción de subsunción está referida al ámbito de la aplicación del derecho, bajo la forma del silogismo judicial, en donde la naturaleza singular de los argumentos especiales viene a sostener la conveniencia de reconocerlos en la ley, para hacer más clara la regla de inferencia lógica, cuando ellos se utilicen.

h) Discrecionalidad y arbitrariedad.

La explicitación de estos términos en la presente investigación, nos permite demostrar los casos, en que los jueces, al utilizar un argumento jurídico especial en apoyo de su sentencia, ejercen su discrecionalidad o bien cuando resultan arbitrarios.

En torno a la discrecionalidad en el derecho, Mauro Capelletti, plantea el cuestionamiento referente a determinar si la interpretación constitucional, debido a su propia naturaleza, implica reconocerse a sí misma con el carácter de actividad discrecional.<sup>30</sup>

A partir de este planteamiento, el autor en consulta, desarrolla la idea de entender la interpretación jurídica como una actividad que persigue una finalidad, por lo que se denomina interpretación *ad finem* que puede aceptarse como una actividad discrecional.

Dicho autor señala que: *“Si se admite en efecto que actividad discrecional es actividad libre, en todo o en parte, en algún elemento, pero vinculada siempre en*

---

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> Cappelletti, Mauro. La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª Reimpresión, México, 1987, (tr. de Luis Dorantes Tamayo), 172 p.

*el fine, o sea en el valor a realizar, en la ratio de su devenir: y si se admite además que el juez constitucional, hallándose en la condición de deber “actuar” una norma que más que ninguna otra es vaga e incompleta y “de valor”, debe remontarse siempre y de manera más acentuada al “espíritu” del sistema, a sus rationes supremas: deberá entonces reconocerse que dicho juez, en su función marcadamente integradora, concretadora, de la norma constitucional, (...) ejerce una actividad característicamente discrecional.”<sup>31</sup>*

Desde el punto de vista en cita, podemos afirmar que, la integración de un caso no previsto en un supuesto normativo a otro que si lo prevé, cómo sería si se aplicará el argumento por analogía, implica un suceso integrador, el cual se entendería como una actividad discrecional.

Por esta razón, nos parece importante resaltar que el juez mediante sus sentencias, interpreta y a la vez ejerce su discrecionalidad, lo que le permite integrar casos no previstos en la ley, siempre que coincida con la finalidad o espíritu del sistema jurídico.

Este fenómeno de integración al sistema, es esencial para la comprensión de nuestra investigación, ya que la ausencia de reconocimiento expreso de los argumentos jurídicos especiales, en el ordenamiento jurídico, dificulta su uso en las prácticas jurídicas, pues como habrá de establecerse, el argumento especial se integra de una premisa lógica derivada del sistema y otra no lógica, derivada de un hecho, como lo es la similitud entre dos cosas en parte igual y en parte distinta.

En relación con la integración al sistema normativo, Carla Huerta Ochoa, en su obra en consulta, señala que: *“... a pesar de que algunos métodos de interpretación con el fin de integrar el sistema jurídico permiten inferir lógicamente normas que no han sido explicitadas, como por ejemplo por*

---

<sup>31</sup> Ibidem, p. 179

*analogía o mayoría de razón, esto es posible porque el sistema autoriza expresamente su utilización. Pero aun cuando es cierto que las normas obtenidas por dichos procedimientos pueden denominarse derivadas, esos métodos han sido previstos en una norma de derecho positivo.”*<sup>32</sup>

En base a lo anterior, podemos sostener que el uso de un argumento jurídico especial como la analogía en una sentencia, justifica nuestra investigación en la medida en que el método de los argumentos jurídicos especiales, deriva de una norma jurídica positiva como señala la autora en consulta, aunque ello no esté explicitado cabalmente.

Por esta última razón, pretendemos aportar elementos de discusión respecto de la falta de explicitación de los argumentos jurídicos especiales en el ordenamiento jurídico, en tanto que la falta de reconocimiento expreso en la ley, en ocasiones impide encontrar soluciones claras y consistentes en el sistema jurídico.

En efecto, consideramos que se corrobora nuestra aseveración anterior, con la siguiente consulta, que al respecto afirma *“Los formalistas parten de los desideratums de la plenitud del Derecho, es decir de un Derecho sin lagunas, y de la unicidad de solución justa de los litigios. Aun cuando la norma aplicable sea ambigua, la actividad del juez constitucional no es discrecional sino que esta reglada. Cada caso, tanto si es fácil como si es difícil, tiene una única solución. Normalmente vendrá prevista en una norma directamente aplicable. De no ser así, la solución se localizará bien en los principios generales del Ordenamiento Jurídico, o bien se inducirá de los valores o del conjunto de las normas jurídicas vigentes.”*<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Op. Cit. Huerta Ochoa, Carla. Conflictos, ... p. 28

<sup>33</sup> Lafuente Balle, José Ma. La judicialización de la interpretación constitucional, Ed. Colex, Madrid, 2000, p. 20

Como se desprende de la consulta anterior, el empleo de principios jurídicos puede darse a falta de una norma directamente aplicable, pero también hay casos que sólo se resuelven conforme a un supuesto especial, de ahí la utilidad de explicitar los argumentos jurídicos especiales, pues su falta de reconocimiento no impide su uso, el cual se encuentra autorizado por el sistema, pero su reconocimiento implicaría mayor facilidad en su manejo.

Por lo que hace a la arbitrariedad, dicho concepto es usado para reconocer cuando una resolución o sentencia no es adecuada al no derivar del respaldo de una norma que la sostenga o la respalde.

Consideramos que la explicitación de la noción de arbitrariedad, conviene a nuestro estudio, en tanto que a través de este concepto se puede encontrar el parámetro que justifique el uso de los argumentos jurídicos especiales, conforme a una norma que contenga su uso expresamente.

En consulta al respecto, el Diccionario Jurídico Mexicano, señala que *“Arbitrariedad (...) Es la inadecuación que tiene un acto o mandato imperativo e inapelable, emitido por un órgano de autoridad, con respecto a una o varias normas de carácter general que deben regir en la situación en que dicho acto se produce. II. Un acto arbitrario es aquel que establece para una situación concreta una solución no prevista en una regla general; es decir, va contra la esencia del derecho que siempre está basado en normas de carácter general aplicables a una infinidad de casos particulares. Por el contrario el acto arbitrario no sigue ningún criterio fijo o preestablecido. Es por esto que la arbitrariedad es radicalmente antijurídica. (...) Es conveniente aclarar que la arbitrariedad se origina en un órgano legítimo de poder que viola un orden jurídico del que el mismo deriva.”*<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

De esta manera, la discrecionalidad y la arbitrariedad son nociones que permiten distinguir una sentencia apegada a la legalidad y otra que contiene defectos que la hacen ilegal o contraria a derecho. Tener presente el sentido de estos términos facilitara la explicación del uso de los argumentos jurídicos especiales en las sentencias.

i) Deducción lógica y aplicación mecánica de la ley.

En este punto trataremos de explicitar y señalar qué entendemos por deducción lógica y aplicación mecánica de la ley. Para ello, seguiremos tratando la noción de subsunción, porque en esta explicación se ve implicado necesariamente el tema de la lógica y sus reglas.

Señala Kelsen, que las reglas de la lógica tienen que ser aplicadas tanto al derecho, como conjunto de normas; y a la ciencia jurídica, como conocimiento de ese objeto.<sup>35</sup> Porque en ambos campos, se trata de un sistema de proposiciones que implica la ausencia de contradicciones entre sí.

Nuestro análisis de los argumentos jurídicos especiales, se dirige al derecho como conjunto de normas, porque explicaremos cómo son empleados estos argumentos en la decisión definitiva del juez, cuando así parece respaldarla o sustentarla.

Es por ello, que se pretende aclarar la cuestión inicial referente a la justificación de aplicar las reglas de la lógica a proposiciones de deber ser (normas imperativas y directivas), con base a que las proposiciones pueden ser concebidas como enunciados bivalentes que son verdaderos o falsos.

---

<sup>35</sup> Ob. Cit. Kelsen Hans, y Ulrich Klug, Normas jurídicas y análisis lógico. p. 30

Sin embargo, Kelsen aclara, que los principios lógicos de acuerdo a una concepción tradicional, “(...) sólo son aplicables a enunciados que pueden ser verdaderos o falsos, hay que admitir que la aplicación de principios lógicos a normas sólo resulta posible en forma indirecta o per analogiam”<sup>36</sup>

En todo caso, señala la obra en consulta, es posible entender la lógica como la técnica de la demostración y lógica formal, o sea, la manera en que se demuestra la inferencia de proposiciones, a partir de proposiciones presupuestas.

En el desarrollo de nuestra investigación, trataremos de explicar que cuando nos referimos a deducción lógica, entendemos que el juez se sustenta en una norma jurídica general, para aplicar una norma individualizada que consiste en su sentencia y particularmente al proceso de ponderación y subsunción que realiza, a fin de que en ejercicio de la discrecionalidad aplique la norma jurídica que considere aplicable a un caso controvertido.

Al respecto, se podría decir, que lo que entendemos por deducción lógica y aplicación mecánica de la ley, corresponde a la afirmación que Kelsen sostiene en cuanto a la función del juez, ya que: “Siempre se emplearía la regla lógica de la inferencia cuando se decide por un tribunal un caso concreto sobre la base de la ley, o sea, sobre la base de una norma general válida.”<sup>37</sup>

Entonces, el empleo lógico de la ley deviene de su derivación consecuente, ya que el juez aplicaría “Las normas empero, (en tanto) son el sentido de actos de voluntad, y como tales ni verdaderos ni falsos.”<sup>38</sup>

Esto nos permite señalar, la clara relación existente entre lógica y derecho, y que en nuestro estudio la utilizamos para resaltar que el empleo de la regla de

---

<sup>36</sup> Ibidem. p. 37

<sup>37</sup> Ibidem. p. 92

<sup>38</sup> Ibidem. p. 93



inferencia proveniente de la lógica y que aplicada al derecho, se traduce en un respaldo necesario del juez, para aplicar una norma derivada de otra que le concede sentido.

En relación al tema, se podría decir que, *“Los jueces mexicanos deben interpretar y aplicar todo el derecho y no sólo la ley. Los jueces mexicanos deben orientar sus decisiones por principios y abandonar los criterios decimonónicos de la subsunción y aplicación mecánica de la ley.”*<sup>39</sup>

Pues se da el caso, de que motivar sólo parecer exponer razones. No obstante, en ocasiones se razona conforme a un argumento especial, aunque no se exprese así, sin que ello resulte arbitrario. Resultando quizás obscuro o incomprensible, pero finalmente legal. Por esto último resulta conveniente explicitarlo mayormente para conceder un nivel más alto de seguridad jurídica.

En otras palabras, significa que la deducción lógica que emplea el juez, consiste en la aplicación de una norma individual que se sigue de una manera completamente lógica, al derivar de otra norma general válida.

Sin embargo, ésta deducción lógica no siempre se presenta de manera clara y sencilla. Existen casos, en que se observa que los argumentos jurídicos especiales o específicos al componerse de una premisa no lógica que los hace especiales, logran fundar una sentencia, sin que ello implique una derivación lógica, pues es claro que una premisa no lógica no tiene una derivación lógica que la contemple, de ahí que su argumentación sea especial.

Entonces es comprensible, que la actuación de los jueces en ese sentido, se vea limitada, pues a pesar de hacer uso de un argumento específico, no se declara de esta manera y no por ello es arbitraria su sentencia, pues cumplen su obligación de autoridad judicial al dictar sentencia, como establece Kelsen, *“No*

---

<sup>39</sup> Ob. Cit. Cárdenas Gracia, Jaime. La argumentación como ... p. 123

*hay norma alguna sin una autoridad que la establece, esto es: no hay norma sin un acto de voluntad cuyo sentido es esa norma.”*<sup>40</sup>

Atento a esto, la discrecionalidad, los principios, la ponderación y sobre todo la racionalidad, tal como se desarrolla en el capítulo tercero, proporcionan mayores elementos al juez, para cumplir con la voluntad de la norma jurídica.

Vemos también que, Kelsen establece al sentido aplicación de las normas, lo que en nuestra tesis hemos llamado deducción lógica, es decir, una relación entre la validez de la norma general y un acto del tribunal que implica el fundamento de la norma individual.<sup>41</sup>

No pretendemos entender algo distinto cuando se habla de deducción lógica, sino lo referente a que dicha deducción, se lleva a cabo mediante una operación mental que se presenta mediante la fijación de premisas y deducción de un silogismo.

Al respecto, consideramos que tiene razón Kelsen en su afirmación de que no hay una relación directa entre la norma general y la individual, hasta en tanto el juez, en el procedimiento judicial, la aplica a un caso concreto. La norma general. señala el supuesto para que el juez establezca la norma individual.

Es entonces cuando la ponderación, la discrecionalidad, la subsunción aparecen en la decisión definitiva del juez y ello permite demostrar los casos en que se puede decidir conforme al contenido de un argumento jurídico especial. Es decir, cuando se presenta un caso hipotético que no tiene contenido en la ley.

---

<sup>40</sup> Ob. Cit. Kelsen y Klug. Normas jurídicas ... p. 108

<sup>41</sup> Ibidem. p. 112

Esto se justifica, porque “(...) *los principios lógicos tratados en la lógica jurídica se refieren solamente a proposiciones, y en verdad, tanto a las científico-jurídicas como a las judiciales;*”<sup>42</sup>

Es decir, la aplicación de la norma y su contenido, conforme a la regla lógica de inferencia, demuestra la veracidad de nuestro estudio.

Cuando hablamos de deducción lógica y aplicación mecánica de la ley, partimos de la explicación axiomática que prevé al artículo 16 constitucional, como un axioma, en los términos que Klug expone al establecer que, “(...) *aquel caso en el cual la norma es un axioma, es decir una premisa mayor con respecto a la cual ya no se sigue preguntando más por su fundamentación. En consecuencia, según esta concepción, una norma es verdadera o bien cuando ella es fundamentable o bien cuando representa un axioma.*”<sup>43</sup>

Así tenemos que, la explicación de deducción lógica y aplicación mecánica de la ley, es empleada en este estudio, para demostrar de qué manera, la norma individualizada consistente en la sentencia al derivarse de otra, implica una deducción lógica.

#### j) Argumento Jurídico Especial.

El argumento jurídico especial o argumento jurídico específico, es una forma de argumentación diferente a la de todo argumento que se respalda exclusivamente en el texto legal, por componerse de premisas no lógicas que lo hacen especial.

Por ejemplo:

---

<sup>42</sup> Ibidem. p. 56

<sup>43</sup> Ibidem. p. 60

La premisa no lógica del argumento de analogía, es la semejanza o la identidad de razón, de un caso no previsto en la ley, respecto de otro sí previsto.

En el caso del argumento *a fortiori*, la premisa especial es la mayor razón que existe entre el caso no regulado para imponer la consecuencia de la hipótesis sí prevista en la ley.

El argumento jurídico especial, es analizado en el segundo capítulo de nuestro estudio, razón por la cual sólo nos limitaremos a enunciar los elementos más importantes.

En este entendido, debemos dejar en claro, que dichos argumentos, son formas especiales de argumentación, porque su contenido se adiciona con premisas no lógicas y que por lo mismo no provienen del sistema jurídico.

Los argumentos jurídicos especiales o argumentos jurídicos específicos, principalmente cumplen con una función consistente en integrar al sistema jurídico casos no previstos en la ley, de ahí se entiende que no tengan una inferencia estrictamente lógica.

Esa función de los argumentos jurídicos especiales, la explica Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, a partir de la necesidad de aceptar la ficción de la plenitud del sistema jurídico, de donde surge el desarrollo en la actual cultura jurídica de una serie de “instrumentos” que permiten solucionar las eventuales lagunas del sistema jurídico completo; dichos instrumentos se obtienen sin salir del propio sistema jurídico positivo en vigor y reciben el nombre de instrumentos de autointegración como el argumento de analogía, *a fortiori*, a contrario y los principios jurídicos.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho. Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2006, México, p. 479

A partir de esta concepción se desarrolla la polémica en cuanto a su empleo, fundamento y aplicación.

Es donde surgirán las respuestas a todos los cuestionamientos que forman parte del desarrollo de gran parte de nuestra investigación, para arribar a la propuesta del reconocimiento expreso de estos argumentos, en un ordenamiento jurídico.

Este reconocimiento, implica su necesaria relación con el concepto de sistema jurídico normativo.

Al respecto, los argumentos jurídicos especiales, en una primera explicación, se encontrarían limitados a las reglas de inferencia que los unan al sistema jurídico, pero dicho señalamiento, no es definitivo, pues como señala Imerio Catenacci, *“La necesidad de argumentar se presenta cuando no es posible brindar una demostración rigurosa de nuestra posición.”*<sup>45</sup>

Así las cosas, podemos apreciar que los argumentos jurídicos especiales, aún sin estar contenidos expresamente, en la base del sistema normativo axiomático, son susceptibles de proporcionar razones para una interpretación adecuada y conveniente de la norma jurídica, porque *“Mientras en la argumentación práctica general se usan distintas razones o justificaciones, en la argumentación jurídica hay un marco limitado por el derecho vigente. Las limitaciones se presentan en distinto grado: el marco es más amplio en la ciencia jurídica, y más restringido y limitado temporalmente en el proceso.”*<sup>46</sup>

Esto es, las condiciones de argumentación en el derecho vigente, desde el punto de vista de la lógica formal, se ve limitado y restringido a lo ordenado en la norma.

---

<sup>45</sup> Ob. Cit., Catenacci, Imerio Jorge. Introducción al derecho,... p. 343

<sup>46</sup> Ibidem. p. 349

En el empleo de los argumentos especiales, su justificación no deviene de la lógica formal. Por ello, a fin de explicitar la especialidad de la premisa especial y los casos en que es válido agregar esta forma de argumentación, tenemos que señalar que durante el procedimiento de aplicación de la norma general, al caso individual, el juez mediante la operación mental propia de la discrecionalidad, ponderación y de la regla de inferencia formal deductiva, decide que en un caso no existe una inferencia lógica derivable del ordenamiento y que conforme a las condiciones del caso, como por ejemplo, uno no previsto en una ley, pero semejante a otro sí previsto, determina en base a ello su aplicación, llenando los vacíos de la ley con los argumentos especiales o bien con principios generales de derecho.

*Esto es, “Lo que realmente sucede, en los casos en que la Jurisprudencia tradicional habla de una decisión judicial per analogiam, no es de ninguna manera una inferencia donde a partir de la validez de una norma general positiva se seguiría lógicamente la validez de la norma individual representada por la decisión del juez, sino el establecimiento –autorizado por el orden jurídico vigente- de una norma individual que no corresponde a ninguna norma general de derecho que sea material, es decir, con un contenido determinado.”<sup>47</sup>*

De esta manera, podemos replicar al cuestionamiento consistente en responder en qué casos es válido agregar esta forma de argumentación.

En respuesta a ello, señalamos que el empleo de un argumento jurídico especial, como la analogía, a contrario, económico, de no redundancia, histórico, pragmático, sistemático, entre otros, que veremos más adelante, obedece simplemente a la decisión del juez, al considerar que un caso especial no le resulta aplicable una norma derivable del ordenamiento jurídico y con base a ello, aplicar el razonamiento especial, para integrarlo al sistema jurídico con la

---

<sup>47</sup> Ob. Cit. Kelsen y Klug. Normas jurídicas ..., p. 117

aplicación de algún argumento jurídico especial, integrando así, el sistema jurídico completo, en virtud de ausencia de ley.

A partir de esto y para que el criterio de los jueces y operadores jurídicos fuesen más justos y razonables, la inclusión de dichos argumentos propiciaría un ordenamiento más abierto a los criterios de la moderna argumentación jurídica.

Así, nuestra propuesta nos permitiría asumir que la inclusión de un argumento especial, como el *a fortiori*, o el *a simili*, en el sistema normativo, permitiría ser utilizado en la decisión definitiva que tome el juez para resolver un caso, ya que bien podría deducirse el enunciado de su solución, y así sería correcta la solución planteada conforme al sistema normativo, demostrando así la pertinencia de nuestra hipótesis.

Por su parte, Chaim Perelman, en la introducción a su lógica jurídica, señala que cuando se utiliza un argumento *a fortiori*, en el que es claro, que no hay un razonamiento puramente formal, y éste no tiene como punto de partida una decisión de justicia. Entonces, es posible afirmar que no surge de la lógica jurídica, sino de la argumentación, por lo que insertar el argumento jurídico *a fortiori* en el orden jurídico, guía al juez y justifica su decisión.<sup>48</sup>

Llegado a este punto, habrá de observarse, que una de las bases en la que se apoya el planteamiento de nuestro problema, reside en la exigencia real de motivación de las decisiones judiciales, vigente en nuestro sistema jurídico.

No obstante, hay autores que afirman que la argumentación jurídica, no se agota en las decisiones judiciales “(...) que justifican cada una de las decisiones adoptadas en el proceso de aplicación del derecho a un caso concreto.”<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Perelman Chaïm, La lógica jurídica y la nueva retórica, Ed. Civitas, S.A., 1988 (tr. del Frances por Luis Díez-Picazo), Madrid, España, p.18

<sup>49</sup> Ezquiaga, Francisco Javier, “Argumentos Interpretativos postulado del legislador racional”, Isonomía, revista de publicación semestral, (México, D.F.), Octubre de 1994, No. 1, p. 69

Señalan que además de las decisiones del juez, intervienen otros operadores jurídicos, que en la organización jurídica moderna requieren motivar, justificar o en general dar razones.

Sin embargo, Chaim Perelman, sólo le interesa analizar los argumentos interpretativos más usados en las motivaciones judiciales, con lo cual coincidimos, razón por la que mostramos su tesis central, consistente en demostrar *“que los argumentos que justifican la interpretación de los enunciados jurídicos se encuentran; a su vez justificados por la imagen ideal de un legislador racional (...)”*<sup>50</sup>

Lo que ha sido denominado postulado del legislador racional.

Señala Ezquiaga en consulta a Wróbleswki, que: *“Motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan.”*<sup>51</sup>

En un sistema normativo, que propicia consecuencias normativas, la obligación de motivar una decisión judicial, *“(...) queda satisfecha simplemente presentando como sentencia en la que se recoja una fundamentación jurídica, un razonamiento que conduzca a la decisión tomada.”*<sup>52</sup>

En la decisión judicial definitiva, según algunas apreciaciones, existe el aspecto psicológico del juez y el razonamiento, que precisamente ha llevado al resolutor a tomar la decisión en cuestión. Esto es, el material decisonal y el material psicológico -para algunos tienen el carácter de sustancia- se encuentran incluidos en la misma decisión.

---

<sup>50</sup> Ibidem. p. 72

<sup>51</sup> Idem. (Aclara el autor en cita que la definición es de J. Wróbleswki).

<sup>52</sup> Ibidem. p. 73



Pero, el material decisonal, es el único disponible y el psicológico, es inaccesible y difícil de analizar.

Por estas razones, desde esta posición, señalamos que el planteamiento de nuestro problema, consiste precisamente, en que algunos de los principales argumentos especiales, como la analogía, subsisten al lado de los principios generales del derecho.

Ahora bien, consideramos que la prevención legal del uso de los argumentos especiales, genera en el juez y operadores jurídicos, una herramienta de apoyo que contribuye a la observancia de la legalidad en mayor medida a la actual.

La Constitución establece la obligación de motivar las decisiones jurídicas, pero no dispone ninguna regla que advierta cómo, cuándo, en qué casos y de qué manera, se expondrán las razones, o bien, bajo qué argumentos especiales se sustentará una adecuada, justa, razonable y legal motivación –judicial particularmente y, en general, de los operadores jurídicos-, que respalde cualquier decisión definitiva.

Sin embargo, el caso de los argumentos jurídicos especiales, al interior del sistema normativo, entendido éste último, como aquél que tiene consecuencias normativas, se relaciona en el caso del juez, con las condiciones que favorezcan en mayor medida, una decisión interpretativa más adecuada y justa.

Precisamente por esta razón, nuestro estudio se apoya en Robert Alexy y su discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general, en el que pretende encontrar la correcta fundamentación de las decisiones jurídicas. Como tuvimos oportunidad de analizar, Alexy distingue primeramente la argumentación práctica general de la jurídica, porque esta última se ve vinculada al derecho vigente, y de ello se da la distinción esencial, ya que la argumentación jurídica se encuentra limitada a reglas jurídicas. El caso especial

se fundamenta con base en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, sobre el hacer o no hacer. Estas cuestiones se discuten desde el punto de vista de la pretensión de corrección, que tiene lugar bajo condiciones de limitación.<sup>53</sup>

Veamos más de cerca esta cuestión, la pretensión de corrección, se refiere al ánimo de fundar el discurso, pues quien afirma algo no puede negarse a fundarlo, y en esto radica la pretensión de corrección. En el ámbito jurídico, la decisión judicial, en virtud del derecho positivo cae bajo la pretensión de corrección.<sup>54</sup>

En este sentido, los argumentos jurídicos especiales, vienen a participar en la fundamentación de las decisiones jurídicas que aspiren a una pretensión de corrección.

Por su naturaleza, los argumentos jurídicos especiales, estos “(...) *pueden expresarse como formas de inferencia lógicamente válidas.*”<sup>55</sup>

Para esto se requiere una preparación de premisas y la adición de premisas especiales, que se contienen en las argumentaciones, que de hecho, se realizan. Esto es, sirven para explicar la naturaleza lógica y no lógica de una argumentación especial.

A manera de síntesis, señala Alexy, que los argumentos especiales no hubieran llegado a ser el centro de tantas disputas, sino consistieran más que en la aplicación a la argumentación jurídica, de las formas de inferencia lógica de validez general.

---

<sup>53</sup> Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, (tr. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), p. 207

<sup>54</sup> *Ibidem.* p. 208

Los argumentos especiales no sólo permiten hacer comprensible, en casi todos los discursos jurídicos, la conclusión lógica de determinadas premisas, sino su utilidad -además de ser instrumento de autointegración del sistema-, también radica, en explicar su estructura lógica y su referencia no lógica, es decir, la premisa adicional que lo hace especial.

Para Robert Alexy, en la medida en que los argumentos jurídicos especiales puedan tener reglas, podrán ser considerados, además de ser formas del discurso práctico general, como racional, en la medida que resulten todos sus enunciados fundamentados en el discurso jurídico.

En síntesis, por argumento jurídico específico o especial también se comprende como el que contiene una premisa adicional no lógica que lo hace especial.

De esta manera, consideramos que una vez precisado el significado de cada una de estas nociones, estamos en condiciones de formular nuestra hipótesis de investigación.

### 3.- Formulación de la hipótesis de la investigación.

La hipótesis de nuestra investigación, consiste en demostrar la viabilidad jurídica y teórica, para estimar aceptable que una norma jurídica contenga de manera expresa, el uso de los argumentos especiales, y no se mantenga su utilización como una autorización del sistema jurídico al lado de los principios generales del derecho. Es decir, en caso de lagunas del sistema jurídico, éste se auto integra con “instrumentos” como la analogía, la mayoría de razón, entre otros.

Así mismo, como lo apreciamos en consulta a Robert Alexy, dichos “instrumentos” de autointegración del sistema pueden ser empleados como formas de inferencia lógicamente válidos.

---

<sup>55</sup> Ibidem. p. 267

De tal manera que, conforme lo prevé el artículo 14 constitucional, ante la ausencia de ley o interpretación jurídica, se permite aplicar los principios generales del derecho, pudiendo emplearse también los argumentos especiales, pues no hay duda que la analogía se emplea de ambas maneras. De ahí que se genere la duda, respecto a la naturaleza de los argumentos jurídicos especiales, en cuanto que estos pueden operar como principios o bien si su función de integradores del sistema jurídico les otorga otra naturaleza.

Es por ello que consideramos conveniente especificar la naturaleza de los argumentos jurídicos especiales, pues su constante uso por los jueces, es resultado de la falta de ley o interpretación jurídica, de ahí su parecido a los principios generales del derecho que sí se nombran en el referido artículo 14 constitucional, pero no se habla de los argumentos jurídicos especiales, los cuales representan una forma de solución especial y no general, ya que no derivan de ninguna norma jurídica o constitucional.

Es decir, los argumentos especiales se usan en la medida que el juez tiene la posibilidad de motivar sus sentencias, pero ellos mismos no tienen una derivación lógica expresa, o sea, no hay una norma jurídica que “expresamente” los contenga, lo que no quiere decir que su uso sea arbitrario; sólo demuestra parte de su naturaleza al ser utilizados como “instrumentos” de integración del sistema, pero pueden fácilmente confundirse con los principios generales del derecho, que sí están previstos en el artículo 14 constitucional.

De resultar pertinente nuestro razonamiento, como posible respuesta al planteamiento de nuestro problema, encontraríamos que la orden de motivar y fundamentar todos los actos de la autoridad, sobre todo las sentencias, orden que se prevé en el artículo 16 constitucional, representaría la premisa lógica al estar previsto en la ley “expresamente” dicho, mandato de fundar y motivar. La otra premisa no lógica, correspondería a la propia naturaleza factica del

argumento que corresponde a la circunstancia adicional no lógica que lo hace especial.

Todo lo anterior, permitiría incrementar con mayor rigor, el deber del juez de motivar y fundamentar sus sentencias para cada caso especial.

Como lo vimos en el marco conceptual, el artículo 16 constitucional establece en su primer párrafo que, nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Este artículo es el que dispone la garantía de motivación y fundamentación legal de las decisiones del juez.

Es decir, cuando el juez en sus sentencias usa un argumento jurídico especial, es porque da cumplimiento al artículo 16 constitucional, pero ello no aclara el tema en cuanto a que las razones que expone en su sentencia, corresponden a un principio general o a un argumento especial.

En este sentido, la naturaleza legal del contenido normativo del artículo 16 constitucional, atinente a la norma que obliga, permite o prohíbe se ve cumplido, en tanto que no hay prohibición de usar argumentos especiales, pero tampoco existe una obligación de usarlos cuando así se presenten, de ahí que nuestra solución al problema consista en establecer que los argumentos jurídicos especiales tienen una naturaleza legal distinta a los principios de derecho y que es conveniente reconocer dicha naturaleza en un ordenamiento jurídico o quizá en la constitución para que en la decisión final del juez, se fortalezca el principio de la motivación y fundamentación de las sentencias.

Aclaremos, que estamos lejos de considerar que está prohibido el uso de los argumentos jurídicos especiales en las sentencias, por el contrario, creemos que

están permitidos. Sin embargo no existe orden o mandato de usarlos en cada caso, razón por la cual consideramos que si una situación amerita el razonamiento mediante un argumento especial y el juez tranquilamente no lo hace, no infringe ninguna norma, ya que dicho uso no es obligatorio, de ahí la importancia de este estudio, para fortalecer el principio de la seguridad jurídica.

En todo caso, la discusión que proponemos consiste en saber de qué manera se determina la naturaleza de los argumentos jurídicos especiales, si corresponde a un principio o a una norma, y en ese sentido de qué manera se conjuga con los principios de legalidad y seguridad jurídica.

La creación de una norma, derivada de un principio, teóricamente es factible, como ya lo vimos. Entonces la relación de un argumento especial, una norma y un principio deriva de la necesaria vinculación de otros principios para la creación, aplicación y decisión de un caso.

La hipótesis de la presente investigación, consiste en responder al cuestionamiento sobre la naturaleza legal de los argumentos especiales como estructuras de argumentación y como argumentos que materialmente motivan una sentencia.

En este sentido, trataremos de demostrar que el vínculo que existe entre un argumento jurídico especial, un principio y una norma, hasta este momento, sólo puede encontrarse en un nivel fáctico de argumentación. Sin embargo, la propuesta consiste en explicar al argumento jurídico especial como un "instrumento", que además de integrador del sistema jurídico consistente en una estructura de pensamiento, proporciona una solución a un conflicto jurídico, derivado no sólo de la propia argumentación, sino del reconocimiento explícito que se haga de él, en un ordenamiento jurídico, apoyado esto último, en la propia naturaleza especial de los casos prácticos.

Por estas razones, y considerando que los argumentos especiales al permitir hacer comprensible, en casi todos los discursos jurídicos, la conclusión lógica de determinadas premisas, esto es, la explicación de una estructura lógica, además de una referencia no lógica, o sea la premisa adicional que lo hace especial, viene a fortalecer los principios y las normas que en cada caso se estime conveniente aplicar.

Conforme a esto, es conveniente señalar que en nuestra investigación, para lograr los objetivos establecidos, precisamente se incluyó el análisis de la norma y el estudio del razonamiento jurídico del juez, desde la perspectiva histórica, hasta la de nuestros días.

El planteamiento esencial de la tesis, radica en la afirmación de que los argumentos especiales fundan algunas de las decisiones definitivas del juez, pero que frente a la barrera que significa la anquilosada concepción dogmática de la motivación judicial; a dichos argumentos especiales ni siquiera se les menciona en las sentencias “expresamente”, sin que se reconozca su función; según se lee de las sentencias de los jueces. Porque creemos que dichos argumentos no están previstos en la ley expresamente y por esa razón no son valorados como merecen.

Para la comprensión de las formas de argumentación jurídica, consideramos necesario conocer los antecedentes de la retórica antigua, que se explica como el antecedente de la moderna argumentación jurídica.

#### 4.- La retórica clásica antigua, antecedente directo de la argumentación jurídica.

En la explicación de la retórica como el antecedente directo de la moderna teoría de la argumentación jurídica, vemos que se encontraba relacionada con el derecho, pues las soluciones a las diversas necesidades prácticas, se ven acompañadas inevitablemente del manejo del lenguaje, situación

interdependiente que ha subsistido a lo largo de la evolución de los sistemas jurídicos.<sup>56</sup>

La retórica se explica al lado del derecho, a lo largo de la historia, en la medida en que éste pretende justificar sus resoluciones mediante discursos, lo cual generó un constante perfeccionamiento, llegando a aceptar que la retórica se puede comprender como *el arte de presentar los argumentos en tal forma que convenza y logre el asentimiento*.<sup>57</sup>

Se observa que la relación que guarda la retórica con el derecho, se debe a que mediante la argumentación la retórica alcanza su desarrollo como arte y ciencia; y en ese desenvolvimiento va exponiendo los razonamientos basados en hechos, que en el ámbito jurídico reciben el nombre de pruebas racionales, de ahí su íntima relación, pues desde antiguo, la sentencia de un juez, se integra como un discurso que se compone de razonamientos.<sup>58</sup>

En este orden de ideas, estamos de acuerdo en la observación del autor Gerardo Dehesa Dávila, atinente a que la retórica no es de ninguna manera algo ya superado, cuando se refieren a que ella, se “ocupaba” de la construcción artística del discurso, por el contrario –como bien afirma dicho autor-, la retórica “(...) se ocupa y se ocupará de la construcción del discurso, no ya en el sentido “artístico”, sino en el sentido de construir un discurso técnicamente estructurado para argumentar y persuadir.”<sup>59</sup>

Pretender hablar de la retórica, sin hacer mención de su creador, sería una omisión injustificada, para evitarlo señalamos que para Aristóteles, la

---

<sup>56</sup> Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la retórica y la argumentación*, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª ed. 2005, México, pp. 28 y 29

<sup>57</sup> Ibidem. p. 32

<sup>58</sup> Ibidem. p. 33

<sup>59</sup> Ibidem. p. 34



argumentación en general, se sostiene en una cierta demostración, porque se da fe de las cosas, cuando se convence de que algo está demostrado.<sup>60</sup>

Para algunos, en la obra de Aristóteles, se observa que la retórica es definida como una contraparte de la dialéctica. Sin embargo, para otros, aunque resulta obvio que no son lo mismo, son semejantes, porque se encuentran estrechamente relacionadas con el saber. Ambas se fundan en verdades comunes, pero lo que las hace diferentes es que mientras la segunda (la dialéctica) expone, la primera (la retórica), persuade o refuta.

*Al respecto, “Más bien, considero que es análoga, que no es lo mismo. Por otra parte, que ahí radique la marginación y el malentendido histórico respecto de la retórica, estoy absolutamente de acuerdo, pero, precisamente, para corregir este “malentendido histórico” hay que darle a la retórica el papel que el mismo Aristóteles le dio, es decir, la retórica es análoga de la dialéctica, no es ni complemento, ni contrapartida, ni correlativa de ésta. La retórica nace dentro del ámbito de la lógica, nunca desvinculada de ésta.”<sup>61</sup>*

Cabe aclarar que el principio de demostración por sí sólo, ya no se atiende en las diversas teorías de la argumentación jurídica actual, ese principio de la demostración ha sido revalorizado en el nuevo campo jurídico, a tal punto que existen teorías que parten de premisas que adicionan al concepto de demostración una nueva idea de la retórica.

Al respecto, señala Rodolfo Luis Vigo, en alusión a Chaim Perelman, que *“Siguiendo con liberalidad algunas enseñanzas del fundador de la Escuela de Bruselas, podemos decir que el objeto de la retórica son los medios y técnicas propias del debate, de la argumentación, de la persuasión o del convencimiento;*

---

<sup>60</sup> Aristóteles, *Arte retórica*, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2ª. ed. 2002, (tr. de José Goya y Muniain y Francisco de P. Samaranch), p. 85.

<sup>61</sup> Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la retórica y, ... Ob. Cit. p. 49*

*su propósito es lograr la adhesión del auditorio particular o universal a los que se dirige el orador con su discurso.*<sup>62</sup>

Aristóteles, señala que la demostración retórica es un entimema, y éste es una especie de silogismo que es válido, porque la retórica se apoya en la verdad y la justicia. Por naturaleza, estas son más fuertes que sus contrarias, siendo reprobable que los juicios basados en estos principios sean vencidos por sus contrarios.

Por ello, afirma Aristóteles, que la retórica antes de cumplir con una función de enseñanza, habrá de estructurar los discursos y los motivos de credibilidad partiendo de nociones comunes, en clara referencia a lo que en aquella época era comúnmente conocido como *topoi* o lugar común, pues lo verdadero es de mayor persuasión con lo que están de acuerdo la mayoría, siendo por esa razón, la verdad, una de las finalidades de la retórica, para lo cual habrá de considerarse el medio persuasivo en cada caso.

De este modo, se observa una clara identidad entre tópica y retórica griega, con lo que Manuel Atienza esta de acuerdo, al describir que *“La tópica constituye, en efecto, una parte de la retórica, (...) de una disciplina que tuvo una gran importancia en la antigüedad y en la Edad Media (...)”*<sup>63</sup>

Esta importancia radica en que, la retórica parte del discurso deliberativo, epidíctico o demostrativo y judicial.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Interpretación constitucional, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 36.

<sup>63</sup> Atienza, Manuel, Las razones del derecho... Ob. Cit. p. 52.

<sup>64</sup> El discurso deliberativo, referido a la exhortación y la disuasión para cada caso en lo futuro, aconsejando sobre las cosas que ha de hacerse, exhortando o disuadiendo. El segundo, forman parte el elogio y la censura, en cuanto a hechos que ocurren en el presente, según cosas existentes, aunque muchas veces acuden al pasado recordando lo pretérito y vaticinando lo futuro.

El discurso judicial se desarrolla respecto de cosas sucedidas o que van a suceder. Esto es, como más adelante afirma, su materia es cada uno de los medios de persuasión acerca de cualquier cosa determinada, aunque no propiamente pretende lograr el convencimiento. La retórica se compone de tres partes: los oyentes, el declarante y el discurso mismo.

En síntesis, Aristóteles afirma que se entiende por retórica “(...) *la facultad de discernir en cada circunstancia lo admisiblemente creíble.*”<sup>65</sup>

Por su parte, para referirse a la tópica, Atienza señala que “(...) *la tópica, surge precisamente en el campo de la invención, de la obtención de argumentos; y un argumento es, para Cicerón, una razón que sirve para convencer de una cosa dudosa (rationem quae rei dubiae faciat fidem); los argumentos están contenidos en los lugares o loci- los topoi griegos- que son, por tanto, sedes o depósito de argumentos; (...)*”<sup>66</sup>

La finalidad del argumento, desde entonces, nace con el compromiso de convencer, finalidad que se mantiene hasta nuestros días con la obligación de motivar las resoluciones, como más adelante lo veremos.

Por esta razón, también es de inescapable análisis, una de las obras de Marco Tulio Cicerón, Para éste connotado autor, -en el *De inventione*-, el nacimiento de la elocuencia se debe a causas honrosísimas y razones óptimas que surgen en una sociedad primitiva, en la que aparece un hombre naturalmente grande y sabio, que conocía el ánimo de los hombres que se hallaban dispersos en varios territorios, a quienes congregó con cierta razón, en un solo lugar,

---

<sup>65</sup> Aristóteles, Ob. Cit. p. 86.

<sup>66</sup> Atienza, Manuel. Las razones del derecho... Ob. Cit. p. 53.

transformándolos de agrestes y feroces, a blandos y tratables, a causa de la razón y del discurso.<sup>67</sup>

La obra en consulta, explica que dichas personas aprendieron a cultivar la fe y mantener la justicia. Quedando así, confirmada la utilidad de la elocuencia, a la que también llama retórica, misma que avanzó más lejos, hasta decidir sobre las cosas de la paz y de la guerra y llegar propiamente al oficio del decir con razón y justicia, por lo que quien dominase dicho oficio, parecía digno de dirigir la república.

Cabe destacar, que Cicerón una vez adulto, concedía menor importancia a la invención, *“A ésta, el niño Cicerón sometía, sin dudar, la disposición, la elocución y la memoria, no la pronunciación, (...) Es decir, (...) el orador perfecto debía ser, si se me permite forjar el sustantivo activo del verbo “invenir”, un perfecto “invenidor” para no decir equivocadamente “inventor”, de “inventar”.*<sup>68</sup>

Por otra parte, señala Platón, en un primer momento, que la retórica se le comprende como aquel arte que no produce obra manual alguna, que su forma se presenta a través de los discursos, que su objeto es lograr la persuasión en circunstancias específicas. Por ejemplo, frente a jueces en los tribunales, ante los senadores en el senado y con el pueblo en las asambleas.<sup>69</sup>

Sin embargo, a fin de llegar a su conclusión de retórica, en un mayor acercamiento a la naturaleza de ésta disciplina de la antigüedad, Platón explica a manera de precedente, que resulta preferible sufrir una injusticia que

---

<sup>67</sup> De la invención retórica, Ed. UNAM, México, 1997, (tr. de Bulmaro Reyes Coria), p. 2.

<sup>68</sup> El orador perfecto, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, (tr. de Bulmaro Reyes Coria), p. 17

<sup>69</sup> Diálogos. gorgias o de la retórica, Ed. Porrúa, S.A., 23º ed. 1993, (Est. Preliminar de Francisco Larroyo), México. pp. 54-55.

cometerla, esto es, la retórica nos salva de los peligros de los males mayores, por lo tanto, concluye que la finalidad de este arte -al que por cierto califica como remedo de una parte de la política basada en una adulación-, consiste en preservar la justicia, por lo que ha de utilizarse en este objetivo y no buscar el convencimiento respecto de cosas injustas.<sup>70</sup>

Por estas razones, habrá de tenerse muy presente, que desde el punto de vista clásico, pareciera que la retórica es autora de la persuasión que hace creer y no de la que hace saber de lo justo y de lo injusto, pero no es así. En el Gorgias, de Platón, vemos la asombrosa disertación socrática que concluye en que, la retórica, sólo sirve para la defensa y preservación de la justicia y no para ninguna otra cosa.

El sentido de justicia de Sócrates, por voz de Platón en el Gorgias, es muy claro, pero como antes se señaló, Cicerón, en otra de sus obras de mayor madurez, concede a la elocuencia una mejor ubicación en orden a la importancia en el empleo de la retórica, al sostener que el orador sobresale por la oración *“(...) ya ha de expresarse la apariencia de aquél perfecto orador y la de la suma elocuencia. El nombre mismo indica que él sobresale por esto único, esto es, por la oración, que lo demás se esconde en eso; pues no ha sido llamado invenidor o compositor o actor quien ha abrazado todas estas cosas, sino, por hablar con elocuencia, (rétor), en griego, y eloquens (elocuente), en latín; pues cada quien reivindica para sí alguna parte de las demás cosas que hay en el orador; empero, la máxima fuerza del decir, esto es, del hablar con elocuencia, se concede a éste solo.”*<sup>71</sup>

Podemos adelantar, acentuando una afirmación de que la retórica es una disciplina práctica, que estudia los contenidos argumentativos relacionados con

---

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> Cicerón, Marco Tulio. El orador perfecto, Ob. Cit. p. 19

el contexto de enunciación, con la composición del discurso y con la naturaleza del público.<sup>72</sup>

Estos antecedentes nos permiten justificar el método de la argumentación jurídica que se ha propuesto utilizar en este estudio, en tanto que se pretende convencer del contenido de nuestra investigación así como de sus resultados, de ahí la importancia del estudio de la elocuencia como elemento esencial de la retórica antigua.

5. El inicio de la nueva tónica por los precursores clásicos de la teoría de la argumentación jurídica.

Las nuevas corrientes fundadas en el uso discursivo de la palabra, se agrupan en torno de la metodología de la antigua tónica, es así como su nuevo estudio recibe el nombre de tónica nueva o retórica moderna, términos que delatan el empleo de la palabra sin lugar a dudas.

Estas imprecisiones terminológicas, se resuelven luego de diversos estudios al respecto.

Encontrando que la mayoría de los autores, entre ellos Theodor Viehweg, -al que se le considera como el principal de los precursores de la argumentación jurídica-, afirman que con independencia del nombre que hayan tenido a través de la historia, la tónica y la retórica se refieren indiscutiblemente al uso discursivo de la palabra.<sup>73</sup>

Es por ello, que sería posible afirmar que la retórica, es la ciencia de la elaboración de los discursos, siendo la oratoria una de sus partes que

---

<sup>72</sup> Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la retórica y, ... Ob. Cit. p. 67

<sup>73</sup> Tónica y filosofía del derecho. Ed. Gedisa, S.A., Barcelona, 1997, 2ª ed. (tr. de Jorge M. Seña), Ob. Cit. p. 165

corresponde a la elocución, de ahí que se confundan ambos términos como uno mismo, al pretender tomar una parte como el todo, naciendo por ello, el matiz peyorativo que usualmente se atribuye a la retórica, por parte de gente poco instruida.<sup>74</sup>

Es aceptable entender generalmente, que tópica y retórica tienen una misma y plena identidad, aunque en otra parte de la obra en consulta, Theodor Viehweg, se refiere a la tópica como un elemento que debe ser analizado en el marco de la retórica, no en el sentido primitivo como ya vimos, referido a las cosas de la paz y de la guerra, *sino como teoría del discurso, al servicio del discurso, como una acción lingüística en contextos de acciones, como situación pragmática.*<sup>75</sup>

A este respecto, señala Robert Alexy, que quien propone una Teoría de la Argumentación Jurídica, se identifica con la tópica jurídica, y ésta, siguiendo a Otte, puede entenderse de tres maneras, primero, la técnica de búsqueda de premisas; segundo, la teoría sobre la naturaleza de las premisas; y tercero, la teoría del uso de esas premisas en la fundamentación jurídica.<sup>76</sup>

La tópica, vista desde la segunda concepción en cita, no parte de enunciados demostrados como verdaderos, si no como de enunciados generales aceptados, plausibles o probables, aunque demasiado generales, por lo que no logra ajustarse al papel de las normas jurídicas, radicando en ello su debilidad.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la retórica y, ... Ob. Cit. p. 35

<sup>75</sup> Viehweg, Theodor. Tópica y filosofía del derecho, Ob. Cit. p. 196

<sup>76</sup> Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, (tr. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), citando a Otte, *Zwanzing Jahre*, (Topik- Diskussion, p.184); Ob. Cit. p. 40

<sup>77</sup> *Ibidem*. p. 41

A pesar de las críticas a la teoría de Viehweg, es posible entender a la tópica como un procedimiento de búsqueda de premisas (tópicos), “(...) *hilos conductores del pensamiento que solo permiten alcanzar conclusiones cortas.*”<sup>78</sup>

La problemática que enfrentó la tópica moderna, fue el intento de sistematización, que fracasó ante la diversidad de significaciones contenidas en el lenguaje general.

Señala Atienza, que – en lo que podemos llamar aporte o beneficio de la tópica-, “*La tópica permite explicar, o al menos darse cuenta de, ciertos aspectos del razonamiento jurídico que pasan inadvertidos si uno se aproxima a este campo desde una vertiente exclusivamente lógica.*”<sup>79</sup>

Sin duda, queda claro que cuando nos referimos a los *topoi* griegos, a los tópicos, habrá de comprenderse como puntos de vista que gozan de aceptación generalizada y son susceptibles de aplicación universal.

En síntesis, la tópica es la base de la moderna retórica jurídica y a partir de su sistemática, se construye la nueva argumentación jurídica.

## B. LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO.

### 1.- El positivismo jurídico y la exégesis del derecho.

En relación con el planteamiento de las distintas posiciones conceptuales de las diferentes escuelas del derecho, Atienza señala que “*En la historia del pensamiento jurídico no se ha partido siempre de la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y el poder de aplicar la fuerza física (el Estado). La*

---

<sup>78</sup> Atienza, Manuel. Las razones del derecho... Ob. Cit. p. 54

<sup>79</sup> Ibidem. p. 60



*clásica oposición entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, de la que luego trataremos, obedece, en gran medida a una distinta actitud respecto a ese punto: mientras que para los primeros la fuerza, la coacción, no es un elemento esencial para definir el Derecho (por el contrario, es esencial que se trate de una ordenación justa de la convivencia), para los segundos, y por emplear una frase famosa de Ihering, “el Derecho sin la fuerza es una palabra vacía”, “una norma jurídica sin coerción es un fuego que no quema, una luz que no alumbrar”<sup>80</sup>*

Es decir, el planteamiento conceptual filosófico, es base para la orientación jurídica que se pretenda sostener, pues los intereses y las percepciones cambian a lo largo de la historia, por ello, creemos –atentos a su importancia histórica y actual-, que no podríamos referirnos al estudio de la Teoría de la Argumentación Jurídica, sin antes participar en la medida requerida, del análisis de las principales teorías en torno al derecho en general.

Algunos antecedentes, como en el caso de la escuela historicista del derecho, explicaba el fenómeno jurídico, con base en la evolución del hombre, por lo que para los historicistas, el derecho “(...) denotaba las pautas de conducta generadas a lo largo de los siglos y heredadas de generación en generación, que dan identidad y unidad cultural a una determinada comunidad, constituyendo lo que dieron en llamar el “espíritu del pueblo”.”<sup>81</sup>

Asimismo, se presentan las corrientes sociologistas de derecho, en donde; “(...) el derecho es analizado en estrecha relación con la actividad de los tribunales, llegándose a sostener opiniones como que “derecho” denota únicamente lo que hacen los tribunales, o que al margen del derecho legislado (el cual suele ser desconocido por la mayoría de las comunidades para las que fue promulgado), existe un “derecho libre”, que es el que siguen los miembros de esa comunidad

---

<sup>80</sup> Atienza, Manuel. Introducción al derecho, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., ed., correg., México, 1998, p. 39

*en sus interacciones cotidianas y es ese derecho libre, y no el de las leyes estatales, el que deben aplicar los jueces al tomar sus decisiones, auxiliándose del primero de manera supletoria.*<sup>82</sup>

Por lo tanto, las diversas corrientes del derecho, que a través de la historia proponen explicaciones distintas del derecho, y habrá de reconocerse, sin lugar a dudas, una de las que más practicadas en el ámbito del derecho continental europeo, es la que se refiere al contenido coactivo de la norma; esto es al positivismo jurídico.

Al respecto, Theodor Viehweg, desde la propia óptica de los iuspositivistas, explica que esta corriente del iuspositivismo se sustenta en el contenido coactivo de la norma. Establece que existe un escalonamiento que va de la ley eterna *lex aeterna*; ley natural *lex naturales*; hasta llegar a la *lex positiva*, ley positiva. Pero de cualquier manera, aclara el autor, que la referencia al positivismo desde el punto de vista filosófico, tiene una clara connotación a todo aquello que se encuentre libre de metafísica, con lo cual se vuelve positiva.<sup>83</sup>

Por su parte, Chaïm Perelman, señala que antes de Hans Kelsen, -uno de los mayores partidarios del Positivismo- hubo intentos de elaborar sistemas de jurisprudencia universal puramente racional, independiente en su formulación y en su validez, tanto del medio social como cultural, válido para todo tiempo y lugar, pero dicho ideal de jurisprudencia universal, se vio obstaculizado por las tesis representativas de Hobbes, Montesquieu y Rosseau.<sup>84</sup>

Esto es, la barrera a dicho desarrollo, se desprende del contenido político jurídico de las obras del Leviatán, El espíritu de las leyes y del Contrato Social.

---

<sup>81</sup> Cáceres Nieto, Enrique. ¿Qué es el derecho?, iniciación a una concepción lingüística, Ed. UNAM y Cámara de Diputados LVIII, Legislatura, 2001, p. 65

<sup>82</sup> Ibidem, p. 66

<sup>83</sup> Viehweg, Theodor, Ob. Cit. p. 55

<sup>84</sup> Perelman Chaïm, La lógica jurídica y la nueva retórica, ... Ob. Cit., p. 24

Los planteamientos teóricos de estos autores, se vieron condensados en el ideario político jurídico de la revolución francesa, como por ejemplo, la presencia y evocación del soberano mediante la expresión de soberanía nacional, el sistema de pesos y contrapesos a través de la separación de poderes, ejecutivo, legislativo y judicial; a fin de que no fuera detentado todo el poder en un solo monarca, entre otros, con lo cual el papel de los jueces se redujo al mínimo, quedando el poder de juzgar, a aplicar la ley en casos particulares sin deformar la voluntad del legislador.

Como parte del análisis al positivismo Chaïm Perelman, analiza la evolución de la función de los jueces, desde la escuela de la Exégesis que va de 1804 a 1880, hasta la publicación de una de sus obras en 1950, aportando grandes avances, sobre todo con su teoría de la Nueva Retórica.

En dicha obra, Perelman explica que la evolución del positivismo comienza a partir de que en 1790, un tribunal federal, impone la obligación de motivar las decisiones judiciales, dándose desde ese momento, especial relevancia al uso de la lógica jurídica en los tribunales.<sup>85</sup>

Lo que sin duda, es materia del planteamiento del problema a resolver en nuestra tesis.

Para referirnos a la escuela jurídica del Positivismo, según la lectura en consulta de La Nueva Retórica, se señala como esbozo general, que al positivista es fácil distinguírsele como todo aquel que se siente obligado a no sobrepasar los límites de la legislación vigente; y quien no actúa así, es superfluo e incongruente con la norma fundamental.

---

<sup>85</sup> Ibidem. p. 135

Al respeto, se anota que el positivista es aquel que “(...) *elimina todo recurso a la idea de justicia y de la filosofía todo recurso a los valores.*”<sup>86</sup>

Esta actitud hacia el entendimiento y aplicación del derecho, Perelman la reconoce como la escuela de la exégesis, que no es más que la reducción del derecho a la ley, a aplicar el silogismo judicial, entendido como entimema según consulta a Aristóteles, cuya premisa mayor la forma las reglas de derecho, la menor, la comprobación de las condiciones de hecho, y la conclusión del silogismo, el sentido de la resolución.

Esto es, la asimilación a un sistema deductivo, sobre los modelos de los sistemas axiomáticos de la Geometría o de la Aritmética.<sup>87</sup>

Entendimiento que mantiene a raya al juzgador, bajo la tesis en apogeo, de la división de poderes –según Perelman-.

En efecto, al positivista se le distingue por su actitud no valoradora o a estimativa, que no incluye consideraciones de tipo teológico, por ejemplo, que éste deba realizar la justicia, la libertad o el bien común.

Así mismo, la actitud positivista del derecho se distingue, desde el punto de vista doctrinal, como ligado al poder soberano, ya que toda decisión judicial presupone la existencia de preceptos dictados por dicho poder, a lo cual se le conoce como principio de la estatalidad del derecho, al que se unen las notas de coactividad, carácter de mandato, integridad (sin lagunas), y esencialmente lógico.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Ibidem. p. 93

<sup>87</sup> Ibidem. p. 73

<sup>88</sup> García Maynez, Eduardo. Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo, Ed. UNAM, 4ª ed. México, 1989, pp. 9-10

Como corriente contraria a esta escuela positivista, existen otras corrientes jurídicas importantes, que critican al positivismo, como el tomismo aristotélico y el marxismo leninismo, dichas escuelas, sostienen que el positivismo es un engaño, ya que el positivismo jurídico, así visto, no podría interpretar contextos situacionales distintos a los previstos en la norma jurídica constitucional, ya que su labor de interpretación tendría que operar con conceptos totalmente unívocos.<sup>89</sup> Lo cual resulta casi imposible y acarrea uno de los problemas centrales de nuestro tema: las razones, los argumentos, el lenguaje y la crítica del lenguaje.

La corriente del positivismo jurídico se sustenta básicamente en lo dispuesto por la norma constitucional, y quien no opere de esta manera no le es atribuible el carácter de positivista.

En ese sentido, la lógica jurídica, mecánica y logicista, al apoyarse únicamente en una aplicación del derecho mediante la derivación lógica, ha llegado a afectar a la administración de justicia, que no debiera reducirse a ese sentido puramente lógico, a base de normas positivas.<sup>90</sup>

Los críticos del positivismo jurídico, parten de la certeza o constatación de que, la aplicación de las normas jurídicas no debiera consistir en una sola subsunción lógica bajo premisas formuladas en abstracto, como señala Atienza, *“(...) los razonamientos jurídicos no pueden explicarse únicamente mediante la utilización de la lógica formal deductiva (incluida la lógica deóntica), sino que para dar cuenta de muchos de ellos (de los más típicamente jurídicos) es preciso ampliar la noción de lógica, tal y como lo han hecho direcciones contemporáneas como la tópica de Viehweg o la nueva retórica de Perelman,*

---

<sup>89</sup> Viehweg, Theodor, Tópica y filosofía del ... Ob. Cit. pp. 58-59

<sup>90</sup> Gascón Abellán Marina, La técnica del precedente y la argumentación racional, Ed. Tecnos, S.A., España, 1993, p. 67

*continuando, por otro lado, una tradición que es tan antigua como la de la lógica formal.*<sup>91</sup>

En efecto, algunos tratadistas señalan sintéticamente que, en la aplicación de las normas jurídicas habrá de adicionarse valoraciones de orden moral y criterios de corrección.<sup>92</sup>

En este entorno, la autora Marina Gascón, observa que entre las escuelas representadas por Kantorowicz, Kelsen y Alf Ross, existe una coincidencia, en cuanto a que la jurisprudencia aplicada resulta insostenible. Critica que también comparten Hart y Dworkin. Pero dicha unanimidad, señala la autora en consulta, no encierra un verdadero acuerdo en torno a las consecuencias, pero por lo menos, muestra una crisis del positivismo legalista.

Entre otras, porque en el positivismo, se reconoce en el juez, no a un autómeta, que pasa de la norma general a la decisión judicial, constituyendo una norma particular sino a un administrador, que procede libremente a una interpretación de la ley según su voluntad.<sup>93</sup>

Este positivismo, según creemos, se mantiene incluso en textos constitucionales vigentes, de ahí que conceptos como los explorados en el marco conceptual aún permanezcan vigentes; como lo es la subsunción, la discrecionalidad, la arbitrariedad, la aplicación mecánica de la ley, entre otros. A estos conceptos debe darse un nuevo tratamiento, ya que tal como se vienen aplicando, han propiciado una notoria falta de justicia en aras de la aplicación estricta y mecánica de la ley.

---

<sup>91</sup> Atienza, Manuel. Introducción al derecho, Ob. Cit. p. 270

<sup>92</sup> Alexy, Robert. Teoría de la..., Ob. Cit. p. 31

<sup>93</sup> Perelman, Chaïm, La lógica jurídica y la nueva..., Ob. Cit. p. 95

## 2.- La insuficiencia práctica del positivismo jurídico.

En efecto, se ha venido constatando -en algunos casos- que “(...) *la concepción positivista del Derecho es acertada, pero unilateral; permite establecer criterios aceptablemente claros y operativos sobre los enunciados que integran el Derecho de X en un momento determinado, pero deja sin contestar otras muchas cuestiones.*”<sup>94</sup>

Esta crisis ha derivado en la construcción de una teoría, que pretende explicar que la aplicación del derecho, cuyo método guía el proceso de decisión, en donde el derecho estricto y la lógica resultan insuficientes o producen resultados insatisfactorios, ha dado origen a la generación de los nuevos creadores de una lógica nueva, o una nueva retórica.

Como propuesta de una nueva cultura jurídica, Marina Gascón, señala que se presenta la unidad de solución justa de Dworkin, que responde no sólo a una posición antipositivista, que postula la unidad y coherencia entre el derecho y la moral, consistente no sólo en la existencia real o práctica de una sola respuesta para cada problema jurídico que quiera presentarse como correcto y sin contradicciones.

Sin embargo, para el Maestro Viehweg, a pesar de que, sí hay un punto de contacto entre el positivismo jurídico y la teoría retórica del derecho.

Este contacto, se explica a partir de entender, -según el autor en consulta-, las dos diferentes concepciones de lo que Kelsen nombró como norma fundante o básica del ordenamiento jurídico.

La primera concepción corresponde a un principio estático y proporciona, tanto el fundamento como el contenido de validez de un contexto normativo. La

---

<sup>94</sup> Atienza, Manuel. Introducción al derecho, Ob. Cit. p. 48

segunda corresponde a un principio dinámico e indica el fundamento de validez, pero no el contenido de éste, es decir, sólo explica la autorización para la creación de normas.

En la segunda concepción se encuentra la complementación o contacto entre ambas teorías, ya que la creación de normas, es entendida como la autorización o delegación, que constituye el fundamento de validez de la norma básica, por tanto, dicho contacto se hace ostensible en cada autorización para la imposición de normas derivadas de la básica, lo que demuestra una porción de libertad en la creación material de leyes.

De esta manera, vemos que la creación de leyes, desde la dinámica Kelseniana, radica en las explicaciones de las operaciones mentales, a través de las cuales se determina el contenido del derecho, complementadas por la retórica, mediante dos de sus principales elementos: el discurso y el auditorio, factores que inciden en la creación de la ley, pero concretamente en su aprobación por parte del auditorio.

En base a dichos complementos, se presenta la relación o contacto entre la teoría pura del derecho y la teoría retórica. Sin embargo, dicho contacto, no resuelve la problemática judicial, que provoca la lógica formal en algunos casos.

De cualquier manera, vemos entonces, que por lo menos la lógica formal, como singular respuesta a la creación, explicación y aplicación del derecho, ha sido abatida frente a la nueva tónica jurídica. Lo que nos acarrea la responsabilidad de explicar su contenido y naturaleza.<sup>95</sup>

No obstante, la lógica como disciplina formal, ha permitido estudiar y analizar enunciados y argumentos, con independencia de su contenido político o social,

---

<sup>95</sup> Viehweg, Theodor. Ob. Cit. p. 68 y ss.



pero “Este carácter abstracto de la lógica –que ha sido también un argumento favorito de los enemigos del logicismo–, es, sin embargo, lo que permite hacer de ella un instrumento útil para el resto de los saberes y de las prácticas discursivas: una misma estructura o forma de razonamiento puede servir en efecto, para expresar adecuadamente un número infinito de razonamientos materiales.”<sup>96</sup>

La crisis anteriormente mencionada, al alma del positivismo, son algunas de aquellas razones que inspiran la explicación del derecho a partir de una visión distinta, a la mirada del positivista clásico, tarea que parece corresponderle ya desde hace varios años, a la nueva retórica o argumentación jurídica, pues según el autor Theodor Viehweg, en la actualidad, se ha olvidado el ejercicio de una de las dos partes de las que se conforma el razonamiento jurídico, o sea, la Invención.

Es por ello que habría de alejarse de la concepción positivista, legalista y estatista del derecho, entendida ésta como la expresión de la voluntad arbitraria del soberano que no está sometida a valor o norma alguna.<sup>97</sup>

Esto último, por la cada vez más amplia participación del juez; pues en donde no distinguía la ley, se aplicaban los principios del derecho, así como juicios de valor, aunque pareciera un regreso al derecho natural o a la jurisprudencia universal. De tal manera, que vienen apareciendo en la práctica judicial, el uso de formulas concisas y breves, aún durante el positivismo se resolvían casos así, mediante el uso de argumentos que no derivaban de ningún precepto normativo.

---

<sup>96</sup> Atienza, Manuel. Introducción al derecho, Ob. Cit. p. 271

<sup>97</sup> Perelman, Chaïm, La lógica jurídica y la nueva..., Ob. Cit. p. 97

### C. SURGIMIENTO DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON LAS DECISIONES DEL JUEZ.

#### 1.- La reacción antipositivista de las nuevas corrientes del derecho.

En el punto anterior, se han destacado algunas de las críticas al positivismo jurídico, al considerarla como única respuesta a la comprensión del derecho.

Sin embargo, la circunstancia fundamental para la aparición de la Teoría de la Argumentación Jurídica, se da en base a que: *"(...) el funcionamiento del Derecho no consiste en una operación de lógica deductiva, o, por lo menos, que no consiste solamente en eso. (...) este juicio estimativo ha dado origen a una especie de polifacética ofensiva contra la lógica formal en el campo jurídico. Esa ofensiva es multiforme, porque se ha producido simultáneamente en diversos sectores doctrinales, con alcances y propósitos diferentes, y con consecuencias muy variadas. (...) Ahora bien, no aciertan a precisar con rigor cuándo y hasta dónde debe emplearse la lógica deductiva, y cuándo no debe ser usada; ni consiguen explicar con precisión cuáles sean los criterios con los que la lógica deba ser reemplazada en estos casos."*<sup>98</sup>

Como podemos observar, ésta reacción consiste en revisar el papel de la corriente positivista e identificar y conservar sus mejores aportaciones, adicionando al método positivista los recursos de la nueva retórica.

En la obra en consulta de Chaïm Perelman, uno de los más importantes teóricos de la nueva argumentación jurídica, anota que luego de haber influido en la escuela de la exégesis, en el derecho continental europeo durante varios años del siglo XIX, las teorías nacientes constituyeron una reacción contra el

---

<sup>98</sup> Recasens Siches, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho... Ob. Cit. pp. 26-27

positivismo jurídico, el cual interpretaba la ley exclusivamente en función de la voluntad del legislador.<sup>99</sup>

En este orden de ideas, en el presente apartado, analizaremos la naciente y nueva visión que se produce en la evolución del derecho, sobre todo en las relaciones entre poder legislativo y judicial, advirtiéndose de ello, que dicha relación ya iba saliendo de la ideología positivista del derecho, según la cual, el legislador es el único portavoz, creando una concepción del razonamiento jurídico.<sup>100</sup>

Al respecto, el autor alemán Theodor Viehweg, en su obra en consulta, considera que es Chaïm Perelman, el precursor de la Nueva Retórica, con quien además, plantea un punto de acuerdo, al afirmar que todo razonamiento jurídico se compone de una argumentación y de una demostración, conceptos que reflejan dos sistemas que se conjuntan, el deductivo y el inventivo, el primero resulta de la lógica formal y el segundo de la invención tópica, con clara referencia este último, al análisis, uso y construcción del lenguaje, el cual constituye actualmente la parte más importante del pensamiento jurídico.<sup>101</sup>

En esta perspectiva, es preciso destacar que fue durante el positivismo jurídico, en donde el uso de los principios de derecho y máximas para resolver los conflictos que no derivaban de la norma jurídica, representaron la base para la creación de una nueva metodología jurídica, con la que se pretende conciliar la fidelidad al sistema, con lo aceptable de la decisión judicial, en base al uso de esos, hasta ese momento nuevos elementos.

Es ésta última razón, la que nos muestra la importancia del análisis de la nueva retórica, para formular nuestra propuesta de incluir los argumentos especiales

---

<sup>99</sup> Perelman, Chaïm, La lógica jurídica y la nueva..., Ob. Cit. p. 89

<sup>100</sup> Ibidem. p. 91

<sup>101</sup> Viehweg, Theodor, Ob. Cit. p. 95

en la ley de manera expresa, pues como señala Perelman, el uso de estas formulas breves y sencillas, por parte de los tribunales, puso de moda los tópicos jurídicos, que habían sido olvidados largo tiempo, y cuya importancia radica en suministrar razones que permitan descartar soluciones no apropiadas, en la medida en que los lugares específicos del derecho, o sea, los tópicos jurídicos, sintetizan dicha respuesta, integrando una visión global del derecho como *ars aequi et boni*.<sup>102</sup>

Esta nueva metodología se deriva, de lo que sostiene Perelman, en cuanto a que el uso de los tópicos jurídicos constituye el mejor ejemplo por conciliar el derecho y la razón.

A estas implicaciones metodologicas, señala Perelman, es la crítica que se presenta a los lugares comunes del derecho, pues cuando se usa uno, fácilmente se opone otro, lo que da lugar a que se resuelva un litigio mediante una necesaria interpretación, aunque por otro lado, ello demuestre que ninguna regla es absoluta.

La nueva retórica de Perelman, nace con la idea de constituirse en una metodología distante del método positivista, el cual había nacido como opuesto a todas las teorías del derecho natural, que eliminaba todo recurso a la idea de justicia.

Este modelo positivista es el que se pretende rebasar al tratar de extender en el principio de la motivación, la proposición jurídica que implique el uso de los argumentos jurídicos específicos, que en cada caso deba observarse para fortalecer el principio de seguridad jurídica, con el dictado de una sentencia más justa, en tanto que el uso de dichos argumentos se vea incentivado por su reconocimiento expreso en un ordenamiento jurídico.

---

<sup>102</sup> Perelman, Chaïm, La lógica jurídica y la nueva..., Ob. Cit. p. 119

Dicha metodología, se hace consistir en lograr un acuerdo central respecto de la verdad, pero no de una proposición, si no en el valor de una decisión oportuna, razonable o conforme a derecho.

Esto es, la nueva teoría antipositiva, entiende a la retórica, en adición a la definición de Aristóteles, como aquella que tiene por finalidad provocar y acrecentar la adhesión a una tesis que se presentó para su asentimiento o conformidad.

Para Perelman, la retórica se interesa por la dialéctica y todo aquello complementario de la demostración, que estudia la lógica formal.<sup>103</sup>

Esta conciliación, a nuestro juicio explica el fundamento metodológico de la nueva retórica. Desde la visión de Perelman: La justificación metodológica que propone, nace del análisis de los juicios de valor y de los juicios de realidad, cuya condensación en una decisión judicial, termina por demostrar que las consideraciones metodológicas determinan los modelos y los criterios a seguir.

Esto es, al aceptar que los juicios de realidad no son enteramente independientes de los valores, ello nos conduce a aceptar una nueva metodología, es decir, aprobar dicha condensación como postura del derecho, trae como consecuencia una teoría general de la argumentación, que explica a su modo el razonamiento jurídico. No comprenderlo así, sería tanto como aceptar que el positivismo jurídico, no se encuentra distante de la realidad social.<sup>104</sup>

Comprender dicha justificación teórica, es desde nuestro punto de vista, atribuir el fundamento metodológico a la nueva retórica, una síntesis entre juicios de

---

<sup>103</sup> Ibidem. p. 142

<sup>104</sup> Ibidem. p. 151

realidad y juicios de valor. Esto anuncia la construcción de una nueva teoría jurídica, que tiene por sustento el uso del lenguaje y que nace justamente como reacción antipositiva al tratamiento del derecho.

En torno al uso del lenguaje, afirma Viehweg que hay investigaciones, que se han dirigido al examen del carácter crítico lingüístico contemporáneo, con lo que se demuestra el vuelco del interés por el análisis del lenguaje, rescatando cuestiones que interesan a la retórica, sobre todo, la lógica operativa y el discurso fundante como fundamentación completa.<sup>105</sup>

Más adelante señala Viehweg., que la lógica operativa permite establecer reglas de comunicación y el discurso fundante ofrece las causas debatidas, con lo cual adquiere una renovada importancia la filosofía práctica a través de la retórica, ya que los llamados deberes de fundamentar se deben observar aun más en nuestros días. Sobre todo, cuando se observa que los deberes de aseveración y de prueba, así como las consecuencias de su violación repercuten en las decisiones definitivas en los procesos judiciales.

Por eso menciona, que la tónica jurídica o nueva retórica, es con independencia de sus distintas formas históricas, aquella que tiene la función de fundamentación y descubrimiento.

Este último autor en cita, sostiene que existe una adecuación de toda nuestra actividad intelectual a un contexto práctico, en el cual se vinculan las condiciones lógicas y éticas de esta actividad. Por ello afirma que en el ejercicio de fundamentación y descubrimiento, al usar el método axiomático deductivo, la tarea de fundamentación de los axiomas, sólo es realizable a través de la argumentación y por ello, es importante el método utilizado. Lo que nos lleva a la conclusión de que, el método de argumentar es la razón de toda argumentación, coincidiendo plenamente con Chaïm Perelman al respecto.

---

<sup>105</sup> Ibidem. p.164

Theodor Viehweg, nos habla de la construcción de una teoría jurídica de la argumentación, como base de un desarrollo del derecho, consistente en principios elementales de la argumentación, como lo es la utilización de la lógica formal y la fundamentación, con lo que se avizora ampliamente el campo de la argumentación.

Los conceptos de discurso fundante, aspecto retórico y argumentación jurídica, adquieren así, gran importancia en la explicación histórica de la teoría en comento.

Consecuentemente, estos conceptos nos permiten fundar la base teórica para nuestra respuesta práctica, a la tesis en sustento, es decir, nos consideramos afiliados a la corriente de la nueva argumentación jurídica, la cual nos sirve para formular nuestra propuesta.

En efecto, estas aportaciones de la nueva argumentación tópica, nos permiten formular nuevos planteamientos como el que contiene este estudio.

Al respecto, Luis Recasens Siches, se refiere a las aportaciones de esta nueva corriente en la obra del jurista en general o de las distintas ramas del ejercicio jurídico referente al discurso sobre problemas, cuando establece que, *“A mi entender, la médula del tema radica no en las tópicos, sino en el punto de que ellas fueron una especie de instrumentos auxiliar al servicio del pensamiento sobre problemas, del pensamiento aporético, como algo diferente de, e incluso de dirección contraria al, pensamiento de tipo sistemático. En todo caso mi opinión es que tiene un valor permanente el insistir sobre el diálogo, sobre el debate, sobre la confrontación de las diferentes argumentaciones, sobre el aquilatar cada uno de los argumentos, sobre el atribuir a cada uno de esos argumentos el sentido, el rol y el alcance que le corresponde.”*<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Nueva filosofía de la..., Ob. Cit. p. 290

De esta manera, vemos claras coincidencias entre la obra de Perelman y Viehweg, como la importancia en el uso del lenguaje. Lo que sin lugar a dudas, constituye la justificación teórica del *ars inveniendi* como parte del desarrollo de una teoría retórica de la argumentación, y que como ya mencionamos, nos permitirá sustentar el desarrollo y las conclusiones de nuestra tesis al conocer diferentes argumentos para al final afiliarnos a la corriente de la argumentación jurídica del auditorio universal de Chaim Perelman.

## 2.- El derecho como argumentación jurídica.

Esta moderna concepción del derecho, radica en asumir el derecho como una práctica argumentativa, o sea, como una argumentación pragmática y dinámica del derecho que no termina por apartarse rotundamente de algunos caracteres del positivismo. Dicha concepción del derecho, ha sido asumida por diversos autores, constituyendo una corriente jurídica actual, por lo que hay entre quienes explican a la Teoría de la Argumentación Jurídica, como un cuarto enfoque del Derecho, adicional a las corrientes del Realismo Sociológico, Normativismo Jurídico y Derecho Natural, enfoque al cual se le puede denominar Derecho como Argumentación.<sup>107</sup>

A este respecto, el autor español Manuel Atienza, presenta un concepto de lo que podemos entender por argumentación jurídica, una argumentación y un argumento.

El enfoque de las corrientes *realista o sociológica*, radica en explicar la funcionalidad del derecho, mismo que Manuel Atienza, equipara a un “edificio”. De ahí que diga, que el interés de esta escuela, recae en los componentes del

---

<sup>107</sup> Atienza Manuel. Derecho y argumentación, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, p. 23



edificio. En este caso, las necesidades sociales, los particulares y el lugar que dicho “edificio” guarda en el conjunto del que forma parte el derecho, también se forma por la realidad social y el comportamiento humano.<sup>108</sup>

En efecto, como la mayoría de los autores respecto al tema, afirman “(...) *La materia del derecho es siempre cambiante; el contenido del derecho no esta solo en el conocimiento sino también en el sentimiento; las normas jurídicas positivas son siempre preceptos humanos.*”<sup>109</sup>

El enfoque del “edificio”, desde el *normativismo jurídico*, señala Atienza, se trata fundamentalmente a cerca de la descripción y construcción de enunciados, que pueden contener definiciones o juicios de valor en diferentes normas, es decir, el “edificio” es descrito tal como es. La labor que implementa esta corriente, es describir lo que es tenido como derecho, a través de normas jurídicas.

En la concepción *ius naturalista*, continúa señalando Atienza, el derecho se explica como un modelo deseado. Aquí el constructor del “edificio”, el que construye el derecho, se desentiende de cuestiones de detalle y de los problemas de su ejecución, sólo le interesa el aspecto valorativo.

Llegado a este punto, Manuel Atienza plantea el cuarto enfoque, o bien, su concepto de lo que podemos entender por teoría de la argumentación. Señala que en la perspectiva del arquitecto, no se trata solamente de proyectar el “edificio”, incluso se ocupa de tomar en cuenta los problemas de su ejecución, así como su funcionamiento. Por ello, afirma que la teoría de la argumentación jurídica “(...) *consiste en considerar al Derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que*

---

<sup>108</sup> Ibidem. p. 21

<sup>109</sup> Stammer Rudolf, *Modernas teorías del derecho y del estado. (Guión para cátedra)*, Ed. Ediciones Botas, México, 1955, (tr. de la 2ª ed. alemana de Dr. Faustino Ballvé), p. 142

*presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el Derecho como argumentación.*<sup>110</sup>

Destaca que una primera posibilidad de conexión de la argumentación al Derecho, se presenta por ejemplo, cuando una instancia legislativa se ve exigida a argumentar las razones por las cuales le parece favorable la creación, derogación, supresión de una ley, artículo, código o reglamento. Otra posibilidad de argumentar, se presenta cuando en la instancia jurisdiccional, los jueces se ven obligados a motivar sus decisiones. “(...) esto es, *deben mostrar las razones que permiten justificar su decisión en términos jurídicos: deben, pues, argumentar.*”<sup>111</sup>

Para Robert Alexy, después de destacar que la lógica positivista, no pierde su importancia, aclara *que la argumentación jurídica es entendida como una actividad lingüística que trata de la corrección de los enunciados normativos, compuestos como un discurso jurídico caracterizado por ser un caso especial del discurso práctico general.*<sup>112</sup>

Por ello, resulta entendible el señalamiento, que más adelante formula Manuel Atienza, en la obra que se viene consultando, atinente a que lo verdaderamente importante de esta actividad argumentativa, es la propuesta de soluciones prácticas a los problemas de la creación y aplicación del derecho. Precisamente por ello, con independencia de la corriente filosófica de derecho que se tenga, siempre se observa un mínimo de 4 elementos en cualquiera argumentación: 1) Un lenguaje, argumentar es una actividad lingüística; 2) Una conclusión, el punto final de la argumentación; 3) Una o varias premisas, que es de donde parte la argumentación; 4) Una relación entre las premisas y la conclusión.

---

<sup>110</sup> Atienza, Manuel. Derecho y argumentación, Ob. Cit. p. 25

<sup>111</sup> Ibidem. p. 29

<sup>112</sup> Alexy, Robert, Teoría de la..., Ob. Cit. p. 34

Dichos elementos se presentan siempre en una argumentación, pero no significa que exista una sola forma de entender cada argumento, existen tres concepciones de la argumentación jurídica: formal, material y pragmática.

En los Formalistas, predomina la característica fundamental de los lógicos: se define por tener al argumento como un encadenamiento de proposiciones. Un argumento es válido deductivamente, si las premisas son verdaderas, también las conclusiones. Entenderlo únicamente de este modo, acarrea una crisis jurídica, cuya solución no ha llegado hasta el momento.

En esta postura, los lógicos actúan a través de reglas de derivación. Siempre se trata de una relación formal, que no se centra en la actividad de argumentar, si no en los argumentos, en el resultado de su uso, a fin de controlar la corrección de los argumentos. Lo que ha derivado en una aplicación mecánica de la ley y logicista.

En el marco conceptual visto en el primer capítulo, se detalló que es la deducción lógica, misma que en relación con los argumentos jurídicos especiales no presenta la regla de derivación lógica. Pero de hecho, la lógica no describe como se argumenta, si no únicamente explica el adecuado uso de razonamientos deductivos. Que sin duda han favorecido al uso práctico de algunos juristas y teóricos del derecho.

En la concepción Material, como principal referencia, predomina su interés por el razonamiento jurídico. Tiene como base la tópica jurídica de Viehweg, a partir del *ars inveniendi* el descubrimiento y examen de las premisas, apoyándose para ello, en el concepto antiguo de *topoi* o *lugar común*, que data de tiempos de Aristóteles, que equivale a un argumento material y permite la resolución de

---

un problema práctico, no sólo infiere unas proposiciones de otras, como hacen los lógicos.

En la concepción Pragmática, la argumentación jurídica es considerada como una acción e interacción lingüística, a través de la cual se pretende la solución de problemas por medios lingüísticos, regido por determinadas reglas de comportamiento, y del lenguaje de los sujetos, que intervienen en la argumentación. Quienes a su vez, se hacen recíprocas concesiones en cuanto a la aceptación de sus enunciados, interviniendo en el proceso de argumentación como premisas, *“(...) cuya aceptación puede darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptada por el otro.”*<sup>113</sup>

Deseamos partir desde esta última concepción, para explicar desde nuestra postura, el vínculo que existe entre las decisiones del juez, los argumentos jurídicos especiales y la Teoría de la Argumentación Jurídica. Con lo cual estaríamos planteando el problema de la tesis, que aquí se pretende sustentar.

Hasta aquí, consideramos que ha quedado explicado como se comprende el derecho como argumentación. Ahora pasaremos a exponer la relación de esta postura del derecho en relación a nuestro tema en estudio.

Esto es, la comprensión de los argumentos jurídicos especiales en la decisión definitiva del juez, necesariamente debe partir del análisis del juez en el positivismo jurídico como ya los hemos estudiado. De las críticas a esta escuela, vimos que el derecho no puede ser explicado, a partir únicamente de la norma jurídica, aunque ésta sea la que faculta y delimita la actuación del juez. Es por ello, que mostramos interés por afiliarnos a la corriente de la nueva Teoría de la Argumentación Jurídica, pues nuestra propuesta resulta mayormente comprensible si se entiende al derecho como una argumentación.

---

<sup>113</sup> Atienza, Manuel. Derecho y..., Ob. Cit. p. 50

Esta comprensión del derecho, se ve apoyada en lo que Robert Alexy, en consulta a K. Engisch, observa respecto del ordenamiento jurídico el cual se encuentra construido de tal manera, que los jueces y funcionarios de la administración no encuentran y fundamentan sus decisiones a través de la subsunción bajo firmes conceptos jurídicos, si no que tienden a valorar cada caso y funcionar como colegisladores.<sup>114</sup>

El autor Robert Alexy, más adelante aclara que las dificultades que plantean las leyes del ordenamiento jurídico, no significan necesariamente que no haya casos, en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, ya sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes, siendo que inclusive, este tipo de casos es más numeroso que los que plantean dudas.

Esto es, Robert Alexy habla, de los casos en los que es fácil obtener una determinación jurídica, pero hace mención de otros casos en los que se plantean dudas, de ahí la correlación que ésta problemática plantea en torno al uso de los argumentos jurídicos especiales en la decisión definitiva del juez, pues nuestra propuesta emplea los postulados de la teoría retórica de la argumentación.

Para nosotros, el problema consiste en que los jueces en el ejercicio de sus facultades discrecionales, al fundar y motivar una sentencia, pueden hacer uso o no de los argumentos jurídicos especiales como parte de su argumentación práctica, pero en los casos que lo hacen, ni siquiera nombran a sus razonamientos por su nombre. Es decir, cuando usan la analogía, nunca mencionan que razonaron en base a que un caso no previsto por la ley tiene una solución de acuerdo a otro caso parecido que si prevé la ley.

---

<sup>114</sup> Alexy, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica, citando a Engisch, K., (Einführung in das juristische Denken, p.107) Ob. Cit. p. 28

Dicha omisión, se produce porque no existe la obligación de hacerlo. La mención del uso de los argumentos especiales, queda al libre arbitrio de los jueces, tema que sometemos a discusión en el presente estudio.

Para la teoría de Perelman, según Robert Alexy, en las decisiones del juez no hay razón para sustituir la lógica formal, sino que pretende complementarla, partiendo de un concepto básico que es el auditorio, a quien por cierto se trata de influir por medio de una argumentación, debiendo conocer las intenciones de éste y adaptar su discurso.

De este modo, vemos que las decisiones del juez pueden ser orientadas a las diversas teorías argumentativas, que como una actividad lingüística trata de la corrección de los enunciados normativos, compuestos como un discurso jurídico caracterizado por ser un caso especial del discurso práctico general, por un lado, -según Robert Alexy-, o bien, tomando en cuenta que se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza y en cierto modo, lleva a considerar el Derecho como argumentación en los términos que indica Manuel Atienza.

En síntesis, para Perelman la función del juez, desde la posición de la argumentación jurídica, en la práctica de la lógica judicial, habrá de encontrarse por la idea de adhesión y no por la de verdad, lo que significa que el papel del abogado, así como del jurista en general, es tratar de lograr la adhesión del juez a sus planteamientos:

*“Para conseguir sus fines, el abogado no partirá desde unas verdades (los axiomas), hacia otras verdades a demostrar (los teoremas), sino de unos acuerdos previos hacia la adhesión a obtener.”<sup>115</sup>*

---

<sup>115</sup> Perelman, Chaïm, La nueva lógica y..., Ob. Cit. p. 229

Dichos acuerdos previos, -señala Perelman-, recaen sobre presunciones, valores, jerarquía de valores y lugares comunes, en suma conciliar el derecho con la equidad, porque *“En una sociedad democrática, es imposible mantener la visión positivista según la cual, el derecho no es otra cosa que la expresión arbitraria de la voluntad del soberano”*<sup>116</sup>

Esto significa que el derecho no puede ser entendido y aplicado en un solo contexto político, social, económico etcétera, tiene que ir más allá de lo que prevé la ley.

En el derecho como argumentación se rebasa la visión protagónica de la ley, dado que *“El papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas”*<sup>117</sup>

Esto es, finalmente, ver la lógica judicial como una argumentación.

Todo esto, nos trae a cuenta que nuestra propuesta de reconocer expresamente en una ley, la existencia y función de los argumentos jurídicos especiales sigue el camino de comprender y explicar el derecho, no simplemente como una mera subsunción del hecho al derecho, si no parte también de la idea retórica de aceptar dicha propuesta por que se logra demostrar el *onus probandi*, esto es, el deber de aseveración y fundamentación.

En el capítulo siguiente distinguiremos la interpretación de la argumentación jurídica, así como algunas teorías de la argumentación jurídica, que se consideran importantes en el desarrollo de nuestro tema de investigación.

---

<sup>116</sup> Ibidem. p. 231

<sup>117</sup> Ibidem. p. 232

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA, LA DECISIÓN DEL JUEZ Y SU RELACIÓN CON LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

#### A. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y SU ARGUMENTACIÓN FUNDANTE.

1.- Aspectos de la interpretación jurídica y su relación con la teoría de la argumentación jurídica.

Como se advirtió en el primer capítulo, la nueva teoría de la argumentación jurídica, en la creación y aplicación del derecho, tiene por objeto lograr la síntesis entre equidad y ley cuando se refiere al juez en la formulación de su sentencia.

Dicha síntesis, debe ser elaborada por el juez en donde podrá observarse o no, la flexibilización de la ley.

En este capítulo, analizaremos la interpretación jurídica que se deriva de los artículos 14 y 16 constitucionales.

Al respecto, menciona Rodolfo Luis Vigo, que para referirse a la interpretación jurídica, dicha noción se entendía como *“El modo en que debía proceder el intérprete (donde) se identificaba lógicamente con la estructura de un silogismo deductivo, en donde la premisa mayor era la ley, la premisa menor el hecho, y la conclusión eran las consecuencias dispuestas en la misma ley. Advirtamos que se trataba de un silogismo que alcanzaba la objetividad, rigurosidad y simpleza propia del saber teórico, por ello la consecuencia o resultado interpretativo se deducía aséptica, fácil y mecánicamente. Al juez le estaba vedado entrar a formular preferencias o ampliaciones o restricciones a tenor de las modalidades*



*del caso o su sentido de justicia, pues al intérprete se le exigía simplemente que procediera según el mecanismo formal de la subsunción.”<sup>1</sup>*

Esta concepción de la interpretación jurídica corresponde a otro momento de la realidad jurídica, en donde la deducción lógica y la aplicación mecánica de la ley, predominaba en las decisiones judiciales.

Sin embargo, la interpretación jurídica en la actualidad, ya no debiera reducirse a esa simple subsunción, entre caso y norma. Ahora se trata de algo más que atañe al juez directamente. Pues éste aplica los artículos 14 y 16 constitucionales, en el dictado de su sentencia definitiva y en algunos casos utiliza un argumento jurídico especial, el cual como ya sabemos se conforma de una premisa adicional no lógica que lo hace especial.

En este sentido, consideramos que un principio fundamental de la interpretación jurídica, se advierte de la siguiente consulta a Riccardo Guastini, cuando establece que *“En concreto, cuando se habla de interpretación de fuentes del derecho (textos normativos, formulaciones de normas), como casi siempre sucede, “interpretar” significa clarificar el “contenido” o el campo de aplicación de una norma.”<sup>2</sup>*

Consideramos que interpretar y clarificar el contenido de aplicación de la norma, como señala Guastini, debe realizarse de manera sencilla. Al respecto se apunta que, *“(...) la tarea interpretativa debe ser algo simple y llano; al fin y al cabo se trata de saber qué quiso decir el constituyente al elaborar los textos*

---

<sup>1</sup> Interpretación jurídica. (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p. 16

<sup>2</sup> Estudios sobre la interpretación jurídica, Ed Porrúa, S. A., 4ª ed. México, 2002, (tr de Marina Gascón Abellán y Miguel Carbonell), p. 3

*fundamentales y, también, con base en la vigencia y aplicación de éstos, determinar que significan actualmente.”<sup>3</sup>*

En efecto, la labor interpretativa consiste en determinar un significado actual. Esta determinación viene del segundo párrafo del artículo 14 constitucional, el cual establece que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El párrafo del artículo en cuestión, consagra las garantías de audiencia y juicio previo, la de seguridad jurídica, del debido procedimiento o formalidades esenciales del procedimiento.

Estos principios son la base del sistema jurídico. El juez resuelve sus sentencias en observancia y paralelo a ellos. Es así como el uso de los argumentos jurídicos especiales le permite al juez integrar el propio sistema jurídico, de ahí la importancia de reconocer su naturaleza legal en la medida que aportan soluciones a casos o juicios ante tribunales.

En este sentido, el principio de seguridad jurídica relativo a las formalidades del procedimiento, se hace consistir en el dictado de una sentencia acorde con la ley aplicable al caso, seguido mediante un juicio previo al acto de privación; que se siga ante los tribunales previamente establecidos y aplique una ley expedida con anterioridad al hecho.

Es precisamente en este punto, en donde existe una estrecha relación entre los artículos 14 y 16 constitucionales, en tanto que la culminación de las

---

<sup>3</sup> Arteaga Nava, Elisur. Derecho Constitucional , Ed. Oxford University Press, México, S.A. de C.V. 1999, 2ª ed. p. 38

formalidades del procedimiento se observa con el dictado de una sentencia debidamente fundada y motivada.

Esto es, consideramos conforme a nuestra cultura jurídica, que la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 14 constitucional, se vincula a nuestro estudio; en la medida que impone a toda clase de autoridad, en el dictado de sus actos una adecuada fundamentación y motivación, a fin de que éstos no resulten arbitrarios.

Así podemos afirmar de nuestra parte, que la garantía del debido proceso legal, es decir, las formalidades en el procedimiento, previsto en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional en cita, constituye en nuestro ordenamiento mexicano una obligación que tiene por finalidad asegurar la efectividad de los demás derechos fundamentales.

Consideramos válida la anterior afirmación, en la medida que corresponde a una interpretación que pretende asignar un sentido a un texto legal, lo que creemos tiene respaldo en base a la siguiente consulta, cuando se afirma que *“Interpretar un texto quiere decir, por tanto, decidirse por una entre muchas posibles interpretaciones, que hacen aparecer precisamente a la interpretación elegida como la pertinente. Como los textos jurídicos son interrogados por el interprete en relación con las diferentes posibilidades de interpretación, aquellos son problematizables de esa forma, y al estar redactados en lenguaje cotidiano o especializado dejan un margen de libre significado que hace posible numerosas variantes de significado.”*<sup>4</sup>

Podemos afirmar, con el ánimo de atribuir un significado a los textos en cita, que los principios de seguridad jurídica y motivación se ven relacionados; en tanto la seguridad jurídica protege el principio de motivación consistente en un acto fundado y motivado.

---

<sup>4</sup> Hoyos, Arturo. La interpretación constitucional, Ed. Temis, S.A. Colombia, 1998. Reimp. p. 2

En síntesis, el principio de legalidad y seguridad jurídica previsto, en el artículo 14 constitucional, garantiza el cumplimiento del principio de motivación, previsto en el artículo 16 constitucional.

Ahora bien, hemos visto que la interpretación se entiende como una labor de clarificar el contenido de la norma conforme a un significado actual. Bajo esa postura, consideramos que a los mencionados principios jurídicos, les vendría bien que los argumentos jurídicos especiales se contuvieran en un texto legal, a fin de reforzar aun más la norma individualizada como es la sentencia.

En tanto que, como hemos visto en la conceptualización que hicimos de los términos jurídicos de norma, subsunción y aplicación mecánica de la ley, podemos deducir que el interprete jurídico, actúa en base a lo ordenado únicamente en la ley, pero eso no es suficiente, como pudimos apreciar en el análisis de las nuevas corrientes del derecho, en donde se muestra como recomendable incorporar varios fenómenos como la dinámica social, las costumbres de la comunidad, los valores económicos, culturales, etc.

Sin embargo, el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, prevé que: En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Esto es, nuestra constitución prevé instrumentos para la solución de casos, ante la falta o vacío legal, pero no hay ninguna referencia a los argumentos jurídicos especiales y es precisamente por esa cuestión, que consideramos que le vendría bien a nuestro sistema jurídico tomar más en serio dichos argumentos.

Cabe aclarar que, los principios suelen confundirse con los argumentos jurídicos especiales, y a partir de esa confusión pueden fundar y motivar una sentencia,

pues el sistema jurídico lo autoriza, siempre que se conceda su integración e incorporación para la solución a un conflicto como parte de los principios generales del derecho, pues así lo establece el artículo 14 constitucional.

De esto se obtiene, que existe una intrínseca relación entre el principio de seguridad jurídica y el de motivación y fundamentación de todo acto de autoridad.

De esta manera, consideramos que logramos hacer una interpretación de los textos constitucionales, en base a un método de argumentación, a fin de aplicarlos a nuestro estudio, en tanto que, *“En el discurso teórico-jurídico, en el nivel de la dogmática jurídica, la llamada “interpretación doctrinal” se utiliza con frecuencia para sistematizar el derecho en vigor y para construir conceptos jurídicos.”*<sup>5</sup>

Es decir, pretendemos interpretar uno de los tantos aspectos de la motivación y explicar que resulta conveniente incorporar a una norma jurídica, los argumentos jurídicos especiales para su aplicación expresa. Pues como hemos visto en la precisión terminológica del capítulo anterior, al actuar como “instrumentos” de auto integración del ordenamiento, se confunden con las formas de inferencia lógica válida, pues realizan funciones semejantes a las que cumplen los principios generales del derecho. Esto se demuestra frecuentemente en el empleo de la analogía como argumento y como principio. Incluso dicho principio se encuentra prohibido en la materia penal.

Esto es, se atribuye el mismo significado a un acto o hecho jurídico, sin que para ello se requiera tener clara la naturaleza del argumento jurídico especial o el principio general de derecho. Es por ello que resulta importante la comprensión de la interpretación jurídica.

---

<sup>5</sup> Wroblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1988, Reimp. p. 17

Al respecto, Rodolfo Luis Vigo, afirma que interpretar consiste en reconocer o atribuir un significado, o un sentido a ciertos signos o símbolos, y en el ámbito jurídico, tiene por objeto reconocer o atribuir un significado jurídico a cierto texto jurídico, con la finalidad de determinar racionalmente la conducta jurídica prohibida, obligatoria o permitida.<sup>6</sup>

En este sentido, la labor del juez se ciñe a la atribución de significado a cierto texto jurídico frente a un caso en particular. De donde cobra importancia como principio fundamental de la interpretación, la labor de intermediación entre la realidad y un texto legal.

En ese sentido, el autor en consulta, Rodolfo Luis Vigo, señala que el interprete es un mediador que comunica a otros, cuál es la conducta que corresponde hacer u omitir, según el significado para ciertos comportamientos, palabras o textos jurídicos. Pues la misión de los juristas es decir el derecho, y en esa tarea elaboradora del derecho, requiere interpretar para determinar lo que es suyo de cada quien, para posteriormente aconsejar la conducta respectiva jurídicamente valiosa.<sup>7</sup>

En esencia, una concepción fundamental de la interpretación, es cuando ésta *“(...) se circunscribe al momento de la deliberación en torno a las variables de las conductas jurídicas que se pueden llegar a mandar, aconsejar, enseñar u optar personalmente, e incluye también la etapa de la elección entre esas alternativas determinando la conducta prohibida, obligada o permitida por medio de la prescripción o regla respectiva.”*<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica...*, Ob. Cit. pp.13-14

<sup>7</sup> *Ibidem.* p. 23

<sup>8</sup> *Ibidem.* p. 33

Esto es, parte de la interpretación, consiste en atribuir a los hechos a interpretar, un lugar particular dentro de una norma jurídica, a fin de que puedan tener un sentido y significado legal.

En este sentido, cuando se observa que un juez dicta sentencia en base a un argumento jurídico especial, esta atribuyendo significado a un caso no previsto en la ley, lo que demuestra que no vendría mal su incorporación en una ley. Esto es, de nuestra parte una interpretación a la realidad judicial, o sea, estamos atribuyendo significado a un caso.

Por su parte, Joseph Raz, en su ensayo titulado *¿Por qué interpretar?* traducido del inglés por Rolando Tamayo y Salmorán, comenta que para conocer cómo debiera de interpretarse el derecho, plantea previamente la necesidad de responder a la pregunta *¿por qué interpretar?*. Pues a su modo, satisfacer el cuestionamiento acerca de cómo interpretar, se encuentra implícito en la respuesta, pues es fundamental la interpretación en las decisiones judiciales.<sup>9</sup>

Para responder al cuestionamiento planteado, Joseph Raz parte de describir algunos rasgos generales de la interpretación, para luego dirigirse a la naturaleza especial de la interpretación jurídica.

En el transcurso de su disertación, expone como datos importantes, el concepto de pluralismo interpretativo, que aparece cuando varias interpretaciones de un mismo objeto que compiten entre sí, puedan ser buenas interpretaciones.

Dicho autor considera que, la interpretación logra la objetividad, lo que da lugar a la problemática entre la objetividad de la interpretación, y el pluralismo interpretativo, recién mencionado. Dado que las interpretaciones son juzgadas por el éxito en dilucidar o iluminar el significado de su objeto. Pero dicha

---

<sup>9</sup> *“¿Por qué interpretar?”, Isonomía*, revista de publicación semestral, (México, D.F.), Octubre de 1996, No. 5. p. 27

problemática entre varias interpretaciones y la objetividad de la interpretación, se resuelve en base a la aseveración de si sólo es uno el objeto interpretado. Si alguna interpretación es subjetiva, el problema no existe en las diversas interpretaciones.

Además, considera que la interpretación es buena únicamente si ésta ilumina el significado de su objeto, en síntesis, establece que los factores autoridad y continuidad permiten explicar la importancia de la interpretación, en tanto que la autoridad, en la aplicación del derecho, se prolonga aún después de que el creador de la ley ya no tiene mayor autoridad, siendo estos elementos los que proporcionan la clave para conocer la cuestión de ¿por qué interpretar?. Por ello, señala que se debe interpretar en formas que respondan a las razones que se tienen para interpretar.<sup>10</sup>

Al parecer, Joseph Raz, da respuesta a la pregunta ¿por qué interpretar? A medida que describe, que la naturaleza de la interpretación, se encuentra dividida en dos factores, la autoridad y la continuidad, los cuales proporcionan la razón para interpretar. Por otro, la equidad y el desarrollo del derecho, que sin ser en sí mismos razones para interpretar, favorecen con su actitud conservadora de la interpretación en base a la autoridad.

En consulta al respecto, Riccardo Guastini, señala que una concepción restringida de interpretación, es la que se refiere a la atribución de significado a una formulación normativa, en presencia de duda o controversia en cuanto a su aplicación.<sup>11</sup>

Sin embargo, en términos generales se señala que la interpretación es una actividad de averiguación o de decisión en una cuestión controvertida, en la que

---

<sup>10</sup> Ibidem. p. 36

<sup>11</sup> Guastini, Ricardo. Estudios sobre interpretación ..., Ob. Cit. p. 3



diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas distintas según el acto, hecho o texto normativo.

Es por ello, que se presentan diversas concepciones de la interpretación, señala Guastini, que en un sentido amplio “(...) *“interpretación” se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias.*”<sup>12</sup>

De esta consulta, aparece como aportación oportuna para nuestro tema de estudio, la distinción que formula el autor en cita, entre formulaciones normativas de carácter controvertido o dudoso y no controvertido, siendo las primeras las que requieren de interpretación.

Esto es, Guastini, divide las formulaciones normativas, entre aquellas cuyo significado parece claro y no controvertido, y formulaciones cuyo significado parece equivoco y despiertan perplejidad, señalando que, para las segundas el proceso de decisión exige ser argumentado, o sea, a ser sostenida dicha interpretación por razones, pues de no ser así, *“Equivale a decir que no se da “verdadera” interpretación sin argumentación: una “interpretación” a favor de la que no se necesite aducir argumentos no es una verdadera interpretación*”<sup>13</sup>

En este sentido, podemos observar que el proceso de argumentación para la interpretación de casos controvertidos o dudosos, coloca en situación de confusión a la argumentación jurídica respecto de la interpretación jurídica, lo que se evita en este estudio, pues la interpretación de los artículos constitucionales, no contiene formulaciones normativas dudosas, sino sólo estrechas por su carácter de norma básica.

---

<sup>12</sup> Ibidem. p. 5

<sup>13</sup> Idem.

Sin embargo, la argumentación jurídica como teoría, no solo es una moderna concepción del derecho que complementa en unos casos la lógica formal del positivismo, sino que además, explica al derecho a través de una acción lingüística.

Por tanto, en la labor del juez, como aplicador de la norma jurídica, tomará en cuenta la multiplicidad de métodos de interpretación, porque la letra de la ley es para interpretarla, pero además, la existencia y aplicación de un solo método, significaría una contradicción con el carácter atribuido al positivismo como distante de la realidad, en algunos casos.

La multiplicidad de métodos interpretativos es un beneficio para el derecho, cuando se busca la norma adecuada al caso particular, y no debe ser visto como defecto, sino como una posibilidad de éxito para una adecuada interpretación.<sup>14</sup>

En un caso especial, cuando es aplicable un argumento jurídico especial, el juez justifica su decisión, en base a que debe encontrar una solución al caso. De esa manera integra al sistema jurídico, la respuesta que no tenía el ordenamiento jurídico, operando como un “instrumento” de auto integración y no exactamente como una forma de inferencia lógica, derivada de una norma.

Por esta razón, estamos de acuerdo en el modelo de la interpretación jurídica como saber prudencial retórico, el cual propone que la interpretación no sólo deberá constreñirse a dilucidar la respuesta justa o correcta, sino que además tendrá *“(...) que demostrar las razones y argumentos que permitan sostenerla exitosamente en la controversia, procurando, por esa vía, persuadir a los*

---

<sup>14</sup> Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, Ed. Trotta, S.A., Madrid, 1997, 2ª ed. (tr. de Marina Gascón), p.136

*destinatarios del resultado interpretativo que el mismo es el más racional, razonable y justo.”<sup>15</sup>*

Pero la importancia de la interpretación radica, no solamente en el proceso de decisión interno del juzgador, si no en el contexto de descubrimiento o de justificación. La nueva retórica nos muestra que en la decisión jurídica, quien tiene que tomar en cuenta los argumentos de una parte y de otra, es el juez.

En síntesis, la interpretación jurídica como un saber prudencial retórico, consiste en indicarle al destinatario la conducta qué debe, no debe o puede hacer, utilizando para ello la retórica al convencer o persuadir, refutando las razones que respaldan otros medios posibles de ser escogidos.<sup>16</sup>

Como parte de la síntesis entre ley y equidad, el juez debe acudir incluso a los principios del derecho o bien a los tópicos jurídicos, entendidos como topoi o lugar común, con el que están de acuerdo todos, entendido “(...) *ante todo (como) un punto de vista, un valor que hay que tener en cuenta en toda discusión y cuya elaboración adecuada desembocará en una regla o en una máxima que el orador utilizará en su esfuerzo de persuasión*”.<sup>17</sup>

Los lugares comunes -sostiene Perelman- juegan un papel análogo al de los axiomas en un sistema formal, aunque no se funden en evidencias, por lo que es posible interpretarlos.

De lo anterior, vemos que el juez, el abogado o el interprete del derecho, conduciéndose bajo los postulados de la nueva retórica o teoría de la argumentación jurídica, busca ejercer influencia en el auditorio, esto último, de

---

<sup>15</sup> Vigo, Rodolfo Luis, Interpretación Constitucional, Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 34

<sup>16</sup> Ibidem. p. 44

<sup>17</sup> Perelman Chaïm, La lógica jurídica y la nueva..., Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 156

acuerdo con la teoría de Chaïm Perelman, quien afirma que un lugar común, es posible entenderlo como un principio general de conducta que por obvio no requiere prueba.

Entonces, la interpretación jurídica del Juez, en el contexto de la Teoría de la Argumentación Jurídica, por oposición a la interpretación que se formulaba en el positivismo jurídico, que pretendía respetar únicamente la voluntad del legislador, parte por incorporar mayores elementos a la interpretación del sentido literal de la norma, como serían los casos especiales no previstos en la ley.

2.- La interpretación y argumentación jurídica en el contexto de descubrimiento y justificación.

Es importante el análisis de estas figuras de contexto de descubrimiento y de justificación, por que al provenir de la filosofía de la ciencia, sirven para construir nuevas explicaciones en la ciencia del derecho.

En el contexto de descubrimiento, se crean teorías y el contexto de justificación pretende salvar y sostener los descubrimientos teóricos descubiertos.

Estos contextos guardan relación con la función del juez, pues como señala Manuel Atienza, se debe tomar en cuenta que la interpretación como la argumentación, se desarrolla en tres campos de lo jurídico, donde se practican argumentaciones, la producción o el establecimiento de normas jurídicas; la dogmática jurídica, que suministra criterios para la creación del derecho; y el campo de la aplicación de las normas jurídicas.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Atienza, Manuel, Las razones del..., Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 20

La comprensión de la anterior consulta, nos arroja gran parte del contenido del planteamiento de nuestro problema, el cual se encuentra en el campo de la aplicación de normas jurídicas por parte del juez en el ejercicio de su jurisdicción. Debido a que pretendemos justificar el reconocimiento en la ley de los argumentos jurídicos especiales.

La tesis de la que partimos, a la manera del contexto de descubrimiento consiste en que el juez sostiene una sentencia aplicando materialmente la estructura de un argumento jurídico especial en su sentencia, y no lo señala de esta manera, debido a que no existe ninguna obligación de hacerlo específicamente, pues ya hemos visto que la decisión del juez en la sentencia sólo tiene que motivar y fundar dicho acto, sin expresar qué estructura argumentativa utilizó.

A partir de esto, nuestro objetivo es justificar mediante argumentos que cuando el juez resuelve un conflicto, sin explicar e implementar la estructura de cualquiera argumento jurídico especial, no obstante que el caso lo requiera, se debe a que no hay un reconocimiento jurídico de los mismos en la ley.

Por ello, afirma Perelman –y con ello estamos de acuerdo- que al resolver los conflictos, el juez no tiene necesariamente que interpretar la voluntad del legislador antiguo, sino la del legislador actual.<sup>19</sup>

En esta interpretación de la función judicial, caben nuestros argumentos dirigidos a justificar la inclusión en la ley de los argumentos jurídicos especiales.

Es así como se explica la importancia del análisis de los contextos de descubrimiento y justificación, que tiene para nuestro estudio. Pues sin duda, en la decisión definitiva del juez, su interpretación jurídica, así como la independencia e imparcialidad de su función se muestran como elementos decisivos.

---

<sup>19</sup> Perelman, Chaïm, La lógica jurídica y la nueva..., Ob. Cit. p. 199

A este respecto, Josep Aguiló, parte del análisis de la independencia e imparcialidad, desde la visión de la teoría de la argumentación jurídica, con la cual, si bien no logra grandes descubrimientos, sí permitirá modificar algunos acentos en su análisis.<sup>20</sup>

Dicho autor, parte de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación proveniente de la teoría del conocimiento, que son concepciones frecuentemente utilizadas en la teoría de la argumentación jurídica, para llegar a una de sus propuestas centrales en torno a la independencia e imparcialidad de la función del juez.

Abundando sobre el contexto de descubrimiento, éste es, entendido como el proceso en el que se formula o descubre una teoría, y el contexto de justificación *“alude al proceso o actividad de validar, justificar una teoría o descubrimiento científico.”*<sup>21</sup>

En los mismos términos, Atienza, señala que la distinción entre contextos de justificación y descubrimiento, proveniente de la filosofía de la ciencia, es trasladable al campo de la argumentación en general y al de la argumentación jurídica en particular, por lo que es preciso distinguir cada uno de dichos contextos para la comprensión de las resolución del juzgador y conocer en qué contexto se puede ubicar cada uno de ellos. Al respecto señala *“(...) el contexto de descubrimiento, consiste en el procedimiento mediante el que se establece una premisa o conclusión y el de justificación, precisamente justifica dicha premisa o conclusión.”*<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica.”, Isonomía, revista de publicación semestral, (México, D.F.), Abril de 1997, No. 6, p. 71

<sup>21</sup> Aguiló, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces...”, Ob. Cit. pp. 71-72

<sup>22</sup> Atienza, Manuel, Derecho y argumentación..., Ob. Cit. p. 22

El proceso de justificación comprende una confrontación entre los hechos y su explicación mediante un análisis lógico, el cual no se presenta en el contexto de descubrimiento.

En todo caso, tal distinción nos permite visualizar dos tipos de argumentaciones que sostienen los jueces en sus decisiones definitivas, por un lado, la perspectiva de las ciencias sociales, como la psicología social, cuyo modelo explica cómo se decide en base a los prejuicios de juez profesional o del jurado. La segunda perspectiva se refiere a las condiciones en que un argumento podría considerarse justificado, esto es, justificación formal de los argumentos y justificación material, es decir, un argumento aceptable.

Esta segunda perspectiva, que muestra la corrección formal de los argumentos, así como razones de aceptabilidad, representan por un lado la argumentación formal deductiva; por el otro, la lógica material o informal, en donde se encuentra precisamente la tópica y la retórica jurídica.

Es justamente de esta distinción conceptual, de la que partimos para justificar que en la decisión del juez, deben ser tomados en cuenta otros elementos no precisamente contenidos en la norma jurídica, como los principios o valores, para que en uso de la ponderación y discrecionalidad apoye sus sentencias incluso en argumentos jurídicos especiales.

3.- La Teoría de la Argumentación Jurídica, su ubicación en el contexto de justificación. Planteamiento del Problema de la Investigación.

La argumentación jurídica es una teoría nueva, que ha descubierto la conveniencia del uso del lenguaje. Por tanto, se ubica en el contexto de justificación, por el uso de argumentos que vienen a justificar su propia naturaleza discursiva.

El origen de nuestro estudio, parte de la crítica que formulamos al juez en el dictado de su sentencia, cuando a ésta sólo le apoya una elemental y restringida interpretación formal deductiva.

Nuestra respuesta que resuelve dicho planteamiento, surge de la lógica material o informal, es decir, empleamos el modelo metodológico de la nueva retórica jurídica para justificar una propuesta de inclusión en la ley de los argumentos jurídicos especiales.

Nos apoyamos para esto, en lo que señala Atienza, cuando afirma que la teoría estándar de la argumentación jurídica, se sitúa en esa segunda perspectiva de justificación de los argumentos y no únicamente pretenden mostrar cómo se justifican las decisiones jurídicas, sino también cómo se deberían justificar.<sup>23</sup>

Como ya hemos visto -señala Zagrebelsky- la obligación de motivar las decisiones que nació de la revolución francesa, hace insostenible cualquier postura contraria, inclusive desde Aristóteles. La distinción entre ciencias prácticas y teóricas, puso al derecho ante la determinante condición del uso de la voluntad conforme con la razón, a esa condición, se le llama "razón práctica".<sup>24</sup>

Quedando entonces, firmemente superada la visión tradicional de la interpretación judicial del derecho, en base al silogismo o la subsunción que reinó en el positivismo jurídico, pues, en la aplicación del derecho, la regla jurídica se obtiene, tomando en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho.

---

<sup>23</sup> Ibidem. p. 25

<sup>24</sup> Zagrebelsky, Gustavo. El derecho..., Ob. Cit. p. 121



Entonces, dentro de esta clasificación estándar de la teoría de la Argumentación Jurídica, dicha teoría, no debe detenerse en el análisis de elementos ideológicos, psicológicos y sociológicos, que motivan a las autoridades a plantear, en el caso del juez, su decisión judicial definitiva.

En él mismo radica su independencia, ya que en el proceso de la decisión del juez, habrá de apartarse de móviles psicológicos, contexto social, circunstancias ideológicas, que bien podría entenderse como contexto de descubrimiento, y proceder al método jurídico, a la corrección “(...) *de las razones dadas por el juez en su resolución y sería, en este sentido, lógicamente independiente del contexto de descubrimiento en que se ha producido.*”<sup>25</sup>

Sin embargo, señala que siguiendo esta distinción en la que la mayoría de los autores de la argumentación jurídica, están de acuerdo. Dicha teoría se encuentra en el contexto de justificación, pues deja de lado todo aquello que tiene que ver con la manera en que se llegó a tal decisión.

La interpretación en el contexto del positivismo, significaba una operación deductiva que se realiza desde la ley, para la obtención de derecho, sin ninguna otra interferencia que sea distinta, ya que de ser así, el resultado no sería derecho, es decir, era una sujeción a la ley de manera mecánica.

Sin embargo, en su origen la independencia del juez, se vincula a la vieja teoría de la división de poderes, pero entenderlo comúnmente así, provoca un desequilibrio en el análisis del principio de independencia, en tanto que se asimila al marco institucional adecuado para ejercer esa independencia, lo que no parece conveniente conforme a una nueva visión del derecho. Pero sin duda, sí existe un lazo entre el juez y el derecho, por lo tanto, Josep Aguiló,

---

<sup>25</sup> Aguiló, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces...”, Ob. Cit. p. 72

propone entender que, “(...) *la independencia es la peculiar forma de obediencia que el derecho exige a sus jueces.*”<sup>26</sup>

Existen formas deformadas de la independencia del juez, cuando se le identifica como soberano y autónomo. El primero es un término de corte político y no coincide con el juez, pues éste, se encuentra sometido a principios normativos contenidos en la ley. La autonomía sólo puede ser concebida, como el deber de los jueces al juzgar a los ciudadanos desde el derecho, renunciando inclusive a sus propios credos autónomamente aceptados.

La imparcialidad permite sostener que las decisiones del juez se encuentran motivadas por razones suministradas por el derecho. En tanto que imparcialidad “(...) *podría definirse como la independencia frente a las partes y el objeto del proceso. (...) el juez imparcial será el juez obediente al derecho.*”<sup>27</sup>

Esta imparcialidad, también es vista desde otra perspectiva atinente a los casos –sujetos a interpretación- y al efecto que producen por su interpretación.

El citado Zagrebelsky, señala que un caso es un problema a resolver, y será resuelto en la medida de la jerarquía que exista de valor y sentido en el intérprete. Sentido, es la conexión entre la acción y su resultado social y desde luego, diversas acciones tienen diversos valores.<sup>28</sup>

En este punto, aclarando la nota del autor en cita, es claro comprender que la jerarquía de sentido y valor que domine en el juzgador, es determinante para la interpretación de la norma aplicable. Ese sentido y valor presionan en el derecho para encontrar la norma adecuada, pues el caso va cambiando y por lo tanto, la categorización de sentido y de valor también, en ese entendido, el caso presiona al derecho, para cambiar la ley o la jurisprudencia, a fin de solucionarlo.

---

<sup>26</sup> Aguiló, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces...”, Ob. Cit. p. 74

<sup>27</sup> Ibidem. p. 77

<sup>28</sup> Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, Ob. Cit. p. 137

En síntesis, en la aplicación judicial, debe observarse el carácter razonable del derecho, lo que significa que tendrá que valorar los principios y la búsqueda de la regla adecuada al caso, según la apreciación de sentido y valor.

Señala Zagrebelsky, que la transformación del estado de derecho legislativo decimonónico, en el estado constitucional del siglo XX, ha planteado la importancia de observar la actuación del juez por encima del poder legislativo.

Por todo esto, es claro observar que en la función del juez radica el planteamiento de nuestro problema, en la medida de la aplicación de la ley y del uso de los argumentos jurídicos especiales.

4.- La interpretación jurídica del juez, en el sistema normativo y los argumentos jurídicos especiales.

En este punto precisaremos la actuación del juez en el sistema normativo y como se presenta su actividad en relación con los argumentos jurídicos especiales. Para ello, trataremos primeramente de explicar que se entiende por sistema normativo.

Este sistema se explica, tomando el ideal de ciencia de Aristóteles, en donde la estructura deductiva es preeminente, porque toda ciencia tenía que cumplir con postulados de realidad, verdad, deducción y evidencia, se entiende a esta última como aquella en la que el *“(...) número finito de enunciados tales, que (...) la verdad de ellos sea tan obvia, que no necesite prueba alguna;”*<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 83

Es decir, el postulado de evidencia que no requiere de prueba alguna, da pie a la concepción de sistema, en donde la parte principal son las reglas de inferencia. Estas determinan con precisión y rigor, cuando estamos ante la noción de una consecuencia deductiva, que ocupa un lugar central en la axiomática moderna.

La concepción de sistema en estos términos, es la concepción del sistema lógico formal. Este sistema lógico formal, opera como el postulado de evidencia, al dar por cierto y válido una consecuencia derivada de ese sistema.

Tomando estas figuras se construye la noción de sistema jurídico, al contemplar consecuencias, llamadas normas jurídicas que al derivar del sistema resulta obvia su inferencia.

De esta manera, vemos que la base de cualquier conjunto de enunciados, así como de sus consecuencias, deriva del axioma principal que no necesita comprobación por contener una verdad obvia.

Es así que, *“Se puede definir el sistema axiomático en general como la totalidad de las consecuencias que se siguen de un conjunto finito de enunciados, llamados base axiomática o simplemente base del sistema.”*<sup>30</sup>

Llegando a este punto, los autores argentinos en consulta, afirman que, *“Un sistema de enunciados que tiene consecuencias normativas se llamará sistema normativo.”*<sup>31</sup>

Entonces, anotan los autores en cita, que la finalidad del sistema normativo, consiste en establecer correlaciones deductivas entre casos y soluciones, lo

---

<sup>30</sup> Ibidem. p. 86

<sup>31</sup> Ibidem. p. 93

cual significa que, del conjunto formado por el sistema normativo y un enunciado descriptivo de un hecho o caso, se deduce el enunciado de una solución.<sup>32</sup>

Llevado todo esto al ámbito de nuestro estudio, tenemos que el sistema normativo que componen los artículos 14 y 16 constitucionales relativos a la seguridad jurídica, debido proceso, legalidad, audiencia, motivación y fundamentación no se ve afectado en el caso de que los argumentos jurídicos especiales se recogieran “expresamente” en una norma jurídica, no necesariamente la constitución, haciendo consecuente la solución normativa a un caso. Esto no obstante que operen actualmente como instrumentos de autointegración del sistema.

En este sentido, dicha relación quedaría establecida, en el supuesto de que una norma jurídica estableciera el uso de los argumentos jurídicos especiales, consecuentemente ordenando su uso obligatorio.

Cabe precisar que el derecho en el positivismo clásico, es entendido como un conjunto de normas, es decir, como un sistema normativo, pero ya vimos que esa concepción ha evolucionado. Además no es el único sistema, hay además sistemas normativos morales, religiosos, o de índole social, pero la nota distintiva del sistema normativo jurídico reside en la coactividad. *“Ni la moral ni la sociedad pueden imponer coactivamente sus mandatos, por lo tanto la característica del sistema jurídico es ser un sistema coactivo en el cual sus mandatos se imponen por la fuerza.”*<sup>33</sup>

En este entendido, la interpretación jurídica, como ya vimos, no debiera limitarse al texto legal, el cual forma parte del sistema, si no además, a exponer las

---

<sup>32</sup> Confere, De Asis Roig, Rafael. Jueces y normas, La decisión judicial desde el ordenamiento, ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero, en dicha obra se expone que el sistema normativo, también se conoce por ser un conjunto de normas jurídicas (creadas por y creadoras de instituciones) y sus derivaciones lógicas, o consecuencias, existentes en un determinado momento, susceptible de ser descompuesto en subsistemas.), p. 22

razones que convengan al destinatario de la norma, a aceptar otras razones aparte de las que se refutan, y resulten más adecuadas y razonables. Esto implica un proceso de argumentación o interpretación prudencial retórica.

La temática sustancial que conforma el planteamiento del problema, consiste en la justificación jurídica de que los argumentos jurídicos especiales se integren a una norma jurídica, para que los jueces en sus decisiones definitivas continúen integrando al sistema la solución de un caso no previsto en la ley, con la pretensión de no seguir siendo confundidos con los principios generales del derecho y operen con mayor inferencia lógica.

B. LOS PRINCIPIOS, LAS NORMAS Y LOS ARGUMENTOS ESPECIALES COMO RAZONES DE DECISIÓN.

1.- Los principios y las normas jurídicas, la relación que guardan con los argumentos jurídicos especiales. Justificación del Problema de la Investigación.

En este punto queremos destacar tanto el parecido, como la distinción que hay entre normas jurídicas, argumentos jurídicos y principios jurídicos.

Hay una estrecha relación entre dichos conceptos, adelantamos que la norma se concibe de manera más estrecha o bien cerrada, los principios de manera más amplia y los argumentos jurídicos especiales sin depender cabalmente del contenido de una norma, vale por si mismo. Ahora bien, empecemos por discernir cada uno de estos elementos.

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional, se refiere a la prohibición de aplicar una pena a un criminal, mediante el uso de la analogía y por mayoría de razón. Por lo menos en este estudio, vemos que puede entenderse a la analogía

---

<sup>33</sup> Catenacci, Imerio Jorge. Introducción al derecho, Teoría general, Argumentación, Razonamiento jurídico, ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 343

y a la mayoría de razón, como principios jurídicos no aplicables en materia penal. De donde se obtiene que la analogía es tratada como principio, pero también se considera un argumento, incluso uno de los argumentos jurídicos más viejos, pues existe desde el derecho romano.

Precisamente, nuestra intención es tratar de exponer adecuadamente dichos términos, pues es frecuente su utilización como principio y como argumento, lo que se puede constatar así en la práctica judicial.

Entonces, podemos adelantar que los principios sirven de base del ordenamiento jurídico y a su vez de fuerza motivadora de las resoluciones judiciales porque no requieren de justificación, se consideran válidos e incuestionables, siempre que se tenga presente la división entre principio y norma.

Por ésta razón, consideramos apropiada y justificable, la propuesta de crear una norma jurídica, que contenga el reconocimiento de la utilización práctica de los argumentos jurídicos especiales, debido a que no se puede positivizar la invención e inteligencia humana, pero al menos con la existencia de una inferencia normativa, los argumentos jurídicos especiales enriquecerían el principio de la motivación legal en las decisiones judiciales, no sólo para seguir manteniendo la obligación de motivar, exponiendo razones, sino que además se explique qué clase de argumentos se utilizaron en una decisión judicial, lo que viene a justificar el tema de investigación.<sup>34</sup>

Estos señalamientos nos parecen justificados, pues como ya se mencionó, la naturaleza de los argumentos especiales difiere de los principios, no obstante, se confunde el uso del uno con el otro.

---

<sup>34</sup> Kelsen, Hans. Teoría General de las Normas. Ob. Cit. (Obra empleada en el Capítulo Primero), p. 123 y 124

Esta señalada confusión entre argumento y principio, la confirma Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, quien al respecto escribe que, *“La función de integración no es muy frecuente, ya que al estar la mayoría de los principios positivizados, su aplicación se confunde con la analogía o con la interpretación sistemática.”*<sup>35</sup>

Luego de este preámbulo en torno a los principios del derecho, podemos ahondar en su análisis, pretendiendo hacer referencia a los argumentos jurídicos especiales y los beneficios que le producen al juzgador. En este entendido, comenzaremos por analizar la cuestión debatida en torno a los principios del derecho en la época actual.

La importancia del análisis de los principios, nace de la deficiencia mostrada por aquella versión más poderosa del positivismo jurídico, esto es, la teoría del Derecho de H.L.A. Hart; ante su incapacidad de dar cuenta de la presencia en el derecho, de pautas distintas de las reglas, lo que se generó a causa de un famoso artículo de Ronald Dworkin, de 1967, titulado *¿Es el derecho un sistema de reglas?*.<sup>36</sup>

En relación a los principios, señala Robert Alexy, toma especial importancia la disputa que sostiene Ronald Dworkin, cuando contrapone al modelo de reglas del sistema jurídico positivista, un modelo de principios.<sup>37</sup>

La oposición tiene su explicación y origen en el propio sistema de reglas. Presenta el supuesto de que para un caso en particular, no existe una norma

---

<sup>35</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La Argumentación en la Justicia ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 68

<sup>36</sup> Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1996, p. 1

<sup>37</sup> Alexy, Robert. Derecho y razón práctica, Ed. Fontamara, S.A. México, 1998, 2ª. ed. (tr. del Ingles de Manuel Atienza), p. 8



aplicable, lo que propicia en consecuencia, la posibilidad de dar diversas respuestas al supuesto no regulado, inclusive de índole extrajurídico.

Esto último, demuestra la imposibilidad de hablar de una única respuesta correcta dada por este sistema, el cual sólo tiene por misión, reconocer las leyes aplicables, es decir, sus consecuencias,

Es así, como Dworkin, plantea la labor de los principios para dar la única respuesta correcta, adicionalmente y en conjunto con las reglas de derecho y los precedentes.

De esta manera, entramos a los criterios de distinción entre principios y reglas. Siendo uno de los criterios más frecuentemente utilizados, el de la generalidad.

Bajo esta distinción, los principios se explican como normas de un grado de generalidad relativamente alto.

Las reglas se explican como normas de un grado relativamente bajo. Como ejemplo del primero, la libertad de creencias; y de la segunda, el derecho de un recluso de apartar a otros reclusos de sus creencias. Es decir el principio es más amplio y la regla más restringida.

Sin embargo, no sólo a través de una distinción de generalidad es susceptible de diferenciar los principios, existen además otras propuestas de clasificación, como las que a continuación enuncian, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero:<sup>38</sup>

Principio como norma muy general que regula un caso, cuyas propiedades relevantes son muy generales: Norma redactada en términos particularmente vagos, como norma de directriz, que establece la obligación de perseguir determinados fines. Norma que expresa los valores superiores de un

---

<sup>38</sup> Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. Las piezas..., Ob. Cit. pp. 3-4

ordenamiento jurídico. Norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y que indica cómo seleccionar la norma aplicable y como máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento.

Pero esta enunciación sólo sirve para poder distinguir los principios conforme a un criterio de exclusión e inclusión.

Señalan los autores Atienza y Ruiz Manero en consulta, que la razón de esta clasificación es para evitar las imprecisiones a que inevitablemente lleva el manejo de un término tan ambiguo como el de principio, el cual es posible distinguirlo a través de una triple clasificación:

A) En la primera clasificación, el principio es fácilmente identificable como aquel que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, llamado principio en sentido estricto; en conjunto con el principio como directriz, que establece la obligación de perseguir determinados fines.

Esta primera clasificación –según los autores en consulta- presentan el carácter de exhaustivo y excluyente. La exhaustividad referida a la vaguedad y generalidad que siempre acompaña a estos principios en sentido estricto y de directriz, que por sí mismas no permiten calificar a una pauta como principio.

Así mismo, esta característica de exhaustividad, explica que, los principios como norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho y máxima de la ciencia jurídica, pueden contenerse como principios en estricto sentido o de directriz, en la medida que reúnan las propiedades de generalidad y vaguedad.

B) La segunda clasificación se presenta entre principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y principio en el contexto del sistema secundario o sistema del juez. Estos son principios dirigidos a guiar la conducta

de la gente y el ejercicio de poderes normativos públicos de los órganos jurídicos.

Al respecto, apuntan los autores Atienza y Ruiz Manero, que no hay principios que operen en relación con la conducta de los súbditos, sólo se encuentra el criterio de valoración por parte de los órganos de aplicación.

C) La tercera clasificación se da entre principios explícitos e implícitos, es decir, los que se encuentran formulados expresamente en el ordenamiento jurídico y los extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico.

La explicación que se hace de los principios, en base a la clasificación de los autores, Atienza y Ruiz Manero, sirven en esta investigación, para tratar de definir la obligación de los jueces de motivar sus resoluciones, que se entiende como el principio de la debida motivación y fundamentación de las decisiones judiciales.

En virtud de ello, tomando en cuenta que la razón de análisis de los principios es para identificar su relación con los argumentos especiales que son usados por los jueces, esto es, el papel que juegan en el razonamiento jurídico, las reglas y los argumentos en relación con los principios, podemos anotar que la regla, o bien, pudiera denominarse norma *“(...) opera, por tanto como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación.”*<sup>39</sup>

De acuerdo con esto, las normas cumplen con una función diferente a la que cumplen los principios, ya que estos *“(...) son también más que las reglas, y en otros dos sentidos. Por un lado, porque al estar enunciados –o poder enunciarse- en términos más generales, entran también en juego en un mayor*

---

<sup>39</sup> Ibidem. p. 21

*número de situaciones; esto es, del mismo modo que tienen un mayor poder explicativo que las reglas, tienen también un mayor alcance justificativo.*<sup>40</sup>

De las anteriores consultas, podemos deducir que la diferencia entre reglas y principios, tiene relevancia en el razonamiento jurídico práctico. Y referido a los órganos jurisdiccionales los principios sirven a los jueces para resolver un problema práctico, así como para justificar su decisión jurídica.

El caso de los argumentos jurídicos especiales necesitan operar de un modo específico y no tienen el alcance de generalidad que tienen los principios jurídicos, además la característica distintiva de uno y otro al momento de su aplicación, radica en que el principio generalmente encuentra apoyo en una norma jurídica y el argumento no.

Sin embargo, el problema central que nos atañe, sin duda habría de estar referido a encontrar el enlace entre principios, reglas y argumentos jurídicos especiales.

De esta manera, evitamos confusiones en cuanto a la comprensión de la manera en que opera el principio y el argumento jurídico especial, pues el principio es más amplio, tiene mayor poder explicativo y generalmente se encuentra positivado en una norma jurídica y el argumento no; este implica un limitante de argumentación por proponer una premisa especial y no requiere que derive del ordenamiento jurídico, es decir, resuelve un caso único, especial y práctico sin mayores explicaciones, más que las referentes a su adecuación al caso.

Entonces, el derecho, según los autores Atienza y Ruiz Manero, guía primaria y centralmente la función de los órganos jurisdiccionales, ya sea resolviendo un caso fácil mediante el uso de una regla, que se entiende como una razón

---

<sup>40</sup> Idem.

perentoria, no requiere de muchas otras razones, sólo la idea de una oportuna subsunción y los casos difíciles requieren de mayor compromiso argumentativo, es decir, pasar de los principios, a una regla que exprese el sentido de los principios, es decir, encontrar razones perentorias, o bien, reglas entendidas como normas jurídicas.

De ahí, que tratamos de resaltar de la obra “Las piezas del derecho” para nuestro tema, es que el derecho se explica como un sistema excluyente que impone a los “(...) *órganos jurisdiccionales el deber de componer un balance de razones integrado únicamente por las constituidas por las pautas jurídicas, siendo admisible la toma en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas lo permitan.*”<sup>41</sup>

De esta cita, se desprende precisamente uno de los sentidos de la propuesta de solución al planteamiento del problema. Aclarando que la aplicación de un principio contenido en una norma, hace perfectamente entendible la derivación lógica, lo cual no ocurre con un argumento jurídico especial, pues estos razonamientos especiales no se encuentran recogidos en una norma como una figura autónoma a la manera de un principio, sino que aparecen en el razonamiento del jurista para apoyar el sentido de una decisión jurídica.

En conclusión, la diferencia principal entre normas, que es de donde se derivaría el argumento especial y principios, radica en que las normas o reglas según otros autores, se configuran en una forma “cerrada” mientras que los segundos se consideran de una forma “abierta”, esto es una vez escogiendo una norma. Ninguna otra podría ser aplicable, en cambio los principios concurren con otros principios.

De cualquier manera, la distinción entre uno y otro, es importante, porque demuestra la conducta a seguir de los órganos jurisdiccionales en el

---

<sup>41</sup> Ibidem. p. 23

razonamiento jurídico práctico, donde deberán tomar en cuenta la naturaleza de cada uno, por lo que podríamos estar de acuerdo en que *“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, **mandatos de optimización** que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.”*<sup>42</sup>

En síntesis, consideramos que sí existe una distinción clara entre normas y principios, la cual si se extiende a la diferencia frente al argumento jurídico especial, este implica una limitante de argumentación al contener premisas específicas que agotan su subsunción tanto lógica como argumentativa.

## 2.- Las normas prescriptivas y su diferencia con los principios.

En el primer capítulo, expusimos el marco conceptual, donde se encuentra el término de norma, ahora pretendemos lograr un nuevo acercamiento y su diferencia con los principios, con la finalidad de ubicar la naturaleza de los argumentos jurídicos especiales.

Muy concretamente mencionaremos que las distintas normas existentes, integran el sistema normativo, junto con los principios, pero la diferencia radica en que los principios, al considerarse derechos fundamentales, tienen que realizarse en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente. Las reglas o normas, al derivar de los principios, juegan un papel de limitadoras de los principios, pues el límite de los primeros, sólo puede comprenderse en la

---

<sup>42</sup> Alexy, Robert. Derecho y razón..., Ob. Cit. p. 12

medida que se enfrenten o contrapongan a otros principios, que necesariamente se contengan en una regla.

Ahora bien, iniciando este análisis tenemos que, la palabra norma, proveniente del latín, designa de manera primordial un mandato o una orden.<sup>43</sup>

*En la lógica del derecho, “Las normas jurídicas son imperativos hipotéticos que regulan bilateralmente el comportamiento humano. Tales normas constan de tres partes: supuesto, cópula y disposición. Supuesto es la hipótesis que al realizarse da nacimiento a los deberes y derechos que la regla respectivamente impone y concede. La disposición expresa las consecuencias normativas de la realización del supuesto. La cópula enlaza esas consecuencias al hecho jurídico productor.”<sup>44</sup>*

En un sentido más amplio, la norma puede ser estudiada en términos de derecho, de moral de religión, o de lógica entre otras más.

Para Daniel Mendonca, *“El termino “norma” concede un significado preciso y es utilizado en diversos contextos con diferentes sentidos. Así, expresiones como “regla”, “pauta”, “guía”, “precepto”, “modelo”, “patrón”, “prescripción”, “directiva”, “disposición” y “directriz”, aparecen como sinónimos parciales del vocablo “norma”.”<sup>45</sup>*

En todo caso, el significado preciso de la norma, como señala Enrique Cáceres Nieto, *“Constituye una propiedad fundamental de las normas que las conductas que prevén se encuentren calificadas por alguna de las siguientes expresiones:*

---

<sup>43</sup> Kelsen, Hans. Teoría General de las Normas. Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 19

<sup>44</sup> García Máynez, Eduardo. Introducción a la lógica jurídica, Ed. Colofón, S.A., México, 2000, 7ª ed. p. 177

<sup>45</sup> Mendonca, Daniel. Exploraciones normativas. Hacia una teoría general de las normas, Ed. Fontamara, S.A., 2ª ed. 2001, p. 13

*obligado o debido, permitido y prohibido; o, en sustantivo: obligación o deber, permisión y prohibición.*"<sup>46</sup>

Lo anterior, nos demuestra que existe una importante variedad de interpretaciones sobre el concepto de norma jurídica, no obstante, todas ellas tienen como característica relevante, su validez, aplicación, violación y consecuente sanción.

La validez de la norma "(...) es la existencia específica de una norma, la cual debe distinguirse de la existencia de meros hechos naturales, y en especial de la existencia de aquellos hechos a través de los cuales ella fue generada."<sup>47</sup>

En relación con la aplicación y también validez, señala Kelsen, que *"Una norma jurídica es aplicada cuando al comportamiento contrario a la norma se le opone la sanción correspondiente: castigo o ejecución civil. La validez de una norma radica en que sea observada y en caso contrario deba ser aplicada, y en esto consiste su existencia específica."*<sup>48</sup>

A mayor abundamiento, señala Daniel Mendonca que la norma contiene diversas clases de prescripciones, como *normas definitorias o reglas que son aquellas que definen o determinan una actividad o un concepto, las normas técnicas o guías, que indican un medio para alcanzar un fin determinado; las normas técnicas no están destinadas a gobernar la voluntad de los sujetos a los cuales van dirigidas, sino que lo que ellas indican se haya condicionado a esa voluntad; las normas regulativas o prescripciones que son emanadas de la voluntad de una autoridad; las normas ideales o modelos que no se hallan referidas directamente a acciones sino que establecen ejemplares arquetípicos*

---

<sup>46</sup> Cáceres Nieto, Enrique. Lenguaje y derecho, Las normas jurídicas como sistema de enunciados, ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 19

<sup>47</sup> Kelsen, Hans. Teoría General de las Normas. Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero) p. 20



*dignos de seguir o imitar; las normas consuetudinarias o patrones marcan regularidades de conductas, disposiciones o tendencias a hacer cosas similares en situaciones parecidas (Ejemplos de normas consuetudinarias son las que establecen el modo de saludar, vestirse, comer o participar en ceremonias); las normas morales o preceptos, donde faltan criterios identificadores acerca del tipo de norma al cual las normas morales deben ser asimiladas y las normas constitutivas o disposiciones que crean, modifican o extinguen ciertos estados de cosas, o bien adscriben cualidades a determinadas entidades.*<sup>49</sup>

Entonces, la regla o bien la norma, sólo aparece en la medida de lo fáctica y jurídicamente aplicable, o sea para casos concretos, no como ocurre con los principios que se consideran mandatos de optimización, que se pretenden aplicar en la mayor medida posible, con el sentido de generalidad.

De todo esto, ha de tenerse como una conclusión intermedia, la afirmación de nuestra parte, de que sí se presenta una relación de jerarquía entre normas o reglas y principios, pues como señalan Atienza y Ruiz Manero a su juicio *“(...) la aplicabilidad de toda regla está condicionada a que su aplicación no entre en conflicto con un principio que, en relación con las propiedades relevantes del caso, tenga un mayor peso.”*<sup>50</sup>

Esto es, en las reglas, las condiciones de aplicación están configuradas en forma cerrada, es decir, limitadas a lo que su propia disposición contiene sólo para ese momento determinado, pues no reconoce ninguna tesis sobre el cambio en el sistema jurídico a diferencia de los principios, que configuran sus condiciones de aplicación de manera abierta.

Por ello, consideramos nuestra propuesta justificada, en la medida del carácter dinámico del derecho, a fin de incluir en el sistema jurídico o base axiomática,

---

<sup>48</sup> Ibidem. p. 21

<sup>49</sup> Mendonca, Daniel. *Exploraciones...*, Ob. Cit. pp 13-14 y ss.

<sup>50</sup> Atienza, Manuel y Manero, Juan, *Las piezas...*, Ob. Cit. p. 33

como aportación y extensión del principio de la motivación, el uso de los argumentos jurídicos especiales, a fin de facilitar la creación de reglas, normas, dispositivos o pautas jurídicas que contengan dicho cambio.

### 3.- Concepto y definición de argumento jurídico y argumento jurídico especial.

En el capítulo primero de esta investigación se expuso el concepto de argumento jurídico especial, por tratarse del marco conceptual. No obstante puede comprenderse como aquel razonamiento compuesto por una premisa lógica y una no lógica, no derivada del sistema, llamada especial que puede consistir en la atribución de significado a una condición específica y concreta a diferencia de todas las demás condiciones o circunstancias interpretativas, que opera como un instrumento de integración al servir como una forma más de inferencia lógica válida.

A fin de ser más específicos enseguida mostramos un concepto muy general de argumento, *“El argumento es una razón o lógos, en cuanto la razón o el razonamiento se distingue de la intelección o intuición intelectual, ya que la intelección es inmediata y el raciocinio es mediato, sucesivo y arduo.”*<sup>51</sup>

Adicionalmente, podemos observar que el término de argumento es *“(...) un conjunto estructurado que suele describirse con los términos “premisas” y “conclusión”: la conclusión de un argumento es la proposición o norma que se acepta con base en las otras proposiciones o normas del argumento, y estas otras proposiciones o normas, que son dadas (o supuestas) como apoyo o razones para aceptar la conclusión, son las premisas de ese argumento.”*<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Beuchot, Mauricio y otros autores. *Argumentación y Filosofía*, Ed. UAM, 1986, p. 32

<sup>52</sup> Mendonca, Daniel. *Las claves...*, Ob. Cit. p.166

En este entendido, es posible iniciar el recorrido para lograr la comprensión de lo que se entiende por argumento jurídico, desde la lógica clásica fundada por Aristóteles, con la cual estamos de acuerdo, cuando señala que “(...) *el argumento es un razonamiento en el que, establecidas de antemano unas cosas determinadas, otras cosas distintas de ellas se siguen en virtud de ellas necesariamente.*”<sup>53</sup>

Esta concepción de argumento es muy convincente, pero vale la pena anotar que a esta descripción de argumento, en la actualidad se adicionan algunos elementos muy definidos, que se sostiene integran el argumento, como lo son la pretensión, las bases, la justificación, el respaldo, la modalización y posibles refutaciones.

El autor Gerardo Dehesa,<sup>54</sup> a quien hemos consultado en el primer capítulo, explica cada uno de estos elementos del argumento, señalando que la pretensión es el destino al que queremos llegar. Las bases, los tipos son fundamentos que la pretensión requiere para que sea aceptada como sólida y confiable. La justificación, garantiza la aceptabilidad genuina de las bases de la pretensión; el respaldo, es el apoyo de la justificación y las bases de su pretensión para su logro. Finalmente la modalización, que implica el grado en el cual se obtiene la pretensión, pues en el discurso, a veces se señalan las palabras “generalmente”, “casi siempre”, sin que la pretensión sea conseguida plenamente.

Esto es, se presentan algunos argumentos cuyas justificaciones varían en relación al tipo de conclusiones obtenidas, pues a veces el argumento implica una conclusión que termina señalando “probablemente”, “presumiblemente”, entre otras.

---

<sup>53</sup> Beuchot, Mauricio y otros autores. Argumentación..., Ob. Cit. p. 32

<sup>54</sup> Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la retórica ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 34

El último de estos elementos de los argumentos, consiste en las posibles refutaciones –de acuerdo con Gerardo Dehesa- éstas implican reconocer que el paso de las bases de la pretensión es clara y contundente. Para que ello se mantenga así, conviene cuestionarse qué elementos podrían desvirtuar este argumento. De este modo, ya podemos partir hacia la comprensión de los argumentos jurídicos especiales.

Sin embargo, antes de ello, es conveniente mencionar que, hay quienes aceptan la división de los argumentos en inductivos y deductivos, el primero como proceso inferencial de lo menos universal a lo más universal; y el segundo, el paso de lo más universal a lo menos universal, aceptando esta división de los argumentos como la gran división de fondo de la argumentación, según algunos autores.<sup>55</sup>

Por su parte, el Daniel Mendonça, antes de referirse a los argumentos, menciona que lo único que ha de interpretarse son las formulaciones normativas, o sea el contenido de la norma. Para este autor, el término interpretación, es empleado de dos maneras, una en caso de duda o controversia; otra, aun cuando no exista duda o controversia, es decir a pesar de ello, habrá de referirse a la determinación del significado de una formulación normativa, en uno u otro caso, pero con referencia a su campo de aplicación.

Más adelante, el autor en consulta, agrega que únicamente las formulaciones normativas que tienen significado controvertido son las que requieren de interpretación, es decir, las normas jurídicas.

Esta última aseveración del autor en cita, nos conduce a aceptar con prontitud la distinción que hace entre “argumento jurídico”, como simple expresión vaga y ambigua, utilizado para respaldar cualquier petición o decisión jurídica, con

---

<sup>55</sup> Ibidem. pp. 37-38

aquella otra, que más concretamente se refiere a ciertos argumentos específicos usados para respaldar una decisión interpretativa.

Esto es, dicho autor permite distinguir claramente, el argumento jurídico en general, respecto del argumento jurídico especial.

De ahí que nos encontremos en condiciones de adelantar que, el argumento jurídico especial, es una estructura de argumentación específica.

Apoyándonos en la concepción de Robert Alexy, en cuanto a que los argumentos jurídicos especiales son aquellos que explican una premisa lógica y otra adicional no lógica, que lo hace especial y que opera como una forma de inferencia lógica válida, como se tuvo oportunidad de mencionar en el marco conceptual.

Regresando con el autor Daniel Mendonça, éste señala que los argumentos jurídicos, actúan como pauta interpretativa general, que indica el modo como debe ser interpretada toda formulación normativa que posea cierta característica.

De tal manera, que cuando se pretenda hablar de argumentos jurídicos especiales, se tendrá que tener presente que la interpretación controvertida o no, se refiere necesariamente a una formulación normativa.

Por esta razón, Mendonça, al referirse a los argumentos especiales, siempre se refiere a formulaciones normativas con significado controvertido o con varios significados, pero deja bien claro que no hay jerarquías entre ellos y no siempre son compatibles entre sí, no obstante –señala- de su utilización se obtiene un relativo provecho.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Mendonca, Daniel. Las claves..., Ob. Cit. p. 172

Provecho que sin duda, habrá de ser traducido en beneficio de la impartición de justicia, a través de la aplicación del derecho por parte de los jueces, mediante sus decisiones judiciales definitivas.

A este respecto, como ya lo señalamos en el primer capítulo de esta investigación, en el apartado referente a la crisis del positivismo clásico, frente a las modernas teorías del derecho, cuando se vislumbro que: *“El predominio de la lógica formal de corte matemático se enseñoreó también del campo del Derecho e hizo olvidar a los juristas que en su labor emplean, además de argumentos lógico-formales, razonamientos que no obedecen en absoluto a la estructura de la lógica formal, sino a otras técnicas de pensamiento, como la tópica y la retórica, que ya en la antigüedad clásica se habían considerado especialmente idóneas para guiar las controversias jurídicas.”*<sup>57</sup>

Pues en efecto, tanto los principios generales del derecho como los argumentos jurídicos especiales sirven para solucionar casos no previstos en la ley, según Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas.<sup>58</sup>

Incluso, el autor en consulta, señala más adelante que los principios tienen la función interpretativa e integradora del ordenamiento, al igual que los argumentos jurídicos especiales, de ahí que sostenemos que estos argumentos pueden ser recogidos en una ley.

Esta similitud entre principio y argumento, guarda relación con la motivación, la cual entraña las razones de una decisión judicial, como señala el autor, Rodríguez Mourullo.

---

<sup>57</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 14

<sup>58</sup> La Argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero.), p. 14 y 15

Puede haber clases de razonamiento como el dialéctico y el deductivo, respaldando al primero, la histórica práctica de los juristas y la deducción que se ha valido de la demostración, ambos con la intención de llegar a una conclusión adhiriéndose abiertamente a la tesis Perelmaniana de que el juez *“(...) a través de la motivación pretende conseguir la adhesión del Tribunal superior, a fin de que éste confirme la sentencia y no la revoque. Por último, el juez debe aspirar a convencer a lo que se llama auditorio universal, es decir, debe aspirar a que cualquier otro juez o cualquier otro ciudadano suscriban como justa su decisión.”*<sup>59</sup>

En este sentido, los argumentos jurídicos especiales, conforme al razonamiento jurídico así visto, consiste en argumentación y demostración, preponderando el primero, ya que la estructura de la demostración jurídica, se determina conforme a la lógica formal, y ésta es una disciplina autónoma que opera con independencia de la materia y la argumentación, no está regida por la lógica formal.

En resumen, los argumentos jurídicos especiales no dependen de una interpretación de formulaciones normativas exclusivamente, sino además del carácter no lógico de las premisas que lo construyan, o sea, de esa premisa adicional que lo hace especial.

Por ello sostenemos que en la etapa de construcción teórica de los argumentos, habrá de precisar muy claramente que los argumentos tópicos pueden asumir una estructura lógica en su elaboración, pero no los convierte en argumentos de la lógica formal. Hay que tener presente las diferencias entre una metodología y otra.

---

<sup>59</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica, Ob. Cit. p. 23

El autor en cita, Gonzalo Rodríguez Mourullo, resalta la importancia de la Teoría de la Argumentación Jurídica, al defender que el último mérito radica en habernos vuelto a recordar que el pensamiento jurídico es fundamentalmente un pensamiento aporético antes que sistemático. Por lo tanto, el pensamiento jurídico es un pensamiento problemático antes que analítico.

Es por eso que nos consideramos convencidos de la afirmación de Chaïm Perelman, de que los argumentos jurídicos especiales “(...) *no derivan de la lógica formal, pues no conciernen a la forma, sino a la sustancia y a la materia del razonamiento. Esto es, al establecimiento de premisas a partir de los textos.*”<sup>60</sup>

4.- Explicación acerca de las diversas clasificaciones de los argumentos jurídicos especiales.

Hemos destacado, a lo largo de esta investigación, que la dinámica jurídica –la creación, el funcionamiento y la individualización del derecho- no se desarrolla como un puro proceso lógico, o sea, el derecho no es una mera deducción lógica de lo dicho o contenido en normas generales pre-existentes.<sup>61</sup>

Precisamente, la naturaleza dinámica del derecho, hace que éste no sea comprendido solamente como un proceso lógico de mera deducción, por ello, los diversos argumentos jurídicos especiales, dan razón del carácter interpretativo del derecho, pues los argumentos especiales atribuyen significado a diversas situaciones por condiciones distintas al cumplir **per se** diversas funciones en torno al derecho, particularmente en cuanto a su función integradora, interpretativa, aplicadora y creadora del derecho.

---

<sup>60</sup> Perelman, Chaim, La lógica jurídica y la nueva..., Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 76

<sup>61</sup> Recasens Siches, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho, ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 26



En este sentido, vemos verbigracia, que para el autor consultado anteriormente, Francisco Javier Ezquiaga, los argumentos especiales pueden clasificarse, en lo que denomina argumentos sistemáticos e interpretativos, y la razón de ser de los primeros, radica en caracterizar al ordenamiento jurídico, como un sistema en el que no pueden coexistir en su seno normas incompatibles, o sea, la idea es la inexistencia de antinomias.

El autor señalado, sostiene que entre las principales aportaciones de los argumentos jurídicos especiales, se observa que los argumentos cumplen con una función integradora e interpretativa del sistema jurídico.

Entendiendo la integración como la define Mendonça, en cuanto al procedimiento que se aplica para completar un sistema incompleto, eliminando una laguna, mediante el uso de los argumentos de analogía, a contrario, y a través de los principios.<sup>62</sup>

Esta cuestión de la integración guarda estrecha relación con las decisiones judiciales que deben observar el carácter de completitud y coherencia del sistema jurídico, porque de cualquier manera, se tiene que tomar en cuenta que las antinomias se presentan en la práctica, pero la utilización de los argumentos *a coherentia*, *a rubrica*, *sedes materiae* y sistemático propiamente, también evitan la incoherencia del sistema y mantiene la racionalidad del legislador, pues cumplen con la función interpretativa, que como ya mencionamos, es un pilar de la función de los argumentos.

---

<sup>62</sup> Mendonca, Daniel, Las claves ..., Ob. Cit. (Esta obra consultada en el Capítulo Primero, en relación a las lagunas, afirma que el procedimiento consiste en asignar al caso de laguna una solución determinada, esto es, correlacionar C (el caso de laguna) con una solución S del universo de soluciones US. Los métodos que por excelencia, son empleados en derecho para integrar los sistemas incompletos se basan en la aplicación de los argumentos por analogía, a contrario o en la invocación de principios.), p. 184.

Así mismo, Ezquiaga también clasifica a los argumentos jurídicos especiales como argumentos interpretativos, en la medida que cumplen con la función integradora del sistema jurídico.

Esta función la desarrollan propiamente, los argumentos *a simili* o por analogía, *a contrario*, y por mayoría de razón o *a fortiori*, los que atendiendo a la clasificación de principios de J. Wróbleski, a que alude Francisco Javier Ezquiaga, dichos argumentos, la analogía y la *mayoría de razón* o *a fortiori*, al contemplarse como prohibidos en materia penal, al mismo tiempo se reconoce su carácter incuestionable y amplio de principios de derecho, porque hay una prohibición “expresa” en el artículo 14 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, y que para efectos de resolución de casos, en otras materias sí pueden aplicarse en su carácter de principios generales de derecho, lo que justifica la clase de cuestionamientos que venimos realizando en esta investigación.

Esto es cierto, en tanto que los principios generales del derecho y los argumentos jurídicos especiales solucionan conflictos a falta de ley. Es decir, la decisión definitiva del juez puede estar respaldada en razonamientos que derivan de la sola aplicación de la ley, así como también de razonamientos no lógicos, de los que se componen precisamente los argumentos jurídicos especiales.

En ese orden, tenemos que la segunda premisa, la que no deriva del ordenamiento, la llamada especial. Ésta atiende a las diversas situaciones en las que se puede tanto interpretar como completar el ordenamiento, por eso a continuación podemos observar diversas clasificaciones, por los distintos significados que se atribuyen a circunstancias específicas.

Esto se puede observar por ejemplo: El profesor Tarello, conforme a la cita que hace Perelman, se refiere a que cada uno de los argumentos especiales, tratan

acerca de un procedimiento discursivo cuya primer premisa viene de una condición previa, ya sea “una determinada proposición jurídica”, o un discurso especial para casos particulares, esto es, la primera premisa es tomada del ordenamiento jurídico, y la segunda premisa se refiere claramente a cada forma específica del argumento especial.

En cuanto a esto, establece Mendonça, que los llamados argumentos jurídicos, actúan como pautas interpretativas generales, que indican el modo como deben ser interpretadas ciertas formulaciones normativas.

De cualquier manera, para Mendonça, los argumentos jurídicos especiales, tienen como primera premisa, al igual que lo define Tarello, conforme a la cita de Chaïm Perelman, una formulación normativa, pero ella en todos los casos tiene un significado controvertido.

Más adelante podremos observar, la “Lista Clásica de Argumentos Especiales”, que distinguen la mayor parte de las premisas especiales que dan nombre a cada uno de los argumentos jurídicos especiales.

#### 5.- Lista clásica de los Argumentos Jurídicos Especiales.

A continuación, en este apartado veremos una lista de argumentos jurídicos especiales, que bien puede llamarse “Lista Clásica de los Argumentos Jurídicos Especiales”:

Es por ello, que antes de iniciar el análisis particular de nuestra parte, en torno a los argumentos especiales, veamos, como los definen y enumeran, tanto Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Daniel Mendonça, Imerio Jorge Catenacci y Giuseppe Tarello, este último, de acuerdo a la lista que Perelman presenta en la Nueva Lógica,<sup>63</sup> como enseguida se expone:

---

<sup>63</sup> Perelman, Chaim, La lógica jurídica y la nueva..., Ob. Cit. p. 78

“1. El argumento a contrario. 2. El argumento a simili o argumento analógico. 3. El argumento a fortiori. 4. El argumento a completudine. 5. El argumento a coherencia. 6. El argumento psicológico. 7. El argumento histórico. 8. El argumento apagógico 9. El argumento teleológico. 10. El argumento económico. 11. El argumento ab exemplo. 12. El argumento sistemático. 13. El argumento naturalista.

*Examinémoslos más en detalle.*

*“Los tres primeros tipos de argumentos, a los que hemos tenido ya ocasión de aludir, son los más conocidos, en la medida en que son raros los ordenamientos jurídicos que puedan regirse sin ellos.*

*El argumento a contrario “es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una determinada proposición jurídica, que afirma una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o de una clase de sujetos), a falta de una disposición expresa se debe excluir la validez de una proposición jurídica diferente que afirme esta misma obligación (u otra clasificación normativa) con respecto a cualquier otro sujeto (o de sujetos).*

*Así, si una disposición obliga a los jóvenes que hayan alcanzado la edad de veinte años a cumplir su servicio militar, se sacará de ella la conclusión contraria de que las jóvenes no están sometidas a la misma obligación*

*A falta de ésta restricción, se podría razonar a simili o por analogía, diciendo que, dada una proposición jurídica que afirma una obligación jurídica relativa a un sujeto o a una clase de sujetos, esta misma obligación existe respecto de cualquier otro sujeto o clase de sujetos que tenga con el primer sujeto o clase de*

*sujetos una analogía bastante para que la razón que determinó la regla relativa al primer sujeto (o clase de sujetos) sea válida respecto del segundo sujeto (o clase de sujetos).*

*El argumento a fortiori, del cual se pueden distinguir dos formas: el argumento a minori ad maius, y a maiore ad minus, “es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una proposición normativa, que afirma una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o clase de sujetos), hay que concluir la validez y la existencia como disposición jurídica de una disposición jurídica diferente que afirma esta misma obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o clase de sujetos) que está (o estén) en estado de merecer, con mayor razón que los primeros la calificación normativa que la primera disposición concedía a éstos”*

*La primera forma, a minori ad maius se aplica en el caso de una prescripción negativa; la segunda a maiore ad minus en el caso de una prescripción positiva. Ejemplos del primer : si está prohibido causar heridas, está prohibido matar; si está prohibido andar sobre el césped, a fortiori está prohibido arrancarlo. La segunda forma se manifiesta en el brocardo “quien puede lo más, puede lo menos”.*

*IV. El argumento a completudine o del carácter completo del sistema jurídico “es un procedimiento discursivo según el cual, no se encuentra una proposición jurídica que atribuya una calificación jurídica cualquiera a cada sujeto por referencia a cada comportamiento materialmente posible, se debe concluir en la existencia y en la validez de una disposición jurídica, que atribuye a los comportamientos no regulados de cada sujeto una clasificación normativa especial: siempre indiferentes, obligatorios prohibidos o permitidos”*

*Este argumento se funda en la idea de que todo sistema jurídico es completo y debe contener una regla general concerniente a todos los casos que no estén regulados por disposiciones especiales.*

*V. El argumento a coherencia parte de la idea de que un legislador razonable -y al que se supone también perfectamente previsor- no puede regular una misma situación de dos maneras incompatibles, de manera que existe una regla que permite descartar una de las dos disposiciones que provocan la antinomia. Este argumento permite al juez intervenir para resolver la antinómia, pero si nos atendemos estrictamente a la hipótesis de la coherencia del derecho, la solución preexistiría en el sistema jurídico.*

*VI. El argumento psicológico consiste en la investigación de la voluntad del legislador concreto por medio del recurso a los trabajos preparatorios. Entraña una investigación que permita precisar cuál fue la razón de la ley, reconstruyendo la intención del legislador y teniendo en cuenta el problema concreto que tenía que resolver, así como los principios generales a que se refirió, las enmiendas introducidas en el proyecto primitivo, etc. Este argumento permite, más esencialmente, refutar una interpretación de la ley que hubiera podido parecer plausible si no hubieran existido estas indicaciones.*

*VII. El argumento histórico o de la presunción de continuidad supone que el legislador es conservador y que permanece fiel a la manera mediante a la cual quiso regular una determinada materia, a menos que se haya modificado expresamente los textos legales. Observemos que este argumento ha sido algunas veces eliminado*

*en provecho de otros, sin que haya existido jamás inversión de la jurisprudencia.*

VIII. *El argumento apagógico o de reducción al absurdo* supone que el legislador es razonable y que no hubiera podido admitir una interpretación de la ley que conduzca a consecuencia ilógica o inicuas.

IX. *El argumento teleológico* concierne al espíritu y a la finalidad de la ley, que no se reconstruye a partir del estudio concreto de los trabajos preparatorios, sino a partir de consideraciones sobre el texto mismo de la ley. Se impone una manera más abstracta de argumentar, cuando el estudio histórico no permite aclararse, porque los problemas suscitados son nuevos y no se planteaban en la época en que la ley se preparó.

X. *El argumento económico o hipótesis del legislador no redundante*, afirma esencialmente, que se debe descartar una interpretación, cuando si se admitiera el texto, se limitaría a repetir lo que resulta ya de un texto legal anterior, por eso mismo sería superfluo.

XI. *El argumento ab exemplo* permite interpretar la ley conforme a los precedentes, conforme a una decisión anterior y a la doctrina generalmente admitida.

XII. *El argumento sistemático* parte de la hipótesis de que el derecho es algo ordenado y que sus diferentes partes constituyen un sistema, cuyos elementos pueden interpretarse en función del contexto en que se insertan.

*XIII. El argumento naturalista o de la naturaleza de las cosas o hipótesis del legislador impotente, extrae sus conclusiones del hecho de que, en una situación dada, es inaplicable un texto de la ley porque a su aplicación se impone la naturaleza de las cosas.”*

Por su parte, Daniel Mendonça, ofrece su versión de argumentos especiales, que como anticipamos, parte de su propia interpretación jurídica, la cual indica que las formulaciones normativas tienen siempre un significado controvertido, como a continuación se puede apreciar.<sup>64</sup>

*“Argumento “a simile”. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a otra formulación normativa ya interpretada, con la cual guarde semejanza relevante o idéntica ratio.*

*“Argumento “a fortiori”. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a otra formulación normativa ya interpretada, cuya ratio valga con mayor razón para aquélla.*

*“Argumento “a contrario”. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada excluyendo de su alcance todo caso distinto del expresamente incluido.*

*“Argumento “a rubrica”. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a los títulos y a las divisiones legales que incluyen a aquélla.*

*“Argumento psicológico. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a*

---

<sup>64</sup> Mendonca, Daniel. Las claves..., Ob. Cit. p. 76



*la voluntad del legislador, voluntad que se manifiesta en su exposición de motivos, preámbulos y trabajos preparatorios.*

*“Argumento “sedes materiae”. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo al lugar que ocupa en el contexto del que forma parte.*

*“Argumento “ab auctoritate”. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a la opinión de determinada autoridad intelectual o jurídica.*

*“Argumento histórico. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a los precedentes existentes, empezando por los inmediatos.*

*“Argumento teleológico. Dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a su propia finalidad objetiva, suponiendo que fue dictada como medio adecuado para alcanzarlo.*

*“Argumento económico. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado (s) que suponga (n) una repetición respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada.*

*“Argumento “a coherentia”. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado (s) que suponga (n) una contradicción respecto de lo establecido por otra formulación normativa ya interpretada.*

*“Argumento “ad absurdum”. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada prescindiendo de aquel (o aquellos) significado (s) que dé (n) lugar a consecuencias absurdas o que contrasten con valoraciones del sentido común.*

*“Argumento pragmático. Dada una formulación normativa a la que quepa atribuir varios significados, ella debe ser interpretada optando por aquél significado que lo haga más eficaz para lograr su finalidad, prescindiendo del (de los) significado (s) que la convierta (n) en ineficaz a ese respecto.”*

En síntesis, tanto Tarello como Daniel Mendonça, y Francisco Javier Ezquiaga, proporcionan una lista de argumentos que no coinciden en su totalidad, pero ello no dificulta su comprensión particular, como a continuación explicaremos.

En la lista de principales argumentos de Tarello, citado por Perelman se encuentran como vimos, los siguientes:

1.- El argumento *a contrario*. 2. El argumento *a simili* o argumento analógico. 3. El argumento *a fortiori*. 4. El argumento *a completudine*. 5. El argumento *a coherentia*. 6. El argumento psicológico. 7. El argumento histórico. 8. El argumento apagógico. 9. El argumento teleológico. 10. El argumento económico. 11. El argumento *ab exemplo*. 12. El argumento sistemático. 13. El argumento naturalista.

En la lista de principales argumentos de Daniel Mendonça, se encuentran como vimos, los siguientes:

1. a simile “analogía”. 2. a fortiori. 3. a contrario. 4. a rubrica. 5. psicológico. 6.- sedes materiae. 7. ab auctoritate. 8. histórico. 9. teleológico. 10. económico “redundancia”. 11. a coherentia. 12. ad absurdum. 13. pragmático.

Por su parte, en la lista de principales argumentos de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, se encuentran los siguientes argumentos jurídicos especiales, los que divide en sistemáticos e interpretativos.

Argumentos Sistemáticos. 1. a coherentia. 2. sedes materiae. 3. a rubrica. 4. sistemático en sentido estricto.

Argumentos Interpretativos: 5. *a simile o analogía*. 6. a partir de los principios. 7. *a contrario*. 8. *a fortiori*. 9. Psicológico. 10. No redundancia. 11. Pragmático. 12. Teleológico. 13. Histórico. 14. Por el absurdo.

Por su parte, el Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Imerio Jorge Catenacci, nos ofrece la siguiente lista de argumentos.<sup>65</sup>

1. *Argumento a contrario*. 2. *Argumento a simile o analogía*. 3. *Argumento a fortiori*. 4. *Argumento completudine*. 5. *Argumento Coherencia*. 6. *Argumento Psicológico*. 7. *Argumento Histórico*. 8. *Argumento Apagógico o por reducción al absurdo*. 9. *Argumento Teleológico*. 10. *Argumento Económico*.

En síntesis, podemos apreciar que los autores en cita, coinciden en la mayoría de los argumentos jurídicos especiales, lo que nos permite aseverar que existe, lo que podemos llamar un tronco común de argumentación jurídica especial.

---

<sup>65</sup> Catenacci, Imerio Jorge. *Introducción al derecho, Teoría general...*, Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), pp. 344 y ss.

## C. LA DECISIÓN JUDICIAL Y EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN LEGAL EN LA APLICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES.

### 1.- El juez y la motivación legal en el sistema jurídico mexicano.

En el artículo 16 de nuestra Constitución, se impone a las autoridades de toda índole, la obligación de motivar sus actos, y nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En el momento de decisión judicial, la motivación legal como la noción de juez, se hacen indispensables para su cabal comprensión, en relación con el argumento jurídico especial, es decir, como se exponen las razones especiales para que en un caso no previsto por la ley, le sea aplicable la legislación que prevé otro caso sí regulado, que si no es igual, sí tiene cierto parecido, es decir, es similar o análogo.

El concepto de motivación se define, “(...) *como la expresión de los motivos de un acto jurídico.*”<sup>66</sup>

En nuestro sistema jurídico, motivar es como lo dice el autor en consulta, dar razones de sus actos. Con el principio de motivación se pretende contribuir a la eliminación de la arbitrariedad, al convertirse en instrumento de autocontrol de las autoridades, pues en nuestro país, todo acto de autoridad debe estar motivado, o sea, debe contener la formulación expresa de los motivos del acto, es decir las razones y causas de su actuación legal, como lo pide el artículo citado.

---

<sup>66</sup> Vázquez Alfaro, José Luis. El control de la administración pública en México, Ed. UNAM, México, 1996, p. 53

Verbigracia: Cuando un Juez decide aplicar en una decisión definitiva un argumento por analogía o por mayoría de razón, o un argumento *sedes materiae*, o a rúbrica, o un argumento psicológico o histórico, entre otros, deberá exponer las razones inmediatas y causas particulares que hagan comprensible por qué aplicó dichos argumentos especiales al caso particular.

Así mismo, en el uso de conceptos como motivación, juez, función judicial, decisión judicial, entre otros, debe considerarse el sentido que se les pretende otorgar, pues todos estos conceptos se emplean unas veces, en términos de deber, otras de reconocimiento social o bien, como autoridad de derecho.

Por el concepto de juez, afirma Daniel Mendonca, habrá de entenderse a una auténtica autoridad de derecho, contrario a otras acepciones mencionadas en el párrafo anterior, ya que *“Ninguna de estas dificultades se plantea si se admite que la identificación de los jueces debe hacerse en base a normas jurídicas válidas de competencia que los habilitan para decidir, en carácter de autoridades de derecho, las cuestiones que se les someten como controversias.”*<sup>67</sup>

Esto es, Mendonca propone entender por juez, a la función judicial, caracterizada por ser autoridad de derecho, la cual innegablemente se encuentra sujeta a un conjunto de normas que prescriben limitaciones, potestades y diversas modalidades que son inconfundibles en la función judicial y que desde luego, trascienden en la toma de la decisión judicial definitiva.

A esa conceptualización de juez, como función judicial, es conveniente agregar otra característica, pues *“En todo caso, el juez constitucional es primordialmente un intérprete. Su función se concreta en determinar la adecuación a la*

---

<sup>67</sup> Mendonca, Daniel. Las claves..., Ob. Cit. p. 130

*constitución de las normas o los supuestos de hecho que se someten a su juicio.”<sup>68</sup>*

Lo anterior, nos conduce a admitir que la motivación legal, el juez y la interpretación jurídica son los componentes de la función judicial.

El origen de la motivación legal, como señala Rodolfo Luis Vigo, viene luego de que en la Revolución Francesa, se vislumbró en los países de derecho codificado, una clara exigencia a los jueces para motivar o fundar sus decisiones, es decir, a exponer en sus fallos las razones con las que pretende justificarlos, consistiendo prácticamente la motivación en la construcción “(...) desde el material fáctico aportado por las partes en la causa, y también desde la mejor solución encontrada en el ordenamiento jurídico; pero además, la fundamentación requiere ser hilvanada de un modo lógicamente correcto. Por ello, las deficiencias motivadoras aparecen cuando lo argumentado carece de apoyatura fáctica, normativa, axiológica o lógica.”<sup>69</sup>

Es por ello, que en principio, la motivación y fundamentación legal, no necesariamente implicaba un proceso complejo de razonar, pues en algunas legislaciones, “(...) no era preciso nombrar las pruebas, ni mucho menos describir su contenido, y no hablemos de consignar el razonamiento inferencial que habilita el tránsito desde los medios de prueba a los hechos probados.”<sup>70</sup>

Es decir, las imperfecciones de la motivación propician la insuficiente o indebida motivación, no obstante, era claro que motivar consistía en justificar una decisión, o sentencia.

---

<sup>68</sup> Lafuente Balle, José Ma. La judicialización de la interpretación constitucional, ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 55

<sup>69</sup> Vigo, Rodolfo Luis. Interpretación constitucional, Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 174

Para el autor en consulta –Jorge Igartúa- resulta innegable que entre hecho y derecho se parte de dos clases de motivación especializadas: el hecho presupone una actividad de carácter cognoscitivo, fundada en pruebas y elementos de ésta, con la finalidad de constatar la verdad o falsedad de los hechos. La segunda implica una actividad interpretativa, fundada en criterios hermenéuticos destinada a atribuir un significado a las disposiciones jurídicas, dando lugar a enunciados prescriptivos sobre la calificación jurídica del supuesto controvertido.

Es así como se comprende en la sentencia, que el uso de los argumentos jurídicos especiales, viene a construir un razonamiento especial fundado en la interpretación del juez para la solución de un caso, ante la falta de ley, dando pie a la incorporación de una solución no prevista en el sistema jurídico; de ahí que nuestra propuesta consista en la conveniencia de recoger, en una norma jurídica, los argumentos jurídicos específicos.

La división de motivación entre hecho y derecho, en la práctica jurídica se trata acerca de la motivación legal, reuniendo los aspectos fácticos y prescriptivos en una sola sentencia definitiva, sin embargo es plausible tal diferenciación, y explica la construcción de las sentencias definitivas.

Por otra parte, sin distinguir entre una motivación y otra, tenemos un concepto de motivación, entendido en términos de deber, como el siguiente del Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios, que a la letra afirma: *“La motivación de los actos de autoridad es una exigencia esencial para tratar de establecer sobre bases objetivas la racionalidad y la legalidad de aquellos, para procurar eliminar, en la medida de lo posible, la subjetividad y la arbitrariedad de las decisiones de autoridad; para permitir a los afectados*

---

<sup>70</sup> Igartúa Salaverría, Juan. Jueces para la democracia. Información y debate No. 38 Julio/2000 Publicación cuatrimestral Estudio: “Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más.”, Ed. Edisa Madrid. p. 58

*impugnar los razonamientos de éstas y al órgano que debe resolver la impugnación, determinar si son fundados los motivos de inconformidad.”<sup>71</sup>*

En estos conceptos acerca de la motivación, encontramos el propuesto por el llamado precursor de la nueva retórica, o bien denominada Teoría de la Argumentación Jurídica, al señalar que *“Motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa.”<sup>72</sup>*

En términos generales, la motivación legal, está orientada a evitar la arbitrariedad de los actos de autoridad y concretamente al fallo definitivo, conocido como sentencia.

Paralelamente al desarrollo teórico del derecho, la función del juez en la impartición de justicia, siguió evolucionando, de ser un mero espectador, conforme actuaba en el positivismo clásico, hasta actuar en nuestros días, acorde a una función activa de dirección del proceso, que desarrolla en tres direcciones, como lo es la imparcialidad y neutralidad entre las partes, la invocación de disposiciones jurídicas aplicables aunque las partes no las aleguen, por error o ignorancia y en materia de prueba, resolver de acuerdo al principio general de valoración de la prueba conocida como razonada o sana crítica.<sup>73</sup>

De todo lo anterior, se obtiene que la resolución de conflictos por parte del juez, se respalda siempre en lo dispuesto por la ley.

---

<sup>71</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada”, 2 tms. 8ª ed. Ed. Porrúa, S.A., 1995, México, p. 157

<sup>72</sup> Perelman, Chaim. La lógica jurídica..., Ob. Cit. (Obra consultada en el Primer Capítulo), p. 215

<sup>73</sup> Fix- Zamudio, Héctor y José Ramón Cossío Díaz. El poder judicial en el ordenamiento mexicano, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1999, 2ª Reimp. México, p. 73



Es por ello, que el principio de la motivación legal, se encuentra relacionado con otros principios como el de la legalidad y el de la seguridad jurídica, pues *“Todo acto de autoridad, sea ley, decreto, acuerdo, reglamento, orden o sentencia, debe estar de acuerdo con la constitución; los que lo están, sin importar que provengan de órganos federales o locales, son ley suprema y deben ser obedecidos.”*<sup>74</sup>

De tal modo que la función del juez, en relación con la motivación legal hace un vínculo indisoluble que se traduce, precisamente en una de las más importantes potestades, deberes y limitaciones de la función judicial.

En nuestro escueto artículo 16 constitucional, se prevé que todo acto de autoridad deberá ser fundado y motivado. Ésta motivación consiste en que como acto de autoridad se encuentra por encima de otros razonamientos.

Por esa razón se sostiene que *“La función judicial propiamente dicha de los tribunales federales consiste, por ende, en resolver controversias jurídicas de diferente naturaleza sin perseguir ninguno de los objetivos indicados, traducándose su ejercicio en los llamados “juicios federales” esencialmente distintos del amparo, (...)”*<sup>75</sup>

Esto es, la naturaleza de los tribunales consiste en resolver toda cuestión que se le presente, de ahí que en algunas ocasiones se presente la necesidad de utilizar los argumentos jurídicos especiales en una sentencia, dando cumplimiento al principio de motivación.

Efectivamente, en cuanto a la sentencia o decisión final del juez, es importante señalar que la misma se expresa en la estructura de un silogismo, en él aparece

---

<sup>74</sup> Arteaga Nava, Elisur. Derecho constitucional, ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Segundo Capítulo), p. 25

<sup>75</sup> Burgoa, Ignacio. Derecho constitucional mexicano, Ed. Porrúa, S.A., México, 1989, 7ª ed. p. 813

una constante relación entre la premisa menor (el hecho), y la premisa mayor (la prescripción normativa), hasta llegar a la conclusión.

## 2.- Elementos de la decisión interpretativa final del juez.

Como ha quedado expuesto en el punto que antecede, la exigencia de motivar las decisiones es una obligación impuesta a los jueces en el ejercicio de su función. En el caso del sistema jurídico mexicano, dicho principio de la motivación legal, se encuentra contenido en el artículo 16 del texto constitucional.

La ubicación de la motivación legal en nuestra constitución, entre otras cosas, implica; *“La conexión sistemática de las normas jurídicas (que) se posibilita a partir de la Constitución, en tanto ella identifica y pone en movimiento los diferentes órganos y modos en que se van derivando formal y materialmente las normas subordinadas. Desde la Constitución también pueden establecerse los límites y ámbitos de validez que rigen en ese ordenamiento. La Constitución tiene por destinatarios a los intérpretes jurídicos sin exclusión y cualquiera (que) sea el nivel o carácter en el que se actúa.”*<sup>76</sup>

Esto es, como señala el autor en consulta, en el presente punto analizaremos la decisión del juez, para verificar como interpretes jurídicos, cómo encaja nuestra propuesta sin que se contraponga a la motivación legal de la sentencia de un juez, ya sea aplicando en un caso no previsto por la ley, el argumento por analogía, por mayoría de razón, por el absurdo, el sistemático, histórico, psicológico entre otros.

Es importante aclarar, que la subsunción lógica en la aplicación del derecho ya antes fue criticada, pero ello no quiere decir que la misma no se presente y que

---

<sup>76</sup> Vigo, Rodolfo Luis. Interpretación constitucional, Ob. Cit. p. 126

incluso se produzca continuamente en todo momento de la argumentación en general, lo que se criticó fue que sólo en base a una subsunción mecánica de la ley se pretenda impartir justicia.

En este punto, es importante aclarar que el sentido de la unidad del ordenamiento, permite al operador jurídico ver donde se encuentra la norma a interpretar, pues hay normas superiores e inferiores provenientes del denominado principio de jerarquía formal Kelseniano, que en nuestro país, como en muchos otros se sigue, al pie de la letra.

Así mismo, es necesario tomar en cuenta que hay centros de producción normativa adicional al poder legislativo, como lo es el poder judicial, lo que permite observar que se presentan subsistemas normativos.

Señala Rafael de Asís Roig, que para diferenciar entre centros de producción normativa y formas normativas, se observará que los primeros sólo tienen competencia para crear a las segundas, por tanto, estas últimas son la expresión o resultado de los actos normativos que son las expresiones del lenguaje natural realizado por el centro de producción normativo.<sup>77</sup>

La exigencia de coherencia, significa que cualquier norma derive necesariamente de la norma fundante básica que respalde su validez, la coherencia actúa como criterio de identificación e incluso como elemento legitimador.

La plenitud del ordenamiento refiere la circunstancia particular de ausencia de normas en un caso indeterminado, y que dicha ausencia sea cubierta por los distintos mecanismos que el ordenamiento posee para su integración, como pudiera ser los principios generales del derecho o bien los argumentos a

---

<sup>77</sup> De Asís Roig, Rafael. Jueces y normas..., Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), pp. 36-37

*contrario, a simili* o argumento analógico, *a fortiori, a completudine, a coherentia*, psicológico, histórico, apagógico, teleológico, entre otros.

En este sentido, la sentencia definitiva contendrá un razonamiento motivado y fundado, cumpliendo con el sistema jurídico mexicano, con independencia de lo que afirma el autor De Asís de Roig, cuando presenta a quienes propugnan que la decisión judicial no crea norma. A quienes por otro lado, sostienen el criterio contrario, que sí creen que se establecen normas por parte de las decisiones judiciales, pues a través de la solución de antinomias, los jueces resuelven controversias de la norma.

Otro aspecto a considerar en relación con la decisión judicial, es lo referente a que la misma puede distinguirse desde el aspecto general a través de jurisprudencia o bien, a través de fallos particulares.

Esto es, existen dos tipos de enunciados normativos judiciales: general jurisprudencia y particulares; fallo o sentencia definitiva.

Nuestra investigación se centra en el fallo o sentencia definitiva, por ello, para acercarnos a la respuesta, que resuelva el planteamiento del problema establecido, se hace necesario, mostrar la labor interpretativa del juez respecto de los hechos, así como del derecho aplicable.

Al respecto, sostiene lo que podemos considerar un elemento de la decisión judicial, Rafael de Asís Roig, que el juicio de hecho “(...) *consiste en la determinación de los hechos que van a ser calificados jurídicamente.*”<sup>78</sup>

Esto es, el juzgador tratara de presentar los hechos como susceptibles de ser analizados desde una óptica eminentemente normativa.

---

<sup>78</sup> Ibidem. p. 99

Este juicio de hecho, señala el autor, presenta tres fases principales que permitirán construir –visto desde el esquema del silogismo judicial –, la premisa menor, parte posteriormente aplicar el material correspondiente.

Las fases del juicio de hecho, comprende la presentación de los hechos, los que al no ser objeto de contemplación directa por el juez, quedan al nivel de hechos alegados, por cualquiera de alguna de las partes; la actividad probatoria, para determinar los hechos alegados, actividad que se proyecta en dos planos, los medios de prueba y los hechos en cuanto a su valoración automática.

Otro de los elementos de la decisión judicial interpretativa, se refiere al juicio de derecho, este se divide en dos fases: elección y fijación de la norma.

Esta labor consiste, en verificar qué enunciados normativos se relacionan con los hechos determinados, es decir, es una elección a través de la subsunción del hecho a la norma que lo contiene.

Al respecto, nos permitimos interpretar a Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, cuando señala que el argumento analógico, es útil –como todos los demás- para dar regulación a supuestos de hecho que expresamente no la tienen, es decir, son instrumentos al servicio de la plenitud del ordenamiento.<sup>79</sup>

En la mecánica de la decisión, operan también los conceptos de ponderación, subsunción y deducción lógica que ya fueron expuestos en el primer capítulo.

En relación a la fijación de la norma en la decisión final, esta fijación consiste en *“(...) el proceso a través del cual se dota de sentido al enunciado o conjunto de*

---

<sup>79</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La Argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 39

*enunciados normativos elegidos o creados, a la vez que se justifica el porque de su posible aplicación al caso en cuestión.”<sup>80</sup>*

Precisamente entonces, tenemos que en el momento de la fijación de la norma que se aplica en la decisión definitiva del juez, el papel que juega la interpretación es de vital importancia, así como la ponderación y la subsunción, pues en el caso de los argumentos jurídicos especiales, estos aparecen porque no hay regulación para un caso que resulte aplicable.

De tal manera, que los argumentos jurídicos especiales no contenidos en ninguna norma jurídica, operan como las razones que dan motivo a la decisión del juez para resolver un caso no regulado por ninguna ley, integrando el sistema jurídico, pues como ya hemos visto son instrumentos que sirven para mantener la plenitud del ordenamiento.

Sin embargo, especialmente los jueces en sus sentencias, no mencionan, nombran, ni señalan que sus sentencias están fundadas en los argumentos especiales, aunque existan razones para ello.

La respuesta, como hemos visto, se encuentra en la interpretación de dichos argumentos, pues pueden ser usados como principios, no obstante que tengan una naturaleza especial, que buscamos sea reconocida en la ley.

En todo caso, para pasar a la construcción de la respuesta al planteamiento del problema, vemos que Rafael de Asís Roig, haciendo cita de las fases de la argumentación de Atienza, señala que se trata de construir premisas para crear una nueva situación informativa, que contenga ya una información necesaria y suficiente en relación con la conclusión.

---

<sup>80</sup> De Asís Roig, Rafael. Jueces y normas..., Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 103

Esto es, en la argumentación jurídica, la construcción de una hipótesis de solución a un problema, es una fase fundamental para el convencimiento de lo acertado de una decisión interpretativa.

3.- La propuesta del reconocimiento “expreso” de los argumentos jurídicos especiales, conforme al modelo de argumentación de Chaim Perelman.

En este punto es importante mencionar, que nuestra propuesta se sustenta metodológicamente en el modelo del auditorio universal de Chaim Perelman, no obstante el claro manejo conceptual de los argumentos jurídicos especiales, conforme a la teoría del discurso de Robert Alexy.

Muy concretamente, consideramos que nuestra propuesta de reconocer en la ley a los argumentos jurídicos especiales, es por lo menos una idea posible y convincente, lo que le otorga la calidad de presunción, conforme a la estructura argumentativa de Perelman, pues la presunción en esta teoría es manejada como algo creíble, veraz y posible.

A fin de sustentar dicha propuesta, debemos tener presente que las normas y los principios tienen una diferenciación particular y que por ejemplo en el caso de la analogía, dicho principio general de derecho se confunde con un argumento jurídico especial.

Todo lo cual, nos conlleva a establecer que debe tenerse presente que un argumento jurídico especial, no obstante que aún no se contiene en una norma jurídica expresamente, resuelve casos por el principio de la plenitud del ordenamiento, o sea, el juez cuando los emplea, no lo menciona en su sentencia.

En este sentido, vemos que el problema no es que omita nombrar dichos argumentos en su sentencia cuando se apoya en ellos, la cuestión radica en que existen suficientes razones para concederles naturaleza propia en la ley. Esto último, con base en la autorización del sistema para integrar el caso no previsto al ordenamiento jurídico, es decir, parte de nuestra propuesta es hacer más ostensible su utilidad práctica.

Por estas razones, nuestra propuesta metodológicamente se apoya en la idea de presunción conforme a la construcción teórica de Perelman.

Esta construcción teórica de Perelman, se basa fundamentalmente en el diseño especial de un discurso, el que requiere para su éxito, el logro de la persuasión, la adhesión a sus planteamientos, por parte de quien lo escucha o a quien se dirige, a fin de demostrar una verdad objetiva y universalmente válida; muestra como premisa fundamental de su propuesta, la necesidad de prever la clase de discurso, así como a quienes deberá ser dirigido, es decir, conocer previamente el auditorio universal, entendido éste como “(...) *el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación.*”<sup>81</sup>

Este autor parte de una oposición a la concepción clásica de la demostración, concretamente a la lógica formal que se limita al examen de los medios de prueba demostrativos.

Efectivamente, siguiendo el modelo de Perelman, consideramos que nuestra propuesta contiene razones capaces de lograr la adhesión del auditorio jurídico.

Para lograr la persuasión, se requiere de un contacto intelectual entre el orador y el oyente, esto significa una disposición especial del orador, un contacto sensible, donde resulte que *“El orador admite que debe persuadir al interlocutor,*

---

<sup>81</sup> Perelman, Chaim y L. Olbrechts-Tyteca. Tratado de la argumentación..., Ob. Cit. p. 55



*pensar en los argumentos que pueden influir en él, preocuparse por él, interesarse por su estado de ánimo.”<sup>82</sup>*

Con estos presupuestos, se pretende enlazar al orador con el auditorio, a fin de facilitar la adhesión, ya que el conocimiento previo del auditorio por el orador es una condición previa en toda argumentación eficaz, según señala el autor que vamos siguiendo.

En el proceso de persuasión, se presentan diversas clases de auditorios, heterogéneos y homogéneos, en donde el orador adopta posiciones distintas, a fin de mantener la persuasión a través de diversos medios, logrando una adaptación del orador al auditorio, sin que con ello se renuncie a sus principios y escrúpulos y a la vez mantenga la objetividad.

Sin embargo, persuadir y convencer, no es lo mismo, son términos distintos, cuya identidad se hace patente ante el problema de la objetividad en el discurso, debido al auditorio universal heterogéneo, en virtud de que se tiene por persuasiva la argumentación que sirve a un auditorio particular y por convincente a la que obtiene la adhesión de todo ente de razón, es decir, la distinción es tanto cuantitativa como cualitativa.

A pesar de ello, la diferencia es mínima, pero es trascendente, ya que constituye el campo de elección de la retórica. Pero finalmente, será el auditorio universal quien decidirá si la persuasión o el convencimiento es el que debe sustentar la argumentación, así como el alcance que se les atribuirá.

Estas precisiones, nos permiten reconocer el sentido de nuestra propuesta, y su alcance conforme al propio método de Perelman.

---

<sup>82</sup> Ibidem. p. 51

Por esta razón, hay que distinguir tres clases de auditorios, el universal constituido por adultos normales (humanidad), el segundo por el único interlocutor al cual nos dirigimos y el tercero integrado por el propio sujeto cuando delibera él mismo.

De esto obtenemos, que el acuerdo del auditorio universal rebasa más que una cuestión de hecho, pasa a ser de derecho.

Si la argumentación dirigida al auditorio universal no convence, se requerirá de una elite de auditorio de características excepcionales e infalibles, pero es necesario que se esté de acuerdo con el auditorio de elite, ya que de no ser así, sus determinaciones serían como de cualquier otro auditorio particular.

Señala Perelman, que el punto de partida de la argumentación es la aprobación del auditorio, pero el discurso comienza con la elección de las premisas, que rara vez no tienen valor argumentativo. La preparación de las premisas constituye el primer paso para su empleo persuasivo.

En este sentido, Perelman establece que en la argumentación, como premisa previa, puede presentarse como hechos, verdades y presunciones, como parte de lo real y otra relativa a lo preferible que se refiere a los valores, las jerarquías y los lugares de lo preferible.

La elección de cada uno de ellos, constituye el tipo de acuerdo, que será determinante en el desarrollo del discurso y que constituirá el objeto de creencia o de adhesión.

Para Perelman, el hecho es cuando se puede postular respecto de él un acuerdo universal no controvertido. Por esta razón, y dado que para Perelman el hecho como premisa, es un hecho no controvertido, la primera premisa de nuestra investigación no es un hecho.

Es posible entender todo lo relativo a los hechos, sólo que aumenta la complejidad, pues se trata de enlaces entre hechos, al grado de teorías científicas, concepciones filosóficas o religiosas de trascendencia.

Indica Perelman, además de hechos y verdades, existen las presunciones, en donde la adhesión no es extrema, necesita de un reforzamiento exterior. Su uso no deriva en absoluto de un cálculo obtenido de los datos del hecho, lo cual explica que la presunción y el hecho atiendan su diseño, formulación específica y tienen un alcance argumentativo diferente. Sin embargo, afirma Perelman, que las presunciones están vinculadas a lo normal y a lo verosímil.

Conforme a esto, aplicando el propio método de Perelman, la propuesta de nuestra tesis, si bien, no es un hecho, no constituye una verdad, por lo menos consideramos **si es una presunción al estimarse como verosímil, la incorporación de los argumentos jurídicos especiales a una norma jurídica.**

Ahora bien, nuestra presunción radica en las razones en que se apoya la resolución del juez; éstas caen –en algunos casos-, necesariamente en argumentos especiales de tipo jurídico. Debido a la existencia de lagunas y conforme al principio de la completitud del sistema jurídico, estos vienen a integrar al mismo la solución no prevista para casos inesperados, dando certeza al sistema jurídico.

En cuanto a la certeza de la que hablamos, nos referimos a la seguridad jurídica, en términos generales significa la posibilidad de garantizar la eficacia normal de un conjunto de prescripciones justas.

Referido a la función judicial, esta se encuentra vinculada a la actividad legislativa ya que la seguridad jurídica, en el plano de la función legislativa,

consiste en la claridad, precisión y congruencia de las prescripciones legales; en el plano de la actividad judicial significa la “(...) *correcta inteligencia de esas prescripciones por parte de los encargados de aplicarlas, y en la formación de una jurisprudencia bien definida y libre de antinomias.*”<sup>83</sup>

Es por ello, que consideramos una reforma legal o la creación de una norma jurídica que incorpore a los argumentos jurídicos especiales para la toma de decisiones, concedería mayor seguridad jurídica al gobernado respecto de la función judicial.

Vale decir que lo que pretendemos aportar, es la estimación fundada para incrementar el contenido del principio de la motivación y que el legislador conceda reglas específicas, o bien, una norma jurídica que estime a los argumentos especiales como parte de las razones para motivar las decisiones, tratar de hacer “expreso” el derecho de los operadores jurídicos y solucionar casos no previstos en la ley.

Lo anterior, con el ánimo de maximizar el principio de la motivación, debiendo reconocerse que para los argumentos jurídicos especiales, no existe ninguna referencia en el sistema normativo o pauta jurídica que los establezca expresamente, sólo se encuentra el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, que dice que en materia civil a falta de ley o interpretación jurídica se aplicarán los principios generales del derecho, principios que suelen ser confundidos con los argumentos jurídicos especiales.

Esta última aseveración es un hecho cierto, conforme nos enseña Perelman, pues todos están de acuerdo, en que verbigracia, la analogía opera como principio y como argumento. En este entendido, nuestra propuesta de conceder mayor atención a los argumentos jurídicos especiales, conforme a la estructura argumentativa de Perelman, sólo puede ser ubicada como una presunción y no

---

<sup>83</sup> García Máynez, Eduardo. Filosofía del derecho, Ed. Porrúa, S.A., México, 1998, 10ª ed. p. 478

como un hecho o una verdad, por lo que requiere ser reforzado por un elemento exterior.

En este estado de cosas y siguiendo la teoría de Perelman, nuestra propuesta es un esfuerzo por lograr la adhesión de nuestro auditorio universal a la prueba de la presunción hipotética de que las resoluciones judiciales que se sustentan en los argumentos especiales jerárquicamente se encuentran al nivel de los principios del derecho, lo que consecuentemente nos da una razón de presunción de que dichos argumentos podrían ser incorporados a la ley.

## CAPÍTULO TERCERO

### LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES EN EL PROCESO DE MOTIVACIÓN DEL JUEZ, JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA PROPUESTA.

#### A. EL VÍNCULO DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES, EN EL PROCESO DE MOTIVACIÓN LEGAL, COMO PROPUESTA DE UN ESTUDIO RACIONAL.

##### 1.- Los argumentos jurídicos especiales y su aplicación en el derecho.

En los capítulos anteriores, ha quedado expuesto a través de los métodos del análisis, síntesis y de la argumentación jurídica, como afirmación de nuestra tesis, apoyados en diversas consultas, que los argumentos jurídicos especiales son instrumentos que permiten integrar el ordenamiento jurídico ante las lagunas de la ley.

En ese orden metodológico, se pretende justificar el paso de los argumentos jurídicos especiales a un reconocimiento normativo “expreso”, como sí lo tienen los principios generales del derecho; mediante la exposición de la racionalidad que ello representa. Para ese cometido, se hace indispensable explicar el tránsito de dicho razonamiento.

Este tránsito, se da acertadamente en base a la Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy, de donde se obtiene que los argumentos jurídicos especiales, reciben ese tratamiento, en virtud de constituirse por una premisa adicional a la formulada por la lógica formal, que lo hace especial.

En este sentido y a primera vista, no parece existir un vínculo entre el modelo del silogismo formal proveniente del ordenamiento y una premisa adicional que hace especial a un argumento, como para encontrar una relación inmediata.

A pesar de ello, nos parece conveniente adelantar como nota principal del presente capítulo, que nuestra tesis pretende sustentar su afirmación, en base a la concepción teórica de la racionalidad, para que a través de su respaldo, lleguemos a sostener que los argumentos jurídicos especiales, contemplan una forma no lógica de razonamiento y que ellos merecen un reconocimiento “expreso” en la ley pues cumplen con una función de integración al igual que las formas de inferencia lógica válida.

Con esto último, no queremos decir que el argumento especial no derive del ordenamiento, sino que su premisa especial que deriva de un hecho no lógico, mantenga ese carácter especial, pero que a la vez su naturaleza se reconozca en la ley.

Esta afirmación se da básicamente en virtud de que el sistema jurídico, conforme al principio de la plenitud, hace uso de los argumentos jurídicos especiales en caso de lagunas de la ley, tanto éstos como los principios generales del derecho que sí están reconocidos en el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, integran al ordenamiento jurídico, es decir, coinciden en una misma función jurídica.

Esto es, la falta de previsión en la ley de los argumentos jurídicos especiales parece irrelevante y tal vez lo sea. Sin embargo, eso no significa que no haya razones para conceder que es viable su reconocimiento en la ley, a pesar de que en la preparación de sus premisas, se conforme una que sí deriva del ordenamiento y otra no lógica que lo hace especial.

Este reconocimiento vendría a justificar la integración al sistema de casos no previstos en la ley de manera expresa, como ocurre con los principios generales

del derecho lo que no es cuestionable, pues estos sí están reconocidos en el artículo 14 constitucional.<sup>1</sup>

De ahí entonces que la racionalidad que pretendemos justificar para su reconocimiento en la ley resulte coherente.

Por esta razón, y luego del estudio de la decisión judicial en forma, nos ha parecido conveniente servirnos del concepto de la racionalidad, para justificar el reconocimiento de los argumentos jurídicos especiales en una norma jurídica.

En el capítulo segundo, presentamos una lista de principales argumentos jurídicos especiales y señalamos que los mismos cumplen con diversas funciones de integración, interpretación y creación de derecho.<sup>2</sup>

En esta investigación, hemos pretendido mostrar las funciones de los argumentos jurídicos especiales, fundamentalmente en relación con la aplicación del derecho, es decir, se ha pretendido ubicar a los argumentos jurídicos especiales en su relación con la decisión definitiva del juez.

En base a ello, no hemos incluido en la lista de referencia, los demás argumentos que clasifica Alexy, en virtud de que los mismos, no sólo incumben a la aplicación del derecho como resultado del dictado de una sentencia por parte del juez, si no que la división de argumentos de Alexy, a que aludimos, se refieren a la explicación de otros aspectos que no conforman únicamente el análisis de las premisas adicionales, no lógicas, de que se forma el argumento jurídico especial.

---

<sup>1</sup> En el Capítulo Segundo, se comentaron las principales diferencias entre principios, normas y argumentos jurídicos especiales, destacándose que los principios generales del derecho usualmente se encuentran reconocidos en una norma jurídica, lo que hace clara la regla de inferencia lógica, lo que no sucede con los argumentos jurídicos especiales.

<sup>2</sup> V. Supra, capítulo segundo, B, II, No. 1



La clasificación de argumentos que presenta Alexy, se divide en argumentos lingüísticos, genéticos, sistemáticos y práctico generales.<sup>3</sup>

Estos argumentos se encuentran orientados a apoyar la tesis central de su propuesta teórica, relativa al entendimiento del derecho como un caso especial del discurso práctico general, por lo que nos atrevimos a excluirla de la clasificación de argumentos jurídicos, pues estos últimos atienden a una finalidad teórica diversa de la que hemos predispuesto especialmente en este estudio.

No obstante lo anterior, como ya lo hemos mencionado, el uso de los argumentos jurídicos especiales tiene la pretensión de corrección, al tratarse de la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Sin embargo, vale aclarar que los argumentos sistemáticos, que se apoyan en la idea de la unidad del sistema jurídico, se subdividen en ocho subgrupos denominados: argumentos de garantía; argumentos de consistencia, argumentos contextuales, argumentos conceptuales sistemáticos, argumentos de principios, **argumentos jurídicos especiales**, argumentos prejudiciales, argumentos históricos y argumentos comparativos.<sup>4</sup>

En general, dichos argumentos obtienen su fuerza del motivo que justifica su aplicación. Esos motivos se obtienen de la teoría discursiva del derecho, siendo que los argumentos jurídicos especiales, por derivar de los sistemáticos que apoyan la idea de la unidad del sistema jurídico, afianzan directa o indirectamente la autoridad del derecho positivo.

---

<sup>3</sup> Alexy, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, (Tr. Luis Villar Borda) 1995, p. 55

<sup>4</sup> Ibidem. p. 56

Sin embargo, su adecuación a un caso práctico depende de la elección del juez, en base a su discrecionalidad, ponderación e interpretación jurídica, a fin de considerar que un supuesto no se encuentra contemplado en una norma y de esta manera aplicar un argumento jurídico especial, llenando así, una laguna de la ley, integrando el sistema.

Es decir, conforme señala Alexy, los argumentos jurídicos especiales tienen como función principal y exclusiva, la unidad del ordenamiento jurídico, incorporando premisas no lógicas que lo hacen especial.

En este sentido, si conforme a la clasificación que se genera en la teoría discursiva del derecho de Alexy, se encuentran los argumentos jurídicos especiales, como parte de aquellos argumentos sistemáticos que apoyan la unidad del derecho, no menos cierto resulta que la propuesta de Alexy, de institucionalización de la teoría del discurso, es susceptible de realizar a través de manera probable, mediante el método de Perelman, consistente en la persuasión y convencimiento del auditorio universal, lo que resulta conveniente en la justificación de esta investigación; en tanto que la incorporación de dichos argumentos que contienen una premisa no lógica que lo hace especial, parece aceptable y plausible.

2.- Principios de racionalidad que justifican el reconocimiento de los argumentos jurídicos especiales en una decisión judicial.

Como ya lo señalamos, a lo largo de nuestra investigación, hemos mostrado la inconsistencia del silogismo judicial, proveniente de la escuela del positivismo clásico, porque en relación con la función del juez, al momento de dictar su sentencia, en supuesta aplicación de la ley, se ha llegado a trascender incluso, en injusticias, de lo cual existen pruebas incontrovertibles.

Por esta razón y considerando el estado actual del procedimiento de decisión judicial, el cual continúa operando mediante el método del silogismo judicial clásico, proponemos el reconocimiento legal de los argumentos jurídicos especiales para hacer más clara la justificación legal que permite su utilización, aclarando que ello, no constituye ninguna contradicción de nuestra parte, ya que reconocemos que en la preparación de dichos argumentos, existe una premisa derivada del ordenamiento y otra que no deriva del citado ordenamiento.

Señalando que el principio de la motivación legal no resulta en nada afectado, pues es evidente que los referidos argumentos jurídicos especiales, suelen ser confundidos con los principios generales del derecho y ello no hace clara su naturaleza legal.

En síntesis los argumentos jurídicos especiales, se aplican porque lo concede el sistema normativo, pero no porque deriven de una norma jurídica que los reconozca únicamente.

Para corroborar el sentido y viabilidad de esta propuesta, no exclusivamente desde su aspecto normativo, pasaremos a formular nuestra propuesta desde la óptica meramente racional o teórica.

El origen de éste vínculo, lo podemos encontrar, desde antiguo, cuando los hombres guiaban sus actos por formulas obtenidas de dioses, mediante la actuación de los oráculos.

Por ejemplo, cuando Delfos aconsejaba evitar la guerra a los atenienses y huir, surgió el antecedente más remoto del principio de la racionalidad, pues contrario al consejo de Delfos, *“Temístocles no permite que el dictum del Oráculo se*

*imponga e insistió en su propuesta de construir una flota y enfrentar a los persas. Los atenienses siguieron el consejo de Temístocles.”*<sup>5</sup>

Es así como surge y evoluciona la racionalidad, pues el pueblo que apoyó a Temístocles, comprendió que el Oráculo de Delfos quedó desmentido, pues los griegos habían aprendido, que la historia se encontraba a cargo de los hombres.<sup>6</sup>

De esta manera, se crea la “nueva conciencia” de los hombres, porque estos, dejan de ser “criaturas” para convertirse en seres racionales.

El paso del iusnaturalismo al positivismo, se consideró como una evolución del fenómeno normativo, aunque no haya significado realmente esa idea.

*Esto es, a pesar de la racionalidad hay quienes parecen ignorar que “En los últimos años se ha producido una fuerte reacción frente a la concepción positivista de la Ciencia desde perspectivas de la Historia de la Ciencia, Filosofía de la Ciencia o Sociología de la Ciencia. Se considera que el positivismo ha muerto ya; sin embargo, aún existe una profunda influencia de sus presupuestos en la formación de los científicos y en las actitudes de éstos.”*<sup>7</sup>

De ahí que estemos convencidos de la existencia operativa de los argumentos jurídicos especiales en la motivación legal de una sentencia.

Esto es, una propuesta racional consiste en incorporar nuevos elementos para la resolución de casos, sin pretender innovar o apartarnos de la motivación tal como la conocemos.

---

<sup>5</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando. Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad, ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Segundo), p. 52

<sup>6</sup> Ibidem. 53

<sup>7</sup> Calsamiglia, Albert. Racionalidad y eficiencia del derecho, Ed. Fontamara, S.A., México, 2ª. ed. 1997, 117 pp.

Esto se aprecia adecuado, si se considera que en la actualidad ya es inconveniente seguir considerando únicamente al derecho como producto de un conocimiento puramente científico, basado en acontecimientos verificables, esto es, dejar de considerar a la jurisprudencia o al derecho como una rama de la sociología, para terminar con la tendencia de identificar la razón humana con la razón científica.<sup>8</sup>

Esa reacción frente a la concepción positivista de la historia de la ciencia, filosofía de la ciencia y de la sociología de la ciencia, entre otras; así como también de la Teoría de la Argumentación Jurídica ha demostrado que la racionalidad científica positivista es una forma de racionalidad, pero no la única.

Incluso, respecto a las teorías fuertes del positivismo jurídico como la de Hart,<sup>9</sup> referente al hábito de obediencia y la continuidad del derecho, conocido como regla de reconocimiento.

Ya anteriormente, ha quedado demostrado la inconveniencia de que el juez siga siendo un autómatas en el positivismo jurídico, y que la función judicial del juez, en la tesis positivista, se limite a la división del razonamiento judicial *“(...) en dos fases: en la primera, el juez consulta los códigos y encuentra que no existen una norma que dicte un resultado claro; hecho esto, el juez deja a un lado sus códigos e inventa una solución por su propia cuenta.”*<sup>10</sup>

Esta conducta de los jueces en el positivismo ha resultado insostenible, en tanto que vulneraba el principio de legalidad -ubicándose en la arbitrariedad, concepto

---

<sup>8</sup> Ibidem. 98

<sup>9</sup> Hart, H. L. A. El concepto de derecho, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. de la reimp., (tr. del Inglés de Genaro R. Carrio), p. 123

<sup>10</sup> Rodríguez, Cesar. La decisión judicial. El debate Hart. Dworkin, Ed. Siglo del Hombre Editores, 2002. Colombia, Bogota., p. 75

referido al actuar sin respaldo en la ley, mismo que analizamos en el marco conceptual-, el cual implica la obligación de no privar de ningún derecho a persona alguna, sino mediante la aplicación de la ley, anterior al hecho, la cual al no existir, demostraba su rotunda ilegalidad.

Más adelante el autor en consulta, aclara que no se trata de entender el procedimiento de decisión judicial como puramente racional o exclusivamente lógico. Ambos se relacionan en la medida que resulte justificada la decisión, pues la justificación de la decisión legal, versa sobre los argumentos que sustentan ésta decisión y por tanto, es un asunto de razonamientos justificativos.<sup>11</sup>

En este sentido, el campo de la racionalidad es más amplio al de la racionalidad científica, como ha querido hacer parecer el positivismo.

Todo ello, nos trae a cuenta que podemos ver, la posibilidad evidente de encontrar conocimientos racionales no estrictamente científicos, como el conocimiento filosófico; lo que nos da oportunidad de seguir sosteniendo la tesis en examen, al responder un problema importante de la práctica jurídica, no obstante que su comprobación eficaz requiera de la práctica judicial.

En efecto, en cuanto a la decisión judicial, el profesor Jerzy Wróbleski, señala que la decisión jurídica indica tres tipos de decisiones, de quien hace el derecho, de quien toma las decisiones interpretativas y de quien decide la aplicación del derecho.<sup>12</sup>

Este análisis del positivismo, racionalidad y de la función judicial en la aplicación del derecho nos permite identificar que nuestra propuesta no desatiende la oposición entre lógica formal y no formal.

---

<sup>11</sup> Ibidem. 157

<sup>12</sup> Wróblewski, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., 2001, México, p. 45

Es así como resulta importante esclarecer que por el concepto racional vamos a entender que una norma o una valoración es justificable mediante una argumentación apropiada.<sup>13</sup>

De manera más sencilla, se entiende la racionalidad, en base a una suposición por su opuesto, ya que *“Si se supone que una decisión es la conclusión de un razonamiento práctico, entonces su racionalidad depende al menos de la falta de quebrantamiento de leyes lógicas en el proceso de derivación.”*<sup>14</sup>

Con lo que nos dice el autor en cita, la racionalidad es uno de los elementos del discurso jurídico de fundamentación y éste se integra de dos elementos.

La consistencia lógica se refiere a la racionalidad de la forma de razonamiento, constituye la inferencia lógica (deductiva), corresponde a la justificación interna, conforme a su teoría, y la racionalidad discursiva, que básicamente consiste en una discusión libre, sin sujeciones llamada situación ideal de habla. Pero desde la racionalidad discursiva, el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general.

En consulta a otro autor, y a manera de síntesis, vemos que la racionalidad es una suma de procedimientos de inferencia lógica, de reglas de discusión libre, pretendiendo superar los déficit de la concepción que equipara a razón y lógica.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Ibidem. p. 46

<sup>14</sup> Calvo, Raúl y Carlos Venier. “Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales.” Pp. Isonomía 155-182

<sup>15</sup> Cabra Apalategui, José Manuel. Argumentación jurídica y racionalidad en Aulis Aarnio, Ed. Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2000, 118 pp.

Sin embargo, más adelante señala este último autor en consulta, que existe un malentendido cuando se pretende comprender a la racionalidad como ideal y sólo es un criterio que indica la dirección a seguir y posibilita la crítica.<sup>16</sup>

Por ello, estamos de acuerdo y concurrimos en que *“La racionalidad como explicitación de valoraciones se refiere a la exigencia de que se hagan explícitas y susceptibles de discusión y consiguiente control, las razones en las que se basa un juez a la hora de tomar una u otra decisión.”*<sup>17</sup>

En este punto, es importante destacar, que la importancia de la decisión judicial, radica en el momento mismo de crear la decisión, porque tal vez el juez rompe con la voluntad de las partes y así define un derecho subjetivo, concretándose una relación jurídica que se encontraba disputada.

En referencia a nuestro estudio, consideramos que las razones para incorporar los argumentos jurídicos especiales a un ordenamiento, puede o no ser una posición compartida, o tal vez no justificada como racionalidad, pero dicha propuesta, semejante a la decisión del juez, *“(...) como acto no está ajeno a la expresión de voluntad libre y, por supuesto, responsable del intérprete, sino que por el contrario la apareja.”*<sup>18</sup>

Es decir, el vínculo que empleamos para justificar nuestra propuesta, sigue el modelo en que opera la racionalidad del juez en la toma de sus decisiones, la cual como ya vimos puede o no estar de acuerdo con una de las partes.

---

<sup>16</sup> Ibidem. p. 89

<sup>17</sup> Otero Parga, Milagros. “La decisión Judicial”, Revista Semestral, Estudios Jurídicos, Escuela de Derecho integrante de Anfade, Universidad Intercontinental, Enero-Junio 2002/No. 16 Julio-Diciembre 2002/No.17 p. 147.

<sup>18</sup> Figueroa Morantes, Jorge Enrique. Interpretación constitucional y decisión judicial, Ed. Grupo Editorial Leyer, Sante Fè de Bogota, 2001, p. 63



Del mismo modo que el juez motiva sus decisiones, nuestra propuesta anhela ser más que una expresión de voluntad, pretender ser una fuente de conocimiento social para el ciudadano común, fundamentalmente porque queremos fomentar una discusión de valores predominantes, en un sistema determinado, al interior de un conglomerado social. Tratando de influir en la toma de decisiones en intereses sociales como el derecho, para ir generando pautas de comportamiento en el ámbito de lo jurídico.<sup>19</sup>

Hay quienes piensan que la racionalidad no sólo se debe limitar al proceso lógico de la discusión, si no que además, debe corresponder a la interpretación de los principios de la constitución.

Es así, que en base a la razonabilidad, pretendemos sostener nuestra tesis, porque además, la actual relación entre derecho, principio, justicia y ley, en la concepción del derecho, puede animar la problemática o la visión general de los argumentos.

Por ello, y a fin de que los argumentos se incluyan en la problemática del derecho, y toda vez que la juridicidad se evidencia en dos momentos: la categorización de los casos a la luz de los principios y la búsqueda de la norma aplicable al caso, resulta perfectamente entendible nuestra propuesta de conceder reconocimiento “expreso” a los argumentos jurídicos especiales, en una norma jurídica para practicar con mayor claridad las inferencias lógicas que un sistema normativo tiene.

Lo anterior, no perjudica a los operadores jurídicos en donde encontramos principalmente que en la resolución de casos, habrá de atenderse la ponderación, la interpretación jurídica, para seguir manteniendo la lógica del sistema y el principio de la motivación legal contenido en el artículo 16 constitucional, para lo cual se requerirá, entre otras cosas, de un procedimiento

---

<sup>19</sup> Ibidem. p. 63

en donde *“El juez como líder social debe tener las siguientes características: ser un visionario, ser un idealista, valiente, dispuesto al cambio, dispuesto a trascender su existencia mediante el compromiso, que haga de sus actos de vida actos de calidad, asumir su espiritualidad y su integridad como ser, humilde y tener por valor supremo la justicia.”*<sup>20</sup>

La función judicial así entendida, favorece los procesos de racionalización y contribuye a la unidad del sistema y del ordenamiento jurídico.

En relación con nuestro estudio, debemos señalar el objetivo no es mostrar que un enunciado (o propuesta o tesis), jurídico (como una sentencia), es absolutamente razonable, sino que es razonable en el marco del derecho válido, este criterio aplicado análogamente a nuestra propuesta, obtenemos una confirmación de nuestra tesis como razonable y aceptable.<sup>21</sup>

Es en éste contexto, en donde nuestra propuesta, por el método empleado se hace –conforme a la teoría aplicada- evidentemente consistente, pues la presunción al estilo de Perelman, que estudiamos en la última parte del capítulo anterior, resulta convincente sí consideramos que nuestra propuesta se basa en la construcción de una nueva racionalidad jurídica, de la cual la Teoría de la Argumentación Jurídica es muestra plena.

En este entendido creemos que la construcción de una ley bajo la nueva racionalidad jurídica tiende a ser más eficaz la justicia.

---

<sup>20</sup> Ibidem. p. 70

<sup>21</sup> Peczenik, Alexander. Derecho y razón, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2000, p. 12

Entendiendo por eficacia, cuando *“Una norma está bien hecha si la mayoría de los ciudadanos la obedecen espontáneamente y solo en casos excepcionales la desobedecen y en esos casos se aplica la sanción de un modo general.”*<sup>22</sup>

Ante esto, es necesario precisar dos puntos, referentes a la racionalidad de nuestro estudio, el primero en cuanto al método empleado en la elaboración del presente trabajo; y el segundo, referido a la racionalidad de la propuesta.

En cuanto al método empleado para arribar a las conclusiones de nuestro trabajo, es preciso mencionar primero que: *“Un método es un procedimiento regular, explícito y repetible para lograr algo, sea material, sea conceptual.”*<sup>23</sup>

Por esa razón, la implementación de reconocer los argumentos jurídicos especiales, cae en el terreno de lo material, por estar referido a actos que realizan los jueces interpretando una ley existente.

A lado de ello, y como las razones de nuestro estudio radican en verificar que los argumentos jurídicos especiales, pueden ser incorporados a una norma jurídica.

Resalta el hecho de que nuestra propuesta, pretende convencer y lograr persuadir, desde el punto de vista conceptual, que es viable dicha propuesta. Y una vez en un texto legal, comprobar su eficiencia considerando a la eficacia como aquello que está referido, como anteriormente lo vimos: “1) a la aplicación de la norma; 2) a su obediencia, cumplimiento, acatamiento, observancia o

---

<sup>22</sup> Calsamiglia, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*, ...Ob. Cit. (Obra consultada en éste Capítulo Tercero), p. 62

<sup>23</sup> Bunge, Mario. *Epistemología*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., México, 2002, 3ª. ed. p. 35

aceptación y 3) a la realización de sus efectos o al cumplimiento de sus fines o propósitos.”<sup>24</sup>

Esto es, como lo hemos dicho una vez en texto legal nuestra propuesta solo restaría comprobar su acatamiento y observancia por parte de los juzgadores en sus sentencias.

Este sentido de racionalidad de nuestra propuesta no ha descuidado la consulta de obras actuales, pues “(...) *la mayoría de los textos (jurídicos) se mantienen fieles a concepciones del derecho ya obsoletas; (y) que una estrategia adecuada para superar este estado de cosas requeriría de una decidida política de apoyo a la investigación institucional.*”<sup>25</sup>

### 3.- Los argumentos jurídicos especiales en la decisión definitiva del juez.

A lo largo de esta investigación, hemos visto que el artículo 14 constitucional prevé que a falta de ley, se resolverá conforme a los principios generales del derecho.

Así mismo, hemos visto que las resoluciones de los jueces, se llevan a cabo mediante una condensación mental llamada psicológica, entre hechos y derecho, con base a una inferencia lógica que así lo establece, le impone y lo obliga.

En la práctica judicial, los jueces sí se basan en argumentos jurídicos especiales. No obstante su falta de regulación “expresa” en la ley, y esto se

---

<sup>24</sup> Bonifaz Alfonso, El problema de la eficacia en el derecho, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1993, p. 10

<sup>25</sup> Sarlo, Oscar. “Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional”, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, 19 Octubre de 2003, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Distribuciones Fontamara, p. 183

debe a que el sistema lo concede como una solución aceptable, para mantener la unidad del ordenamiento.

No obstante, el tema que nos atañe aún no queda resuelto, y la pregunta clave consiste en cuestionar ¿Cuáles son las razones que impiden que los argumentos jurídicos especiales se reconozcan en una norma jurídica?, la respuesta es que no hay razones suficientes para impedir el reconocimiento normativo de dichos argumentos en la ley, y por el contrario, sí existen razones suficientes para justificar su reconocimiento en una norma jurídica.

En apoyo de nuestra postura, consideramos que la falta de previsión legal de los argumentos jurídicos en una norma de manera expresa y explícita impide el desarrollo del principio universal de la motivación legal de las sentencias emitidas por jueces.

Consideramos que al no estar reconocidos los argumentos jurídicos especiales en una regla o norma que los reconozca expresamente, puede llegar a esgrimirse que esa ausencia, frente a la sentencia que utiliza un argumento, puede derivar en una sentencia contra derecho, ya que *“Sentenciar contra la regla constitucional (de derecho formal o informal) vigente, en resumen, significa resolver en oposición a sus prescripciones (entendidas primero según la letra, pero dando primacía a la voluntad de sus autores, cuando ésta es realmente detectable), o también contra su ideología, ya que la constitución no es sólo una estructura de poder, sino también una estructura de valores (aquellos que conforman su “techo ideológico”), tan importante (y tal vez más decisiva) que la primera.”*<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Sagüés, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la constitución, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 110

En este entendido y de acuerdo a que ni la constitución, ni ninguna otra ley reglamentaria prevé el uso de los argumentos jurídicos especiales, se presenta el caso de resolver contra la constitución o fuera de ella, pues de esta forma, se hace necesario *“(...) reconocer que hay casos de imposibilidad material, o de imposibilidad racional, de cumplimiento de la Constitución (casos en que, de efectivizarse la regla constitucional, se produciría la quiebra del sistema político, el caos social o entraría en juego la supervivencia misma del Estado).”*<sup>27</sup>

En sentido contrario, también hay casos en donde no es posible emplear alguna regla porque no existe, y es ahí cuando opera el argumento jurídico especial de *a simili* o analogía.

En síntesis, no interpretar la constitución por cuanto a su contenido, implica una perversión constitucional, además del cambio constitucional dejando de tener entidad y consistencia, para transformarse en aquello que su operador interprete quiera que sea.

Esto es, la falta de reconocimiento de los argumentos jurídicos especiales, es un defecto más en la ley que aún no ha sido resuelto y que los jueces suplen por autorización constitucional, sin hacer cita de los principios generales que lo respalden, pues como hemos advertido, el sistema jurídico sí reconoce estas formas de solución al conflicto a través de la auto integración, pero no existe un reconocimiento expreso en la norma jurídica.

En estas condiciones, estamos de acuerdo con lo que señala Saguéz, respecto de la función del poder judicial, ante una deficiencia de la ley en que *“(...) el jurista debe advertir que el Poder Judicial no es culpable si, ante normas constitucionales inconvenientes, los responsables del proceso de reforma constitucional miran hacía otro lado y permanecen de brazos cruzados. Si la Constitución indica como reformarse, el principio de corrección funcional,*

---

<sup>27</sup> Ibidem. p. 111

*aconseja que cada uno asuma sus obligaciones y que el autorizado a cambiar la Constitución, ponga en marcha el trámite de enmienda; y no que, ante su inacción sea la judicatura quien sin más lo reemplace.”<sup>28</sup>*

Inspirados en lo que ya ampliamente ha quedado debatido en torno a la autonomía del juez, en su función judicial, e insistiendo en que conforme a una racionalidad jurídica, el paso de las razones a los argumentos jurídicos se hace aceptable, de nueva cuenta podemos apoyarnos en que el juez, puede encontrar alternativas legales para solucionar el tema de la inclusión de los argumentos jurídicos, no obstante la falta de reforma legal que sugerimos, dado que *“El proceso de “vigencia real” de la ley, el que va de su formulación abstracta a la aplicación efectiva mediante coacción, pasa por la fase decisiva de su interpretación, de su aplicación por el juez, en cuyo acto aparecen, inevitablemente, las convicciones, ideológicas y la actitud psicológica de éste, dentro de los casos que la formulación de la ley permite, que en la mayor parte de los casos son lo suficientemente amplios como para autorizar soluciones “lógicas” diferentes e, incluso, opuestas.”<sup>29</sup>*

Tomando en cuenta que la sentencia no es la voluntad del estado, sino que es la voluntad del juez, los argumentos pueden ser adicionados a la “vigencia real” del derecho.

Así, teniendo como principio la independencia del juez, es posible notar que los argumentos pueden ser o no usados en su motivación jurídica, lo que justifica nuestra investigación.

Entendiendo como independencia judicial, al requisito indispensable de toda justicia moderna, en donde: *“El juez no ha de tener más subordinación que a la*

---

<sup>28</sup> Ibidem. p. 112

<sup>29</sup> Rodríguez Aguilera, Cesáreo. *El poder judicial en la constitución*, Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1980, p. 16-17

*Ley, y las partes no pueden tener, frente a sus disposiciones otra vía que el recurso. El Juez condena o absuelve, delimita los derechos en conflicto de las personas e impone su decisión; manda y ejecuta lo mandado.*<sup>30</sup>

Siendo entre otros principios del poder judicial la independencia, inamovilidad, exclusividad, plenitud, unidad, asociación y libertad política, que no son materia de estudio en esta investigación.

Llegado a este punto, es necesario destacar que, uno de los objetivos de nuestro trabajo, es contribuir a la tarea que las nuevas corrientes del derecho, ya han comenzado, a fin de apartar al juez, del andamiaje formalista, en que lo sujetó el positivismo jurídico y dejar de considerar que *“El juez se ha convertido en un funcionario dócil, domesticado por el sistema de gobierno (En virtud de que) El poder descubrió que podía ejercer su grave dominio sobre las agencias judiciales que han sido enseñadas a no salirse de ciertos cánones estrechos fijados por la ley.*”<sup>31</sup>

La respuesta a la problemática, que además es cierta, en cuanto a que los jueces sólo permanecen atentos a sistemas rígidos y estrictos del derecho, en donde no tienen ninguna función creadora, parece completarse con el reconocimiento normativo de los argumentos especiales, para hacer más extenso las razones legales motivadas por las formas especiales de argumentación que no derivan de la lógica jurídica exclusivamente.

Creemos serio hacer notar, que aún cuando los jueces en el ejercicio de su independencia de otros poderes, llegan a dictar sus sentencias contra lo que expresamente le permite la ley, aún en esos casos, el principio de la seguridad jurídica, se vería mayormente robustecido, en tanto que no es intención de este

---

<sup>30</sup> Ibidem. p. 103

<sup>31</sup> Herrendorf, Daniel E. El poder de los jueces. Como piensan los jueces que piensan, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 2ª ed. p. 37



estudio, pretender someter a los jueces a normas absurdas, al contrario, primeramente dar un paso a favor de la función judicial que permita mayor flexibilidad en la resolución de casos.

Esa relación de sometimiento irrestricto de los jueces a la ley, como dice Herrendorf, es deleznable, porque los jueces tienen la obligación de respetar las pautas de razonabilidad y otorgar en sus decisiones suficiente fuerza de convicción, al grado de dictar sentencias

*“(...) al margen de la ley fundándolas debidamente; pueden incluso decidir contra la ley (sentencias contralegem de acuerdo a la clasificación tradicional), o pueden declararla inconstitucional si tal cosa procediere.”<sup>32</sup>*

De esta manera, la incorporación de los argumentos jurídicos especiales, en la normatividad jurídica para la decisión del juez, permitirían enriquecer el ejercicio judicial, pues éste, también es creación orientada y determinada por normas generales que regulan el procedimiento, sin contrariar el contenido de la norma que debe crearse.<sup>33</sup>

En este sentido, nuestro estudio muestra una propuesta -a causa de la estrechez de la actuación de los jueces en su función judicial- que permitiría que los argumentos jurídicos especiales, continúen resolviendo casos mediante sentencias, sin que implique violación de la ley, pues ya en el marco de un constitucionalismo, en donde la autoridad juez, como parte del gobierno, mantiene una “*correcta sumisión*” al derecho, la incorporación legal como se propone, constituye únicamente una ampliación más al principio jurídico inmovible de la motivación legal.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Ibidem. p. 178

<sup>33</sup> Fayt, Carlos S. La supremacía constitucional y la independencia de los jueces, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 57

<sup>34</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando. Introducción al estudio de la constitución, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1998, (ed. correg.), p. 83

Con nuestra propuesta, la legalidad no quedaría rebasada de ningún modo, en virtud de que se seguiría observando; *”(...) el necesario sometimiento y subordinación de la administración pública al “bloque de la legalidad”, integrado no sólo por las leyes formales emanadas del órgano legislativo, sino también por los principios y normas constitucionales y normas del derecho material que puede ser establecido por la misma administración actuando dentro de la competencia que le haya sido reconocida.”*<sup>35</sup>

En síntesis, los argumentos jurídicos especiales, en la decisión definitiva del juez, viene a favorecer el cumplimiento de la ley, así como a robustecer la función judicial en su independencia e imparcialidad, pero sobre todo, fortalece el principio de motivación legal.

---

<sup>35</sup> Escola, Héctor Jorge. Legalidad, eficacia y poder judicial, Ed. Depalma, 1997, Buenos Aires, p. 37

## CAPÍTULO CUARTO

### LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA Y ESTUDIO PRÁCTICO DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

A. EXPLICACIÓN TEÓRICA QUE SUSTENTA LA PROPUESTA DE “RECONOCIMIENTO EXPRESO” DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

1.- Los argumentos jurídicos especiales, como nuevo paradigma en el moderno Derecho Mexicano.

Vamos a entender por paradigma, al referirnos a los argumentos jurídicos especiales, como producto de una teoría jurídica novedosa.

Pretendemos hacer un enlace de nuestros textos legales, con las tendencias teóricas modernas entre ellas: las racionalistas, lingüísticas, sociologistas, realistas y de la nueva retórica o argumentación jurídica.

Este nuevo paradigma encuentra apoyo en la práctica jurídica, gracias a la frecuente utilización de los argumentos especiales por parte de jueces en sus resoluciones.

Nuestra intención es justificar, cómo se incorporan los argumentos jurídicos especiales a estas tendencias de modernidad.

En este sentido, vemos buenas razones para deducir que se demuestra la conveniencia de incorporar expresamente al sistema jurídico los argumentos jurídicos especiales, siempre que tomemos en cuenta que, “*Demostración y*

*definición son, en consecuencia, las dos operaciones fundamentales por medio de las cuales puede desarrollarse una teoría deductiva.* <sup>1</sup>

Esto es, mediante el método de la Teoría de la Argumentación Jurídica, pretendemos llegar a una conclusión plausible, en la que se demuestre que nuestra propuesta es jurídicamente posible.

En anteriores capítulos demostramos que los viejos esquemas teóricos, han terminado en la práctica en rotundas injusticias, que los han hecho inviables, de ahí nuestro interés por generar nuevos esquemas teóricos en la ley, para que el juez tenga mayor campo de acción en su decisión jurídica definitiva.

De esta manera, se explica que el aspecto teórico tiene fuertes vínculos con la práctica jurídica, como más adelante veremos, de tal forma que las decisiones de los jueces se ven necesariamente relacionadas con los criterios generales de la sociedad, así como con las investigaciones dogmáticas que van construyendo modernas teorías jurídicas.

En ese sentido, empleamos el término paradigma para referirnos a una propuesta personal, que conforme a la metodología de la argumentación jurídica, parece satisfacer nuestra inquietud académica, sin que nos parezca un auténtico descubrimiento teórico, pues *“Con respecto a los “descubrimientos teóricos” en el derecho sostengo que quien “descubre” algo (como podría ser la estructura piramidal el orden jurídico) “¡no encuentra nada!” las teorías jurídicas novedosas (paradigmas o prospectos de paradigmas) no son otra cosa que una organización mental personal que en principio es autosatisfactoria, [como nos parece que resulta nuestra tesis} pero que, al darse a conocer públicamente tiene el poder persuasivo suficiente como para programar mentes ajenas que a su vez programen a otras y así hasta convertirse en un pensamiento común que*

---

<sup>1</sup> Blanché, Robert. *La axiomática*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 24

*hay que entender para pensar homogéneamente y participar en ciertos contextos comunicacionales jurídicos.”<sup>2</sup>*

Es decir, el reconocimiento legal de los argumentos jurídicos especiales es una propuesta que logra una justificación derivada del texto de la ley, en comparación con el contenido de cada tendencia teórica que presentamos:

a) Justificación de la propuesta en teorías relacionadas con la modernidad.

El reconocimiento legal de los argumentos jurídicos especiales, tiene justificación en una teoría moderna que tiene una aspiración contraria a la visión clásica del positivismo tradicional desarrollado en el siglo XIX, el cual, “(...) sostenía que el orden jurídico era completo, esto es, que no tenía contradicciones internas ni vacíos que debieran ser integrados. Lo anterior se debía a la concepción del Poder Legislativo como órgano supremo del Estado, el cual no podía, por su naturaleza, aprobar leyes contrarias entre si. La concepción mecánica de la actividad jurisdiccional impedía a los jueces el ejercicio de una función deliberativa y valorativa, y los constreñía a una aplicación literal de la ley. La hegemonía legislativa en la interpretación y la debilidad del poder judicial influyeron en la construcción de un modelo de Estado de derecho cerrado.”<sup>3</sup>

Esto es, nuestro ordenamiento jurídico es resultado de esa concepción positivista que continúa imponiendo la aplicación literal de la ley en la función jurisdiccional.

---

<sup>2</sup> Cáceres Nieto, Enrique. Las “Teorías Jurídicas” como realidades hermenéuticas. *Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Número 103, 7 marzo 2003. México, p.16

<sup>3</sup> Nieto Castillo, Santiago. Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, Una propuesta garantista, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, México, p. 9

Esa visión positivista de la función judicial, que ha impedido su carácter deliberativo y valorativo se muestra claramente en nuestra Constitución, cuando establece que toda resolución o acto de autoridad deberá estar fundado y motivado, sin que nuestra propia Constitución distinga entre principios y normas, no obstante que sí prevea los principios generales del derecho. Esto adquiere relevancia cuando las resoluciones se vuelven arbitrarias, pues solo el juez es quien establece cuando un acto es fundado y motivado, al no existir ninguna otra condicionante legal en los artículos 14 y 16 constitucionales.

En este punto, cobra importancia definir el papel de los argumentos jurídicos especiales para su reconocimiento en la ley, en tanto que los principios del derecho, son guías que no operan conforme a la reglas (normas) del todo o nada, según Dworkin.

Sin embargo, adicionalmente a la naturaleza de los argumentos jurídicos especiales, debemos tomar en cuenta cómo se emplean y usan dichos argumentos en la función jurisdiccional.

Con respecto al cómo se utilizan los argumentos jurídicos especiales, vemos que en la teoría pragma-dialéctica de la argumentación, el derecho se describe como un acto de habla, cuyo complejo propósito, consiste en “(...) *contribuir a la resolución de una diferencia de opinión o una disputa.*”<sup>4</sup>

Tenemos entonces que nuestra propuesta desde la visión de las modernas teorías del derecho, parece incrementar aún más los “*actos de habla*” generadores de nuestro texto (derecho), que constituyen las decisiones jurídicas.

---

<sup>4</sup> Eemeren, Frans H. y Grootendorst Rob, Argumentación, comunicación y falacias, Una perspectiva pragma-dialéctica. Ed. Ediciones Universidad Católica de Chile. 1992, Chile, (Tr. de Celso López y Ana María Vicona), p. 29

Esto es, desde la concepción del derecho como sistema de comunicación, el ordenamiento jurídico es un texto generado por actos de habla, a los que se les llama decisiones jurídicas y estas generan derecho, o sea, generan texto organizativo-regulativo; concebido como un proceso inacabado hasta que el ordenamiento desaparezca.<sup>5</sup>

Concebido el derecho de esta manera, el juez tendría la opción de comunicar mejor sus decisiones, en especial resolver casos específicos conforme al argumento jurídico especial atinente al caso, en tanto que conforme a esta teoría, la decisión es el elemento dinámico del derecho.

Este enfoque pragmático dialéctico, pretende la resolución de conflictos, mediante el discurso argumentativo, partiendo de un texto argumentativo que es la “completa constelación de enunciados orales o escritos” de los que se parte para la defensa de una opinión.

Sin embargo, estos avances teóricos en materia de derecho, no siempre se ven reflejados en países en donde siguen intocados diversos mecanismos políticos, que impiden el cambio del derecho, pues se observa que existen diversas instituciones claves, “(...) *inequívocamente dirigidas a afianzar el status jurídico presente y a no admitir modificaciones en el. De lo que se trata, según su designio, es de que la estructura social vigente y algunos resortes primordiales del régimen económico no puedan cambiar. Se trata de doctrinas jurídicas {como la de la argumentación jurídica, en que se apoya nuestra tesis} que evidentemente exceden el plano del Derecho, pues no toca al jurista, como tal, ni propiciar cambios en el régimen político, social o económico, ni impedir que ellos se produzcan, pues ello concierne exclusivamente a la política.*”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Robles, Gregorio. El derecho como texto, (Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho), Ed. Civitas, S.A., 1998, Madrid, España, p. 15

<sup>6</sup> Novoa Monreal, Eduardo. El derecho como obstáculo al cambio social, Ed. Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., México, 1995, 11ª ed. (1ª ed. 1975), p. 177

Por estas razones, denominamos “nuevo paradigma” al reconocimiento de dichos argumentos especiales en una ley, por que pretendemos darle un nuevo cauce a la función jurisdiccional.

Anotado lo anterior, vemos que existe una constante relación entre política y derecho, de tal manera que, si bien es cierto en la Teoría Jurídica Contemporánea se habla de que ha sido superada la corriente positivista, también es cierto que la ley sigue siendo insustituible.

Al respecto, afirma García de Enterría, que *“La Ley es tal porque ha sido querida por el pueblo, a través de su representación parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo.”*<sup>7</sup>

Como podemos observar de la aportación del autor en cita, la cercanía del juez con la ley y la aplicación que corre a su cargo, explica que los argumentos jurídicos especiales una vez incluidos en la normatividad jurídica, representarían nuevos elementos para dar las razones de su motivación sin problema alguno.

Esa cercanía con la ley, se explica en las sociedades modernas bajo su firme oposición a poderes no democráticos, con poderes absolutos, *“El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática,”*<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> García de Enterría, Eduardo, El derecho, la ley y el juez, Dos estudios, Ed. Civitas, Madrid, Reimp., 1997, p. 50

<sup>8</sup> Ibidem, p. 51



En efecto, el papel de las sociedades democráticas no es el de descodificación general, o bien, reinstalar al juez en la idea del soberano, conforme al **Ancien Régime**, si no respetar el derecho humano a la legalidad.

Esto es, en la sociedad actual no se pretende sustituir la ley, pero si hacerla más flexible para reconocer nuevos derechos derivados de valoraciones sociales, culturales, económicas, entre otras.

Esa flexibilización encuentra explicación con el cambio que ha experimentado el sistema jurídico mexicano, en los últimos treinta o cuarenta años, donde se tiene conocimiento que "(...) en los últimos diecisiete (años) en que se ha instalado una *"infraestructura jurídica" (normas, instituciones y procedimientos) que es nueva casi en su totalidad. Estos cambios se corresponden con una nueva conciencia social sobre la importancia del derecho para alcanzar la modernidad, pues tanto el gobierno como significativos sectores de la sociedad han llegado a considerar que el derecho es, cada vez más, un instrumento indispensable para la consolidación de un sistema político democrático y de una economía de mercado.*"<sup>9</sup>

La modernidad no se contempla como obstáculo para el crecimiento del derecho, y éste a su vez, tiene el deber moral de ir construyendo las respuestas a los avances de la sociedad.

En torno a los avances de la sociedad, podemos ver como dato revelador del cambio producido en el sistema jurídico de los últimos años, que el incremento de tesis de jurisprudencia, en materias de asuntos internacionales como extradición de jerarquía de leyes, patentes, marcas, extranjeros, entre otros, demuestra los crecientes y diversos criterios de interpretación judicial, lo que es

---

<sup>9</sup> Fix Fierro, Héctor y Sergio López-Ayllón. *"¡Tan cerca, tan lejos!": Estado de derecho y cambio jurídico en México, (1970-1999)*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, p. 5

significativo después de 1988, precisamente en los años en que la tendencia hacía un sistema jurídico judicial más visible.<sup>10</sup>

Esto nos permite sostener que los criterios judiciales se forman de la interpretación de la ley, por lo que ella debe cambiar para mantener su deber moral de obediencia.

Para esto, la propuesta de reconocimiento “expreso” de los argumentos jurídicos especiales en una norma jurídica, encaja justificadamente en el moderno análisis del derecho, en tanto que *“La filosofía del derecho moderna intenta reconstruir la estructura categórica y normativa fundamental del derecho, esto es, intenta reconstruir las categorías jurídicas y los principios normativos fundamentales, sobre los cuales se erige el edificio del derecho moderno.”*<sup>11</sup>

Con nuestro análisis, pretendemos contribuir a la elaboración de un derecho moderno, para favorecer las prácticas modernas del derecho.

Para entender el origen de la modernidad, en términos históricos-pragmáticos, algunos autores conceden a la racionalidad, el rasgo más característico de modernidad, debido a que ella ha generado la especialidad científica, la cual condujo a la sociedad a una mejor organización humana, que transformo el mundo, gracias al lugar especial que se concedió a la ciencia y a la técnica, hasta arribar a la revolución industrial.<sup>12</sup>

Es por ello, que en esta investigación, pretendemos emplear el término “moderno” sólo –inicialmente- como lo opuesto a lo antiguo, a lo establecido, así, sin más pretensiones.

---

<sup>10</sup> Ibidem. p. 63

<sup>11</sup> Tuori, Kaarlo. Positivismo crítico y derecho moderno, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1998, (Tr. del Ingles de David Mena), p. 16

En nuestro medio nacional, se dan gratas muestras de avances teóricos aislados, como se deduce de las entrevistas que realiza el maestro Rodolfo Vázquez, en donde se advierte el deseo de superación de la obra jurídica mexicana, de algunas personas como el Profesor de la Universidad Autónoma de Puebla Oscar Correas, cuando señala que, *“Si se pudiera, buscaría también alguna forma de informatización de los argumentos utilizados por los jueces. Me parece que la publicidad de sentencias y argumentos, y el estudio de ellos en la universidad, no puede sino redundar en un mejoramiento del ejercicio del derecho (...)”*<sup>13</sup>

Como se advierte de la cita anterior, nuestra propuesta coincide con el desarrollo moderno del derecho, en donde el análisis de los argumentos de los jueces es fundamental para la comprensión de la función judicial.

En similares términos, la Profesora de la Universidad de Tlaxcala, Guadalupe Sánchez, en torno al nivel de los profesionales del derecho en nuestro país, menciona *“La gran desgracia de los abogados en México es que son buenos litigantes pero no tienen ni idea de su papel en el mundo jurídico, del de los jueces, del de los académicos, del de los legisladores, etcétera, es decir, de todos los planos del conocimiento y del quehacer jurídico,”*<sup>14</sup>

Esos inconvenientes son la razón de nuestro estudio, a fin de establecer nuevos criterios teóricos en la ley. En este sentido, el derecho moderno es “(...)

---

<sup>12</sup> López Ayllón, Sergio. Transformaciones del sistema jurídico y los significados del derecho en México, La encrucijada entre tradición y modernidad, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, México, p. 10

<sup>13</sup> Vázquez, Rodolfo y Lujambio, José María. La filosofía del derecho contemporánea en México, Testimonios y perspectivas, Ed. Instituto Tecnológico Autónomo de México y Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 47

<sup>14</sup> *Ibidem.* p. 136

*producto de las decisiones explícitas de los órganos del Estado que expiden las normas jurídicas.”<sup>15</sup>*

Esto es, en las decisiones de cambio y modernidad, el Estado y la sociedad deben ir juntos. Al respecto, el maestro Eduardo Novoa Monreal, sostiene que, *“La norma jurídica no puede determinar por si misma, una transformación profunda de la sociedad.”<sup>16</sup>*

b) Justificación de la propuesta en teorías relacionadas con el uso del lenguaje.

En este apartado, veremos de qué manera, el reconocimiento “expreso” de los argumentos jurídicos especiales en el sistema jurídico mexicano, tiene una justificación teórica en relación con el uso del lenguaje en la construcción del derecho.

En torno a la importancia del lenguaje, Krawietz, señala que no basta con *“(…) entregarse a un creciente interés puramente práctico por la fundamentación jurídica del lenguaje jurídico y por la justificación normativa de la decisión jurídica.”<sup>17</sup>*

Esto es, existen diversos métodos para el estudio y justificación de una moderna creación del derecho y explicando el fenómeno jurídico, partiendo desde: *“(…) una consideración realista del derecho, que no limita sus reflexiones simplemente a una interpretación normativa de textos fijados por el lenguaje jurídico, sino que, en conexión con los textos del derecho vigente y establecido socialmente, se orienta desde un principio hacía las relaciones recíprocas que,*

---

<sup>15</sup> Tuori, Kaarlo. Positivismo crítico y derecho moderno, ... Ob. Cit. (Obra en consulta en este Capítulo Cuarto), p. 14

<sup>16</sup> Novoa Monreal, Eduardo. El derecho como obstáculo al cambio social, ... Ob. Cit. (Obra en consulta en este Capítulo Cuarto), p. 210

<sup>17</sup> Krawietz, Werner. Concepto sociológico del derecho y otros ensayos, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2ª ed., 1994, (1ª ed., 1993), p. 88

*según la experiencia, existen entre las normas jurídicas y el comportamiento social humano.”<sup>18</sup>*

Esto es, de la consulta anterior, podemos ver que en la construcción del derecho, en base al uso del lenguaje, se presenta una interacción entre la sociedad, el lenguaje, la política del estado, y otros factores más que determinan la creación, explicación y sobre todo la aplicación del derecho.

En ese sentido y para referirnos específicamente a las prácticas e interacción de la sociedad, el estado, el lenguaje y el derecho, el autor Tuori Kaarlo, - seguramente como parte del resultado de su análisis del derecho de una sociedad compleja- sostiene que en las prácticas jurídicas hay una estrecha relación, que viene a constituir el nivel superficial del derecho, en donde se encuentran las leyes, las decisiones jurisdiccionales y los puntos de vista de la dogmática. Esta interrelación produce un cambio en la cultura jurídica y en la denominada estructura profunda del derecho.<sup>19</sup>

La interrelación a que se refiere el autor en consulta, Tuori Kaarlo, produce relaciones de sedimentación, constitución, limitación y justificación.

Por sedimentación entendemos, el sustento de los cambios que produce cada decisión de los tribunales, cada contribución de estudios de dogmática y la legislación que se produce.

Esto es, los cambios que se producen por la interrelación, proveen de herramientas conceptuales normativas y metodológicas sin las cuales sería imposible al legislador legislar, al juez tomar decisiones y al especialista sostener algún punto de vista teórico o dogmático.

---

<sup>18</sup> Ibidem. p. 87

<sup>19</sup> Tuori, Kaarlo, Positivismo crítico y derecho, ... Ob. Cit. (Obra en consulta en este Cuarto Capítulo), p. 14

De ahí que se diga que sedimenta, se entiende como apoyo, sustento y respaldo de la relación en el derecho superficial.

Entonces, la relación constitutiva implica que dichos cambios generan nuevo material jurídico que da forma a las decisiones, de ahí que la relación sea constitutiva.

Además de la función constitutiva y de sedimentación, el cambio en las relaciones que genera la cultura jurídica y la estructura profunda del derecho, produce una relación de limitación, que además de propiciar las condiciones que generan la regulación de nuevo derecho, a la vez también lo limitan, en tanto que se restringe el movimiento continuo de la toma de decisiones jurisdiccionales y de investigación en dogmática jurídica, atrás de “(...) *los principios jurídicos (que) limitan el alcance y contenidos posibles de las regulaciones jurídicas y de las decisiones de los tribunales.*”<sup>20</sup>

Es decir, el derecho cambia, pero el cambio también tiene un límite que a la vez sirve de justificación para las decisiones de los tribunales y los puntos de vista de la dogmática jurídica.

En este sentido, nuestra propuesta de cambio normativo, tiene un límite, demostrándose entonces, que sí es posible el cambio por derivar de una decisión y que el derecho así establecido, puede ser cambiado por nuevas decisiones.

Estas nueva decisiones habrán de observar principios éticos y humanos para que este “(...) *progreso jurídico no termine siendo inhumano, las mejoras técnicas del derecho tienen que estar orientadas hacia el progreso pragmático y éste hacia el progreso ético. Como la moralidad en derecho se llama justicia*

*política, en el caso del progreso jurídico lo que importa, en última instancia, son mejoras en el sentido de la justicia.”<sup>21</sup>*

En efecto, la construcción moderna del derecho debe alcanzar concomitantemente la justicia, por ello, depende de la forma en que se construya el ordenamiento jurídico y la postura filosófica jurídica que se pretenda en una determinada sociedad.

Por todo esto, podemos asumir el riesgo de que nuestra propuesta tiene una amplia justificación teórica y un amplio margen de verdad en las conclusiones parciales que venimos mostrando, entendiendo por verdadero aquello que puede ser racionalmente aceptado bajo condiciones ideales.<sup>22</sup>

Es decir, en términos prácticos, nuestra propuesta es viable, en tanto que la inclusión legal de los argumentos especiales, descansa en que la moderna teoría jurídica, “ (...) es el uso del lenguaje el que determina su significación y nuestras posibilidades de comprensión y manipulación del derecho”<sup>23</sup>

En síntesis, el uso del lenguaje facilita el empleo de los argumentos jurídicos especiales que cumplen con la función de integración del ordenamiento jurídico, lo que equivale a aceptar su instalación en el ordenamiento jurídico mexicano.

2.- Los Argumentos Jurídicos Especiales y su ubicación en el debate luspositivista **versus** lusnaturalismo.

---

<sup>20</sup> Tuori, Kaarlo, Positivismo crítico y derecho, ... Ob. Cit. (Obra en consulta en este Capítulo Cuarto), p. 15

<sup>21</sup> Hoffe, Otfried. Estudios sobre teoría del derecho y la justicia, Ed. Fontamara, 2ª ed., México, 1997, p. 93

<sup>22</sup> Habermas, Jürgen. Verdad y justificación. Ensayos Filosóficos, Ed. Trotta, Madrid, 2002, (Tr. de Pere Fabra y Luis Díez), p. 246

En el presente apartado, mostraremos la manera en que se relaciona el tema investigado, en el debate sustentado por Hart y Dworkin.

En ese debate, nos mostramos partidarios de Dworkin, en tanto que los argumentos jurídicos especiales al integrarse de una premisa no lógica que lo hace especial, cumplen con su función de instrumento de integración al sistema de casos no previstos en la ley, mediante el proceso de ponderación y deducción necesariamente valorativa que no descuida el contenido de la ley por parte del Juez en el dictado de sus sentencias.

Este debate arroja luz sobre la discrecionalidad del juez en la aplicación del derecho, lo que nos demuestra que la elección de un argumento especial puede ser la aplicación de la ley una vez que dicha forma de argumentación sea resultado de ese acto legislativo que le da vida.

En cuanto a este debate, nuestro maestro Eduardo García Maynéz, cree que dicha controversia filosófica se origina de un error, que consistía en que para los jusnaturalistas clásicos, era posible la construcción de un sistema de derecho natural sobre unos pocos principios básicos, ignorando la relatividad esencial de los valores jurídicos, en relación con las circunstancias de espacio y tiempo; por su parte, los positivistas caían en el error de creer que el derecho natural era irrealizable, pues en cuanto se positivizaban los valores, quedaba destruida su propia esencia.<sup>24</sup>

En torno a la aplicación del derecho, el maestro Máynez adelantaba que se presentaba una síntesis entre moral y derecho, pues el derecho positivo, tiene la pretensión de ser justo.

---

<sup>23</sup> Suárez Llanos, Leonor. "Planteamiento analítico-iusanalítico: el aspecto ontológico", *Isonomía*, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. 22 de abril de 2005, ITAM-Distribuciones Fontamara, p.188

<sup>24</sup> Vázquez, Rodolfo. "Eduardo García Máynez y el debate positivismo jurídico-jusnaturalismo.", *Revista de la Facultad de Derecho*, Tomo LII, Número 237, 2001, p. 244



Ahora bien, para justificar nuestra propuesta en la idea teórica de Dworkin, debemos identificar los supuestos denominados casos fáciles y casos difíciles.

En cuanto a esto, Dworkin establece que para los casos fáciles, aparentemente la respuesta se encuentra en una norma que contiene la solución, por ello, basta solamente buscarla y aplicarla al caso a resolver. En los casos difíciles, el problema no parece tan sencillo, en ellos, el debate se centra en lo cuestionable de la discrecionalidad del juez, debido a que en el caso difícil, existe más de una respuesta o a veces no hay una respuesta clara en el ordenamiento.

En torno a nuestro estudio, un caso difícil se presenta cuando ante la ausencia de una norma para un caso, se emplea el argumento jurídico de *a simili* o analogía que resuelve el caso no regulado de manera análoga a otro sí regulado.

Podemos adelantar, conforme a esta división de casos fáciles y difíciles, que el empleo de los argumentos jurídicos especiales se identifica con esta teoría, pues la decisión del juez implica una actitud valorativa.

Es decir, a partir de que los argumentos especiales se configuran con una premisa no lógica que no deriva del sistema, se aplican atendiendo la ponderación del argumento específico más atinado posible, pues no hay una regla que prevea el caso particularmente.

Así, Dworkin sostiene que los jueces cada vez que deciden, crean una nueva ley, pero generalmente estas nuevas declaraciones de derecho se presentan como informes mejorados de aquello que el derecho bien comprendido ya es.

En síntesis sostienen que la nueva declaración puede ser su sentencia, es requerida para una correcta percepción de los verdaderos fundamentos del derecho.<sup>25</sup>

En este sentido, Dworkin sostiene que su teoría de los casos difíciles, es mejor que la que presenta el positivismo jurídico, pues ésta última, confiere al juez la discrecionalidad para resolver los casos difíciles, y presupone la existencia de un derecho preexistente de una de las partes, pero ello es sólo una ficción.<sup>26</sup>

Para superar la tesis del positivismo jurídico, en cuanto a la discrecionalidad en los casos difíciles y no resolver un litigio conforme a un supuesto derecho preexistente, Dworkin, plantea como solución y explicación que resuelve los casos difíciles, en su teoría, la presencia en todos los casos, reconocidos o no en una norma jurídica, de los argumentos de principio por un lado y los argumentos políticos por el otro.

Los primeros justifican una decisión política, demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o del grupo. Los segundos, los políticos, justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo.<sup>27</sup>

Bajo estos dos argumentos, asegura Dworkin, los jueces deciden los casos difíciles confirmando o negando derechos concretos, considerando que en los casos difíciles, la decisión gira entorno de conceptos controvertidos.

---

<sup>25</sup> Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 2ª ed., 1992, (Tr. de Claudia Ferrari), p. 18

<sup>26</sup> Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, Ed. Ariel, Barcelona, 5ª Reimp. 2002 (Tr. de Marta Guastavino), p. 146

<sup>27</sup> Ibidem. p. 148

La decisión de los conflictos requiere de una ponderación entre la aplicación de un argumento político y uno de principios.

En todo caso, el contenido del derecho, las reglas y los principios, se explican en base a la función política que desempeña la actividad del juez.

De ahí que, desprendamos que en la visión teórica de la obra de Dworkin, la importancia y trascendencia que ella tiene para los argumentos jurídicos especiales, radica en que, de acuerdo con nuestro estudio, los mismos se aplicarán a casos específicos, tomando en cuenta la distinción entre argumento político y argumento de principio, sin presuponer un derecho previo a una de las partes como lo hace el positivismo.

Esto es, según sea el caso, entre conceder razón a través del empleo de un argumento jurídico especial, en una sentencia, a un derecho colectivo o a uno individual. De ahí nuestra identidad con la teoría de Dworkin.

En síntesis, consideramos que el reconocimiento legal de los argumentos jurídicos especiales, cae en la teoría jurídica de derecho amplio que propone Dworkin, al presentar una unión conceptual entre derecho y moral, en una norma jurídica como parte del derecho, en tanto que sea justa, como resulta en una comunidad democrática.

Coincide al respecto, otro tratadista mas, cuando establece que la teoría Dworkiniana de la respuesta correcta, es aquella en donde el juez debe descubrir en cada caso, apoyado en los principios y reglas la solución al mismo.<sup>28</sup>

Otra perspectiva en torno al mismo Dworkin, señala que su concepción de derecho, es en parte normativa al incluir estándares de la mejor teoría valorativa

que justifique la aplicación institucional reconocida por la ley, así como en parte descriptiva, al incluir estándares institucionalmente reconocidos con independencia de su justificación. De ahí que el derecho sea lo que se admite por justo, así como su contrario. En síntesis señala Santiago Nino la teoría de Dworkin es una noción normativa.<sup>29</sup>

Insistimos en que la solución de casos difíciles en donde no hay una norma, o existe duda sobre cuál sea la aplicable, el empleo de un argumento jurídico especial encaja perfectamente con la solución de casos en la concepción de Dworkin, pues las reglas que éste reconoce como aplicables a un caso especial, el juez las debe reconocer hacerlas valer en sus decisiones.<sup>30</sup>

Es destacable la afirmación de este último autor en consulta, cuando señala que el antagonismo entre el postulado central del positivismo y la impugnación clásica al mismo de Dworkin contra Hart en relación con la adopción del concepto de derecho, incluso siendo antagónico, ambas posturas pueden coexistir para contextos diferentes y para fines diversos, conclusión que sugiere que dicha controversia entre positivistas y no positivistas, no trasciende a una diferencia teórica genuina.

Por su parte, en la propuesta teórica de Hart,<sup>31</sup> en su capítulo IV, denominado “Soberano y Subdito”, se expone que la idea de hábito sirve para entender la obediencia mediante el famoso escenario ficticio, donde el monarca Rex I, daba órdenes, que en principio no fueron obedecidas aunque finalmente se acataron.

En esa obra se desarrolla la idea de obediencia habitual que implica un periodo de tiempo en el pasado que se ha ocupado de actuar así, precisamente para ser

---

<sup>28</sup> Delgado Barrio, Javier y Rodolfo L., Vigo. Sobre los principios jurídicos, Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Segundo), p. 104

<sup>29</sup> Nino, Carlos Santiago. La validez del derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1ª Reimp. 2000, (1ª ed. 1985), p. 165

<sup>30</sup> Ibidem. p. 157

referido como tal. La población ha obedecido a Rex I, habitualmente durante un tiempo, pero esta obediencia habitual, no implica obligación de acatar, sólo se obedece de la misma manera en que habitualmente se concurre a una taberna el sábado por la noche.

Entonces tenemos que la obediencia habitual es una relación personal del soberano y súbdito; que converge en la medida en que habitualmente se obedece. Otro mecanismo de determinar la forma en que opera la continuidad de las normas, es la que se obtiene de la regla de reconocimiento, que implica la transmisión de derechos o facultades a un sucesor.

Señala Hart, que la manera de aceptación de los mandatos de Rex II, se da a través de la práctica más compleja, la cual consiste en la aceptación de una regla que sirve de puente para que Rex II ordene y sea obedecido, sin esta regla el monarca no sería obedecido a menos que transcurriera un tiempo que permitiera observar si se le obedeció o no.

El punto central del reconocimiento de esta regla, encuentra su explicación en lo que Hart llama aspecto interno de la regla, la cual consiste en la opinión interior formada de cada sujeto para conducirse en la forma que dispone la regla. Es la actitud crítica reflexiva sobre la consideración que se hace respecto del contenido normativo de la regla, esto es, el sujeto piensa sobre el “yo debo”, “tu debes” etc., esta es la actitud reflexiva.

En síntesis, la continuidad del Soberano como legislador, es algo que caracteriza a los sistemas jurídicos siempre que existe una práctica compleja consistente en el reconocimiento de la regla.

Este reconocimiento del que habla Hart, queda a cargo del juez, que es quien decide sobre la atribución de derechos u obligaciones, es por ello que

---

<sup>31</sup> Hart, H.L.A. El concepto de derecho, ... Ob. Cit. (Obra citada en el Capítulo Tercero), Cap. IV

consideramos que el uso de los argumentos especiales no coincide con esta postura de la obediencia habitual y de la regla de reconocimiento, precisamente porque la naturaleza de dichos argumentos no ha permitido identificarlos plenamente y el paso del tiempo no parece ser la solución para que se logre dotarlos de una naturaleza propia, lo que se debe en este asunto es mostrar su utilidad y su razonabilidad.

Finalmente advertimos que para Dworkin, los principios se distinguen de las normas, porque los primeros no pueden ser aplicados conforme al “todo o nada”, que distingue a las normas. Los principios no requieren una decisión específica, pues indican consideraciones que deben ser tomadas en cuenta en la toma de una decisión judicial, es decir, hay una distinción de principios jurídicos y principios morales, lo que demuestra –según Dworkin– indeterminaciones en el derecho, que el positivismo resuelve a través de una supuesta discrecionalidad a base de consideraciones extrajurídicas.

Estas consideraciones extrajurídicas, en la obra de Hart, se analizan con mayor claridad, cuando se observa la posición del juez en la resolución del caso, sea fácil o difícil, señala Nino que, “(...) *un juez puede estar en la duda acerca de si el derecho le exige decidir a favor del actor, o le exige decidir a favor del demandado, o si le concede discreción para decidir de una forma u otra.*”<sup>32</sup>

Ello demuestra, la falta de respuesta correcta en el positivismo, al no identificarse los principios jurídicos en la decisión definitiva. Con esto se advierte, que en la práctica judicial positivista, el juez estima inadecuado recurrir a una discrecionalidad a base de principios y estima acertado resolver controversias en base a una supuesta facultad que no contempla el beneficio del demandado o del actor.

---

<sup>32</sup> Nino, Carlos Santiago. La validez del derecho, Ob. Cit. (Obra consultada en este Capítulo Cuarto), p. 151

A pesar de todo esto, no creemos que llegue a menguar *“La disputa entre el positivismo y el iusnaturalismo es, (que es) en lo substancial, una disputa acerca de si debe otorgársele a la expresión “derecho” un significado puramente descriptivo o si, por el contrario, su connotación debe incluir propiedades normativas o valorativas.”*<sup>33</sup>

Así es, este debate no parece terminar, pues vemos que por su parte Marmor pone de relieve que la distinción entre casos fáciles y difíciles, no es tan seria. No tiene nada que ver con la cantidad de esfuerzo intelectual que se requiere para decidir el pleito, pues la aplicación del derecho a un caso fácil, no es en cierto modo, mecánica o automática dado que no debe aceptarse por ningún positivista que, *“(…) la aplicación de las normas a hechos dados, constituye una cuestión de inferencia lógica, que puede ser expresada mediante verdades analíticas, al tiempo que se considera también que la doctrina positivista de que hay casos fáciles constituye una aprobación del formalismo.”*<sup>34</sup>

Desterrar la idea del formalismo, de los casos difíciles, sirve entre otras cosas, para cuestiones más serias, como la explicación de la integridad del ordenamiento jurídico, pero sorprendentemente hay quienes afirman que Dworkin también es antipositivista.

Al respecto, se señala que la teoría de Dworkin, *“Es primero, una postura antipositivista. En este sentido Dworkin es considerado como crítico del positivismo jurídico y de su correspondiente el formalismo; segundo; es un crítico de (sic) utilitarismo propuesto por Bentham y Austín; tercero, Dworkin es un pensador que, contrario a los que algunos teóricos propugnan hoy en día acerca de la sustitución del liberalismo, él define y defiende la tesis propuesta*

---

<sup>33</sup> Ibidem. p. 183

<sup>34</sup> Marmor, Andrei. *Interpretación y teoría del Derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 2001 (1ª ed. en ingles, Ed. Oxford, 1992), p. 169

*por la filosofía liberal del conservadurismo que es quizá un liberalismo más moderado por tanto menos radical.*<sup>35</sup>

Como se puede observar hay un constante debate sobre la posición filosófica y política de Dworkin.

En el aspecto jurídico, Mauricio Beuchot, también distingue a Dworkin, en un área distinta al positivismo, al afirmar que, *“En definitiva, la teoría jurídica de Dworkin se coloca en lo que nosotros identificamos como decisionismo judicial.”*<sup>36</sup>

Mauricio Beuchot, explica que Dworkin emplea algo distinto a las normas que constituye el universo jurídico, como lo son los principios, pues en la aplicación del derecho en el positivismo, se reduce al empleo de normas, que ante la ausencia de una de ellas, no se puede resolver el caso “aplicando la ley”, de ahí que se sostenga una necesaria vinculación entre moral y derecho, para resolver conflictos de derecho, en base a la distinción entre norma y principio, pues este último, mantiene en algunos casos una dimensión de peso o importancia que las normas no tienen.

Una definición, un tanto más sencilla del derecho de Dworkin, la aporta la autora Isabel Lifante Vidal, cuando menciona que *“Para Dworkin el Derecho es una práctica social, que se compone tanto de un conjunto de reglas, como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar.”*<sup>37</sup>

Para esta autora, la obra de Dworkin, en cuanto a la confirmación del Derecho como un concepto interpretativo, podría estar esquematizada en tres etapas: la

---

<sup>35</sup> Beuchot, Mauricio y Javier Saldaña. Derechos humanos y naturaleza humana, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, México, p. 115

<sup>36</sup> Ibidem. p. 116

<sup>37</sup> Lifante Vidal, Isabel. La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1999, p. 285



preinterpretativa, que se compone de las normas positivas en **prima facie**, aunado a los principios que dan cuenta de esas normas, la etapa interpretativa, que se compone de teorías que dan cuenta de las normas positivas y la etapa postinterpretativa, consisten en una única teoría consistente en una única respuesta correcta para todos los casos particulares.

Por estas razones, y en tanto que parece que la teoría de Dworkin, está mayormente dirigida a la última etapa de su teoría de interpretación del derecho, es posible señalar *“En otras palabras, {que} la suya es más una teoría de la aplicación del Derecho que una teoría del Derecho; o más precisamente, una teoría sobre la aplicación de determinados Derechos: aquéllos que puedan considerarse como justificados.”*<sup>38</sup>

De todo ello obtenemos que, la solución de los casos difíciles es una tarea a cargo del juez Hércules, cuya intervención consiste en *“(...) resolver los casos concretos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el sistema jurídico. Es en este sentido en el que puede decirse que Dworkin adopta una visión holística o integradora respecto al fenómeno jurídico. Pero se trata del fenómeno jurídico visto no desde la perspectiva del legislador (como un conjunto de pautas que pretenden guiar la conducta de los ciudadanos), sino como el Derecho aplicable a un caso concreto, como la búsqueda de la decisión justificada para ese caso: la única respuesta correcta.”*<sup>39</sup>

Por ello, la aplicación exacta de un argumento jurídico especial, coincide con esta teoría al entenderse dicho argumento como un caso especial que no puede ser interpretado de otra manera, lo que viene a reforzar ampliamente el sentido de las decisiones judiciales que buscan la única respuesta correcta.

---

<sup>38</sup> Ibidem. p. 286

<sup>39</sup> Ibidem. p. 294

3.- Los argumentos jurídicos especiales y su justificación en la teoría del garantismo constitucional.

El garantismo constitucional es una teoría que favorece las garantías constitucionales del ciudadano ante la necesidad de minimizar el poder del estado. En esta concepción jurídica nuestra propuesta de reconocimiento legal de los argumentos jurídicos especiales en un texto de ley, implica mayor certeza jurídica en los actos a cargo de quienes ejercen la función judicial al extender el campo de la legalidad a la solución de casos específicos.

Ahora bien, consideramos que nuestra propuesta encaja con esa necesidad de contener el ejercicio salvaje de la autoridad, entendiendo por tal, al uso de poderes en perjuicio del derecho y de poderes fuera de éste, de poderes ilegales y de poderes extralegales, que ejerce contra el ciudadano común la administración pública, ya que inclusive *“Toda la historia moderna del derecho puede ser leída como la historia de ésta larga y difícil obra de minimización del poder, de una progresiva sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, que es “el gobierno de la razón”, escribía Aristóteles,”*<sup>40</sup>

Nos parece asequible a nuestra propuesta, la obra de Luigi Ferrajoli, que desde una clara perspectiva y afiliación analítica, debido a la escrupulosidad filológica y fecundidad conceptual, se dirige a defender los postulados del nuevo paradigma constitucional o garantista, que se hace consistir en la diferencia substancial entre el ser legal del derecho y el deber ser constitucional, lo que determina la existencia o no, de normas formalmente válidas o vigentes, y las sustancialmente invalidas o inconstitucionales.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Ferrajoli, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho, Ed. Universidad Externado de Colombia, Reimp. 2001, (Tr. de Gerardo Pisarello, Alexeio Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín), p. 123

<sup>41</sup> Idem.

La importancia de la obra de este autor para nuestro estudio, radica en justificar la crítica a la función judicial en tanto no hay un reconocimiento legal de un argumento jurídico especial, formalmente válido, no obstante el empleo y utilización material que de ellos hacen los jueces en sus sentencias.

En este entendido, la incorporación del uso de los argumentos jurídicos especiales, en una norma jurídica, coincide con la teoría del garantismo de Ferrajoli, en tanto que el reconocimiento de dichos argumentos, implica una garantía primaria conforme a la teoría de este autor, al contener un límite consistente en la obligación de los jueces de mencionar que emplean dichos argumentos en sus sentencias.

La garantía primaria es una de las tesis centrales en la obra de Ferrajoli, consistente en sustentar su sistema del garantismo, en normas emanadas del poder legislativo, legalmente válidas, no en el simple sentido de existentes, por el sólo hecho de ser resultado del proceso de creación, sino además, porque su contenido es coherente con los principios constitucionales.

Dicha tesis, nos permite demostrar que el contenido del artículo 16 constitucional, consistente en la obligación de motivar sus resoluciones, adolece en parte de sentido en relación con la realidad, pues es evidente que la justificación de las sentencias se alcanza de una manera ilegal cuando no se razona debidamente.

Por ello, es nuestro interés tratar de ajustar a la realidad esa práctica, para propiciar una adecuada actuación del juez, evitando la sola cita del artículo 16 constitucional para estimar de legales sus resoluciones. Constriñendo al juez a justificar su sentencia conforme a un argumento especial aplicable si así fuera necesario, no solamente conforme a las razones que juzgue convenientes, en base a una amplia discrecionalidad arbitraria y absurda.

En efecto, la resolución de casos mediante el empleo de un argumento jurídico especial, no solamente aplica a un caso, sino que pretende servir como pauta para casos futuros, en resoluciones judiciales.

No obstante esto, se afirma que la naturaleza autónoma del poder judicial, lo es para la resolución de casos de derecho entre particulares, y puede darse el caso de la constitucionalidad de la ley en donde se ve que *“La función judicial, aquella que constitutivamente puede amparar derechos, ha quedado extrañada el concepto constitucional. Su garantía de independencia aún constitucionalmente también en su caso asegurada, lo será antes de la ley que de los derechos,”*<sup>42</sup>

Esto es, no obstante que los juicios de constitucionalidad sean decididos por la función judicial y no propiamente se resuelvan derechos de particulares.

Los argumentos jurídicos especiales pueden operar para supuestos especiales de leyes administrativas, en donde incluso, la defensa de derechos es de un particular a una institución, que es la esencia del garantismo.

## B. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES, EN JURISPRUDENCIAS NACIONALES.

### 1.- Significado teórico del empleo de los argumentos jurídicos especiales como sustento para el reconocimiento legal. (Conclusión)

En la forma que han sido expuestas las nuevas corrientes del derecho, se advierte que las mismas dan un sustento teórico a nuestra propuesta y de esa manera consideramos que participamos en la transformación de la cultura jurídica en México, entendiendo por cultura jurídica, *“(...) la percepción*

---

<sup>42</sup> Clavero, Bartolomé. *Los derechos y los jueces*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, España, 1988, p. 76

*dominante que sobre el modo de operar el derecho tienen los aplicadores y estudiosos del mismo en una sociedad y momento determinados.*"<sup>43</sup>

A lo largo de la consulta a los distintos autores en cita, hemos obtenido la certeza de nuestra propuesta, en tanto que los argumentos jurídicos especiales continúan resolviendo controversias al ser instrumentos de autointegración que se encuentran permitidos por el sistema jurídico para resolver casos no previstos en la ley.

En este sentido, nuestra intención ha sido demostrar que en algunas de las resoluciones definitivas del juez, los argumentos jurídicos especiales, que se han identificado en este estudio, -no sólo el de analogía y el de a fortiori o mayor razón-, "(...) *son usados generalmente con el propósito de extender el ámbito de aplicabilidad de las normas existentes.*"<sup>44</sup>

Aunque no lo mencionen así los jueces, vemos que usan argumentos, razón por la cual sólo proponemos que se reconozca esa operación legalmente, lo que como hemos visto es racional y conveniente e incluso teóricamente sustentable.

En cuanto a esa operación técnica de aplicación y solución de casos llamada función judicial, se ha mostrado su viabilidad operativa, como a continuación nuevamente podemos señalar si advertimos que "*La función del juez, consistente en fijar los hechos jurídicamente relevantes, determinar las normas aplicables y elaborar a partir de ellas la decisión, es una técnica precisa que exige conocimientos teóricos y prácticos, una labor intelectual sujeta a un*

---

<sup>43</sup> Nieto Castillo, Santiago. Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral, ... Ob. Cit. (Obra consultada en este Capítulo Cuarto), p. 18

<sup>44</sup> Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. Análisis Lógico y Derecho, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991, p. 3

*método vigoroso que excluye cualquier elemento emocional, intuitivo o de pura sensación.”<sup>45</sup>*

Señala el autor en consulta, que en el ejercicio de esa función judicial, existe la necesidad de encontrar una conciliación entre la libertad creadora del juez y la sujeción al sistema objetivo de reglas en la aplicación del derecho, lo cual nos parece bastante razonable, de ahí, que quepa en la ley nuestra propuesta.

Anteriormente mostramos nuestra adhesión por la teoría de la única respuesta correcta de Dworkin y ello convive sin objeción alguna con el razonamiento del juez, en cuanto este debe ser perfectamente verificable, esto es, transparente tanto en las reglas que aplica como en la subsunción de los hechos a estas.

Con la incorporación de los argumentos jurídicos especiales, se pretende ir construyendo un derecho constitucional moderno, esto es, *“Un derecho constitucional estructurado (...) que ha tendido capas sólidas y razonables de derecho judicial, por encima de los textos constitucionales, con el propósito de determinar en qué casos concretos y como han de hacerse valer las garantías constitucionales.”<sup>46</sup>*

Sin embargo, la solución de casos concretos, con premisas especiales propias de los argumentos especiales, no sólo contribuye al respeto de una garantía individual, o al desarrollo del derecho, equivale además a mantener la vigencia del orden constitucional y la permanencia del bien común.

Al respecto, en un profundo estudio sobre la moralidad y el derecho, se sostiene que la obligación moral de obedecer al derecho, depende del resto de razones que interactúan para no obedecerlo, y que ello es resuelto, en la medida que se

---

<sup>45</sup> Madrazo, Francisco. Orden jurídico y derecho judicial, Ed. Depalma, 1985, Buenos Aires, p. 6

<sup>46</sup> López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial. Ed. Legis Editores, S.A., 3ª Reimp. Colombia, p. 206

justifiquen acciones y decisiones por razones concluyentes, en el sentido de obedecerlo o no.<sup>47</sup>

En síntesis, la obediencia al derecho se da en virtud de que existen razones morales dependientes al contenido del propio derecho, coincidentes con lo que el derecho exige, o bien, porque en la aplicación de éste es conveniente su obediencia por razones prudenciales, o sea, decidir entre la aplicación del bien o el mal para el individuo o la sociedad humana.

En este sentido, la incorporación de un argumento jurídico especial, en la resolución del juez, dependerá de la valoración, el grado de obediencia y coincidencia a juicio del juez, entre moral y derecho. De ahí que existan unas sentencias justas e injustas de acuerdo a las partes, así como mejores y peores.

En cualquier caso, aún en aspectos morales, se observa la utilidad de los argumentos jurídicos especiales.

Pero es sin duda la prudencia y el análisis del lenguaje, la que en el modelo moderno del derecho es la que se propone para determinar el sentido de las sentencias definitivas del juez.

Entendiendo por prudencia al hábito que permite al juez una predisposición para la valoración moral, con el ánimo de lograr la plenitud del ser humano.<sup>48</sup>

En la aplicación del derecho, la prudencia es una especie de justicia, pues quien es prudente y aplica la virtud de ésta, al distinguir lo procedente entre el bien y el mal, es el único que puede ser justo y hacerlo de manera constante.

---

<sup>47</sup> Bayon Mohino, Juan Carlos. La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991, p. 730

<sup>48</sup> Kalinowski, Georges. Concepto, fundamento y concreción del derecho, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, (tr. de Catalina Elsa Arias de Ronchietto, ... Ob. Cit. p. 128

De tal manera, que en la elección de un argumento jurídico especial, para resolver un caso en particular, el juez debe mostrarse prudente, esto es, aplicar con constancia “(...) *una directiva de comportamiento que posibilite la realización simultanea del bien personal, del bien del prójimo, de mi bien propio, o del bien común de la sociedad.*”<sup>49</sup>

En síntesis, desde un punto de vista teórico y práctico el empleo de los argumentos jurídicos especiales es factible, lo que a continuación se demostrará con el análisis de jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## 2.- Análisis de los argumentos jurídicos especiales en la jurisprudencia nacional.

En el presente punto, habremos de referirnos a cada uno de los distintos argumentos jurídicos especiales, para demostrar cómo son empleados en las jurisprudencias que dan cuerpo a las decisiones definitivas dictadas por los jueces.

En este sentido, pasaremos a analizar someramente la argumentación por analogía.

### a) El argumento por *analogía* o *a simili*

El artículo 14 de nuestra Constitución, prohíbe el principio de la analogía en el proceso penal. La prohibición de este principio de derecho es tomado como un mandato de optimización que habrá de aplicarse en la mayor medida posible. Es decir, no se refiere a casos concretos, sino en general a todos los casos posibles.

Sin embargo, en otras áreas de derecho, no esta prohibido este principio.

---

<sup>49</sup> Ibidem. p. 136



El propio artículo 14 establece que en materia civil, a falta de ley, las resoluciones podrán estar fundadas en los principios generales del derecho.

Esto demuestra que la analogía es tratada como principio general de derecho y como argumento jurídico especial, para llenar vacíos de la ley.

Al respecto, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, reconoce que quien trata el tema de la analogía, necesariamente habrá de recurrir a la diferenciación necesaria entre analogía y principios de derecho. En primer lugar porque ambos son métodos de auto integración del ordenamiento.<sup>50</sup>

El autor en cita, apunta que la analogía opera cuando identifica una igualdad de razón y el principio general de derecho opera atendiendo a algo que pertenece al ordenamiento.

La analogía desde el punto de vista histórico, no nace como un concepto propiamente jurídico. En la antigua Grecia, la analogía es de carácter filosófico y matemático, en el sentido de la metafísica y la proporción o razón de proporcionalidad respectivamente.<sup>51</sup>

Aún en el derecho romano, todavía no aparece en forma clara, el concepto de analogía jurídica, sólo había expresiones del tipo *ad similia procedere, similes erunt, ad exemplum, ad similitudinem*, entre otras.

Es hasta la llegada de la jurisprudencia laica, preclásica y clásica, cuando se emplea el término de analogía. Luego los jurisconsultos y *praetores* romanos,

---

<sup>50</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 19

<sup>51</sup> Falcón y Tella, María José. El argumento analógico en el derecho, Ed. Civitas, S.A., 1991, p. 25

aunque existía discusión en torno a los jueces en esa época, continuaron su uso.

Sin embargo, con el imperio romano se hace un verdadero uso del mecanismo analógico de índole jurídico, creándose nuevas leyes *ad exemplum* o *actio institoria*, aunque Justiniano después prohibió la actividad analógica de los jueces por considerarla peligrosa para la certeza del derecho.

En la edad media se presenta un notorio avance al adquirir cuerpo la idea de *ratio*, concebida como razón legal. Los glosadores son quienes formulan por primera vez un concepto de analogía, como un “*procedere*” de similitud o semejanza, en base a una cualidad especial o idéntica razón. De esto se deriva, que el concepto de *ratio legis* se desarrolle al parecer de la analogía.

Como interpretación analógica, el término analogía aparece a mediados del siglo XVI, con la obra del jurista holandés Joachim Hopoer, para eliminar posibles contradicciones entre varias leyes de un mismo ordenamiento.

En la evolución posterior a la edad media, la consolidación final de la analogía, se da a partir de que ésta, es considerada como el medio principal de integración de lagunas, luego de los principios generales del derecho.

El desarrollo de la analogía *iures*, que era un mecanismo para colmar las lagunas de la ley a la analogía *legis*, la cual ya representa el concepto moderno de analogía, es el antecedente histórico, que explica la evolución de la analogía, hasta antes de concebirla ya propiamente como un instrumento de trabajo de la ciencia jurídica.<sup>52</sup>

Los teóricos de la analogía sostienen que existe un fundamento ontológico referente a la existencia de una multitud de seres en general y de supuestos de

---

<sup>52</sup> Ibidem. p. 41

la realidad, lo que permite situaciones semejantes, es decir, en parte iguales y diversas, de lo que se compone la analogía.

El fundamento axiológico, se refiere a la existencia en nuestra naturaleza de un sentimiento de igualdad, que permite considerar y tratar igualmente a los seres y casos.

La expresión lógica de analogía jurídica, tiene su origen, luego de que a mediados del siglo XVI, la expresión *“interpretación analógica”*, utilizada para comparar leyes entre sí y evitar posibles contradicciones, se extendió representando en aquel contexto intelectual la unidad y racionalidad de la legislación.<sup>53</sup>

Señala Manuel Salguero, que la cuestión de la analogía plantea el problema de lo igual y lo distinto. Que su origen recae en un proceder de acuerdo a una misma cualidad o a una razón idéntica. El origen de este argumento, se trató como una analogía *iuris*, esto es, como una idea general de que las leyes están unidas bajo un mismo sistema.

Este autor afirma, que son dos los elementos que históricamente configuran la analogía jurídica; la estructura lógico formal y su dimensión fáctica *“En torno a estos dos elementos se van conformando las diferentes definiciones, bien sea acentuando el aspecto hermenéutico, el extensional, el funcional o el integrador.”*<sup>54</sup>

La mayoría de los autores coincide en señalar, que el argumento por analogía parte de lo igual, pero distinto, aunque remedia la diversidad cuando establece su participación en las propiedades comunes de ambas cosas.

---

<sup>53</sup> Salguero, Manuel. *Argumentación jurídica por analogía*, Ed. Marcial Pons, 2002, Madrid, p. 80

<sup>54</sup> *Ibidem.* p. 81

Podemos observar un ejemplo de dicho concepto en la jurisprudencia, cuando se le da un tratamiento de igual, pero diferente a las normas que están unidas bajo un mismo sistema, en donde a falta de una norma para un contrato, se remite a otra del mismo ordenamiento. Veamos.

**“COPROPIEDAD, CONTRATO PREPARATORIO DE. CARECE DE VALIDEZ.** El artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal determina que los contratos que no estén especialmente reglamentados en el mismo se registrarán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más *analogía* de los reglamentados en el propio ordenamiento. De acuerdo con estas reglas si se está en presencia de un documento en el que aparece un compromiso de constituir una copropiedad y de los términos empleados se deduce claramente la intención de que esa constitución se realizará en el futuro, a lo más que podría llegarse es a interpretar que se trata de un contrato preparatorio de otro innominado traslativo de dominio que dé lugar a la copropiedad. Ahora bien, si de los términos del documento aparece que no se señalaron los elementos característicos del contrato definitivo, pues sólo se especificó el derecho real que se constituiría pero no la forma específica que lo originara, ni tampoco se limitó a cierto tiempo la obligación de celebrar el contrato definitivo debe concluirse que carece de validez el referido contrato preparatorio de copropiedad, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2246 del propio cuerpo legal.”<sup>55</sup>

El uso de la analogía en la anterior jurisprudencia, demuestra cómo el argumento jurídico especial de la analogía, opera como un instrumento extrasistemático de auto integración del sistema, conservándolo al llenar el vacío por la falta de una ley aplicable a un caso específico.

En concreto, podemos afirmar que la analogía y propiamente el argumento analógico, opera como afirma Salguero, según la obra consultada, en tres niveles o planos en la estructura analógica señalada.

- a) El plano factual, en el que se produce la semejanza de casos por captación inductiva de sus características esenciales.
- b) El plano fáctico-jurídico de la identidad de razón o de la ratio legis.

---

<sup>55</sup> Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Cuarta Parte, Página:81, Amparo directo 7303/85. Leonardo Rodríguez Alcaine y otro. 4 de noviembre de 1987.

c) El plano jurídico en el que -por mediación de la máxima de decisión-, se extiende cualitativa y cuantitativamente la norma, se produce la igualdad de tratamiento jurídico y se colma la laguna.

Según los autores que venimos consultando –Salguero y Falcón Tella-, la formulación del concepto de analogía, no puede predicarse en un solo sentido, pues desde la perspectiva dinámica, dicho concepto no coincide con la evolución histórica. Y desde la perspectiva estática, la analogía presenta diversas acepciones que van desde la concepción más elemental hasta la versión jurídica, que es la que nos interesa, como podemos ver enseguida.

La Analogía en sentido jurídico, según los autores en cita, contiene tres acepciones como: concepto, juicio y argumento.

La analogía como concepto se usa en los casos que no son muy claros, por ello reciben el nombre de casos de penumbra, es decir, nociones confusas que son resueltas a través de la analogía por parte del juez, hasta un cierto límite.

La acepción de analogía como juicio, se refiere a la posibilidad de emplear la analogía como juicio de valor cierto-falso y que de este modo es relevante para la descripción y explicación del derecho en el conocimiento jurídico.

Debe destacarse, que la analogía como argumento, parte de la idea de identidad en cierto número de propiedades entre dos cosas, lo que admite la posibilidad de encontrar identidad en otras propiedades que se manifiestan solo en una de ellas, o sea, en parte iguales y diversas.

Por ello, sostiene Anthony Weston, que el argumento por analogía requiere de la presencia de similitud en los dos casos, aunque distintos son similares. Pero la

---

primera premisa, base de la similitud, tiene que ser verdadera, a fin de que la segunda premisa pueda verificar una auténtica similitud aplicable al caso por analogía, ya que para dicho autor, *“Los argumentos deductivos correctamente formulados, sin embargo, son aquellos en los cuales la verdad de sus premisas garantiza la verdad de sus conclusiones”*<sup>56</sup>

Esta segunda premisa requiere demostrar una similitud relevante y no irrelevante.

La analogía empleada como principio general del derecho, o no, desde su operatividad lógica, forma parte de todo sistema jurídico.

De las anteriores consultas, deducimos que la analogía no es fuente del derecho al estilo que lo es la ley o la costumbre, porque más que norma, la función de la analogía es operar como una máxima de decisión que no consiste, claro está, en lo que es la ley, la jurisprudencia o la costumbre; pues hemos visto que es un instrumento de auto integración del ordenamiento.

La analogía tiene una naturaleza especial, que aplicada al derecho proviene de la diversidad, porque precisamente la evidencia de la diversidad, es lo que permite establecer la pertinencia de la analogía. De esta manera de razonar, se derivan necesariamente las construcciones jurídicas por analogía.<sup>57</sup>

De este modo se llega a una definición propia de la analogía, la cual *“(..)* *consiste en la relación de semejanza entre cosas distintas, o de manera más específica el método por el que en el derecho se extienden a casos no previstos en la ley, disposiciones que resultan aplicables.*”<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Las claves de la argumentación, Ed. Ariel, 2001, Barcelona, (Tr. Jorge F. Malem Seña), p. 79

<sup>57</sup> Platas Pacheco, María del Carmen. Filosofía del derecho. Analogía de proporcionalidad, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 56

<sup>58</sup> *Ibidem.* p. 60

Esto es, todas las cosas tienen una relación al ser en parte iguales o diferentes, de tal manera que la realidad a pesar de ser múltiple y compleja, constituye un todo analógico, esto es, el derecho puede ser explicado como un proceso por analogía.

Para algunos autores,<sup>59</sup> la analogía es un instrumento que permite integrar el ordenamiento jurídico ante la presencia de lagunas, permitiendo así, en cuanto a la función de los jueces, la resolución de todos los asuntos de que conozcan. Teniendo el carácter integrador del ordenamiento.

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, destaca que lo fácilmente observable de la analogía, tanto si se pone el acento en la mera semejanza entre las hipótesis, como si se exige además una identidad en la razón, resulta de la apreciación de la semejanza o de la identidad de razón, para ser más exactos –señala-, la apreciación de la relevancia de la semejanza.<sup>60</sup>

**En concreto, son dos elementos los que configuran dicho argumento, semejanza e identidad de razón.**

Como ha quedado mencionado, la ausencia de una norma específica, la semejanza del caso a otro sí regulado y la identidad de razón, son los presupuestos que hacen parecer ineludible la aplicación de la analogía como una estructura de argumentación jurídica especial. Opera como principio de derecho en nuestro sistema jurídico, de ahí se dice que ocurre cierta confusión en su utilización.

Un ejemplo de la prohibición del uso del argumento de la analogía, lo vemos en la materia fiscal, veamos el caso:

---

<sup>59</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. “Argumentos Interpretativos...”, Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 75

<sup>60</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La Argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 18

**“INTERPRETACIÓN DE LA LEY. INSTRUMENTOS AL ALCANCE DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA HACERLA.** La labor de interpretación de una norma no puede realizarse atendiendo únicamente a la letra del precepto (método gramatical) o significado estrictamente técnico de la expresión (como el proporcionado por los peritos al desahogar el cuestionario de la actora), pues no es inusual que el legislador emplee términos o palabras con el mismo sentido, alcance o significado con los cuales éstas se emplean en otras disposiciones legales atinentes a la misma materia, o a otras materias pero del mismo ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cuando se plantea un conflicto sobre la significación que debe asignarse a un término o palabra empleada en alguna disposición legal, de la que no exista una interpretación auténtica, es decir, elaborada por el propio legislador, es deber del tribunal servirse de todos los métodos -gramatical, lógico, sistemático o histórico- reconocidos por nuestra sistema jurídico, en cuanto le puedan servir en su tarea-. Así debe procederse incluso tratándose de una norma de carácter fiscal, pues en todo caso para su aplicación es indispensable desentrañar el alcance o significado de las expresiones que componen su texto, con la única limitación de no introducir elementos normativos novedosos (interpretación extensiva), ni aplicar la norma a casos distintos de los previstos en ella (**analogía**), según lo prohíbe categóricamente el artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación.”<sup>61</sup>

Veamos cómo opera dicho argumento en otro precedente, relativo a la materia administrativa.

**“PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD DEL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. INTERPRETACION DE LA FRACCION XV DEL ARTICULO 73 DE LA LEY DE AMPARO. SIGNIFICADO DE LA EXPRESION: "LA LEY DEL ACTO".** Ha sido tradición de los tribunales y autoridades que conocen del juicio de amparo, interpretar la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo, en el sentido de que el particular solamente está obligado a agotar previamente al juicio de garantías los recursos o medios de defensa, cuando éstos se prevean en la "ley del acto". A falta de una noción unánimemente aceptada acerca de lo que significa la "ley del acto", es criterio de este Tribunal Colegiado que por ella debe entenderse cualquier norma jurídica o conjunto normativo (ley en sentido material con independencia de su categoría formal) que resulte aplicable o que regule por algún título al acto reclamado; desde luego, para estar en presencia de este supuesto es menester que la ley se refiera expresamente al acto de que se trate, sin que esté por tanto autorizado **hacer extensiva por analogía o por mayoría de razón** la eficacia de cualquier ordenamiento a casos no previstos claramente en el mismo. Por lo demás, la circunstancia de que un ordenamiento regulador del acto no aparezca citado como fundamento del mismo, no es obstáculo en modo alguno para considerarlo como la "ley del acto" toda vez que no existe norma constitucional u ordinaria, o principio que autorice una interpretación de este género. Por el contrario, de la lectura del propio artículo 73 en la fracción en

<sup>61</sup> Séptima Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Sexta Parte, Página: 353. Amparo directo 1487/87. Productos Monarca, S. A. 25 de noviembre de 1987. Unanimidad de votos.



estudio, se desprende sin lugar a dudas que no estuvo en la mente del legislador restringir la operancia del principio de definitividad en materia administrativa a la observancia de un requisito como el señalado, según puede advertirse de la expresión empleada por aquél al decir que el juicio es improcedente cuando los actos puedan ser reparados "conforme a la ley que los rija". De ser otro el propósito perseguido con la norma, en el texto se consignaría claramente que los actos debían ser revisados "conforme a la ley que los funde", situación que no acontece según antes se expuso. En adición a lo anterior, conviene notar que el texto constitucional del cual deriva la regla de procedencia del juicio de garantías objeto de análisis, tampoco conduce a una interpretación distinta de la aceptada por este tribunal, dado que prescribe simplemente que en contra del acto reclamado deben agotarse los recursos, juicios o medios ordinarios de defensa que en su contra otorguen las leyes, al decir: "ARTICULO 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103, se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes: IV. En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar éstos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos de lo que la ley reglamentaria del juicio de amparo requiera como condición para decretar esa suspensión". De modo que es de concluir que para la operancia de la regla consignada en la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo, basta que en alguna ley aplicable en forma directa e inmediata al acto reclamado, se prevenga la procedencia de algún recurso, juicio o medio de defensa, por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o anulado aquél, siempre que con su tramitación se suspendan los efectos del acto reclamado en las condiciones precisadas en el propio numeral con independencia de que esa ley aparezca o no como fundamento de la actuación de la autoridad. De otra manera, aceptar que por la "ley de el acto debe entenderse al ordenamiento que aparezca como fundamento de la resolución reclamada, implicaría no sólo atribuir al precepto respectivo un sentido que riñe notoriamente con su texto, sino también condicionar la observancia de las leyes (en la parte de los recursos) a la actuación de las autoridades, pues la tramitación de los medios ordinarios de defensa dependería en todo caso de que aquéllas citaran en la resolución la disposición aplicable al respecto. En la especie, las razones antes expuestas conducen a tener a la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación y al Código Fiscal de la Federación (en lo relativo a la sustanciación y resolución del juicio de nulidad) como la "ley del acto" reclamado, para los efectos de la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo, pues aunque no fueron citados en la fundamentación de la resolución impugnada, le son aplicables porque se trata de una multa impuesta por violaciones a normas administrativas federales."<sup>62</sup>

Ahora bien, existen casos en los que parece cuestionable el uso de la analogía, por lo que cobra interés su regulación, no para su uso discrecional, sino para su uso racional y justificable. Veamos cómo se emplea en la siguiente tesis.

---

<sup>62</sup> Séptima Época, instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO., Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Sexta Parte, Página: 457 Amparo en revisión 2007/87. Alto Carbono, S. A. 18 de noviembre de 1987. Unanimidad de votos.

**“AGRARIO. INTERES JURIDICO EN LA MATERIA. PARA SU COMPROBACIÓN DEBE JUSTIFICARSE QUE SE ESTA EN ALGUNA DE LAS HIPOTESIS PREVISTAS POR EL ARTICULO 72 DE LA LEY AGRARIA, SI SE RECLAMA AFECTACION DE DERECHOS DE PREFERENCIA.** Si bien es verdad que, en principio, los agraviados tienen interés jurídico para ocurrir al juicio constitucional, no deja de ser menos cierto que ese interés debió ser acreditado según lo establece la ejecutoria que, **aplicable por analogía**, aparece publicada en la página 205 de la Tercera Parte del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación que dice: "INTERES JURIDICO EN EL AMPARO. OBLIGACION DE PROBARLO AUNQUE OPERE PRESUNCION DE CERTEZA DE LA EXISTENCIA DEL ACTO RECLAMADO POR FALTA DE INFORME. La presunción de existencia del acto reclamado por falta de informe justificado de las autoridades responsables que previene el artículo 149 de la Ley de Amparo, no exime al quejoso de la obligación que tiene para acreditar que el acto que reclama afecta su interés jurídico, ya que de no hacerlo el juicio de garantías resulta improcedente y debe sobreseerse en términos de la fracción V del artículo 73 y III del artículo 74 de la Ley de Amparo.". Luego, si los aludidos amparistas no justificaron dicho interés jurídico, que en la especie se traduce en los derechos de preferencia que dicen tener, demostrando para tal efecto que eran ejidatarios incluidos en la resolución y en los censos, o sucesores o campesinos que trabajaban la tierra y, en general, todos los requisitos que según las fracciones del citado artículo 72 de la Ley Agraria son necesarios para que opere la preferencia, se impone confirmar, aunque por distinta causa, el sobreseimiento decretado por el Juez de amparo."<sup>63</sup>

Esto es, tanto en la construcción y creación de tesis de jurisprudencia, como en las sentencias que respaldan su decisión en base a dichas tesis, los jueces se abstienen de explicar en que consistió la *ratio legis* o semejanza relevante. De ahí nuestro interés por regular dicha situación e incorporarla a la legislación para incrementar la razón a favor de la impartición de justicia.

Como ejemplo de uso extensivo de una solución a un caso no previsto por la ley, en el proceso de amparo, a la analogía no se le da el trato de principio general del derecho. Veamos la siguiente tesis de jurisprudencia.

**“REVISIÓN IMPROCEDENTE, FALTA DE AFECTACIÓN.** Si bien es verdad que el artículo 87 de la Ley de Amparo no se refiere al caso en que interpone el recurso de revisión la parte quejosa o la tercera perjudicada, no menos cierto es que aplicando **por analogía** tal precepto y los principios generales del derecho en materia de recursos, el

---

<sup>63</sup> Séptima Época, Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 205-216 Sexta Parte, Página: 45, Amparo en revisión 220/84. Panuncio Hinojosa Hinojosa y coagraviados. 14 de mayo de 1986.

de revisión sólo es procedente cuando las sentencias de amparo afecten directamente a las partes que lo interponen.”<sup>64</sup>

Es decir, en el caso anterior, se emplea la analogía como un método o un argumento no como un principio general, pues se emplea junto con los principios, lo que trae a confusión sobre si es un principio o un argumento, pues precisamente se usa al lado de los principios generales del derecho.

Veamos ahora cómo se aplica la analogía en materia de amparo, en relación con un acto procesal penal, en donde se encuentra prohibido el uso de la analogía

**“LIBERTAD CAUCIONAL EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO, FACULTADES DE LA RESPONSABLE PARA CONCEDER LA.** El artículo 172 de la Ley de Amparo establecía que cuando la sentencia reclamada impusiera la pena de privación de la libertad, la suspensión surtiría el efecto de que el quejoso quedara a disposición de la Suprema Corte de Justicia, por mediación de la autoridad que hubiera suspendido su ejecución, pudiendo ésta ponerlo en libertad caucional, si procediera. La parte final del dispositivo se suprimió mediante las reformas de 1984. Sin embargo, existen serias razones para estimar que no fue la intención del legislador suprimir la facultad de la responsable para conceder tal beneficio, toda vez que la exposición de motivos de la ley, no expresa nada al respecto y sigue vigente el artículo 95, fracción VIII, de la ley, el cual establece el recurso de queja contra las autoridades responsables cuando nieguen al quejoso su libertad caucional, en los casos del artículo 172. Además, como el quejoso queda a disposición de la autoridad de amparo, por cuanto ve a su libertad personal, por mediación de la responsable, ésta tiene facultades para decretar las medidas de aseguramiento que estime pertinentes, entre las que se encuentran la de conceder al quejoso la libertad caucional, si procediere, **siendo aplicables por analogía** y en lo conducente los artículos 130 y 136 de la Ley de Amparo, a falta de disposiciones expresas. Por ende, la responsable tiene facultades para conceder o negar el beneficio según las circunstancias del caso.”<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Séptima Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 205-216 Sexta Parte Página: 451, Amparo en revisión 301/85. Beatriz Venegas Navarro. 6 de junio de 1986. Unanimidad de votos.

<sup>65</sup> Séptima Época, Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 199-204 Sexta Parte, Página: 102. Queja 43/85. Salvador de Loera Vallín . 19 de septiembre de 1985. Unanimidad de votos.

De la cita anterior, se desprende claramente cómo la analogía cumple con su carácter de integrador del sistema, pues se advierte que ante la falta de ley el criterio aplicado – el de la analogía - es el que resuelve el conflicto.

En síntesis, de acuerdo con nuestro máximo tribunal, las reglas de aplicación del método por analogía, consiste en lo siguiente:

**“MÉTODO ANALÓGICO, APLICACIÓN DEL.** Dos son las condiciones para la aplicación del método analógico. En primer lugar, la falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto y, en segundo lugar, la igualdad esencial (*algunos teóricos la denominan igualdad relevante como ya vimos*) de los hechos, como en el caso en que la ley sí protege la posesión que el padre o la madre tiene de sus hijos legítimos, pero es omisa respecto a la posesión de los hijos naturales, no obstante que se trata de situaciones concretas esencialmente iguales "ubi eadem ratio, eadem dispositio". (*Cuyo significado es: donde existe la misma razón debe existir la misma disposición*) La Tercera Sala de la Suprema Corte considera que es jurídica la aplicación analógica de la ley en virtud de que lo establece y permite la propia Constitución de la República, excepto cuando se trata de disposiciones de carácter excepcional, o cuando la ley está redactada en forma numerativa, o de leyes penales; pues como es manifiestamente imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros, el legislador ha señalado las fuentes, a las cuales debe el Juez acudir siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley; **tales fuentes son, en primer término, la analogía,** y después, cuando tampoco mediante ésta sea posible decidir, **los principios generales de derecho.** En efecto, mediante la analogía, el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de los casos originalmente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquéllos, siempre que la ratio legis valga igualmente para unos y para los otros; por lo tanto, la analogía como método de interpretación o de autointegración es aceptada por nuestra legislación.”<sup>66</sup>

Con este último precedente de jurisprudencia, se comprueba la tesis a sustento, en tanto que la legislación mexicana autoriza el uso de la analogía al lado de los principios generales del derecho, pero no existe un reconocimiento “expreso”, ya que es fácil la confusión como argumento, principio o método y como vimos de la anterior cita, solo hay una autorización para su uso.

---

<sup>66</sup> Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 151-156 Cuarta Parte, Página: 218, Amparo directo 1071/80. Mario Vidals Zenteno. 13 de julio de 1981. Cinco votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretario: Rodolfo Ortiz Jiménez. Nota: En el Informe de 1981, la tesis aparece bajo el rubro "METODO ANALOGICO, CUANDO ES APLICABLE EL.".

En resumen, como se pudo apreciar de la jurisprudencia que define el método analógico, la esencia de identificación del argumento por la analogía es la identidad de razón y la semejanza de la norma a emplear, como ya lo indicamos anteriormente.

En la teoría, también se habla de esos mismos elementos, tal como lo ha expuesto detalladamente el autor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, en una de sus obras consultadas, cuando señala que “*el problema clave del argumento analógico es el de la apreciación de la identidad de razón entre el supuesto no regulado y el regulado.*”<sup>67</sup>

En conclusión, tenemos que la analogía es empleada como principio general de derecho, prohibido en materia penal en virtud de otro principio relativo a la exacta aplicación de la ley, de tal manera que puede operar como argumento especial y como principio en un ordenamiento jurídico dada la autorización que concede la legislación mexicana, pero es evidente que solo hay un reconocimiento como principio y no como argumento.

#### b) El argumento ***a contrario***

En relación al argumento *a contrario*, su especialidad radica, en que no constituye un argumento integrador del ordenamiento jurídico. Es considerado un instrumento de la interpretación literal, es decir, la interpretación y utilización de este argumento se lleva a cabo, en un nivel exclusivamente lingüístico, o sea, la interpretación de la letra de la proposición jurídica, que opera como premisa previa o primera premisa, a fin de evitar extender su significado a otra clase de sujetos no incluidos en la premisa previa.

---

<sup>67</sup> Ezquiaga Ganuzas, Javier. La argumentación en la justicia constitucional española, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, España, Donostia San Sebastián, p. 64

El argumento *a contrario*, expresa un silencio del legislador, que se hace notorio cuando se observa la regulación particular para una especie del género a que se refiere la regulación, es decir, no se aplica a los casos no expresamente legislados en la norma.

Dicho de otro modo, *“por medio del argumento a contrario una determinada regulación no se aplica a cualquier otra hipótesis distinta a la expresamente contemplada por el legislador. Esas otras hipótesis no tienen por qué ser contrarias a la recogida en el precepto a interpretar, es suficiente que sean distintas.”*<sup>68</sup>

Este argumento implica una interpretación muy estricta de la ley, que actúa justamente para los casos no regulados.

Se le considera incluso un instrumento de la interpretación lingüística, que propone interpretaciones restrictivas, además supone como condición para su operación, el silencio de la ley, cuya fuerza persuasiva se respalda en una supuesta voluntad del legislador, de ahí su relación con el apagógico o por el absurdo, pues una interpretación distinta a la que representa dicho argumento, llega a conclusiones absurdas.<sup>69</sup>

Los argumentos por analogía o *a simili*, el *a contrario* y el *a fortiori*, de mayor a menor y de menor a mayor, se encuentran sujetos a una determinada proposición jurídica.

Veamos en qué sentido es restrictivo el argumento de *a contrario*, en la siguiente tesis de jurisprudencia.

**“OFENDIDO. LEGITIMACIÓN LIMITADA PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., fracción III, inciso b), de

---

<sup>68</sup> Ibidem. p. 179

<sup>69</sup> Idem.

la Ley de Amparo, los ofendidos o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, son partes en el juicio de garantías promovido contra actos judiciales del orden penal, siempre que éstos afecten dicha reparación o responsabilidad; sin embargo el artículo 10 de la propia ley, precisa que: "El ofendido o las personas que conforme a la ley tengan derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, sólo podrán promover juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil. También podrán promover el juicio de amparo contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal, relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil."; de lo anterior **(Esto es, contrario a lo establecido)** se desprende que el ofendido sólo puede promover restrictivamente el juicio de amparo contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad a que se contrae ese numeral, o bien, contra actos relacionados con el aseguramiento del objeto del delito, los bienes afectos a esa reparación o responsabilidad civil; por lo que si no se reclaman actos relacionados con dicho incidente ni con el aseguramiento en comento, sino lo que se reclama es la sentencia de segunda instancia que confirmó la de primer grado, en la que se condenó al sentenciado al pago de la reparación del daño a favor de la ofendida; es inconcuso que el juicio resulta improcedente al carecer de legitimación para promover la acción constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 73, fracción XVIII, en relación al artículo 10, **interpretado a contrario sensu**, ambos de la Ley de Amparo, por lo que atento a lo previsto por el artículo 74, fracción III, de la propia ley, procede sobreseer en el juicio de amparo."<sup>70</sup>

Esto es, se estima resolver con el sobreseimiento de un amparo, en tanto que el derecho ejercitado no se encontraba establecido, más que para ciertos actos procesales, entre los que no se contemplaba el que el ofendido promovió. De ahí que sea evidente que el argumento de **a contrario**, resuelve el problema o sea en efecto es sumamente restrictivo, como lo apuntamos anteriormente, pues su empleo demuestra que sólo es aplicable la disposición en cita más que para los casos que contiene.

Así mismo, en relación con ciertas contribuciones, se aplica el artículo 124 constitucional *a contrario*.

**“PRODUCTOS MUNICIPALES. LA LEGISLATURA DEL ESTADO DE TLAXCALA NO INVADIR LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, AL DECRETAR ESE TIPO DE INGRESOS POR LA INSTALACIÓN DE APARATOS**

<sup>70</sup> Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIII, Enero de 2001, Tesis: II.1o.P.84 Página: 1759, Amparo directo 193/2000. 8 de mayo de 2000.

**TELEFÓNICOS EN LA VÍA PÚBLICA.** Al tenor de lo establecido en el artículo 73, fracciones XVII y XXIX, punto 4o., de la Constitución General de la República, sólo el Congreso de la Unión tiene facultad para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, así como para establecer contribuciones sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación, esto es, se trata de una facultad exclusiva del legislador federal, no reservada para las Legislaturas de los Estados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124 constitucional, **aplicado a contrario sensu**. No obstante ello, al respecto debe decirse que del artículo 73, fracción II, de la Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Tlaxcala, en relación con el numeral 29, fracción III, de la Ley de Ingresos del Municipio de Tlaxcala para el ejercicio fiscal del dos mil dos, se aprecia que mediante el establecimiento de cuotas por instalación de casetas telefónicas en la vía pública del Municipio de Tlaxcala, la Legislatura Local no fijó una contribución, sino un producto, generado precisamente por la utilización de la vía pública como bien de uso común y del dominio público municipal. En esas condiciones, el legislador estatal no invade la esfera de atribuciones de la Federación, ya que los ingresos por concepto de productos no se causan por la instalación de una vía general de comunicación, sino por la colocación de una caseta telefónica, en tanto que como bien mueble ocupa un determinado espacio sobre la vía pública, esto es, que la parte quejosa aprovecha o se sirve de ese espacio para ubicar sus casetas telefónicas, con independencia de que esa instalación le resulte conveniente financieramente o no, o que lo haga obligada por la concesión conforme a la cual presta el servicio público de telefonía, pues lo cierto es que esas situaciones resultan irrelevantes para el caso, en la medida en que no modifican en manera alguna la utilización que hace de la vía pública y constituye la causa generadora del producto combatido. En otras palabras, debe decirse que el hecho trascendente que ocasiona la imposición del producto en comento es la utilización de la vía pública (ya sean banquetas, parques, jardines, etcétera), por la colocación de un bien mueble que ocupa un espacio sobre esa vía, aun cuando se trate de una caseta dentro de la que se encuentre un teléfono (es decir, la instalación técnica para que el público haga uso de una vía general de comunicación), pues al respecto valga insistir en que la cuota correspondiente no la causa esa vía general de comunicación, sino la ocupación de la vía pública por medio de la instalación de casetas, al igual que sucedería si se estableciera el cobro de productos a las personas que prestaran el servicio de restaurantes, bares o cafeterías, también por el uso de la vía pública para ejercer su actividad mercantil.”<sup>71</sup>

De la cita anterior, se reconoce claramente el carácter restrictivo e interpretativo del argumento a contrario, pues como se desprende de la lectura anterior, y tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 124 constitucional, se ve que el argumento *a contrario*, en este caso sirve para interpretar y demostrar que las autoridades de Tlaxcala, no invaden la esfera de derecho de las autoridades

---

<sup>71</sup> Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO., Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Enero de 2003, Tesis: VI.1o.A.130 A, Página: 1831, Amparo en revisión 220/2002. Teléfonos de México, S.A. de C.V. 30 de octubre de 2002.



federales en las materias expresamente reservadas a ellas, por lo tanto, interpretando **a contrario**, si dichas autoridades municipales establecen el pago de productos, no se da la invasión de facultades federales, lo que se entiende así, gracias al argumento *a contrario*.

Ahora bien, en materia penal, cuando el Ministerio Público no ejerce sus funciones, se considera una violación de garantías, pero el ejercicio de esa potestad constitucional, revisada en materia de amparo sólo se refiere a la existencia o no, de una violación de garantías y cuando no la hay, o sea **a contrario sensu**, no se procede contra el Ministerio Público. Veamos cómo se explica.

**“AVERIGUACIÓN PREVIA. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE EMITE EL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO, QUE DESESTIMA LA PROPUESTA DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL ORDENANDO SU CONTINUACIÓN.** De una interpretación sistemática del artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, el cual establece que el juicio de amparo es improcedente cuando la improcedencia resulte de alguna otra disposición de la ley, así como del diverso artículo 1o., fracción I, de la propia ley de la materia **a contrario sensu**, que dispone que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales, se llega a la conclusión de que el juicio de garantías es improcedente en los casos en que no exista una garantía que pueda ser violada con el acto reclamado; de ahí que sea válido sostener que el efecto del mandamiento del titular de la representación social estatal, que estima que por el momento no es posible confirmar el no ejercicio de la acción penal propuesto por un agente del Ministerio Público investigador, en virtud de considerar que son necesarias para la continuación de la indagatoria que se practiquen diversas diligencias para su debida integración, actuaciones que, con independencia de su legalidad, no pueden constituir violación a derechos públicos subjetivos, en la medida que son emitidas en pleno ejercicio discrecional derivado del derecho social que corresponde al Ministerio Público, toda vez que el artículo 21 constitucional otorga a dicha institución la facultad exclusiva de la persecución de los delitos y del ejercicio de la acción penal ante los tribunales, más aún, que la resolución materia del acto reclamado no constituye en sí un fallo dentro del cual se haya resuelto sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, sino que consiste en una resolución que no aprueba la determinación o propuesta de no ejercicio de la acción penal emitida por su inferior.”<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Septiembre de 2002, Tesis: IV.2o.P.3, Página: 1336 Amparo en revisión 59/2002. 11 de abril de 2002. Unanimidad de votos.

Esto es, la jurisprudencia anterior, nos demuestra claramente como se emplea en la resolución de interpretación de la ley, el argumento **a contrario**, precisamente en el supuesto en donde la ley no señala nada, o bien, se presentó lo que se le ha llamado la presunción de que el silencio representa la voluntad del legislador de excluir toda hipótesis no expresamente mencionada en la disposición jurídica interpretada.

En materia familiar, la siguiente tesis excluye mediante el método del argumento **a contrario**, la posibilidad de continuar sufragando gastos a un acreedor alimentario cuando realiza estudios de posgrado. Veamos de qué manera.

**“ALIMENTOS. CESA LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS, CUANDO EL ACREEDOR ALIMENTARIO HA TERMINADO UNA CARRERA PROFESIONAL Y PRETENDE CURSAR ESTUDIOS DE POSGRADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).** El artículo 239 del Código Civil para el Estado de Veracruz establece, en lo conducente, que respecto de los menores los alimentos comprenden, entre otros elementos, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentario y para proporcionarle un oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo. Por tanto, la interpretación lógica del citado numeral, aplicado **a contrario sensu**, conduce a establecer que si el acreedor alimentario es mayor de edad, ha terminado una carrera profesional y cursa estudios de posgrado, debe entenderse que el mismo posee la preparación suficiente para emplearse y allegarse la alimentación necesaria para su subsistencia, así como para procurarse los estudios de especialización que realiza o pretende efectuar, y por ende que el deudor alimentista ha cumplido con la obligación que le impone el precepto invocado en tratándose de los menores de edad, y no hay base legal para que tal carga subsista respecto de quien ya está preparado profesionalmente para obtener los alimentos por sí mismo.”<sup>73</sup>

En conclusión, la resolución de casos se presenta mediante el uso de un argumento jurídico especial de **a contrario sensu**, y consiste en la premisa no lógica que no deriva del sistema. Precisamente en el caso no considerado por la ley para su aplicación, en este último ejemplo, en virtud de la ley omite expresamente señalar los estudios de posgrado, de tal manera que se aplica dicho argumento.

---

<sup>73</sup> Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEPTIMO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XII, Noviembre de 2000, Tesis: VII.1o.C.64 C, Página: 858, Amparo directo 331/2000. Ángel Enrique Ascencio Vázquez. 6 de abril de 2000.

En síntesis, señala Francisco Javier Ezquiaga, en una de sus más recientes obras, que la manera de comprender este argumento, para la mayoría de los autores, viene de una redacción más simple, referida a que este argumento se basa en la presunción de que si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, ésta sólo se refiere a ella y no otra.<sup>74</sup>

### c) El argumento **psicológico**

La argumentación por el argumento psicológico, incluye toda clase de razones referidas a la voluntad del legislador, incluidos los documentos previos a la elaboración de la ley, como puede ser la exposición de motivos y los preámbulos, que comprende sus trabajos preparatorios y debates parlamentarios.

Este argumento se diferencia del teleológico, en virtud de que éste último se refiere a la finalidad del ordenamiento, razón por la cual se confunde fácilmente con el de este apartado.

De la manera en la que los jueces utilizan este argumento, Ezquiaga Ganuzas señala que *“Para averiguar la finalidad del legislador, el TC [Tribunal Constitucional] prefiere recurrir a los trabajos preparatorios citando la parte en la que aquélla se manifiesta, lo mismo que para conocer el motivo de la norma, pero para rechazar su utilización le basta referirse a ellos de forma global.”*<sup>75</sup>

Esta clase de argumentación -vale insistir-, habrá de hacer referencia a toda clase de señalamientos, que el legislador trató con motivo de la creación,

---

<sup>74</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros...* Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 158

<sup>75</sup> Ezquiaga Ganuzas, Javier. *La argumentación en la justicia constitucional Española, ...* Ob. Cit. (Obra consultada en este Capítulo Cuarto), p. 223

discusión y aprobación de una ley o dispositivo jurídico, como se ve de la siguiente tesis de jurisprudencia.

**“COSTAS EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO. INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 157 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

La recta interpretación del artículo 157 del Código de Procedimientos Civiles lleva a considerar **que la voluntad legislativa** no fue modificar la naturaleza de la cuantía indeterminada en tratándose de asuntos de arrendamiento, **sino establecer** un parámetro competencial que diferenciara al órgano jurisdiccional encargado de conocer de estos asuntos. Conforme a la legislación actual, dicho precepto carece de sentido en lo que se refiere a la materia, pues por disposición expresa del artículo 2o. del título especial De la justicia de paz del Código de Procedimientos Civiles y 53 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los asuntos de arrendamiento inmobiliario quedan asignados a la competencia de los Jueces de primera instancia del ramo, sin importar la cuantía. No obstante, en sus orígenes ello servía para distinguir entre la competencia de los juzgados Mixtos de Paz y los juzgados de primera instancia civiles. Bajo ese esquema de competencia jurisdiccional, en la que no existía aún la especialización en materia de arrendamiento, resultaba lógica una disposición como la contenida en el artículo 157, a fin de distinguir qué autoridad conocería de los asuntos menores de arrendamiento. En esa medida, también fue razonable que el legislador estableciera ese parámetro de cuantía artificial, a fin de no saturar a los juzgados de primera instancia, pero sería ilógico permitir que ese criterio de política judicial se trasladara al ámbito de la relación sustantiva, al punto de modificar y convertir, también artificialmente, las prestaciones de cuantía indeterminada en prestaciones de cuantía determinada. De aquí que la interpretación al artículo 157 del Código de Procedimientos Civiles deba ser restrictiva y no amplia, cuando se aplique para regular las costas de un juicio de arrendamiento.”<sup>76</sup>

Del estudio de la tesis anterior, se desprende claramente que la reforma legal en cuestión, atendió claramente criterios muy bien definidos, en base a una clara voluntad legislativa.

Ahora bien, otro caso en el que impera el sentido de la voluntad del legislador, en relación con la exposición de motivos, que es en donde también se expresa el carácter psicológico del legislador, se puede ver en la siguiente tesis de jurisprudencia.

---

<sup>76</sup> Novena Época, Instancia: DÉCIMO CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Octubre de 2002, Tesis: I.14o.C.5 C, Página: 1353, Amparo en revisión 206/2002. Ana Sylvia Martínez Salas. 28 de junio de 2002. Unanimidad de votos.

**“VIOLENCIA FAMILIAR Y LESIONES. AUTONOMÍA DE AMBOS TIPOS PENALES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 287 BIS DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).** De una interpretación literal y teleológica del citado numeral, se llega a la conclusión de que no es factible que el delito de lesiones se subsuma al de violencia familiar, puesto que ambos delitos son autónomos, con independencia de que el primero fuera el medio de consumación de este último. Lo anterior se corrobora de la lectura de la descripción típica prevista en el aludido artículo 287 bis, in fine, del Código Penal vigente en el Estado, mismo que prevé la posibilidad que se configure el antisocial citado en primer término, donde hace alusión a que "independientemente que pueda producir o no otro delito", puesto que **de ahí emana la voluntad soberana del legislador** en que **subsistieran ambos delitos**, lo cual, ponderándolo con la **exposición de motivos** correspondiente que diera vida al delito de violencia familiar, destaca que éste no debe verse como una mera agravante de otro delito, sino como una conducta típica, antijurídica y culpable **totalmente independiente**, sin pasar por alto, además, que se transgreden diversos bienes jurídicos tutelados por la norma penal, como son la seguridad de la familia y la integridad personal, circunstancia que confirma su autonomía.”<sup>77</sup>

Del estudio de la tesis anterior, en efecto se advierten semejanzas con el argumento teleológico, puesto que ambos se refieren al objetivo de la norma aplicable, pero hay que tratar de hacer claro el sentido particular de uno y otro, por lo que la diferencia apenas es perceptible.

En el siguiente caso, impera en la interpretación del contenido del cheque, lo que se consideró la voluntad del legislador. Veamos de qué manera.

**“CHEQUE. EL LIBRADOR ESTÁ LEGITIMADO PARA OBJETAR EL PAGO HECHO POR EL LIBRADO, NO SÓLO CUANDO SE HAYA ALTERADO LA CANTIDAD POR LA QUE FUE EXPEDIDO O FALSIFICADO SU FIRMA, SINO CUANDO SE ADVIERTA CUALQUIER ALTERACIÓN NOTORIA.** De la interpretación del artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito deriva que **la voluntad del legislador fue la de particularizar dos circunstancias concernientes al contenido del cheque.** La primera, relativa a la alteración de la cantidad por la que originalmente fue expedido y, la segunda, relacionada con la falsificación de la firma del librador. **Esa voluntad legislativa** no es limitativa, sino expositiva, en relación con esas dos hipótesis que, en su caso, pueden ser materia de objeción del pago de un cheque efectuado por el librado y que tienden a proteger los intereses de las personas que han depositado en éste su confianza al haber dejado bajo su potestad una cantidad determinada de dinero. A esas hipótesis pueden sumarse otras que indiscutiblemente, en caso de actualizarse, son susceptibles de ser materia de objeción del pago por mediar la voluntad del

---

<sup>77</sup> Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL CUARTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Mayo de 2002, Tesis: IV.2o.P.1 P, Página: 1297, Amparo en revisión 5/2002. 31 de enero de 2002. Unanimidad de votos.

legislador, contempladas en otros ordenamientos legales en relación con la seguridad del librador. Así, de una interpretación armónica de los artículos 77 y 91 de la Ley de Instituciones de Crédito y 3o., 4o., 5o., 6o., 9o. y 10 del "Instructivo a las instituciones de crédito para hacer uso del servicio de compensación local del Banco de México", se desprende que el legislador previó en esa ley, que los servicios que competen a las instituciones de crédito se prestarán de modo que se genere seguridad en la operación que al efecto se vaya a realizar, a fin de procurar una adecuada atención al usuario del servicio; lo que se traduce, en el caso de los títulos de crédito denominados cheques, en que el cliente tenga la garantía de que la conducta desplegada por él al momento de librar uno de esos títulos, se ejecutará de acuerdo a su voluntad originariamente plasmada en el documento, esto es, que la institución de crédito está obligada a velar que el servicio que presta se ejecute en forma segura para el usuario. En ese contexto, puede darse el caso de que la voluntad del librador originalmente sea la de suscribir el cheque en beneficio de determinada persona física o moral y, posteriormente, sea suprimida por otra, siendo de ese modo favorable a sus intereses, como usuario, que el cheque no sea pagado por el librado por contener una mínima señal de alteración, a que sea desposeído sin su consentimiento de una parte de su patrimonio; por lo que es pertinente que la institución de crédito corra el riesgo de que el usuario se inconforme por el hecho de no haber pagado un cheque por virtud de encontrarse alterado el nombre del beneficiario, a que se desvíe su voluntad, en relación con el destino que quiso dar a su patrimonio; circunstancia la anterior prevista por el legislador, al disponer que las instituciones de crédito prestarán los servicios correspondientes con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de esas operaciones, así como a las disposiciones legales y administrativas aplicables, y que procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios, de conformidad con el citado "Instructivo a las instituciones de crédito para hacer uso del servicio de compensación local del Banco de México", que contempla el procedimiento que el banco debe seguir con la finalidad de que a través de la compensación se verifique, en el caso de los cheques, si la voluntad del librador efectivamente es la que claramente se observa en el documento, ya que en caso de existir confusión en determinados datos, como puede ser el nombre del beneficiario, el documento debe ser devuelto, en atención a que debe prevalecer la seguridad del cliente ante la incertidumbre de la voluntad del usuario."<sup>78</sup>

Por último, veremos un caso elemental, en el cual se hace uso del argumento Psicológico y cómo se denomina al imperativo de la voluntad del legislador, con la siguiente tesis de jurisprudencia.

**“DOCUMENTOS PRIVADOS FIRMADOS POR TERCEROS, OBJETADOS EN UN JUICIO CIVIL. LA VERACIDAD DE SU SUSCRIPCIÓN CORRESPONDE PROBARLA AL OFERENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).** En términos de lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, cuando una de las partes en un juicio civil presente como base de sus

<sup>78</sup> Novena Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Enero de 2002, Tesis: I.3o.C.273 C, Página: 1270, Amparo directo 3383/2001. Pinturas Optimus, S.A. de C.V. 6 de septiembre de 2001.

pretensiones, un documento privado que afirma fue firmado por un tercero y su autoría es objetada por su contrario, la carga de la prueba para demostrar la veracidad de la suscripción corresponde al oferente del documento. **Elo es así por voluntad expresa del legislador**, que estableció en el artículo de referencia, que al objetarse la autoría de un documento privado, la verdad de la suscripción debe demostrarse por medio de prueba directa para tal objeto, veracidad que, por consecuencia lógica, sólo podrá ser probada a través de los medios probatorios idóneos previstos en el propio ordenamiento adjetivo civil, por quien las arguye en su favor y no por quien las redarguye en el suyo, pues es el oferente quien llevó al juicio el documento que estima auténtico y con el cual sustenta la afirmación de su pretensión.”<sup>79</sup>

En relación con el precedente de jurisprudencia analizado, podemos ver que la interpretación a un artículo, conforme a la voluntad del legislador, puede prevalecer incluso sobre otros argumentos especiales que pudieran ser aplicables, como el histórico o el de derecho comparado.

#### d) El argumento **económico o de la no redundancia**

En una de sus más recientes obras, el autor Francisco Javier Ezquiaga, señala que *“El argumento de la no redundancia es negativo en el sentido de que no sirve para atribuir significado a un enunciado porque se considera que entendido de esa forma repetiría lo ya establecido por otro enunciado distinto.”*<sup>80</sup>

Conforme todo lo anteriormente analizado, por nuestra parte señalaríamos que la argumentación por el argumento económico o de la no redundancia, como ha quedado expuesto, se entendería como aquel que permite o justifica que entre dos o más significados posibles, de un enunciado o una formulación normativa, se rechace aquella interpretación o formulación, que implique una repetición de lo establecido por otra disposición del ordenamiento.

<sup>79</sup> Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Julio de 2001, Tesis: 1a./J. 36/2001, Página:139, Contradicción de tesis 41/99-PS.

<sup>80</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 230

El uso de esta argumentación, no implica propiamente la atribución de un significado a una proposición jurídica, sino en todo caso, justifica el rechazo de un significado a un enunciado.

Señalaríamos de nuestra parte, que la premisa que hace especial a este argumento, precisamente es el rechazo de aplicar un significado a un enunciado, porque ya antes se le atribuyó una acepción.

Al respecto, puede verse la siguiente tesis de jurisprudencia, en donde se presenta en efecto, un rechazo a una interpretación que puede considerarse redundante. Veamos de qué manera.

**“TRÁFICO Y TRASLADO, SON TÉRMINOS DISTINTOS. ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.** El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término "trasladar" como llevar o mudar a una persona o cosa de un lugar a otro; y que "llevar" significa "transportar, conducir una cosa de una parte a otra". Por tanto, "trasladar" y "llevar", son vocablos que tienen el mismo significado, mientras que el término "tráfico" utilizado por la ley, se refiere al comercio en general ilícito y clandestino, de forma que, no es exacta la interpretación que pretende darse al término "traficar" como sinónimo de "trasladar", puesto que de las razones que motivaron la reforma al artículo 138 de la Ley General de Población, que previene y sanciona el delito en cuestión, no se infiere que la intención del legislador hubiera sido de identificar tales términos como sinónimos; pues, si el precepto señalado establece "... a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico pretenda llevar o lleve ..."; el querer asignarle la interpretación que se sugiere, equivaldría a que dicho precepto dijera: a quien con el propósito de trasladar pretenda llevar o lleve, lo que, incidiría en una **notable redundancia (En esto consiste el rechazo de una proposición para evitar la redundancia)** en los términos en que está redactado el precepto; de manera que acordes con su significado literal, el propósito de tráfico que señala el dispositivo en comentario se refiere a realizar operaciones comerciales, ilícitas y clandestinas, con personas que pretenden internarse a un país extranjero sin la documentación correspondiente.”<sup>81</sup>

Este argumento desarrolla la idea de un legislador con intenciones de observar criterios de economía y no repetición (no pleonasticidad).

---

<sup>81</sup> Novena Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Diciembre de 1998, Tesis: V.3o.3 P, Página: 1100, Amparo directo 402/98. Filiberto Campos Barrera. 3 de septiembre de 1998.



La operatividad de este argumento, refuerza la idea del postulado del legislador racional, que contribuye a entender cada disposición jurídica, con un significado propio y específico.

Existen teóricos que indican que este argumento tiene una estrecha relación con el argumento pragmático y con el sistemático en su modalidad de *a cohaerentia*.

De cualquier manera, queda demostrado la utilidad que este argumento tiene en las decisiones definitivas del juez en su sentencia, y la utilidad lógica que tendría su reconocimiento legislativo. Hay incluso una costumbre o práctica muy reiterada consistente en evitar inútiles repeticiones, lo que permite a los juzgadores no repetir gran parte de los antecedentes ya citados anteriormente.

#### e) El argumento ***pragmático***

En la comprensión de este argumento, nos parece importante, comenzar por exponer lo que Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, señala respecto de la diferencia que guarda con el argumento económico o de la no redundancia que vimos en el punto anterior. Veamos que dice dicho autor. “(...) *hay una diferencia fundamental entre el argumento de la no redundancia y el pragmático. Este último actúa referido exclusivamente a un enunciado mientras que el argumento de la no redundancia exige la presencia de dos enunciados aparentemente redundantes. Es decir, cuando interviene el argumento pragmático lo hace para resolver la alternativa entre una interpretación que conduzca a dejar un enunciado sin efectividad y otra que dé una función a ese mismo enunciado. En el caso del de la no redundancia son dos los enunciados presentes.*”<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas ... Ob. Cit. P. 234

De la consulta anterior, podemos advertir que la argumentación por el argumento pragmático, confiere al intérprete la regla que justifica el rechazo de una interpretación, o bien, la posibilidad de optar por una formulación o un significado que le parezca de mayor conveniencia, por las consecuencias favorables de éste y ante lo ineficaz de cualquiera otro.

Esta consecuencia favorable, es lo que le da la característica que lo define como argumento consecuencialista, o sea, defiende el valor de la tesis postulada, o la falsedad de la tesis contraria por lo desfavorable que le resulta.

En relación con esta característica encontramos al respecto, que Gerardo Dehesa, señala que *“desde el punto de vista doctrinario puede concluirse que el argumento pragmático o argumentos pragmáticos se caracterizan por ser argumentos consecuencialistas, en éste se argumenta que busca la causa a partir de los efectos. Uno de sus puntos esenciales radica en su carácter eminentemente práctico, trata de relejar una clara utilidad para el buen funcionamiento del sistema jurídico, es por ello que su empleo es muy frecuente en el ámbito jurisdiccional.”*<sup>83</sup>

Esta característica del argumento pragmático se encuentra relacionada con otros principios de derecho. Veamos que señala Ezquiaga Ganuzas al respecto: *“Las consecuencias que el juez considera favorables o desfavorables al poner en práctica una argumentación pragmática puede ser de cualquier tipo: sociales, económicas, morales, etc.; [...] están más ligadas a principios o ideales que se consideran implícitos en el mandato del constituyente y que deben dirigir toda la actividad aplicativa del ordenamiento, como el principio pro actione, el de la seguridad jurídica o el de la efectividad de todos los enunciados del legislador, en concreto de los que recogen derechos fundamentales.”*<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la Retórica*, ...Ob. Cit. (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 509

<sup>84</sup> Ezquiaga Ganuzas, Javier. *La argumentación en la justicia constitucional Española*, ...Ob. Cit. (Obra en consulta en este Capítulo Cuarto), p. 276

En efecto, conforme a esta practicidad se entiende que no hay necesidad de justificar la causa con las consecuencias. Por ello la utilización del argumento práctico de manera constante, debiera ser reconocido por la legislación y emplearlo, en mayor medida.

El uso del argumento pragmático o práctico, puede verse en la siguiente Jurisprudencia firme que en seguida se transcribe.

**“REVISIÓN SIN MATERIA. LO ES EL RECURSO QUE ESTÁ EN TRÁMITE Y SE ENCUENTRA RELACIONADO CON UNO DIVERSO QUE YA FUE RESUELTO SOBRE LA MISMA SENTENCIA IMPUGNADA, EN EL QUE LA PARTE RECURRENTE OBTUVO LO QUE AHORA PRETENDE LA REVISIONISTA EN EL RECURSO PENDIENTE DE RESOLVER.** El artículo 83 de la Ley de Amparo establece entre otras cosas, que el recurso de revisión tiene como finalidad analizar las resoluciones de los Jueces de Distrito o del superior del tribunal responsable en su caso, en las cuales: a) concedan o nieguen la suspensión definitiva; b) modifiquen o revoquen el auto en que concedan o nieguen la suspensión definitiva; y c) nieguen la modificación o revocación a que se refiere el inciso anterior, pero además también tiene como finalidad modificar, revocar o confirmar en sus términos las sentencias dictadas en la audiencia constitucional por los Jueces de Distrito o por el superior del tribunal responsable, en los casos a que se refiere el artículo 37 de la ley de la materia, pudiendo al recurrirse tales sentencias impugnarse los acuerdos pronunciados en la citada audiencia; de donde resulta que si existe pendiente de resolución un recurso de revisión que esté relacionado con uno diverso que ya fue resuelto, en el sentido en que lo pretende la parte recurrente en la revisión que no ha sido resuelta, debe ésta declararse sin materia por haber concluido ya el objeto de la misma, dado que la primera resolución se falló de acuerdo a sus pretensiones, **y por ello a nada práctico conduciría ya realizar el análisis de sus agravios.**”<sup>85</sup>

De la anterior consulta se demuestra el carácter útil de la argumentación por el argumento pragmático, de donde se desprende la justificación de la propuesta central de esta investigación jurídica, pues en principio se advierte que la premisa especial no lógica derivada del sistema, se desprende precisamente del razonamiento práctico.

---

<sup>85</sup> Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Noviembre de 1998, Tesis: III.1o.P. J/7 Página: 480.

Así mismo, la argumentación especial práctica o pragmática se puede observar de la consulta a la siguiente tesis de jurisprudencia, que a continuación se transcribe.

**“INCIDENTE DE INEJECUCIÓN. PROCEDIMIENTO QUE DEBE AGOTAR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DE AMPARO, PREVIO A REMITIR LOS AUTOS A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, PARA LOS EFECTOS DE LA FRACCIÓN XVI DEL ARTÍCULO 107 CONSTITUCIONAL.** A fin de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda cumplir con el imperativo que establece la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de separar "inmediatamente" de su cargo a la autoridad y consignarla al Juez de Distrito que corresponda, es necesario que el órgano jurisdiccional de amparo, previo a remitir los autos para la imposición de tales sanciones, agote el procedimiento establecido en la Ley de Amparo, particularmente en sus artículos 105, párrafos primero y segundo, 107, 108, párrafo segundo, 109 y 110, y recabar, dejando constancia en el expediente relativo al juicio de amparo, los documentos públicos u otras pruebas que pongan de manifiesto, sin lugar a dudas, quién es la persona física que en su carácter de autoridad incurrió en desacato a las órdenes de cumplir con la ejecutoria que concedió la protección constitucional, pues será ésta la que se haga acreedora a las medidas citadas. **Lo anterior se explica por dos razones, a saber: una de orden práctico**, en virtud de que al ser el Juez de Distrito o tribunal que dictó la sentencia de amparo, el que ha entablado una comunicación directa con las autoridades responsables durante el trámite del juicio relativo y en la mayoría de los casos residir en el mismo lugar que aquéllas, es inconcuso que le resultará más fácil obtener, de manera pronta y precisa, la prueba plena sobre quién es la persona que ostenta u ostentó el cargo de autoridad que ha incumplido con la ejecutoria; y otra de orden legal, pues de proceder el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación a la indagatoria correspondiente, se convertiría en un tribunal instructor en el procedimiento del incidente de inejecución, lo que no está previsto en la mencionada ley, ni sería congruente con lo dispuesto en el primer párrafo de la fracción XVI del señalado artículo 107, que debe entenderse en el sentido de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al recibir los autos del juicio de amparo, sólo debe ocuparse de analizar si se acredita el incumplimiento y si éste es inexcusable, para poder así "inmediatamente" separar del cargo a la autoridad y consignarla al Juez de Distrito que corresponda; ello sin perjuicio de que este Alto Tribunal pueda en todo momento emitir determinaciones **encaminadas a conseguir el cumplimiento pleno de las resoluciones jurisdiccionales**, en congruencia con lo previsto en el artículo 113 de la aludida ley.”<sup>86</sup>

De la cita anterior, podemos ver cómo toma relevancia el carácter práctico de la argumentación especial pragmática.

---

<sup>86</sup> Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Diciembre de 2001, Tesis: 1a. XCVI/2001, Página: 193, Incidente de inejecución 369/99. Club Bananas Acapulco, S.A. de C.V. 29 de noviembre de 2000. Cinco votos.

f) El argumento **teleológico**

En relación con la argumentación por el argumento teleológico, señala Ezquiaga Ganuzas, en el apartado de sus conclusiones, que este argumento trata de interpretar un precepto tomando en cuenta su finalidad.<sup>87</sup>

Generalmente consiste en la interpretación de una formulación normativa o una proposición jurídica, a partir del texto mismo de la ley, pues su propia redacción, impone necesariamente una finalidad que precisamente mediante dicha norma será alcanzada, pues para ello fue dictada.

Específicamente, se establece que en este tipo de argumentación, “[...] *se trata de interpretar un precepto tomando en cuenta su finalidad. Sin embargo, los problemas surgen al intentar determinar cuál es el fin de la norma, cuál es el ámbito que debe tenerse en cuenta y cómo se averigua esa finalidad.*”<sup>88</sup>

Esto es, en la resolución final del juez, en el procedimiento de la fijación del derecho al hecho, el juez, mediante su creación jurídica, toma en cuenta el sentido y contenido de los artículos que van a servir de fundamento, sin ninguna otra interpretación más que la que consiste en el propio contenido de la ley.

En el ejemplo, la tesis de jurisprudencia decide estimar que ha procedido la lesión en los contratos de compra venta, sin añadir ninguna otra interpretación, más que la de los artículos que cita. Veamos de qué manera.

**“LESIÓN, ES IRRENUNCIABLE LA ACCIÓN DE NULIDAD POR, TRATÁNDOSE DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES DESTINADOS PARA HABITACIÓN, POR SER UNA CUESTIÓN DE INTERÉS PÚBLICO (LEGISLACIÓN**

<sup>87</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. P. 417

<sup>88</sup> Ezquiaga Ganuzas, Javier. La argumentación en la justicia constitucional Española, ... Ob. Cit. (Obra en consulta en este Capítulo Cuarto), p. 383

**DEL ESTADO DE PUEBLA).** En virtud de que el interés público se constituye por el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado, y que el orden público designa el estado de convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad, surgida de la vigencia de los principios, normas e instituciones jurídicas que identifican el derecho de una comunidad y garantizan el desarrollo armónico de los individuos y, por ello, no son susceptibles de alteración o modificación por la voluntad de los particulares ni tampoco por el derecho extranjero, cuyo cumplimiento de tales principios y preceptos legales impide que la conducta de particulares afecte los intereses fundamentales de la sociedad, por tales motivos el legislador ha reconocido expresamente que ciertas disposiciones legales, por contener o hacer alusión a dichos principios y/o valores fundamentales, son de orden público y, asimismo, los tribunales, siguiendo los lineamientos establecidos en tales disposiciones jurídicas, deben determinar si un acto concreto es contrario al indicado orden público, ya sea por su naturaleza, modalidad o por los efectos que produce. **En este contexto, de la interpretación sistemática, armónica y teleológica de los artículos 8o., 9o., 10, 11, 1477 y 1488 del Código Civil para el Estado de Puebla,** se concluye que el derecho a promover la nulidad por lesión de un contrato de compraventa que tiene por objeto un inmueble destinado a casa habitación, ya sea cuando la parte que adquiere da dos tantos más o si la que enajena recibe el cincuenta por ciento menos del precio o estimación del bien, es de interés público, habida cuenta que tal derecho pertenece al cúmulo de pretensiones vinculadas con la satisfacción de necesidades colectivas, como evidentemente lo es la adquisición de inmuebles para vivienda pues, incluso, el artículo 4o. de la Constitución General de la República establece como garantía individual de la familia el derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa; de ahí que su protección representa para el Estado una actividad prioritaria y, por tanto, está obligado a vigilar que los contratos que se celebren con la finalidad de atender la indicada necesidad social se ajusten a derecho evitando, por razones de orden público, que cualquiera de los contratantes sufra un menoscabo en su patrimonio por alguna operación notoriamente desventajosa, ya sea causada por una indebida asesoría o incluso de buena fe. Así las cosas, la sentencia que declara no probada la acción de nulidad por lesión fundada en la desproporción entre el precio pactado en la compraventa con el valor comercial de un inmueble destinado a casa habitación, por considerar que existe renuncia para reclamar la indicada nulidad, en ese aspecto resulta ilegal.”<sup>89</sup>

De la cita anterior, se desprende que la premisa especial de las formulaciones normativas interpretadas mediante el argumento teleológico, consiste precisamente en la protección del orden público consagrado para el estado de convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad, surgida de la vigencia de los principios, normas e instituciones jurídicas que identifican el derecho de una comunidad y garantizan el desarrollo armónico de los individuos. Es decir, la

---

<sup>89</sup> Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO., Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Febrero de 2003, Tesis: VI.2o.C.284 C, Página: 1082, Amparo directo 418/2002. 10 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos.

finalidad de la norma interpretada, no es susceptible de alteración o modificación por la voluntad de los particulares, como se desprende de la consulta a la jurisprudencia en cita.

En síntesis, se interpreta que la finalidad de la norma es la protección al derecho a reclamar la lesión cuando esta figura es procedente en base a que se tuvo por probada en los contratos de compra venta de inmuebles de interés público, lo cual es parte de la finalidad de la norma interpretada.

La premisa adicional que hace especial a los argumentos, que no proviene del ordenamiento jurídico, se integra por el razonamiento deductivo del operador jurídico, cuando enlaza el contenido de una norma, con la razón particular que conlleva a un resultado deseado.

De esta manera, la forma en la que se obtiene la respuesta acerca de cómo se descubre la finalidad del precepto interpretado, debe obtenerse relacionando el fin del precepto, el espíritu de la ley, la institución o la materia en donde se va a aplicar la norma a interpretar.

En efecto, la ley no contempla la argumentación teleológica, sino en base a la interacción con la teoría, es como se explica dicho argumento. De ahí la importancia del reconocimiento de la naturaleza legal de estos argumentos.

g) El argumento ***histórico o de la presunción de continuidad,***

El autor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, luego de una explicación sobre el contenido del argumento histórico, llega a la conclusión de adoptar la concepción de este argumento, diferenciándolo del psicológico cuando aclara que “(...) *el argumento psicológico intenta reconstruir la voluntad de las personas que física e históricamente elaboraron el documento, el argumento*

*histórico, sirve, como vamos a ver a continuación, para otorgar a un documento que plantea dudas interpretativas aquel significado que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el documento actual regula.”<sup>90</sup>*

La consulta anterior a la obra citada, nos permite señalar que la argumentación mediante el argumento histórico o de la presunción de continuidad, consiste en la atribución del mismo significado a un enunciado o formulación normativa, atendiendo los precedentes históricos y el tratamiento que los distintos legisladores le han dado a lo largo de la historia.

A través de este argumento, se resuelven dudas interpretativas sobre las reglas actuales, mediante el empleo de normas anteriores, que seguramente regulaban el mismo fenómeno jurídico.

Por ello se dice, que este argumento se sustenta en dos figuras del derecho occidental moderno, la idea del legislador personificado y el de la continuidad del ordenamiento jurídico.

Precisamente la idea de continuidad del ordenamiento, es el elemento normalmente utilizable para justificar el argumento histórico.

Esta argumentación, encuentra su justificación en la idea de un legislador conservador, que implica interpretar la formulación normativa o enunciado jurídico, con las razones que demuestren, que no se pretende apartar del espíritu que tradicionalmente ha caracterizado a la institución jurídica.

Existen autores, que conceden un uso dinámico a este argumento, el cual conlleva la posibilidad de un cambio en el tratamiento histórico de la institución regulada.

---

<sup>90</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ...



El uso del argumento histórico, es notable en nuestro sistema jurídico, lo que se confirma en la decisión definitiva del juez, con el empleo del mismo en la siguiente jurisprudencia que a continuación se transcribe.

**“INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN.** Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio.”<sup>91</sup>

De la anterior consulta, se puede advertir fácilmente el uso del argumento jurídico especial histórico, mediante su empleo, es posible atribuirle el mismo significado normativo a un enunciado normativo que tradicionalmente era

---

Ob. Cit. P. 359

<sup>91</sup> Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XI, Junio de 2000 Página: 13 Tesis: P./J.61/2000 Jurisprudencia: Materia(s): Constitucional.

atribuido al enunciado normativo precedente y preexistente que regulaba la misma materia o institución jurídica.

Otro ejemplo del uso del argumento jurídico especial histórico, lo vemos en la interpretación de la institución del poder legislativo, como se observa en la siguiente tesis de jurisprudencia.

**“DIVISIÓN DE PODERES. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA, CAUSAL Y TELEOLÓGICA DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL TEXTO ORIGINAL DEL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RELATIVA A QUE EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE DEPOSITARSE EN UN INDIVIDUO.** Desde la expedición del Acta Constitutiva de la Federación, de treinta y uno de enero de mil ochocientos veinticuatro, en su artículo 9o. se dispuso que "El Poder Supremo de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de éstos en una corporación o persona, ni depositarse el Legislativo en un individuo.", texto que prácticamente fue reproducido en el artículo 50 de la Constitución Política de 1857. Ahora bien, encontrándose vigente este último dispositivo, el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la Unión, especialmente a fines del siglo XIX e inicios del XX, expidió diversos actos formalmente legislativos, destacando, entre otros, el Código de Comercio de quince de septiembre de mil ochocientos ochenta y nueve, respecto del cual se sustentó su constitucionalidad, por la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en razón de que su expedición no implicaba la reunión de dos poderes en uno, ni que pasaran todas las facultades del Poder Legislativo al Ejecutivo, pues se trataba de un acto de colaboración entre ambos órganos. Posteriormente, en relación con el texto establecido originalmente en la Constitución Política de cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, destaca que en la exposición de motivos del proyecto respectivo se reprochó que se hubiera otorgado sin el menor obstáculo al jefe del Poder Ejecutivo, la facultad de legislar sobre toda clase de asuntos, habiéndose reducido la función del Poder Legislativo, a delegar facultades, por lo que en el texto original del artículo 49 de la vigente Norma Fundamental, con el fin de terminar con esa situación, se agregó como única excepción a la prohibición consistente en que el Poder Legislativo no puede depositarse en un solo individuo, el caso en que el Ejecutivo de la Unión actuara en ejercicio de las facultades extraordinarias previstas en el artículo 29 de la Constitución Federal, de donde se advierte que con tal dispositivo se buscó evitar que el presidente de la República fuera facultado por el Congreso de la Unión para emitir actos formalmente legislativos, es decir, de la misma jerarquía de las leyes que corresponde emitir a aquél, mas no que la facultad de emitir disposiciones de observancia general se reservara al mencionado órgano legislativo.”<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Agosto de 2001 Página: 226 Tesis: 2a. CXXIX/2001 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional Amparo en revisión 1162/96. Xocongo Mercantil, S.A. de C.V. 10 de noviembre de 2000.

De la cita anterior, es posible observar el mismo significado normativo que se la ha venido dando a la institución del poder legislativo a lo largo de la historia, en ausencia de otras disposiciones normativas expresas en otro sentido.

En este argumento histórico, precisamente la premisa especial que viene del ordenamiento vigente, es la referencia a las normas no vigentes, y el mismo tratamiento en su significado normativo que históricamente se le venía dando a la forma en que comprendía cualquier institución.

En este sentido, la aplicación de nuevas normas son el fiel reflejo del devenir histórico del legislador.

En efecto, señala Imerio Catenacci, que *“Este argumento presupone que el legislador da continuidad a sus previsiones. Que el legislador es conservador en el tratamiento de las instituciones jurídicas, y que éstas y sus principios siguen vigentes, salvo modificación expresa de los textos legales.”*<sup>93</sup>

Con lo cual se demuestra la certeza de quienes admiten el uso dinámico de este argumento, como anotamos líneas atrás.

#### h) El argumento ***apagógico o por el absurdo o de reducción al absurdo***

El argumento por el absurdo o por reducción al absurdo, más que interpretar, su función consiste en rechazar interpretaciones, ya que “[...] *es preciso no perder de vista que razonando ad absurdo en ocasiones no se manejan textos jurídicos, sino interpretaciones de esos textos. Por lo tanto, salvo en los casos en los que su significado prima facie se considere claro, no son los documentos normativos en si los que pueden jugar el papel de parámetros para medir lo*

*absurdo de las conclusiones de una interpretación, sino a su vez las interpretaciones de sus documentos normativos, punto en el que las discusiones comenzarían de nuevo, ya que esas interpretaciones habría de obtenerlas y justificarlas a través de otros argumentos, con lo que se entraría en un círculo vicioso que podría llevarnos hasta el infinito.”<sup>94</sup>*

La argumentación “*ad absurdum*” o del argumento por el absurdo o de reducción al absurdo, como explica Ezquiaga, establece un esquema de exclusión, que opera en base al rechazo de cualquier interpretación de una formulación normativa o enunciado jurídico, que implique racionalmente un auténtico absurdo, o que conduzca a consecuencias ilógicas o inicuas. Es decir, en este argumento proveniente de la lógica clásica, las normas jurídicas no son las que justifican en sí mismas, el rechazo de ciertas interpretaciones que resultarían absurdas.

Sino la presencia de otros principios como el sistemático, la coherencia o la completudine que a la vez operan frente a lo absurdo para mantener la unidad del sistema.

Precisamente, como lo indicamos respecto del argumento especial, el mismo se forma de una premisa no lógica, y en este caso la misma resulta de los elementos que hacen que se rechace el resultado absurdo de la interpretación.

Para lograr la definición de este argumento, se debe presentar la discusión sobre el concepto de lo absurdo, el cual atendiendo el resultado del estudio empírico que hace Ezquiaga Ganuzas, a las Sentencias del Tribunal

---

<sup>93</sup> Catenacci, Imerio Jorge, *Introducción ... Ob. Cit.* (Obra consultada en el Capítulo Primero), p. 349

<sup>94</sup> Ezquiaga Ganuzas, Javier. *La argumentación en la justicia constitucional Española, ...Ob. Cit.* (Obra en consulta en este Capítulo Cuarto), p. 247

Constitucional, se obtiene que lo absurdo es lo exagerado, lo no verificable en la realidad, lo infrecuente y lo superfluo.<sup>95</sup>

Es así como se obtiene que el argumento por el absurdo, se define como aquel que permite rechazar una interpretación de un documento normativo de entre las teóricamente posibles, por las consecuencias absurdas a las que conduce.<sup>96</sup>

Señala Gerardo Dehesa, que apagógico es un término que indica o infiere la acción de apartar algo de su lugar debido y que Platón había usado ese termino como “desviarse del razonamiento”, y por Aristóteles recibe el nombre de reducción, en tanto que en lógica ese fue el sentido que se le dio al termino *apagogé*.<sup>97</sup>

Para esta argumentación especial, la determinación del absurdo es el elemento clave que contrasta con las valoraciones del sentido común, sobre todo, con los atributos de un legislador lógico y racional.

Esto es, en el postulado del legislador racional, el argumento por el absurdo no puede considerarse un argumento autónomo, sino que su operatividad, permite la utilización de otro argumento, mientras el *ad absurdum* ha sido rechazado.

Los argumentos por reducción al absurdo, establecen sus conclusiones, mostrando que la negación de la conclusión conduce al absurdo.

Asumir una condición, que deriva en una implicación para mostrar una conclusión: Para probar: P, se asume; No-P (esto es que p es falso), De esa

---

<sup>95</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 282

<sup>96</sup> G. Tarello: “Teoría dell’interpretazione della legge. Introduzione”, Citado por Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 249

<sup>97</sup> Dehesa, Gerardo, Introducción a la retórica, ... Ob. Cit. (Obra consultada en el Capitulo Primero), p. 569

asunción se deriva una implicación: Q, Se muestra; Q es falso (contradictorio, estúpido, absurdo), Se concluye P.<sup>98</sup>

Ahora bien, de la consulta a las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tenemos que el uso del argumento por Reducción al Absurdo, se observa en la siguiente tesis.

**“PRUEBAS EN MATERIA PENAL. SU VALORACIÓN A TRAVÉS DEL MÉTODO "REDUCCIÓN AL ABSURDO", TRATÁNDOSE DE DELITOS CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESIÓN O TRANSPORTACIÓN.** La demostración de la verdad en la comisión de un hecho delictivo a través de las pruebas en el proceso penal, puede ser directa o indirecta; es decir, cuando no se logra demostrar una tesis (en el caso, el dolo como elemento de la culpabilidad del delito), por el procedimiento directo, entonces, se recurre a la demostración indirecta. Así, la demostración directa consiste en que de los datos obtenidos de las pruebas, siguiendo las reglas de los razonamientos, se deduce directamente la tesis (versión de los hechos que incriminan a su autor). A su vez, la demostración indirecta, generalmente, en materia penal se integra con la indiciaria, y el razonamiento que se obtiene consistente en que primero se demuestre la falsedad de la antítesis (versión defensiva), es decir, del juicio que contradice a la tesis (la versión inculpativa que aduce la parte acusadora), y de la falsedad, por incongruente, de la versión defensiva del inculpado, que se reduce al absurdo, se extrae la conclusión de la veracidad de la versión inculpativa. Esto es, para demostrar que la versión defensiva es falsa se parte del pleno acreditamiento del acto posesorio o de transportación del narcótico, que resulta contradictorio a las proposiciones de la defensa; por ello, si la versión defensiva es inconsistente con las pruebas aportadas al juicio (con la ley lógica), a través del principio lógico conocido como tercero excluido, de la falsedad del argumento defensivo se deduce la veracidad de la acusación inculpativa. **Este método de demostración tiene el nombre de "reducción al absurdo".**<sup>99</sup>

A nuestro juicio, del análisis de la tesis anterior, vemos que el empleo del argumento de reducción al absurdo, permite encontrar la verdad buscada como principio de la materia penal en el ámbito jurisdiccional, al rechazar todas las otras posibles respuestas, que llevarían a resultados superfluos, exagerados o no coincidentes con la realidad.

<sup>98</sup> Weston, Anthony. Las claves..., Ob. Cit. (Obra consultada en este Capítulo Cuarto), p. 90

<sup>99</sup> Novena Época, Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Octubre de 2002, Tesis: XVII.5o. J/3, Página: 1238

De este modo, vemos claramente como el uso de un argumento jurídico especial por reducción al absurdo, permite dar sustento motivacional a una decisión definitiva del juez, pues basta invocar el precedente transcrito para resolver como absurda una petición, al rechazar sus resultados de índole “absurdo”.

i) El argumento ***a partir de los principios***

En relación con el argumento por los principios o a partir de los éstos, señala Ezquiaga Ganuzas, autor especialista en la materia, que “... *la argumentación por medio de los principios no se diferenciaría de la argumentación sistemática o de la analogía más que por la mayor generalidad con la que está enunciados los principios, lo que, por un lado, dificulta su interpretación pero, por otro, facilita su empleo al estar el intérprete mas libre para fijar su contenido.*”<sup>100</sup>

Es de destacarse, que este argumento jurídico especial, cumple cabalmente con una función interpretativa, pues con su uso se pretende fijar su contenido reconocido en algún texto legal positivo.

Existe una diferenciación muy importante entre principios generales del derecho y principios constitucionales. Los primeros pueden ser deducidos del ordenamiento en general y los segundos se recogen expresamente en una norma constitucional, lo que los convierte en auténticas normas constitucionales de aplicación directa.

La argumentación, a partir de los principios, señala Francisco Javier Ezquiaga, cumple con la función integradora y la función interpretativa.

---

<sup>100</sup> Ezquiaga Ganuzas, Javier. La argumentación en la justicia constitucional Española, ... Ob. Cit. (Obra en consulta en este Capítulo Cuarto), p. 90

Esta función interpretativa del argumento, a partir de los principios, se entiende de ese modo, en tanto la existencia de una variedad de significados de enunciados jurídicos.

Este argumento, nos permite recordar la distinción entre normas y principios que vimos en el punto anterior, ya que parte de tres clases de principios.

1) Los principios positivos de derecho, que propiamente se encuentran en las normas literalmente establecidos y que plantean menor necesidad de justificación por ser normas positivas;

2) Los principios implícitos de derecho, que son premisas o consecuencias de normas; y

3) Los principios extrasistemáticos de derecho, que derivan del derecho comparado, de la moral, las costumbres y la práctica judicial, que al encontrarse fuera del ordenamiento jurídico, se consideran con menor fuerza de justificación, aunque puedan ser reconducidos a una interpretación de mayor extensión teórica y supralegislativa, como los derechos humanos que son de tipo universal.

Es por ello, que la existencia de este argumento en la doctrina, confirma nuestras observaciones, respecto al fenómeno jurídico, a través del cual, los argumentos especiales pueden ser reconocidos en una norma jurídica y justificar su aplicación directa en las decisiones de los jueces al momento de dictar sentencias definitivas.

Dicho reconocimiento legal que proponemos, parece justificarse de la deducción que puede hacerse a la siguiente tesis de jurisprudencia, que confirma nuestra propuesta, en relación con la preservación de los principios de la nación mexicana.



**“DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LAS LEGISLACIONES LOCALES EN FAVOR DE ELLOS NO FUERON LIMITADOS POR LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN LA MATERIA, VIGENTES A PARTIR DEL QUINCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO.** Las reformas en materia indígena a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de agosto de dos mil uno, en vigor a partir del día siguiente conforme a su artículo primero transitorio, dejan a las entidades federativas la regulación jurídica relativa al reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas, por lo que sólo están sujetas a las definiciones y criterios generales que al respecto se establecen, a la estructuración legal de las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de cada entidad, al postulado básico de unidad e indivisibilidad nacional y a que la autonomía se ejerza dentro del marco constitucional, ello en virtud de que el artículo 40 de la Constitución Federal consigna la unión del pueblo mexicano en una Federación establecida de acuerdo con **sus principios fundamentales**, de manera tal que cualquier norma contraria **a los principios de unidad e indivisibilidad de la Nación Mexicana** serían contrarios al Pacto Federal, además de que el numeral 133 de la propia Ley Fundamental prevé el principio de supremacía constitucional mediante el cual las Constituciones y leyes locales deben ser acordes con el Ordenamiento Supremo. En ese tenor, los derechos establecidos en favor de los pueblos y comunidades indígenas, así como de los indígenas en lo individual, deben ser considerados como mínimos a garantizarse por los Estados en la regulación y organización jurídica que al efecto realicen en sus Constituciones y leyes respectivas, razón por la cual los derechos que tales entidades federativas pudieran haber establecido con anterioridad a favor de los indígenas, no pueden considerarse limitados por los derechos consagrados en las normas constitucionales referidas, pues estos últimos sólo son derechos mínimos a satisfacer, a no ser que fueran contrarios a los postulados básicos de unidad e indivisibilidad nacional y de no sujeción al marco constitucional, caso en el cual serían contrarios, desde su origen y no en virtud de las reformas, a la Carta Magna, o bien, que los derechos que en tales legislaciones se hubieran previsto no sean los que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de la entidad, lo que no constituye una limitante a tales derechos, sino una exigencia de que se ajusten a la realidad social.”<sup>101</sup>

De la consulta anterior, se advierte que el principio de unidad nacional tiene cercanía con el artículo 133 de la Constitución, lo que representa su carácter de supremacía constitucional, pues generalmente los principios se encuentran apoyados por una disposición jurídica constitucional, como en este caso.

---

<sup>101</sup> Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Noviembre de 2002, Tesis: 2a. CXL/2002, Página: 446

De esta manera –sañala Ezquiaga Ganuzas- , cuando se utiliza el argumento a partir de los principios, no hay duda de que se está realizando una aplicación de normas positivas en función de las necesidades de cada caso.<sup>102</sup>

La aplicación del argumento a partir de los principios y su cercanía con dispositivos jurídicos, puede observarse nuevamente con la lectura de la siguiente tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe.

**“MILITARES. PARA RESOLVER SOBRE SU RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH, DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, CAUSAL TELEOLÓGICA Y POR PRINCIPIOS DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN.**

Conforme al artículo 197, en relación con el diverso 22, fracción IV, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas abrogada, se declarará la procedencia del retiro del activo de un militar por quedar inutilizado en actos fuera del servicio. Ahora bien, tales disposiciones son insuficientes para declarar el retiro del militar cuando resulta positivo a las pruebas del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) porque no regulan de manera específica esta situación, de manera que para resolver el asunto y lograr una mayor protección de los derechos fundamentales, debe acudirse a la interpretación de los dispositivos constitucionales (desarrollados en diversas leyes federales y tratados internacionales de los que México es parte) que protegen el derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no discriminación. Cabe señalar que la interpretación implica la búsqueda en el ordenamiento jurídico de la regla adecuada para resolver la insuficiencia normativa. En el caso debe atenderse a la interpretación sistemática, causal teleológica y por principios. La primera, que parte de considerar al ordenamiento jurídico nacional como un sistema, busca el sentido lógico objetivo de la norma en conexión con otras que existen dentro del mismo, es decir, la norma no debe aplicarse aisladamente sino en su conjunto, pues se encuentra condicionada en su sentido y alcance por las demás normas del sistema del cual forma parte. El método causal teleológico busca establecer las causas y los fines de la norma mientras que el de interpretación por principios, pretende descubrir los postulados que persiguen la realización de algo como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico.”<sup>103</sup>

En esta cita se comprende claramente el argumento a partir de los principios, pues precisamente ante la falta de disposición legal, se llena los vacíos, pero en

<sup>102</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 282

<sup>103</sup> Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Octubre de 2004, Página: 2363, Tesis: I.4o.A.438 A Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMIVA. DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 799/2003. Unanimidad de votos.

virtud del argumento a partir de los principios, a veces parece confundirse con el argumento sistemático y con la analogía.

j) El argumento ***por Completudine***

Para comprender el carácter que se le atribuye a este argumento, previamente debe entenderse que él mismo parte del dogma de la plenitud del sistema jurídico, el cual se entiende en los siguientes términos: “(...) es *completo cuando contiene una solución (es decir, una norma) para cualquier situación con relevancia jurídica que pueda presentarse. Teniendo presente que en el lenguaje de los juristas la falta de una norma que regule un caso es denominada laguna jurídica, la plenitud del sistema puede ser definida negativamente como la “inexistencia de lagunas”*.”<sup>104</sup>

De esta manera, tenemos que el argumento por completudine, afirma la postura ideológica del carácter completo del sistema jurídico, fundándose en el principio de todo ordenamiento jurídico contiene una regla general, que le permite integrar todos los casos al propio sistema del cual se deriva y que no se encuentre regulado por disposiciones especiales.

Este argumento presupone la inexistencia de lagunas y que el legislador ha previsto todos los casos.

En el capítulo segundo, mostramos una lista de diversos argumentos jurídicos especiales, y se aprecia que para Giuseppe Tarello, dicho argumento consiste en un procedimiento discursivo en donde no existe una proposición jurídica que atribuya una calificación jurídica, por lo que debe concluirse en la existencia o validez de una disposición jurídica previa.

---

<sup>104</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 473

Aun al interior de una sola materia jurídica, opera este argumento como a continuación se puede observar con la siguiente tesis de jurisprudencia, con la que creemos se acredita suficientemente el uso de este argumento jurídico, en decisiones judiciales definitivas.

**“CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO. NO PROCEDE SU APLICACIÓN SUPLETORIA AL CÓDIGO DE COMERCIO, EN CUANTO A LA PROCEDENCIA DE RECURSOS SE REFIERE.** El Código de Comercio, anterior a sus reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis, así como el vigente, contienen, en sus artículos 1334 a 1343, un sistema completo para la procedencia de los recursos de revocación y de apelación, en virtud de que permite determinar si una resolución (auto, decreto, sentencia, ya sea la que resuelva el negocio o una incidencia de él, esto es, una interlocutoria), debe ser impugnada por uno u otro medio, de tal suerte **(Es aquí el uso del argumento de completitud al expresar el principio de que todo ordenamiento jurídico contiene una regla general, que le permite integrar todos los casos al propio sistema del que deriva, al descartar la supletoriedad.)** que para establecer si determinada resolución es apelable o revocable, no cabe la supletoriedad de la legislación adjetiva civil local, dado que no existe, para el tema de la procedencia de los citados recursos, norma alguna que completar. Así, por ejemplo, aun cuando el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, en su artículo 90, señale que el auto que admite pruebas no es recurrible, no se puede invocar su aplicación supletoria al citado ordenamiento mercantil, por contener este último reglas específicas que lo impiden.”<sup>105</sup>

Es así como vemos la utilidad del argumento por completudine, al presentarse en la resolución de un juez elementos que le permite no aplicar la supletoriedad de otra materia y restringirse a su materia, en tanto que la misma prevé una solución como un sistema.

De tal manera que podemos afirmar que este argumento, opera como la no atribución de significado a una disposición normativa por no derivar de un sistema al que pertenecen otras normas aplicables.

---

<sup>105</sup> Novena Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Febrero de 2003, Tesis: XVI.3o.4 C, Página: 1020, Amparo en revisión 238/2002. Unanimidad de votos.

En el mismo sentido, el empleo del argumento por completudine, como se observa de la siguiente tesis de jurisprudencia.

**“COSTAS EN JUICIOS EJECUTIVOS MERCANTILES. ES PROCEDENTE APLICAR SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO, PARA REGULAR SU CÁLCULO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).**

De la interpretación armónica de los artículos 1081 al 1089 del Código de Comercio, se desprende que contienen **un sistema completo** acerca de los casos y procedimiento a seguir en materia de costas, pues prevén la regulación de ellas por la parte favorecida con ese pago; que presentada dicha regulación se deberá dar vista a la contraria; que si ésta nada expusiere se decidirá el pago, pero si la objetare, se dará vista a la parte que presentó la mencionada regulación, quien contestará dentro del término de tres días; y que en igual término fallará el Juez lo que estime justo; esto es, regula las hipótesis en que una parte deberá ser condenada a cubrir las costas, así como el procedimiento que se debe seguir para fijarlas; sin embargo, con relación a la base para su cálculo, se tiene que los citados preceptos legales no lo establecen; por tanto, en términos de lo dispuesto por el artículo 1054 del Código de Comercio, debe acudirse a la ley común aplicable en esta entidad federativa, que lo es el Código de Procedimientos Civiles, ya que no existe ninguna contradicción con esa ley mercantil y, porque en este ordenamiento local, sí se regula el supuesto de que se trata, de suma importancia dado el carácter económico de la condena relativa.”<sup>106</sup>

De la cita anterior, se desprende el carácter completo del sistema en materia de costas, sin embargo, ante la dinámica del derecho y considerando que la mayoría de los juristas saben que el propio sistema jurídico se viene completando continuamente. Dicho argumento, se emplea para la solución de casos como lo hemos visto, por lo que resulta incuestionable que influye en la decisión definitiva del juez.

k) El argumento ***Naturalista o de la naturaleza de las cosas***

Como lo indicamos en el punto anterior, de la listas de argumentos, encontramos el naturalista, el cual para Giuseppe Tarello, consiste –como lo vimos anteriormente- en la naturaleza de las cosas, o en la hipótesis del

---

<sup>106</sup> Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEPTIMO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Enero de 1999, Tesis: VII.2o.C.48 C, Página: 840, Amparo en revisión 1068/97. 12 de febrero de 1998. Unanimidad de votos.

legislador impotente que extrae sus conclusiones del hecho de que, en una situación dada, es inaplicable un texto de la ley porque a su aplicación, se impone la naturaleza de las cosas.

Al respecto, consideramos que los tribunales judiciales y los jueces en particular, hacen uso de este tipo de argumento en sus decisiones definitivas, cuando motivan sus razonamientos, lo que se demuestra con la existencia de la siguiente tesis de jurisprudencia que hace alusión a este argumento.

**“EJECUCIÓN DE SENTENCIA. HIPÓTESIS EN QUE NO SE ACTUALIZA UNA CAUSAL MANIFIESTA E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CUANDO SE RECLAMA UNA RESOLUCIÓN DICTADA DURANTE ESE PERIODO.** Cuando en el juicio de amparo se reclama la resolución dictada en el periodo de ejecución de sentencia por la que se declara acreedor preferente a determinado acreedor, no es correcto estimar que existe un motivo manifiesto e indudable de improcedencia del juicio de garantías con base en que el artículo 114, fracción III, de la ley de la materia establece que tratándose de actos de ejecución de sentencia el amparo sólo podrá promoverse contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, habida cuenta que dicha regla general **admite excepciones que se justifican precisamente por la naturaleza y consecuencias de imposible reparación que pueden tener los actos reclamados en las personas o las cosas.** En este orden de ideas, la resolución que declara acreedor preferente a alguno de los ejecutantes no actualiza una causa manifiesta e indudable de improcedencia del juicio constitucional, máxime si el quejoso afirma que tal determinación judicial lesiona sus derechos sustantivos por desconocer los derechos adquiridos en el juicio pues, en ese supuesto, el juzgador federal deberá examinar la trascendencia efectiva que el acto reclamado tiene sobre los derechos fundamentales del peticionario de garantías.”<sup>107</sup>

De la cita anterior, podemos demostrar que el juez resuelve en base a la argumentación jurídica especial, atendiendo la naturaleza de las cosas y de las personas, dado que una decisión judicial puede tener consecuencias de imposible reparación como en el caso que se menciona en la jurisprudencia transcrita.

---

<sup>107</sup> Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Enero de 2003, Tesis: VI.2o.C.155 K, Página: 1775

Cabe señalar en relación con este tipo de argumentación, que la mayoría de los autores no reconocen su existencia, porque no lo mencionan en sus clasificaciones. Por nuestra parte creemos que su utilización prueba su existencia, de tal modo que podemos afirmar que la consideración que se toma para apreciar la naturaleza de una cosa o de una persona, viene a constituir la premisa especial que requiere este argumento para su existencia dentro de la clasificación de argumentos jurídicos especiales.

### l) El Argumento **Sistemático**

Se atribuye a este argumento una subdivisión, o bien, que este argumento, como forma de la argumentación especial, “(...) *engloba tres argumentos que son el argumento a coherencia, (interpretación de los enunciados legales teniendo en cuenta que no pueden expresar normas incompatibles entre ellas); el argumento sedes materiae, (atribución de significado a un enunciado dudoso teniendo en cuenta el lugar que ocupa en el texto normativo del que forma parte); y el argumento sistemático (...) aquel que para la atribución de significado a un precepto tiene en cuenta el contenido de otras normas o su contexto jurídico.*”<sup>108</sup>

Sin duda, el carácter de dicho argumento, en base a la sistematicidad del ordenamiento, al tener en cuenta el conjunto de todos los enunciados del texto normativo, pretende resolver las antinomias y contradicciones que se generan en la resolución de casos. Esta es la característica fundamental de dicho argumento.

El presupuesto de esta argumentación, radica en la idea del legislador coherente en todo el ordenamiento jurídico.

---

<sup>108</sup> Dehesa, Gerardo. Introducción a la Retórica, ... Ob. Cit. p. 437

Al respecto, señala Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, que parece difícil creer que esté cerrada completamente la posibilidad de que en un sistema aparezcan normas incompatibles. Pero lo primero que se presenta es el criterio de solución de antinomias de tipo cronológico, jerárquico y de especialidad, (*lex posterior derogat priori, lex superior derogat inferiori, y lex especiales derogat lex general*)<sup>109</sup>

La argumentación por el argumento sistemático en sentido estricto, es aquel que opera teniendo en cuenta el contenido de otras normas, esto es, su contexto.

Se debe tomar en cuenta que el uso de este argumento sistemático, es sumamente constante en la práctica jurídica mexicana, da cuenta de ello, la siguiente tesis de jurisprudencia.

**“VALOR AGREGADO. EL SISTEMA PARA DETERMINAR EL IMPUESTO ACREDITABLE ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE PARA EL EJERCICIO FISCAL DEL AÑO DOS MIL, AL OTORGAR UN TRATO DESIGUAL A LAS CATEGORÍAS DE SUJETOS QUE SE ENCUENTRAN EN UNA SITUACIÓN IDÉNTICA RESPECTO DEL MECANISMO DE TRASLADO Y ACREDITAMIENTO DE ESE GRAVAMEN, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.** La mecánica de traslado y acreditamiento del impuesto prevista en dicho numeral atiende a la situación jurídica y fáctica en que se ubican los diferentes grupos de contribuyentes al realizar, según el caso, actos o actividades gravados, exentos o mixtos (gravados y exentos) con independencia del hecho imponible, pues como deriva de su desarrollo, lo relevante en dicho sistema es la identificación sobre la finalidad o uso que se otorgue al insumo o servicio respectivo; por lo que, el diverso trato que da la norma a los contribuyentes que otorgan el uso o goce temporal de bienes tangibles, tratándose de actividades gravadas, al no prever la posibilidad de acreditamiento del impuesto al valor agregado trasladado y pagado cuando se realizan esas actividades, transgrede el principio de equidad tributaria consagrado en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello es así, puesto que cuando se trata de los causantes que en la misma situación efectúan actos o actividades relacionadas con la enajenación de bienes, prestación de servicios independientes o realizan la importación de bienes o servicios, el artículo 4o. de la Ley del Impuesto al Valor Agregado permite el acreditamiento total del gravamen en mención trasladado identificado con actividades gravadas, mientras que tratándose de contribuyentes que otorgan el uso o goce temporal de bienes, por no establecer el mismo supuesto, relativo a la identificación del impuesto en comento que les fue trasladado cuando realizan estos actos o actividades

---

<sup>109</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 75-76



gravadas, la totalidad del propio impuesto así trasladado resulta, en consecuencia, no identificado y, por tanto, no acreditable en proporción alguna, **sin que del examen integral, sistemático y exegético del precepto** señalado derive que, por alguna razón, **a dichos contribuyentes se les deba excluir del derecho que a todos los demás causantes otorga la norma**, consistente en la posibilidad de acreditar en su totalidad el impuesto identificado y no identificado tratándose de actividades gravadas, evento que incide de manera desigual en este grupo de contribuyentes que otorgan el uso o goce temporal de bienes en relación con otros causantes que en igualdad de condiciones fácticas y jurídicas la norma sí les permite identificar el impuesto trasladado con actividades gravadas y su consecuente acreditamiento total.”<sup>110</sup>

Así mismo, en materia penal se observa la utilización del argumento sistemático. Veamos de qué manera.

**“CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UNO, QUEDA ABROGADO POR EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EL DIECISÉIS DE JULIO DE DOS MIL DOS), PASADOS CIENTO VEINTE DÍAS DE SU PUBLICACIÓN Y NO EN EL MOMENTO DE LA MISMA. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS PRIMERO Y QUINTO TRANSITORIOS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN.**

Los artículos primero y quinto transitorios del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial de la mencionada entidad federativa el dieciséis de julio de dos mil dos, establecen, respectivamente, lo siguiente: "Primero. Este código, con excepción de lo señalado en estos artículos transitorios, entrará en vigor a los ciento veinte días de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal. ..." y "Quinto. Se abroga el Código Penal de 1931, sus reformas y demás leyes que se opongán al presente ordenamiento.". Ahora bien, si se parte de un análisis literal o gramatical de las anteriores transcripciones, se concluye que si bien la vigencia del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comenzará hasta pasados ciento veinte días de su publicación, también lo es que existe una excepción a dicha vigencia, establecida en los artículos transitorios, de cuya redacción se desprende que están vigentes desde el momento de su publicación; por lo que si uno de ellos establece que se abroga la ley anterior, entonces a partir de ese momento no existe Código Penal. No obstante lo anterior, de un análisis sistemático y teleológico de los citados artículos transitorios, es decir, considerando a ley en su integridad, así como los fines que tomó en cuenta el legislador para crearla, no es dable caer en el extremo referido en líneas anteriores y paralizar el desenvolvimiento de la actividad pública del Estado y dar lugar a la anarquía; por tanto, debe estimarse que la intención o finalidad del legislador fue que mientras no entre en vigor el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, estará vigente el anterior Código Penal de mil novecientos treinta y uno, y una vez que entre en vigor el nuevo, es decir, pasados ciento veinte días de la publicación en la Gaceta

---

<sup>110</sup> Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Marzo de 2003, Tesis: 2a. XXXIV/2003, Página:600, Amparo en revisión 479/2001. Unión de Crédito General, S.A. de C.V. 7 de febrero de 2003. Unanimidad de cuatro votos.

Oficial del Distrito Federal, entonces sí quedará abrogado el anterior, no obstante no expresarlo así literalmente el citado artículo quinto transitorio.”<sup>111</sup>

En síntesis, lo relevante para el empleo de la argumentación sistemática, consiste en determinar el contexto o el lugar que ocupa la disposición a interpretar para la atribución de significado especial. Operación que consiste precisamente en el uso de la premisa especial no lógica que no deriva del ordenamiento jurídico.

## II) El Argumento *Sedes Materiae*

Este argumento forma parte de los argumentos sistemáticos, para Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, es aquel por el que la atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte.<sup>112</sup>

El también denominado argumento topográfico, ya que su explicación es en base a la ubicación que ocupa en un sistema jurídico, se define como aquel que se le atribuye su significado ante un enunciado dudoso por el lugar en el que se ubica dentro de un ordenamiento.

Este argumento forma parte del argumento general sistemático, que vimos en el punto anterior y respecto del cual podemos asumir el hecho de entender por argumento *sedes materiae*, aquel en el cual se encuentran frente a frente dos enunciados y prepondera aquel en base al lugar donde se encuentra ubicado dentro del sistema jurídico.

---

<sup>111</sup> Novena Época, Instancia: SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVII, Febrero de 2003, Tesis: I.7o.P.17 P, Página: 1020, Amparo directo 3327/2002. 31 de octubre de 2002. Unanimidad de votos.

En relación al argumento *sedes materiae*, este también cumple con la función interpretativa, en la medida que conforme a la atribución de significado a un enunciado o proposición jurídica dudoso, se realiza a partir del lugar que ocupa.

Esto es, su fundamento radica en que el lugar que ocupa es congruente y sistemático en relación con todas las disposiciones de un texto legal, constitucional o federal.

Hay que tomar en cuenta que una interpretación legal o un conflicto se resuelve tomando en cuenta el lugar en el que se encuentra la disposición a interpretar, o sea, hay que agregar la premisa adicional que hace especial al argumento. En este argumento, según creemos, es básica la cuestión de jerarquía.

Al respecto, citamos una tesis cuya interpretación radica en conceder razón a una interpretación jurídica, a partir del lugar en el que se encuentra. Con la cual, se demuestra cómo hemos sostenido que el uso del argumento jurídico especial *sedes materiae*, es susceptible de ser incorporado en el ordenamiento jurídico, al resolver casos prácticos como la interpretación que se formula en la siguiente transcripción jurisprudencial

**“LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA.** De conformidad con el **artículo 133 de la Constitución**, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.”<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 100

<sup>113</sup> Octava Época, Instancia: Pleno, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 60, Diciembre de 1992, Tesis: P. C/92, Página:27, Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992.

Como podemos apreciar, de la anterior cita, se aprecia el uso del argumento *sedes materiae* al dársele la atribución a un enunciado dudoso. Atribución de significado a partir del lugar en que se ubica en el sistema normativo, incluso de carácter internacional, conforme a este ejemplo.

Es claro entonces, que la construcción de la tesis por contradicción, siguió sin duda, la lógica del argumento jurídico especial de *sedes materiae*, constituyendo la premisa adicional que hace especial a este argumento, del criterio jerárquico de sistema de leyes, proveniente de Kelsen.

Al respecto, es conveniente recordar que “(...) *la mayoría de los órdenes jurídicos actuales (entre ellos el mexicano), tenemos que su estructura escalonada comprende, por regla general, diversos niveles normativos. En primer término la Constitución, en tanto conjunto de normas superiores que no derivan su validez de ninguna otra norma positiva, y establecen algunos de los órganos, procedimientos y contenidos más relevantes para la creación del resto de las normas del orden de que se trate. En segundo nivel, suelen encontrarse las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa, i.e., leyes y tratados internacionales, aun cuando en algunos órdenes existen reglamentos expedidos por el ejecutivo (Francia),*”<sup>114</sup>

Sin embargo, el hecho de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico mexicano, no implica necesariamente, que dicho argumento jurídico especial, pueda ser aplicado en otros aspectos no estrictamente escalonados. De ahí el ***ars inveniendi*** en el derecho moderno, esto es, dicho argumento puede seguir siendo empleado en cualquier otra circunstancia legal, bajo el principio de la racionalidad, de la única respuesta correcta, entre otros criterios más.

---

<sup>114</sup> Cossio Díaz, José Ramón. Constitución, Tribunales y Democracia, Ed. Themis, México, p. 127.

Así mismo, y para mayor abundamiento tenemos en relación al uso del mismo argumento topográfico, la siguiente tesis.

**“RUINAS Y MONUMENTOS ARQUEOLOGICOS.** Es innegable que los que se encuentran y descubrieren en el territorio de la República, están íntimamente relacionados con la cultura general de sus habitantes, por lo cual la Federación tiene jurisdicción sobre ellos, **por virtud de lo dispuesto en el artículo 73 constitucional;** mas como existe la jurisdicción concurrente para legislar en esta materia, tanto por la Federación como por los Estados, es de lógica jurídica que, en caso tal, la jurisdicción corresponderá al poder que haya prevenido en su ejercicio, y si ninguno lo ha hecho, deberá resolverse atendiendo al interés nacional o local de la cosa sobre que verse la contienda de jurisdicción, para imputar ésta a quien corresponda. Es innegable que la Federación ha prevenido en el ejercicio de jurisdicción en materia de ruinas y monumentos arqueológicos, como lo demuestra la Ley Orgánica de Secretarías de Estado, de 23 de febrero de 1861; algunas resoluciones y circulares de la secretarías de Estado; la Ley de 26 de marzo de 1894; el Decreto de 3 de julio de 1896 y la Ley de 11 de mayo de 1897, que se refiere a propiedad de ruinas y monumentos arqueológicos; la Ley de 18 de diciembre de 1902, que declara las ruinas arqueológicas, bienes de dominio público, y la de 30 de enero de 1930, que legisla sobre la misma materia; en cambio, el Estado de Oaxaca expidió la Ley sobre Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos, hasta el 13 de febrero de 1932, resultando, claramente, que fue la Federación quien previno en el ejercicio de esa jurisdicción. Por otra parte, no puede negarse que todo lo relativo a ruinas y monumentos arqueológicos interesa a toda la nación, y no sólo a los habitantes del lugar en que aquéllos se encuentran, y por este concepto, también corresponde a la Federación la facultad de legislar sobre ellos. No es obstáculo para sostener la teoría anterior, que la facultad de legislar sobre ruinas y monumentos arqueológicos, no conste de manera expresa como reservada a la Federación, en algún texto constitucional, puesto que esa facultad **se deduce fácilmente de la misma Constitución**, mediante una correcta inferencia, como se ha dicho al hablar sobre las facultades legislativas de la Federación; y como esos bienes, por su misma naturaleza, están fuera del comercio, no han podido constituir un objeto de apropiación particular, por lo que es claro que tampoco han podido salir del patrimonio de la nación, y estando bajo el dominio de ella, como sujeto ésta de derecho público, a la misma compete la jurisdicción y dominio sobre esas ruinas y monumentos arqueológicos, no sólo de los ya descubiertos, sino de los que se descubrieren dentro del territorio de la República, y, por consiguiente, la facultad legislativa sobre ellos. No puede argüirse en contra de esto, que la nación, cuyo carácter de sujeto de derecho público, no puede perder sino con la desaparición misma del Estado Mexicano, está sujeta al derecho privado, en lo que respecta a su dominio o propiedad sobre el territorio nacional, y por lo mismo, en la condición de cualquier particular; porque sobre ser tal doctrina falsa, por implicar la propiedad, cuando se trata de la nación, soberanía, en la República Mexicana la propiedad es de derecho público y la de los particulares sólo una emanación de ésta, que no implica la transmisión al particular, de la soberanía o jurisdicción, toda vez que no se le tramite la autoridad; de aquí que las relaciones de los particulares entre sí y con las autoridades, en lo que toca al derecho de propiedad de aquéllos, se rigen por el derecho privado, a diferencia del derecho de propiedad de los Estados, como entidades soberanas, que se rige por el derecho público. Además, es de observarse que la misma Constitución Política del Estado de Oaxaca, en su artículo 20, reconoce la propiedad

patrimonial de la Federación sobre los bienes de que se trata, al establecer que los que originariamente no han sido de la Federación, constituyen el patrimonio de dicho Estado, y como esas ruinas y monumentos arqueológicos están en la misma situación jurídica de los bienes que el artículo 27 constitucional considera de la propiedad original de la nación, es claro que ni conforme a la Constitución de Oaxaca, podrían ser considerados como patrimonio de ese Estado, las ruinas y monumentos arqueológicos existentes en su territorio. A mayor abundamiento, **el artículo 132 de la Constitución Federal otorga también** jurisdicción a la Federación sobre ruinas y monumentos arqueológicos, pues habiéndose decretado por la Ley de 18 de diciembre de 1902, que esos bienes son de dominio público o de uso común, es evidente que, desde entonces, el Gobierno de la Unión destinó esas ruinas y monumentos a dichos uso y servicio, aparte de que la misma naturaleza de los propios bienes, los coloca en esas condiciones, por lo cual quedan comprendidos en los términos del artículo 132 citado, siendo evidente que la jurisdicción implica, necesariamente, el ejercicio de las facultades legislativas correspondientes; sin que valga alegar que la ley que se interpreta, se refirió sólo a los monumentos y ruinas ya descubiertos y no a los que no lo estaban, pues la ley no hace tal distinción, y la fracción XXIX del artículo 73 de la Constitución, faculta al Congreso para expedir todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivas las facultades concedidas por la misma Carta Fundamental, a los Poderes de la Unión. Ciertamente es que el artículo 132 constitucional previene que para que estén sujetos a la jurisdicción federal los inmuebles que en lo sucesivo adquiera el Gobierno de la Unión, dentro del territorio de algún Estado, será necesario el consentimiento de la legislatura respectiva, pero también es cierto que es manifiesta la inaplicabilidad de esta parte de dicho precepto, a las ruinas y monumentos arqueológicos, puesto que correspondiendo originariamente a la nación la propiedad de los existentes en su territorio, no podría, en manera alguna, pretenderse que fuera necesario el consentimiento de la legislatura respectiva, para que surgiera la jurisdicción federal, pues siendo de la nación la propiedad original de esos bienes, no puede decirse que los adquiera por su descubrimiento, sino que están en su patrimonio aun cuando permanezcan ignorados.”<sup>115</sup>

De la cita anterior, se desprende el uso del argumento en cuestión al dársele la atribución a un enunciado dudoso. Atribución de significado a partir del lugar en que se ubica en el sistema normativo, en relación con otros sistemas inferiores, como el local o estatal, como en la cita se desprende respecto de la jurisdicción en materia de descubrimientos arqueológicos.

Esto es, el uso de los argumentos jurídicos especiales, es constante, como en este criterio de jurisprudencia, donde fue determinante la lógica de la construcción del argumento en estudio, en base al lugar en el que se encontraba el enunciado a interpretar.

---

<sup>115</sup> 2ª cita sedes materiae Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXXVI, Página: 1071, Controversia constitucional 2/32. Entre la Federación

m) El argumento **a rúbrica**

Este argumento, dice Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, sólo se diferencia del de sedes materiae en orden al matiz, “*Consistiendo éste argumento en la atribución de significado a un enunciado en función del título o rúbrica que encabeza al grupo de artículos en el que aquél se encuentra...*”<sup>116</sup>

La argumentación *a rúbrica* consiste en atribuir a un enunciado, a interpretar una proposición jurídica, a partir únicamente del título o rúbrica; llámense títulos o divisiones legales, en donde exactamente se encuentra dicho enunciado o formulación normativa.

A esta argumentación, se le da el mismo tratamiento que al argumento *sedes materiae*, el cual interpreta que el legislador ubicó dicha proposición jurídica, en el lugar que lógicamente dispuso dentro del ordenamiento.

Señala Ezquiaga Ganuzas, haciendo cita de F. Ost,<sup>117</sup> que este argumento recibe el tratamiento del de sedes materiae, al presumir que ambos enuncian un atributo del legislador racional, cuando se piensa que traduce correctamente sus intenciones en los títulos de las leyes y de las divisiones que realiza en la actividad legislativa.

En base a ello, consideramos que en cuanto a este argumento, relacionado con el de sedes materiae, logra justificar su empleo y utilidad en la práctica judicial mexicana.

---

y el Estado de Oaxaca. 3 y 17 de octubre de 1932.

<sup>116</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 110

<sup>117</sup> Idem. P. 111

n) El argumento **a cohaerentia**

En relación con este argumento, nos parece conveniente iniciar con una explicación más amplia de lo qué es en general el argumento *a cohaerentia*.

Misma explicación que obtenemos de la siguiente consulta: *“La coherencia es, si se quiere, es (un) esfuerzo por entender un sistema que nace entre las tensiones que generan sus múltiples niveles surcados por la polivalencia política, por la complejidad normativa, por la multitud de trasplantes y préstamos jurídicos, por la herencia intelectual y material de épocas dispares. En el gran costal del derecho se presentan siempre estas polifonías y no es tarea fácil reducirlas a una sola melodía (y quizá ni siquiera sea lo deseable).”*<sup>118</sup>

Con mayor especialidad, podríamos definir la argumentación *a cohaerentia*, de una manera extremadamente sintética, como aquella que constituye una regla, que permite al juez excluir una norma, que regula una misma situación de dos maneras incompatibles.

Se presenta cierta diferencia entre el argumento de coherencia y un principio de coherencia. Sin embargo, creemos que la diferencia no es sustancial, y que en todo caso, aunque el argumento sostiene que una antinomia entre proposiciones jurídicas resulta imposible. El principio da por hecho su presencia y otorga una solución siempre necesaria. Ambos criterios terminan por respetar y tratar de dotar de coherencia a toda la legislación en la interpretación cotidiana, aunque dicha coherencia esté muy lejos de alcanzarse.<sup>119</sup>

En cuanto a este argumento, Francisco Ezquiaga Ganuzas afirma, que *“Todo significado de un enunciado que provoque su incompatibilidad con otros*

<sup>118</sup> López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, ...Ob. Cit. p. 205

<sup>119</sup> Dehesa, Gerardo. *Introducción a la retórica*, ... Ob. Cit. pp. 460-461



*enunciados del sistema ha de entenderse que no es correcto, ya que no acataría la voluntad del legislador de respetar el sistema.*<sup>120</sup>

En efecto, este último autor en consulta, atribuye a este argumento una función de carácter negativo al señalar, que dicho argumento no sirve para justificar la atribución de un significado determinado, si no para desacreditar un significado que produzca incompatibilidad de normas.<sup>121</sup>

*Esto en tanto que “El argumento a coherencia cumple una función positiva cuando por si mismo justifica la atribución de un determinado significado a un enunciado. La atribución del significado se realiza por el hecho de ser conforme a la constitución.”*<sup>122</sup>

Como hemos visto, de cualquier manera queda comprobado el uso del argumento especial de la *a coherencia*. Que en el caso a estudio ha servido para mantener la coherencia del sistema jurídico ante la deficiencia en la ley positiva vigente.

ñ) El argumento por la autoridad o ***ab auctoritate***

Estamos de acuerdo en el señalamiento de que en sus orígenes, el concepto de autoridad excluía cualquier referencia a la fuerza, como hoy en día lo conocemos. Este argumento apelaba al prestigio que en un momento determinado la sociedad atribuía a las opiniones de los jurisprudentes, pues ellos eran quienes tenían “autoritas”, no por la fuerza, sino por el prestigio que les otorgaba gratuitamente la comunidad, en base a la efectividad que tenían dichas opiniones para la resolución de conflictos.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. “Argumentos interpretativos...”, Ob. Cit. p. 91

<sup>121</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 77

<sup>122</sup> Ezquiaga Ganuzas, Javier. La argumentación en la justicia constitucional Española, ... Ob. Cit. p. 109

<sup>123</sup> Dehesa, Gerardo, Ob. Cit. p. 340

Al respecto, se hace notar, que estamos de acuerdo con el señalamiento del autor en cita, atinente a que este argumento es uno de los más frecuentes en la resolución de conflictos y en la elaboración de tesis de jurisprudencia.

El argumento *ab auctoritate* o por la autoridad, apela a la posición que guarda una autoridad jurídica o intelectual, en relación con una proposición jurídica o una circunstancia de hecho. O bien, como dice Daniel Mendonca, en su obra consultada, al establecer que, dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a la opinión de determinada autoridad intelectual o jurídica.

Ello, precisamente, viene a confirmar nuestra tesis a sustento de que los argumentos especiales son empleados por los jueces, o bien, son contenidos en jurisprudencia que ellos aplican para la solución de casos.

Veamos como opera dicho argumento jurídico en una tesis de jurisprudencia.

**“PRECEDENTES JUDICIALES. SU SOLA CITA NO SE EQUIPARA A LA EXPRESIÓN DE UN AGRAVIO O CONCEPTO DE VIOLACIÓN, POR LO QUE LA AUTORIDAD QUE RESUELVE NO ESTÁ OBLIGADA A PRONUNCIARSE RESPECTO DE SU APLICABILIDAD AL CASO CONCRETO.** Del análisis del artículo 192 de la Ley de Amparo se desprende que las tesis de jurisprudencia emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los Tribunales Colegiados de Circuito, tienen el carácter de obligatorias para los Tribunales Unitarios de Circuito, Juzgados de Distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y para los tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales; sin embargo, el precepto legal en estudio no impone la obligación consistente en que estos últimos, al emitir sus resoluciones, deban pronunciarse a propósito de cada una de las tesis que sean invocadas por las partes y determinar si resultan aplicables o no al caso concreto. Al respecto, cabe señalar que los criterios judiciales que se contienen en las tesis jurisprudenciales o aisladas que se dictan, se refieren precisamente a la existencia de pronunciamientos de tribunales de justicia, respecto de los temas específicos que son sometidos a su consideración; es decir, un precedente judicial revela la existencia de un criterio judicial **que fue sostenido por un tribunal de justicia** en un asunto específico y es inconcuso que cuando en un diverso juicio se invoca dicho precedente, el mismo sólo puede beneficiar a quien lo cita, para el efecto de fundamentar o robustecer las consideraciones propias y particulares que haya formulado en el caso concreto, pues resulta evidente que la sola cita de ese precedente judicial no puede

integrar un **argumento** individualizado, equiparable a la expresión de un agravio o concepto de violación, que obligue a quien va a resolver a pronunciarse específicamente respecto de la operancia que dicho criterio tenga en el caso de que se trate, pues el hecho de citar un criterio jurisprudencial, únicamente produce los efectos de robustecer los argumentos lógico-jurídicos que al respecto se hagan valer, tal como cuando se invoca un precepto legal o un criterio doctrinal. Consecuentemente, **la autoridad judicial**, al dictar su resolución, cumple ampliamente con la obligación que le impone la denominada garantía de audiencia, al contestar los específicos argumentos que el interesado haya planteado como agravio, concepto de violación, alegato o consideración, sin que exista la necesidad de que, además, explique por qué es o no aplicable al caso concreto cada uno de los criterios jurisprudenciales invocados.”<sup>124</sup>

De la cita anterior, se desprende el valor que se le concede a las opiniones de los tribunales, con lo cual se observa la importancia que tiene el estudio de los argumentos jurídicos especiales y el realce que tendrían con su reconocimiento legal.

Este argumento sirve para identificar la fuente de autoridad que se pretende emplear, para sostener la atribución de significado a un enunciado normativo, mediante una premisa no lógica.

En este último sentido, se expresa el autor en consulta, *“No se debe pasar por alto que la esencia de la doctrina empleada como argumento de autoridad radica en el prestigio y solvencia personal de la misma en el medio académico, jurisdiccional o jurídico, ello conduce a discernir con suma cautela la pertinencia de la autoridad empleada, es decir, que sea una auténtica autoridad en la materia para la cual se aduce como argumento.”*<sup>125</sup>

#### o) El argumento **a fortiori**

---

<sup>124</sup> Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Diciembre de 2002, Tesis: XXII.2o.7 K, Página: 815, Unanimidad de votos.

<sup>125</sup> Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la retórica, ... Ob. Cit. p. 367

El tercer párrafo del artículo 14 de nuestra Constitución Política, establece la prohibición de usar el argumento *a fortiori* en la materia penal.

La ubicación de dicho argumento al lado de la analogía, a nuestro parecer, provoca que se de un tratamiento igual o semejante a dicho argumento en nuestro sistema jurídico, como más adelante lo podremos observar.

En la doctrina, el tratamiento que se da a este argumento, señala Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, es dispar. Pero por lo que hace a su similitud con la analogía, dicho autor, opta por considerarlos distintos. No obstante que éste argumento se encuentre estrechamente relacionado con el argumento analógico en cuanto a sus resultados, ya que los dos extienden una regulación legal a supuestos no expresamente previstos en una ley.<sup>126</sup>

El autor en consulta, señala que en la doctrina hay quienes le conceden autonomía al argumento *a fortiori* y otro sector que le da un tratamiento como una forma de analogía.

No pretendemos exponer las razones que se emplean para justificar una y otra posición, lo que nos parece en relación con nuestro estudio, es destacar las formas de expresión de este argumento jurídico especial, que particularmente se refieren a los esquemas de menor a mayor y de mayor a menor, identificadas con las palabras ***a maiori ad minus*** y ***a minori ad maius***.

Estos esquemas de mayor a menor y de menor a mayor, pueden entenderse, teniendo presente el concepto de argumento *a fortiori* de Tarello, que en la lista de argumentos expusimos con anterioridad.

---

<sup>126</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 138

De cualquier manera, estos esquemas se encuentran referidos para atribuir significado con mayor razón a un grupo de sujetos que no están contemplados por una norma.

Indica Ezquiaga Ganuzas, haciendo cita de Chaim Perelman, que los esquemas anteriores se refieren a prescripciones positivas y negativas: estableciendo que el esquema de mayor a menor está referido al primer tipo de prescripciones y al esquema de menor a mayor le corresponden las prescripciones negativas.<sup>127</sup>

Este carácter de las distintas maneras de atribuir un significado que le corresponde a un grupo de sujetos, a quienes les resulta aplicable una norma, con mayor razón, justifica que algunos autores se refieran a que esta clase de argumentación a fortiori “*Se trata de razonamientos en cuyas proposiciones componentes figuran expresiones comparativas como “mayor que” o “menor que”, etc.*”<sup>128</sup>

Esto significa, que los esquemas de referencia, tratan sobre la atribución de significado a condiciones positivas y negativas en tanto que hay “mayor o menor” razón para ello.

Por su parte, Gerardo Dehesa, atribuye al argumento a fortiori, en su definición, dos clases de funciones.

La primera asigna a este argumento una función retórica, que permite sobreabundar en una afirmación. La segunda, un carácter más netamente lógico, al incluir los elementos de transitividad y asimetría que forman al *a fortiori*. Como lo explicaremos más adelante.

---

<sup>127</sup> Idem. P. 140

<sup>128</sup> Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. Análisis Lógico y Derecho, ... Ob. Cit. (Obra en consulta en este Capítulo Cuarto), p. 8

En este sentido, el argumento *a fortiori*, el cual como procedimiento discursivo, es posible entenderlo como aquel aplicable a otra norma que predique una calificación normativa, a unos sujetos que se encuentran en una condición tal que merecen con mayor razón, a los sujetos a que se refiere la norma previamente interpretada.

A partir de lo anterior, pueden presentarse diversas explicaciones, como por ejemplo: Que básicamente, el argumento *a fortiori* opera bajo un esquema de relación necesaria de proposiciones del modo siguiente: “A tiene más dinero que B, B tiene más dinero que C, Luego A tiene más dinero que C.”

Esto es, si las premisas del razonamiento son verdaderas también necesariamente lo será la conclusión.

Los supuestos de aplicación de este argumento, son entonces un vacío legal respecto de un supuesto de hecho no previsto por la ley, es por ello, que se considera como una extensión del argumento de analogía, y aquel precisamente, al que se le considera que merece la misma calificación normativa, con base a una mayor razón.

Para que opere eficazmente el argumento *a fortiori*, se requiere que se satisfagan sus elementos consistentes en transitividad y asimetría. Estos conforman la clase de relación entre las premisas del argumento *a fortiori*.

Esto es, la frase “tiene más dinero” es la relación entre A y B, y tiene el carácter de transitivo y asimétrico.

En el derecho, la operación es la misma, pero este argumento queda más claro, cuando se pone el ejemplo –según la consulta a la obra en cita- del préstamo a un interés del 12%, el cual al estar permitido, hace viable al tener por sobreentendido que con mayor razón se tiene por permitido un interés del 10%,

de este modo esta segunda premisa opera de manera implícita, y señala una relación entre las dos acciones consideradas en el argumento, creando así una relación transitiva y asimétrica.

En un primer momento, los criterios de sobreabundar y respaldar una afirmación, haciéndole extensible la respuesta ya prevista a un caso imprevisto. Es la materia de fondo de este argumento.

Estos es como señala Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, lo que resalta mayormente la doctrina. Para entender este argumento, lo explicaremos como la interpretación del texto que recoge la hipótesis prevista por el legislador; y respecto de la cual la hipótesis no prevista merece con mayor razón la solución legal.<sup>129</sup>

Entonces, como principales funciones de este argumento se encuentran la de integrar y completar el ordenamiento, ante la existencia de lagunas mediante la hipótesis sí prevista y aplicar ésta con mayor razón.

Su diferencia con la analogía radica en que la extensión de regulación del argumento *a fortiori*, se ve condicionada a la presencia de un enunciado previo, cuya regulación trata de extenderse, o sea, se aplica sobre casos más frecuentes o típicos, a diferencia de la analogía. En todos los casos no hay un enunciado previo, se le da un tratamiento igual.

Como señalamos anteriormente, hay al parecer una coincidencia teórica y doctrinal general, de mantener clasificado al argumento *a fortiori* o por mayor razón, como una forma de la analogía. Por nuestra parte, sólo consideramos acertado la discusión al respecto.

---

<sup>129</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. La argumentación en la Justicia Constitucional y otros ... Ob. Cit. p. 154

Derivado de lo anterior, podemos observar, respecto del argumento a fortiori, que la discusión es extensa, pues se afirma que “1) *Los argumentos por analogía – a fortiori y a pari- tal como se los usa en el ámbito jurídico no son lógicamente válidos. En consecuencia es un error afirmar que son reducibles a operaciones lógicas.* 2) *Los adagios que es costumbre asociar a tales argumentos no son preceptos lógicos, ni su verdad es condición necesaria para el uso satisfactorio de los mismos.* 3) *La lógica formal contemporánea, y en especial la lógica de las relaciones, permite identificar con precisión los presupuestos de tales argumentos, y delimita, de este modo, las condiciones de su aplicación a los casos en que son verdaderos dichos presupuestos. De esta manera se demuestra que es infundado el escepticismo de aquellos juristas que creen que no existe ningún criterio para decidir cuándo puede escogerse entre una u otra de las distintas forma de argumentación.* 4) *De lo anterior puede inferirse que es falsa la opinión de quienes piensan que la lógica formal no puede ayudar a la mejor inteligencia de los problemas jurídicos. Se destruye así uno de los presupuestos en que se basa el reclamo de una “nueva lógica” para el derecho.”*<sup>130</sup>

En efecto, de la cita anterior, se observan razones suficientes para continuar con el estudio de los argumentos jurídicos especiales.

Por otra parte, en cuanto a las semejanzas entre el argumento analógico y el a fortiori, se observa que en ambos se presentan una carencia normativa, al lado de un hecho ya regulado. Tienen como función, integrar un supuesto no regulado al sistema a través de su uso y aplicación. Coinciden en el resultado; su empleo trae como consecuencia, un trato jurídico del supuesto no regulado igual, al ya reglado.

---

<sup>130</sup> Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. Análisis Lógico y Derecho, Ob. Cit. p. 24



Estos se diferencian en el fundamento que les da origen. En la analogía se presenta una identidad de razón. Como ya hemos visto, en el *a fortiori*, una mayor razón, los hace diferentes.

El autor Ezquiaga Ganuzas, asume la responsabilidad de sostener el carácter autónomo del argumento *a fortiori*, que se aplica por medio de los dos esquemas, a *maiori ad minus* y el a *minori ad maius*. Y se explica para quienes no conceden autonomía a este argumento, como un esquema de mera extensión de la analogía.

Es por ello, que el procedimiento empleado para analizar la identidad, a la mayor razón, es diferente según sea el caso.

Existen quienes consideran a la analogía como reconducible a los métodos clásicos de razonamiento: inducción y deducción.

Una cosa es la analogía como procedimiento lógico y otra, la analogía como problema jurídico, argumento del que se sirve el juez.

En ejemplo del uso de un argumento por mayoría de razón o *a fortiori*, el autor en consulta Juventino Víctor Castro, ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene su dicho de la posible facultad del poder judicial para iniciar leyes. En base a este argumento veamos.

*“Es necesario para el fortalecimiento de los Poderes, el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenga la potestad de iniciar leyes ante las Cámaras Federales ya que, siendo facultad muy propia del Poder Legislativo, nuestra Constitución le atribuye también al Poder Ejecutivo el derecho de iniciativa de ley. (...) Nunca se ha considerado que el Ejecutivo al tener la facultad de concurrir en la formación de la ley, incurra en confusión de atribuciones al aplicarla. (...) Es insostenible que persista el argumento que niega la capacidad*

*moral y legal para que el Poder Judicial tenga derecho de iniciativa de ley. Pues a **MAYORÍA DE RAZÓN**, nunca se ha considerado en nuestra doctrina y en la evolución de nuestro derecho constitucional que el Ejecutivo al tener la facultad de veto de un ley, incurra en confusión y además esto sólo es superado por las Cámaras del Congreso de la Unión cuando ratifican la aprobación de la misma por una mayoría calificada de dos terceras partes (...)*<sup>131</sup>

En suma, apartándonos de la discusión de los actos materialmente legislativos del ejecutivo, en cuanto a su facultad de veto, podemos apreciar la manera de argumentar en base a la mayoría de razón, en textos doctrinarios.

Ahora bien, de las siguientes tesis de jurisprudencia, podemos observar el empleo de dicho argumento, que en materia penal no se puede sancionar conforme a la mayor razón, o sea, no se está reiterando un supuesto, al señalar que:

**“PANDILLERISMO. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE Y NO DELITO AUTÓNOMO (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).** El artículo 121 del Código Penal del Estado de Jalisco no contempla el pandillerismo como delito autónomo, sino como una circunstancia agravante de las infracciones que expresamente señala el párrafo tercero del propio artículo. Esto es así, pues su texto establece que se impondrá de seis meses a tres años de prisión a los que ejecuten en pandilla uno o más delitos, independiente de las sanciones que les correspondan por el o los delitos cometidos, lo que significa un incremento en la pena, siempre en relación indirecta con los ilícitos cometidos en la forma indicada, esto es, en pandilla y no considerando esta forma de comisión como un delito diverso, ya que si esa hubiera sido la intención del legislador, éste hubiera destacado el pandillerismo como autónomo al igual que la sanción que le correspondiera; por lo que si el Ministerio Público acusó por un delito inexistente y el juzgador condenó en tales términos, es evidente que hubo inexacta aplicación de la ley con infracción del artículo 14 constitucional, dado que se está sancionando un acto no catalogado como delito por la ley penal aplicable, respecto del cual **no cabe la analogía ni la mayoría de razón.**”<sup>132</sup>

<sup>131</sup> Castro, Juventino V. La posible facultad del poder judicial para iniciar leyes, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1999, pp. 58-59

<sup>132</sup> Séptima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 193-198 Segunda Parte, Página: 31, Amparo directo 9180/84. Florentino Carrasco Jiménez. 31 de mayo de 1985. Unanimidad de cuatro votos.

Ahora bien, veamos un caso en el que sí se aplica el argumento de la mayor razón al sobreabundar en un aviso del patrón al trabajador, en materia laboral.

**“CLAUSULA DE EXCLUSION. OBLIGACION DEL PATRON DE COMUNICARLE POR ESCRITO AL TRABAJADOR LA CAUSA DE LA SEPARACION.** En nuestro sistema de contratación colectiva laboral, está permitido que el patrón se obligue a separar a un trabajador cuando éste deje voluntariamente de pertenecer al sindicato; pero al lado de esta obligación, existe la de comunicarle por escrito al trabajador las causas de la separación, pues si en el despido, suspensión o rescisión del contrato individual de trabajo, el patrón debe comunicarle al trabajador en forma inequívoca la causa o motivo por el cual éste no puede seguir prestando sus servicios personales y subordinados, **(Es aquí en donde se sobreabunda en el criterio para reiterarlo con mayor fuerza que la que ya tiene) con mayor razón** debe observarse esta formalidad cuando el patrón, a solicitud del sindicato titular, procede a separar al trabajador, pues la idea subyacente en las normas relativas a la estabilidad en el trabajo, es que el trabajador conozca fehacientemente la causa o motivo de la terminación de la relación contractual, ya que de otra manera no está en condiciones de impugnar aquellos actos caprichosos o arbitrarios del patrón o de la organización sindical que pide su exclusión.”<sup>133</sup>

Así mismo, cuando la figura de renuncia no prevé un monto que debe pagar el IMSS al trabajador, y la figura de Jubilación sí la prevé. Se estima adecuado resolver mediante el argumento de la mayor razón o a fortiori, veamos.

**“PRIMA DE ANTIGÜEDAD. SU PAGO A TRABAJADORES DEL I.M.S.S. QUE SE JUBILEN. DEBE APLICARSE LA CLAUSULA QUE REGULA EL PAGO DE DICHA PRIMA PARA LOS TRABAJADORES QUE RENUNCIAN (CLAUSULA 59 DEL CONTRATO COLECTIVO).** En el régimen de jubilación previsto en el contrato colectivo que rige las relaciones laborales del I.M.S.S. con sus trabajadores, no se fijan las bases para el cálculo del pago de prima de antigüedad que corresponda por tal concepto, por lo que debe aplicarse al efecto la cláusula 59 que enmarca las reglas de cuantificación del pago de dicha prima con motivo de renuncia del trabajo, pues tanto la jubilación como la renuncia implican la cesación de prestación de servicios, la primera, por tener el trabajador de base la antigüedad requerida de años de servicio prestados al patrón, por incapacidad para seguirlos prestando, o por edad, y la segunda por la simple voluntad del trabajador atendiendo a su exclusivo interés personal. Ahora bien, si lo establecido en la cláusula 59 del mencionado contrato resulta ser una correspondencia del instituto para con el trabajador que le ha prestado sus servicios cumplidamente, en consecuencia y **por mayoría de razón**, ese ánimo de retribuirlo por los años de servicios así prestados debe imperar cuando la cesación de éstos deriva de la cantidad de años trabajados, de la edad avanzada, o de la incapacidad para seguirlo haciendo, circunstancia de fuerza mayor que lleven al trabajador eficiente a la cesación

<sup>133</sup> Séptima Época, Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO OCTAVO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Sexta Parte, Página: 145, Amparo directo 584/86. Pastelería Wong, S. A. 6 de octubre de 1987.

de la prestación de sus servicios; luego entonces, si quien al renunciar deja de laborar por su mero interés personal, y ello es suficiente para que se haga acreedor a los beneficios establecidos en la cláusula 59 del citado contrato, se insiste, **con mayor razón** deben disfrutar de tales beneficios aquéllos trabajadores cuya separación de la empresa no atiende a un mero y ordinario interés personal, sino a las causas extraordinarias a que se hizo antes referencia. Tiene aplicación al caso la primera parte de la cláusula 135 del mencionado contrato colectivo, que literalmente dice: "*Las partes reconocen y por tanto aplicarán en este contrato, como principio de derecho laboral, el de que en caso de duda, deberá favorecer al trabajador y estar a lo que más le beneficie.*"<sup>134</sup>

En resumen, los argumentos jurídicos especiales son argumentos por constituirse de premisas que apoyan una conclusión, se preparan de una premisa lógica que deriva del ordenamiento y otra no lógica que corresponde a cada caso específico. El carácter de jurídico resulta de la interpretación a una formulación normativa que puede tener o no, un sentido controvertido.

Su carácter de especialidad, resulta de la premisa adicional no lógica, que lo hace especial, al contener características únicas y particulares que lo hacen diverso de otras.

Esta característica se experimenta de acuerdo al razonamiento que se hace para justificar su empleo, es decir, nunca se advierte su necesidad de empleo hasta en tanto se logre la justificación al respecto.

Además de la labor de integración de los casos especiales al sistema jurídico, los argumentos jurídicos especiales, se distinguen por el uso interpretativo en sentido estricto, "*(...) es decir, como un instrumento para proceder a la atribución de significado a una regla legal en caso de duda, como un uso retórico o meramente argumentativo con el fin de apoyar o rechazar significados*

---

<sup>134</sup> Séptima Época, Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 217-228 Sexta Parte, Página: 455, Amparo directo 147/87. IMSS. 12 de noviembre de 1987. Unanimidad de votos.

*sugeridos prima facie por el texto u obtenidos por medio de otros criterios de interpretación.*"<sup>135</sup>

En esta última función interpretativa meramente retórica, sostenemos que los argumentos jurídicos especiales pueden adquirir naturaleza legal expresa en la ley.

En este sentido, el carácter especial de un argumento jurídico, se reconoce cuando éste, además de apelar a una petición o a un derecho, no deriva de la lógica formal y contiene una premisa adicional para interpretarla de una determinada circunstancia o de una forma específica y no interpretarla de manera diferente, como la premisa especial lo propone.

---

<sup>135</sup> Ezquiaga Ganuzas, Javier. La argumentación en la justicia, ... Ob. Cit. p. 387

## CONCLUSIONES

Como resultado de la elaboración del presente trabajo de investigación jurídica, se obtuvieron los siguientes resultados.

**Primera.-** El esclarecimiento inicial de los conceptos de norma, regla, formulación normativa, enunciado normativo, principio, ponderación, arbitrariedad, discrecionalidad, deducción lógica, aplicación mecánica de la ley y argumento jurídico especial, nos han permitido interpretar el contenido de los artículos 14 y 16 constitucionales, en relación con el uso de los argumentos especiales y los principios de motivación y seguridad jurídica.

En tanto que el contenido del enunciado normativo consistente en fundar y motivar, previsto en la norma jurídica del artículo 16 constitucional, implica la prescripción de orden para fundar y motivar un acto jurídico. Nuestro estudio se centró en el análisis de la aserción de hacer. Este hacer es un fundar y motivar todo acto jurídico como la sentencia, por parte del juez.

**Segunda.-** La estrecha relación de los artículos 14 y 16 constitucionales, por los principios de motivación, seguridad jurídica y formalidad en el procedimiento, convergen necesariamente en la decisión definitiva del juez, en donde los argumentos jurídicos especiales, en algunos casos de laguna de ley, se emplean como “instrumentos” para la auto integración del ordenamiento jurídico.

Consideramos que nuestro sistema jurídico nacional, concede autorización para resolver algunos casos de vacío de ley, mediante el método de los argumentos jurídicos especiales como la analogía, conforme a lo previsto por el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, que dispone que en materia civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

**Tercera.-** La retórica clásica antigua, funda su pensamiento en la idea de demostración de Aristóteles. Por ello aun cuando ha sido rebasada la

idea del “entimema” (demostración), en base a que el razonamiento no puede quedar al nivel de la teoría de la demostración, sino que debe abarcar una teoría de la argumentación, que se encargue de métodos dialécticos, viene a constituir el antecedente más inmediato de la moderna Teoría de la Argumentación Jurídica, al conservar su intención discursiva sobre hechos prácticos problematizados.

La nueva Teoría de la Argumentación Jurídica, viene a responder a la aseveración antigua y ahora nueva, de que el derecho puede ser explicado mediante métodos argumentativos como la invención, esto es, el *ars inveniendi*. Explicación que se emplea, a partir de referencias generalmente aceptada por todos; llamadas desde antiguo “lugar común” o *topoi*.

**Cuarta.-** La motivación legal, sigue constituyendo luego de la revolución francesa y hasta nuestros días, uno de los principios de derecho de mayor trascendencia por su encomiable finalidad, consistente en evitar la arbitrariedad de las decisiones del juez. Dicho principio, harto inspirado en bases de racionalidad, decae en la práctica, cuando el juez al dictar su sentencia, se constriñe a ser un mero espectador entre el hecho y la subsunción al derecho, manteniendo en sus sentencias una estructura silogística clásica, sin permitir completarse con la nueva lógica jurídica que incorpora valoraciones de tipo social, cultural y político, para hacer más justa su decisión definitiva.

Esta conclusión, entraña de nuestra parte, la propuesta de replantear los alcances del principio de la motivación, a fin de extender su margen de aplicación a procesos argumentativos como el que implica el uso de diversos argumentos jurídicos especiales.

Vimos la conveniencia de incrementar el principio de motivación, a través del empleo de formas especiales de argumentación jurídica, a fin de obtener una fundamentación jurídica apoyada en la teoría del discurso de Robert Alexy.

**Quinta.-** Estamos convencidos de que nuestro estudio demostró la insuficiencia práctica del positivismo jurídico para la solución de conflictos legales, los cuales pueden llegar a resolverse de manera más justa y adecuada con la aplicación de principios provenientes de la Teoría de la Argumentación Jurídica, en donde se asigna al Juez un papel prudencial retórico en la solución de conflictos, complementando a la lógica jurídica con una nueva retórica.

Encontramos la conveniencia de seguir difundiendo la idea moderna de complementar a la lógica formal en el proceso de decisión judicial, a través de métodos de la argumentación jurídica, que entienden al derecho como un proceso argumentativo, desarrollado mediante el análisis lingüístico, o bien, como idea de adhesión del auditorio, o como caso especial del discurso práctico general. A fin de hacer más amplio el campo de interpretación, creación y aplicación del derecho, en donde se aprecia el empeño de conciliar la ley con los valores, los lugares comunes y en general con la equidad, con el fin de ver a la lógica judicial, no únicamente como una lógica formal, sino como una argumentación.

**Sexta.-** El planteamiento del problema en nuestra investigación, se centro en señalar que los jueces en sus sentencias hacen uso de argumentos jurídicos especiales y que estos no se encuentran reconocidos en la ley, a pesar de que operan como “instrumentos” de auto integración del sistema jurídico, es decir, como si fueran formas de inferencia lógica válida.

Sin embargo, la naturaleza de los argumentos especiales no esta definida en la ley, pues solo se reconoce a los principios generales del derecho que sí se nombran en el artículo 14 constitucional, de tal manera que la respuesta a nuestro problema se encuentra en el artículo 16 constitucional, el cual establece la obligación a cargo de toda autoridad de fundar y motivar sus resoluciones, de ahí que no exista la obligación de mencionar a los argumentos jurídicos especiales en sus sentencias, pues estos no tienen ningún reconocimiento “expreso” en la ley, lo que genera la duda respecto a que si estos pueden operar como principios, o bien, si su función de integradores del sistema jurídico les otorga otra naturaleza.



Nuestra propuesta responde a esa problemática planteada, señalando que existen suficientes razones jurídicas y teóricas para el reconocimiento legal “expreso” de los argumentos jurídicos especiales en una norma jurídica, dado que tienen una naturaleza legal distinta a los principios de derecho; por lo que es conveniente reconocer dicha naturaleza en un ordenamiento jurídico o quizá en la constitución para que la decisión final del juez, se traduzca en un fortalecimiento de los principios de motivación, fundamentación y seguridad jurídica.

**Séptima.-** Afirmamos que el vínculo que existe entre un argumento jurídico especial, un principio general del derecho y una norma, hasta este momento sólo puede encontrarse en un nivel fáctico de argumentación, al carecer de reconocimiento legal “expreso” en la ley. Aunque sí hay una coherencia lógica en la afirmación de que los argumentos especiales al igual que los principios de derecho cumplen una misma función, sin que los primeros estén contemplados en la ley, como sí lo están los principios generales del derecho en el artículo 14 constitucional. Esta función es la integración al sistema de casos no previstos en la ley.

Es por ello, que nuestra propuesta radica en considerar conveniente especificar la naturaleza de los argumentos jurídicos especiales en la ley. Pues su constante uso por los jueces, permitiría su reconocimiento legal.

**Octava.-** El argumento jurídico especial es un instrumento que permite solucionar casos no previstos en la ley y se obtienen sin salir del sistema jurídico y reciben el nombre de instrumentos de auto integración. Tienen como principal función, extender la solución a un caso no previsto en la ley, al configurarse de una premisa lógica derivada del ordenamiento jurídico y de otra no lógica, proveniente de hechos o circunstancias –que pueden estar contenidas en la ley o no-, que se adicionan a la primera, lo que le permite extender su solución a ese caso no previsto en el ordenamiento, logrando la unidad y la auto integración del sistema jurídico y a la vez explica su sentido lógico y no lógico de su empleo.

Opera como una forma más de inferencia lógica válida, mediante el uso de la ponderación y discrecionalidad en el proceso de decisión jurídica definitiva de todos los operadores jurídicos en casos especiales.

**Novena.-** Se destaca que el procedimiento de decisión judicial, se lleva a cabo mediante la determinación de hechos a calificar jurídicamente a través de la actividad probatoria, para la posterior fijación de la norma, dotando de sentido al conjunto de enunciados normativos elegidos por el juez. Lo que hace posible al juzgador encontrar una decisión de entre las posibles, y permite la posibilidad de coincidir con una de las partes. Resolución, que una vez adoptada, es la solución del derecho al caso, conforme al marco legal respectivo.

La ausencia de marco legal respectivo se explica como vacío o laguna de ley, de ahí que se empleen los argumentos jurídicos especiales como “instrumentos” de auto integración del ordenamiento, lo que demuestra que no existe una inferencia lógica reconocida de manera “expresa” en la ley, a pesar de su premisa derivada del ordenamiento.

Esta ausencia en la ley de manera “expresa” de los argumentos jurídicos especiales, no impide que los mismos sigan actuando como formas de inferencia lógica en la individualización de normas a través de sentencias, pero sirve como el pretexto para proponer el reconocimiento “expreso” en una norma jurídica de dichos argumentos, para garantizar una referencia lógica en el ordenamiento jurídico en beneficio de la seguridad jurídica en la impartición de justicia.

**Décima.-** Consideramos que el método de la presunción y de lo probable de la Teoría de la Argumentación de Perelman, solo nos ha permitido tratar de justificar como respuesta al planteamiento del problema, el reconocimiento “expreso” que recoja en una norma jurídica a los argumentos jurídicos especiales, lo cual desde la postura teórica del autor, es por lo menos presumible, plausible y probable como respuesta a dicho planteamiento.

Como justificación metodológica, se decidió adoptar de la teoría de Perelman, el modelo de la presunción, en tanto que para lograr la adhesión o convencimiento en su teoría, es necesario el acuerdo en la elección de las premisas. Esta primera premisa, puede ser un hecho, una verdad o una presunción -y la posibilidad de incluir los argumentos jurídicos especiales en una norma jurídica, [desde nuestro punto de vista] es una presunción-, en tanto que el hecho, como premisa adquiere un carácter de no controvertido, así como el postulado de la verdad que tampoco se estima controvertido, de ahí que nuestra propuesta sea una presunción y esta podría ser considerada como plausible.

**Décima Primera.-** Consideramos que nuestra propuesta forma parte de lo racional, cuando afirmamos que el tránsito de los argumentos jurídicos especiales, a una norma jurídica, es susceptible de realizarse, sí se acepta que es posible encontrar conocimientos racionales no estrictamente científicos. Esto en tanto que la racionalidad se ha comprendido en esta investigación, como una valoración justificable, mediante una argumentación apropiada que se sustenta cuando menos, por la falta de quebrantamiento de leyes lógicas derivables, obtenida explícitamente luego de un proceso de discusión.

En esa medida, nuestra propuesta no atenta contra el principio de legalidad y por el contrario le refuerza, al permitir extender la motivación a casos jurídicos especiales, previo su reconocimiento expreso en la ley.

**Décima Segunda.-** Apegados a la teoría de Ronald Dworkin consideramos que el empleo de los argumentos jurídicos especiales, favorece la búsqueda de la única respuesta correcta y minimiza el poder discrecional del juez, en la toma de su decisión jurídica definitiva, lo que también favorece el fortalecimiento de las modernas tendencias garantistas en beneficio del individuo frente al poder inacabable del estado.

Adicionalmente nuestra propuesta converge con los postulados esenciales de las modernas teorías del derecho que lo comprenden como un proceso discursivo, argumentativo, lingüístico y prudencial.

**Décima Tercera.-** La existencia en nuestro ordenamiento jurídico constitucional de argumentos como la analogía o *a simili* y *a fortiori* o con mayor razón; hace suponer que forman una especie de tronco común de los argumentos jurídicos especiales.

Se acepta, que son dos estructuras diferentes, porque a la mayor razón no le interesa la semejanza o similitud. Lo que por cierto se tiene por establecido en un inicio, su interés es sólo la razón (*ratio*) de ahí que no forme parte del mismo argumento por analogía.

**Décima Cuarta.-** El argumento a simili o por la analogía, es de entre todos los argumentos jurídicos especiales, el más importante. Inclusive a pesar de lo múltiple y complejo de la realidad, es posible explicar el derecho como un proceso analogizante, en la medida en que todo es en parte igual y en parte distinto, es decir, un todo analógico.

**Décima Quinta.-** Del análisis de las jurisprudencias del sistema jurídico mexicano, se obtuvo que los argumentos jurídicos especiales, en los casos que se emplean, determinan el sentido de la interpretación jurídica lo que deriva en el sentido de la decisión definitiva del juez. Lo que permite formular la propuesta, por lo menos presumible, de que su incorporación a un ordenamiento jurídico es aceptable.

**Décima Sexta.-** Consideramos que no puede existir un número definitivo de argumentos jurídicos especiales, debido a que su creación se encuentra en el libre empleo del arte de inventar, *ars inveniendi*; y su consumación como tal, depende del grado de aceptación general, a fin de que pueda ser considerado un lugar común, dicho argumento.

## BIBLIOGRAFIA

### A.

Aguiló, Joseph. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica.”, Isonomía, revista de publicación semestral, (México, D.F.), Abril de 1997, No. 6, pp. 71-79.

Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. Análisis Lógico y Derecho, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991, 625 pp.

Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin. Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

Alexy, Robert. Derecho y razón práctica, Ed. Fontamara, S.A. México, 1998, 2ª. ed. (tr. del Ingles de Manuel Atienza), 71 pp.

Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, (tr. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), 346 pp.

Alexy, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia; (tr. Luis Villar Borda), 1995, 137 pp.

Arteaga Nava, Elisur. Derecho constitucional, Ed. Oxford University Press México, S.A. de C.V., México, 1999, 2ª ed. 975 pp.

Aristóteles. Arte retórica, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 2ª. ed. 2002, (tr. de José Goya y Muniain y Francisco de P. Samaranch), 239 pp.

Atienza, Manuel. Las razones del derecho, Teoría de la argumentación jurídica, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, 2ª. Reimp. 269 pp.

Atienza, Manuel. Derecho y argumentación, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, 138 pp.

Atienza, Manuel. Introducción al derecho, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., ed., correg., México, 1998, 349 pp.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos, Ed. Ariel, S.A., 1996, Barcelona, pp. 207

## **B**

Bayon Mohino, Juan Carlos. La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991, 801 pp.

Beuchot, Mauricio y Javier Saldaña. Derechos humanos y naturaleza humana, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, México, 195 pp.

Beuchot, Mauricio y otros. Argumentación y Filosofía, Ed. Universidad Autónoma Metropolitana, 1986, México, 157 pp.

Bonifaz Alfonso, Leticia. El problema de la eficacia en el derecho, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México, 1993, 235 pp.

Bunge, Mario. Epistemología, Ed. Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., México, 2002, 3ª. ed. 252 pp.

Burgoa, Ignacio. Derecho constitucional mexicano, Ed. Porrúa, S.A., 1989, México, 7ª ed. 1058 pp.

Blanché, Robert. La axiomática, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2002, 110 pp.

## C

Cabra Apalategui, José Manuel. Argumentación jurídica y racionalidad en Aulis Aarnio, Ed. Dykinson, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2000, 118 pp.

Cáceres Nieto, Enrique. Lenguaje y derecho, Las normas jurídicas como sistema de enunciados, Coedición, Universidad Nacional Autónoma de México y LVIII Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 2001, 79 pp.

Cáceres Nieto, Enrique. ¿Qué es el derecho?, Iniciación a una concepción lingüística, Coedición, Universidad Nacional Autónoma de México y LVIII Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 2001, 71 pp.

Cáceres Nieto, Enrique. “Las “Teorías Jurídicas” como realidades hermenéuticas. Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 103, 7 de Marzo de 2003 México, 25 pp.

Calvo, Raúl y Carlos Venier. “Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales.” Isonomia Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, 19 Octubre de 2003, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Distribuciones Fontamara, 155-182

Calsamiglia, Albert. Racionalidad y eficiencia del derecho, Ed. Fontamara, S.A., México, 2ª. ed. 1997, 117 pp.

Cárdenas Gracia, Jaime. La argumentación como derecho, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, 238 pp.

Cappelletti, Mauro. La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, (Tr. Luis Dorantes Tamayo), 1987, de la 5ª Reimp. México, 357 pp.

Castro, Juventino V. La posible facultad del poder judicial para iniciar leyes, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 1999, 193 pp.

Catenacci, Imerio Jorge. Introducción al derecho, Teoría general, argumentación, razonamiento jurídico, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2001, 388 pp.

Cicerón, Marco Tulio. El orador perfecto, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, (tr. de Bulmaro Reyes Coria), 79 pp.

Cicerón, Marco Tulio. De la invención retórica, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, tr. de Bulmaro Reyes Coria, 139 pp.

Cossio Díaz, José Ramón. Constitución, Tribunales y Democracia, Ed. Themis, México, 249 pp.

Clavero, Bartolomé. Los derechos y los jueces, Ed. Civitas, S.A., Madrid, España, 1988, 94 pp.

## **D**

De asis Roig, Rafael. Jueces y normas, La decisión judicial desde el ordenamiento, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, 306 pp.



Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la retórica y la argumentación, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª ed. 2005, México, 700 pp.

Delgado Barrio Javier y Vigo Rodolfo L. Sobre los principios jurídicos, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998, 164 pp.

Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, Ed. Ariel, Barcelona, 5ª Reimp. 2002 (Tr. de Marta Guastavino), 508 pp.

Dworkin, Ronald, El imperio de la justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 2ª ed., 1992, (Tr. de Claudia Ferrari), 328 pp.

## E

Eemeren, Frans H. y Grootendorst Rob, Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica. Ed. Ediciones Universidad Católica de Chile. 1992, Chile, (Tr. de Celso López y Ana María Viconá), 247 pp.

Escola, Héctor Jorge. Legalidad, eficacia y poder judicial, Ed. Depalma, 1997, Buenos Aires, 178 pp.

Ezquiaga Ganuzas, Javier. La argumentación en la justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, México Distrito Federal, 531 pp.

Ezquiaga Ganuzas, Javier. La argumentación en la justicia constitucional Española, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Donostia, San Sebastián, España, 1988, 419 pp.

Ezquiaga, Francisco Javier, "Argumentos Interpretativos postulado del legislador racional", Isonomía, revista de publicación semestral, (México, D.F.), Octubre de 1994, No. 1, pp. 69-98.

## F

Falcon y Tella, Maria José. El argumento analógico en el derecho, Ed. Civitas, Madrid, 1991, 284 pp.

Fayt, Carlos S. La supremacía constitucional y la independencia de los jueces, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, 250 pp.

Figueroa Morantes, Jorge Enrique. Interpretación constitucional y decisión judicial, Ed. Grupo Editorial Leyer, Sante Fe de Bogota, 2001, 130 pp.

Ferrajoli, Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho, Ed. Universidad Externado de Colombia, Reimp. 2001, (Tr. de Gerardo Pisarello, Alexeio Julio Estrada y José Manuel Diaz Martín), 197 pp.

Fix Fierro, Hector y Sergio López-Ayllón. "¡Tan cerca, tan lejos!": Estado de derecho y cambio jurídico en México, (1970-1999), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, 71 pp.

Fix-Zamudio, Héctor y José Ramón Cossío Diaz. El poder judicial en el ordenamiento mexicano, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1999, 2ª Reimp. México, 643 pp.

## G

García de Enterría, Eduardo, El derecho, la ley y el juez, Dos estudios, Ed. Civitas, Madrid, Reimp., 1997, 93 pp.

García Máynez, Eduardo. Filosofía del derecho, Ed. Porrúa, S.A., México, 1998, 10ª ed. 542 pp.

García Máynez, Eduardo. Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, 4ª ed. 178 pp.

García Máynez, Eduardo. Introducción a la lógica jurídica, Ed. Colofón, S.A., México, 2000, 7ª ed. 257 pp.

Gascón Abellán, Marina. La técnica del precedente y la argumentación racional, Ed. Técnicos, S.A., España, 1993, 107 pp.

Guastini, Ricardo. Estudios sobre la interpretación jurídica, Ed. Porrúa, S. A; 4ª ed. México, 2002, (tr de Marina Gascón Abellán y Miguel Carbonell), 137pp.

## H

Hart, H. L. A. El concepto de derecho, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. de la reimp. (tr del Ingles de Genaro R. Carrio), 327 pp.

Habermas, Jurgen. Verdad y justificación. Ensayos Filosoficos, Ed. Trotta, Madrid, 2002, (Tr. de Pere Fabra y Luis Diez), 326 pp.

Herrendorf, Daniel E. El poder de los jueces. Como piensan los jueces que piensan, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, 2ª ed. 206 pp.

Hoffe, Otfried. Estudios sobre teoría del derecho y la justicia, Ed. Fontamara, 2ª ed., México, 1997, 205 pp.

Hoyos, Arturo. La interpretación constitucional, Ed. Temis, S.A., Colombia, 1998, Reimp. 110 pp.

Huerta Ochoa, Carla. Conflictos Normativos, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, México, 215 pp.

## I

Igartua Salaverria, Juan. Jueces para la democracia. Información y debate. No. 38 Julio/2000 Publicación cuatrimestral Estudio: "Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más." Ed. Edisa Madrid. pp. 107 p. 56-65.

## J

Jiménez Huerta, Mariano. La tipicidad, Ed. Porrúa, S.A., México, 1952, 130 pp.

## K

Kalinowski, Georges. Concepto, fundamento y concreción del derecho, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1982, (Tr. de Catalina Elsa Arias de Ronchietto), 141 pp.

Kelsen, Hans. Teoría general de las normas, Ed. Trillas, México, 1994, (tr. del Alemán de Hugo Carlos Delory Jacobs), 392 pp.

Kelsen, Hans. Teoría general del derecho y del estado, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, 5ª Reimp. (tr. del alemán y prólogo de Eduardo García Maynez), 477 pp.

Kelsen Hans y Ulrich Klug, Normas jurídicas y análisis lógico, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, 143 pp.

Krawietz, Werner. Concepto sociológico del derecho y otros ensayos, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2ª ed., 1994, (1ª ed., 1993), 100 pp.

## L

La fuente Balle, José Ma. La judicialización de la interpretación constitucional, Ed. Colex, Madrid, 2000, 220 pp.

López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del Derecho Judicial, Ed. Legis Editores, S.A., 3ª Reimp. Colombia, 220 pp.

López Ayllón, Sergio. Transformaciones del sistema jurídico y los significados del derecho en México, La encrucijada entre tradición y modernidad, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, México, 470 pp.

Lifante Vidal, Isabel. La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1999, 348 pp.

## M

Madrazo, Francisco. Orden jurídico y derecho judicial, Ed. Depalma, 1985, Buenos Aires, 128 pp.

Marmor, Andrei. Interpretación y teoría del Derecho, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 2001 (1ª ed. en inglés, Ed. Oxford, 1992), 248 pp.

Mendonça, Daniel. Las claves del derecho, Ed. Gedisa, S.A., 2000, Barcelona, 247 pp.

Mendonça, Daniel. Exploraciones normativas. Hacia una teoría general de las normas, Ed. Fontamara, S.A., 2ª ed. 2001, 60 pp.

## **N**

Nieto Castillo, Santiago. Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, México, 395 pp.

Nino, Carlos Santiago. La validez del derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1ª Reimp. 2000, (1ª ed. 1985), 229 pp.

Novoa Monreal, Eduardo. El derecho como obstáculo al cambio social, Ed. Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., México, 1995, 11ª ed. (1ª ed. 1975), 255 pp.

## **O**

Otero Parga, Milagros. “La decisión judicial”, Revista Semestral, Estudios Jurídicos. Escuela de Derecho integrante de Anfade, Universidad Intercontinental, Enero-Junio 2002/No. 16, Julio- Diciembre 2002/No. 17, pp. 131-159.

## **P**

Perelman Chaïm, La lógica jurídica y la nueva retórica, Ed. Civitas, S.A., 1988, Madrid, España, (tr. del francés por Luis Díez-Picazo), 249 pp.

Perelman, Chaïm y L. Olbrechts-Tyteca. Tratado de la argumentación, La nueva retórica, Ed. Gredos, Madrid, 2ª. Reimp. 1989, (tr. del francés por Julia Sevilla Muñoz), 855 pp.

Peczenik, Alexander. Derecho y razón, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 2000, 145 pp.

Platón, Diálogos. gorgias o de la retórica, Ed. Porrúa, S.A., 23 ed. 1993, (Est. Preliminar de Francisco Larroyo), 785 pp.

Platas Pacheco, María del Carmen. Filosofía del Derecho. Analogía de Proporcionalidad, Ed. Porrúa, 2003, México, 228 pp.

## R

Raz, Joseph. "¿Por qué interpretar?", Isonomía, revista de publicación semestral, (México, D.F.), Octubre de 1996, No. 5, pp. 25-40

Recasens Siches, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho, Ed. Porrúa, S.A., México, 1980, 3ª ed. 320 pp.

Robles, Gregorio. El derecho como texto, (Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho), Ed. Civitas, S.A., 1998, Madrid, España, 171 pp.

Rodríguez Aguilera, Cesáreo. El poder judicial en la constitución, Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1980, 186 pp.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica, Ed. Civitas, Madrid, 1988, 69 pp.

Rodríguez, Cesar. La decisión judicial. El debate Hart. Dworkin, Ed. Siglo del Hombre Editores, 2002. Colombia, Bogota., 191 pp.

## S

Sagües, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la constitución, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, 239 pp.

Salguero, Manuel. Argumentación jurídica por analogía, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002, 275 pp.

Sarlo, Oscar. "Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional", Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, 19 Octubre de 2003, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Distribuciones Fontamara, pp. 183-109

Stammler, Rudolf. Modernas teorías del derecho y del estado. (Guión para cátedra), Ed. Ediciones Botas, México, 1955, (tr. De la 2ª ed. alemana de Dr. Faustino Ballvé), 158 pp.

Suárez Llanos, Leonor. "Planteamiento analítico-iusanalítico: el aspecto ontológico", Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. 22 de abril de 2005, ITAM-Distribuciones Fontamara, pp. 161-206

## T



Tamayo y Salmorán, Rolando. Introducción al estudio de la constitución, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1998, ed. correg. 305 pp.

Tamayo y Salmorán, Rolando. Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad, S/E Bonn, Germany, 2003, 280 pp.

Tuori, Kaarlo. Positivismos crítico y derecho moderno, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., México, 1998, (Tr. del Inglés de David MENA), 158 pp.

## V

Vázquez Alfaro, José Luis. El control de la administración pública en México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, 343 pp.

Vázquez, Rodolfo. “Eduardo García Máynez y el debate positivismo jurídico-jusnaturalismo.”, Revista de la Facultad de Derecho, Tomo LII, Número 237, pp. 235-246.

Vázquez, Rodolfo y Lujambio, José María. La filosofía del derecho contemporánea en México, Testimonios y perspectivas, Ed. Instituto Tecnológico Autónomo de México y Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, 162 pp.

Viehweg, Theodor. Tópica y filosofía del derecho, Ed. Gedisa, S.A., Barcelona, 1997, 2ª ed. tr. de Jorge M. Seña, 204 pp.

Vigo, Rodolfo L. Interpretación jurídica. (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, 314 pp.

Vigo, Rodolfo L. Interpretación constitucional, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, 233 pp.

**W**

Weston, Anthony. Las claves de la argumentación, Ed. Ariel, 2001, Barcelona, 156 pp.

Wróbleski, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho, Ed. Distribuciones Fontamara, S.A., 2001, México, 338 pp.

Wróbleski, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Ed. Civitas, S.A., 1988, Madrid, Reimp. 114 pp.

**Z**

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, Ed. Trotta, S.A., Madrid, 1997, 2ª ed. (tr. de Marina Gascón), 156 pp.

**OTRAS FUENTES:**

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada", Ed. Porrúa, 1995, México, 2 tomos, 8ª ed. 755 pp.

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, S.A. de C.V. y Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.