

00781



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

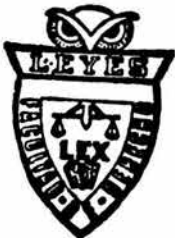
LA ARGUMENTACION JUDICIAL Y LA
CONSTITUCION

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A

MTRO. JORGE ULISES CARMONA TINOCO



DIRECTOR DE TESIS:

DR. HECTOR FIX - ZAMUDIO

MEXICO, D. F.

2005

M 708750



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.

LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN

Con amor, a mi Madre Martha Elva Tinoco Vanegas, fuente de mi felicidad, alegrías y fortaleza ante las adversidades.

A mi Padre Jorge Carmona Molina, a su memoria y ejemplo, por esos detalles en que nos sigue recordando que nunca ha dejado de estar cerca.

A mi Hermano Rodrigo Alejandro Carmona Tinoco, con mi amor y profunda admiración, porque a lo largo de sus años como abogado no ha cejado en lograr la realización de la justicia en cada asunto que ha defendido.

A todos mis familiares, por su cariño, aliento y apoyo en todo momento.

Con profunda gratitud y aprecio a mi Maestro, Doctor Héctor Fix-Zamudio, porque su bondad e innumerables virtudes como ser humano, universitario y jurista, me han motivado, como a muchos otros, a tratar de superarme día con día en el ámbito académico, pero lo que es más importante, como persona.

Al Doctor Jorge Carpizo, como muestra de mi gratitud por las palabras que me dirigió hace más de diez años, y que fueron determinantes en mi decisión de persistir en el hermoso camino de la investigación jurídica.

Al Dr. Diego Valadés, quien ha desempeñado una Dirección de *Excelencia* al frente del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, por el apoyo y aliento que hicieron posible la culminación de esta investigación.

A mis colegas y amigos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, por su incansable perseverancia en la búsqueda y desarrollo creativo del conocimiento, a fin de contribuir a la solución de los acuciantes problemas sociales y jurídicos contemporáneos.

Índice

Introducción	1
Capítulo I. Panorama breve sobre la retórica, su naturaleza y su evolución histórica.	
1.1. Concepto;	7
1.2. Los géneros retóricos en la antigüedad;	13
1.3. Las partes de la retórica;	15
1.4. Momentos sobresalientes de la evolución histórica de la retórica;	17
1.4.1. Factores históricos que originaron la retórica. La retórica en la Grecia antigua;	17
1.4.2. Los precursores de la retórica en la Grecia antigua;	21
1.4.3. La decadencia de la retórica en Grecia;	38
1.4.4. El traslado de la retórica de Grecia a Roma;	39
1.4.5. El desarrollo y difusión de la retórica entre los siglos IV a XVI de nuestra era;	49
1.4.6. El ataque y decadencia de la retórica a partir del siglo XVII;.....	53
1.4.7. El repunte de la retórica en el siglo XX;	54
1.5. Algunos comentarios sobre el desarrollo de la retórica en México;	57
1.6. Epílogo sobre la evolución histórica de la retórica.....	59
 Capítulo II. La primera generación de teorías: la tópica, la nueva retórica, el uso práctico de los argumentos y la lógica de lo razonable.	
2.1. La relación entre la retórica y la argumentación;	63
2.2. La retórica y la argumentación en el ámbito jurídico;	71
2.2.1. Desde el punto de vista conceptual;	73
2.2.2. Desde el punto de vista de su fin pragmático;	74



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.

II

2.2.3. Desde el punto de vista histórico o evolutivo;	75
2.3. Elementos para la conformación de una retórica jurídica moderna;	76
2.4. Las Teorías de la Argumentación Jurídica;	79
2.4.1. La teoría de la argumentación o nueva retórica de Chaim Perelman;	80
2.4.1.1. La nueva retórica y el derecho, las ideas de Chaim Perelman acerca del razonamiento jurídico;	91
2.4.2. La Tópica y la Jurisprudencia de Theodor Viehweg;	99
2.4.3. Los aportes de Toulmin a la teoría de la argumentación;	115
2.4.4. La lógica de lo razonable de Luis Recaséns Siches;	137
2.4.4.1. El punto de partida;	138
2.4.4.2. La ofensiva contra la lógica en el campo de la interpretación jurídica y de la creación de nuevo derecho;	141
2.4.4.3. El gran error de haber trasladado la razón matemática al campo de los contenidos jurídicos;	145
2.4.4.4. Crítica del uso de la lógica matemática en la interpretación material del derecho;	148
2.4.4.5. Esbozo de la lógica de lo razonable;	151
2.5. La crítica a la primera generación de teorías: la tópica, la nueva retórica, el uso práctico de los argumentos y la lógica de lo razonable;	157
2.5.1. Chaim Perelman y Theodor Viehweg;	159
2.5.2. Stephen Edelston Toulmin;	167
2.5.3. Luis Recaséns Siches.	170

Capítulo III. La segunda generación de teorías: la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, el razonamiento jurídico de MacCormick y el proyecto de teoría de la argumentación de Manuel Atienza.

3.1. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy;	174
3.1.1. La fundamentación de las proposiciones normativas;	175
3.1.2. Reglas fundamentales;	176
3.1.3. Reglas de razón;	177
3.1.4. Reglas sobre la carga de la argumentación;	178
3.1.5. Formas de argumento características del discurso práctico;	178
3.1.6. Las reglas de fundamentación;	179
3.1.7. Las reglas de transición;	180
3.1.8. Los límites del discurso práctico racional;	181
3.1.9. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy;	182
3.1.9.1. La justificación interna;	184
3.1.9.2. La justificación externa;	189
3.1.9.2.1. La argumentación empírica;	190
3.1.9.2.2. Los cánones de la interpretación;	191
3.1.9.2.3. La argumentación dogmática;	198
3.1.9.2.4. Los argumentos basados en precedentes;	201
3.1.9.2.5. El uso de formas de argumentos jurídicos especiales;	202
3.1.9.3. El discurso jurídico y el discurso práctico en general;	203
3.2. La teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick;	205
3.2.1. La justificación deductiva;	211
3.2.2. El uso de la palabra lógico o lógica;	217
3.2.2.1. La lógica de la absolución y la carga de la prueba;	218

IV

3.2.3. La justificación deductiva -sus presupuestos y límites;	220
3.2.4. La limitación de la justicia formal;	225
3.2.5. Decisiones acerca de hechos;	227
3.2.5.1. Problemas acerca de hechos secundarios;	229
3.2.6. La justificación de segundo orden;	230
3.2.6.1. Argumentos consecuencialistas;	234
3.2.6.2. El requisito de coherencia. Los principios y analogías;	236
3.2.6.3. El requisito de consistencia y el problema de la interpretación: casos claros y casos difíciles;	240
3.2.6.4. Problemas de interpretación en casos de precedentes;	243
3.3. Las razones del Derecho y el proyecto de teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza;	245
3.3.1. Sobre la relación entre argumentación y lógica;	252
3.3.2. El proyecto de una teoría de la argumentación jurídica;	253
3.3.2.1. El objeto de la teoría de la argumentación;	254
3.3.2.2. El método de la teoría de la argumentación;	256
3.3.2.3. La función de la argumentación jurídica;	258
3.4. La crítica a la segunda generación de teorías: la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, el razonamiento jurídico de MacCormick y el proyecto de teoría de la argumentación de Manuel Atienza;	260
3.4.1. Robert Alexy;	260
3.4.2. Neil MacCormick;	263
3.4.3. Manuel Atienza.	267

Capítulo IV. La argumentación judicial.

4.1. Los campos argumentativos en el ámbito jurídico;	271
4.1.1. La argumentación jurídica legislativa;	274
4.1.2. La argumentación jurídica administrativa;	279
4.1.3. La argumentación jurídica forense;	283
4.1.4. La argumentación jurídica mediática y popular;	288
4.1.5. La argumentación jurídica en el estudio y la enseñanza del derecho;	291
4.2. La aplicación judicial del derecho y la justificación de las decisiones judiciales;	297
4.2.1. Introducción;	297
4.2.2. La evolución de la concepción acerca de la función judicial;	298
4.2.2.1. El paradigma de la función judicial a finales del siglo XVIII en Francia;	298
4.2.2.2. El impacto de las grandes codificaciones en el paradigma de la función judicial;	303
4.2.3. Los factores lógicos y axiológicos en la decisión judicial;	310
4.2.4. La concepción moderna de la función judicial de aplicación del Derecho;	312
4.2.5. Las bases de la argumentación o justificación de las decisiones judiciales;	318
4.2.5.1. El lenguaje y el Derecho;	321
4.2.5.2. El contexto de descubrimiento y el contexto de justificación;	324
4.2.5.3. La justificación interna y la justificación externa;	326
4.2.5.4. Las diferencias entre la interpretación y la argumentación judicial;	330
4.2.5.5. La argumentación judicial en materia de hechos;	333

4.2.5.6. Casos fáciles, casos difíciles y casos trágicos;	336
4.2.5.7. Los cánones de la argumentación judicial, sobre la forma y contenido de los argumentos judiciales;	338
4.2.5.8. La presencia y efectos de las falacias en el razonamiento jurídico.	349

Capítulo V. La argumentación en la aplicación judicial de la Constitución.

5.1. Introducción;	362
5.2. Los presupuestos y las implicaciones de aplicar la Constitución, de acuerdo con las características distintivas de las normas que la integran;	363
5.3. Los procedimientos de concreción y de aplicación de las normas constitucionales;	371
5.3.1. La aplicación de la Constitución vía los mecanismos de jurisdicción constitucional de la libertad. La argumentación judicial y los derechos humanos;	378
5.3.1.1. Instrumentos indirectos;	378
5.3.1.2. Instrumentos complementarios;	380
5.3.1.3. Los medios jurídicos y procesales específicos;	381
5.3.2. La aplicación de la Constitución vía los mecanismos de jurisdicción constitucional orgánica. La argumentación judicial y los conflictos de atribuciones y competencias;	387
5.3.3. La aplicación de la Constitución vía los mecanismos de jurisdicción constitucional transnacional. La argumentación judicial, el control y la armonización normativa internacional y transnacional;	390
5.4. El deber y la complejidad de justificar las decisiones de aplicación de la Constitución;	394
5.4.1. El contexto de descubrimiento y de justificación en la aplicación de la Constitución;	396
5.4.2. La distinción entre justificar la aplicación del derecho a través de la Constitución y justificar la aplicación misma de la Constitución;	401

5.4.3. La justificación interna y externa al nivel constitucional;	403
5.4.4. El silogismo o entimema judicial de aplicación constitucional;	405
5.4.4.1. La justificación de la premisa mayor-normativa: la interpretación judicial de la constitución plasmada en la sentencia;.....	407
5.4.4.1.1. Los métodos, los principios y los instrumentos para interpretar la Constitución;	411
5.4.4.1.1.1. Los métodos de interpretación constitucional;	411
5.4.4.1.1.2. Los principios de interpretación constitucional;	413
5.4.4.1.1.3. Los instrumentos para la interpretación constitucional;	417
5.4.4.2. La justificación de la premisa menor;	419
5.4.4.3. La conclusión del silogismo y los efectos de la decisión judicial;	423
5.5. El papel de los principios en la argumentación judicial constitucional ;.....	425
5.6. Algunos aportes de las teorías de la argumentación jurídica en la justificación y evaluación de decisiones judiciales que apliquen la Constitución	432
5.7. Algunas consideraciones sobre la argumentación judicial constitucional en México	436
5.7.1. Desde el punto de vista académico	436
5.7.2. Desde el ángulo de la praxis judicial	440
Conclusiones	455
Bibliografía	465

Introducción.

Hace mas de veinticinco siglos los antiguos griegos se percataron del enorme poder persuasivo de la palabra, y de la necesidad de encontrar los medios para utilizar dicho poder a voluntad. Uno de los escenarios donde la palabra se ejercitaba con mayor frecuencia, con miras no sólo a comunicar, sino a influir en el ánimo de las personas, fue precisamente en la solución de controversias ante los tribunales.

Es en efecto la práctica cotidiana del derecho lo que llamó la atención de los primeros autores preocupados por identificar las reglas, que hasta entonces sólo se intuían, para convencer a través el discurso y llevar la decisión de los jueces al sentido deseado, a favor o en contra de una causa. La preocupación desde entonces era cómo persuadir, antes de inquirir sobre si las decisiones adoptadas estaban o no, de algún modo, justificadas.

Al escenario de la solución judicial de casos, se sumo también el del debate en las asambleas y las situaciones en que se requería alabar o denostar a través de la palabra a algún personaje por su méritos, o por sus defectos. Esa disciplina que se iba abriendo paso fue bautizada como *Retórica*.

Este es el momento de surgimiento de los retóres, de cuyas hazañas dan cuenta diversos pasajes antiguos como personajes admirados y apreciados por su destreza en el uso de la palabra, que comienzan a hacer de la retórica una disciplina no sólo que se practica, sino que también se transmite o enseña.

De entre las obras surgidas en la evolución de los estudios sobre el poder persuasivo de la palabra en el mundo antiguo, sobresale por su importancia la *Retórica* de Aristóteles, que se ofrece a manera de complemento de la dialéctica, como disciplinas que dan cuenta no de la demostración a través de la palabra, que es propia de la ciencia de entonces, sino del mundo de lo opinable, lo verosímil, lo que requiere del acuerdo o la persuasión. En la obra de Aristóteles tiene un lugar la persuasión ante los tribunales, como uno de los géneros discursivos.



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.

Posteriormente, el desarrollo de los estudios sobre la fuerza y uso de las palabras, tiene en Roma diversos exponentes, de los que sobresalen Cicerón y Quintiliano, cuyas obras han llegado hasta nuestros días y siguen siendo guía y fuente de conocimientos. La aplicación de sus aportaciones al ámbito del derecho es innegable, porque proporcionaron reglas para eficientar la estrategia del discurso jurídico.

La Retórica luego de su resplandor y decadencia en Roma, fue perdiendo vitalidad y atrayendo la desconfianza hacia sus fines, pues su práctica comenzó a ser identificada con la defensa de causas malas, mentiras e hipocresía; lo cierto es que desde sus inicios en Grecia ya habían generado temor los efectos que puede producir cuando la animan motivos cuestionables.

Durante los siglos posteriores de nuestra era la Retórica fue desatendida y sólo se ocupaban de ella en las aulas, pero ya no con el mismo esplendor fuera de ellas; se convirtió entonces en una disciplina formativa. Esto no significa que su práctica no persistiera, pero su utilidad se vio oscurecida por el prestigio que obtuvieron las ciencias naturales, de manera que sus métodos fueron el paradigma de toda disciplina que se considerara científica y producto de la razón, que se convirtió así en el eje del conocimiento a través de la lógica.

En ese marco, por cuestiones históricas y por la influencia de obras tales como *El Espíritu de las Leyes* de Carlos Luis de Secondant, Barón de Montesquieu y *El Contrato Social*, de Juan Jacobo Rousseau, el triunfo de la Revolución francesa de 1790 trajo consigo un reacomodo de fuerzas del que derivó la separación formal de los poderes, pero con la primacía del órgano legislativo, en especial sobre el órgano jurisdiccional, al que se le asignó la tarea de ser mero aplicador mecánico y pasivo de las disposiciones legislativas.

La función judicial tuvo que someterse a los estrechos cánones que le establecieron, aplicar un derecho ya creado que se identificaba con la ley, “demostrar” a través de su motivación, que la decisión no era otra cosa más que el reflejo fiel del texto de ley o de la voluntad del legislador, todo ello bajo la vigilancia del tribunal de casación que estaba

encargado de resolver las dudas que surgieran en la aplicación de la ley y de hacer valer ésta mediante la anulación de las sentencias que no cumplieran estrictamente dicho estándar. La exigencia de justificación de las decisiones judiciales tiene entonces un importante impulso, así fuera como mera demostración de que los términos de la ley habían sido aplicados fielmente.

En este contexto surge la escuela de la exégesis, formada a partir de la codificación napoleónica, que es un punto cumbre del formalismo jurídico, de la concepción mecánica y estéril de la función judicial, y del razonamiento jurídico como una deducción silogística de tipo matemático. Este fue el escenario en Francia durante la mayor parte del siglo XIX, que se expandió a otros países de Europa continental y a las colonias que formaron en otros territorios, en especial del continente americano.

A finales del siglo XIX iniciaron los primeros esfuerzos en la ofensiva contra el formalismo en la aplicación de las leyes, y una nueva concepción de la función judicial de aplicación del derecho, en la que si bien se reconocía en el juez atribuciones para interpretar e integrar el ordenamiento ante casos no previstos, no obstante, éstas eran todavía actividades excepcionales. Uno de los mayores impulsos contra dicha doctrina y sus efectos ocurrió con posterioridad a la segunda posguerra, pues las atrocidades cometidas durante la guerra mundial generaron la conciencia de los peligros de un régimen jurídico, formalmente válido, pero injusto y de los efectos adversos de la aplicación ciega de la ley cuando es contraria a la dignidad del ser humano.

Entre las diversas corrientes contra el formalismo y el razonamiento judicial de tipo lógico matemático, se encuentra la primer generación de teorías de la argumentación de Theodor Viehweg y Chaim Perelman, que intentaron revitalizar las antiguas tópic y retórica, respectivamente, para dar una explicación no formalista de la actividad de los juristas y, en especial, a la justificación de las decisiones judiciales. El primero de ellos proponía el modo de proceder tópico, consistente en partir del problema y no perder de vista éste para construir la ciencia del derecho, que desde Descartes partía de axiomas y deducciones silogísticas.

Perelman, por su parte, proponía rescatar la retórica como una disciplina que enseñaba a persuadir con argumentos, en lugar de la lógica que era útil para las demostraciones científicas, pero no para las cuestiones plausibles o probables, como el propio Aristóteles ya lo había señalado siglos atrás. Posteriormente, habría que señalar las aportaciones de Toulmin acerca de la formulación y evaluación de argumentos a través de un modelo alternativo al de la lógica formal, y en especial del silogismo, a similitud de cómo se sustentaba un asunto ante los tribunales.

En esta misma evolución habría que mencionar la *lógica de lo razonable*, como una lógica no formal, sino de contenidos, esbozada por Luis Recaséns Siches contra el formalismo en la interpretación y aplicación judicial del Derecho.

Estas teorías pusieron de manifiesto que el modelo de aplicación del derecho a manera de silogismo a partir de los instrumentos que proporcionaba la lógica formal de tipo matemático, traía en ocasiones resultados irrazonables e injustos, por lo que habría que poner atención, en todo caso, a las premisas que integraban dicho silogismo y la manera en cómo eran determinadas por el juez, cuya labor ya no era más la del simple aplicador mecánico de disposiciones legislativas, sino la de un órgano dinámico y creativo en la solución de controversias a través del derecho.

El terreno se encontraba ya abonado para que a finales de la década de los años setenta del siglo pasado, autores como Robert Alexy y Neil MacCormick dieran un paso adelante en la conformación de las teorías de la argumentación jurídica, que ya no ponían el acento en la persuasión, sino en la razonabilidad de las decisiones de los jueces y en su justificación bajo estándares más completos que la mera enunciación de los hechos y de las disposiciones aplicables. Dichas teorías de la argumentación se encuentran hoy ampliamente difundidas no sólo como una técnica en la justificación de las decisiones judiciales, sino como una perspectiva completamente nueva de entender al Derecho, en términos de discurso racional.

Uno de los impulsores más decididos de las teorías de la argumentación es el ius filósofo español Manuel Atienza, quien no sólo ha difundido la mayoría de las teorías en el mundo iberoamericano, sino que ha propuesto los contenidos con que debe contar una teoría completa de la argumentación jurídica y sus diversas manifestaciones, no únicamente judiciales.

El análisis de cada una de las teorías señaladas, que hemos denominado de primera y de segunda generación, nos proporciona una serie de elementos útiles para desarrollar el tema de la argumentación judicial, que presupone el estudio de los diversos momentos de la aplicación del derecho por parte de los jueces, que en términos muy generales involucra una fase interpretativa, una fase de subsunción y una fase de justificación de la decisión. En dicho apartado hacemos una exposición acerca de la incidencia de la argumentación jurídica, de acuerdo con los sujetos que la realicen: legisladores, autoridades administrativas, académicos, los abogados en los litigios, los medios de comunicación y la población en general.

A partir de los diversos elementos conceptuales y metodológicos derivados de los primeros cuatro capítulos de nuestra investigación, arribamos al tema central de nuestra investigación, que es la relación entre la argumentación judicial y la Constitución. En dicho capítulo abordamos en primer lugar el tema de la aplicación de la Constitución y en especial la que realizan los jueces y tribunales constitucionales, encargados de resolver los conflictos en los que se involucre la normativa constitucional frente a normas y actos provenientes de las autoridades.

La aplicación judicial de la Constitución está directamente vinculada al tema del derecho procesal constitucional, en el que se estudian las diversas categorías atribuidas a Mauro Cappelletti de la jurisdicción constitucional de la libertad, orgánica y transnacional. En cada uno de esos campos la argumentación se manifiesta con matices que intentamos hacer explícitos. De igual forma, utilizamos las categorías previstas en la justificación de las decisiones judiciales en general para trasladarlas al ámbito de aplicación de la Constitución y estudiar cómo se manifiestan.

Este mismo apartado es propicio para el análisis del silogismo judicial constitucional, es decir, la determinación de la premisa normativa, que es la Constitución, lo cual lleva a tratar el tema de la interpretación constitucional, al igual que la fijación de la premisa menor que puede ser fáctica o normativa. De igual manera, se hace un breve comentario sobre el papel de los principios y su función justificativa en la aplicación de la Constitución.

Cómo puntos finales de nuestra investigación señalamos qué aspectos de las teorías de la argumentación pueden ser utilizados, tanto para la formulación de argumentos en la justificación de decisiones de los jueces y tribunales constitucionales, como para la evaluación de éstos. Por último, hacemos un análisis panorámico sobre la argumentación judicial en México a fin de señalar, desde el punto doctrinal, los avances realizados, y aportar algunos elementos para una futura *praxis* judicial argumentativa.

Las conclusiones que ofrecemos intentarán recoger los diversos hallazgos y la comprobación de las hipótesis que motivaron esta investigación: 1) que la aplicación judicial del derecho es una actividad argumentativa; 2) que la aplicación de la Constitución posee características especiales que se manifiestan en la argumentación de los jueces y tribunales constitucionales a manera de justificación de sus decisiones; y 3) que la argumentación jurídica proporciona una nueva perspectiva para analizar, evaluar y controlar las decisiones de los jueces y tribunales constitucionales, bajo parámetros de razonabilidad, congruencia y persuasión.

Capítulo I. Panorama breve sobre la retórica, su naturaleza y su evolución histórica.

Sumario: 1.1. Concepto; 1.2. Los géneros retóricos en la antigüedad; 1.3. Las partes de la retórica; 1.4. Momentos sobresalientes de la evolución histórica de la retórica; 1.4.1. Factores históricos que originaron la retórica. La retórica en la Grecia antigua; 1.4.2. Los precursores de la retórica en la Grecia antigua; 1.4.3. La decadencia de la retórica en Grecia; 1.4.4. El traslado de la retórica de Grecia a Roma; 1.4.5. El desarrollo y difusión de la retórica entre los siglos IV a XVI de nuestra era; 1.4.6. El ataque y decadencia de la retórica a partir del siglo XVII; 1.4.7. El repunte de la retórica en el siglo XX; 1.5. Algunos comentarios sobre el desarrollo de la retórica en México; 1.6. Epílogo sobre la evolución histórica de la retórica.

1.1. Concepto.

En virtud de que la retórica ha transitado por diversas etapas históricas y en cada una de ellas ha adquirido diversos matices, según el ámbito y la función que se asignaron a tal actividad, las notas distintivas de su concepto también han variado. En la actualidad se utilizan los términos *retórica* y *argumentación* como sinónimos, pero se usa con mayor frecuencia éste último, aunque sean en realidad disciplinas distintas que en ocasiones se traslapan en sus horizontes.

Bulmaro Reyes explica que "ρητορικη" es un adjetivo que se refiere al sustantivo "τεχνη", *arte*, y fue usado por Platón, para darle nombre a la profesión a que Gorgias se dedicaba y enseñaba. Este término se tradujo al latín como *oratoria*, u *oratrix*, lo cual equivaldría a *elocutoria* y *elocutrix*.¹

Así, la palabra *retórica* al parecer fue utilizada por primera vez por Platón en su *diálogo* intitulado *Gorgias*, donde expresaba en su peculiar estilo sus opiniones y críticas sobre la

¹ Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, México, UNAM, 1995, p. 11.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

actividad retórica a la que reducía a una mera forma de adulación política. La argumentación, en cambio, es un término cuyo uso se ha generalizado, por lo menos doctrinalmente, en la segunda mitad del siglo XX.

Para Aristóteles la retórica es "la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer"². De esta forma, la retórica es la provisión de los medios de persuasión, *no persuade, enseña a persuadir*.³

Esta definición permite abordar en este punto la distinción entre *persuadir* y *convencer*. En opinión de Perelman, para quien centra su atención en el resultado, la persuasión supera a la convicción, en virtud de que ésta última es *la primera fase que induce a la acción*. A quien le preocupa el carácter racional de la adhesión, convencer es más que persuadir.⁴

Perelman utiliza como elemento de distinción el carácter del auditorio al que va dirigida la argumentación. Así, considera como *persuasiva* aquella argumentación que pretende servir a un auditorio particular y *convincente* la que *se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón*.⁵ No obstante lo anterior, en el segundo caso Perelman cuestiona a los partidarios de la pretensión de validez absoluta para todos y cada uno de los seres racionales, porque aún en este caso *al autor más concienzudo no le queda, en este punto, más remedio que someterse al examen de los hechos, al juicio de los lectores*.⁶

Estas consideraciones sirven a Perelman para afirmar que la retórica forma parte de la filosofía (que no contiene demostraciones sino argumentaciones), pero que la diferencia entre éstas es de grado únicamente y estriba en que "la argumentación retórica va siempre dirigida a un auditorio concreto y particular, al que pretende "persuadir", la argumentación filosófica se dirige a un auditorio ideal y universal, al que intenta

² Aristóteles, *Retórica*, Tr. Quintín Racionero, Madrid, Editorial Gredos, 1994, p. 173.

³ Reyes Coría, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., p. 13.

⁴ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Tr. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Editorial Gredos, 1994, p. 65.

⁵ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, cit., p. 67.

⁶ Id.

"convencer".⁷ Este mismo autor señala que "mientras la persuasión connota la consecución de un resultado práctico, la adopción de una actitud determinada o su puesta en práctica en la acción, el convencimiento no trasciende la esfera mental".⁸

A manera de acercamiento al concepto *moderno* de retórica, iniciaremos señalando su función desde la perspectiva de los usos del lenguaje. Alfonso Reyes opina que teóricamente el lenguaje se reparte en tres usos: a) el de carácter filosófico, objeto de la teoría del razonamiento puro, donde es relevante el silogismo y su ámbito; b) el propiamente retórico, que se sitúa como una zona media entre el "discurso" o discurrir teórico y la aplicación práctica, que es el reino de la persuasión expresada a través del entimema o *silogismo en mitad de la calle*; y c) como medio de la expresión imaginativa, o poesía, a que se consagró la poética.⁹ A propósito de esta distinción Perelman afirma: "De hecho, asistimos aquí a la reanudación del debate secular entre los partidarios de la verdad y los de la opinión, entre filósofos, buscadores de lo absoluto, y retóricos, comprometidos en la acción."¹⁰

De la clasificación anterior destaca el aspecto de la persuasión, como fin último de la actividad retórica, esto es, el de lograr que a quienes se dirige el mensaje acepten las opiniones que se formulan, las conclusiones a las que se arriba y, sobre todo, con la finalidad de que actúen en la dirección derivada de éstas o en las que señale quien dirige el mensaje. Sin duda, una de las mejores estrategias para destacar las notas distintivas de la retórica es contrastarla con la demostración científica, con la que al menos *prima facie* se contrapone.

Al respecto, uno de los primeros intentos por resaltar los rasgos distintivos de la demostración retórica corresponde a Aristóteles, quien en el libro I de su *Retórica* hacía

⁷ Ibid., p. 16.

⁸ Id.

⁹ Alfonso Reyes afirma que "Entre la retórica y la poética hay territorios indecisos; pero ya se ve que la retórica cabalga a la vez entre lo poético y lo discursivo, por cuanto a las formas de que se ocupa, y entre lo teórico y práctico, por cuanto a su destino." Véase su *La Crítica en la Edad Ateniense*, la *Antigua Retórica*, en la colección *Obras Completas*, tomo XIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 368.

¹⁰ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, cit., p. 65.

énfasis en la aplicación del *entimema* o silogismo para demostrar en las deliberaciones lo plausible, probable o verisímil, que se contrapone a lo verdadero o evidente.¹¹

De una manera más concreta, Alfonso Reyes opina que las "proposiciones o juicios en modo indicativo expresan el absoluto lógico y son objeto de la ciencia. Los demás modos significan deseo, condición o mandato, expresan lo contingente y lo pasional y son objeto de la retórica."¹² En el mismo sentido, Perelman señala que "... mientras la ciencia se basa en lo evidente, en premisas verdaderas y necesarias, en pruebas irrefutables y racionales, la filosofía y la retórica plantean siempre los problemas desde el comienzo, aportando pruebas solamente probables, razonables, preferibles, que han de ser aceptadas responsablemente"¹³ y en otra parte de su trabajo afirma que "el campo de la argumentación es el de lo verosímil, lo plausible, lo probable, en la medida en que este último escapa a la certeza del cálculo".¹⁴

Por otra parte, entrando propiamente al terreno de la definición de la retórica, Helena Beristáin señala que ésta es un arte que se proyecta en dos sentidos. El primero de ellos relacionado con la elaboración de *discursos gramaticalmente correctos, elegantes y, sobretudo, persuasivos*; el segundo, vinculado con *extraer, especulativamente, de cualquier asunto cotidiano de opinión, una construcción de carácter suasorio relacionada con la justicia de una causa, con la cohesión deseable entre los miembros de una comunidad y con lo relativo a su destino futuro*.¹⁵

En esta definición se incluyen el ámbito de lo *opinable* en el que se desenvuelve la retórica, su meta persuasiva, así como los cauces de *justicia, democracia y poder* por los que ha transitado desde sus inicios.

Para Alejandro Gutiérrez "... la retórica supone conocimientos no sólo de gramática y géneros literarios, sino de lógica y de las diversas materias de que se pueda ocupar un

¹¹ Ver el Libro I de la obra: Aristóteles, *Retórica*, Tr. Quintín Racionero, Madrid, Editorial Gredos, 1994.

¹² Reyes, Alfonso. *La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica*, cit., p. 375.

¹³ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, cit., p. 16.

¹⁴ *Ibid.*, p. 30.

¹⁵ Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, 8ª edición, México, Porrúa, 2001, p. 426.

discurso ya que no se trata nada más de la belleza de las formas materiales que se sigan, es importante también su pertinencia conceptual y su capacidad persuasiva, de manera que se suma el requisito del conocimiento del auditorio para el buen ejercicio del arte retórico."¹⁶

Alfonso Reyes, en su profundo estudio sobre la retórica en la antigüedad, señala que la esencia de la retórica es la persuasión y la define en un plano o fase teórica y otra práctica, como "Aquel arte de la prosa discursiva, literaria en la forma y con un destino útil y sobre todo político, intermedia entre el sabio y el pueblo y por eso mismo oratoria o tribunicia, intermedia también entre la teoría-de quien toma el ser preceptuada- y la práctica-de quien toma el ser inmediatamente derivada a la acción y aun ser por ella solicitada-, esto es la retórica."¹⁷

Las fases de la retórica permiten ubicarla desde el punto de vista teórico como parte del arte literario y en su aspecto práctico o de psicagogía, *con la moral de aspecto más utilitario e interesado: la técnica para dominar las pasiones de tribunales, asambleas y auditorios; en suma, la técnica de fascinar el prójimo y manejarlo a nuestro albedrío.*¹⁸

Sobre el mismo cuestionamiento acerca de qué es la retórica, Robert Wardy señala que existen muchas respuestas y gran diferencia entre ellas. En términos generales, afirma, es la capacidad de persuadir a los otros, la realización práctica de esta habilidad o, al menos, un intento de persuasión, exitoso o no.¹⁹ Los ejercicios retóricos pueden o no ser confinados al lenguaje, incluyendo al de carácter visual.

Para Wardy, desde otro ángulo, la retórica consiste en la capacidad de hacer que los otros hagan lo que su poseedor desea que hagan hasta el límite de sus deseos. Esta es la retórica de la manipulación ideológica y de la seducción política. Finalmente, la retórica también

¹⁶ Sobre la Oportunidad de la Retórica en Nuestros Días, en Alcalá Campos, Raúl (Comp.) *Hermeneútica, Retórica y Argumentación*, México, UNAM, 1996, p. 41.

¹⁷ Reyes, Alfonso. *La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica*, cit., p. 374.

¹⁸ Id.

¹⁹ Wardy, Robert. *The Birth of Rhetoric, Gorgias, Plato and their successors*, London, Routledge, 1996, p. 1.

es una forma distintiva de comunicación, sea que se le considere admirable o deplorable; para algunos cada vez que una persona se dirige a otra la retórica está presente.²⁰

López Eire la describe como "el arte de ese específico acto de habla que es el discurso retórico, que busca vencer convenciendo, y convencer mediante lo verosímil, mediante lo conveniente al contexto en todo, aproximándose a la Verdad sin conquistarla nunca definitivamente ni convertirla en patrimonio exclusivo, sino tratando simplemente de ganar adhesiones a base de un altísimo grado de coherencia y consenso entre orador y auditorio, y del discurso con el auditorio y consigo mismo, y entre todos y cada uno de los argumentos de persuasión empleados (los lógicos, los psicológicos y los estéticos) y la forma en la que se exponen y escenifican con voz y gesto dentro de la situación o contexto en el que el acto de habla retórico se desenvuelve."²¹

De lo señalado en los párrafos precedentes es posible afirmar que la retórica es concebida como un arte y a la vez como el ejercicio práctico de ésta. Como arte se le sitúa en el campo de la filosofía o también de la literatura; en su aspecto práctico persigue, a través de su elemento distintivo que es la persuasión, provocar y guiar acciones humanas en situaciones concretas.

Para efectos de este trabajo, como punto de partida, podemos señalar que la retórica en términos generales tiene un aspecto estático y uno dinámico. Desde el punto de vista estático, es la disciplina que tiene por objeto el estudio de los recursos y las técnicas, verbales y no verbales, utilizados y de las que puede hacerse uso para lograr la persuasión humana en situaciones específicas de opinión. Desde la perspectiva dinámica es la puesta en práctica de tales recursos y técnicas.

²⁰ Id.

²¹ López Eire, Antonio. *Esencia y Objeto de la Retórica*, México, UNAM, 1996, p. 219.

1.2. Los géneros retóricos en la antigüedad.

En la antigüedad fueron identificados y diferenciados tres tipos o géneros relevantes de retórica: la de carácter político, la epidíctica y la forense.²² Estos géneros, que Helena Beristáin reformula y designa desde un punto de vista moderno como discursos oratorios: deliberativo o político y demostrativo o panegírico que describe (con alabanza y elogio o censura y vituperio) personas o cosas, y el judicial o jurídico,²³ tenían como eje rector su carácter suasorio, pero aplicado a situaciones, auditorios y fines diversos. Estos géneros, por otra parte, confirman las opiniones de que la actividad retórica nació con ropaje judicial y democrático.

Por lo que se refiere al discurso deliberativo, esto es, el generado en las discusiones en las asambleas, "discurre entre el consejo y la disuasión. Se emplea para exhortar a los oyentes a tomar una decisión orientada en algún sentido preciso, o bien para disuadirlos de adoptar una resolución."²⁴

La finalidad de este género es decidir todo tipo de asuntos públicos sobre bases de conveniencia, perjuicios, desventajas, licitud o ilicitud de eventos futuros. Puede equipararse a los actuales debates parlamentarios o también a los mensajes políticos, en virtud de que "este tipo de discurso solía terminar con una apelación para obtener votos y consenso... El público en este caso es la audiencia."²⁵

El discurso demostrativo "constituye el elogio exaltante de las cualidades y la figura de un hombre público, o bien el vituperio que minimiza el mérito y aumenta los defectos de un enemigo. Se pronuncian honras fúnebres, efemérides, consolaciones, peticiones, sermones moralizantes. Se dirige a un público espectador".²⁶

²² Aristóteles, *Retórica*, cit., p. 193 y ss.; Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, cit., pp. 426-427.

²³ Beristáin Díaz, Helena, cit., pp. 426-427.

²⁴ *Ibid.*, p. 427.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

Por lo que se refiere al discurso judicial o forense podemos afirmar a modo de noción básica que, a contrario del *deliberativo*, versa sobre hechos pasados que se atribuyen a un sujeto que es acusado y que a su vez se defiende. La finalidad del discurso judicial es influir en el ánimo del juez y el público presente, que constituyen la audiencia, a aceptar la justicia o injusticia de los hechos en un proceso judicial, *su argumentación requiere agilidad: se desarrolla a base de entimemas.*²⁷

La elocuencia práctica, que implicaban los géneros judicial y deliberativo, constituía el campo predilecto en el que se enfrentaban pleitantes y hombres políticos que defendían, argumentándolas, tesis opuestas y, a veces incluso, contradictorias. En tales torneos oratorios, los adversarios trataban de ganarse la adhesión del auditorio sobre temas controvertidos, en los que el pro y el contra encontraban a menudo defensores igual de hábiles y, en apariencia, igual de honorables.²⁸

El hecho de que en la actualidad la retórica abarque, desde un punto de vista general, la mayoría de los ámbitos en los que se da la comunicación humana, no significa que los géneros que desde la antigüedad fueron diferenciados hayan perdido importancia o interés práctico o académico. Evidentemente, las sociedades y las relaciones humanas como resultado de su evolución han aumentado en complejidad y diversidad, lo cual lleva a reconocer que la retórica está presente, así sea en su expresión más básica o como actividad inconsciente, en muchas áreas de la interrelación humana.

Esto en modo alguno significa que en la antigüedad la persuasión estaba ausente en cualquier otro ámbito que no fuera el deliberativo, judicial o el epidíctico, pero éstos eran entonces el objeto principal de la reflexión por distinguirse en ellos con claridad la actividad suasoria. Actualmente se reconoce la presencia de la retórica en ámbitos muy diversos, de hecho se ha afirmado que "en todos los niveles aparecen las mismas técnicas

²⁷ Id.

²⁸ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica, cit., p. 91.

de argumentación, tanto en la discusión en una reunión familiar como en el debate en un medio especializado".²⁹

1.3. Las partes de la retórica.

Los trabajos antiguos sobre retórica dividieron ésta en partes principales o momentos sucesivos que van desde la concepción mental del discurso hasta su expresión por parte del retor. Resulta importante conocer qué caracteriza a cada una de éstas etapas que en conjunto integraban la retórica, en virtud de que en la actualidad desafortunadamente se ha acentuado sobre todo la etapa final, de expresión discursiva, lo que ha reducido a la retórica a su aspecto meramente declamatorio o de actividad oratoria.

Las partes que integran los momentos del discurso retórico son: a) inventio, b) dispositio, c) elocutio y d) actio.³⁰

La *inventio* es la fase de concepción del discurso, de las ideas generales que lo conforman, los argumentos principales y los recursos persuasivos a utilizar. Consideramos que la *inventio* es la parte de mayor carga creativa por parte del retor, que a su vez *examina cada una de las otras operaciones (dispositio, elocutio y actio), desde el punto de vista del emisor, del receptor y del mensaje mismo.*³¹

A través de la *dispositio* se organiza lo hallado en la *inventio*, lo que permite fijar el orden más apropiado del discurso en pro de la efectividad de la persuasión. En esta fase se distribuye el contenido del discurso en los apartados siguientes: exordio (que integra la proposición, división e insinuación); la narración; la argumentación (que contiene confirmación y refutación), y el epílogo (con peroración).³²

La *elocutio* se enfoca al perfeccionamiento gramatical de las oraciones que conforman la argumentación. Las oraciones deben ser claras, precisas y convincentes, sin perder

²⁹ Ibid., p. 39.

³⁰ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 427.

³¹ Id.

³² Id.

elegancia,³³ pero todo dirigido a causar el mayor impacto psicológico que conduzca finalmente a la persuasión.³⁴

La *elocutio* es sin duda una etapa de pulimento o depuración gramatical, misma que está integrada por dos actividades que se denominan *electio* (elección de expresiones y figuras pertinentes) y *compositio* (redacción o construcción del texto). Helena Beristáin señala que en la actualidad suele llamarse retórica a la *elocutio*, y en específico a *la parte denominada electio que normaba la elección de los giros verbales que individualizan el discurso y determinan la producción de efectos estilísticos*.³⁵

Finalmente, la *actio* también conocida como *hipócrisis* o *pronuntiatio*, era *la puesta en escena del orador al recitar su discurso*.³⁶ Esta constituye la expresión práctica del resto de las fases, la *entrega* del discurso del retor a la *audiencia*, el acto mismo de persuadir. Cabe señalar que hay quienes consideraron que después de la *elocutio*, venían como fases la memoria y, finalmente, la *pronuntiatio*. Éstas no forman parte de la elaboración del discurso, pero sí de su eficacia suasoria.

La *pronuntiatio* es pues la realización verbal del discurso, en tanto que la memoria tiene que ver con la formación misma del orador, "pues la memoria propone métodos mnemotécnicos de aprendizaje de la pieza oratoria y de los recursos en general, y la pronunciación (o *actio*) recomienda procedimientos para modular y hacer la voz combinándola con los gestos, durante el tiempo en que el discurso se profiere."³⁷

Como puede apreciarse las fases o partes de la oratoria, tal como fueron desarrolladas en la antigüedad, abarcaban plenamente el tránsito del mundo de las ideas en las que el discurso era concebido por el retor, hasta el acto mismo de persuasión a través de su presentación, oral o escrita, ante la audiencia. Estas fases a su vez denotan el grado

³³ La elegancia se logra mediante el empleo de figuras (metaplasmos y metataxas, tropos y figuras de pensamiento. Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 427.

³⁴ Id.

³⁵ Ibid., p. 428.

³⁶ Id.

³⁷ Ibid., p. 428.

admirable de profundidad a que llegaron los autores antiguos, en su afán de trazar con precisión los diversos aspectos de la retórica.

Los actuales estudios sobre retórica son más modestos en sus alcances, pues incluso autores modernos que han pretendido elaborar obras generales con pretensiones de completitud como Chaim Perelman y su *Teoría de la Argumentación* aceptan tácitamente su propia limitación al dejar fuera las fases de *memoria* y de *pronuntiatio*.³⁸

Esto confirma el gran desarrollo y la importancia que llegó a tener la retórica en la antigüedad, y la grave situación por la que atravesó posteriormente en la que erróneamente se le fue despojando de varios de sus elementos constitutivos que, afortunadamente, están volviendo a ser objeto de preocupación y reflexión desde distintas disciplinas, incluyendo también la ciencia del derecho.

1.4. Momentos sobresalientes de la evolución histórica de la retórica.

1.4.1. Factores históricos que originaron la retórica. La retórica en la Grecia antigua.

La persuasión es una actividad que sin duda tuvo lugar desde las diversas civilizaciones del mundo antiguo, en especial si se considera como consustancial a la comunicación y relaciones humanas. Sin embargo, el estudio específico de tal actividad puede ser ubicado en la antigua Grecia, donde el arte suasorio alcanzó un desarrollo y niveles dignos de admiración, y es el origen de la concepción retórica que ha llegado a nuestros días.³⁹

Por supuesto, lo que ha llegado hasta nuestros días como producto de la actividad de los autores de la Grecia y Roma antiguas se pueden calificar tan sólo de fragmentos. No obstante lo anterior, se ha identificado un amplio catálogo de personajes que contribuyeron al desarrollo y difusión de la retórica.

³⁸ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica, cit., p. 37.

³⁹ Wardy, Robert. The Birth of Rhetoric, ..., cit., p. 2. Para un estudio panorámico de la evolución de la retórica antigua en Grecia y especialmente en Roma, ver Clarke, M.L. Rhetoric at Rome, a Historical Survey, London, 3rd edition, Routledge, 1996.

Se observa en la doctrina un acuerdo común sobre el origen espacio-temporal de la retórica, que de acuerdo con los registros históricos conocidos a la fecha se sitúa alrededor del siglo V. a.C. en Sicilia. No obstante lo anterior, se ha señalado que en las *Iliada* y la *Odisea*, obras escritas por Homero alrededor de los siglos VII u VIII a.C., se aprecian elementos de un conocimiento retórico previo que permite presumir un desarrollo de la disciplina aún más antiguo.⁴⁰

Los factores que impulsaron el desarrollo de la retórica y que, por otra parte, legitiman su vínculo directo con la labor jurisdiccional y la democracia, fueron sobretodo de carácter político y social. En efecto, se ha señalado que en el siglo V a.C., con la caída del poder de Trasíbulo, a quien se calificó de tirano, se generó la incidencia de numerosas causas civiles con el fin de lograr la recuperación de los bienes que habían sido confiscados por órdenes de aquél.⁴¹

Al respecto, Santiago López Navia afirma que "La retórica nace de la mano de la democracia que asoma a la historia universal con el final de la tiranía, tras la muerte de Hierón en el año 468 a.C. y la expulsión de Sicilia de Trasibulo dos años más tarde".⁴²

Al parecer, las disputas que siguieron a la caída de la tiranía, sobre todo de carácter patrimonial, fueron llevadas en gran número a los jueces, lo que trajo consigo que el discurso forense incrementara su incidencia e importancia de forma notable, de ahí que se afirme legítimamente que el derecho es el *padrino* legítimo de la retórica.⁴³

Para Alfonso Reyes, "en virtud de las contingencias históricas y revoluciones sociales, la retórica o teoría del pensamiento discursivo-no científico, sino al alcance del pueblo- se

⁴⁰ Opinan en este sentido, entre otros, Beristáin Díaz, Helena. *Qué es la Retórica al Final del Siglo y al Final del Milenio*, México, UNAM, 2000, pp. 9-10; López Navia, Santiago A (editor). *El Arte de Hablar Bien y Convencer*, -Platón, Aristóteles, Cicerón, Quintiliano- Manual del Orador, México, Editorial Planeta Mexicana, 1998, p. xviii; Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., p. 1.

⁴¹ Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., p. 17. Ver también Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., p. 1.

⁴² López Navia, Santiago A (editor). *El Arte de Hablar Bien y Convencer*, cit., p. xviii.

⁴³ Id.

tiño fuertemente de intenciones jurídicas."⁴⁴ En el mismo sentido, Clarke opina "...la retórica ha transcurrido por siglos de acuerdo con el perfil que le dieron quienes la originaron. La retórica antigua estaba más vinculada con la oratoria forense que con cualquier otro tipo de ámbito;⁴⁵ es así como el discurso forense se fue perfilando como uno de los tres géneros retóricos predominantes en la antigüedad.

Por otra parte, el ambiente democrático (en el contexto histórico de la época), en el que se desarrolló la dinámica actividad judicial que comentamos, justifica *el madrinazgo de la democracia* [que], a su vez, *posibilitó el nacimiento del discurso político, en virtud del cual se practicaba la discusión pública motivada por criterios ideológicamente enfrentados.*⁴⁶

En este escenario, con la aplicación de leyes incipientes que hacían la tramitación del "proceso" predominantemente oral, las propias partes litigantes habrían apoyado su pretensión, pruebas y posiciones en habilidades retóricas con el fin de persuadir al Juez. Cabe hacer notar que en ese entonces no operaba la figura de la representación legal o del defensor, por lo que los propios titulares de la pretensión litigiosa eran quienes acudían al juicio para hacerla valer.

Alfonso Reyes explica esto en los siguientes términos: "... es más fácil de entender si se recuerda que, en la Antigüedad helénica, el derecho no era una profesión, sino un ejercicio general de los ciudadanos, sea en cuanto al abogado, sea en cuanto al juez, y en alguna parte había que acomodar las doctrinas nacientes de la demanda y la defensa, de la prueba, del alegato y de la sentencia."⁴⁷

Este aspecto también ha sido destacado por Sergio López, quien señala:

"En cualquier caso, cada uno de los interesados en defender su postura debía asumir la exposición personal de sus argumentos sin que fuera posible que nadie actuase en su lugar en calidad de abogado o representante. Es el

⁴⁴ Reyes, Alfonso. *La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica*, cit., p. 369.

⁴⁵ Ver Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., p. 1.

⁴⁶ López Navia, Santiago A (editor). *El Arte de Hablar Bien y Convencer*, cit., p. xviii

⁴⁷ Reyes, Alfonso. *La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica*, cit., p. 369.

inconveniente de la *isegoría*, es decir, la igualdad de todos los ciudadanos a la hora de ejercer públicamente el derecho a la palabra."⁴⁸

Ante la necesidad de contar con un discurso forense bien elaborado y sobretodo persuasivo, que asegurara el éxito en la causa o la sentencia favorable del juez, surgieron los logógrafos.⁴⁹ Estos llevaban a cabo funciones de asesoramiento jurídico y efectuaban la elaboración misma de los discursos que las partes presentaban al juez, de ahí que se requería que fueran verdaderos expertos en leyes y en el manejo del idioma.⁵⁰

Los logógrafos "profundizaron en el conocimiento y aplicación de todas las posibilidades afectivas y estilísticas del lenguaje, y su concurso fue imprescindible para crear la prosa artística más allá de la función eminentemente práctica que hasta entonces la había caracterizado".⁵¹ Como se puede apreciar, en la antigüedad el discurso forense no sólo creció rápidamente en incidencia, sino también en sofisticación, en la que tuvieron una participación notable precisamente los *logógrafos*.

Para los antiguos, el objeto de la retórica era, ante todo, el arte de hablar en público de forma persuasiva; se refería, pues, al uso de la lengua hablada, del discurso, delante de una muchedumbre reunida en la plaza pública, con el fin de obtener su adhesión a la tesis que se le presentaba. Así, se advierte que el objetivo del arte oratorio, la adhesión de los oyentes, es el mismo que el de cualquier argumentación".⁵²

Consideramos que no se deben perder de vista los factores sociopolíticos que determinaron el repunte significativo de la actividad retórica en Sicilia y que permiten afirmar, por una parte, que la incidencia de causas judiciales en un sociedad específica propicia el activismo retórico forense y, por la otra, que tales factores determinan en cierta medida el contenido y alcance del discurso retórico de las partes.

⁴⁸ López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xviii-xix

⁴⁹ Gerardo Ramírez señala a Antifonte como el primer logógrafo ateniense y uno de los primeros maestros de retórica que se conocen, "destacó particularmente como un experto en la confección de discursos, se hizo célebre por su habilidad para tratar los asuntos judiciales más difíciles, y fue especialmente reconocido por su inteligencia". La Retórica de Antifonte, México, UNAM, 2000, p. 9.

⁵⁰ Ver López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xviii-xix

⁵¹ Id.

⁵² Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica, cit., p. 37.

1.4.2. Los precursores de la retórica en la Grecia antigua.

Debido a que no es posible afirmar con certeza a toda prueba la paternidad originaria del ejercicio, ni tampoco del estudio, de una disciplina tan antigua como la retórica, es que preferimos hablar de precursores más que creadores de ésta. Aunque este tipo de paternidades antiquísimas hay que tomarlas con cierto escepticismo, no dejan de dar luces, así sean anecdóticas, del origen de la retórica antigua.

Antes de iniciar propiamente con la tarea de poner rostro, nombre y apellido a tales precursores, deseamos dejar constancia de la aguda observación hecha por Robert Wardy, respecto a la búsqueda de la paternidad originaria de la retórica:

“Una forma en que los académicos antiguos intentaron dar sentido a la historia, fue en términos de la categoría del *primer descubridor*: ellos trataron así de imponer un orden en el pasado, real o imaginario, estableciendo *árboles genealógicos* para cada dominio cultural significativo, con un augusto *primer descubridor* en la raíz.”⁵³

En tal sentido, más que una búsqueda frenética de paternidad genética podemos considerar a los personajes que abordaremos como los *puntos de referencia* distantes de los que hasta ahora se tiene noticia.⁵⁴ En cuanto a los personajes a quienes se atribuye el estudio inicial de la retórica, o por lo menos de quienes se tiene noticia cierta de que originalmente cultivaron la disciplina, de acuerdo con Bulmaro Reyes fueron, entre los siglos V a.C. y VIII de nuestra era: Empédocles, Córax, Tisias y Gorgias, a los que siguieron, Platón, Isócrates, Aristóteles, Hemágoras, Cornificio, Cicerón, Quintiliano, Fortunaciano, Agustín, Victorino, Sulpicio Víctor, Severiano, Cayo Julio Víctor, Grilio, Marciano Capella, Boecio, Casiodoro, Isiodoro y Albino, entre muchos otros.⁵⁵ De éstos han merecido especial atención Aristóteles, Cicerón y Quintiliano,⁵⁶ por la trascendencia

⁵³ Traducción del autor, Wardy, Robert. *The Birth of Rhetoric*, ..., cit., p. 8.

⁵⁴ Para un esbozo de la evolución histórica de la retórica en su etapa clásica, ver. López Navia, Santiago A (editor). *El Arte de Hablar Bien y Convencer*, cit., p. xviii-xxxix.

⁵⁵ Ver Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, México, UNAM, 1995.

⁵⁶ Ver Reyes, Alfonso. *La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica*, en la colección *Obras Completas*, tomo XIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

y el carácter sistemático de sus obras, las cuales representan momentos relevantes en la evolución de la retórica como disciplina.

Del anterior listado enunciativo de personajes grecolatinos, algunos de ellos, a los que nos referiremos enseguida, han trascendido con mayor énfasis como los precursores más antiguos de la retórica forense. Aunque la opinión más difundida es que corresponde a Gorgias de Leontini la paternidad del arte retórico, hay autores antiguos que lo señalan como discípulo de Empédocles de Agrigento y que es a éste precisamente a quien corresponde tal mérito.⁵⁷

Una de las fuentes a favor de esta opinión es Diógenes Laercio, quien señala que Empédocles de Agrigento, Sicilia, fue reconocido por Aristóteles en su *Sofista* como inventor de la retórica y que en su obra *De Poética* lo califica de *homérico*, "grave y vehemente en la frase y en las metáforas, y que usó de todas las figuras poéticas". En otra parte, Diógenes refiere: "Sátiro escribe en las *Vidas* que también fue médico y orador excelente, y que fue discípulo suyo Gorgias Leontino, varón eminente en la retórica, el cual nos dejó un *Arte* de ella, y que según escribe Apolodoro en sus *Crónicas*, vivió ciento nueve años. El mismo Sátiro refiere que Gorgias dijo había estado presente cuando Empédocles ejercitaba sus encantamientos".⁵⁸

En el mismo sentido, se dice que Sexto Empírico señaló que Aristóteles en uno de sus trabajos reconoció a Empédocles como el fundador de la retórica o quien puso a ésta por primera vez en movimiento.⁵⁹ No obstante lo anterior, Filostrato señala en su *Vidas de los Sofistas* que Antifón de Ramno era considerado por algunos como el que inventó la retórica, *que no existía antes de él; otros que ya había sido descubierta, pero aumentó su*

⁵⁷ Filostrato señala en su *Vidas de los Sofistas* que Antifón era considerado por algunos como el que inventó la retórica, *que no existía antes de él; otros que ya había sido descubierta, pero aumentó su alcance*. Lo que es *Vidas de los Sofistas* Tr. de José Ortíz y Sanz y José María Riaño, 3ª edición, México, Porrúa, 1998, p. 301. Tr. de José Ortíz y Sanz y José María Riaño, 3ª edición, México, Porrúa, 1998, pp. 298-299.

⁵⁸ Sobre algunos aspectos de la vida de Empédocles ver Laercio, Diógenes. *Vidas, Opiniones y Sentencias de los Filósofos más Ilustres*, Tr. de José Ortíz y Sanz y José María Riaño, 3ª edición, México, Porrúa, 1998, pp. 215-221.

⁵⁹ Ver Wardy, Robert. *The Birth of Rhetoric*, ..., cit., p. 7.

alcance.⁶⁰ Lo que es importante destacar de este personaje es que según el propio Filostrato era "... atacado en la Comedia por ser demasiado hábil en materias legales y por vender a alto precio discursos compuestos en desafío a la justicia para uso de clientes cuyos casos eran muy precarios."⁶¹

Entre los personajes que más han atraído la atención de quienes se han preocupado por el origen de la retórica, son mencionados los siracusanos Córax y a Tisias, el primero de ellos se dice que fue discípulo de Empédocles, los cuales en el siglo V. a.C. "examinaron las partes y la disposición de la materia de los discursos judiciales..., y dictaron modos y formas del decir a través de una práctica mecánica y metódica de la elocuencia".⁶²

Al parecer la actividad de Corax y Ticias se centraba en aconsejar o asesorar en causas judiciales por eso en su mayor parte se desarrolló en el ejercicio de la retórica forense, *nació de la experiencia en los tribunales*. Clarke afirma que "la retórica más antigua estaba más que nada centrada en su carácter práctico, involucrando sobre todo argumentación".⁶³

Para Clarke, bajo la idea prevaleciente en la retórica antigua sobre el argumento derivado de la plausibilidad, Corax y Tisias habrían sido quienes descubrieron las posibilidades de argumentos como el subyacente en el siguiente ejemplo: "un hombre bajo atacó a un hombre alto y tenía que defenderse en los tribunales. Es *posible*, él podría argumentar, que un hombre de mi tamaño ¿hubiera atacado a uno de su tamaño? El hombre alto también podría ofrecer argumentos a partir del mismo punto, ¿sería acaso posible que él hubiera atacado al hombre bajo, sabiendo que el argumento basado en la probabilidad estaría a favor de su oponente?"⁶⁴ En el mismo sentido opina Bulmaro Reyes, quien señala: "Según Platón, Tisias y Gorgias descubrieron que se venera más la verosimilitud

⁶⁰ *Vidas de los Sofistas*, cit. p. 301.

⁶¹ Id.

⁶² Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., p. 17. Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, cit., p. 428.

⁶³ Ver Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., p. 1.

⁶⁴ Id.

que la verdad, por la virtud de la palabra, ellos hacían parecer grande lo pequeño; arcaico, lo nuevo, y al contrario, y podían decir lo mismo con pocas palabras que con muchas".⁶⁵

En opinión de López Navia, "así como se coincide en afirmar que Sicilia es la cuna de la retórica, por lo menos por lo que respecta a Europa, se admite que los pioneros en su magisterio fueron los siracusanos Tisias y Córax y que el principal artífice de su extensión desde Sicilia a Atenas fue el sofista Gorgias..."⁶⁶ Se dice que Gorgias tuvo contacto con Corax y Tisias, pero sus intereses iban más allá que los de éstos, en virtud de que, para él, el discurso era instrumento de persuasión y, por tanto, de poder.⁶⁷

Por lo que se refiere a Gorgias de Leontini⁶⁸ (c. 483-376, a.C.), era reconocido por su actividad en la enseñanza de la retórica y se le atribuye inclusive haber escrito un *Arte Retórica*.⁶⁹ Gorgias es considerado como el padre del arte de los sofistas⁷⁰, gracias al uso que hizo de figuras retóricas innovadoras que involucraban tanto estructura como ornamentación. Asimismo, se afirma que introdujo la *paradoxología*, que integra tanto el pensamiento como la expresión paradójicas.⁷¹

Se dice que Gorgias también fue pionero en el arte de la improvisación discursiva y que inclusive al momento que ingresó al teatro ateniense gritó "¡denme un tema!", con el fin

⁶⁵ Reyes Coria, Bulmaro. Límites de la Retórica Clásica, cit., p. 17.

⁶⁶ López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xix

⁶⁷ Ver Clarke, M.L. Rhetoric at Rome, cit., p. 2.

⁶⁸ Para un estudio detallado sobre la trascendencia de la obra de Gorgias, ver Wardy, Robert. The Birth of Rhetoric, ..., cit., pp. 6-51..

⁶⁹ Reyes Coria, Bulmaro. Límites de la Retórica Clásica, cit., p. 19; Véase también, Laercio, Diógenes. Vidas, Opiniones y Sentencias ..., cit., p. 217.

⁷⁰ "La palabra *sofista* significa literalmente sabio. Pero los sofistas eran sobre todo maestros que, de ciudad en ciudad y, con gran escándalo de los griegos, se hacían pagar por sus enseñanzas. Maestros de los hombres de Estado y de los futuros políticos, los sofistas solían enseñar la retórica de la cual fueron fundadores. Bien es verdad que los sofistas se preocupaban menos de la validez o la exactitud de sus razonamientos que de la fuerza que tienen las palabras para llegar a este fin práctico del convencimiento.... Al mismo tiempo que inventaban el arte de convencer, los sofistas inventaron también falsos argumentos que han pasado a la historia con el nombre de sofismas". Xirau, Ramón. Introducción a la Historia de la Filosofía, 12ª edición, México, UNAM, 1995, p. 34.

⁷¹ Wardy, Robert. The Birth of Rhetoric, ..., cit., p. 6. Para algunos comentarios muy generales sobre la vida de Gorgias de Leontini ver. Filostrato. Vida de los Sofistas, cit., pp. 294 y 298-299.

de demostrar que todo lo conocía.⁷² Hay un hecho relevante en la vida de Gorgias⁷³ que ha llamado la atención de los autores y tiene estrecha relación con la difusión de la retórica fuera de su cuna Sicilia, que es su viaje a Atenas en calidad de Embajador. Durante dicha misión en la que buscaba ayuda militar para su ciudad natal, Leontini, en Sicilia, su habilidad retórica puso bajo su influencia a casi todos los líderes intelectuales y políticos de Atenas.⁷⁴

Dicho viaje a Atenas llevado a cabo en el año 427 a.C., en opinión de Bulmaro Reyes es en efecto un hecho relevante para la retórica, en virtud de que en aquél "... se funde la tradición ateniense de la oratoria política que había producido Pericles, con una nueva técnica, basada en el estilo, en la explotación del ritmo griego, la asonancia y el paralelismo".⁷⁵ Bulmaro Reyes apunta que para Gorgias, "... la palabra es un gran potentado que, con muy pequeño e imperceptible cuerpo, lleva a cabo obras divinas, ya que puede tanto calmar el miedo como quitar la pena y engendrar el gozo y acrecentar la misericordia. Los encantos inspirados por medio de las palabras, se hacen inductores de placer, y deportadores de pena. Pero la palabra se ha de valer de la verdad..."⁷⁶

Las aportaciones de Gorgias al arte retórico influyeron de tal forma que a partir de éste se generaron dos vertientes en Atenas. La primera de ellas enfocada a la retórica forense y la segunda orientada a la oratoria política. En la segunda sobresalen Lisias e Isócrates, quien

⁷² Wardy, Robert. *The Birth of Rhetoric*, ..., cit., p. 6. Filostrato hace referencia a este pasaje cuando señala "... Gorgias fue el fundador del discurso improvisado, pues cuando se presentaba en el teatro a los atenienses tenía el atrevimiento de decir: "Proponed un tema". Y él fue el primero en arrostrar este peligro, con lo que demostraba que sabía todas las cosas y que podía hablar de cualquier asunto fiado en la inspiración momentánea ..." p. 294.

⁷³ Para un análisis de la vida y la trascendencia de la obra de Gorgias en el nacimiento y desarrollo de la retórica, ver Wardy, Robert. *The Birth of Rhetoric*, ..., cit., pp. 6-51.

⁷⁴ Así lo señala Robert Wardy siguiendo a Filostrato, *The Birth of Rhetoric*, ..., cit., p. 6. Este último en su *Vida de los Sofistas* señala "En Sicilia floreció GORGAS DE LEONTINI, al que debemos considerar que debe referirse al arte de la sofística como a su padre... Él fue un ejemplo para los sofistas con su viril y enérgico estilo, con su atrevida y desacostumbrada expresión, sus inspiradas improvisaciones y su uso del grandilocuente estilo para los grandes temas y también con su costumbre de interrumpir las cláusulas y hacer frecuentemente transiciones, mediante cuyos artificios un discurso gana en dulzura y sublimidad... Que improvisaba con extraordinaria facilidad". Ver Filostrato. *Vidas de los Sofistas*, cit., pp. 298-299.

⁷⁵ Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., p. 19.

⁷⁶ Id.

funda una escuela de retórica en el año 391 a.C.⁷⁷ Este autor opina que Isócrates "... supera, por una parte, el relativismo moral de su maestro Gorgias, y se opone por otra al planteamiento socrático, que considera riguroso, y a la enseñanza retórica orientada a la formación de oradores con criterios superficiales y formalistas desprovistos de un sustrato moral."

Tal fue la influencia de Gorgias en Atenas y las habilidades discursivas de los sofistas que le siguieron, que "los atenienses, cuando observaron la gran inteligencia de ... [éstos], los excluyeron de los juicios ante los tribunales, porque podían vencer con una causa injusta, una justa y hacerla prevalecer sobre la equidad."⁷⁸ De acuerdo con este autor, "los antiguos llamaban sofistas no sólo a los oradores que sobresalían en la elocuencia y gozaban de gran reputación, sino también a los filósofos que exponían su doctrina con fácil elocuencia."⁷⁹

El papel que Gorgias representa para la retórica fue enfatizado en virtud de que Platón (c. 429-347 a.C.), intituló precisamente a uno de sus famosos diálogos con el nombre de aquél,⁸⁰ en el que criticó dicha actividad que era representada y defendida por el propio Gorgias, en su carácter de personaje del Diálogo Platónico. Es precisamente por la crítica sostenida por Platón en el diálogo señalado, que se le ha considerado como un adversario de los sofistas y, por ende, de la retórica, a la que habría reducido a una actividad ornamental, dirigida sólo a la adulación y divorciada por completo de la verdad.

No obstante lo anterior, no es en *Gorgias* sino en el diálogo intitolado *Fredo* donde se aprecian con mayor nitidez las consideraciones y la postura de Platón hacia la retórica. En dicha obra, se considera más relevante la *inventio* que la *dispositio* y se agrega un ingrediente axiológico a la actividad retórica, de tal manera que ésta "debe llevar a hacer

⁷⁷ López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xxi.

⁷⁸ Filostrato. Vidas de los Sofistas, cit., p. 294.

⁷⁹ Id.

⁸⁰ Para un análisis del *Gorgias* de Platón ver Wardy, Robert. The Birth of Rhetoric, ..., cit., pp. 52-85.

el bien. Antes de aprender a hablar el hombre debe poseer la verdad. Quien no ha filosofado suficientemente, no será capaz de hablar jamás sobre nada."⁸¹

El fin o contenido ético de la retórica y su "necesario" apego a la verdad, son aspectos que según veremos seguirían presentes en las obras de los subsiguientes autores clásicos, inclusive hasta nuestros días, ya fuera para aceptarlos o para rechazarlos.

Otro personaje relevante en el desarrollo de la retórica es Isócrates (436-338 a.C.),⁸² discípulo de Tisias y de Gorgias, quien fue contemporáneo de Platón y se le calificó como *el gran orador y perfecto maestro, cuya casa era como una oficina de retórica para toda Grecia*.⁸³

Filostrato también da cuenta de las cualidades señaladas cuando refiere: "La sirena colocada sobre la tumba del sofista Isócrates -su actitud es la de quien está cantando- da testimonio del persuasivo encanto del sofista que él combinaba con los recursos y fórmulas de la retórica".⁸⁴ No obstante estas cualidades, no fue un personaje que gustara del discurso público, al parecer por su carácter tímido y su voz endeble.⁸⁵

Para Isócrates la retórica es *la artifice de la persuasión*, que se lleva a cabo sobre todo en los discursos judiciales y deliberativos, por una parte y de elogio y censura, por la otra. Por lo que se refiere al discurso judicial, se ajusta a la tradición de considerar como las partes de este al proemio, el relato, las pruebas y el epílogo.⁸⁶ Se menciona que escribió tratados de retórica, pero algunos opinaban que no utilizaba el método, sino la práctica. En las *Vidas de los 10 Oradores* del Pseudo Plutarco se refiere de Isócrates que "a uno

⁸¹ Reyes Coria, Bulmaro. Límites de la Retórica Clásica, cit., p. 21.

⁸² Sobre la vida y obra de este autor, ver la introducción general y las biografías que el Pseudo Plutarco y un autor anónimo escribieron de Isócrates, mismos que aparecen en la obra *Isócrates, Discursos, Tomo I*, Tr. y notas de Juan Manuel Gúzman Hermida, Madrid, Editorial Gredos, 1979, pp. 7-61

⁸³ Reyes Coria, Bulmaro. Límites de la Retórica Clásica, cit., p. 23-25.

⁸⁴ Filostrato. *Vidas de los Sofistas*, cit., p. 304.

⁸⁵ Así se refiere en la biografía que hizo de éste el Pseudo Plutarco, ver *Isócrates, Discursos*, cit., p. 48.

⁸⁶ ver la introducción general a la obra *Isócrates, Discursos*, cit., p. 35.

que le preguntó qué era la retórica respondió: *hacer grande lo pequeño y pequeño lo grande.*"⁸⁷

En su discurso intitulado *Contra los Sofistas*,⁸⁸ Isócrates expresa la necesidad de que los discursos deben basarse en la verdad, así como la importancia de las cualidades y la preparación del orador; así, Isócrates forma parte del grupo incipiente de autores que van conformando una retórica preceptiva, de contenido moral.⁸⁹ La esencia de las enseñanzas de Isócrates al parecer riñen con su vida misma pues "para vender discursos a los abogados, decía que no existía un arte para componerlos, aunque pronto se vio obligado a escribir sobre arte retórica, ya que a menudo era llamado a juicio a causa de aquella práctica de vender discursos, por lo visto considerada como ilícita."⁹⁰

En la evolución que estamos siguiendo toca el turno a las aportaciones de Aristóteles, a quien dedicaremos mayor atención por varios motivos. El primero de ellos es que su *Retórica* condensa de alguna forma el saber retórico previo y tiene un importante carácter sistematizador gracias al cual la disciplina alcanza una de sus cúspides más notables; el segundo, consiste en que es la obra que se ha proyectado con mayor amplitud influenciando no solo a los autores Romanos como Cicerón o Quintiliano, sino a autores contemporáneos como Chaim Perelman; el tercer motivo, es que dedica reflexiones específicas a la retórica forense o judicial.

Cabe señalar que no pretendemos agotar la naturaleza, matices y alcances de la influencia que Aristóteles en la evolución de la retórica,⁹¹ sólo destacaremos los puntos que nos parecen más sobresalientes o estrechamente vinculados con nuestra investigación.

⁸⁷ Isócrates, *Discursos*, cit., p. 52.

⁸⁸ Dicho discurso, que es breve, aparece publicado en Isócrates, *Discursos*, cit., pp. 156-164.

⁸⁹ Reyes Coria, Bulmaro. Límites de la Retórica Clásica, cit., p. 25

⁹⁰ *Ibid.*, p. 23, n. 9.

⁹¹ Las obras que se han escrito con esta intención son realmente numerosas, a este respecto véase Oksenberg Rorty, Amélie (ed.). *Essays on Aristotle's Rhetoric*, University of California Press, Estados Unidos de América, 1996; la introducción de Quintín Racionero a la *Retórica de Aristóteles*, Madrid, Editorial Gredos, 1994, pp. 7-149; Reyes, Alfonso. *La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica*, cit., pp. 215-243; Wardy, Robert. *The Birth of Rhetoric*, ..., cit., pp. 108-138.

Aristóteles inicia su obra sobre *Retórica*⁹² señalando las similitudes de ésta con la dialéctica, en cuando no versan sobre una materia en particular, sino que les son útiles a otras disciplinas.⁹³

Destaca la crítica de Aristóteles a las obras producidas sobre la materia hasta entonces, en el sentido de que las mismas "... han proporcionado una parte de tal arte ... y, por otro lado, nada dicen de los *entimemas*, que son el cuerpo de la persuasión, y más bien se ocupan, las más de las veces, de cuestiones ajenas al asunto."⁹⁴

Sobre el método propio de la retórica señala que es el que se refiere a las pruebas por persuasión y que ésta es una especie de demostración. Así, la demostración retórica es el entimema, el cual es *la más firme de las pruebas por persuasión*.⁹⁵ Uno de los puntos más sobresalientes de la retórica es el ámbito donde se desarrolla, esto es, la plausibilidad, lo verosímil, aquello en lo que no cabe certeza plena.

El entimema es, entonces, uno de los instrumentos con que opera la demostración retórica, un tipo de silogismo aplicable a lo que es verosímil, pero no el silogismo o la deducción que son útiles para demostrar relaciones necesarias de causa y efecto y cuya finalidad última es demostrar la verdad. Al entimema o silogismo retórico se suma el ejemplo o inducción retórica, ambos son los medios de demostración retórica por excelencia.⁹⁶

En esta línea de pensamiento, Aristóteles afirma que la tarea de la retórica *no consiste en persuadir, sino en reconocer los medios de convicción más pertinentes para cada caso...*" y más adelante agrega: "entendamos por retórica la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer."⁹⁷ Como puede observarse, Aristóteles, *prima facie*, separa la retórica de su finalidad ética de estar basada en la verdad, como según lo

⁹² En nuestro análisis seguimos la *Retórica* de Aristóteles, traducida por Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1994.

⁹³ *Retórica*, 1345, a, 5-10.

⁹⁴ *Retórica*, 1345, a, 15, ver también 1345, a, 20 - 1355, a.

⁹⁵ *Retórica*, 1355, a, 5-10.

⁹⁶ *Retórica*, 1356, b, 1-28.

⁹⁷ *Retórica*, 1355, b, 10-13 y 25-27.

había afirmado su maestro Platón. Al respecto, Quintín Racionero señala que "... esta subordinación de la retórica a la moral se transforma pronto en Aristóteles en un problema exclusivamente ético y político que, en cambio, no juega ningún papel *técnico* en la retórica".⁹⁸

Para Aristóteles, las pruebas por persuasión pueden clasificarse en dos tipos: las ajenas al arte y las propias de éste. Las pruebas ajenas al arte son aquellas que tienen una existencia previa, no son obtenidas por el orador; entre éstas se encuentran los testigos, las confesiones bajo suplicio, los documentos y las que se les asemejen.⁹⁹

Por lo que se refiere a las pruebas propias del arte, o sea el objeto de la retórica, son aquellas que *pueden prepararse con método y por nosotros mismos, de modo que las primeras [las ajenas al arte] hay que utilizarlas y las segundas inventarlas*.¹⁰⁰ La persuasión puede provenir, entre otras fuentes de prueba, de la persona misma del que habla, de la disposición o estado anímico de los oyentes y del discurso mismo.¹⁰¹

Una vez sentadas las bases de la retórica, Aristóteles procede a reflexionar sobre su división o clases señalando al respecto:

"Tres son en número las especies de la retórica, dado que otras tantas son las clases de oyentes de discursos que existen. Porque el discurso consta de tres componentes: el que habla, aquello de lo que habla y aquél a quien habla; pero el fin se refiere a este último, quiero decir, al oyente. Ahora bien, el oyente es, por fuerza, o un espectador o uno que juzga; y en este último caso, o uno que juzga sobre lo futuro, como por ejemplo, un miembro de una asamblea, y quien juzga sobre sucesos pasados, como hace el juez; el espectador, por su parte, juzga sobre la capacidad del orador."¹⁰²

De estas reflexiones Aristóteles deriva las tres especies de la retórica o tipos de discursos: el deliberativo, el judicial y el epidíctico. Cada uno de estos tiene fines diversos y opera en situaciones distintas y, por lo tanto, se rigen por reglas particulares.

⁹⁸ Ver Aristóteles, *Retórica*, cit., nota 24, pp. 170-171.

⁹⁹ *Retórica*, 1355, b, 35-40.

¹⁰⁰ *Retórica*, 1355, b, 41-43.

¹⁰¹ *Retórica*, 1356, a, 1-19.

¹⁰² *Retórica*, 1358, a, 37-1358, b, 7.

La deliberación consiste en "... el *consejo* y la *disuasión*; pues una de estas dos cosas es lo que hacen siempre, tanto los que aconsejan en asuntos privados, como los que hablan ante el pueblo a propósito del interés común. Lo propio del proceso judicial es la *acusación* o la *defensa*, dado que los que pleitean forzosamente deben hacer una de estas cosas. Y lo propio, en fin, del discurso epidíctico es el *elogio* *elogio* y la *censura*." ¹⁰³

Cabe recordar que en un apartado previo de nuestra investigación ya abordamos lo concerniente a los tres géneros retóricos, pero aquí nos circunscribimos a la manera en que Aristóteles los caracterizó. Cada uno de los tipos de discurso se concentra en una etapa temporal y tiene a su vez una finalidad, aunque Aristóteles reconoce que además se discuten cosas complementarias.

Bulmaro Reyes, ¹⁰⁴ a partir de un análisis de la Retórica ilustra claramente las diferencias entre los géneros señalados en un cuadro comparativo, que a continuación reproducimos:

Razonamientos retóricos			
	<i>Deliberativo</i>	<i>Judicial</i>	<i>Demostrativo</i>
Asunto	Persuasión o disuasión	Acusación o defensa	Alabanza o vituperio
Tiempo	Futuro	Pasado	Presente
Fin	Lo útil o lo nocivo y lo accesorio	Lo justo o lo injusto y lo accesorio	Lo honroso, lo feo y lo accesorio

Después de señalar estos aspectos de las divisiones de la retórica, Aristóteles se concentra en lo que denomina los enunciados propios de la retórica, esto es, las pruebas concluyentes, las probabilidades y los signos. ¹⁰⁵ En resumen, señala que quienes actúan en cualquiera de los tres géneros necesariamente deben adoptar enunciados *concernientes a lo posible y a lo imposible, a si sucedió o no sucedió y a si tendrá o no lugar*; también,

¹⁰³ Retórica, 1358,b, 8-13.

¹⁰⁴ Reyes Coria, Bulmaro. Límites de la Retórica Clásica, cit., p. 31.

¹⁰⁵ Retórica, 1359,a, 7-9.

*enunciados acerca de lo grande y lo pequeño y de lo mayor y lo menor, tanto en general como en particular.*¹⁰⁶

Además de los enunciados generales, Aristóteles detalla en el libro I de la Retórica aquellos que son propios a la deliberación, a los discursos epidícticos y a las acciones judiciales. Nosotros nos concentraremos únicamente en los relativos al género judicial.

En primer término es conveniente traer a esta parte de nuestra exposición, algunas de las opiniones de Aristóteles sobre el tema de la ley, el juez y la justicia presentes en diversas partes de la *Retórica*, para hacer un todo coherente con los enunciados propios de este tipo de discurso.

En la crítica inicial que Aristóteles dirige a los autores que le precedieron, en el sentido de que se ocuparon de cuál debe ser el contenido de las partes del discurso en el *arte de pleitear*, pero no hablaron en absoluto del entimema, se hace una primer referencia al ámbito judicial cuando afirma "el mover a sospecha, a compasión, a ira y a otras pasiones semejantes del alma no son propias del asunto [la retórica], sino atinentes al juez"¹⁰⁷.

Como puede observarse, Aristóteles intenta desterrar cierto tipo de emociones del ámbito de la retórica judicial, para esto afirma que es una opinión común que las propias leyes hagan esta distinción o, por otra parte, que de hecho existe la práctica y la prohibición de hablar fuera de lo que toca al asunto, como sucede en el Aerópago (tribunal).¹⁰⁸

Esto significa, en otros términos, que desde entonces se exigía que las partes se concentraran en probar y argumentar sobre los aspectos de la litis únicamente, pues *nada compete al litigante fuera de mostrar que el hecho es o no es así y si aconteció o no aconteció. En cambio, el que sea grande o pequeño, justo o injusto, y todo lo que el*

¹⁰⁶ Retórica, 1359,a, 10-26.

¹⁰⁷ Retórica, 1354,a, 17-19.

¹⁰⁸ Retórica, 1354,a, 21-25.

*legislador ha dejado sin explicitar, eso conviene que lo determine el mismo juez y no que tenga que aprenderlo de las partes.*¹⁰⁹

Con una claridad admirable Aristóteles sostiene que Ley o mejor dicho la codificación es, desde cierto ángulo, un intento por reemplazar el criterio de las partes y, sobretodo, el del juez, o por lo menos desplazarlo o delimitarlo con contornos precisos. De ahí que "... es importante que las leyes que están bien establecidas determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo, y que dejen cuanto menos mejor al arbitrio de los que juzgan".¹¹⁰

Las razones que apoyan la postura de Aristóteles son¹¹¹:

- Que es difícil encontrar personas que tengan buen sentido y que sean capaces de legislar y juzgar.
- Que las leyes son producto de una deliberación prolongada y los juicios surgen de improviso, por lo que es difícil para los jueces determinar adecuadamente lo justo y lo conveniente.
- El legislador se ocupa de lo futuro y lo universal, no de lo particular, mientras que el juez tiene que decidir inmediatamente sobre casos presentes y determinados, *a lo que muchas veces le viene ya unida la simpatía, el odio y la conveniencia propia, de suerte que ya no resulta posible establecer suficientemente la verdad y más bien oscurecen el juicio razones de placer o de pesar.*

Aristóteles concluye sus reflexiones sobre estos puntos afirmando que "... conviene, como decimos, dar autoridad al que juzga sobre las menos cosas posibles; pero sobre si sucedió o no sucedió, o si acontecerá o no acontecerá, o si existe o no existe, de esto es preciso que se hagan cargo los que juzgan, pues no cabe que lo prevea el legislador."¹¹²

¹⁰⁹ Retórica, 1354,a, 28-32.

¹¹⁰ Retórica, 1354,b, 32-35.

¹¹¹ Retórica, 1354,b, 1-12.

¹¹² Retórica, 1354,b, 10-15.

En la parte de su obra donde reflexiona específicamente sobre el género judicial, se aprecia que si bien la finalidad de éste es obviamente la de influir en la audiencia y sobre todo en el juez, de acuerdo con Aristóteles su sustancia o contenido es disertar sobre cómo y en qué circunstancia se puede cometer injusticias, los motivos y situación de quienes cometieron las conductas *injustas* y el estado de las víctimas de éstas.

Esto ha sido criticado, pues más que los fines del género judicial se trata de un análisis del marco de causalidad psicológica y de caracteres y pasiones, y se deja muy poco a la reflexión sobre el sometimiento a la Ley como parámetro de justicia;¹¹³ no obstante que la *injusticia es hacer daño voluntariamente contra la ley*, sea esta manifestada por escrito (ley particular) o expresada a través de la costumbre o dada por un *derecho natural*(ley común).

La idea central de Aristóteles en esta parte de su obra es delimitar a partir de cuántas y cuáles premisas se deben hacer los silogismos concernientes a la acusación o la defensa en juicio (reducidos por lo regular a causas civiles y penales en sentido estricto).

A continuación, siguiendo la obra de Aristóteles¹¹⁴, intentaremos hacer un catálogo abstracto de los aspectos sobre los que se pueden construir argumentos:

- Sobre los motivos personales (vicios, placeres y falta de dominio sobre sí mismo) o las causas externas (el azar, la naturaleza o el hábito) que llevaron a alguien a obrar injustamente o, mejor dicho, a quebrantar la ley.
- Sobre el carácter, la posición o el fin de quien quebrantó la ley, esto a partir de que quienes violan voluntariamente la ley lo hacen conscientes de que sus actos quedarán impunes (como por ejemplo: *los dotados de elocuencia, los hombres de acción, los expertos en muchas clases de debates judiciales, los que tienen muchos amigos y los que son ricos*) o que la pena que recibirán será menor a la ganancia que obtienen (por favores, amistad o corrupción).

¹¹³ Ver Aristóteles, Retórica, cit., nota 250, pp. 254-255.

¹¹⁴ Ver Retórica, Libro I, capítulos 10 a 14.

- Sobre el carácter, la posición o situación de la víctima: por su riqueza, su descuido o exceso de confianza, su vulnerabilidad o desprotección, su falta de instrucción o también de valentía para acudir a juicio, su poca o nula credibilidad ante la justicia, o por el hecho que denunciar la injusticia situaría a la propia víctima en una posición vergonzosa o incómoda.
- Sobre alguno de los criterios que determinan la justicia o injusticia de un hecho: la ley (si permite o prohíbe una conducta); el carácter voluntario o la intencionalidad de los actos de acuerdo con ésta; la equidad en los casos de conductas contrarias a la ley común o no escrita (para Aristóteles la equidad es útil para resolver los casos no previstos por la ley escrita).
- Sobre los aspectos agravantes de las conductas delictivas (modo, tiempo, lugar, circunstancia, incidencia o beneficio) o sobre la magnitud del daño causado.

Después de detallar sobre cada uno de los aspectos del catálogo anterior, Aristóteles hace referencia al uso retórico de las que denominó *pruebas por persuasión no propias del arte*, mismas que son específicas de los recursos judiciales y en número son cinco: las leyes, los testigos, los contratos, las confesiones bajo tortura y los juramentos.

Para cada una de éstas, Aristóteles ofrece una guía práctica de cómo optimizar su uso ya sea que se esté en la posición de parte acusadora o de defensa, por ejemplo, en el caso de que la ley sea contraria al asunto que se defiende, hay que apelar a la ley común, con argumentos de justicia y equidad y, si la ley es favorable, se debe apelar a la idea de que lo mejor es la obediencia irrestricta de la ley.¹¹⁵

En el libro II de la *Retórica* afirma el estagirita que ésta tiene por objeto formar un juicio u opinión en el oyente, de ahí que no sólo la credibilidad del discurso *per se* cuenta, sino

¹¹⁵ Ver *Retórica*, Libro I, capítulo 15.

también la forma en que el orador se presente y la actitud del oyente frente al éste. Esto último es de mayor utilidad tratándose de procesos judiciales.¹¹⁶

Los oradores son persuasivos en mayor medida gracias a la sensatez, la virtud y la benevolencia y dejan de serlo cuando engañan por la falta de alguna o todas ellas. Esto lleva al análisis de cuestiones sumamente variadas y, en nuestra opinión, difíciles de abordar como son: la ira, la calma, el amor, el odio, el temor, la confianza, la vergüenza y la desvergüenza, el favor, la envidia, compasión, la indignación, la envidia y la emulación.

Todos estos temas que Aristóteles aborda con un sentido pragmático, a los que se suman consideraciones sobre la edad (que se divide en juventud, vejez y edad madura) y la fortuna (riqueza, poder y buena suerte), son calificados por él como los elementos subjetivos de la persuasión, las causas que provocan las pasiones, de las que también pueden producirse pruebas persuasivas.

En el mismo Libro II, capítulos 18 a 26, que comentamos, Aristóteles estudia los *lugares comunes* a los tres géneros oratorios, así como las pruebas por persuasión que estos comparten y que ya mencionamos son: el *entimema*, el *ejemplo* y se agregan también las *máximas*.

El Libro III de la *Retórica* es dedicado a los diversos aspectos de la *expresión* "... dado que no basta con saber lo que hay que decir, sino que también es necesario decirlo como se debe, y esto contribuye mucho a que se manifieste de qué clase es el discurso"¹¹⁷. En esta parte se pone de manifiesto la importancia de aspectos tales como el volumen de la voz, el rito, la elegancia y los tipos de expresión escrita u oral.

La parte final del Libro III, capítulos 13 a 19, está destinada a las partes del discurso (exordio, narración, demostración y epílogo) y sus peculiaridades según el género oratorio de que se trate.

¹¹⁶ Retórica, Libro II, 1377, b y ss.

¹¹⁷ Retórica, Libro II, 1403, b, 15-18.

Como puede apreciarse del somero análisis que hemos hecho de la *Retórica*, se trata de un estudio teórico-práctico completo de ésta, lo que explica la enorme influencia que ejerció desde su aparición y aún en la actualidad, y se debe enfatizar también su utilidad pragmática en el ámbito de la retórica forense.

Si bien los aspectos que Aristóteles estudia sobre la retórica forense, podrían ser calificados desde el punto de vista moderno como meta jurídicos o con mayor precisión *meta legales*, van sin embargo dirigidos sobre todo a tocar emotivamente a la audiencia e influir el ánimo del juez al calificar las bases *justas* o *injustas* de la causa. Si bien los criterios aristotélicos podrían parecer por este hecho subjetivos y/o relativos, no por ello dejan de tener importancia e inclusive aplicación práctica en nuestros días.

Antes de finalizar este apartado, hay que enfatizar que la obra de Aristóteles que comentamos, de alguna manera constituye el summum de la evolución retórica previa y trascendió gracias en parte a la traducción y difusión que le dio el propio Cicerón. A la obra de éste se suma la de Quintiliano, con quienes se integra la trilogía retórica que ha dejado sentir su influencia hasta la actualidad.

Es por demás amplia y pareciera a veces interminable la lista de personajes destacados en la antigüedad por su elocuencia y cuyas habilidades abonaron elementos al arte retórico,¹¹⁸ en especial en su aspecto forense, baste mencionar a manera de ejemplo lo que señala Filostrato de Nicetes de Esmirna quien "era un hombre que cuando se ocupaba en asuntos legales parecía ser un abogado mejor que cualquier otro, y del mismo modo cuando se ocupaba de temas sofísticos parecía hacerlo mejor que un sofista, ... adornó el estilo legal con la ampliación sofística y al mismo tiempo reforzó el estilo sofístico con la mordacidad del argumento legal."¹¹⁹

¹¹⁸ Al respecto, véase la obra de Filostrato *Vidas de los Sofistas*, cit., pp. 293 y ss.

¹¹⁹ Filostrato. *Vidas de los Sofistas*, cit., p. 307.

Bulmaro Reyes, con la mención que hace de la obra de Hermágoras¹²⁰, señala a éste como el último integrante del grupo de los llamados autores retóricos preciceronianos (integrado además por Corax y Ticias, Gorgias, Platón, Isócrates y Aristóteles).

De acuerdo con la forma en que intentamos exponer la evolución de la retórica, corresponde ahora hacer algunos comentarios sobre la decadencia de ésta en Grecia y cómo fue que pasó a Roma, en la que también tuvo una etapa de florecimiento notable y, por supuesto, una debacle.

1.4.3. La decadencia de la retórica en Grecia.

La retórica desde sus orígenes está vinculada de tal manera con el ejercicio democrático y la praxis jurídica, que el esplendor de éstos o su opacidad siempre ha impactado a la primera.¹²¹ Varios autores atribuyen el inicio de la decadencia de la retórica a un hecho histórico, que fue el levantamiento y poder hegemónico que ejerció Filipo de Macedonia en el siglo IV a.C., que impactó a la democracia y por ende al uso público de la palabra.¹²²

Alfonso Reyes explica claramente lo acontecido: "Cuando se extinguen las libertades en Atenas, el espíritu de la oratoria se refugia por una parte en los ejercicios escolares, por otra en las conferencias ornamentales y declamatorias... a través de este peligroso paseo por la epidíctica, la prosa literaria logra emanciparse de la servidumbre a que la sujetaban la elocuencia forense y deliberativa..."¹²³

¹²⁰ Bulmaro Reyes comenta que Hermágoras es autor, según el testimonio indirecto de Cicerón, Quintiliano y Fortunaciano, de un sistema de arte retórico dividido en *tesis* e *hipótesis* y que "reclamaba para la retórica el derecho de discutir cuestiones morales y filosóficas de interés general, y excluía cuestiones técnicas que requerían conocimientos especializados sobre un campo científico". Reyes Coria, Bulmaro. Límites de la Retórica Clásica, cit., p. 33.

¹²¹ Alfonso Reyes señala al respecto: "Cuando la democracia se viene abajo, el ejercicio retórico, privado de su nervio, que es el llevar la verdad del aula a la plaza pública y hacerla accesible al no profesional de la ciencia -al votante, podíamos decir-, cae en la corrupción adjetiva y se deshace en atavios exteriores." Reyes, Alfonso. La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica, cit., p. 370.

¹²² López Navía, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xxii. Ver Clarke, M.L. Rhetoric at Rome, cit., p. 6; Reyes, Alfonso. La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica, cit., p. 373.

¹²³ Reyes, Alfonso. La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica, cit., p. 373.

La tiranía y, consecuentemente, la limitación de las libertades cívicas, significaron un brusco freno al desarrollo excepcional que había alcanzado la retórica en Grecia y que la convirtió en un pilar de la política y el derecho, así como en centro del interés pedagógico, evidenciado por la abundancia de las escuelas de enseñanza retórica a cargo de los grandes maestros en el arte de la persuasión.

La decadencia definitiva de la oratoria es atribuida a un personaje político ateniense de finales del siglo IV a.C. de nombre Demetrio, quien también desvinculó la retórica de su práctica efectiva en las asambleas y en los tribunales, orientándola a partir de entonces al debate de temas inventados, con lo cual surge la *declamación*.¹²⁴

Desde otro punto de vista, "La oratoria se divorcio de los asuntos prácticos, se convirtió en un ingrediente elegante más que un arma utilizada en política y en los tribunales."¹²⁵ La concentración forzosa de la retórica en las aulas, dejó también su legado. Evidencia de ello son los tratados de Dionisio de Halicarnaso, Teofrasto y Hermágoras de Temnos, Demetrio, del Pseudo Aristóteles y de Longino, aparecidos sobre todo en el siglo II d.C.¹²⁶

Esta decadencia de la retórica en Grecia se agudizó en los siglos posteriores y en los primeros cuatro de nuestra era, en los que se continuaron cultivando los discursos ficticios desvinculados de la práctica y relacionados más con la narración.¹²⁷

1.4.4. El traslado de la retórica de Grecia a Roma.

Mucho antes de la decadencia de la retórica en Grecia ya había sido divulgada también en Roma, donde se le llegó a considerar como un saber indispensable para la actividad política y la educación de la aristocracia y los gobernantes.¹²⁸ Cabe hacer notar que en

¹²⁴ Ver Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., p. 7.

¹²⁵ Ver *Ibid.*, p. 6.

¹²⁶ Ver. Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, cit., p. 431; ALE, p. 42.

¹²⁷ Ver *Ibid.*, p. 430.

¹²⁸ Elena Beristáin apunta que la retórica "de Sicilia pronto la llevaron a Atenas y de allí a Roma, ya que era un saber indispensable para hacer carrera política, por lo que formaba parte privilegiada de la educación de la aristocracia -de los mejores hombres, los llamados a gobernar, los estadistas- y

Roma existía ya una práctica discursiva de carácter eminentemente práctico, denominada oratoria, de manera que en ese entonces era posible hablar de manera efectiva sin haber estudiado retórica.¹²⁹

No existen evidencias conclusivas del grado de influencia de la retórica griega en la conformación de la retórica romana o de si ésta permaneció en lo general fiel a la tradición oratoria de largo raigambre.¹³⁰ La retórica penetró lentamente en Roma durante el siglo I de nuestra era y fue adoptada finalmente hacia la mitad del siglo II.¹³¹ Si bien la retórica encontró en Roma un "campo de cultivo" propicio para su adopción y desarrollo, esto no significa que haya sido bien recibida en un principio.

Ilustra lo anterior el hecho de que en el año 161 a.C. el senado a través de un decreto facultó al pretor Marco Pomponio a expulsar tanto a los filósofos como a los retóricos, quienes se ejercían públicamente su actividad docente. Luego de su expulsión oficial, los retores regresaron a Roma en calidad de profesores privados.¹³² Ataques similares se siguieron produciendo con posterioridad, esta vez en nombre de la salvaguarda del sistema educativo romano, como lo evidencia un edicto expedido en el año 92 mediante el cual se desaprobaba la nueva forma de enseñanza por ir en contra de la tradición educativa romana.¹³³

Durante la República, además de que es plenamente aceptada la existencia de una práctica de la oratoria en público, hay testimonios de algunos discursos escritos pero se reconoce a Cato el censor como el autor del primer trabajo escrito de un autor romano sobre oratoria,

apuntalaba en gran medida la estamentación de la sociedad." Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 428.

¹²⁹ Clarke, M.L. Rhetoric at Rome, cit., p. 38.

¹³⁰ Ibid., pp. 38 y ss.

¹³¹ La expansión de la retórica hacia Roma fue sin duda impulsada por las traducciones de las obras griegas sobre la materia que realizaron al latín Cicerón y Quintiliano, Reyes Coria, Bulmaro. Límites de la Retórica Clásica, cit., p. 11. pero no cabe duda que fue también la democracia la que alentó su práctica. López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xxiii; ver Clarke, M.L. Rhetoric at Rome, cit., p. xiii.

¹³² Clarke, M.L. Rhetoric at Rome, cit., p. 11.

¹³³ Id.

en su carácter de arte literario.¹³⁴ Resulta conveniente recordar que es común a toda civilización el hecho de que haya existido en la práctica algún tipo de discurso o de comunicación oral con intenciones persuasivos, pero lo que da relevancia a la retórica como disciplina es si existían estudios específicos sobre cómo, a quien y en qué circunstancias es posible persuadir.

Los primeros tratados sobre retórica como son a *Herenio* y el *De la Invención* autoría del entonces joven Cicerón,¹³⁵ habían aparecido probablemente diez años antes que el peculiar edicto.¹³⁶ La tradición retórica latina previa a dichas obras, se vio impulsada por las de otros autores, entre las que se destaca la escrita por Antonio, claramente influenciada por Hermágoras.¹³⁷

Por lo que se refiere en específico a la retórica forense, esta tuvo también su lugar bien ganado en Roma durante la República y el Imperio. El propio Cicerón en su autobiografía en su obra *Bruto*, señala que recibió formación jurídica, además de filosófica e, inclusive, tuvo una participación incipiente ante los tribunales.¹³⁸ Clarke señala que Galba es reconocido como el primero en utilizar una estrategia retórica infalible en sus efectos, pues en una causa criminal personal que consideraba perdida logró ganar el asunto gracias al uso "ante los tribunales de niños llorosos", que eran sus propios hijos.¹³⁹

En el siglo I de nuestra era la actividad ante los tribunales en Roma se incrementó, gracias a la Lex Calpurnia que en el año 149 determinó la creación de un tribunal encargado de resolver las quejas contra los gobernadores de las provincias.¹⁴⁰ Los juicios de entonces representaban cualquier tipo de oportunidad para que los abogados-oradores superficiales

¹³⁴ Ibid., pp. 11 y 39.

¹³⁵ Sobre la manera en cómo se desarrollaba la educación retórica en la época en que Cicerón fue instruido y algunos ejemplos de los ejercicios que se presentaban a los alumnos, muchos de ellos casos jurídicos llamados *controversiae*, ver Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., pp. 15 y ss.

¹³⁶ Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., p. 13.

¹³⁷ Id.

¹³⁸ Ibid., p. 21.

¹³⁹ Ibid., p. 42.

¹⁴⁰ Ibid., p. 44.

y escasos de escrúpulos, ejercieran su actividad y ganaran el aplauso de la concurrencia y de las escuelas retóricas.¹⁴¹

Había por supuesto otro tipo de abogados, cuyo estilo era calificado por Cicerón como más apropiado para el Senado que para los tribunales. Posteriormente, los estoicos también imprimirían su sello en la oratoria Romana, con un estilo directo, guiado por la verdad, sin ornamentos o apelación a emociones.¹⁴² Clarke señala como ejemplo desafortunado del uso de este estilo ante los tribunales, el caso de estoico Rutilio Rufo, quien habiendo sido acusado injustamente por actos de mala administración, se defendió con nada más que la verdad, sin hacer alusión o mover a emoción alguna, lo que determinó como resultado que fuera condenado.¹⁴³

Todavía en la etapa de la República en Roma, a diferencia de Grecia, "... había la inclinación a solicitar la ayuda de personas más elocuentes para que en su nombre defendieran su causa. La *ley Cincia de donis et muneribus* (204 d.C) prohibía el pago a los abogados, de ahí que éstos (*patroni*) fueran financiados a través de apoyo político".¹⁴⁴ No obstante lo anterior, hubo destacadas figuras en el foro, como Craso, Antonio, Flavio, Q. Scevola, Catulo o Filippo.

La importancia de la oratoria forense en Roma es descrita por Clarke¹⁴⁵ en el siguiente pasaje de su obra:

"Las causas penales eran promovidas por particulares, debido a la ausencia de un fiscal estatal, y senadores prominentes fueron procesados no porque hubieran cometido algún delito (aunque a veces si lo hicieron), sino porque su acusador era un enemigo que intentaba desplazarlos de la vida política... Los juicios eran grandes eventos públicos, que se celebraban al aire libre en el foro (de ahí la denominación de oratoria *forense*. Grandes multitudes acudían a presenciar el espectáculo: el pretor y el jurado apostados en el tribunal, los oradores expresando sus discursos, el defensor aristocrático ataviado de luto y los acusados junto a su familia, los consultores (*advocati*) y seguidores.

¹⁴¹ Ibid., p. 45.

¹⁴² Id.

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ Ibid., p. x.

¹⁴⁵ Ibid., p. xi.

Para el público un juicio era una obra teatral y los oradores estaban muy al tanto de esta dimensión: ellos actuaban para la audiencia con apelaciones directas al círculo de los observantes (corona) que rodeaban la corte... La oratoria forense desempeñaba, por lo tanto, un rol cultural y político. Los discursos exitosos eran escritos y distribuidos después del juicio, no sólo como vehículos para promover el punto de vista político del orador, sino también como modelos para la imitación y el regocijo".¹⁴⁶

Durante la etapa de la República en Roma, se perfilaron las cualidades del arte retórico que, como veremos, no niegan su ascendencia griega y, en especial, aristotélica. Los autores y obras más significativas que aparecieron en ese periodo fueron: Retórica a Herenio, atribuida por unos a Cornificio, pero hay quienes la consideran como de autor anónimo; De la Invención, Partición Oratoria, Acerca del Orador, Bruto, Del Género Supremo de los Oradores y Tópica, todas ellas escritas por Cicerón en diversas etapas de su vida.

Siguiendo a Clarke en su estudio de la Retórica a Herenio,¹⁴⁷ dicho arte era dividida de acuerdo con los tres diferentes tipos ya conocidos de oratoria: la forense o judicial, la deliberativa y la epidíctica. Enseguida abordaremos lo concerniente a la oratoria forense exclusivamente.

La labor del orador se manifestaba a través de las cinco partes de la retórica, que ya explicamos en uno de los apartados iniciales de la presente investigación, a saber, *inventio, dispositio, elocutio, memoria y actio o pronuntiatio*.

El discurso es descompuesto en varias *partes orationis* que son el exordium (la introducción o planteamiento inicial), la narratio (presentación de los hechos), la divisio o partitio (el punto que el orador se propone probar), la confirmatio (desarrollo de argumentos), la confutatio (la refutación de los argumentos de la contraparte) y, finalmente, la conclusio (peroración). A cada una de estas partes corresponden a su vez subdivisiones y consideraciones propias a cada una de las mismas.

¹⁴⁶ Id.

¹⁴⁷ Ibid., pp. 23-37.

En la oratoria forense resulta de gran relevancia la *confirmatio*, dentro de la cual tiene lugar el *status* o *constitutio*, es decir, el tipo de pregunta derivada del conflicto, que puede referirse a la existencia misma de la acción o hecho (*constitutio coniecturalis*), a la interpretación de la ley (*constitutio legitima*) y a si admitidos los hechos éstos están o no justificados (*constitutio iuridicialis*).¹⁴⁸ La *inventio* se aplica también a cada uno de estas *constitutiones* derivándose en cada caso diversos tipos de argumentos.¹⁴⁹

Aquí destacaremos los argumentos producidos en torno a la *constitutio legitima*, que pueden ser de seis tipos: 1) Sobre el contraste entre la letra y el sentido de la ley, 2) la contradicción normativa; 3) la ambigüedad; 4) la definición; 5) la transferencia (la competencia de un tribunal u otro) y 6) la inferencia, en los casos donde no hay ley exactamente aplicable al caso.

Por lo que se refiere a la argumentación, en su más completa y perfecta forma se dice que debe constar de cinco partes: *propositio*, *ratio*, *confirmatio* (pruebas), *exornatio* (embellecimiento) y *complexio* (resumen).¹⁵⁰

Los Romanos siguiendo el ejemplo griego, también imprimieron un carácter técnico sumamente depurado a cada uno de los géneros retóricos. En la etapa de la República, *de todos los oradores romanos ninguno dedicó tanto pensamiento y estudio a la oratoria como Cicerón*.¹⁵¹ En Cicerón¹⁵² se amalgaman de manera notable teoría y práctica, especialmente forense.

En las obras de Cicerón han dejado su huella indeleble las ideas de autores como Aristóteles y Hermágoras, esto ha sido a tal grado que tratándose, por ejemplo, de la retórica forense o judicial (pues acepta los tres géneros retóricos), los temas abordados

¹⁴⁸ Ver *Ibid.*, pp. 26-27.

¹⁴⁹ Ver *Ibid.*, pp. 27-30.

¹⁵⁰ Ver *Ibid.*, p. 30.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 62

¹⁵² Sobre la obra retórica y la influencia del pensamiento ciceroniano, ver Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., pp. 50-84; Reyes, Alfonso. *La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica*, cit., pp. 403-440; Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., pp. 39-55; así como también las diversas introducciones a las obras de Cicerón traducidas al castellano.

recuerdan inmediatamente las categorías ofrecidas por Aristóteles, aunque con alguna alteración en sus denominaciones. Para Cicerón la retórica es en su naturaleza *elocuencia*, pero más que eso una *elocuencia artificiosa* cuyo objeto es persuadir a través del bien decir.¹⁵³ Como actividad, la retórica puede ser usada para el bien o para el mal.

El factor determinante de que la retórica se use para uno u otro fin, es la presencia o la falta de sabiduría. Ésta es *el fundamento no sólo de la retórica sino aun de la vida...*¹⁵⁴ Los faltos de sabiduría y enemigos de la verdad pueden llegar en efecto a ser elocuentes, pero la retórica debe dirigirse a las causas justas y ser un medio para combatir el mal.¹⁵⁵

Con estas consideraciones queda en evidencia que Cicerón se alinea con aquellos que dan a la retórica no un carácter exclusivamente técnico, sino que le asignan un fin ético de hacer el bien sobre la base de la verdad. El siguiente fragmento obtenido de la obra *De inventione* ejemplifica lo anterior:

"... hay que estudiar la elocuencia, aunque algunos abusan de ella tanto en privado como en público; pero ciertamente con más ahínco por esto: porque los malos no puedan muchísimo con gran detrimento de los buenos y ruina común de todos, en especial cuando esto es lo único que máximamente concierne a todas las cosas, las públicas y las privadas: por esto se hace segura la vida; por esto, honesta; por esto, brillante; por esto mismo, jocunda".¹⁵⁶

De las múltiples obras escritas por Cicerón¹⁵⁷ relativas a la retórica, las de carácter eminentemente técnico son *De la Invención*, *Partición Oratoria* y *Tópica*, las dos primeras escritas en forma de diálogo. Entre éstas, la *Partición Oratoria* ha sido considerada como el *catequismo* de la disciplina. Cabe destacar, para finalizar estos brevísimos comentarios

¹⁵³ Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., p. 39

¹⁵⁴ Id.

¹⁵⁵ Ver Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., p. 40.

¹⁵⁶ Cicerón. *De la Invención Retórica*, Tr. Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 1997, p. 4.

¹⁵⁷ La Universidad Nacional Autónoma de México las ha publicado traducidas al castellano. Al respecto pueden consultarse: *Acerca del Orador*, Tomo I, Versión de Amparo Gaos Schmidt, México, UNAM, 1995; *Acerca del Orador*, Tomo II, Versión de Amparo Gaos Schmidt, México, UNAM, 1995; *De la Invención de la Retórica*, Versión de Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 1997; *El Modelo Supremo de los Oradores*, introducción, traducción y notas de José Quiñones Melgoza, México, UNAM, 2000; *El Orador Perfecto*, versión de Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 1999; *De la Partición Oratoria*, versión de Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 2000; así como también Reyes Coria, Bulmaro. *Arte de Convencer, Lecciones Ciceronianas de Oratoria*, México, UNAM, 1998.

sobre la vasta obra de Cicerón, que el ejercicio de la abogacía hizo posible que en su obra *La Invención* abundaran la referencia a casos y situaciones que ejemplificaran los aspectos de la retórica forense que iba tratando, en ese sentido supera a la obra de Aristóteles.

La etapa Imperial que siguió a la República tendría como puede anticiparse un efecto negativo en el ejercicio de la práctica retórica,¹⁵⁸ así como en su enseñanza¹⁵⁹. Durante el Imperio la oratoria política y la forense se vieron limitadas, en virtud de que el emperador mantenía una estrecha vigilancia sobre la conducta de los magistrados; los juicios penales sobresalientes (ahora desarrollados frente al Senado o el emperador mismo) se convirtieron en eventos rara vez vistos. Por tal motivo, los abogados tuvieron que contentarse con defender causas civiles en las que se impusieron restricciones en cuanto a la duración de los discursos y al número de participantes.¹⁶⁰

Los únicos juicios de carácter político eran aquellos por traición (*maiestas*), que era una acusación que significaba conspiración contra el emperador: la ley de *maiestas* daba la oportunidad para que los delatores sin escrúpulos hicieran verdaderas carreras y fortunas a expensas de sus víctimas más prominentes. La retórica se vio empobrecida ante la actuación de tales personajes.¹⁶¹ No obstante lo anterior, a nivel local la oratoria seguía siendo considerada como un arma apreciada: en los tribunales y en las asambleas a través del Imperio, así, fortunas y reputaciones eran ganadas y perdidas.¹⁶²

¹⁵⁸ "Respondiendo a los mismos condicionantes histórico-políticos que habían concurrido en la pérdida de las libertades en Atenas, la dictadura de Julio César trae consigo el confinamiento de la oratoria a los centros de enseñanza, en los cuales se aprende a manejar las habilidades retóricas como un síntoma de distinción, cultura, buen gusto y prestigio social." López Navia, Santiago A (editor). *El Arte de Hablar Bien y Convencer*, cit., p. xxiii

¹⁵⁹ "La enseñanza de la retórica en la época imperial consistía en la memorización y aplicación práctica de los recursos teóricos a través de ejercicios preparatorios denominados *progymnasmata* y de las denominadas *declamaciones*, que requerían que el alumno se pusiera en una situación imaginaria, bien pensando como peroraría ante un avatar imprevisto o bien inspirándose en la historia antigua o en la tradición mitológica" López Navia, Santiago A (editor). *El Arte de Hablar Bien y Convencer*, cit., p. xxiv

¹⁶⁰ Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., p. xi-xii.

¹⁶¹ Ver *Ibid.*, p. xii.

¹⁶² *Id.*; ver también p. xii y 100 y ss.

La decadencia de la oratoria no pasó desapercibida por los autores de ese tiempo, entre los que se encuentran Tácito en su *Diálogo sobre los Oradores*¹⁶³; Quintiliano y su *Institución Oratoria*¹⁶⁴; y Séneca en su obra *Controversia*. Este último atribuyó tal decadencia a tres factores, el lujo de la época (que junto a las influencias despóticas afectó la moral), la falta de incentivos (es escenario socio-político proporcionado por la República se tornó en una sociedad callada y ordenada durante el imperio), y una especie de ley natural de que a todo gran florecimiento corresponde una decadencia.¹⁶⁵

Es posible agregar un cuarto factor que es el sistema educativo deficiente que entonces prevalecía, mientras durante la República la práctica en los tribunales nutría el aula con casos prácticos y discursos forenses, en el Imperio sucedió exactamente lo contrario, de manera que aquello que artificiosamente se producía en el aula se llevaba luego a los tribunales, que se mostraron por su parte propensos a preferir los argumentos fáciles y atractivos.¹⁶⁶

Si bien el vigor de la retórica forense se vio atenuado durante el Imperio, sin embargo su corazón seguía aún latiendo, como lo demuestra la aparición de otra de las grandes obras sobre el tema que han llegado a nuestros días, nos referimos a la *Institución Oratoria* de Marco Fabio Quintiliano¹⁶⁷ aparecida entre el año 93 a 96 d.C. Dicha obra posee un carácter pedagógico muy marcado, que evidencia tres aspectos o perspectivas desde las que podía estudiarse la retórica: como práctica, como teoría y como enseñanza.

Para Quintiliano la retórica es la *ciencia del bien decir*, sólo puede ser orador el hombre de bien, que además debe ser instruido en diversas disciplinas.¹⁶⁸ Quintiliano se ocupa

¹⁶³ Tácito, *Diálogo sobre los Oradores*, Versión de Roberto Heredia, México, UNAM, 1987.

¹⁶⁴ Quintiliano, Marco Fabio. *Institución Oratoria*, Tr. Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999.

¹⁶⁵ Ver Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., pp. 102-104.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 104

¹⁶⁷ Sobre esta obra y en general la influencia de Quintiliano, ver Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., pp. 109-129; Reyes, Alfonso. *La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica*, cit., pp. 441-558; Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., pp. 55-68; así como el prólogo de Roberto Heredia Correa a la obra de Quintiliano, *Institución Oratoria*, Tr. Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, pp. 13-23.

¹⁶⁸ Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., p. 63.

por supuesto de los tres géneros oratorios (pero su obra está empapada de retórica forense), y de todo aquello que en su concepto es necesario para la formación del orador - cuya instrucción debe partir desde la niñez-, puesto que ello forma parte de la oratoria;¹⁶⁹ dicho autor encabeza el grupo de los impulsores post ciceronianos de la retórica, a él se suman otros muchos contemporáneos y sucedáneos que tuvieron presencia en la etapa del Imperio.¹⁷⁰

Destaca un periodo de extraño destello de la retórica que es la etapa de los emperadores Antoninos (año 96 a 196),¹⁷¹ que coincide con la segunda sofística inspirada por la orientación filohelénica de emperadores de la talla de Adriano, Antonio Pío o Marco Aurelio...¹⁷² Fue una época dorada de la retórica donde aquellos que cultivaban el arte, griegos y romanos, fueron altamente considerados y premiados en honor, importancia y riqueza.

José Riaño¹⁷³ explica este periodo en el siguiente pasaje:

"Los honorarios eran una pequeña parte de sus ganancias. Vespaciano fundó una cátedra de retórica en Roma, y Adriano y Antonino dotaron de profesores regios de retórica y filosofía a varias ciudades provinciales. En Atenas, y más tarde en Constantinopla, había cátedras imperiales, y los profesores gozaban de cierta inmunidad y exenciones que después estuvieron reservadas al clero. La profesión fue definitivamente organizada por Marco Aurelio, que señaló una cátedra oficial para la retórica y otra para la oratoria política, y como norma hacía él mismo el nombramiento sobre una lista de candidatos."

El único autor latino de teoría retórica a que se hace referencia en ese tiempo es Fronto,¹⁷⁴ quien elevó la elocuencia al carácter de función necesaria del ejercicio Imperial, pero la encaminó a agrandar más que a persuadir.

¹⁶⁹ Ibid., p. 64.

¹⁷⁰ De estos sólo mencionaremos sus nombres, sin que ello signifique demeritar el significado de sus aportaciones a pesar de ser calificados como retóricos latinos menores: Cayo Quirio Fortunaciano, Aurelio Agustín, Quinto Fabio Laurencio Victorino, Sulpicio Víctor, Julio Severiano, Cayo Julio Víctor, Grilio, Marciano Capella, Boecio, Casiodoro, Isidoro y Albino Flaco. Ver Reyes Coria, Bulmaro. Límites de la Retórica Clásica, cit., pp. 69-111; ver Clarke, M.L. Rhetoric at Rome, cit., pp. 139-147.

¹⁷¹ Ver Clarke, M.L. Rhetoric at Rome, cit., pp. 130-138.

¹⁷² López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xxiv

¹⁷³ Introducción a la obra Filostrato. Vidas de los Sofistas, cit., p. 287.

Las etapas por las que transcurrió la retórica en Grecia y en Roma, desde el siglo V a.C. hasta los primeros de nuestra era, integran en conjunto un importante periodo en la evolución que presentamos, mismo que puede ser calificado como la retórica antigua, pero también clásica. Es un periodo de casi nueve siglos que conformaron el manantial del que abreviarían muchos en los siglos siguientes hasta nuestros días, con mayor o menor regularidad, en grandes o pequeñas proporciones, para bien o para mal.

Bulmaro Reyes condensa el significado y alcances de la retórica antigua en los siguientes términos: "Así pues, la retórica antigua, llámese ciencia, arte, disciplina, facultad, doctrina o virtud, es un conglomerado de normas artificiales, producto de observar el uso del lenguaje, que tiene por objeto la preparación de un discurso, cuyo objetivo, finalmente, es persuadir acerca de una materia dada en cuestiones civiles."¹⁷⁵

En los primeros siglos de nuestra era la retórica se convirtió en "... el instrumento ideológico autoritario y ampuloso de la decadente Roma imperial por un lado, y por otro en la herramienta de la catequesis y la liturgia del cristianismo en ascenso".¹⁷⁶ Así *la retórica del púlpito tomó el lugar de los declamadores. El Cristianismo fue fatal para la sofística.*¹⁷⁷

1.4.5. El desarrollo y difusión de la retórica entre los siglos IV a XVI de nuestra era.

En el siglo IV la influencia grecolatina dejó sentir su influencia en la obra de San Agustín, cuya *De doctrina* posee antecedentes en los trabajos sobre retórica de Platón, Aristóteles y Cicerón, "iniciando así la tendencia - que duró toda la Edad Media- a hacer una lectura cristiana de los textos paganos; lectura que se vierte en el lenguaje teológico latino que sirve al mantenimiento del orden eclesiástico y que ayuda a retardar la disgregación política del imperio".¹⁷⁸

¹⁷⁴ Ver Clarke, M.L. *Rhetoric at Rome*, cit., pp. 131 y ss.

¹⁷⁵ Reyes Coría, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, cit., p. 115.

¹⁷⁶ Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, cit., p. 430.

¹⁷⁷ Introducción de José Riaño a la obra *Filostrato. Vidas de los Sofistas*, cit., p. 289.

¹⁷⁸ Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, cit., p. 431.

En el mismo sentido, López Navia expresa que "... la retórica acabará sufriendo una lógica conversión a lo divino al servicio de la predicación de la fe cristiana, dirigida preferentemente a los hombres habida cuenta de la escasa presencia de las mujeres en los discursos evangelizadores pronunciados en público."¹⁷⁹ En opinión de este mismo autor, la retórica no perdió su sesgo político, tampoco su empleo en el ámbito jurídico.¹⁸⁰

Entre las siete artes liberales que Marciano Capella transmitió a la Edad Media en su obra alegórica *Sobre las bodas de Filología y Mercurio*, se encuentra por supuesto la Retórica.¹⁸¹ En el siglo VI, dicha artes se institucionalizan como enseñanza oficial en la educación cristiana en el *Septennium*, pues se consideró que estaban inscritas en la palabra divina a través de las Sagradas Escrituras.¹⁸² Así, mientras en el antiguo Imperio de Oriente la retórica conserva su independencia, autonomía y prestigio, en el Imperio de Occidente comenzó a supeditarse a la gramática,¹⁸³ es precisamente durante la Edad Media,¹⁸⁴ que la retórica por cerca de diez siglos juega un papel didáctico en la formación teológica.¹⁸⁵

Entre el siglo IV y el XII la retórica es "... orientada a satisfacer las necesidades del cristianismo a través de la homilía que se desarrolla sobre la pauta de la liturgia judía, y que se basa también en los textos de la Biblia y de los *Evangelios*".¹⁸⁶ Esta opinión se apoya en las obras de los enciclopedistas como Casiodoro, Isidoro, Alcuino y Rabano Mauro, y también los autores de la patrística en el siglo IV, como: San Ambrosio, San Basilio, San Jerónimo y San Juan Crisóstomo.

¹⁷⁹ López Navia, Santiago A (editor). *El Arte de Hablar Bien y Convencer*, cit., p. xxv

¹⁸⁰ Id.

¹⁸¹ El resto de dichas artes son la gramática, dialéctica, geometría, aritmética, astronomía y música, López Eire, Antonio. *Esencia y Objeto de la Retórica*, cit., p. 55.

¹⁸² López Eire, Antonio. *Esencia y Objeto de la Retórica*, cit., p. 55.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 57.

¹⁸⁴ Sobre el cambio que operó en la retórica durante la Edad Media y el Renacimiento, ver Gómez Alonso, Juan Carlos. *Adaptaciones de la Retórica Eclesiástica: Fray Luis de Granada y Fray Diego de Valdés*, en Arribas Rebollo, et. al. *Temas de Retórica Hispana Renacentista*, México, UNAM, 2000, pp. 89-109.

¹⁸⁵ Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, cit., p. 431.

¹⁸⁶ Id.

En el siglo XI surgen diversas gramáticas preceptivas o *ars poetriae* que se proyectan en los siglos XII y XIII. Éstas tienen como finalidad enseñar a elaborar versos y poseen reflexiones sobre la *dispositio* y la *elocutio*. En esa época resurge el género epistolar o *ars dictaminis*, originado en el siglo IV en Roma, cuyo objeto era establecer reglas y modelos de mensajes escritos; a este respecto sobresalen las obras *Dictaminum radii* y *Breviarium de Dictamine* del monje Alberico del monasterio de Montecasinio.¹⁸⁷

De esta forma, las artes epistolar,¹⁸⁸ poético y de explicación y comentario de textos bíblicos, en pocas palabras, carta, poesía o sermón, fueron los caminos por los que transitó la retórica en los siglos mencionados.¹⁸⁹ Helena Beristáin¹⁹⁰ apunta que en el siglo XIV se observa marcadamente la decadencia de la retórica iniciada a partir del siglo XI y, tomando como ejemplo a España, señala dos fenómenos que contribuyeron a esto, que son: 1) el hecho de que la apologética cristiana utilizada para la conversión de infieles a la religión oficial cesó *debido a la ausencia de juego democrático en la vida política* y 2) el abandono de la tradición romana en los litigios, que se desarrollan a partir de la interpretación de textos leídos y no recitados. De igual forma, en la universidad de París sorprendentemente es eliminada la enseñanza de la retórica.

La retórica desde Quintiliano había reafirmado dos de sus perfiles muy marcados, el de moralidad y el formativo o pedagógico, que se mantuvieron hasta y durante la edad media la Edad Media.¹⁹¹ De hecho, como disciplina escolar siguió vigente en muchos lugares hasta el siglo XVIII, con un uso variado.

En el primer cuarto del siglo XV son descubiertos ejemplares de dos obras clásicas sobre la retórica: las *Institutio Oratoria* de Quintiliano y *De Oratore* de Cicerón, los que "... ofrecen a los europeos una visión más distante del pragmatismo, de la técnica y de la

¹⁸⁷ Ibid., p. 432; López Eire, Antonio. Esencia y Objeto de la Retórica, cit., pp. 57-58.

¹⁸⁸ Ver Trueba Lawand, Jamile. Aproximación a la Retórica Epistolar de Fines del Siglo XV: El *Ars Conficiendi Epistolas* de Jacobo Publicio, en Arribas Rebollo, et. al. *Temas de Retórica Hispana Renacentista*, México, UNAM, 2000, pp. 9-21.

¹⁸⁹ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 433.

¹⁹⁰ Ibid., p. 432.

¹⁹¹ López Eire, Antonio. Esencia y Objeto de la Retórica, cit., p. 53

gramática que la que se tenía a la sazón,..., y ello aproxima otra vez a esta disciplina [la retórica], como en la antigüedad clásica, a la filosofía, la política, la literatura y la pedagogía.”¹⁹²

El Renacimiento marco un momento importante en la difusión de la retórica, pues "es el momento a partir del cual comienzan a escribirse y publicarse tratados de oratoria originalmente redactados en lenguas modernas, superada ya la exclusividad del latín como idioma de formalización del saber".¹⁹³ El nuevo repunte de la retórica, la hace abandonar el estrecho lugar que había ocupado entre la gramática y la dialéctica durante la Edad Media.

La difusión de la retórica se vio apoyada en los siglos XV a XVII gracias a la compilación de las obras de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano, así como la aparición de las obras de Juan Luis Vives sobre el tema en 1532. Asimismo, por virtud de la imprenta, se dio la proliferación de tratados de retórica en diversos idiomas, que situaron a esta disciplina por encima de la gramática y de la lógica formal.¹⁹⁴ Entre otros idiomas, se publicaron obras en latín, italiano, francés, español, griego, inglés, alemán, polaco, bohemio (o checo), holandés, danés, sueco, galés.¹⁹⁵

Todavía en el siglo XVII, la retórica ocupaba un lugar importante en las universidades, "en el Renacimiento y el Barroco la retórica clásica se enriqueció con la conquista de nuevos dominios como el de la poetología, la hermenéutica teológica y la estética,"¹⁹⁶ pero se avecinaban tiempos de tormenta originados por el sólido despegue científico iniciado en ese mismo siglo.

¹⁹² Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 434. Ver López Eire p. 53, 58-59.

¹⁹³ López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xxv.

¹⁹⁴ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 435.

¹⁹⁵ Ver López Eire, Antonio. Esencia y Objeto de la Retórica, cit., p. 60.

¹⁹⁶ Ver Ibid., p. 62

1.4.6. El ataque y decadencia de la retórica a partir del siglo XVII.

La retórica como disciplina no ha estado durante su evolución exenta de ataques y críticas, que han cuestionado su utilidad, importancia y campo de acción. El inicio del método científico moderno cuyos precursores fueron Copérnico, Bacon, Kepler, Galileo, Descartes y Newton, significó una etapa de duros embates contra la retórica desde la filosofía de la ciencia.¹⁹⁷

Aristóteles había dejado en claro que la retórica era muy distinta y no pertenecía al terreno de la demostración de relaciones de causalidad, sino al de lo verosímil, lo plausible o lo controvertible, pero en el siglo XVII la enorme influencia del método científico como única forma fiable de demostración desbordó indebidamente sus fronteras y provocó que la retórica fuera considerada como poco confiable y hasta engañosa, inclusive relacionada con la corrupción política.¹⁹⁸

Perelman señala que esto había ocurrido también en la antigüedad, en el período postciceroniano "... cuando la retórica, por las razones políticas que tan acertadamente analizara Tácito en su *Diálogo de Oradores*, empezó a perder su dimensión filosófica y dialéctica, reduciéndose paulatinamente a un redundante ornamento; en otros términos, la retórica aristotélica se vió reducida al libro III, mientras que los otros dos primeros iban siendo relegados".¹⁹⁹

Lopez Eire afirma que en el siglo XVII la retórica es una disciplina que genera desconfianza pues "... tan mal uso de ella se estaba haciendo por parte de individuos desaprensivos que, fundamentalmente desde el púlpito, venían practicando una retórica ducha en toda suerte de engaños, sofismas y supercherías".²⁰⁰

¹⁹⁷ Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, cit., p. 435. Ver López Eire, Antonio. *Esencia y Objeto de la Retórica*, cit., pp. 63 y ss.

¹⁹⁸ Ver Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, cit., p. 436.

¹⁹⁹ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación*. *La Nueva Retórica*, cit., p. 9.

²⁰⁰ López Eire, Antonio. *Esencia y Objeto de la Retórica*, cit., p. 67.

En el siglo XVIII se observa una fusión de la retórica y la poética y nace un proceso de literatización de la primera. Autores como Giambattista Vico, en su obra *Scienza Nuova* aparecida en 1725, influyeron en la crítica a la retórica considerada en ese entonces como “un conjunto de estrategias de seducción utilizado por políticos y abogados”.²⁰¹

Por lo que se refiere al ámbito jurídico, no debemos dejar de mencionar que el siglo XVIII es precisamente el periodo de gestación y luego apogeo en Francia, y en general en el continente europeo, de la escuela de interpretación y aplicación judicial del derecho denominada *exégesis*. Esta determinó que la retórica forense, que no se encontraba precisamente entonces en su apogeo, se viera severamente constreñida a ser un reflejo del exacerbado formalismo jurídico de la época.

Asimismo, dicho periodo coincide con la génesis del paradigma del razonamiento judicial, que se intentó por medios legales ajustar al de tipo formal de carácter matemático, esto es, que no escapó a la invasión del modelo de pensamiento demostrativo/científico de la época. Esta es una etapa que merece un análisis más profundo que llevaremos a cabo en otra parte de la presente investigación.

Por otra parte, la presencia de la retórica en la educación, mostró sus frutos en el discurso democrático surgido de los movimientos revolucionarios de la segunda mitad del siglo XIX, que vivificó el discurso deliberativo.²⁰² Así, en los siglos XVIII y XIX la retórica, en franca decadencia, se reduce a una teoría del estilo, pero en el siglo XX le dan un nuevo impulso las concepciones filosóficas centradas en el lenguaje y la comunicación.²⁰³

1.4.7. El repunte de la retórica en el siglo XX.

El siglo XX ha sido sin duda el escenario de la revitalización del interés por la retórica, al respecto, se ha señalado que "... después de un siglo de progresivo descrédito, la retórica ha sido reconsiderada recientemente, en su relación con el discurso moderno y con la

²⁰¹ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 437. López Eire, Antonio. Esencia y Objeto de la Retórica, cit., p.74

²⁰² López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xxvii

²⁰³ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 437.

literatura, a partir de reflexiones propiciadas por el poderoso desarrollo de la ciencia lingüística en este siglo [se refiere al siglo XX]".²⁰⁴ En el siglo XX abundaron los estudios sobre retórica en el ámbito literario, entre los que se encuentran los estudios de E. R. Curtius sobre los lugares comunes recurrentes en la literatura occidental y el *Manual de retórica literaria* y los *Elementos de retórica literaria* de H. Lausberg, aparecidos en 1955, 1960 y 1963, respectivamente.²⁰⁵

En el siglo pasado, la argumentación racional demostró ser uno de los medios retóricos de persuasión más efectivos; López Eire lo pone en términos sencillos: "se puede argumentar racionalmente para la ciencia y se puede argumentar racionalmente para que los ciudadanos no derrochen el agua cuando se duchen".²⁰⁶ Durante el siglo XX, parece que se ha acentuado el papel de la retórica como habilidad comunicativa en diverso ámbitos más que como disciplina académica. López Navia afirma que en el ámbito jurídico "ha ido perfeccionándose al compás de las necesidades persuasivas inherentes a la presencia de los jurados, que ha condicionado que las partes intervinientes desplieguen recursos retóricos elaborados y no pocas veces efectistas, sublimados con frecuencia de la mano del cine".²⁰⁷

No se deben dejar de mencionar los impactos del ejercicio retórico que ha acompañado a los movimientos sociales, y también, desafortunadamente, en el apoyo de gobiernos totalitarios. "El discurso totalitario ha ejemplificado mejor que ningún otro, lamentablemente, el poder psicagógico, conductor de almas, de la palabra... La oratoria electrificante del nacionalsocialismo hitleriano concede a la palabra hablada un poder a un tiempo-paradójica y peligrosamente- vivificador y aniquilador, impulsado por el Führer, no por casualidad llamado *La Voz* por los ideólogos y comunicólogos del régimen."²⁰⁸

²⁰⁴ Ibid., p. 439; ver López Eire, Antonio. *Esencia y Objeto de la Retórica*, cit., pp. 78 y ss.

²⁰⁵ Beristáin Díaz, Helena. *Diccionario de Retórica y Poética*, cit., p. 439.

²⁰⁶ López Eire, Antonio. *Esencia y Objeto de la Retórica*, cit., p. 67.

²⁰⁷ López Navia, Santiago A (editor). *El Arte de Hablar Bien y Convencer*, cit., p. xxvii

²⁰⁸ Ibid., p. xxix.

En la actualidad, se aprecia un notable contacto entre diversas disciplinas filosóficas (epistemología, filosofía analítica, filosofía de la ciencia, hermenéutica) y la retórica, en lo que se ha denominado la *Nueva retórica* centrada en la comunicación y el lenguaje como factor social.²⁰⁹ López Eire afirma "el conocimiento se produce por interacción social, la *verdad* se va generando siempre de nuevo en cada época, según las circunstancias históricas, a través de procesos intersubjetivos, y por ello el criterio constitutivo de la realidad es el consenso, que se obtiene por la argumentación persuasiva, o sea por la retórica."²¹⁰

Helena Beristáin por su parte opina que "la verdad filosófica es inseparable del camino que a ella conduce", el cual no es otra cosa que un ejercicio retórico.²¹¹ Desde otro ángulo "la retórica resulta una especie de lingüística pragmática, ya que se ocupa del texto relacionado con emisor, receptores, situación de comunicación (que comprende modo, tiempo, lugar, forma, contenido, intención, concepciones, suposiciones y creencias comunes a emisor y receptores e interacción), durante un proceso de simbiosis que el de confección del texto (la dispositio).²¹²

El connotado teórico del lenguaje Wittgenstein "afirma que el propósito fundamental del uso que él hacía del lenguaje, por muy filosófico que fuese, era el de la persuasión, el de hacer cambiar de opinión al prójimo".²¹³ Sin duda, los estudios más notables que han determinado la concepción actual de la retórica y su íntima relación con diversas disciplinas, han aparecido en la segunda mitad del siglo XX.

²⁰⁹ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 439. "El auge de los medios de comunicación de masas y de la vida democrática en un creciente número de países explican los esfuerzos que se están realizando en la segunda mitad de este siglo desde múltiples direcciones para rehabilitar la retórica clásica como arte de persuasión, porque [en las sociedades contemporáneas, los métodos para obtener la adhesión vuelven a tener una gran actualidad; diríamos más, la tienen en un grado superior a ninguna etapa anterior de la historia]." Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica, cit., p. 10.

²¹⁰ López Eire, Antonio. Esencia y Objeto de la Retórica, cit., p. 89.

²¹¹ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 439

²¹² Ibid., p. 440.

²¹³ Citado por López Eire, Antonio. Esencia y Objeto de la Retórica, cit., p. 93.

Entre los autores que han intentado revitalizar el estudio de la retórica en general y en específico su función en el ámbito jurídico es Chaim Perelman, de cuyas obras destaca su *Tratado de la Argumentación*; desde nuestro punto de vista esta obra marca el renacimiento más reciente de la retórica en el sentido clásico que los autores antiguos le imprimieron. Al trabajo de Perelman, que puede afirmarse se ocupa de no otra cosa que la *inventio*, se suman como un esfuerzo moderno la obra *Rhétorique Générale* del "Grupo μ " de la Universidad de Lieja, enfocada al estilo o *elocutio* y también la propuesta de Retórica General Textual del español García Berrio que abarca la *inventio*, *dispositio* y *elocutio*.²¹⁴

No se deben dejar de mencionar las obras de Habermas y de Lhuman, que desde el ángulo de la teoría de la comunicación también comparten ámbitos con la retórica.

Como comentario final de la apresurada evolución general que hemos presentado, podemos señalar que en la actualidad, la retórica no sólo se relaciona íntimamente con la filosofía, el derecho, la literatura, las ciencias sociales y políticas y la ciencia de la comunicación, las cuales a su vez devuelven algo de lo que deben a la retórica haciéndola a su vez parte de su campo de estudio.²¹⁵

1.5. Algunos comentarios sobre el desarrollo de la retórica en México.

En México, se aprecia una presencia del ejercicio retórico a partir de la Conquista,²¹⁶ disciplina que fue utilizada sobre todo en la enseñanza religiosa. En la etapa de la colonia, los frailes franciscanos la utilizaron para llevar a cabo su misión evangelizadora,

²¹⁴ Ibid., pp. 123 y 137-138.

²¹⁵ Santiago López Eire resume el aspecto multidimensional que la retórica desde el punto de vista de su evolución: "... hemos visto como en sus orígenes la retórica nace provista de dimensión socio-política con Córax y Tisias, y hemos visto cómo la retórica que se empezó a enseñar en la Atenas del siglo V a.C., era filosófica en manos de Protágoras y Gorgias, y se volvió pedagógica y escolar, y cómo, al ser una disciplina pragmática que servía de sobremana para hacer política y para ganar procesos, por el hecho de operar no sólo con medios, sino también con fines, no tuvo más remedio que tomar las dimensiones éticas y estéticas." López Eire, Antonio. *Esencia y Objeto de la Retórica*, cit., p. 111.

²¹⁶ Ver Ramírez Vidal Gerardo. *Retórica y Colonialismo en las Crónicas de la Conquista*, en Arribas Rebollo, et. al. *Temas de Retórica Hispana Renacentista*, México, UNAM, 2000, pp. 69-88.

testimonio de lo cual es la obra *Retórica Cristiana* de Fray Diego de Valadés que fue publicada en 1579.²¹⁷

La retórica como disciplina curricular en la Universidad, se proyecta en sentidos diversos al enfoque meramente religioso.²¹⁸ No obstante lo anterior, se atribuye a los jesuitas haber dado a la retórica una estructura académica y una orientación literaria a través de la enseñanza que desarrollaban.²¹⁹

Otro personaje sobresaliente en el estudio y uso de la retórica en la Nueva España fue Fray Bartolomé de las Casas, quien sugería el uso de ésta en la conversión religiosa de los indígenas. Al parecer la oratoria evangelizadora decayó al modificarse las políticas de España al respecto en el siglo XVI.²²⁰

En el siglo XVII y XVIII surgieron otras obras, especialmente orientadas a la educación en los colegios jesuitas, como la obra de Pedro María de la Torre *De arte rhetorica et poetica institutiones*.²²¹ Durante el siglo XIX la inestabilidad social y política imperante en México debido a los conflictos internos y las guerras que afectaron al país, así como la expulsión de los jesuitas en 1767 por órdenes de Carlos III.

De acuerdo con Helena Beristáin, en el siglo XX la retórica fue abandonada por completo. Sólo se tiene constancia de un curso general impartido por Alfonso Reyes, mismo que sería publicado posteriormente en 1941 con el título de *La Antigua Retórica*.²²² Fuera de la atención mínima que recibió la enseñanza de algunos ejercicios retóricos en algunos

²¹⁷ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 438. Existe una reedición reciente de la obra de Fray Diego de Valadés, publicada por el Fondo de Cultura Económica de México en 1993.

²¹⁸ "En la Nueva España su magisterio se hizo presente desde el inicio de la Universidad con su primer catedrático de retórica Francisco Cervantes de Salazar, y se prolonga en los colegios jesuíticos. Y todavía en las primeras décadas del siglo XIX su pensamiento, expuesto en ediciones y estudios por el humanista francés Charles Rollin, guía a nuestros educadores en la organización de las primeras instituciones de enseñanza media y superior del México independiente". Ver la introducción a la obra Quintiliano, Marco Fabio. Institución Oratoria, Tr. Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999, p. 23

²¹⁹ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 438.

²²⁰ Id.

²²¹ Id.

²²² Reyes, Alfonso. La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica, en la colección Obras Completas, tomo XIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

programas de educación básica, sólo se han impartido algunos cursillos a nivel superior ofrecidos por lo regular a estudiantes de las carreras de Letras Clásicas.²²³

Uno de los cursos más completos de los que se tiene noticia reciente, fue el impartido en 1996 por el Dr. López Eire, de origen ibérico, que fue publicado en ese mismo año por la UNAM bajo el título *Esencia y Objeto de la Retórica*, a la que tanto acudimos en esta parte de nuestra investigación. Asimismo, podemos destacar la labor de la UNAM a este respecto, en primer lugar porque como parte de la colección Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, fueron publicadas, traducidas al castellano, las obras sobre retórica de los principales autores grecolatinos. Más recientemente, destaca la atención que el Instituto de Investigaciones Filológicas, a través de su personal académico, a destinado al estudio de la retórica en diversas etapas históricas, así como a rescatar y difundir las obras hasta ahora poco conocidas.

Además de las obras publicadas y divulgadas, cabe destacar que el Primer Congreso Internacional de Retórica en México, celebrado en la UNAM en 1998. Del cual se dejó constancia escrita a través de la publicación del volumen que llevó como título el nombre del evento: "El horizonte interdisciplinario de la Retórica"²²⁴. En el año 2002 el Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM organizó e impartió un Seminario Permanente sobre retórica que abarcó los diversos ámbitos de su aplicación y de su evolución histórica, inclusive en el campo del derecho.

1.6. Epílogo sobre la evolución histórica de la retórica.

No obstante la importancia y trascendencia de la retórica y de los numerosos estudios que ha merecido, se ha afirmado que se encuentra en decadencia, para algunos desde la pérdida de la Ciudad griega, para otros desde el Imperio romano o desde la alta Edad Media.²²⁵ Para Helena Beristáin "en realidad, su deterioro comienza con la pérdida de la

²²³ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 438.

²²⁴ "El horizonte interdisciplinario de la Retórica", México, UNAM, 2001.

²²⁵ Beristáin Díaz, Helena. Diccionario de Retórica y Poética, cit., p. 428.

democracia, pues su naturaleza está más poderosamente vinculada al manejo del poder y a la libertad de expresión...²²⁶

Resulta comprensible que los altibajos de la retórica coincidan con la presencia de la democracia y la vigencia del derecho, puesto que se ha afirmado con razón que dicha disciplina derivó y ha resplandecido con los mejores momentos de éstos.²²⁷ Helena Beristáin apunta que "La historia de la retórica evidencia los vínculos que ésta ha mantenido, durante 25 siglos, con las luchas sociales por el poder y con las transformaciones estructurales y las oscilaciones entre auge y decadencia de las sociedades".²²⁸

Por lo que se refiere al ámbito jurídico, no obstante que la retórica tiene un antecedente directo ampliamente reconocido en la solución de controversias ante los tribunales, ha sido desvinculada como disciplina de estudio entre los estudiantes de derecho y sólo hasta hace poco se incluyó en los programas de Licenciatura en Derecho la asignatura de "Técnicas de expresión", que sobre todo se ha enfocado a aspectos de gramática castellana y oratoria, en su aspecto meramente declamatorio o de *elocutio* y con mayor precisión de *pronunciatio*. Afortunadamente, se observa un regreso del estudio y enseñanza de la retórica a las universidades que sin duda ha contribuido a recobrar la seriedad y el rigor de ésta, tal y como le eran atribuidos por los clásicos.²²⁹

Con relación a la retórica en el ámbito jurídico y político, Santiago López señala con agudeza que *tampoco hacen falta elevadas reflexiones al reclamar el entrenamiento retórico para juristas y políticos, gravemente ayunos en muchos casos, preterida nuestra mejor relación parlamentaria, de las habilidades retóricas de otro tiempo.*²³⁰

²²⁶ Id.

²²⁷ Id.

²²⁸ Ibid., p. 429.

²²⁹ López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, cit., p. xiv-xvi.

²³⁰ Ibid., p. xvii.

Para Perelman el desarrollo del mundo actual en muchas áreas ha despertado nuevamente el interés por la persuasión a través del lenguaje.²³¹ Este mismo autor atribuye el resurgimiento tardío de la retórica en occidente, a pesar de una larga tradición democrática, *al prestigio prepotente de la ciencia positiva, a causa del cual nada se consideraba persuasivo si no se amoldaba a criterios estrictamente científicos, cosa que no cumple la retórica.*²³²

Por lo que se refiere al campo del derecho, existe un enorme vacío por cuanto al desarrollo moderno de la retórica jurídica²³³ en contraste con el desarrollo significativo de las teorías de la argumentación jurídica, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX. Si bien éstas últimas, en especial las llamadas teorías *precursoras* (Viehweg y Perelman), admiten un nexo fuerte con los estudios de tópica y de retórica clásicas, su finalidad no se encamina hacia la persuasión a través del lenguaje, sino al estudio crítico de los argumentos que se producen en el ámbito jurídico y a la manera de justificar *racionalmente* los actos y decisiones, sobre todo las de carácter judicial.

Como puede observarse, comienzan a darse otra vez condiciones para un nuevo horizonte de la retórica, a efecto de despojarla de su significado meramente peyorativo y asignarle la trascendencia que una vez tuvo, esto es, como una materia básica de la formación humana para el ejercicio de los derechos ciudadanos y la búsqueda de la justicia en casos concretos.

²³¹ Cfr. Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica, cit., pp. 7-8.

²³² Id.

²³³ Cabe destacar a este respecto el notable trabajo publicado recientemente por Gerardo Dehesa, que distingue con acierto desde el título entre la retórica y la argumentación, y que constituye uno de las pocas obras que se han ocupado de estos temas en la doctrina mexicana. Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

Capítulo II. La primera generación de teorías: la tópica, la nueva retórica, el uso práctico de los argumentos y la lógica de lo razonable.

Sumario: 2.1. La relación entre la retórica y la argumentación; 2.2. La retórica y la argumentación en el ámbito jurídico; 2.2.1. Desde el punto de vista conceptual; 2.2.2. Desde el punto de vista de su fin pragmático; 2.2.3. Desde el punto de vista histórico o evolutivo; 2.3. Elementos para la conformación de una retórica jurídica moderna; 2.4. Las Teorías de la Argumentación Jurídica; 2.4.1. La teoría de la argumentación o nueva retórica de Chaim Perelman; 2.4.1.1. La nueva retórica y el derecho, las ideas de Chaim Perelman acerca del razonamiento jurídico; 2.4.2. La Tópica y la Jurisprudencia de Theodor Viehweg; 2.4.3. Los aportes de Toulmin a la teoría de la argumentación; 2.4.4. La lógica de lo razonable de Luis Recaséns Siches; 2.4.4.1. El punto de partida; 2.4.4.2. La ofensiva contra la lógica en el campo de la interpretación jurídica y de la creación de nuevo derecho; 2.4.4.3. El gran error de haber trasladado la razón matemática al campo de los contenidos jurídicos; 2.4.4.4. Crítica del uso de la lógica matemática en la interpretación material del derecho; 2.4.4.5. Esbozo de la lógica de lo razonable; 2.5. La crítica a la primera generación de teorías: la tópica, la nueva retórica, el uso práctico de los argumentos y la lógica de lo razonable; 2.5.1. Chaim Perelman y Theodor Viehweg; 2.5.2. Stephen Edelston Toulmin; 2.5.3. Luis Recaséns Siches.

2.1. La relación entre la retórica y la argumentación.

En el capítulo previo nos centramos en determinar el concepto, la naturaleza, el nacimiento, la evolución y el horizonte actual de la retórica, así como del esplendor y decadencia de que ha sido objeto como disciplina en diversos momentos y lugares. Sin embargo, en la actualidad parece ser que se ha generalizado el término “argumentación” como una forma de significar lo que antes se entendía por retórica, sobre todo por la carga



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

emotiva adversa que genera el uso de este último término que, como señalamos, evoca erróneamente engaño, trampa o una falta de correspondencia entre lo que se expresa y las *verdaderas* intenciones de quien lo expresa.

En el presente capítulo abordaremos en primer término algunas reflexiones sobre la distinción entre retórica y argumentación -de la que pocas veces se ha ocupado la doctrina-, lo cual permitirá justificar la existencia de dos disciplinas distintas pero estrechamente relacionadas, como son la retórica jurídica y la argumentación jurídica. En subsecuentes apartados de este mismo capítulo analizaremos las teorías de la argumentación más difundidas en la actualidad.

Si bien la retórica ha rebasado los géneros que de forma tradicional la componían -deliberativo, forense y epidíctico-, las disciplinas que se sirven de ella y los ámbitos en los que se aplica, hay sin duda un factor común que la caracteriza: la persuasión. La retórica tiene por objeto que el orador consiga influir a favor de su causa en aquellos a quienes se dirige a través de su mensaje, esto es, no se trata en última instancia de elaborar discursos conformes con reglas gramaticales o de estilo, que los hagan correctos o estéticamente atractivos, sino que, ante todo, logren su finalidad suasoria.

La persuasión, en términos generales, es la habilidad de inducir creencias y valores en otras personas influenciando sus pensamientos y acciones mediante estrategias específicas²³⁴, como puede ser a través del discurso, imágenes, mensajes, sonidos, etcétera; persuadir involucra la interacción compleja de diversos factores, como son premisas, intenciones, creencias, presunciones, y experiencias.²³⁵

La persuasión ha sido estudiada principalmente a través de dos disciplinas, la psicología y la ciencia de la comunicación;²³⁶ para la primera, la persuasión formaría parte del estudio

²³⁴ Hogan, Kevin. *The Psychology of Persuasion; How to Persuade Others to Your Way of Thinking*, Louisiana, Estados Unidos de América, Pelican Publishing Company, 2003, p. 20.

²³⁵ Covino, William A. *The Elements of Persuasion*, Estados Unidos de América, Allyn & Bacon, 1998, p. 3.

²³⁶ Para un panorama acerca de las diversas corrientes teóricas sobre la persuasión véase Reardon, Kathleen K. *La Persuasión en la Comunicación, Teoría y Contexto*. Barcelona, Ediciones Paidós, pp. 69-

más amplio de la teoría de la motivación humana,²³⁷ esto es, qué tipo de impulsos y procesos operan en la mente de un sujeto y lo lleva a actuar de una manera o de otra. Desde el ángulo de la comunicación, la persuasión es analizada dentro de los aspectos funcionales y pragmáticos de ésta, y constituye la base de un cierto tipo de discurso que se basa en la propaganda y la publicidad²³⁸, en el que se recurre, entre otros, a emociones, deseos e intereses, más que a evidencias, datos objetivos y razonamiento lógico, éstos últimos propios de los discursos *convincentes*.²³⁹

Siendo el lenguaje en sus diversas manifestaciones el medio preponderante para lograr la persuasión, queda claro que la retórica hace uso del lenguaje para lograr su propósito, pero lo que la distingue es el uso de argumentos (de un tipo específico), esto es, de una forma particular de utilizar el lenguaje hablado y escrito primordialmente.

El tipo de argumentos de los que se sirve la retórica -cuyo ámbito es lo plausible, opinable o verosímil- son los *entimemas*, éstos constituyen la más firme de las pruebas por persuasión, a los que habría que agregar el *ejemplo* o inducción retórica y el *entimema aparente* o silogismo aparente. Un *entimema* es un tipo de silogismo que se produce a partir de premisas sobre lo verosímil, que Aristóteles contrasta con el silogismo lógico, que se genera a partir de premisas sobre lo verdadero; si bien lo plausible también es objeto de la *dialéctica*, cuando lo que se busca es la persuasión se está en el campo de lo convincente o de la retórica.²⁴⁰

97; Pratkanis, Anthony y Aronson, Elliot. La Era de la Propaganda, Uso y Abuso de la Persuasión, Barcelona, Ediciones Paidós, 1994, pp. 19-47.

²³⁷ Sobre la teoría de la motivación humana puede consultarse Nuttin, Joseph. Teoría de la Motivación Humana, Barcelona, Editorial Paidós, 1982; Cofer, C.N. y Appley M. H., Psicología de la Motivación, México, Trillas, México, 2003.

²³⁸ Sobre la relación entre el lenguaje publicitario y la persuasión, véase Ferrer, Eulalio. El Lenguaje de la Publicidad, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 341-348.

²³⁹ Véase Reyzábal, María Victoria. Didáctica de los discursos persuasivos: la publicidad y la propaganda, Madrid, Editorial La Muralla, 2002, pp. 54 – 73.

²⁴⁰ Ver Aristóteles, Retórica, Tr. Quintín Racionero, Madrid, Editorial Gredos, 1994, p. 167 y notas 16 y 18.

El *entimema*, en tanto silogismo, implica obtener a partir de ciertas premisas (que son proposiciones probables o proposiciones que expresan indicios), algo diferente de ellas.²⁴¹ El esquema de este tipo de silogismo sería, en la primera figura, el siguiente: B está en la Regla A; C es B; por lo tanto, C es verosímilmente A. Esta forma expresada en un caso concreto sería “la mujer que tiene leche (B), ha dado a luz (A), - Esta mujer (C) tiene leche (B) – Esta mujer (C) ha dado a luz (A)”.²⁴² En ocasiones, al *entimema* se le identifica por carecer de una de las premisas, que en realidad se encuentra implícita, se sobreentiende y es suplida por el propio oyente.²⁴³

Como complemento de lo anterior, hay que considerar que Aristóteles precisó que un discurso puede ser persuasivo por el talante del orador (prestigio, credibilidad, autoridad), a la manera en que se predisponga al oyente (a través de la excitación de las pasiones humanas) y por el discurso mismo, esto es, por su contenido, lo que se demuestra o pretende demostrar.²⁴⁴ Con esto quedan destacados los rasgos distintivos de la retórica, su finalidad y la intención de quien utiliza los recursos que ofrece.

En la actualidad, como señalamos al inicio, se ha generalizado el uso del término *argumentar* como la actividad consistente en ofrecer argumentos o razones a favor o en contra de determinadas causas, acciones y conclusiones, así como de su refutación. *Argumentación* es un término que hasta ahora cuenta con una *carga positiva*, o al menos no genera una predisposición adversa como cuando se habla de retórica o de persuasión, que *dispara* de inicio actitudes defensivas o en ocasiones de franco rechazo; esta puede ser una de los motivos de por qué la *argumentación* es un término generalizado y bien aceptado.

No obstante las bondades de este intercambio de términos, consideramos que hay algunos aspectos que aclarar para ubicar claramente a la retórica por una parte y a la argumentación por otra, si no se quiere incurrir en confusiones. Para ello debemos partir

²⁴¹ Ibid., p. 181.

²⁴² Ibid., p. 168, n. 16.

²⁴³ Ibid., pp. 183-184, n. 55.

²⁴⁴ Ibid., p. 175.

de la explicación acerca de qué es el *razonamiento*²⁴⁵ que equivale a *silogismo*²⁴⁶ en Aristóteles, así como de la disciplina que se ocupa primordialmente de ellos, al menos en su forma: la lógica.

De acuerdo con Aristóteles:

“Un razonamiento es un discurso (lógos) en el que, sentadas ciertas cosas, necesariamente se da a la vez, a través de lo establecido, algo distinto de lo establecido. Hay *demostración* cuando el razonamiento parte de cosas verdaderas y primordiales, o de cosas cuyo conocimiento se origina a través de cosas primordiales o verdaderas; en cambio, es *dialéctico* el razonamiento construido a partir de cosas plausibles. Ahora bien, son *verdaderas y primordiales* las cosas que tienen credibilidad, no por otras, sino por sí mismas (en efecto, en los principios cognoscitivos no hay que inquirir el por qué, sino que cada principio a de ser digno de crédito de sí mismo); en cambio, son cosas *plausibles* las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos o reputados.”²⁴⁷

La *demostración* es propia de la ciencia, y se ocupa de relaciones necesarias de causalidad, mientras que el razonamiento de tipo dialéctico es estudiado en los *Tópicos*, de ahí que también se le conozca a ésta última como *tópica*. Resulta también relevante traer a colación la distinción que hace Aristóteles entre la *comprobación* y el *razonamiento* que son las especies de los argumentos dialécticos; la primera es *el camino desde las cosas singulares hasta lo universal*, conocida como inducción, y el segundo, que equivale a silogismo, es el modelo de deducción por excelencia;²⁴⁸ *la comprobación*

²⁴⁵ Aristóteles señala que el razonamiento “es un enunciado en el que, sentadas ciertas cosas, se sigue necesariamente algo distinto de lo ya establecido por el simple hecho de darse esas cosas” Aristóteles. *Tratados de Lógica (Órganon)*, Tomo II, Tr. Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Editorial Gredos, 1995, p. 95; para Aristóteles, el *término* es aquello en lo que se descompone la proposición (enunciado afirmativo o negativo de algo acerca de algo, así “... cuando tres términos se relacionan entre sí de tal manera que el último esté (contenido) en el conjunto del (término) medio y el (término) medio esté o no esté (contenido) en el conjunto del (término) primero, habrá necesariamente un razonamiento perfecto entre los (términos) extremos. Aristóteles. *Tratados de Lógica (Órganon)*, Tomo II, cit., p. 102.

²⁴⁶ Un silogismo es un esquema de enlace de tres términos (extremos mayor, medio y menor), que a través de dos enlaces binarios llamados premisas o proposiciones, permite establecer entre los extremos una relación no dada inicialmente. Véase la introducción a los *analíticos primeros* en la obra Aristóteles. *Tratados de Lógica (Órganon)*, Tomo II, cit., p. 86.

²⁴⁷ Aristóteles. *Tratados de Lógica (Órganon)*, Tomo I, Tr. Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Editorial Gredos, 1994, p. 90.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 108.

*es un argumento más convincente y claro, más accesible a la sensación y común a la mayoría, mientras que el razonamiento es más fuerte y más efectivo frente a los contradictores.*²⁴⁹

Tanto el *razonamiento* científico como el de tipo dialéctico y el de carácter retórico pueden, según parece, ser a su vez incluidos en la categoría más general de *argumentos* y desde este ángulo bien podría haberse denominado a lo que vendría a ser la *lógica* como *tratado de la argumentación*. No obstante esto, el desarrollo posterior de la *lógica* se inclinó casi por completo al modelo de la *demonstración* y fue dejando en el olvido a la dialéctica y la retórica, que sólo hace algunas décadas han sido nuevamente valoradas, reexaminadas y, podemos afirmar, puestas al día. Tal es, por ejemplo, el caso de la obra de Chaim Perelman, que analizaremos en detalle en uno de los apartados del presente capítulo, en la que funde la dialéctica y la retórica en su *Tratado de la Argumentación* que subtítulo precisamente *La Nueva Retórica*.

Como puede observarse, si bien la forma que puede adquirir el silogismo en los tres ámbitos ya señalados -relaciones necesarias de causalidad, cuestiones plausibles y la consecución de la persuasión-, es la misma, por lo que es el carácter y el tipo de las proposiciones o premisas las que determinan la disciplina que se aplicaría en cada caso; inclusive el propio Aristóteles, como ya señalamos, nombró de manera distinta a la deducción y a la inducción, lo cual habría permitido no caer en confusiones y diferenciar con nitidez cada disciplina.

No obstante lo anterior, parecer no ser tan tajante la distinción entre los ámbitos de la dialéctica y de la retórica, las cuales el propio Aristóteles califica de *antistrofa* (complemento), una de la otra, así que hay que ofrecer algún criterio de distinción adicional a la sola nomenclatura de la inducción y deducción que las caracterizan.²⁵⁰

En primer término habría que ubicar el contexto en el cual tendrían aplicación cada una de dichas disciplinas, es decir, con qué objeto las trató por separado el propio Aristóteles.

²⁴⁹ Ibid., p. 109.

²⁵⁰ Aristóteles, *Retórica*, Tr. Quintín Racionero, Madrid, Editorial Gredos, 1994, p. 161.

A este respecto, habría que señalar que la dialéctica fue concebida para guiar debates y deliberaciones, una forma específica de comunicación y de obtención del conocimiento que requiere al menos de dos interlocutores que defienden tesis propias y debilitan o atacan las de su adversario, con el fin de tener al final una especie de “vencedor” y, por ende, una tesis victoriosa.

Todo este ejercicio se hacía con apego a determinadas “reglas del debate”,²⁵¹ que señalaban incluso los turnos y la forma de intervención de los participantes, en estos casos, se trataba de hacer prevalecer las tesis propias y, a su vez, atacar las del contrario en el debate, en el que por supuesto la persuasión estaba presente al ser cosas plausibles, que podían ser de una forma o de otra, pero el acento no estaba en la consecución de ésta, porque inclusive acudir a este tipo de técnicas podría ser objeto de ataque por parte del contrario. El ejercicio era *bidireccional*, consistía entonces en hacer prevalecer la tesis más plausible o verosímil, pero no a costa de mover las emociones, preferencias o prejuicios de los oyentes.

En el caso de la retórica, esta estaba diseñada para encontrar los medios de persuasión al alcance en cada situación determinada, esto es, el énfasis estaba en lograr que los oyentes o *auditorio* actuaran, decidieran o dieran por cierto o preferible aquello que el retor u orador les presentaba a través del discurso. En estos casos no se trata de un enfrentamiento discursivo con un oponente a manera de una competencia, sino de la presentación que hace un orador ante un grupo de gente, una asamblea, ante el foro en los juicios, etcétera; es decir, se trata de un ejercicio *unidireccional* del quien emite el discurso a un grupo o persona receptor u oyente, que tiene una participación más bien pasiva como objetivo de la persuasión.

²⁵¹ Miguel Candel señala que “el contexto real en que la doctrina de los *Tópicos-Refutaciones* se inserta es la existencia, en la Atenas clásica, de un hábito social consistente en la celebración de debates públicos, bajo la presumible vigilancia de un árbitro, en que dos *discutidores* (*dialektikoi*), profesionales o aficionados, con fines instructivos o de mero entretenimiento, proceden a asumir, respectivamente, los papeles de sostenedor e impugnador de un juicio previamente establecido (*prokeimenon*). Ver Aristóteles. *Tratados de Lógica (Órganon)*, Tomo I, cit., p. 82.

Por supuesto podría señalarse que en los juicios o en las asambleas, donde tuvo su nacimiento y se desarrollo la retórica, cabía también tener que defenderse de tesis antagónicas, pues en los primeros había frente a un acusador o un demandante *vis á vis* un defensor o un demandado, y en las asambleas también hay quienes podrían sostener tesis contrarias que dieran lugar a un posible debate, pero consideramos que en estos casos ambas posturas competían por inducir, mover a los oyentes (juez, pueblo, jurado, espectadores), hacerlos sentir más que sólo pensar, apelando a aquello que les resultara más atractivo o, en su caso, logrando el rechazo de las posturas contrarias, así fuera por argumentos meramente emotivos, de autoridad o, inclusive de conciencia.

Sobre la base de estos elementos, consideramos no solo justificada sino apropiada la distinción ofrecida por Aristóteles, aunque tal vez si éste hubiera tenido la oportunidad de rediseñar las disciplinas que comentamos para ser utilizados en situaciones y escenarios actuales, habría posiblemente determinado unirlas en una sola disciplina. Un ejemplo actual de los debates de tipo competitivo son aquellos que se llevan a cabo en algunas instituciones educativas, sobre todo angloamericanas; de los juicios simulados o “moot courts” que se siguen celebrando en la actualidad y de los certámenes de “oratoria”, que permiten a los participantes afinar sus habilidades de expresión, comunicación y persuasión.

Más allá de las diferencias de acento o de perspectiva entre la retórica y la dialéctica, y que en la obra de Aristóteles la lógica que ahora denominamos formal y la material parecen ser una sola, lo cierto es que tales disciplinas no se desarrollaron al mismo ritmo sino que, inclusive, fueron “desprendidas” de la concepción aristotélica original. En este sentido, la lógica trascendió siglos después como una disciplina ocupada únicamente de la corrección del razonamiento desde el punto de vista estrictamente formal.²⁵²

²⁵² En la actualidad, el horizonte de la lógica se ha ampliado y diversificado de tal manera, que la lógica formal, que constituía el universo completo de la disciplina, es ahora tan sólo una modalidad más de entre muchas otras. Tan sólo de manera enunciativa, podríamos señalar que han sido desarrolladas “lógicas” de muy diversos tipos: monótónicas, no monótónicas, difusas, entre otras, que tienen aplicación en muy diversos campos del conocimiento.

Los estudios sobre lo que actualmente se conoce por argumentación en general, sin referencia por el momento a la que tiene lugar en el ámbito jurídico, se ocupan de la corrección formal del razonamiento, pero también de la importancia del uso del lenguaje apropiado, de la persuasión y de la detección de falacias, de manera que se están volviendo a reconocer su necesaria complementariedad. Desde este punto de vista, la retórica en la actualidad vendría a formar parte de la argumentación, como la disciplina encargada de la producción de argumentos válidos y persuasivos en contextos de debate o de producción de discursos.²⁵³

Consideramos que el tratamiento unitario a que hemos hecho referencia es útil, porque al menos en el uso cotidiano del lenguaje, se entremezclan razonamientos de tipo demostrativo, dialéctico y retórico, incluso sin que se preste atención minuciosa a ello.

2.2. La retórica y la argumentación en el ámbito jurídico.

En el campo del derecho son aplicables en principio las afirmaciones que hemos hecho respecto a la lógica, la retórica y la argumentación, pero hay que hacer ciertas precisiones y abundar en la explicación.

En el primer capítulo de nuestra investigación fue evidenciado que desde su origen la retórica ha estado vinculada al derecho. En un principio su estrecha relación se manifestó con relación a la aplicación del mismo, en especial en la labor de las partes en el convencimiento del juez y del foro, así como en el tipo de aspectos de los que cabía utilizar técnicas persuasivas en un litigio (los hechos, el derecho y las pruebas mismas).

Desde este punto de vista, la retórica antigua, aún en su género “judicial” —más referido los litigantes en un proceso que a la justificación de las decisiones de los propios jueces— está lejos de abarcar el horizonte contemporáneo de la argumentación jurídica, ésta tiene lugar *grosso modo* en la creación, aplicación y enseñanza del derecho.

²⁵³ Véase a este respecto, Weston, Anthony. *Las Claves de la Argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994; Capaldi, Nicholas. *Cómo Ganar una Discusión, El arte de la Argumentación*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000.

La argumentación jurídica, por su parte, no contempla todas las etapas que integraban en su conjunto la actividad retórica, como son la *inventio*, *dispositio*, *elocutio* y *actio*; como se recordará, éstas abarcaban desde la concepción mental del discurso hasta su expresión ante los oyentes a los que iba dirigido.

Esta limitación de la argumentación jurídica, es lo que la ha llevado desafortunadamente a ser reducida en ocasiones a la simple *actio* o expresión verbal del discurso, mejor conocida como *oratoria*. Esto también ha provocado que se menosprecie el papel de la retórica, que despojada casi de la totalidad de los elementos que la conformaban, aparece actualmente como una actividad dirigida a crear discursos con mensajes convincentes pero inverosímiles, que se apartan de la realidad, o elaborados con el fin de engañar a los oyentes, sobre todo en el ámbito político.

Existe entonces un punto central a resolver ¿cuál es la relación entre la retórica y la argumentación jurídicas en la actualidad? ¿la retórica en el ámbito jurídico fue sólo una fase histórica de la evolución que derivó en la argumentación jurídica o ambas subsisten en la actualidad, con alguna diferencia marcada entre ellas?

La respuesta que se da a dicho planteamiento no es una mera especulación teórica o un exceso de rigor en los conceptos, se trata de ordenar sistemáticamente un ámbito del conocimiento para apreciar y evaluar las explicaciones y propuestas que hasta ahora han sido elaboradas sobre la argumentación jurídica. Si la argumentación jurídica es una fase moderna de la retórica jurídica podemos hallar un hilo conductor por ejemplo, entre la teoría de la argumentación de Robert Alexy y la Retórica de Aristóteles; si se trata de dos disciplinas con puntos de contacto, pero con marcadas diferencias, tendríamos por una parte un importante desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica, pero un pobre avance en la conformación de una retórica jurídica moderna.

Los párrafos siguientes los dedicaremos a exponer nuestros puntos de vista sobre la relación entre la argumentación y la retórica en el ámbito jurídico, desde diversos ángulos.

2.2.1. Desde el punto de vista conceptual.

La retórica jurídica, ejemplificada por el modelo expuesto por Aristóteles, sería en la actualidad la facultad de teorizar lo que es adecuado en el ámbito jurídico para convencer, esto es, proporcionaría los medios de persuasión en el campo del derecho. Con otras palabras, sería una disciplina dedicada a la búsqueda y estudio de los recursos y técnicas para lograr la persuasión en situaciones concretas de creación, aplicación, enseñanza y divulgación del derecho; en una frase, qué es lo que en su momento es útil -y cómo utilizarlo-, para persuadir a través de la palabra a un legislador, juez, autoridad administrativa, abogado, o ciudadano.

Por otra parte, la argumentación jurídica, siguiendo las ideas de Atienza, tendría por objeto las argumentaciones que se dan en la creación y aplicación del derecho, así como en la dogmática jurídica; lo anterior con una finalidad descriptivo/prescriptiva, es decir, que estaría dirigida a mostrar no sólo cómo se argumenta en derecho (qué figuras y recursos lingüísticos se utilizan para justificar), sino también cómo se debe argumentar de acuerdo con ciertas pautas (qué es válido como justificación).

Atienza apunta la dificultad de entender la argumentación de una única manera y, en este sentido, señala al menos tres concepciones de la argumentación: la formal, la material y la dialéctica. La primera de ellas cae en el campo de la lógica deductiva, de la validez formal de los argumentos; en la segunda, la argumentación es más bien un proceso que consiste no en determinar la validez formal, sino en aportar razones sólidas para creer o actuar en cierto sentido, de manera que un buen argumento desde este ángulo lo es por la verdad de sus premisas, como razones relevantes para la conclusión; y en el tercer caso, la argumentación se ve como una interacción de dos o más sujetos, donde el punto cardinal es la búsqueda de la persuasión del interlocutor o de un auditorio.²⁵⁴

²⁵⁴ Atienza, Manuel. *El Sentido del Derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003, p. 258-260. Lo importante de estas tres concepciones es que cada una lleva si se respetan sus cánones a lo que se puede denominar una "buena" argumentación, y que a su vez dan pauta a tres diversos tipos de falacias: formales, materiales y dialécticas.

A partir de estos conceptos, que no son los únicos que se han aportado con respecto a la retórica o a la argumentación jurídica, parecería *prima facie* que ésta abarca a la primera, esto es, que la argumentación jurídica implica a la retórica jurídica, pero va más allá de ésta por su aspecto *prescriptivo* pues intenta a la vez ofrecer pautas para la validez de los argumentos, esto es, no se trata simplemente de *todo vale* a la hora de argumentar.

2.2.2. Desde el punto de vista de su fin pragmático.

Desde este ángulo, en la retórica se pone énfasis en el aspecto meramente pragmático de enseñar a *persuadir* que es su objeto principal, mientras que en el campo de la argumentación se pone el acento en *justificar*. Sólo si se equipara *persuadir* a *justificar* estaríamos hablando de la misma disciplina; sin embargo, lo persuasivo de un discurso o mensaje se califica a partir del efecto que produce en su receptor, mientras que en la justificación de una decisión, acto u omisión, la aceptación o asentimiento del receptor no es a tal grado relevante.

Con esto queremos significar que lo persuasivo no es equiparable con lo justificable pues atienden y califican aspectos o planos diversos, lo que está justificado no por ese sólo hecho es persuasivo y viceversa. Desde este ángulo, la argumentación jurídica tiene por objeto la justificación, mientras que la retórica tiene como eje rector lograr la persuasión.

Desde otro ángulo, la justificación implica la existencia de un estándar de referencia –ya sean reglas, principios, valores- con respecto al cual los argumentos pueden ser contrastados; mientras que en la búsqueda de la persuasión se haría uso de la referencia a dicho estándar, sólo si el mismo es útil para la adherencia del destinatario del discurso, pero no es indispensable la referencia al mismo.

La retórica jurídica, tal como la hemos caracterizado, no ha sido objeto de un desarrollo amplio, pues con excepción del profundo trabajo de Chaim Perelman sobre la *nueva retórica*, no es fácil encontrar obras sobre técnicas y elementos de persuasión jurídica que no vayan más allá de un elenco de consejos generales. Por lo regular, dichas obras son

limitadas a un ordenamiento jurídico específico o a alguna rama del derecho en particular, pero su eficacia difícilmente rebasa dichas fronteras.

La sola dificultad que entraña contar con un catálogo más o menos amplio de técnicas y elementos para la persuasión en el campo del derecho, se hace más patente si se toma en cuenta que la práctica jurídica es un caleidoscopio de escenarios, de situaciones y de relaciones interpersonales, que se dan en diversos contextos culturales, históricos, políticos, económicos, sociales e incluso psicológicos. La eficacia de la retórica en un caso concreto depende entonces de un gran número de factores que rebasan aquellos de carácter estrictamente jurídico.

Si la idea central de la retórica es la persuasión, habrá que conocer qué es lo que lleva a una determinada comunidad, grupo o individuo a considerar aquello que le es presentado como cierto, verdadero, probable, posible, relevante, fundado, justificado, real, válido, entre otros calificativos, de igual forma, como complemento, es necesario determinar qué encuentra dicha comunidad o individuo en un momento dado, como infundado, falaz, imposible, improbable, irrelevante, confuso, etcétera.

A partir de lo anterior se evidencia una diferencia más entre la retórica y la argumentación, que es tal vez de grado, la primera parece funcionar con miras a un caso presente y la segunda hacia el pasado, esto es, con el fin de analizar los argumentos cuando ya han sido expuestos. Desde este ángulo, las modernas teorías de la argumentación están más orientadas a la identificación y evaluación de argumentos, que a la formulación técnica de éstos con miras a su incidencia en un caso práctico.

2.2.3. Desde el punto de vista histórico o evolutivo.

Acercas de si las teorías de la argumentación son en realidad una forma evolucionada de la antigua retórica, habría que mencionar que hay algunas que expresamente admiten la existencia de un hilo conductor o influencia de la retórica clásica primordialmente. Cabe citar la Nueva Retórica de Perelman, quien señala que intención de revivir en cierto sentido la retórica clásica adaptándola a la situación actual; otro de los autores que habría

que mencionar es Viehweg, quien también revitaliza la Tópica de Aristóteles y de Cicerón.

Hay otras teorías de la argumentación jurídica en las que es apenas perceptible la conexión con la retórica clásica, como son los trabajos de Alexy, MacCormick o del propio Atienza. En estos casos se trata de propuestas modernas elaboradas en las que la justificación racional de las decisiones es el eje central.

Otra diferencia entre el sector de la retórica jurídica y la argumentación, es que la primera tenía por destinatarios a quienes se dirigían al juez o al foro, mientras que las segundas se enfocan primordialmente en la justificación de las decisiones de los operadores jurídicos, en específico los jueces. Entonces, la primera sitúa en primer plano a la persuasión y la segunda a la justificación.

A partir de lo que hemos expuesto, consideramos que existen puntos divergentes entre la retórica y la argumentación en el plano jurídico, que impiden tratarlas como sinónimos o términos intercambiables; asimismo, pueden coexistir porque ninguna de ellas incluye por completo a la otra, es decir, parte de sus horizontes se traslapan.

Consideramos que las actuales teorías de la argumentación tienen un parentesco, así sea remoto con la retórica clásica. Esto pone de manifiesto también que existe un campo fértil para el desarrollo de una retórica jurídica moderna, que tendría especial aplicación en el ámbito del proceso y, en general, de la solución jurídica de conflictos.

2.3. Elementos para la conformación de una retórica jurídica moderna.

Para efectos de conformar una retórica jurídica moderna, consideramos que se debe partir de la crítica a la retórica clásica. La obra de Aristóteles, como un momento cumbre en la evolución de la retórica en general, en lo que se refiere al género judicial, no hace énfasis en el papel determinante de las normas jurídicas. Queda de manifiesto que los márgenes argumentativos de las partes en un litigio eran amplísimos, pues de lo que se trataba no era de encontrar una disposición aplicable, ni si los hechos correspondían exactamente

con la hipótesis normativa existente, sino de persuadir al juez, al jurado o al foro, en quienes recaía la toma de decisiones.

El papel, la relevancia y la autoridad de las normas jurídicas en la actualidad es muy distinta que en la Grecia antigua; son excepcionales los ámbitos de la vida de una persona, de un grupo de personas, de un Estado o alguna organización, así como de sus respectivas relaciones, que no estén reguladas en cierto sentido o influidas por la normatividad jurídica. Las normas jurídicas substituyen en cierto sentido la voluntad de sus destinatarios, creando cauces y efectos para sus conductas; de igual manera, a los operadores jurídicos les es exigido por el propio ordenamiento que los crea, enviste de atribuciones y facultades, que sus actos y determinaciones encuentren fundamento en normas jurídicas y principios.

Desde este punto de vista, si bien es cierto que en un litigio se busca persuadir al órgano de decisión, esto es con relación directa o indirecta a normas jurídicas o a principios, o a hechos relacionados con su aplicación a un caso concreto.

Esto significa que el objeto del discurso jurídico en situaciones de litigio, son en mayor medida las incidencias que rodean las normas y principios, que debe o no aplicar un operador jurídico. A diferencia de la antigüedad, apelar a las emociones del juez no es la finalidad básica de la actividad argumentativa, puesto que la gran mayoría de los jueces, salvo contadas excepciones que deben estar contempladas por el propio ordenamiento, no les está permitido dictar sus fallos de acuerdo con sus sentimientos, sino que deben justificarlos como derivados y apegados al ordenamiento.

Asimismo, el propio ordenamiento guía o intenta substituir los elementos a los que el operador jurídico debe dar relevancia y hasta el tipo de valor que debe asignarles, así como el peso que deben tener en la decisión. Los argumentos que apelan a las emociones, por ejemplo, poco efecto tendrían en la tramitación de un juicio de amparo o un litigio contencioso administrativo.

La apelación a las emociones o sentimientos de un operador jurídico, a efecto de influir en su decisión, en caso de tener éxito, podrían inclinar o determinar el sentido de ésta en la fase que la doctrina denomina “de descubrimiento” y serviría para “explicar” una decisión. No obstante, ésta no escapa a la necesidad de justificación, en la que el operador jurídico deberá ajustarla a los materiales jurídicos que apoyan el sentido de la decisión, no obstante que haya sido inspirada o motivada por cuestiones “emotivas” o irracionales.

La actividad retórica es más de quienes hacen los planteamientos sobre los que se va a decidir, ya que por lo regular, al menos en la actualidad, el órgano de decisión no tiene el mismo margen para utilizar los medios de persuasión a su alcance. Esto es, no podría apelar a las emociones o sentimientos, aunque fuera un recurso persuasivo, es más se le exige un lenguaje técnico y neutro, no puede hacer uso sin más de los elementos de persuasión disponibles, pues su actuación está delimitada. En este tenor, parecería que en el terreno de las partes en el litigio aplica más la retórica y en el de los órganos de decisión la argumentación en sentido moderno jurídico.

Las normas jurídicas excluyen las posibles razones particulares de los destinatarios de dichas normas para acatarlas. Desde este ángulo, el margen argumentativo estaría acotado por la presencia de las normas jurídicas que le servirían a manera de cauces y límites; no obstante la verdad de esta afirmación, las normas en sí mismas, tanto su origen, como su contenido, finalidad y congruencia con otras normas y con el ordenamiento en su conjunto, son objeto de la actividad argumentativa a la hora de resolver un caso concreto.

El derecho, es cierto, hace una parte del trabajo a la hora de tomar decisiones y prever las consecuencias de las mismas en muchos aspectos de la vida y de nuestras relaciones sociales, por ejemplo, el derecho civil proporciona muchas de las reglas que gobiernan la existencia de un contrato de compraventa y las obligaciones y derechos de las partes (saneamiento por evicción, vicios ocultos, etcétera), sin que éstas necesariamente tengan que plasmarlas expresamente. En este sentido, el derecho suple en muchos casos la voluntad y las opciones de sus destinatarios, a efecto de garantizar la convivencia en sociedad.

Con esto queremos expresar que las normas jurídicas excluyen y acotan razones, opiniones, sentimientos, gustos y opciones, pero pueden ser a su vez objeto de la actividad argumentativa a la que no pueden escapar. Estas breves consideraciones apuntan hacia la necesidad de conformar una retórica jurídica moderna, que tomen en cuenta los diversos escenarios de su aplicación, así como los sujetos que habrían de hacer uso de los elementos de persuasión que dicha disciplina aporte en la creación, aplicación y enseñanza del derecho.

Si la argumentación significa ofrecer razones para apoyar una determinada decisión, opinión, acto u omisión en el ámbito jurídico, dicha actividad puede apoyarse con los elementos proporcionados por la retórica para formular dichas razones de manera persuasiva. Las razones o argumentos, no se ofrecen de manera aislada o atomizada, sino que se emiten en calidad de elementos de un discurso, cuya concepción, organización y transmisión, con miras a ser persuasivos, son también ámbitos que pertenecen al campo de la retórica.

Los elementos que hemos apuntado a efecto de precisar las diferencias y afinidades entre lo que debiera ser la retórica jurídica moderna y lo es conocido de manera generalizada como argumentación jurídica, se podrán apreciar más nítidamente al intentar, así sea de manera panorámica, mostrar el desarrollo y situación actual de esta última, así como las teorías que en torno a dicha disciplina se han elaborado.

2.4. Las Teorías de la Argumentación Jurídica.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, específicamente luego de la segunda posguerra, fueron duramente combatido el positivismo de tipo formalista, cuyas ideas llevadas al extremo en la práctica sirvieron de justificación a muchas de las atrocidades imputadas a la Alemania Nazi. Es en dicha época que surgieron en Europa primordialmente diversas propuestas de entender de una forma distinta al derecho, algunas de las cuales se manifestaron en el tema de la interpretación jurídica, del

razonamiento jurídico y otras en el de la justificación de las decisiones judiciales, donde imperaba el modelo de la lógica de tipo matemático.

Este es precisamente el escenario de donde parten las diversas corrientes que son tomadas en la actualidad bajo la denominación genérica de “teorías de la argumentación jurídica”, aunque no todas ellas, como tendremos oportunidad de apreciar, tenían por objeto el estudio de los argumentos que se producen en el ámbito jurídico. Si bien el número de propuestas que han surgido a la fecha puede considerarse considerable en número, hay un cierto consenso por lo que se refiere a las teorías pioneras, que intentan revitalizar la tópica y la retórica antiguas, y las teorías actuales más difundidas, elaboradas sobre bases filosóficas diversas.

En los siguientes apartados describiremos de manera sucinta los planteamientos de Chaim Perelman y Theodor Viewheg, como teorías contemporáneas pioneras acerca del razonamiento y la argumentación jurídicos; para después abordar las aportaciones de Stephen Toulmin, Luis Recaséns Siches, Neil MacCormick, Robert Alexy y Manuel Atienza, a manera de muestra de las diversas posturas sobre los temas mencionados. En cada caso hemos procurado destacar lo más relevante del pensamiento de cada autor, a través de una narración sucinta y lo más apegada a su obra, explicando en lo posible los objetivos que perseguía, los métodos utilizados y los hallazgos y propuestas a los que arribaron.

Hemos decidido dejar para un apartado posterior a la exposición de las teorías un apartado crítico de ellas, a fin de permitir apreciar con mayor nitidez y a cabalidad el pensamiento y de cada uno de los autores, que nos será de suma utilidad en otros apartados de la presente investigación.

2.4.1. La teoría de la argumentación o nueva retórica de Chaim Perelman.

Chaim Perelman, jurista y filósofo nacido en Polonia, quien residió la mayor parte de su vida en Bélgica, es considerado como uno de los principales autores que desde la década de los años cuarenta ha dado un nuevo impulso a los estudios sobre retórica. A través de

sus obras²⁵⁵, Perelman intentó la rehabilitación de la retórica, no como una mera reproducción del modelo clásico, sino como un replanteamiento de la cuestión con nuevos matices.

El propio Perelman señala haber dedicado años de esfuerzos a tratar de elaborar una lógica de los juicios de valor, que no que estuviera basada sobre las técnicas del razonamiento de la lógica moderna, especialmente a partir de Descartes. Fue así que en colaboración con L. Olbrechts-Tyteca redescubrió una lógica que había sido resistida y negada por años, la cual había sido completamente olvidada por los lógicos contemporáneos, que es aquella que había sido estudiada profundamente en las obras sobre retórica y los Tópicos de Aristóteles.²⁵⁶

La investigación de Perelman y de Olbrechts-Tyteca tuvieron un punto culminante con la publicación de su *Traité de l'argumentation*, en el que denominaron a esa lógica-no formal como teoría de la argumentación, complementaria de la teoría de la demostración que es objeto de la lógica formal.

Perelman y L. Olbrechts-Tyteca parten de una distinción, afirman que demostrar una proposición²⁵⁷ o tesis es distinto de argumentar en su favor, pues ésta última actividad involucra una intención de lograr la adhesión de las personas a la tesis que se les presentan. En algunos de sus trabajos pioneros Perelman ya afirmaba que el objeto de cualquier justificación era muy diferente del objeto de una demostración. Esta última es desarrollada a partir de enunciados o proposiciones de las cuales se puede cuestionar

²⁵⁵ Perelman, Chaim. *Justice, Law, and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning*, London, D. Reidel Publishing Company, 1980; Perelman, Chaim. *The Realm of Rhetoric*, United States of America, University of Notre Dame Press, 1982; Perelman, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Madrid, Editorial Civitas, 1988; Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Madrid, Editorial Gredos, 1994.

²⁵⁶ Perelman, Chaim. *Justice, Law, and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning*, London, D. Reidel Publishing Company, 1980, p. 57.

²⁵⁷ "Cuando se trata de demostrar una proposición, basta con indicar qué procedimientos permiten que esta proposición sea la última expresión de una serie deductiva cuyos primeros elementos los proporciona quien ha construido el sistema axiomático en el interior del cual se efectúa la demostración". Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Madrid, Editorial Gredos, 1994, p. 48.

acerca de su verdad o falsedad, mientras que en la justificación su naturaleza es enteramente práctica: nosotros justificamos una acción, un tipo de comportamiento, una disposición para actuar, un elección, una afirmación o una decisión.²⁵⁸

La razón, no sólo tiene un uso teórico, sino también práctico; razonar no es sólo verificar y demostrar, sino también deliberar, criticar, y justificar, dar razones a favor o en contra, en una palabra, argumentar.²⁵⁹

El primer aspecto que resulta importante destacar es el reconocimiento que hace Perelman a las antiguas teorías sobre la retórica, en las que encuentra como factor común la idea de la adhesión, como resultado de la persuasión efectiva, y la idea de que toda argumentación se desenvuelve en función de un auditorio.²⁶⁰

Los antiguos autores sobre retórica, se preocupaban por formar retores persuasivos y diestros en el uso de la palabra hablada. En su *Traité de l'argumentation*, Perelman aborda la estructura de la argumentación, los medios discursivos persuasivos y convincentes, de ahí que los textos impresos sean sobre todo el objeto de sus reflexiones. Tomando en cuenta este aspecto, quedan fuera de su análisis los aspectos mnemotécnicos y de elocución de los que sí se ocupó en su momento la retórica clásica.²⁶¹

A esta diferencia se suman otras más como son el estudio de la deliberación íntima²⁶² y del énfasis que Perelman en su trabajo da al tema del *auditorio*²⁶³.

El objetivo de toda argumentación es, y ha sido siempre, persuadir y convencer o en palabras de Perelman *provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su*

²⁵⁸ Perelman, Chaim. *Justice, Law, and Argument*, cit, p. 58.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 59.

²⁶⁰ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación*, cit., p. 36.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 37.

²⁶² Perelman señala que "... la discusión con un único interlocutor o incluso la deliberación íntima dependen, para nosotros, de una teoría general de la argumentación, la idea que tenemos del objeto de nuestro estudio, lógicamente, rebasa con mucho al de la retórica clásica". *Ibid.*, 38.

²⁶³ "Si, para los antiguos, la retórica se presentaba como el estudio de una técnica para uso del vulgo impaciente por llegar rápidamente a unas conclusiones, por formarse una opinión, sin esforzarse por realizar primero una investigación seria, en lo que a nosotros se refiere, no queremos reducir el estudio de la argumentación a lo que se adapta a un público de ignorantes". *Ibid.*, p. 38.

*asentimiento. De manera que una argumentación será más eficaz en tanto logre aumentar la intensidad de la adhesión de manera que desencadene en los oyentes la acción prevista (acción positiva o abstención), o, al menos, que cree, en ellos, una predisposición, que se manifestará en el momento oportuno.*²⁶⁴

El primer aspecto que en opinión de Perelman es necesario para que haya argumentación, es la existencia o la formación de una comunidad efectiva de personas, dispuesta a debatir una cuestión determinada. Inclusive en el caso de la deliberación íntima (consigo mismo), *es preciso, principalmente, que uno mismo se vea como si estuviera dividido en dos interlocutores, por lo menos, que participan en la deliberación.*²⁶⁵

La formación de dicha comunidad efectiva de personas requiere a su vez la existencia de un lenguaje común, de una técnica que permita la comunicación o enlace intelectual.²⁶⁶ Adicionalmente, la adhesión del interlocutor debe tener un cierto valor para el orador, de manera que éste se interese inclusive por el estado de ánimo de aquel.²⁶⁷

Un segundo aspecto, que juega un papel central en la obra de Perelman, es el que se refiere al auditorio al que se pretende influir y lograr su adhesión a las tesis que se presentan.

Perelman define al auditorio como "*... el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación. Cada orador piensa, de forma más o menos consciente, en aquellos a los que intenta persuadir y que constituyen el auditorio al que se dirigen sus discursos*".²⁶⁸

Sobra decir que el auditorio es de tal importancia en la argumentación,²⁶⁹ que la eficacia de ésta depende en gran medida en la habilidad del orador para concebirlo lo más cerca

²⁶⁴ Ibid., p. 91.

²⁶⁵ Ibid., pp. 48-49.

²⁶⁶ Ibid., p. 49.

²⁶⁷ Ibid., p. 50.

²⁶⁸ Ibid., p. 55.

²⁶⁹ "La preocupación por el auditorio transforma ciertos capítulos de los antiguos tratados de retórica en verdaderos estudios de psicología. En la *Retórica*, Aristóteles, al hablar de auditorios clasificados según la

posible a la realidad.²⁷⁰ En otras palabras, el auditorio determina las cualidades que debe tener el discurso²⁷¹ y los medios de que se debe valer el orador para influir.²⁷²

Con el fin de contar un referente para determinar si una argumentación resulta o no convincente, Perelman señala que existen tres clases de *auditorios normativos* que son el auditorio universal, constituido por toda la humanidad o las personas maduras, normales y racionales; el segundo auditorio, formado por el único interlocutor al que se dirige la argumentación; y el tercero, integrado por el propio sujeto cuando se trata de la deliberación consigo mismo.²⁷³

Si se argumenta para un auditorio en particular, se pueden generar opiniones no compartidas por quienes forman parte de otro tipo de auditorio. Es por ello que el orador debe argumentar teniendo siempre como referente y finalidad última (así sea de forma imaginaria), lograr el acuerdo del *auditorio universal*.²⁷⁴

No obstante lo anterior, Perelman afirma que *el auditorio universal, lo constituye cada uno a partir de lo que sabe de sus semejantes, de manera que trascienden las pocas oposiciones de las que tiene conciencia. Así, cada cultura, cada individuo posee su propia concepción del auditorio universal, y el estudio de estas variaciones sería muy instructivo, pues nos haría conocer los que los hombres han considerado, a lo largo de la historia, real, verdadero y objetivamente válido*.²⁷⁵ En uno de sus trabajos iniciales Perelman señaló que el auditorio universal encarna lo que tradicionalmente llamamos

edad y la fortuna, inserta varias descripciones, sutiles y siempre válidas, de psicología diferencial. Cicerón demuestra que es preciso hablar de manera distinta a la especie humana "ignorante y vulgar, que prefiere siempre lo útil a lo honesto", y a "la otra, ilustrada culta que pone la dignidad moral por encima de todo". A su vez, Quintiliano estudia las diferencias de carácter, importantes para el orador". Ibid., p. 56.

²⁷⁰ Id.

²⁷¹ En esta materia, sólo existe una regla: la adaptación del discurso al auditorio, cualquiera que sea, pues, el fondo y la forma de ciertos argumentos, que son apropiados para ciertas circunstancias, puede parecer ridículos en otras". Ibid., p. 63.

²⁷² "En la argumentación, lo importante no está en saber lo que el mismo orador considera verdadero o convincente, sino cuál es la opinión de aquellos a quienes va dirigida la argumentación". Ibid., p. 61.

²⁷³ Ibid., p. 70.

²⁷⁴ Una argumentación dirigida a un auditorio universal debe convencer al lector del carácter apremiante de las razones aducidas, de su evidencia, de su validez intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas". Ibid., p. 72.

²⁷⁵ Ibid., p. 75.

como *razón*.²⁷⁶ La razón para este autor, no es esa facultad presente en todo ser humano normal, sino como un auditorio privilegiado, el auditorio universal. Apelar a la razón no es sino un intento de convencer a los miembros de dicho auditorio –a cuyos miembros el sentido común definiría como personas bien informadas y razonables- a los que se dirige.²⁷⁷

Cada auditorio concreto y particular tiene referente a su concepción de auditorio universal, ésta noción es utilizada inclusive para identificar a los miembros de un determinado auditorio y el criterio que sirvió de base para su conformación, en otras palabras, los auditorios no son independientes, se juzgan unos a otros.²⁷⁸

Por lo que se refiere al segundo tipo de auditorio, aquel formado por un único interlocutor, la argumentación que genera es el diálogo. Este se distingue del discurso dirigido a un auditorio amplio, porque en éste último prima la técnica del discurso extenso ininterrumpido.

En el diálogo, en cambio, se toman en cuenta las reacciones, objeciones y vacilaciones del oyente, se estudian los motivos de su resistencia, con el fin de lograr finalmente su adhesión a los planteamientos del interlocutor.²⁷⁹ Quien pretende la adhesión de su interlocutor debe considerar a éste como la encarnación del auditorio universal. Sólo si la argumentación pretende ser válida para todos, tiene significación filosófica.²⁸⁰

En este sentido, si el interlocutor es persuadido no lo es por virtud, únicamente, de las habilidades de su contraparte en el diálogo, sino también porque la evidencia de la verdad lo ha compelido a ello.

A fin de comprender de mejor manera lo anterior, se debe distinguir entre el diálogo o discusión y el debate. En la discusión los interlocutores buscan, sin ideas preconcebidas,

²⁷⁶ Perelman, Chaim. *Justice, Law, and Argument*, cit. p. 72.

²⁷⁷ Id.

²⁷⁸ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación*, cit., p. 78.

²⁷⁹ Ibid., pp. 78-85.

²⁸⁰ Esto llevo, en opinión de Perelman, a identificar en la edad media la dialéctica, al igual que la argumentación dirigida al auditorio universal, con la lógica, Ibid., p. 80.

la mejor solución a un problema controvertido, los interlocutores *sólo se preocupan por enseñar y demostrar todos los argumentos, a favor o en contra, sobre las diversas tesis presentadas*.²⁸¹ En el debate, en cambio, los interlocutores exponen los argumentos que les son favorables a sus tesis y sólo les incumben los argumentos desfavorables con el fin de rechazarlos o atenuar su fuerza. En el debate sólo preocupa el triunfo de la propia tesis y no de la mejor de ellas.

Si bien estas categorías en la realidad son difíciles de identificar, en virtud de que están unidas a la intención de los interlocutores, hay áreas en las que la actitud de las partes está regulada por las instituciones, como en el proceso judicial, donde cada una de las partes pretende la afirmación de su tesis como la verdadera. Otro aspecto distintivo de la argumentación en forma de diálogo es que, en la realidad, posee un fin práctico por el cual se busca persuadir al interlocutor con miras a determinar una acción inmediata o futura.²⁸²

Por último, cabe hacer notar que en ocasiones el interlocutor al que se desea persuadir no se pretende que encarne al auditorio universal, sino a un auditorio particular determinado, por lo regular del cual el propio *interlocutor elegido* es representante. Lo que ocurre con frecuencia en el ámbito político con respecto a la aceptación de ciertas decisiones.²⁸³

Con relación al tercer tipo de auditorio, está constituido por el propio sujeto cuando tiene lugar la deliberación íntima²⁸⁴ (considerada por Perelman como una especie particular de argumentación).²⁸⁵

Esta especie de argumentación parte de la base de que todo individuo es sincero consigo mismo, y sólo él puede probar el valor de sus propios argumentos.²⁸⁶ La deliberación consigo mismo tiene relevancia, en virtud de que "en numerosas ocasiones, una discusión

²⁸¹ Ibid., p. 81.

²⁸² Ibid., p. 83.

²⁸³ Ibid., pp. 84-85.

²⁸⁴ Ibid., pp. 85-91.

²⁸⁵ Ibid., p. 86.

²⁸⁶ Ibid., p. 85.

con los demás sólo es el medio que utilizamos para ilustrarnos mejor. El acuerdo con uno mismo no es más que un caso particular del acuerdo con los demás".²⁸⁷

Este tipo de argumentación permite comprender las racionalizaciones que como sujetos efectuamos para explicar nuestra conducta o decisiones. Para el ámbito jurídico este tipo de argumentación tiene relevancia, porque ilustra una postura moderna sobre la decisión judicial que afirma que los jueces toman a priori su decisión y después intentan justificarla o compatibilizarla con el ordenamiento.

Nos permitimos utilizar la cita que Perelman hace de J.S. Mill en un pasaje en el que se narra:

Todo el mundo conoce el consejo dado por lord Mansfield a un hombre de gran sentido práctico que, habiendo sido nombrado gobernador de una colonia, debía presidir un tribunal de Justicia, sin ninguna experiencia judicial ni conocimientos de derecho. El consejo fue que dictara sentencia resueltamente, pues probablemente sería justa; pero que nunca se aventurara a exponer los motivos de dicha sentencia, pues infaliblemente no serían los adecuados.²⁸⁸

Quienes se enfrentaran a una decisión de este tipo, tratarían de racionalizarla a la luz de lo que el propio Derecho prescribía, satisfaciendo incluso las omisiones y contradicciones en que habría incurrido el gobernador en funciones de juez.

Perelman señala que muy a menudo sucede que "... incluso un magistrado que conozca el derecho, formula su sentencia en dos tiempos: las conclusiones se inspiran primero en lo que le parece más adecuado con su sentido de la equidad y por añadidura viene después la motivación técnica... ésta sólo interviene para justificar la decisión ante otro auditorio...

²⁸⁷ Ibid., p. 87.

²⁸⁸ Ibid., p. 88.

Las argumentaciones nuevas, posteriores a la decisión, pueden consistir en la inserción de la conclusión en un plano técnico...²⁸⁹

Sin perder de vista el papel fundamental que representa en todo momento del proceso argumentativo la aprobación del *auditorio*, ya sea a las premisas presentadas por el orador, a la manera en como éste las eligió, o a los enlaces entre ellas y cómo son utilizadas y presentadas, toda argumentación tiene en su base un *acuerdo* de principio relativo a lo *real* (hechos, verdades y presunciones), o a lo *preferible* (valores, jerarquías y lugares de lo preferible). Estas sirven de premisas de inicio al orador y constituyen el punto de partida de la argumentación a la que Perelman dedica la segunda parte de su tratado.²⁹⁰ En el proceso de argumentación, luego de tomar en cuenta los acuerdos de inicio de donde surgirán las premisas, corresponde también analizar cómo se presentaran, el lenguaje a utilizar y en general la forma del discurso.²⁹¹

En la tercera parte del tratado de la argumentación se analizan las técnicas argumentativas, que no son más que esquemas de argumentos que caracterizan procedimientos de enlace, que *unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente*; y de disociación, que son técnicas de ruptura cuyo objetivo es *separar, desolidarizar, elementos considerados componentes de un todo o, al menos, de un conjunto solidario*.²⁹² En pocas palabras, sirven para formular un discurso y también para atacar lo que en él se plantea.

En un discurso, pueden tener lugar argumentos de distinto tipo, que forman un argumentación de conjunto, pero que Perelman desarticula para efectos de estudio. Entre los esquemas de enlace se encuentran los argumentos *cuasi* lógicos, los argumentos basados en la estructura de lo real, los argumentos que tienden a fundamentar la estructura

²⁸⁹ Ibid., p. 89.

²⁹⁰ Cfr. Ibid., pp. 119-190.

²⁹¹ Ibid., 191-292.

²⁹² Ibid., p. 299.

de lo real: los del caso particular y los argumentos de analogía. En cuanto a las técnicas de disociación, se encuentran los cambios en las nociones.

Los esquemas de argumentos constituyen un elenco sumamente numeroso (cerca de cien) y variado, que Perelman ilustra con pasajes de textos de diversas disciplinas, y representan más de la mitad de su voluminoso tratado. Tales esquemas están dirigidos a analizar la forma y la utilidad de los argumentos con la finalidad de que el orador los identifique y los sepa poner en su momento en práctica. En otra de sus obras que resulta más esclarecedora el autor que seguimos afirma:

“Las técnicas de argumentación suministran todo un arsenal de razones, más o menos fuertes y más o menos pertinentes, pero que pueden, a partir de un mismo punto de partida, llevar a conclusiones diferentes y a veces incluso opuestas. Los argumentos pueden reforzarse, pero pueden también combatirse y es raro que frente a un las razones a favor de una tesis no se puedan alegar razones en sentido contrario. La argumentación no es jamás necesaria como la demostración. Y, por ello, lo más frecuente será que exista acuerdo sobre el punto de partida de la argumentación y no sobre las conclusiones hacia las cuales tiende el discurso.”²⁹³

Los argumentos *cuasi* lógicos pretenden cierta forma de convicción a través de su comparación con los razonamientos formales, lógicos o matemáticos; esto es, utilizando el prestigio que este tipo de pensamiento tiene adquirido y apelando al aspecto racional de los mismos.²⁹⁴ Así, entre muchos otros esquemas que presenta Perelman,²⁹⁵ el principio de no contradicción tiene como símil a la *incompatibilidad* y la reducción al absurdo a la utilización del *ridículo* o también de la *ironía*.²⁹⁶

Los argumentos basados en la estructura de los real utilizan como forman de convicción o también la propia naturaleza de las cosas o el tipo de relaciones que se dan entre los

²⁹³ Perelman, Chaim. La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica, Madrid, Editorial Civitas, 1988, p. 166.

²⁹⁴ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., Tratado de la Argumentación, cit., p. 304.

²⁹⁵ Ibid., pp. 306-401.

²⁹⁶ Ibid., pp. 321-327.

fenómenos de la naturaleza, para unir cuestiones que son aceptadas, con aquellas que se pretende que se admitan.²⁹⁷ En estos casos encontramos la utilización de argumentos sobre causas, efectos o el nexo que une a éstos; asimismo, también se encuentran dentro de este tipo los argumentos *pragmáticos*, en los que se aprecia algo a partir de las consecuencias que se le asignan; los argumentos que relacionan medios con fines; el argumento del despilfarro; el argumento de autoridad, entre otros.²⁹⁸

Los argumentos que tienden a fundamentar la estructura de lo real a partir del caso particular, son aquellos basados en ejemplos, ilustraciones o modelos, los cuales sirven precisamente para fundamentar una regla particular, una generalización o una regularidad.²⁹⁹ En este mismo grupo, aunque analizadas por separados, son incluidas y la analogía y la metáfora.³⁰⁰

En el capítulo dedicado a la disociación de las nociones, Perelman analiza los esquemas que permite cuestionar o romper los enlaces que intentan presentar la unión de elementos aceptados con los que se pretende que se acepten, mismos que comentamos en los párrafos previos.³⁰¹ Como técnicas disociativas se encuentran se presentan la que da lugar a la pareja “apariencia-realidad”, la utilización de parejas filosóficas, las definiciones disociativas, de manera que en estos casos:

“el esfuerzo argumentativo consistirá ora en sacar partido de las disociaciones ya admitidas por el auditorio, ora en introducir disociaciones creadas *ad hoc*, ora en presentar a un auditorio disociaciones aceptadas por otros auditorios, ora en recordar una disociación supuestamente olvidada por el auditorio”.³⁰²

En la última parte del tratado de la argumentación, se estudia la importancia y el efecto de la interacción de los argumentos en el discurso, que de acuerdo con Perelman determinan

²⁹⁷ Ibid., pp. 402 y ss.

²⁹⁸ Ibid., p. 535.

²⁹⁹ Ibid., pp. 536 y ss.

³⁰⁰ Ibid., pp. 626.

³⁰¹ Ibid., p. 627.

³⁰² Ibid., p. 649.

en gran parte la elección de los argumentos, la amplitud y el orden de la argumentación, que también son analizadas. Asimismo, se reflexiona sobre la noción de *fuerza de los argumentos*, misma que *está vinculada, por una parte, a la intensidad de la adhesión del oyente a las premisas y los enlaces utilizados inclusive; por otra, a la relevancia de los argumentos dentro del debate en curso.*³⁰³ La fuerza de los argumentos varía dependiendo también de la argumentación que se le opone y del tipo de auditorio y objetivo que se busca.³⁰⁴

En un extenso apartado dedicado a la conclusión de su tratado, Perelman destaca lo siguiente:

“Sólo la existencia de una argumentación, que no sea apremiante ni arbitraria, le da un sentido a la libertad humana, la posibilidad de realizar una elección razonable.... Gracias a la posibilidad de una argumentación, que proporciona razones, pero razones no apremiantes, es posible escapar al dilema: adhesión a una verdad objetiva y universalmente válida o recurso a la sugerencia y a la violencia para conseguir que se admitan sus opiniones y decisiones... ”³⁰⁵

2.4.1.1. La nueva retórica y el derecho, las ideas de Chaim Perelman acerca del razonamiento jurídico.

La obra en la que Perelman dedicó más reflexiones sobre la aplicación de sus ideas en el ámbito jurídico es sin duda el libro intitulado: *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica.*³⁰⁶

En dicha obra Perelman parte de su explicación acerca de los alcances del razonamiento en general, la distinción hecha por Aristóteles acerca de los razonamientos analíticos y dialécticos, y qué aspectos del razonamiento incumben a la lógica formal. A partir de estas distinciones afirma que el razonamiento jurídico pertenece a los del segundo tipo,

³⁰³ Ibid., p. 700.

³⁰⁴ Ibid., p. 701.

³⁰⁵ Ibid., p. 773.

³⁰⁶ Perelman, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Madrid, Editorial Civitas, 1988.

que son razonamientos de tipo tópico o retórico, que están fuera del campo de la lógica de tipo formal.

Perelman aborda entonces la discusión acerca de si la llamada lógica jurídica es simplemente la aplicación de la lógica formal al derecho o si se trata de un tipo de lógica diversa. La lógica jurídica está ligada a la idea que se tenga sobre el derecho, de ahí que su conocer la evolución de éste sea un paso necesario para examinar las técnicas y razonamientos propios de aquella.³⁰⁷

Del razonamiento jurídico pocas veces puede predicarse su corrección o incorrección, de manera como se hace con el razonamiento deductivo puramente formal:

“... quien está encargado de tomar en Derecho una decisión, sea legislador, magistrado o funcionario, debe asumir su responsabilidad. Su compromiso personal es inevitable cualesquiera que sean las razones que pueda alegar a favor de su tesis, pues son raras las situaciones en que las buenas razones que militan a favor de una solución, no queden contrabalanceadas por las razones más o menos buenas que militan a favor de una solución diferente. Y es la apreciación del valor de estas razones –que no podemos reducir a cálculo o a medida- lo que puede ser diferente de un individuo a otro y lo que subraya el carácter personal de la decisión tomada”.³⁰⁸

Perelmann³⁰⁹ señala que el juez al tratar de justificar su decisión, sólo se siente seguro cuando la inserta en un conjunto de decisiones que él prolonga y completa, dentro de un orden jurídico formado por los precedentes y, en su caso, por el legislador. A partir de estas consideraciones, podemos percatarnos que en toda la historia del Derecho ha sido una preocupación constante de los juristas conciliar las técnicas del razonamiento judicial con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión.³¹⁰

³⁰⁷ Perelman, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, cit., p. 15.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 16.

³⁰⁹ *Ibid.*, pp. 17-18.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 20.

El razonamiento jurídico, tomando al judicial como modelo, ha sido objeto de una evolución, que Perelman divide para efectos didácticos en tres etapas que son a) la escuela de la exégesis, b) la etapa de la concepción teleológica, funcional y sociológica del derecho, c) el razonamiento judicial después de 1945. En los siguientes párrafos destacaremos únicamente el punto central que caracteriza el razonamiento jurídico en cada una de las etapas.

Acerca del periodo de vigencia de la escuela de la exégesis en Francia, durante la mayor parte del siglo XIX, Perelman opina que "... bajo influencia del racionalismo moderno, el derecho se asimiló a un sistema deductivo, sobre los modelos de los sistemas axiomáticos de la Geometría o de la Aritmética."³¹¹ Posteriormente, la jurisprudencia de conceptos iba en el mismo sentido, pues lo que pretendía era desterrar las ambigüedades y "fijar de una vez por todas el sentido de los términos jurídicos, de modo que se hiciera posible, a partir de los textos legales, un razonamiento tan estricto como el que se lleva a cabo en un sistema matemático."³¹²

En la segunda mitad del siglo XIX, la visión funcional del derecho, que siguió a la esfuerzos de la escuela histórica de Savigny y de Iering, comenzó a dar un giro a la concepción formalista deductiva de la aplicación judicial del derecho, de manera que el juez, para alcanzar los fines y valores a que va dirigido el sistema, que ya no es considerado cerrado, *no puede contentarse con una simple deducción a partir de textos legales. Debe remontarse desde el texto a la intención que guió su redacción, a la voluntad del legislador, e interpretar el texto conforme a aquella voluntad. Pues lo que cuenta, ante todo, es el fin perseguido, el espíritu más que la letra de la ley.*³¹³

Ante nuevas situaciones que ofrece la realidad, para las que el ordenamiento entendido como ley escrita no encuentra una respuesta, quedan dos caminos, uno de ellos es que el legislador, para mantener al poder legislativo dentro de los cánones legales, modifique y adapte de manera rápida y constantemente los textos y, el segundo, que los jueces

³¹¹ Ibid., p. 73.

³¹² Ibid., p. 74.

³¹³ Ibid., pp. 74-75.

reinterpreten dichos textos. Esta última opción hace salir al juez de la ideología positivista-legalista según la cual *el derecho es la expresión de la voluntad de la nación, del cual el legislador es el único portavoz calificado en virtud de la doctrina de la separación de poderes.*³¹⁴

Así, a la vez que retrocedía de manera paulatina la preeminencia absoluta del legislador y de que el derecho se limita a la ley escrita únicamente, se le iban reconociendo al juez poderes más amplios para interpretarla e, inclusive, crear derecho ante casos no previstos por el legislador. Asimismo, el razonamiento jurídico también adquiriría nuevos matices.

Perelman opina que esta tendencia se acentuó tras el régimen nacional socialismo y la resonancia mundial de los juicios de Nürenberg, lo cual dio origen a una nueva concepción del razonamiento jurídico en occidente en la segunda mitad del siglo XX³¹⁵ como una reacción contra el positivismo jurídico, la escuela de la exégesis y las corrientes sobre la interpretación de los textos legales en función de la voluntad del legislador.

El nacional socialismo en Alemania llevó al extremo el postulado positivista de que la ley, cualquiera que sea su contenido, debe ser obedecida, y las consecuencias que esto trajo consigo hicieron que los juristas se percataran que *hay principios que aunque no constituyan objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el derecho no es sólo expresión de la voluntad del legislador, sino de los valores que tienen por misión promover, entre los cuales figura en primer plano la justicia.*³¹⁶

Los juicios de Nürenberg pusieron de manifiesto en un plano real otro tipo de problema, ante la falta de disposiciones legales expresas, si había de respetarse a cabalidad el principio de *nullum crimen sine lege* tenía que encontrarse un fundamento para hacer posible el castigo de las atrocidades cometidas. Los principios generales del derecho,

³¹⁴ Ibid., p. 91.

³¹⁵ Id.

³¹⁶ Ibid., p. 97.

afirmados como derecho positivo de origen extralegal, que el juez no crea sino *declara*, proporcionaron tal fundamento.³¹⁷

Las teorías que se han ocupado del razonamiento jurídico en la segunda mitad del siglo XX, han abandonado la pretensión de que el mismo sea necesariamente formalizado y de tipo exclusivamente deductivo, y que la sentencia no es la búsqueda de soluciones únicamente conforme a la ley, sino también razonables o aceptables.³¹⁸

Además del papel de los principios generales del derecho, han retomado un nuevo impulso los llamados tópicos jurídicos o *lugares específicos*,³¹⁹ de los que se obtiene en ocasiones las razones que posibilitan evitar una decisión “legal” pero irrazonable o injusta. Los tópicos jurídicos son máximas a las cuales se acude para argumentar y justificar una decisión, representan la experiencia y la tradición condensadas en frases concisas; los siguientes son algunos ejemplos de estos *lugares*: *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, *in dubio pro reo* o *in dubio pro libertate*, *iura scripta vigilantibus*, *las excepciones son de interpretación estricta*, *lo que no está prohibido está permitido*, *nadie está obligado a lo imposible*.³²⁰

La principal objeción a estas máximas es que en el ámbito jurídico no existen principios absolutos que no admitan al menos alguna excepción; sin embargo, la mayor utilidad que los tópicos jurídicos pueden representar en la aplicación del derecho, es que acondicionan de tal modo las controversias que permiten al juez decidir las satisfactoriamente a efecto de conciliar la razón y la justicia. Perelman afirma que acudir a los tópicos *no se contraponen en ningún modo a la idea de un sistema de derecho, sino a la aplicación rígida e inflexible de las reglas*.³²¹

³¹⁷ Ibid., p. 104.

³¹⁸ Ibid., pp. 112 y ss.

³¹⁹ Ibid., pp. 118 y ss.

³²⁰ Acerca de los tópicos jurídicos y algunos ejemplos de los mismos, Cfr. Ibid., pp. 117-130.

³²¹ Ibid., p. 128.

Estas consideraciones abonan el terreno a la introducción de la teoría de la argumentación o nueva retórica propuesta por Perelman al campo del derecho.³²² Para proceder a esto, se ocupa primero de señalar su pretensión inicial de hallar una *lógica de los juicios de valor* que lo llevó al descubrimiento de la Retórica. En palabras de este autor:

“Este descubrimiento no carece de significación para la lógica jurídica. Si el razonamiento del juez se debe esforzar por llegar a una solución que sea equitativa, razonable y ejemplar, con independencia de su conformidad con las normas jurídicas positivas, es esencial poder responder a esta pregunta: ¿Por qué procedimientos intelectuales llega el juez a considerar una decisión como equitativa, razonable o ejemplar, cuando se trata de nociones eminentemente controvertidas?”

La respuesta que proporciona el propio Perelman es esta: es a través de razonamientos dialécticos y retóricos, como se puede llegar a un acuerdo sobre los valores y su aplicación.³²³

La Retórica posee cuatro características que son:³²⁴ 1) trata de persuadir por medio del discurso, 2) la lógica formal se ocupa de la demostración, mientras que la retórica de argumentos que tienen lugar cuando hay que elegir o tomar una decisión, 3) la adhesión a una tesis puede ser de una intensidad variable, 4) la retórica se refiere más a la adhesión de un auditorio, que a la verdad.

Luego de destacar el lugar central que tienen el auditorio, de manera que *un discurso sólo es eficaz si se adapta al auditorio al que trata de persuadir y convencer.*³²⁵

La nueva retórica da por sentado que existen auditorios variados, pero no se limita como la retórica clásica al estudio de las técnicas del discurso público, *se interesa igualmente por el diálogo socrático, por la dialéctica tal como la considera Platón y Aristóteles y por el acto de defender una tesis y atacar la del adversario en una controversia. Debe*

³²² Ibid., pp. 133y ss.

³²³ Ibid., p. 137.

³²⁴ Ibid., pp. 139-141.

³²⁵ Ibid., p. 141.

*englobar, pues, todo el campo de la argumentación, que es complementario de la demostración y de la prueba inferencial, que estudia la lógica formal.*³²⁶

La nueva retórica es el arte de buscar los medios de persuasión disponibles, tiene por objeto provocar y acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que presentan para su asentimiento, en sentido amplio engloba a los tópicos y la dialéctica como técnicas propias del debate y la controversia.³²⁷ Luego de exponer de manera sucinta los aspectos esenciales de su teoría Perelman afirma que en el ámbito jurídico y especialmente en el procedimiento judicial, algunas de las cuestiones que plantea pueden estar reguladas de una manera precisa, pero en la argumentación no judicial dependen de *la costumbre, del buen sentido y del tacto.*³²⁸

Una vez superado el esquema del razonamiento judicial como puramente formal, se superó la búsqueda de soluciones correctas y se optó por la de razonables o convincentes. En el ámbito jurídico “como se trata de hacer aceptables las decisiones de la justicia, se hace indispensable el recurso a técnicas argumentativas y como, por otra parte, se trata de motivar las decisiones mostrando su conformidad con el derecho en vigor, la argumentación judicial tiene que ser específica, pues tiene por misión mostrar cómo la mejor interpretación de la ley se concilia con la mejor solución del caso concreto”.

Estas cuestiones han puesto el acento del debate sobre la motivación de las decisiones judiciales.³²⁹ No obstante, el razonamiento jurídico, si bien toma el modelo del que realizan los jueces, no se agota en éste –el cual inclusive cambia de acuerdo con el auditorio según la materia y la rama del derecho de que se trate, así como si se refiere a hechos o al derecho-, por lo cual Perelman se ocupa de las modalidades que puede adoptar, que son:³³⁰ 1) el razonamiento de los abogados o de las partes en el litigio, cuyas técnicas de argumentación cambian si se refieren a los hechos, al derecho, o de acuerdo

³²⁶ Ibid., p. 142.

³²⁷ Ibid., p. 140.

³²⁸ Ibid., p. 176.

³²⁹ Ibid., pp. 201-208.

³³⁰ Ibid., pp. 208 y ss.

con la naturaleza de quien toma la decisión o de la instancia en que se encuentre el litigio; 2) el razonamiento en el Parlamento, al que Perelman dedica muy poca atención, en virtud de que los argumentos que se utilizan son más de orden social, moral o político;³³¹ 3) el razonamiento jurídico de la doctrina, al que equipara a la de los abogados, cuya autoridad deriva, en parte, de que no defiende intereses particulares, sino que actúa en pro del interés, general, el bien común y la equidad,³³² y 4) el razonamiento judicial, que considera como *el mejor material de estudio de la lógica jurídica*.

El interés de Perelman se concentra en esta última modalidad del razonamiento jurídico y señala al respecto que motivar es *justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundamentado de las opiniones que el juez efectúa. Esta justificación, específica del razonamiento judicial es lo que hay que examinar más de cerca. Al explicitar las razones del fallo, debe convencer a los litigantes de que la sentencia no es una toma de posición arbitraria.*³³³

No obstante, en un pasaje posterior de la obra, se señala que, además del *auditorio* que representan los litigantes, se debe satisfacer además al de *los profesionales del derecho y, por último, a la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y de las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales.*³³⁴

En este sentido, el juez se vale de técnicas argumentativas tópicas y retóricas para encuadrar su decisión en el orden jurídico y a su vez para convencer a las partes, e incluso a la sociedad en general y a sus superiores jerárquicos, acerca de lo acertado de su decisión, esto explica el porqué la motivación de sus determinaciones es en ocasiones una tarea sumamente compleja y delicada. En otros términos, *todo litigio implica un desacuerdo, una controversia, el papel del juez consiste en hallar una solución que sea razonable y aceptable, es decir, ni subjetiva, ni arbitraria*³³⁵, es precisamente en virtud de

³³¹ Ibid., p. 212.

³³² Ibid., p. 213.

³³³ Id.

³³⁴ Ibid., p. 228.

³³⁵ Id.

la *motivación* que el juez justifica su decisión, exhibe sus argumentos que llevan consigo un doble fin, de convencimiento hacia las partes y de congruencia con el orden jurídico vigente.

Perelmann afirma que no hay nada en contra de que el razonamiento judicial presente la forma de un silogismo, pero esto no garantizará en modo alguno el valor de la conclusión; en todo caso, la aceptabilidad de las premisas que integren el silogismo resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y de los valores que se contraponen en el litigio, "*el juez debe efectuar el arbitraje de uno y otros para tomar una decisión y motivarla*".³³⁶

La conclusión a la que se arriba siguiendo las ideas de Perelman es que la lógica jurídica de la que se ocupa no es del carácter de la lógica formal, sino es *argumentación*, misma que *depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hace del derecho y de su funcionamiento en la sociedad*.³³⁷

2.4.2. La Tópica y la Jurisprudencia de Theodor Viehweg.

La obra de Theodor Viehweg, editada por primera vez en Alemania en 1963, está dirigida a investigar los fundamentos de la ciencia del derecho desde un ángulo poco observado en ese entonces, a través de la tónica que define como *una técnica del pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica y que es el desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático*.³³⁸ En la introducción misma de su obra el autor anuncia sus resultados más relevantes, que la tónica, por más que se le ha querido desconectar de la jurisprudencia (en el sentido de ciencia del derecho), se encuentra *en el ius civile, en el mos italicus, en la doctrina civilista y presumiblemente en otras sedes*.³³⁹

³³⁶ Ibid., p. 232.

³³⁷ Ibid., p. 233.

³³⁸ Viehweg, Theodor. Tónica y Jurisprudencia, Tr. Luis Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964, p. 22.

³³⁹ Id.

Si la jurisprudencia en efecto está separada de la tónica, entonces habrá que proceder a una rigurosa sistematización deductiva, a través de medios exactos. Si esto no es así, la jurisprudencia debe ser entendida como un procedimiento especial de discusión de problemas, por lo que habrá de configurarse dicho procedimiento del modo más claro posible de acuerdo con su propia naturaleza; de ahí que sea necesario analizar la tónica y desarrollar una suficiente de teoría de la práctica.³⁴⁰

La manera en que procede Viehweg para arribar a dichos resultados es, en primer lugar, estudiar una obra escrita por Gian Battista Vico en 1708 intitulada *De nostri temporis studiorum ratione* (el carácter de los estudios de nuestro tiempo), en los que analizaba diversas disciplinas y los debates metodológicos que se habían generado en torno a ellas a partir de obras del siglo XVII como las de Francis Bacon, Descartes, Arnauld y Nicole, y Leibniz.³⁴¹ Entre las disciplinas estudiadas se encontraban la física, la aritmética, la medicina, la teología y la jurisprudencia.

En la parte correspondiente a los métodos científicos Vico hace una distinción entre el método antiguo, de carácter retórico (topico), transmitido por Cicerón, y el nuevo que califica de crítico y que es representado por Descartes, a quien Vico no cita pero utiliza a Arnauld, autor del *Art de penser*.³⁴²

El método antiguo o tónica parte del sentido común, que es manipulado a través de lo verosímil, intercambia puntos de vista de conformidad con los cánones de la tónica retórica y utiliza un tejido de silogismos. El método nuevo, en cambio, parte de un *primum verum*, de una verdad incuestionable, luego de la cual se desarrolla con el método de la geometría, que es demostrable, a través de una cadena de deducciones llamadas sorites.³⁴³

³⁴⁰ Id.

³⁴¹ Ibid., p. 25.

³⁴² Ibid., p. 26.

³⁴³ Ibid., p. 27.

Entre ambos hay ventajas y desventajas, el método nuevo trae agudeza y precisión a costa de *pérdida de la penetración, marchitamiento de la fantasía y de la retentiva, pobreza del lenguaje e inmadurez de juicio, en resumen, una depravación de lo humano*, cosas que el antiguo método propiciaba, de ahí que la propuesta de Vico fuera intercalar el viejo modo de pensar con el nuevo, lo que daría a éste verdadera efectividad.³⁴⁴

El análisis sobre el pensamiento de Vico, sirve a Viehweg para fijar el tema central de su obra, la tópica y su relación con la jurisprudencia o ciencia del derecho a efecto de determinar si el desarrollo de ésta en la antigüedad romana se ajusta en su estructura a la tópica y, a partir de esto, qué repercusión tiene el cambio en el modo de pensar que puso de manifiesto Vico.³⁴⁵

Viehweg prosigue su estudio concentrándose en la tópica aristotélica, disciplina a la que de algún modo ya se habían referido también Sócrates y Platón.³⁴⁶ Cabe recordar la tópica es una técnica de razonamiento sobre cuestiones opinables, discutibles y, al menos en la época de Aristóteles, se aplicaba al ejercicio de debates, con el fin de defender las tesis propias y atacar las ajenas.

Nuevamente hay que recordar que es la materia de las premisas lo que determina la disciplina que se ocupa del razonamiento, así como las denominaciones que los tipos de inferencia adopta. En el caso de la tópica, se parte de premisas que parecen verdaderas con arreglo a una opinión acreditada, de las que se derivan conclusiones verosímiles.

Toda disputa se origina a partir de proposiciones, en que existe un problema, mismo que puede referirse ya sea al accidente, al género, al proprium o a la definición. Estos géneros a su vez se relacionan con las categorías (sustancia o quiddidad, cantidad, calidad, relación, lugar, tiempo, estado, posición, acción, pasión).³⁴⁷

³⁴⁴ Id.

³⁴⁵ Ibid., p. 28.

³⁴⁶ Ibid., p. 33 y ss.

³⁴⁷ Ibid., p. 37.

El silogismo y la inducción son los modos de fundamentación en la tónica, pero existen adicionalmente cuatro procedimientos instrumentales para ayudar a encontrar conclusiones adecuadas que son: 1) el descubrimiento de las premisas o proposiciones iniciales; 2) la diferenciación de la plurivocidad existente en las expresiones lingüísticas o distinción de las diversas denominaciones de las cosas; 3) el descubrimiento de las diferencias de géneros y tipos; 4) el descubrimiento de las analogías o semejanzas en los diferentes géneros.³⁴⁸

Luego de distinguir estas categorías, de acuerdo con Viehweg, Aristóteles pasa a tratar y clasificar los tópicos, de los que éste último afirma que son conclusiones dialécticas y retóricas o bien puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean a favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad.³⁴⁹

Finalmente con relación a este punto, Viehweg hace referencia a la técnica de la discusión, cuyas fases y reglas son tratadas por Aristóteles, quien señala que es precisamente la ordenación y el planteamiento de las preguntas la tarea del dialéctico.³⁵⁰

Luego de analizar la tónica según Aristóteles, Viehweg hace algo similar con la tónica expuesta por Cicerón, escrita cerca de tres siglos después que la del primero de los nombrados -en la que se basó-, precisamente para un jurista de nombre C. Trebacio Testa.³⁵¹

Si bien la tónica de Cicerón no es equiparable con la de Aristóteles, para Viehweg, el primero aporta algunas nociones que utilizará en otra parte de su estudio, enseguida haremos referencia a los aspectos destacables. Cicerón hace una distinción entre la invención y la formación del juicio, de que se compone toda teoría de la disertación.

En su obra, Cicerón señala que para profundizar en cualquier materia es necesario conocer sus tópicos, de donde se extrae el material para la demostración. Después, sin

³⁴⁸ Id.

³⁴⁹ Ibid., p. 38.

³⁵⁰ Ibid., p. 39.

³⁵¹ Ibid., p. 40.

hacer una construcción teórica que sí estaba presente en la obra de Aristóteles, Cicerón elabora un catálogo de tópicos para su uso práctico.³⁵²

Los tópicos pueden estar estrechamente ligados al asunto de que se trata o provenir de fuera de éste, los primeros son calificados de científicos o técnicos y los segundos de atécnicos. Los del primer tipo pueden referirse al todo o sólo a algunos de sus aspectos.³⁵³

Cada tópico en particular es analizado por Cicerón, así como sus posibilidades de aplicación. Asimismo, se ocupa de los diversos tipos de debates y de las fuentes de prueba que son adecuados en cada caso. Entre los diversos tipos de debates se encuentran los *causae* que pueden ser judiciales, deliberativos y laudatorios.³⁵⁴

La obra de Cicerón adolece una exposición clara, es imprecisa y por ello ha sido criticada, pero *pone en evidencia algo que en la construcción de la jurisprudencia ha jugado un papel que no carece de importancia*,³⁵⁵ a lo que anuncia que se referirá en otra parte de su obra. Para Viehweg, la tónica fue en realidad algo que encontró Aristóteles, mismo que la bautizó, pero el modelo que trascendió no fue el que éste, sino el expuesto por Cicerón, a quien importaba más que elaborar una teoría explicativa de sus causas, crear algo que diera resultados.³⁵⁶

La tónica transcurrió en el tiempo entre ser una lógica retorizada y pasar a formar parte de la retórica que, por su parte, integraba parte de las disciplinas básicas de la formación cultural antigua. La retórica estuvo integrada a la *paideia*, y luego en Roma era una de las artes liberales; al final de la edad antigua tales artes eran la Gramática, Retórica, Didáctica (lógica), Aritmética, Geometría, Música y Astronomía.³⁵⁷

Tiempo después, entre el año 410 y el 439, Martianus Capella en su obra *De nuptiis Philologiae et Mercurii*, se refiere a las siete artes liberales, junto a las cuales transcurrió

³⁵² Ibid., p. 41.

³⁵³ Ibid., p. 42.

³⁵⁴ Ibid., p. 42-43.

³⁵⁵ Ibid., p. 43.

³⁵⁶ Ibid., p. 44-45.

³⁵⁷ Ibid., p. 44.

la tónica a través de la historia. Asimismo, formó parte del *trivium*, que llegó hasta la edad media y en la que fue cultivada en forma escolar.³⁵⁸

Viehweg prosigue su análisis centrado en la tónica y afirma que el aspecto más importante de ésta es que se trata de una técnica del pensamiento problemático, que se orienta al problema. La tónica proporciona las razones a favor o en contra de cada paso que se da hacia la solución de un problema.³⁵⁹ De esta manera, el problema se mantiene siempre como guía en camino a su solución.

Sobre el concepto *problema* Viehweg señala que puede llamarse así a *toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución.*³⁶⁰

Para hacer frente al problema, *se le introduce una serie de deducciones más o menos explícitas y más o menos extensas, a través de la cual se obtiene una contestación. Si a esta serie de deducciones la llamamos sistema, entonces podemos decir, con una fórmula más breve, que, para encontrar una solución, el problema se inordena dentro de un sistema. p. 50* En este punto de su exposición Viehweg hace una distinción de la mayor importancia para su análisis, si se pone énfasis en el *sistema*, se opera en función de éste una selección de problemas, de manera que éstos quedan en carácter de pseudo problemas si no llegan a ser cubiertos por algún otro sistema; así, cada sistema selecciona sus propios problemas.³⁶¹

Si énfasis se pone en el problema, en la búsqueda de su solución opera una selección de sistemas hasta hallar aquel que le de solución o, en su caso, crear uno, y *conduce usualmente a una pluralidad de sistemas cuya conciliabilidad dentro de un sistema*

³⁵⁸ Ibid., p. 45.

³⁵⁹ Ibid., pp. 49-50.

³⁶⁰ Ibid., p. 50.

³⁶¹ Ibid., p. 51.

*omnicomprensivo no se demuestra.*³⁶² De esta manera, la tópica se inserta en una dinámica de decisiones continuas.

Viewheg, al explicar cómo opera la tópica en un caso particular, trae otras dos distinciones relevantes, esta vez de grado; una de ellas es la *tópica de primer grado* y la otra la *tópica de segundo grado*. De acuerdo con su propia explicación, cuando uno se topa con un problema, *se procede de un modo simple tomando por vía de ensayo, en arbitraria selección, una serie de puntos de vista más o menos ocasionales y buscando de este modo unas premisas que sean objetivamente adecuadas y fecundas y que nos puedan llevar a unas consecuencias que nos iluminen.*³⁶³ Esta es la tópica de primer grado.

Sin embargo, existe en esta forma de proceder cierta inseguridad, por lo que se busca generalmente auxilio en determinados repertorios de puntos de vista preparados de antemano, esto es, catálogos de tópicos. A este procedimiento de acudir a conjuntos preestablecidos de tópicos se le denomina tópica de segundo grado.³⁶⁴

Aristóteles y Cicerón elaboraron catálogos de tópicos, que auxiliarían en la solución de todo tipo de problemas. Tales catálogos han sido de cuando en cuando reclasificados pero en esencia han trascendido y, al respecto, se puede afirmar que hay tópicos universalmente aplicables (para cualquier tipo de problema pensable) y hay tópicos aplicables a una rama específica del saber.³⁶⁵ Un ejemplo de los segundos en el campo jurídico es el catálogo elaborado por Matthaëus Gribaldus Mopha en 1541, tomado del *Corpus iuris* y presentado en orden alfabético; dicho catálogo no constituye un conjunto de deducciones, sino que reciben su sentido desde el problema.³⁶⁶

Los tópicos entonces tienen una función que resulta clara, orientan desde el problema como hilos conductores del pensamiento en la búsqueda de su solución. Con relación a la

³⁶² Id.

³⁶³ Ibid., p. 53

³⁶⁴ Id.

³⁶⁵ Ibid., p. 54.

³⁶⁶ Ibid., p. 55.

lógica, la tópica es un *ars inveniendi*, señala cómo se encuentran las premisas, mismas que aquella recibe y trabaja con ellas.³⁶⁷

Si bien es cierto que el pensamiento problemático evade la formalización, Viehweg señala que la tópica admite series de deducciones, pero de corto alcance, no a manera de *sorites*. Tales deducciones permiten establecer con el interlocutor un *circulo acotado de entendimiento común*.³⁶⁸

En una disciplina cualquiera el catálogo de tópicos que tiene aplicación es de carácter flexible y puede ensancharse o reducirse de acuerdo con el carácter del problema. De esta manera, los puntos de vista que en su momento eran admisibles pueden ser considerados como inaceptables en un momento posterior; la técnica de pensamiento tópico también se hace cargo de estos cambios adoptando la forma de la *interpretación*, que permite nuevas posibilidades de entendimiento sin lesionar las antiguas fijaciones.³⁶⁹

Una vez que las premisas fundamentales se legitiman, a través de la aceptación que de ellas hace el interlocutor, se da origen a lo evidente, lo admitido siempre y en todas partes. Esto permite la calificación de las premisas en vista al problema como relevantes o irrelevantes, admisibles o inadmisibles, aceptables o inaceptables, defendibles o indefendibles; incluso se admiten grados intermedios como lo apenas defendible o lo todavía defendible, que sólo en este ámbito están llenas de sentido.³⁷⁰

La única instancia de control a este respecto es el propio debate, de manera que lo que queda probado por ser aceptado es admisible como premisa, lo que podría parece arriesgado en opinión de Viehweg. No obstante, esto es salvable si se toma en cuenta que *en el marco de lo opinable se puede aspirar también a una efectiva inteligencia y no a*

³⁶⁷ Ibid., p. 58.

³⁶⁸ Ibid., p. 60.

³⁶⁹ Ibid., p. 61.

³⁷⁰ Ibid., p. 61.

*una simple y arbitraria opinión, lo que no tendría sentido y justificaría que la empresa no se tomara en serio, de ahí la importancia de la persona con quien esto se practique.*³⁷¹

Una más de las precisiones que hace Viehweg es la distinción entre legitimar o probar una premisa y demostrarla o fundamentarla. Esta última es una operación lógica que requiere de un sistema deductivo, a efecto de llegar a una premisa central o considerar a la proposición como dicha premisa central. Desde el punto de vista de Viehweg, el procedimiento sería aquel que Vico contraponía con el método antiguo o retórico.³⁷²

Si un sistema deductivo de tal naturaleza es logrado establecer, la tópica es apartada del escenario para dejarlo únicamente a la lógica, en tal sentido, es el sistema y no el problema el que asume la dirección de la cuestión, de forma que las proposiciones son lógicas, esto es, pueden ser calificadas de verdaderas o falsas y no admiten términos intermedios, como si lo hacen en el ámbito de la tópica.³⁷³

Una vez expuesta la naturaleza y funcionamiento de la tópica, Viehweg se adentra en utilizar sus hallazgos y consideraciones en la explicación del *ius civile*, el *mos italicus*, la *axiomática* y la *doctrina civilista*.

De acuerdo con Viehweg, mientras desde el punto de vista sistemático el *ius civile* romano presentaba serias fallas, desde otro ángulo representaba un claro ejemplo del modo de proceder tópico, a partir de problemas concretos.³⁷⁴ Así, utilizando un caso expuesto en el Digesto sobre si quien favorece la usucapción de una esclava robada, también hace suyo el producto del parto de ésta,³⁷⁵ se pone de manifiesto la manera en que son mezclados casos, afirmaciones personales, opiniones populares y conceptos ya

³⁷¹ Ibid., p. 62.

³⁷² Id.

³⁷³ Ibid., p. 63.

³⁷⁴ Ibid., pp. 67 y ss.

³⁷⁵ Ibid., p. 67.

admitidos, de tal forma que se genera todo un tejido jurídico de soluciones a un complejo de problemas que surgen del caso inicial conforme se va encontrando su solución.³⁷⁶

Una solución diversa y contraria de lo anterior se encuentra en las Pandectas, donde en principio se define y se construye el concepto de usucapión, a través de una serie de conceptos previos seleccionados, como son la posesión, posesión de buena fe, idoneidad de las cosas, entre otros.³⁷⁷

Este modo de procederse en el caso del *ius civile* se prolongó y permitió no requerir de manera constante leyes durante el periodo, de esta manera, el derecho se fue construyendo en lo que se podría denominar una etapa vacilante, a la que siguió otra en que los resultados de dicha actividad eran aplicados de manera extensiva a otros problemas. Posteriormente, la rigidez que adquirieron con el tiempo los primeros hallazgos fueron suavizados a través de la interpretación, en la que entró en acción nuevamente la tópica.³⁷⁸

De esta manera se fueron creando catálogos de tópicos, llamadas *regulae*, una forma de tópica de segundo grado formada por *un apretado repertorio de puntos de vista, muy importantes y largamente aceptados, en forma de citas de juristas, pero sin ningún propósito sistemático y en un descuidado orden.*³⁷⁹ Es precisamente por ser admitidos o expresados por juristas reconocidos que adquieren legitimidad.³⁸⁰

En la evolución del pensamiento tópico y la jurisprudencia que presenta Viehweg, corresponde el estudio de *mos italicus*, cuyo representante más destacado fue Bartolo de Sassoferrato y que se mantuvo hasta el siglo XVI, luego del cual fue objeto de numerosos ataques hasta el siglo XVIII. El sistema jurídico posterior a esta etapa cambió al tipo de proceder sistemático, metódico, contrario al de tipo tópico.³⁸¹

³⁷⁶ Ibid., pp. 68-69.

³⁷⁷ Ibid., p. 69.

³⁷⁸ Ibid., pp. 75-76.

³⁷⁹ Ibid., p. 77.

³⁸⁰ Para una pequeña muestra de tales puntos de vista ver Ibid., p. 78.

³⁸¹ Ibid., p. 87.

Los representantes del *mos italicus*, los postglosadores o comentaristas, estaban familiarizados en la tónica, esta debía ser estudiada, como una de las siete artes liberales, antes de poder adentrarse en el estudio del derecho en ese entonces.³⁸² La obra de Cicerón *de inventione* había adquirido en ese entonces un carácter de verdadera autoridad.

Nuevamente la falta de sistematización, propia de la tónica, era una de las críticas al *mos italicus*, lo cual evidencia que la jurisprudencia medieval también se orientaba hacia el problema, con algunas técnicas específicas que enseguida abordaremos.³⁸³

Se recurrió al modo de pensamiento tónico cuando se trataba de salvar las contradicciones entre textos, lo cual se hacía mediante interpretación y utilizando un método de elaboración de concordancias que son: la subordinación de autoridades, la diferenciación y la partición de conceptos, éstas dos últimas a partir de los tónicos generales *simila* y *contraria*.³⁸⁴ También tuvo lugar el pensamiento tónico cuando se buscaba la aplicación de un texto a situaciones que en el tiempo habían cambiado, así, mediante tónicos se aportaban los puntos de vista que permitían la adaptación del texto a la situación existente al momento de la aplicación.³⁸⁵

La forma más extendida en que se procedía era la fijación del problema, los puntos de vista próximos, los puntos de vista contrarios, la solución y, en algunos casos, las objeciones que pueden o pudieran dirigirse a esta última.³⁸⁶ Viehweg hace alusión al esquema tónico seguido en la obra del comentarista Bartolo, y también presente en los libros de enseñanza jurídica, donde se entrelazan la cita a leyes, opiniones, casos, objeciones, réplicas, controversias, en torno a problemas.³⁸⁷

De esta manera, *cada problema tiene que tomarse como una articulación del problema básico de la justicia, para que toda la problemática no sea algo sin sentido. Se esfuerza*

³⁸² Id.

³⁸³ Ibid., p. 92.

³⁸⁴ Ibid., p. 93.

³⁸⁵ Ibid., p. 95.

³⁸⁶ Ibid., p. 96.

³⁸⁷ Ibid., pp. 98-99.

*continuamente por encontrar argumentos para la respuesta, dando ocasión de introducir en un mismo estado de cosas puntos de vista muy diferentes.*³⁸⁸

Como sucedió en otras etapas, los *lugares* que van dejando huella terminan siendo compilados y ofrecidos tanto para la enseñanza, como para su uso práctico.³⁸⁹ La legitimación de estos tópicos viene dada por la consideración que merecen y por su rango o la autoridad de quien provienen, lo que a lo largo del tiempo permite admitirlos como algo siempre válido.³⁹⁰

A la luz de la evolución presentada por Viehweg, éste afirma que *la jurisprudencia, que hasta aquí hemos descrito, no es un método, sino un estilo, que tiene, como cualquier otro estilo, mucho de arbitrio amorfo y muy poco de comprobabilidad rigurosa.*³⁹¹

Uno de los intentos por hacer de la jurisprudencia un método, sobre la base de un sistema deductivo, lo atribuye Viehweg a Leibniz, quien pretende conciliar el pensamiento de la edad media con el de carácter matemático del siglo XVII, y a partir de fundamentos aritméticos *matematizar* la tópica.³⁹² Este intento fracasa de acuerdo con Viehweg *ante la multivocidad del lenguaje espontáneo, que hubo de conducir después a la creación de un lenguaje de precisión y, más tarde, al poner el acento en la axiomática, a la logística.*³⁹³

Es precisamente la relación entre la tópica y la axiomática el paso siguiente en la obra de Viehweg. Para ello, se afirma que un estilo de pensamiento llegado un momento puede desembocar, desde el punto de vista de la teoría de la ciencia, en dos posibilidades. La primera, convertir el estilo en un método deductivo, de manera que sus conceptos y proposiciones formen un conjunto unitario de definiciones y de fundamentos; y la

³⁸⁸ Ibid., p. 100.

³⁸⁹ Ibid., p. 101.

³⁹⁰ Ibid., p. 102.

³⁹¹ Ibid., p. 105.

³⁹² Ibid., p. 106.

³⁹³ Ibid., p. 108.

segunda, conservar el estilo apuntado, de manera que se convierta éste en objeto de una ciencia, En nuestro ámbito en ambos casos podemos hablar de Ciencia del Derecho.³⁹⁴

Una sistematización como la de la primera hipótesis, que tomara en cuenta los resultados obtenidos hasta ese momento por la tópica, traería consigo poder obtener decisiones unívocas de conflictos por la vía de la deducción. De ahí que si bien sistematizar no sea tal vez difícil, si lo sería la aplicación de su resultado.³⁹⁵

Suponiendo que se lograra hacer un sistema lógico, por ejemplo, a partir del Derecho civil, en el que se logran establecer axiomas y conceptos jurídicos unitarios y unívocos, de cualquier forma la tópica no estaría del todo desterrada y nos encontraríamos con ella por lo menos en cuatro momentos.³⁹⁶ El primero de ellos es en la selección de los axiomas y los conceptos base del sistema, que es una tarea ante todo *inventiva*.

Un sistema como el propuesto requiere cada vez más de un lenguaje neutro o al menos unívoco que permita trabajar las deducciones correctamente a partir de los conceptos básicos, es decir, se deben desterrar significados que los términos hayan adquirido a partir de su uso cotidiano o deriven del propio idioma. Después, se hace necesario una serie de cálculos o fórmulas que hagan posible una formalización radical, que permita traducir todo el tejido de relaciones posibles con la ayuda de fórmulas, preceptos operativos invariables y lo más sencillos posibles. Finalmente, habrá que introducir unos signos simbólicos al modo matemático.³⁹⁷

En opinión de Viehweg, los pasos de formalización acaban alejando al sistema de la realidad y *la consecuencia es un cálculo que, a primera vista, no se puede saber para qué disciplina es válido, porque trabaja con unos signos que en la realidad no significan*

³⁹⁴ Ibid., p. 111.

³⁹⁵ Ibid., p. 112.

³⁹⁶ Ibid., p. 113.

³⁹⁷ Ibid., p. 115.

nada.³⁹⁸ Sin embargo, continúa Viehweg, los formalistas puros proceden en sentido inverso, primero desarrollan la formalización, que luego aplican a un determinado campo.

Para 1964, fecha en que fue publicada la obra de Viehweg, éste consideraba que en el ámbito jurídico la unidad sistemática era parcial y sólo aproximada, porque faltaban las correspondientes investigaciones axiomáticas. De esta forma, el tejido jurídico total no alcanzaba a ser un sistema lógico en los términos apuntados, sino, a lo mucho, una indefinida pluralidad de sistemas de alcance diverso, sin relación recíproca comprobable, que no habían sido reducidos a un sistema unitario.³⁹⁹

La pluralidad de sistemas hace posible la colisión entre ellos, lo cual requiere de un instrumentos para eliminarlas que es la *interpretación*, la labor de ésta es crear concordancias aceptables entre tales sistemas pero al hacerlo, puede aumentar el número de sistemas o reducirlo. De esta manera la tópica se infiltra en el sistema jurídico por vía de la interpretación.⁴⁰⁰

La tópica también entra en acción en la fase de aplicación del derecho, dado que el sistema no es perfecto y dentro de éste no pueden encontrar solución todos los casos posibles, de ahí que se tenga que modificar a través de la extensión, reducción, comparación, síntesis, entre otros, lo cual es hacer nuevamente uso del pensamiento tópico en forma de interpretación.⁴⁰¹

Otra de las maneras en que la tópica irrumpe en un sistema como el señalado es en el uso del lenguaje espontáneo, común o natural, ya que éste se va enriqueciendo de manera paulatina, de manera que si llegado un punto en el sistema se debe acudir a determinar el significado de una palabra, esta labor será un tanto insegura para las pretensiones de certidumbre del propio sistema.⁴⁰²

³⁹⁸ Ibid., p. 116.

³⁹⁹ Ibid., p. 117.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 118.

⁴⁰¹ Ibid., p. 119.

⁴⁰² Ibid., p. 120.

Una forma más del embate de la tónica, es la que podemos denominar interpretación de los hechos que Viehweg denomina como interpretación del simple estado de cosas. El tratamiento de los ciertos hechos, para ser posible su inserción en el sistema jurídico, requiere de un tratamiento que los haga utilizables. *Cada audiencia de un litigante, cada declaración de un testigo y con frecuencia también de un perito, nos ponen esto especialmente en claro. A menudo nos dan a conocer un horizonte intelectual que es por completo irregular.... lo que de un modo simplista se llama "aplicación del derecho", es, visto de una manera más profunda, una recíproca aproximación entre los hechos y el ordenamiento jurídico.*⁴⁰³

Como puede apreciarse, Viehweg logra con estas consideraciones poner al énfasis en el sistema en un segundo plano y poner al frente la presencia del pensamiento tónico. Esto le da un nuevo matiz a la subsunción jurídica, misma que no carece de importancia, pero *el centro de gravedad de la operación radica claramente, de modo predominante, en la interpretación en sentido lato y, por ello, en la invención.*⁴⁰⁴ La lógica es indispensable en el terreno jurídico, pero ocupa el segundo puesto luego del *ars invendiendi* o tónica.

En este momento de la obra de Viehweg se está ante uno de los planteamientos que consideramos más contundentes, que la técnica de pensamiento que por siglos ha sido desarrollada en estrecha conexión con la retórica sigue en juego,⁴⁰⁵ así sea en la sombra. Estos son el tipo de obstáculos que el autor que comentamos encontró a las pretensiones de sistematización de la técnica que una ciencia del derecho, concebida a si misma como científica, debiera superar; los axiomas tienen que dar respuesta al problema de la justicia.⁴⁰⁶ Viehweg anota que incluso puede pensarse hoy en aumentar la precisión y la rapidez del procedimiento por medio de trámites maquinales, esto es, la informática.

Para Viehweg, el tipo de ciencia del derecho que critica se encuentra aquella que no trata de modificar la técnica jurídica (esencialmente tónica y retórica), sino que tal como

⁴⁰³ Id.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 121.

⁴⁰⁵ Id.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 123.

funciona, como una *aparición de la incesante búsqueda de lo justo*, la hace objeto de estudio.⁴⁰⁷

En la última parte de su obra Viehweg culmina haciendo algunas reflexiones sobre la relación entre la tópica y la doctrina civilista, sobre todo de algunos ejemplos de autores que se han inclinado al modelo que ha puesto de manifiesto.⁴⁰⁸ A su vez, se pone énfasis sobre la relación de la tópica y la jurisprudencia, que no se podría entender sin el desarrollo previo al que hemos hecho alusión de manera panorámica.

Si la tópica es concebida como técnica del pensamiento problemático y la jurisprudencia está al servicio de la aporía sobre qué es lo justo aquí y ahora, este es el problema que no puede eludirse y respecto del cual no debe perderse vinculación. A partir de esto, toda la estructura de la jurisprudencia sólo puede ser determinada desde el problema, buscando puntos de vista para su solución.

Lo que es importante destacar de nuevo es que la deducción, *imprescindible en todo pensamiento*, no juega en el ámbito jurídico un papel de dirección y tal como afirma Viehweg, *decisiva es más bien la especial elección de las premisas, que se produce como consecuencia de un determinado modo de entender el derecho, a la vista de la aporía fundamental*.⁴⁰⁹ De esta manera, si una deducción produce unos resultados que no son satisfactorios como respuesta a la cuestión central, la justicia, es preciso interrumpirla por medio de una invención.⁴¹⁰

Resultan entonces también relevante el conocimiento de las posibles premisas que apunten a la aporía fundamental y cómo poder insertarlas en el momento adecuado, de otra manera, la deducción guiará el procedimiento sin importar el resultado al que se arribe. Este inclinación deben tener también los principios civiles, que de otra forma exigen ser examinados y recompuestos, y que en modo alguno pueden considerarse como

⁴⁰⁷ Ibid., p. 124.

⁴⁰⁸ Ibid., pp. 127 y ss.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 136.

⁴¹⁰ Ibid., p. 137.

absolutos si no se quiere caer en un sistema axiomatizado, son en todo caso tópicos o guías.⁴¹¹

De esta forma Viehweg señala de manera conclusiva: *Si la jurisprudencia concibe su tarea como una búsqueda de lo justo dentro de una inabarcable plétora de situaciones, tiene que conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto de la aporía fundamental, esto es, debe ser "movil"*.⁴¹²

2.4.3. Los aportes de Toulmin a la teoría de la argumentación.

La obra de Stephen Toulmin, cuya primera edición data de 1958, no está diseñada ni constituye una teoría de la argumentación jurídica, pero su importancia radica en las aportaciones que ofrece sobre el uso real de los argumentos y la crítica que hace a la lógica deductiva, cuestiones ambas de las que parten usualmente las teorías de la argumentación en el ámbito jurídico.

El prefacio y la introducción de la obra retratan de una manera clara su desarrollo y sus objetivos, entre los que se encuentra criticar la insuficiencia de la lógica formal para dar cuenta de la forma y la manera en se usan realmente los argumentos en la vida cotidiana o razonamiento práctico. Tan sólo unos años después de haber sido editada la obra por primera vez, el autor agradecía la amable bienvenida que le habían dado, entre otros, los estudiantes de filosofía del derecho (jurisprudence), interesados en tema del razonamiento y la argumentación.

Para Toulmin, la lógica formal no abarca satisfactoriamente la forma en que en la vida cotidiana se prueba la validez, fuerza y conclusión de los argumentos, por lo que su estudio más que sobre problemas lógicos es acerca de la lógica.

La lógica desde sus inicios con Aristóteles ha sido conformada como un sistema formalizado, que la ha alejado de las cuestiones prácticas que se dan de manera cotidiana.

⁴¹¹ Ibid., pp. 139-142.

⁴¹² Ibid., p. 142.

La demostración lógica, entonces, no corresponde con la manera en que se arriba a conclusiones de forma habitual.⁴¹³

Una de las primeras cuestiones que hay que responder para arribar a estas afirmaciones es qué tipo de disciplina es la *lógica*, para lo cual se aportan dos criterios, el primero de ellos sostiene que por la lógica corre implícitamente la psicología que permite discernir la actividad intelectual (pensamiento) anormal de la considerada normal —la que interesa en cierto modo a la lógica—, y el segundo, inserta la manera en que razonamos dentro de los hábitos y las prácticas en el curso de la evolución social, de ahí que la lógica pueda considerada como un desarrollo de la sociología.⁴¹⁴

Desde otro punto de vista, las reglas que ofrece la lógica podrían ser consideradas no como *leyes* del razonamiento correcto, sino como meros tips u opciones para alguien que quisiera ser calificado de *racional* a la hora de argumentar, a manera de *recetas optativas* para el pensamiento racional.⁴¹⁵ La lógica no tiene que ver con la *naturaleza* del pensamiento y cómo se genera éste, sino que tiene un carácter retrospectivo, es decir, una vez que los argumentos han sido expresados y damos por buena nuestra afirmación de que las conclusiones a las que hemos arribado son aceptables, por ser precisamente conclusiones justificables.⁴¹⁶

Toulmin afirma que cuando entra en escena la lógica, a esta le resulta irrelevante y pone en un segundo plano al pensamiento y la racionalidad, puesto que sólo le incumben las relaciones formales (relaciones lógicas), que se dan entre proposiciones. Si la lógica al proceder de esa manera, alejando toda referencia con el pensamiento, pierde su aplicación práctica original.⁴¹⁷

⁴¹³ Toulmin, Stephen Edelston. *The Uses of Argument*, New York, Cambridge University Press, 1997, p. 2.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 6.

⁴¹⁷ *Id.*

Estas consideraciones sobre el marco que rodea la investigación de Toulmin, le permiten acercarse a su objeto primordial que es la *lógica práctica*, para después arribar a una consecuente *teoría de la lógica*. Para estos fines, el autor que comentamos afirma que la lógica tiene que ver la fortaleza de las aserciones que hacemos –con la solidez de las bases que ofrecemos para apoyarlas, la firmeza del soporte en que las sostenemos- o, para cambiar la metáfora, con el tipo de *caso* que presentamos en defensa de nuestras afirmaciones.⁴¹⁸

La razón por la cual está conectada la propuesta de Toulmin con el campo jurídico, reside precisamente en que utiliza el modelo de la jurisprudencia, cuya principal tarea en su opinión es la mostrar cómo opera el derecho, en el sentido de la forma en que se hacen valer una causa, como es ésta controvertida y finalmente decidida, así cómo las categorías en virtud de las cuales esto se lleva a cabo.⁴¹⁹ La lógica, desde una perspectiva análoga, es jurisprudencia generalizada; los argumentos pueden ser comparados con demandas, y las opiniones que sostenemos en ámbitos extra legales son comparables con las pretensiones que hacemos valer ante un tribunal; de igual forma, la manera en que defendemos en uno u otro contexto nuestra posición es de igual forma similar.⁴²⁰

El proceso en términos jurídicos es equiparable para Toulmin al proceso racional, pues posee a su vez procedimientos y categorías a través de las cuales podemos argumentar y establecer nuestra afirmaciones más generales.⁴²¹

Una de las ventajas de este tipo de aproximación es que sitúa en el centro el tema de la función crítica de la razón. Las reglas de la lógica pueden ser entendidas como *estándares alcanzados* que una persona al argumentar puede alcanzar o no, y a través de los cuales sus argumentos pueden ser evaluados.⁴²² *Un argumento sólido, bien cimentado o fuertemente apoyado, es aquel que puede resistir la crítica, aquel en virtud del cual un*

⁴¹⁸ Ibid., p. 7.

⁴¹⁹ Id.

⁴²⁰ Id.

⁴²¹ Id.

⁴²² Ibid., p. 8.

*asunto puede alcanzar los estándares requeridos y recibir un veredicto favorable. ¡Cuántos términos jurídicos encuentran una alcance natural en todo esto! Uno incluso está tentado a decir que nuestras afirmaciones extra jurídicas deben ser justificadas, no ante los jueces de su majestad, sino frente al tribunal de la razón.*⁴²³

Los anteriores párrafos evidencian la relevancia del estudio de Toulmin, así como la dirección a la cual apunta y los instrumentos que le servirán de apoyo (la analogía con la presentación de un caso y su defensa ante un tribunal). Este autor pone su confianza en que tratando a la lógica como jurisprudencia generalizada –en el término ya apuntado– y si se contrastan sus ideas frente a la manea en que evaluamos los argumentos en la práctica, más que frente al ideal de un filósofo, podremos eventualmente construir una imagen muy diferente a la tradicional.⁴²⁴ En los siguiente párrafos destacaremos los aspectos básicos de cómo desarrolla la tarea que se propone Toulmin y las conclusiones a las que arriba.

Cuando una persona hace una aserción, hace un llamado a nuestra atención y a nuestras creencias. La seriedad con que se tome lo que ha dicho depende de muchos factores, entre ellos qué tipo de persona es y el crédito del que goza en general. El llamado que hace de manera implícita al afirmar algo, es similar a reclamar un derecho o un reconocimiento y, si no se le concede sin mediar argumento alguno, el mérito de lo que señala depende precisamente del que tenga el argumento que pueda producir en su apoyo.⁴²⁵

Cuando uno cuestiona una aserción determinada, solicitamos que se traiga a nuestra atención las bases (apoyo, datos, hechos, evidencias, consideraciones, características) sobre las que los méritos de los que aquella depende. El argumento que se produzca ante el cuestionamiento será aceptado si prueba haber satisfecho determinado estándar.⁴²⁶ Lo que interesa en específico a Toulmin es el tipo de argumentos que tienen una función de

⁴²³ Id.

⁴²⁴ Ibid., p. 10.

⁴²⁵ Ibid., p. 11.

⁴²⁶ Id.

justificación, así como su estructura, los méritos que apoyan, y las formas de graduarlos, evaluarlos y criticarlos.⁴²⁷

Para Toulmin, las conclusiones a las que arribamos, dependen del tipo de problema en torno al cual estamos opinando, que puede ser de índole fáctica, práctica, estética, jurídica o teórica, entre otros. Asimismo, también de esto depende el tipo de evidencia que presentamos, el argumento que producimos para apoyar la posición que adoptamos y los pasos que lo componen.⁴²⁸

Si los argumentos justificatorios que se pueden producir son de distinto tipo, la pregunta que salta a la vista es, qué tanto pueden ser evaluados a través del mismo procedimiento, en los mismos términos y apelando al mismo tipo de estándares.⁴²⁹ A efecto de dar respuesta a esta interrogante, Toulmin hace uso del término “área de argumentos”, de manera que dos argumentos pertenecerán a la misma área, cuando los datos y las conclusiones en cada uno pertenezcan al mismo tipo lógico y, de igual manera, pertenecerán a áreas diversas –Toulmin identifica al menos siete-, si los datos de apoyo y las conclusiones de cada son de un tipo lógico diverso.⁴³⁰

A partir de esta distinción, procede indagar acerca de qué tipo de elementos acerca de la forma, los méritos y la evaluación de los argumentos son *área-invariables* y cuáles otros son *área-dependientes*, es decir, son comunes a todas las áreas o diversos según el tipo de éstas. Lo que intenta Toulmin determinar es qué tanto existen estándares comunes para evaluar argumentos provenientes de diversas áreas.⁴³¹

Para dar respuesta a estos cuestionamientos Toulmin recurre a la comparación entre el proceso jurisdiccional que le sirve de modelo y el proceso racional por el cual son producidos y establecidos argumentos en apoyo a una aserción inicial.⁴³² Si bien en el

⁴²⁷ Ibid., p. 12.

⁴²⁸ Ibid., p. 13.

⁴²⁹ Ibid., p. 14.

⁴³⁰ Id.

⁴³¹ Ibid., p. 15.

⁴³² Ibid., p. 16.

Derecho existen diversas ramas jurídicas, qué tanto las formalidades del proceso o los cánones del argumento jurídico son los mismos para todos los casos en todas ellas.

La manera de plantear los argumentos en asuntos civiles y penales, por ejemplo, es de alguna forma variable, al igual que sucede en diversos campos en general. De igual manera, cambia también el tipo de evidencia que se considera relevante en cada área jurídica. Por otra parte, con ciertas limitaciones, las grandes etapas del proceso en las diversas áreas jurídicas tienen afinidades,⁴³³ por ejemplo, una etapa de fijación de litis, una etapa de ofrecimiento de pruebas, una etapa de desahogo de pruebas y la etapa de decisión o de emisión de la sentencia.

En el proceso racional existen también variables y constantes, ciertas similitudes de forma y procedimiento pueden ser reconocidas en los argumentos de tipo justificatorio en general, sin importar los campos en los que se producen, el tipo de evidencia relevante y el peso que ésta tenga.⁴³⁴ En este sentido, una vez planteado el problema, generalmente en forma de pregunta, se emite una opinión, para justificar la cual recurrimos a una serie de etapas, que no necesariamente corresponden a aquellas que tuvieron lugar para arribar a dicha opinión/conclusión, sino a su justificación o soporte.⁴³⁵

Para averiguar un poco más sobre las etapas de justificación, Toulmin señala que hay que conectarlas con ciertos términos conocidos como términos modales (modal terms), tales como *posible*, *necesario* y similares, cuyo uso práctico y la función que realizan resulta del mayor interés. Las etapas de justificación serían las siguientes:⁴³⁶

Primera etapa: Ante cualquier problema y luego de fijarlo, existirá una etapa inicial en la que debemos reconocer que existe un número determinado de opciones o sugerencias que llaman nuestra atención, éstas son *candidatas* para el título de “solución”.⁴³⁷ En esta

⁴³³ Id.

⁴³⁴ Ibid., p. 17.

⁴³⁵ Id.

⁴³⁶ Ibid., p. 18.

⁴³⁷ Id.

etapa, se puede hablar de *posibilidades*, pero sólo cuando las opciones merezcan el derecho de ser consideradas seriamente.⁴³⁸

Segunda etapa: Esta consiste en considerar las opciones o sugerencias derivadas de la primera etapa, acerca de la información que tenemos al alcance y les sirve de apoyo. Habrá ocasiones, aunque excepcionales, en que una de las candidatas a *solución* sea considerada como la única buena o correcta y no deja lugar a dudas; no obstante, en muchos casos esto no es así y es difícil situar una opción encima del resto, por lo que las preguntas quedan como asuntos de opinión o de gustos, como se da en el terreno de lo estético.⁴³⁹

De cualquier forma, cuando la información a nuestro alcance apunta de manera inequívoca a una solución particular, contamos con términos para distinguirla; decimos entonces que la conclusión “debe ser”, o que “necesariamente es” o expresiones del tipo.⁴⁴⁰

No todos los argumentos pueden llegar a este estado de certidumbre; no obstante haber considerado la relevancia de las opciones y posibilidades a nuestro alcance, podemos estar aún sin hallar una conclusión inequívoca. Sin embargo, no todo ha quedado estático, pues en esta etapa algunas opciones que habían alcanzado el rango de *posibilidades* podrían haberlo perdido y quedado fuera de consideración subsecuente. En estos casos otros términos encuentran su uso, tales como “no puede ser”, “no se puede”, “imposible” y similares.⁴⁴¹

Dentro de las posibilidades *sobrevivientes*, debemos hallar la forma de graduarlas de acuerdo con la información disponible, a efecto de que aquella que sea más confiable

⁴³⁸ Id.

⁴³⁹ Ibid., pp. 19-20.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 20.

⁴⁴¹ Ibid., p. 21.

continúe al rango de *conclusión*, respecto a la cual podemos decir que es “más probable” que las otras, lo cual es sólo una sugerencia a modo.⁴⁴²

Puede suceder que sólo podamos afirmar que una opción sea *la respuesta*, suponiendo que ciertas inusuales o condiciones excepcionales no incidan en el caso particular. En estos casos, a la *conclusión* se le da el carácter de una *presunción*, misma que se sostendrá en tanto no se aporten elementos que la deslegitimen.⁴⁴³

La conclusión a la que arriba Toulmin, es que las diversas fases que hemos descrito brevemente, pueden hallarse en argumentos judiciales y extra judiciales (física, matemáticas, ética o cualquier situación cotidiana acerca de un hecho). Estas similitudes en el procedimiento entonces son aplicables a diferentes áreas y, considerando que la forma del argumento presentado refleja tales similitudes, también ésta será semejante en las diversas áreas.⁴⁴⁴

Este desarrollo sirve a Toulmin para profundizar en la cuestión acerca de los elementos *área-invariables* y los *área-dependientes*, para lo cual utiliza las diversas maneras de uso de la forma negativa del verbo *poder*, es decir, “no se puede” (cannot), en una primer área de argumentos.⁴⁴⁵ En primer término se toman diversas situaciones en que se utiliza dicha forma negativa, por ejemplo, cuando se hace referencia a una imposibilidad o impropiedad de carácter físico: “no puedes cargar mil kilos con una sola mano” o “no puedes meter mil personas en un sitio destinado a doscientas como máximo”; y lingüístico: “no puedes referirte a una obra de arte simplemente como manchas de colores” o “no puedes decir la hijo”.⁴⁴⁶

La primera observación que Toulmin realiza es que ejemplos como esos (refiriéndose a casos similares que utiliza), parecen a primera vista poder ser divididos en dos grandes grupos, los de carácter físico o natural y los de tipo lingüístico; no obstante, en contextos

⁴⁴² Id.

⁴⁴³ Id.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 22.

⁴⁴⁵ Ibid., pp. 22 y ss.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 23.

determinados o con algún tipo de explicación adicional en realidad pueden llegar a traslaparse, por ejemplo, si una persona utiliza una grúa puede fácilmente cargar mil kilos con una sola mano, gracias a la cual acciona una simple palanca.

La segunda observación es que en el ámbito científico existen también imposibilidades, pero estas son de carácter teórico, basadas o en la naturaleza o en el terminología adoptada cuando elaboran las teorías.⁴⁴⁷

Además de los casos ya apuntados, Toulmin hace referencia a otros dos, uno de ellos referido al ámbito normativo: cuando un vigilante le indica a una persona que está fumado un cigarrillo en el tren que “no se puede fumar en dicho vagón”, lo cual no significa ni una imposibilidad física, ni una cuestión de uso apropiado del lenguaje, sino la existencia de una norma que lo prohíbe. El otro ejemplo es el de un padre que expulsa a su hijo de la casa por su mal comportamiento, y se da la intervención de un amigo de éste quien refiere al padre que “no puede expulsar a su hijo del hogar de ese modo, sin un solo quinto”; en este caso, se trata de una imposibilidad frente a una norma ética.⁴⁴⁸

Existen también ejemplos de carácter jurídico-procesal, cuando se señala “no se puede recabar el testimonio de un padre en una causa contra su hijo”; de incongruencia conceptual, tal como “no se puede pesar el fuego”; o de imposibilidades matemáticas como “no se puede obtener la raíz cuadrada de 2”.⁴⁴⁹

Estos ejemplos dejan en claro una implicación común en todos estos casos de las palabras “no se puede”, que sirve como una especie de orden para expulsar algo o para dejar fuera de consideración un curso de acción relacionado con ese algo (por ejemplo, cargar 1000 kilos con una sola mano, hablar acerca de un cuadro, o forzar a un padre a testificar contra su hijo).⁴⁵⁰ Lo que significa en cada caso de los expresados *expulsar*, las bases para hacerlo, así como las consecuencias de no seguir la indicación “no se puede” varía en

⁴⁴⁷ Ibid., p. 27-28.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 29.

⁴⁴⁹ Id.

⁴⁵⁰ Id.

cada caso, pero hay sin embargo un patrón común que se expresaría de la siguiente manera:

“P siendo el estado de cosas que es, tu puedes expulsar cualquier cosa que involucre Q; ya que de otra manera sería R, y llevaría a S”, de manera que sirve para todos los ejemplos, donde “P” es la base de la “imposibilidad”, “impropiedad” o “la norma”; Q” es el curso de acción que “no se puede” o “no se debe” realizar; “R” es lo que se ocurre si se procede contra lo indicado y “S” es la consecuencia negativa de esto (desilusión, ridículo, remordimiento, incompreensión, ser sujeto a una pena). De esta manera, si bien diversos elementos varían según las áreas de los argumentos, hay cuestiones que son área-invariables en todos los casos.

Los términos modales como “no se puede”, además de diversos usos, poseen además dos características distintivas: La *fuerza* del término y los *criterios* para su uso. Por *fuerza* se entiende la implicación práctica de su uso, que en el caso señalado es “expulsar” “descalificar” o “dejar fuera de consideración” (to rule out); mientras que los *criterios* son los estándares, las bases, las razones por referencia a las cuales decidimos en cualquier contexto que el uso del *término modal* es apropiado, en otras palabras, sólo podemos decir que algo debe ser “expulsado” o “no considerado”, sólo si producimos las bases o las razones para justificarlo.⁴⁵¹

Con relación a ésta explicación, además de sus méritos, surgen dos extremos que se deben evitar, el primero de ellos es incurrir en el error de considerar que los términos modales tienen tantos significados como áreas o contextos de aplicación, lo que sucedería si se obvia su *fuerza*; y el segundo, elevar las razones o las bases que lo apoyan en una determinada área, como el estándar único aplicable al resto de las áreas.⁴⁵² Cuando nos movemos en campos diversos de aplicación de un término modal, su fuerza se mantiene, mientras que criterios propios de cada campo varían.

⁴⁵¹ Ibid., p. 30.

⁴⁵² Ibid., pp. 34-35.

De esto se arriba como conclusión que la *fuerza* de los términos modales es área-independiente y los *estándares* son área-dependientes. Tomando como ejemplo ahora el término “posible”, podemos señalar que una *posibilidad* ante un problema determinado significa que se trata de una opción que merece consideración, esto lo que no varía se trate del contexto de que se trate; en cambio, lo que necesita para ser merecer consideración, depende del campo en que nos encontremos.⁴⁵³ Para Toulmin esto significa que *todos los estándares para la crítica y evaluación de argumentos,... son en la práctica área-dependientes, mientras que los términos de evaluación son área-independientes en su fuerza.*⁴⁵⁴

Lo que parece ser una distinción muy simple y sin una elaboración compleja, resulta ser un fuerte ataque a la lógica, pues esta disciplina pretende precisamente reducir los estándares para evaluar argumentos en diversas áreas a un solo bloque. De igual forma, la lógica privilegia para ser consideradas cuestiones matemáticas o cuestiones de hecho, dejando fuera muchos campos en los que también se producen argumentos y haciendo parecer a las conclusiones de los primeros como más racionales que el resto.⁴⁵⁵

Una de los elementos sobresalientes ligados a la lógica es la llamada “forma”, los argumentos, para ser válidos, deben ajustarse a determinada *forma*, que es un término carente de una explicación suficiente acerca de su significado y entendible como una extensión natural de las matemáticas, en específico de la geometría, al campo de la lógica.

En el marco del trabajo de Toulmin, el modelo de forma lógica se contrasta con el que ofrece proceso racional, nuevamente comparado con el que opera en la práctica jurisdiccional, que involucra más que formas *etapas* o *secuencia* de *etapas* conforme a ciertas “reglas del procedimiento” o *formalidades*. Esto llevaría a preguntarse qué tanto depende un buen argumento de la forma *more geometrico* que adopte o mejor, en términos procedimentales, de su conformidad con las formalidades que deben ser

⁴⁵³ Ibid., pp. 36 a 38.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 38.

⁴⁵⁵ Cfr. Ibid., pp. 39 y ss.

observadas en cualquier evaluación racional.⁴⁵⁶ En pocas palabras un buen argumento lo es por su forma o por el procedimiento que se siguió en su elaboración.

El segundo capítulo de su obra Toulmin lo dedica por completo las funciones prácticas de los términos “probablemente”, “probable” y “probabilidad”, a partir de las categorías ya señaladas, en la formulación y crítica de argumentos, que desde el punto de vista filosófico la atención que han merecido es poca y, en mucho, equivocada.⁴⁵⁷

La crítica es nuevamente que se ha dejado de lado la manera en que es usado el término — para indicar compromisos con cierta reserva y declaraciones cualificadas de intenciones propias—, para dejarlo únicamente en planteamientos científicos, para hacer predicciones.⁴⁵⁸ Para Toulmin, el adverbio *probablemente* sirve para calificar conclusiones y aserciones, con el fin de indicar que una declaración se hace en un grado menor a *positivamente*, y que debe ser tomada como un compromiso de quien la realiza, pero hasta cierto grado.⁴⁵⁹

A partir de esto, evaluaciones, predicciones y promesas, que involucran de algún modo el término “probablemente”, no presentan diferencias, en todas ellas la *fuerza* del adverbio no cambia. Que tanto está comprometida una persona por tales vocablos, depende de las bases, razones y la evidencia a nuestra disposición, de esta manera, los términos acerca de probabilidad sirven no sólo para calificar una aserción, sino también indican la fuerza del apoyo con el que contamos en un determinado caso.⁴⁶⁰

Es precisamente la calidad de la *evidencia* o *argumento* a disposición del orador, lo que determina el tipo de calificativo que está autorizado a utilizar en sus enunciados: “esto debe ser así”, “esto podría ser así”, “esto no puede ser así”, “probablemente” o “posiblemente”.⁴⁶¹ Al calificar de esta manera nuestras conclusiones y aserciones

⁴⁵⁶ Ibid., pp. 43.

⁴⁵⁷ Ibid., pp. 44 y ss.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 50.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 89.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 90.

⁴⁶¹ Id.

autorizamos a nuestros oyentes a poner más o menos fe en ellas, confiar en ellas, o tratarlas como más o menos dignas de confianza.⁴⁶²

Cuando las matemáticas son introducidas en la discusión acerca de la probabilidad de eventos futuros, la discusión acerca de las probabilidades se convierte en sofisticada y compleja, pero a menos que se un cálculo provea los medios para estimar que tanto las proposiciones correspondientes merecen nuestra confianza o creencias, puede ser llamado difícilmente “cálculo de probabilidades”.⁴⁶³

Sin embargo, si suprimimos de la teoría de la probabilidad matemática todo lo que ella es deudora de nuestros caminos pre-científicos de pensamiento acerca de la materia, perdería su aplicación en asuntos prácticos. Así sean apoyadas en cálculos matemáticos o no, la función característica de nuestras declaraciones prácticas acerca de lo que es probable es presentar aserciones y conclusiones cautas o calificadas.⁴⁶⁴

El capítulo tercero de la obra de Toulmin acerca de la composición de los argumentos, por supuesto con las categorías y conceptos proporcionados por los dos apartados previos, es el que contiene el mayor aporte para el establecimiento y crítica de argumentos, pues aterriza con claridad su propuesta de ofrecer un camino alternativo al de la lógica formal y, por tanto, al del propio silogismo.⁴⁶⁵

Para Toulmin un argumento es como un organismo, tiene una estructura anatómica gruesa y una más fina de carácter fisiológico. Cuando se establece un argumento en todos sus detalles, uno puede distinguir las principales fases por las cuales se muestra el progreso del argumento desde la afirmación inicial acerca de un problema no resuelto, hasta la presentación final de una conclusión.

Estas fases principales representan las unidades rectoras del argumento, sus órganos, por así decirlo. Sin embargo, en cada párrafo que integra el argumento uno puede descender

⁴⁶² Ibid., p. 91

⁴⁶³ Id.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 93.

⁴⁶⁵ Ibid., pp. 94 y ss.

al nivel de las oraciones individuales, en donde se reconoce un tipo de estructura más fina, y ésta es precisamente de la cual los lógicos se han ocupado y concentrado. Es precisamente al nivel “fisiológico” que la idea de forma lógica ha sido introducida, y aquí es precisamente donde la validez de nuestros argumentos debe ser establecida o refutada.⁴⁶⁶

De esta manera, los micro-argumentos, como los califica Toulmin, deben ser vistos de cuando en cuando con un ojo en los macro-argumentos en los que figuran, en virtud de que la manera en que formulamos y presentamos éstos puede afectar el rol que deben jugar los primeros en un contexto más amplio. El objeto del apartado será estudiar la manera de operar de los argumentos, frase por frase, con el fin de ver como su validez o invalidez está conectada con su composición, y la relevancia de esta conexión con la noción tradicional de forma lógica.⁴⁶⁷

Para ello se parte de los dos modelos rivales identificados, a saber el de tipo matemático y el jurisprudencial, con lo cual retorna a una pregunta realizada previamente, acerca de si la forma lógica de un argumento válido es algo quasi-geométrico o es en realidad una cuestión de *procedimiento* o *formalidades*, o si la noción de forma lógica es una combinación de ambos aspectos. Si esta última opción es la correcta, Toulmin cuestiona de qué manera y por qué un adecuado *procedimiento* demanda la adopción de una forma geométrica simple y cómo ésta garantiza en su momento la validez de nuestros procedimientos.⁴⁶⁸

Toulmin inicia sus reflexiones sobre los temas anteriores criticando a Aristóteles, quien al analizar la micro estructura de los argumentos señaló que su diseño era simple, a partir de tres proposiciones conocidas como premisa mayor, premisa menor y conclusión. La estructura que propone Toulmin se basa como hasta ahora en el modelo del proceso jurídico, que para esta fase posee mayor complejidad, pues pueden identificarse un

⁴⁶⁶ Ibid., p. 94.

⁴⁶⁷ Id.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 95.

número diverso de proposiciones, con un peso distinto en la conformación de un caso sólido.

Las proposiciones jurídicas pueden tener hacer la función de pretensiones, evidencias, testimonios acerca de eventos discutibles, interpretaciones de un texto legal o discusiones acerca de su validez, peticiones de excepciones en la aplicación de la ley, veredictos, sentencias. Todas estas tienen un rol que jugar en el proceso y las diferencias entre ellas no son una mera frivolidad.⁴⁶⁹ Cuando se aplica este modelo a campo de los argumentos racionales en general, cabe preguntarse si es posible analizarlos a partir de un grupo de categorías similares.

Supongamos que hacemos una aserción determinada y que la misma es cuestionada, tendríamos entonces que mostrar que es acertada y justificable ¿Cómo se lleva esto a cabo? En primer lugar tendremos que producir o mostrar los hechos que la apoyan o le sirven de fundamento (a menos que la aserción la hallamos hecho a la ligera o de manera irresponsable); Toulmin presenta una serie de ejemplos de diversa índole, pero únicamente haremos alusión a uno similar de tipo jurídico, que es el del señor Wilkinson que es acusado ante un tribunal por violar el reglamento de tránsito por conducir a exceso de velocidad (100 kms por hora); la aserción es la acusación que hace el fiscal, quien para apoyarla ofrece el testimonio de dos policías de tránsito, esto permite ver con claridad que una vez que la aserción en cuestionada se deben producir algunos hechos que la apoyen.⁴⁷⁰

Este ejemplo sirve para precisar una primera distinción: una cosa es la pretensión o aserción cuyos méritos queremos establecer (C) y otra son los hechos a los que hacemos referencia como fundamentos de la misma, los que serán denominados “datos” (D). Entonces si la pretensión es cuestionada, la producción de los datos sobre los que se basa bastaría para dar respuesta al cuestionamiento.⁴⁷¹

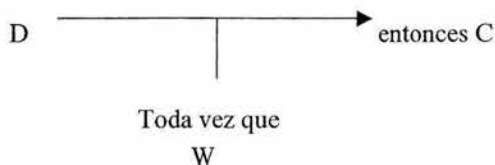
⁴⁶⁹ Ibid., p. 96.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 97.

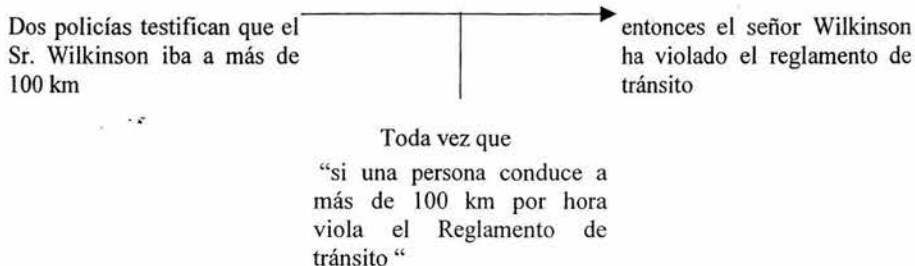
⁴⁷¹ Id.

No obstante, si se formulan subsecuentes preguntas, no obstante los datos ofrecidos, no se requiere sumar más información fáctica, sino indicar el peso que tienen los datos ya ofrecidos en nuestra conclusión o aserción. El tipo de pregunta se refiere en este caso a la justificación de por qué tales datos apoyan la conclusión; de ahí que el tipo de proposición que ahora se adelanta será acerca de reglas, principios, inferencias permitidas, en lugar de datos adicionales; se trata entonces de legitimar el paso de los datos a la conclusión. Las proposiciones del tipo señalado son llamadas por Toulmin garantías/warrants (W), para distinguirlas tanto de los datos (D) y la conclusión (C);⁴⁷² Desde un punto de vista jurídico los datos serían las cuestiones de hecho y las garantías las de derecho.

En el ejemplo ya señalado, la *garantía* se formularía de la siguiente manera: “una persona que conduce a más de 100 km por hora ha viola el Reglamento de tránsito”. A partir de estos elementos Toulmin ofrece el primer esqueleto del patrón para análisis de argumentos, tal como se muestra a continuación:



Aplicado al ejemplo que hemos seguido y sustituyendo las letras señaladas se formularía de la siguiente manera:



⁴⁷² Ibid., p. 98.

Toulmin señala algunas diferencias entre los datos y las garantías, como pueden ser que a los primeros se acude de manera explícita y directa a partir de la pretensión, mientras que las garantías son incidentales y explicatorias pues su tarea es únicamente la de registrar explícitamente la legitimidad del paso que se da entre los datos y la pretensión. Otra diferencia radica en que las garantías están expresadas en términos generales o abstractos y permiten certificar la legitimidad de todo tipo de argumentos del tipo en cuestión y, finalmente, son precisamente las garantías las que permiten someter los argumentos a una evaluación racional.⁴⁷³

El esqueleto que se presentó únicamente se muestra en su forma más básica, pues las garantías son de diverso tipo y confieren grados distintos de fuerza a la conclusión que justifican. En ese sentido, algunas permiten tomar una conclusión como *necesaria*, otras como una *probabilidad* y otras como una *presunción*, de ahí que se requiera hacer referencia al grado de la fuerza de la conclusión. De nueva cuenta, como en el derecho, en ocasiones es posible afirmar que una determinada ley es la que resulta aplicable al caso concreto, pero hay otras en las que cuestiones especiales hacen del caso una excepción o permiten la aplicación de la ley, pero sujeta a ciertas cualificaciones.⁴⁷⁴

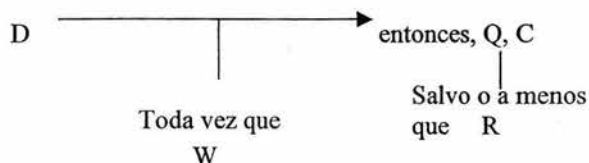
En estos casos es necesario agregar al esquema ciertos cualificadores modales (Q) y condiciones de excepción o refutación (R). Las primeras son indicativas de la fuerza conferida por la garantía y las segundas indican circunstancias en las cuales la autoridad general de la garantía debe dejarse de lado.⁴⁷⁵

En el esquema ya señalado, ambos elementos tomarían el siguiente sitio de acuerdo con Toulmin:

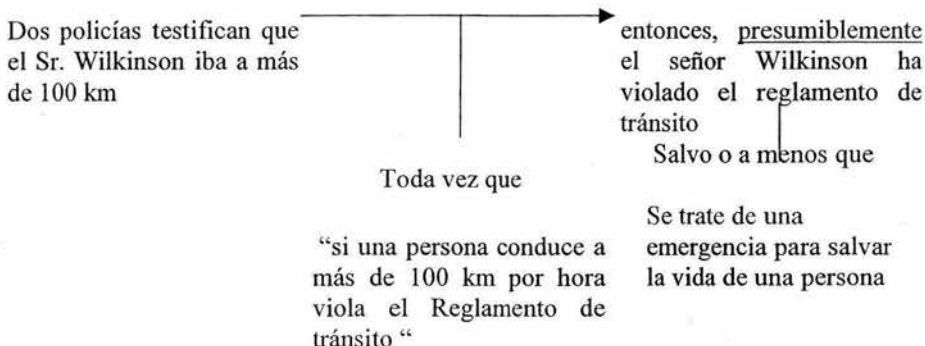
⁴⁷³ Ibid., p. 100.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 101.

⁴⁷⁵ Id.



El ejemplo que hemos venido utilizando, en consecuencia se estructuraría de la siguiente manera:



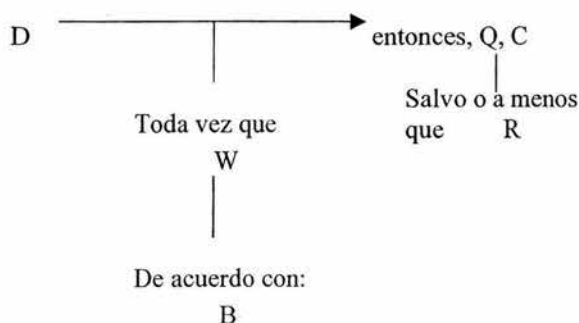
Toulmin llama la atención a la distinción entre la formulación de la garantía y las condiciones de su aplicabilidad; así como a la circunstancia de que la producción de nuevos hechos pueda servir como futuros datos o para confirmar o rechazar la aplicabilidad de la garantía. Además, la aplicabilidad de una garantía particular es una cosa, el resultado que se obtiene de su aplicación es otra, por lo que al momento de preguntar acerca de la *corrección* hay que considerarlas por separado.⁴⁷⁶

Por otra parte, cuando es cuestionada la *garantía* (W), que como se indicó está formulada en términos generales, estamos cuestionando la legitimidad de todo un tipo de argumentos que están dentro de su alcance. Si una *garantía* es aceptada no hay duda del carácter implecable del argumento, pero si es cuestionada esto nos lleva a recurrir a un elemento

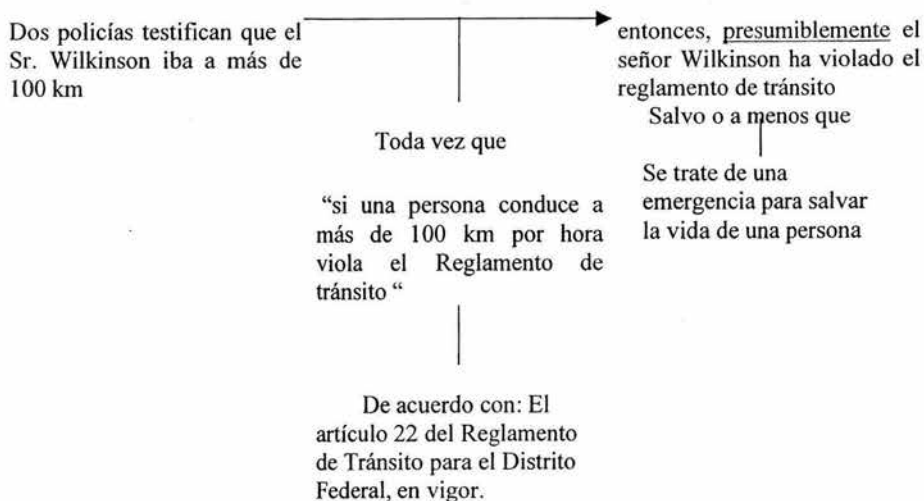
⁴⁷⁶ Ibid., p. 102.

nuevo que ayuda a soportar la autoridad de la garantía, el cual Toulmin denomina *soporte* (B, *background*).⁴⁷⁷

El tipo de *soporte* (B), varía entre los diversos campos de argumentos, por lo que dicho apoyo es *área-dependiente*. Dicho *soporte* encontraría el siguiente lugar en el esquema ya tratado, que inclusive puede seguir creciendo en complejidad:



En el ejemplo concreto al que hemos hecho alusión el nuevo elemento aparecería de la siguiente manera:



⁴⁷⁷ Ibid., p. 103.

Las diferencias entre la *garantía* y el *soporte*, consisten en que los enunciados de la primera están redactados de forma hipotética, mientras que en el segundo caso se pueden plantear como enunciados categóricos acerca de hechos, mismos que incluso pueden ser verificables. La diferencia entre los *datos* y el *soporte* es que sin los primeros no hay argumento y éstos se tienen que plantear de forma explícita, en el segundo caso la necesidad de su aparición es incidental y por lo regular se presuponen.⁴⁷⁸

Puede suceder que en un determinado argumento la *garantía* se vea cuestionada y se deba proceder a darle un *soporte*, pero incluso en estos casos, si no es aceptada, se puede optar por presentar un argumento diverso y una nueva *garantía*, misma que si no es aceptada, admite de nuevo las posibilidades señaladas, y así continua la comunicación.

A partir de la explicación de su modelo, Toulmin procede a hacer un análisis de su propuesta acerca de la formulación de argumentos confrontándola con el silogismo, representado por una proposición singular como premisa mayor, una proposición universal como premisa menor y una proposición singular como conclusión, para determinar en primer lugar a qué correspondería en este último los datos, la garantía y el soporte⁴⁷⁹ y afirma que tras las aparentes formas inocentes usadas en el argumento silogístico se esconde una complejidad.⁴⁸⁰

A partir del uso de proposiciones universales como “todos los A son B” o “ninguno de los A son B”, y aquellas que expresan “casi todos los A es B” y “casi ningún A es B”, muestra cómo ocuparían dentro de la figura del silogismo las proposiciones que en esquema de Toulmin corresponden al dato, la garantía y la conclusión o al dato, el soporte y la conclusión, etcétera. De lo cual se arriba a la conclusión de que en ciertos casos el

⁴⁷⁸ Ibid., p. 106.

⁴⁷⁹ Ibid., pp. 107 y ss.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 108.

silogismo lleva a ambigüedades al no separar la garantía de su soporte, lo que en el modelo propuesto por Toulmin no sucede así.⁴⁸¹

Otro de los aspectos de que se ocupa Toulmin es el de la validez formal del silogismo, de acuerdo con la cual es simplemente la forma lo que hace a un argumento válido, dicha forma deviene de una determinada posición de las premisas y el “rearreglo” de sus términos que se expresan en la conclusión. En primer término, si las premisas y la conclusión del silogismo se integran por el dato, la garantía y la conclusión en efecto puede existir una validez formal, sin embargo, cuando es sustituida la garantía por el soporte el paso de las premisas a la conclusión no puede entenderse en términos de forma.⁴⁸²

Entonces, hablar acerca de forma lógica tiene dos aspectos, el primero de ellos es la relevancia que tiene la forma “geométrica” en el análisis tradicional del silogismo, para alguien intentando distinguir argumentos fuertes de argumentos débiles; y si la forma tradicional de analizar micro argumentos compuestos por dos premisas y una conclusión, es suficientemente compleja para reflejar los matices de la manera de evaluar argumentos en la práctica.⁴⁸³ De ahí que la lógica tenga desde el punto de vista práctico más similitudes con la jurisprudencia que con las matemáticas: un argumento claramente analizado es tanto uno en el cual las formalidades de evaluación racional han sido expresadas y situadas de manera adecuada, así como aquel presentado en una forma geométrica precisa.⁴⁸⁴

El problema central es que un tipo específico de argumentos expresados en su forma más simple, puede servir de objeto de estudio teórico, pero no servir de paradigma y exigir que los argumentos en otras áreas deban conformarse con estos estándares, o también que las categorías elaboradas a partir del estudio señalado sean aplicadas a argumentos de todo

⁴⁸¹ Ibid., p. 111.

⁴⁸² Ibid., pp. 119-122.

⁴⁸³ Ibid., p. 141.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 143.

tipo.⁴⁸⁵ En este sentido Toulmin afirma: “El desarrollo de la teoría de la lógica, yo opino, comenzó históricamente con el estudio de una clase muy especial de argumentos, que son inequívocos, analíticos, válidos formalmente con una proposición universal como *premisa mayor*”, que son de tal manera excepcionales por diversas razones que son en realidad un mal ejemplo para un estudio general.⁴⁸⁶

Dichas razones son: 1) que el uso de la forma “todos los A son B” en la premisa mayor, cancela la distinción entre la inferencia-garantía y la afirmación que le sirve de soporte; 2) la diferente entre los datos y la garantía deja de tener la importancia que posee, 3) en argumentos de la forma tradicional el procedimiento para verificar el soporte en cada caso involucra de *ipso facto* verificar la conclusión, y 4) en los argumentos de forma tradicional se vuelve imposible aceptar los *datos* y el *soporte* y, al mismo tiempo, negar la conclusión, sin caer en una auto contradicción.⁴⁸⁷

Desde el punto de vista histórico, fijar la lógica en una forma matemática es una cuestión sumamente antigua. Desde Aristóteles, quienes han teorizado acerca de la lógica han buscado un doble propósito, el primero de ellos es sistematizar los principios de los buenos argumentos y teorizar acerca de los cánones de los argumentos, y el segundo, ellos han siempre sostenido el ideal de que la materia debe ser una ciencia formal, deductiva y preferiblemente axiomática.⁴⁸⁸

Desde el siglo XVII la materia ha tendido a volverse más matemática en las manos de Leibniz, y posteriormente de Boole, Frege y los lógicos simbólicos del siglo XX; incluso en nuestros días muchos lógicos probablemente les interesa más el aspecto del ideal matemático de la lógica, que su aplicabilidad.⁴⁸⁹ Sin embargo, el ejercicio del juicio racional es en sí mismo una actividad llevada a cabo en un contexto particular y esencialmente dependiente de éste; los argumentos que encontramos han sido establecidos

⁴⁸⁵ Ibid., p. 144.

⁴⁸⁶ Id.

⁴⁸⁷ Id.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 177.

⁴⁸⁹ Id.

en un tiempo y situación determinadas, y cuando se trata de su evaluación deben ser confrontados con aquello que les sirve de apoyo. Entonces, la crítica práctica de los argumentos, así como de la moral, de ninguna manera está en posición de adoptar la postura de los matemáticos.⁴⁹⁰

Para Toulmin, la jurisprudencia ha sido una de las materias que siempre ha contenido una cierta parte de lógica dentro de su ámbito, incluso lo que se ha considerado como la “analogía jurisprudencial” para efectos de su estudio, afirma que es mucho más que una simple analogía. De manera que si lo que se ha hecho en el campo de los argumentos jurídicos se llevara a otras áreas, la lógica habría dado definitivamente un gran paso hacia delante.⁴⁹¹

2.4.4. La lógica de lo razonable de Luis Recaséns Siches.

Resulta sorprendente encontrarse con que muchos de los temas actuales de debate en diversos países, sobre la naturaleza y los alcances de la función judicial de aplicación del derecho, así como la justificación de las decisiones judiciales, hayan sido abordados con toda claridad desde la década de los años cincuenta del siglo XX, entre otros, por la obra de Luis Recaséns Siches. Pareciera ser, que las ideas de éste hubieran dado una enorme y lenta vuelta al mundo y regresaran hasta nuestros días a México, con una apariencia fresca y lozana.

La realización práctica del derecho por parte de los jueces, que se ha disfrazado por mucho tiempo como un campo de aplicación de la lógica formal, está en realidad cubierta por la lógica de lo razonable que constituye la tesis central de la obra de Recaséns Siches.

En los párrafos siguientes, mostraremos un panorama de los temas y las ideas que sirven de apoyo al autor mencionado para su exposición de la lógica de lo razonable, que si bien no es en estricto sentido una teoría de la argumentación, sí, en cambio, aporta importantes elementos para lo que podrían ser considerados como los fundamentos de ésta.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 183.

⁴⁹¹ Ibid., p. 255.

2.4.4.1. El punto de partida.

Recaséns inicia su obra⁴⁹² señalando que mientras la filosofía jurídica del siglo XX ha permitido aclarar problemas de la teoría del conocimiento jurídico, las cuestiones sobre la realidad del Derecho e interrogantes sobre lo que debiera ser éste. No obstante lo anterior, estos logros no han tenido influencia notable en la evolución progresiva del derecho de nuestra época, tal y como lo hicieron en su momento corrientes filosóficas como la que surgió a partir de la promulgación del Código de Napoleón en 1804.⁴⁹³

La filosofía jurídica académica ha jugado en varios momentos diversos papeles, como han sido *suministrar una justificación valorativa del Derecho vigente, y métodos encaminados al estudio de éste, así como también para ofrecer a la práctica jurídica aclaraciones pertinentes*. Asimismo, también ha abierto caminos para el desenvolvimiento progresivo del derecho.⁴⁹⁴

En la evolución que ha experimentado el derecho en diversas áreas, así como el nacimiento de muchas de éstas durante el siglo XX, la filosofía jurídica académica ha tenido, en opinión de Recaséns, escasa acción, los cambios han obedecido mayormente a doctrinas sociales y políticas insertas en una situación de crisis e inseguridad en muchos sectores de la vida, incluyendo el campo de lo jurídico.⁴⁹⁵

Si bien existen diversos parámetros de tipo histórico, geográfico o técnico, para distinguir entre sí los sistemas y ordenamientos jurídicos de los países y regiones del mundo, los problemas prácticos a los que éstos se enfrentan son comunes, tales como:⁴⁹⁶

- Hallar la norma jurídica válida aplicable al caso concreto.

⁴⁹² Recaséns Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, 3ª edición, México, Porrúa, 1980.

⁴⁹³ Ibid., pp. 1-4

⁴⁹⁴ Ibid., p. 4

⁴⁹⁵ Ibid., pp. 7-11.

⁴⁹⁶ Ibid., pp. 11-18

- Convertir los términos generales de la ley en una norma singular y concreta para el caso debatido.
- Los métodos posibles de interpretación para el caso controvertido.
- Las pautas de actuación judicial ante los resultados injustos de la aplicación de una norma considerada como válida.
- Los procedimientos para resolver los casos respecto de los cuales no existe aparentemente una norma jurídica aplicable.

Estos problemas disminuyen o, en cambio, se hacen evidentes, dependiendo si el sistema opera establemente o si se halla en transformación o en crisis. En estos últimos, pueden surgir normas inspiradas en principios y propósitos diferentes que, al incidir en casos concretos, pueden generar contradicciones normativas; es posible que se presenten casos que el legislador no pudo prever o que la aplicación de normas consideradas como válidas y aplicables redunden en resultados injustos.⁴⁹⁷

La filosofía jurídica está llamada en estos casos a suplementar aclaraciones, pautas y criterios para tratar estos y otros problemas apropiadamente.

Otra dimensión de los problemas apuntados es la tensión entre el cambio y la necesidad de certeza y seguridad jurídicas. "Lo que el Derecho puede ofrecernos es sólo un *relativo grado* de certeza y seguridad, un *mínimum indispensable de certeza y seguridad* para la vida social"⁴⁹⁸

En todo orden jurídico se hallan presentes contradicciones, inconexiones y vacíos; en virtud del principio de plenitud hermética, el ordenamiento positivo debe dar solución a estas cuestiones. Por lo tanto, resulta falso que el ordenamiento prevea siempre y en todo

⁴⁹⁷ Ibid., pp. 13-14

⁴⁹⁸ Ibid., p. 15

los casos una norma expresa o tácita, para resolver cualquier controversia que se presente.⁴⁹⁹

Recaséns señala la existencia de una filosofía jurídica que comúnmente se enseña en las universidades, a la cual se refiere como *filosofía del Derecho académica*, que se encarga de los temas filosóficos generales que inciden en el ámbito del derecho, pero que no es *toda* la filosofía jurídica. Por otro lado, afirma la existencia de lo que califica como una *filosofía no académica del Derecho*, surgida principalmente por los problemas de la interpretación del derecho que tienen incidencia sobre todo en el proceso judicial.⁵⁰⁰

La *filosofía no académica del Derecho* se ha nutrido de numerosas aportaciones desde los últimos años del siglo XIX, provenientes de autores sobre ordenamientos jurídicos diversos, entre las que se incluyen importantes estudios producidos por los propios jueces que se enfrentan día con día a los problemas de la aplicación práctica del derecho.⁵⁰¹

Los trabajos que integran el sector de la *filosofía no académica del Derecho* tienen en común varios elementos, entre los que se encuentran:⁵⁰²

- Afirman que la individualización del Derecho no es una operación mecánica que consiste en un silogismo, donde la premisa mayor es la norma general, la verificación de los hechos la premisa menor y el fallo la conclusión del silogismo.
- Se desenvuelven alrededor de los problemas de interpretación jurídica en el proceso judicial.
- Enfrentan la realidad de la aplicación judicial del derecho, desmitificando la función judicial.

En opinión de Recaséns "... todas esas doctrinas han cobrado clara conciencia de una serie de problemas que habitualmente habían sido o soterrados, o disfrazados, o

⁴⁹⁹ Ibid., p. 17.

⁵⁰⁰ Ibid., pp. 18-22.

⁵⁰¹ Para consultar la lista de éstos ver Ibid., p. 21.

⁵⁰² Id.

escamoteados, o no subrayados suficientemente, por muchas de las corrientes de la Filosofía jurídica académica.... El mérito principal de esas aportaciones: la sinceridad con que han destacado los problemas de la interpretación y del proceso judicial."⁵⁰³

A partir de la presentación introductoria de su obra Recaséns Siches señala que el objeto de su estudio es analizar los problemas de interpretación e individualización judiciales del Derecho y proponer un punto de vista que permita su depuración y un ajuste de dicha función judicial,⁵⁰⁴ a efecto de que los jueces puedan realizar a la luz del día las operaciones que comúnmente han llevado a cabo para revertir a favor de la justicia los estrechos márgenes de la aplicación formalista del derecho.

Como lo señala el autor que comentamos, no se trata de situar el juez sobre el derecho positivo, sino desentrañar la naturaleza de su función, el ámbito y la índole de sus facultades.

La estrategia a seguir para satisfacer el objetivo de la obra son el análisis desde tres perspectivas: 1) la distinción entre la lógica tradicional de tipo formal y la lógica material del derecho, que atiende al contenido de las disposiciones jurídicas, y que da origen a la lógica de lo razonable; 2) el factor humano y no meros principios abstractos que se encuentran detrás del contenido de las normas; 3) la relación entre las normas generales (leyes, reglamentos, costumbres) y las normas individualizadas (fallos judiciales y resoluciones administrativas), esto es, la índole de la función jurisdiccional.⁵⁰⁵

2.4.4.2. La ofensiva contra la lógica en el campo de la interpretación jurídica y de la creación de nuevo derecho.

Recaséns plantea un reclamo persistente desde hace mucho tiempo con relación al papel de la lógica deductiva en el campo del derecho; al respecto, señala que la creación, funcionamiento e individualización del derecho no es un proceso puramente lógico, las

⁵⁰³ Id.

⁵⁰⁴ Ibid., p. 22

⁵⁰⁵ Ibid., pp. 23-24.

sentencias y las decisiones de aplicación del derecho no puede ser explicadas con las herramientas de la deducción lógica.⁵⁰⁶

A esto se suma la conciencia valoradora que aprueba y justifica los casos en que se quebrantan las leyes de la lógica deductiva en el ámbito jurídico. Estos dos aspectos han servido de apoyo a las distintas formas y trincheras desde las cuales se ha conformado la ofensiva contra lógica formal en el ámbito jurídico.

Lo que es importante señalar es que la propuesta de Recaséns se dirige al contenido de las normas, especialmente las de carácter individualizado plasmadas en las sentencias y resoluciones administrativas, por lo que no conflictúa con los temas primordiales de los estudios de teoría del derecho, que se refieren a aspectos formales de lo jurídico, pero no al contenido concreto de las normas. Tampoco debe entenderse la propuesta en detrimento de los avances en la axiología, la lógica y la ontología jurídicas;⁵⁰⁷ tanto la teoría del derecho como la lógica jurídica se ocupan de esencias necesarias y universales.

Recaséns hace un esfuerzo notable en analizar y presentar de manera sintética los puntos centrales de numerosas posturas, que en distintos momentos y desde ángulos diversos, han criticado la aplicación de la lógica deductiva en la creación e interpretación del Derecho.⁵⁰⁸

Lo que es importante destacar es la valoración conjunta que hace Recaséns sobre las diversas posiciones que conforman la ofensiva contra la función de la lógica tradicional en la interpretación jurídica. Al respecto, señala que un aspecto común es que la lógica cuya aplicación es criticada en el campo del derecho es la lógica tradicional, la de carácter puro, matemático, o en sus métodos que sirven para la conocer y explicar fenómenos de la naturaleza.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 26

⁵⁰⁷ Ibid., pp. 27-32

⁵⁰⁸ Para consultar las diversas posturas ver Ibid., pp. 33-130

Se trata de la disciplina a la que dedicaron importantes trabajos Aristóteles, Bacon, Stuart Mill o Husserl, que representan tan sólo un sector y no la totalidad del logos, que está integrado también por la lógica de la razón vital, de la razón histórica, la lógica estimativa, la lógica de la finalidad, la lógica de la acción y la lógica experimental.⁵⁰⁹

Ante la insuficiencia de la lógica formal o de sus métodos en el campo de la individualización del derecho o en presencia de los resultados injustos que en ocasiones se pudiera ocasionar, recurrimos a determinadas *razones* que justifican decidir de otra forma o a partir de mecanismos diversos; tales *razones* son un primer indicativo de que estamos aún en el reino del logos, en busca de lo que es correcto dada una situación determinada.⁵¹⁰ En situaciones como ésta la lógica formal tradicional resulta inaplicable, por lo que habrá que explorar otros sectores de la razón para determinar donde y cómo podemos hallar la respuesta correcta.

No se trata de oponer a la lógica formal tradicional un acto simplemente arbitrario, sino *razones* de diversa índole; se trata del uso de la razón para dominar el problema y darle una solución correcta. En otras palabras, explorar la razón jurídica de los contenidos de las normas de Derecho, con el fin de superar la confusión y la incertidumbre que surge en los casos en que la lógica tradicional es insuficiente.

Señala Recaséns apoyándose en la ideas de Ortega y Gasset, que tal razón jurídica material debe ser una especie de razón vital e histórica, o mejor una lógica de la acción,⁵¹¹ no se trata pues de algo irracional, sino que es comprensión más que descripción de los fenómenos. "... Lo que importa es percatarse de que el reino de lo humano es siempre el campo de la acción, no predeterminada forzosamente de un modo unilateral, el reino de la acción en la que el sujeto decide dentro de un cierto margen de libertad".⁵¹²

⁵⁰⁹ Ibid., p. 131

⁵¹⁰ Ibid., p. 132

⁵¹¹ Ibid., p. 133

⁵¹² Ibid., p. 134

En este contexto las normas no son otra cosa que *un pedazo de vida humana objetivada*, no importa si su origen es consuetudinario, legislativo, administrativo o judicial, "... una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan, que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir, por el Estado".⁵¹³

Las normas pueden o no atenderse o hacerse cumplir, pero en cada caso en que son observadas o re-vividas por las personas o las autoridades, *adquieren nueva vida, cambian, se transforman y evolucionan*.⁵¹⁴ Esto se encuentra a tono con la adquisición de nuevos sentidos y alcances diversos que las normas van adquiriendo con el tiempo y sus actos de aplicación.

En tal sentido, las normas son objetivaciones vitales, lo cual no se debe perder de vista al momento de su interpretación y aplicación, de ahí que la lógica que debe ser utilizada para tales efectos no es la misma que se aplica a los fenómenos físicos o biológicos, sino una lógica de lo humano.⁵¹⁵

A partir de estas consideraciones, Recaséns procede a explicar en qué consiste la aplicación de una norma general a un caso concreto; al respecto, señala, que quien cumple con una norma general lo que está haciendo es moldear su conducta concreta ajustándola a la pauta general y abstracta dicha norma. Tal conducta jurídica, consta de la forma de comportamiento diseñada en términos abstractos y general y del contenido concreto y singular de dicha conducta.⁵¹⁶

El proceso de individualización de una norma general respecto de una conducta determinada, implica siempre una concreción de la primera, una interpretación de su sentido y alcance ajustados al caso singular que se presenta. "... El cumplimiento de una

⁵¹³ Ibid., p. 135

⁵¹⁴ Ibid., p. 136

⁵¹⁵ Ibid., pp. 137-140.

⁵¹⁶ Ibid., p. 141.

norma general en cada caso particular no consiste en un reproducir la norma general, sino en un *adaptar la pauta general por ella señalada a cada caso singular*; consiste en cumplir de modo concreto en la conducta singular el sentido formulado en términos genéricos y abstractos por la norma general”.⁵¹⁷

La lógica de lo humano, de lo razonable, gobierna los procesos de individualización de normas, así como su interpretación y las variaciones que estas sufran en el transcurso del tiempo.⁵¹⁸ En efecto, la dimensión dinámica de las normas jurídicas, su carácter de criterios para la acción ulterior, resulta de conjugar éstas con las realidades sociales constantemente cambiantes.⁵¹⁹

Lo señalado hasta este momento constituye la *ratio* de la propuesta de Recaséns, lo cual se complementa con su explicación de cómo se arribo a tal estado de cosas, esto es, el error de la traspolación del logos matemático al campo de los contenidos jurídicos, a lo que dedicaremos los párrafos siguientes.

2.4.4.3. El gran error de haber trasladado la razón matemática al campo de los contenidos jurídicos.

Para Recaséns la errónea traspolación del logos matemático a los contenidos de las expresiones del derecho se remonta al pensamiento griego antiguo, con las pretensiones de la búsqueda de principios inmutables, generales, universales y necesarios, ejemplificados y liderados por el razonamiento matemático, dejando de lado aquello singular, concreto y, por lo tanto, variable.⁵²⁰

La tendencia racionalista matemática pervivió a la época Romana y la edad media, aunque existen buenos ejemplos de trabajos que ya marcaban las fronteras de ésta en el reino de lo plausible, lo opinable y debatible, como son las obras de diversos autores

⁵¹⁷ Id.

⁵¹⁸ Ibid., p. 143

⁵¹⁹ Ibid., p. 144.

⁵²⁰ Ibid., pp. 144-145.

griegos y romanos a las que hemos hecho alusión en el capítulo primero de la presente investigación.

No obstante lo anterior, en la edad moderna recobra una fuerza indudable la expansión del racionalismo de tipo matemático a un sinnúmero de áreas prácticas y del conocimiento, incluyendo por supuesto el Derecho, donde la admiración y preferencia por lo universal en detrimento de lo particular impero.

Si bien tales ideas tuvieron una influencia notable e indudable en la teoría de la *voluntad general* de Rousseau, sentando principios axiológicos a favor del bien común a costa del bien individual, su posterior utilización en áreas más concretas como la interpretación e individualización "... constituye un tremendo salto mortal, que ha tenido fatales resultados en el siglo XIX y aun en parte del siglo XX. Esta fue la transposición llevada a cabo, al menos en parte, por el legislador francés al promulgar el código, y sobre todo por los juristas posteriores".⁵²¹

Uno de los principales factores que determinaron tal transposición fue la postura posrevolucionario que consideró al Código de Napoleón como expresión del Derecho natural, absoluto, universal y eterno. En lugar de ser simplemente un Derecho positivo, histórico y, por lo tanto, mutable y capaz de evolucionar.

Si bien esa no fue, al menos expresamente, la postura del legislador, sí, en cambio, fue la posición adoptada por los operadores del ordenamiento en las décadas posteriores. Thiers en su momento exclamó algo que ejemplifica claramente lo anterior: ¡Código inmortal, resumen de la moral universal, arca santa digna de un respeto religioso!.⁵²²

De esta forma, las normas del Código fueron considerados como dogmas incontestables, irrefutables y verdaderos, de los cuales simplemente había que derivar a partir de los hechos del caso concreto, las consecuencias jurídicas previstas en aquél. Ese fue el inicio

⁵²¹ Ibid., p. 153

⁵²² Id.

del culto a la lógica pura de tipo matemático en la individualización del derecho, insensible a las consecuencias de su aplicación rígida.

Como puede observarse, de la mano del Derecho natural racional vino la lógica formal como la herramienta para resolver los problemas jurídicos, asimilados a un problema de tipo matemático a tal grado, que el jurista requerido a llevar a cabo esta labor era considerado un verdadero geómetra. Así lo señalaba M. Liard: "el Derecho es la ley escrita... los artículos del Código son teoremas, respecto de los cuales se trata de demostrar su mutuo enlace, y de extraer sus consecuencias. El jurista puro es un geómetra: la educación puramente jurídica es puramente dialéctica. La gran tarea del magistrado o del abogado consiste en desenredar los hilos de los asuntos y, en relacionar los elementos de éstos con tal o cual de las reglas enunciadas por las leyes. Esta tarea, en suma, consiste en la resolución de un problema."⁵²³

El hecho de considerar a las normas expedidas por el legislador, detentador de la voluntad general, como verdades irrefutables, trajo consigo otra consecuencia: la asimilación de la ley al derecho positivo, quedando fuera de consideración el resto de sus fuentes y, por lo tanto, dejando *mutilado* el orden jurídico.

En este punto Recaséns hace una aclaración muy pertinente, afirma que no se trata de una crítica a la formulación abstracta de la ley o la formación de conceptos también abstractos por parte de la ciencia jurídica, sino considerar como entidades de razón pura lo que son sólo ensayos humanos de valoración; considerar como teoremas aquello que debe ser tratado como instrumentos para la acción práctica; hacer de los conceptos mandatos inflexibles y, peor aún, convertir meras hipótesis en proposiciones definitivas.⁵²⁴

Algunos juristas a mediados del siglo XVIII pretendieron sistematizar, bajo la influencia del pensamiento matematizado, la doctrina del Derecho positivo y la jurisprudencia, no obstante lo infructuoso de dicha tarea, hay que considerar de igual manera que el pensamiento y la prácticas jurídicas se habían desenvuelto hasta entonces en un plano

⁵²³ Citado por el propio Recaséns, *Ibid.*, p. 155

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 157

distinto, de carácter retórico, abordando cada aspecto de un problema concreto sobre la base de aquello que fuera más convincente, lo que moviera más las emociones a favor de una determinada causa, aquello que resultara eficaz y práctico y, por lo tanto, indiscutiblemente fuera de la certeza meridiana de tipo matemático.⁵²⁵

Tal como afirma Recaséns: "Los más grandes juristas, lo mismo jueces que legisladores, frente a una cuestión debatida, emplearon ese tipo de pensamiento: analizar el problema en cada uno de sus lados, componentes, implicaciones axiológicas, efectos prácticos, significaciones en vista de determinados propósitos, orientación hacia ciertas metas".⁵²⁶

2.4.4.4. Crítica del uso de la lógica matemática en la interpretación material del derecho.

Condensando parte de las ideas anteriores, algunos puntos relevantes sobre el fracaso de la lógica tradicional para dar cuenta de la interpretación jurídica son los siguientes:⁵²⁷

1) La manía por lo *general* impide tomar en cuenta los elementos de cada caso concreto y no permite arribar a la norma individualizada adecuada a éste.

2) Al servir para conocer las ideas y los fenómenos de la naturaleza, regidos por relaciones de causalidad, no proporciona elementos axiológicos, ni puede dar cuenta de relaciones entre fines y medios, ni de los elementos que proporciona la experiencia vital e histórica.

El ámbito de la razón que tiene aplicación en campos como el derecho, era reconocido incluso por Aristóteles, cuando hacía la diferencia entre la razón científica y la razón calculadora, la primera permitía deliberar sobre cosas que "no pueden ser de otra manera", mientras que la segunda se ocuparía de cuestiones que pro su naturaleza admiten diversas perspectivas y puntos de vista, en las que hay que ponderar o evaluar. Esta

⁵²⁵ Ibid., pp. 159-161

⁵²⁶ Ibid., p. 161

⁵²⁷ Ibid., pp. 163 y ss

segunda categoría no escapa a la razón, pero no es aquella de tipo riguroso y exacto, sino el logos de lo humano, de lo razonable.⁵²⁸

De esta manera, Recaséns distingue entre lo *racional* en el sentido de la lógica tradicional y lo razonable -logos de lo humano, razón vital y razón histórica- donde tienen lugar las razones que dan cuenta de los problemas en los que lo *racional* lleva a resultados incongruentes o injustos.

Un ejemplo muy claro, al cual recurre para ilustrar lo anterior, es la anécdota tomada de Petrasyski, que expone Radbruch, sobre el caso de una persona que en Polonia pretendía abordar un tren acompañado de un oso, siendo que en la estación ferroviaria había una señalización que prohibía la entrada con perros; la interpretación de la disposición, de conformidad con los cánones de la lógica formal, llevaría a aceptar que el oso no está contemplado en el concepto “perro” y, por lo tanto, la prohibición no aplica en este caso.⁵²⁹

No obstante lo anterior, el sentido común indica que hay diversas razones para que, si bien está prohibida expresamente la entrada al andén únicamente con perros, se pueda invocar el contenido de la misma disposición para evitar, por mayoría de razón, la entrada con animales diversos a los perros, pero que por su naturaleza puedan causar las mismas o peores inconveniencias que éstos.⁵³⁰ Tales razones vienen dadas precisamente por el logos de lo razonable aplicado a la determinación del contenido, esto es, lo que ordenan, prohíben y permiten las normas jurídicas.

La propuesta de Recaséns no debe ser entendida como un intento de desterrar injerencia de la lógica formal en el campo del derecho, sino sólo de la interpretación e individualización de las normas jurídicas. En este sentido, reconoce que la lógica

⁵²⁸ Ibid., p. 164

⁵²⁹ Ibid., p. 165

⁵³⁰ Ibid., pp. 166-167

tradicional tiene diversos usos para el jurista, entre ellos esclarecer el aspecto formal del Derecho o las formas universales y necesarias de lo jurídico.⁵³¹

Así, mediante el uso de la lógica formal es posible afirmar que no puede existir un derecho subjetivo sin un correspondiente deber jurídico correlativo; que dos situaciones pueden o no ser idénticas en atención al principio de identidad y no contradicción; o cuantificar o medir fenómenos o cosas perceptibles por los sentidos.⁵³²

Por otra parte, tanto la lógica formal como la lógica de lo razonable comparten los mecanismos de deducción, cuando se trate de fenómenos naturales y de problemas jurídicos prácticos, pero los postulados básicos para realizar las correspondientes inferencias o las respectivas premisas son completamente diferentes.⁵³³

La lógica de lo humano se apoya en la jerarquía de valores y en los juicios estimativos derivados de ésta, además de consideraciones sobre la congruencia entre fines y medios para conseguirlos, a partir de la experiencia de la razón vital e histórica.⁵³⁴ De esta manera, la propuesta de Recaséns se dirige a dotar a jueces y abogados, por una parte, de las herramientas que les permitan determinar adecuadamente el derecho positivo aplicable a una determinada conducta, hecho u omisión y, por la otra, brindar a los primeros nuevos causes para que no sigan ocultando la verdadera naturaleza *razonable* de su labor, bajo una aparente construcción silogística en ocasiones en pugna con su conciencia, al momento de impartir justicia.⁵³⁵

Esto, por otro lado, también permite superar un aspecto colateral, que se refiere a la elección entre los diversos métodos de interpretación disponibles hasta ahora,⁵³⁶ pues la lógica de lo razonable viene a sustituir a la multiplicidad de los métodos ofrecidos, cuya existencia estaba apoyada en la exigencia de justificación formal de las decisiones

⁵³¹ Ibid., p. 175

⁵³² Id.

⁵³³ Id.

⁵³⁴ Ibid., pp. 176-177.

⁵³⁵ Ibid., pp. 176-177

⁵³⁶ Ibid., pp. 178-187

jurídicas: “ante cualquier caso, fácil o difícil, hay que proceder *razonablemente*, percatándonos de la realidad y sentido de los hechos, de las valoraciones que se inspira el orden jurídico positivo, o de las complementarias que produzca el juez en armonía con dicho sistema positivo, y, conjugado lo uno con lo otro, y lo otro con lo uno, llegar a la solución satisfactoria”.⁵³⁷

2.4.4.5. Esbozo de la lógica de lo razonable.

El juez en la decisión de los litigios sometidos a su consideración, manifiesta la naturaleza creativa⁵³⁸ y estimativa de su función en las diversas situaciones en que pudiera encontrarse, como son:⁵³⁹

- 1) Estar en presencia de una norma vigente, previamente formulada, que resulte aplicable al caso planteado y que proporcione la solución satisfactoria del mismo. Aún en esta hipótesis, el juez realiza diversos juicios axiológicos para hallar dicha norma aplicable, para apreciar los elementos de prueba y calificar jurídicamente los hechos, y para amalgamar la generalidad y abstracción de la norma, con la significación de los hechos controvertidos.
- 2) Estar en presencia de normas de igual jerarquía, respecto de las cuáles se tenga que elegir a la que sea aplicable al litigio. En estos casos, además de las valoraciones ya señaladas, “... el juez debe ensayar mentalmente las soluciones que cada una de esas normas de igual rango, pero de contenido divergente, produciría al ser aplicada al caso concreto; y elegir entre esas normas aquella que conduce a una solución más satisfactoria, es decir, más justa”.⁵⁴⁰
- 3) Una situación distinta es aquella en que se identifica una norma aplicable, pero la proyección anticipada del resultado de su aplicación permite ver que éste se hallaría en conflicto con los efectos que se pretendía lograr con dicha norma o con los que

⁵³⁷ Ibid., p. 184

⁵³⁸ Ibid., pp. 211-259

⁵³⁹ Ibid., pp. 258-259

⁵⁴⁰ Ibid., p. 258.

se hubieren pretendido si se hubiera tomado en cuenta la situación concreta que se plantea.

Las consideraciones sobre el papel de la equidad atienden este tipo de problemas.⁵⁴¹

- 4) Finalmente, hay situaciones en las que habrá que reconocer la ausencia de una norma aplicable en el Derecho positivo previamente formulado, esto es, que el juez se halla ante un caso no previsto.

La crítica a la utilización de la lógica formal en la aplicación del derecho y el reconocimiento de la naturaleza axiológica y creativa de la función judicial y, en general, de la aplicación del derecho, Recaséns presenta lo que él mismo califica como "bosquejo de la lógica de lo razonable".

Con este fin, el primer punto que aborda es dejar en claro que las normas jurídicas no son susceptibles de ser calificadas de "verdaderas" o "falsas", pero sí, en cambio, pueden serlo desde la perspectiva de la justicia, su eficacia, su compatibilidad de la dignidad de la persona humana, con criterios de libertad, entre otros parámetros.⁵⁴²

Las reglas de Derecho, señala Recaséns, "... son instrumentos prácticos, elaborados y contruidos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos".⁵⁴³ La producción del derecho, transita desde el acto constituyente mismo, pasando por las reglas legisladas, hasta la norma individualizada en la sentencia judicial o la decisión administrativa, en un proceso *sin solución de continuidad*.⁵⁴⁴

Adicionalmente, hay que considerar que los hechos humanos poseen sentido o significación y están vinculados a valoraciones, por lo que no son susceptibles de ser

⁵⁴¹ Ibid., pp. 260-276

⁵⁴² Ibid., p. 277

⁵⁴³ Id.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 281

comprendidos ni analizados con los métodos utilizados para la explicación de los fenómenos de la naturaleza, ni de las ideas puras.⁵⁴⁵

En la consideración y comprensión de la conducta humana práctica, hay que tomar en cuenta el papel que juega el libre albedrío, así como los conflictos de intereses presentes en las relaciones sociales entre personas y entre grupos. De esta manera, los problemas de este tipo deben ser tratados, buscados y decididos de conformidad con el logos de lo razonable.⁵⁴⁶

Otros aspectos a considerar son los siguientes:

1) El entorno que circunscribe a los problemas humanos sociales, esto es, una particular situación social histórica, integrada entre otros factores: por el acatamiento o adhesión de las personas de un determinado grupo a determinadas reglas colectivas de conducta y por los ideales de este grupo, con los que pretenden influir la realidad para reemplazarla por otra que consideran mejor.⁵⁴⁷

2) La situación social histórica es la que tienen ante sí los operadores del derecho. Los sentidos y significaciones que impregnan dicha situación social histórica deben ser valorados a la luz de determinados criterios, a fin de asignar la importancia que merece cada uno de ellos.⁵⁴⁸

3) En una determinada realidad social concreta también tienen lugar esquemas racionales, que dan cuenta de la adecuación de ciertos medios para la consecución de algunos fines.

4) Otros factores presentes en los problemas humanos, son la jerarquía o diverso rango de valores y de la realización de los valores de la vida humana, no todos los cuales pueden ser logrados a través del Derecho. A este respecto, la estimativa jurídica juega un papel preponderante.

⁵⁴⁵ Ibid., pp. 281-282

⁵⁴⁶ Ibid., p. 282

⁵⁴⁷ Ibid., p. 283

⁵⁴⁸ Ibid., pp. 282-283.

5) Existen valores básicos inspiradores del Derecho como son: la justicia, la dignidad de la persona, las libertades fundamentales del hombre, el bienestar general, la paz, el orden y la seguridad. Al lado de estos, se encuentran otro tipo de valores incluidos en la noción de *prudencia*.

5) Existen valores básicos inspiradores del Derecho como son: la justicia, la dignidad de la persona, las libertades fundamentales del hombre, el bienestar general, la paz, el orden y la seguridad. Al lado de estos, se encuentran otro tipo de valores incluidos en la noción de *prudencia*.⁵⁴⁹

Los valores pertenecientes al concepto de *prudencia* no son fijos en su número, aumentan con relación a los problemas concretos en los que se aplican, entre otros, criterios de sensatez, discreción, cordura, previsión, precaución, plausibilidad.⁵⁵⁰

A partir de estas consideraciones, Recaséns señala las características de la lógica de la acción humana o *lógica de lo razonable*, que resumimos como sigue:

⁵⁴⁹ Los valores incluidos en la noción de prudencia son, entre muchos otros: 1) la genuina adecuación a la naturaleza del problema planteado y de los factores y condiciones que se dan en este problema; 2) congruencia histórica, esto es, apropiado acuerdo con la significación del momento histórico, tanto con su realidad presente como también con sus proyecciones de futuro, sobre todo del futuro que empieza ya a anunciarse en las aspiraciones, en los deseos, en los ideales que pugnan por abrirse camino y obtener realización en la época presente; 3) viabilidad o practicabilidad de las normas (generales o individualizadas) que vayan a ser establecidas, esto es, máxima probabilidad de eficacia real ponderación y estimación de los efectos ulteriores que en el inmediato porvenir puedan causar las reglas que sean emitidas o las decisiones que se han hechas; y, con respecto a este último punto, es necesario tomar en consideración que los conflictos o desajustes que de momento pudieran quedar resueltos por las normas a dictar o por las decisiones a emitir no se conviertan después en fuente de males mayores que aquellos que se intentó remediar; 4) armonía entre un anhelo de progreso y la conciencia de hasta dónde lleguen efectivamente las posibilidades reales; 5) evitar que la resolución aparentemente satisfactoria de un problema se convierta en fuente de ulteriores problemas más graves, esto es, en términos populares, que el tapar un agujero no traiga consigo la apertura de otros hoyos más peligrosos; espíritu de armonía o de transacción entre los varios intereses contrapuestos, en la medida en que lo permita la justicia; 6) legitimidad de los medios empleados para la consecución de fines justos, pues el empleo de medios perversos al servicio de fines buenos, priva a los fines de su bondad originaria y los prostituye; 7) esforzarse por dar satisfacción a la mayor cantidad posible de intereses legítimos con el minimum de malgasto o despilfarro y con el mínimo de fricción; 8) respeto en el grado admisible, sin daño de otros valores más altos, a las expectativas concebidas por trabajos o esfuerzos hechos, o por virtud de la previsión de un grado muy alto de probabilidad. *Ibid.*, p. 285

⁵⁵⁰ *Id.*

1. Está limitada por la realidad concreta del mundo en el que opera. En el derecho, está circunscrita al contexto histórico y particular en el cual y para el cual son creadas las normas jurídicas.
2. Está impregnada de criterios axiológicos, lo que la distingue de la lógica de lo racional.
3. Tales valoraciones están referidas a la situación real y concreta del caso de que se trate.
4. Las valoraciones permiten formular propósitos o fines, los cuales, además, están condicionados por la realidad humana social concreta en cuestión.
5. La lógica de lo razonable está gobernada por la adecuación entre los siguientes factores:
 - a) Entre la realidad social y los valores,
 - b) Entre los valores y los fines y propósitos,
 - c) Entre los propósitos y la realidad social concreta,
 - d) Entre los fines y los medios, en cuando a la conveniencia de los medios para los fines,
 - e) Entre los fines y los medios, respecto de la *corrección ética* de los medios, y
 - f) Entre los fines y los medios, en los que se refiere a la *eficacia* de los medios.
6. Lo que orienta a la lógica de lo razonable son las enseñanzas extraídas tanto de la experiencia individual como social, presente y pasada.

La producción de los contenidos del Derecho, tanto por vía de disposiciones generales como de reglas individualizadas, debe regirse por la *lógica de lo razonable*.

Mientras el legislador valora genéricamente y en términos abstractos situaciones reales o hipotéticas, el juez lleva a cabo también valoraciones, pero de carácter concreto en situaciones particulares.⁵⁵¹

La solución más justa dentro del orden jurídico positivo, está determinada por las valoraciones y las calificaciones jurídicas que realiza el juez, quien no debe atender tanto al texto de la disposición, sino a las valoraciones sobre las cuales la regla fue formulada.

Recaséns afirma de manera conclusiva: "La función del juez, en este sentido, aun manteniéndose como debe hacerlo, dentro de la obediencia al Derecho formalmente válido es siempre creadora, pues se alimenta de un rico complejo de valoraciones particulares sobre lo singular, valoraciones que pueden ser llevadas a cabo con la autoridad solamente o por el órgano judicial o por el administrativo".⁵⁵²

Recaséns reconoce la utilidad de los estudios sobre la tópica, la retórica y la dialéctica de la antigüedad clásica, en lo que respecta a haber iluminado un tipo de pensamiento jurídico que tiene incidencia en el campo del juez y del legislador. La dimensión más útil de tales estudios, enfocados al contenido de las normas jurídicas es la relativa a su carácter deliberativo y argumentativo, esto es, al pensamiento aplicado a la solución de problemas.⁵⁵³

No obstante, considera como anacrónicos los intentos de revivir las tópicas antiguas, mismas que poseen un carácter instrumental respecto del pensamiento problemático; pero lo que es importante es insistir en el diálogo, el debate y la ponderación de argumentos.

⁵⁵¹ Ibid., p. 288

⁵⁵² Ibid., p. 289

⁵⁵³ Id.

La propuesta para la debida atención de los problemas políticos y jurídicos, es la noción de *prudencia* "... como suma y compendio, jerárquicamente organizado en el modo debido, de todos los datos y de todos los criterios de valor que vengan en cuestión para resolver un problema político o un problema jurídico."

El problema consiste entonces en cómo articular: 1) la prueba de los hechos, 2) las pretensiones contrapuestas de las partes, 3) los valores y los criterios para considerarlos, que deben ser tomados en cuenta para resolver una controversia en el orden legislativo o judicial.⁵⁵⁴ El pensamiento jurídico debe ser siempre sobre problemas y no aspirar a un sistematismo imposible en el ámbito jurídico.

Ante la posible objeción que pudiera plantearse contra la lógica de lo razonable, en el sentido de que produciría inseguridad y falta de certeza jurídicas al descansar en el juez los diversos tipos de valoraciones y decisiones en el camino de un proceso, Recaséns señala que tales fenómenos no pueden ser excluidos completamente del derecho y que la utilización del logos de lo razonable, no aumenta los márgenes ya existentes de ambos fenómenos.⁵⁵⁵ En efecto, hasta los sistemas que se preciaron de ser completos y poseer al menos una respuesta para cada caso, se enfrentaron al problema de presencia de cierto grado de incertidumbre.

2.5. La crítica a la primera generación de teorías: la tópica, la nueva retórica, el uso práctico de los argumentos y la lógica de lo razonable.

Después de haber reseñado lo que denominamos como primera generación de teorías de la argumentación jurídica, corresponde ahora destacar su utilidad y también sus carencias para dar cuenta de la incidencia de la argumentación en el ámbito jurídico.

La exposición que hicimos de los diversos autores en este apartado fue ordenada de manera cronológica, de acuerdo con la publicación de sus respectivas obras, sin tomar en consideración su carácter geográfico. Desde este último ángulo, tanto la teoría de

⁵⁵⁴ Ibid., p. 290

⁵⁵⁵ Ibid., p. 292-320

Perelman, como la de Viehweg, se originaron en la Europa continental, Bélgica y Alemania, respectivamente, mientras que la de Toulmin se originó en Inglaterra, y la de Recaséns Siches podría ser considerada como mexicana, no sólo por haber sido publicada en nuestro país, sino por los años en que dicho autor –de origen hispánico– permaneció en él debido a la etapa del exilio español a México.

El común denominador de las teorías de Perelman, Viehweg y Recaséns, es la crítica al formalismo exacerbado en la aplicación del derecho, que impacta por supuesto a la interpretación y al razonamiento jurídicos. Dicho formalismo fue producto de una etapa de la evolución del derecho y en especial de la relación del juez con respecto a la ley, que se consideraba completa e incuestionable; nos referimos en específico a la escuela de la exégesis francesa que se difundió por diversos países de Europa durante la mayor parte del siglo XIX y principios del XX, y que aún sigue en ocasiones dejando sentir sus efectos.

Otra de las cualidades en común, al menos de las teorías de Perelman y Viehweg, es que representan el rescate de antiguas disciplinas como son la tópica y la retórica, que se gestaron en la Grecia antigua y que se fueron retomadas y difundidas también durante la época Romana, para seguir su evolución con algunos claroscuros en la edad media, el renacimiento y los siglos posteriores. Los personajes claves en dicha evolución son Aristóteles, Cicerón y Quintiliano.

Pueden entonces considerarse dichas teorías como una propuesta alternativa en el siglo XX al uso exacerbado del formalismo y en especial de la lógica formal de tipo matemático, útil para la demostración científica, pero no para el mundo de lo opinable o controvertible, de lo justo e injusto, como es el ámbito jurídico.

Mención especial merecen las aportaciones de Toulmin, pues éste no se propuso formular una teoría de la argumentación jurídica, ni tampoco atacar el formalismo en la aplicación judicial del derecho, pero se le considera dentro de las teorías de primera generación porque su crítica de fondo es a la lógica formal y al silogismo como su principal

instrumento en la obtención del conocimiento. Lo interesante es que dicho autor utiliza como modelo rival del razonamiento lógico y de la evaluación de argumentos, una serie de pasos inspirados la manera de hacer valer una pretensión ante los tribunales.

Lo que lograron en conjunto dichas teorías, que no son las únicas, pero sí las más representativas, es al menos llamar la atención del error cometido hasta entonces, en palabras de Recaséns, de llevar tal cual el *logos* de tipo matemático al campo del derecho. Los autores de referencia sin duda abonaron el terreno para la elaboración de posteriores teorías más sofisticadas y formuladas sobre otras bases, no apoyadas en la dialéctica y la retórica antiguas, sino en la filosofía analítica, la filosofía acerca de valores, los avances de la teoría del Derecho y en la teoría de la comunicación humana.

En los párrafos siguientes haremos algunos comentarios sobre lo que nos parece más destacable de la teoría de cada uno de los autores y algunas de las críticas que se les han formulado, lo anterior con el fin de retomarlo en un capítulo posterior sobre la justificación de las decisiones judiciales al aplicar la Constitución, que es el punto central de nuestra investigación.

2.5.1. Chaim Perelman y Theodor Viehweg.

Por lo que respecta Chaim Perelman, el primero de los autores reseñados habría que mencionar como su intención primordial revitalizar la retórica de Aristóteles, con algunos cambios sensibles, que lo llevan a proponer un Tratado de la Argumentación o *nueva retórica*. La teoría de Perelman no se enfoca en principio al ámbito jurídico, sino que se propone para su aplicación general en situaciones de comunicación humana y como un complemento de la lógica formal, es decir, no trata de sustituirla, pero si reducirla a su justa dimensión: el ámbito de la demostración.

Los presupuestos de toda argumentación son: una comunidad de personas dispuesta a debatir, un lenguaje común, la persuasión como algo valioso, y un *acuerdo* de principio relativo a lo *real* (hechos, verdades y presunciones), o a lo *preferible* (valores, jerarquías y lugares de lo preferible).

El punto central del planteamiento de Perelman es el énfasis que pone en la importancia del *auditorio* a quien va dirigida la argumentación y cuya adhesión o persuasión efectiva se pretende conseguir. La noción de *auditorio* es de tal importancia, que guía y gobierna el todo el proceso argumentativo; no se trata de meros oyentes, sino de una noción que puede considerarse en un sentido como la apelación a la *razón*, a un único interlocutor en un diálogo o incluso a sí mismo en los casos de deliberación íntima.

Si consideramos de manera básica los diversos elementos que integran la comunicación humana, como pueden ser el emisor, el medio, el mensaje, el receptor y los efectos del mensaje, la teoría de Perelman significaría poner el énfasis en los dos últimos. En síntesis, estamos de acuerdo con este autor en que la argumentación es en gran parte persuasión; también en lo importante que resulta el auditorio, en sus tres manifestaciones, y tenerlo presente en la elaboración y presentación del discurso; así como el gran esfuerzo que representó identificar los cerca de cien tipos de argumentos que propone en gran parte de su *Tratado de la Argumentación*.

No obstante lo anterior, la postura de Perelman lleva a afirmar que lo que permite calificar un argumento de *bueno* o *eficaz* es su fuerza persuasiva o, lo que es lo mismo, la *adhesión* que logra en el auditorio, sin embargo, esto es algo que no fácilmente puede verificarse de manera objetiva en la mayoría de los casos y, por lo tanto, resulta las más de las veces indeterminado o indeterminable. Así, la utilidad de las figuras y estrategias en la formulación de diversos tipos de argumentos para *asociar* o *disociar*, dependen de un factor último incierto, de contornos no precisos como es el *auditorio* y difícil verificación como es el grado de su *persuasión*.

Las ideas de Perelman trasladadas al ámbito jurídico, lo llevan a concentrarse en el razonamiento jurídico de tipo judicial y su fin persuasivo hacia las partes, el resto de los profesionales del derecho y la opinión pública, que fungen como *auditores*. Dicho autor se sitúa en el grupo de los que critican el formalismo en la aplicación del Derecho, lo que contrasta con la obtención de decisiones razonables. De esta manera, la lógica jurídica en Perelman equivale a argumentación y no a lógica formal.

Robert Alexy reprocha a Perelman, entre otras cuestiones, que en la estructura de la argumentación haya renunciado al instrumental que proporciona la filosofía analítica, para ahondar en la estructura lógica de las premisas, es decir, el tipo de juicios que las integran. Por otro lado, también resulta criticable la falta de criterios para la validez de los argumentos, pues el concepto de auditorio universal, además de poco claro, no proporciona vías que conduzcan a un consenso fundamentado.⁵⁵⁶

Los puntos a retener, en opinión de Alexy, son el parentesco entre el concepto de situación ideal de diálogo de Habermas y el de auditorio universal de Perelman; la orientación de la argumentación racional con la idea de universalidad, pero vinculada con el estado social e históricamente dado de concepciones y actitudes, de manera que *la argumentación no puede partir de la nada ni empezar en cualquier punto. Trata de llegar, a partir de lo dado fácticamente como concepciones y actitudes, mediante un proceso de elaboración racional, a resultados aceptables de manera general*; la apertura a la crítica y a la tolerancia, que son indicativos de que no puede siempre considerarse a un resultado como el único y el correcto de manera definitiva.⁵⁵⁷

Manuel Atienza, por su parte, lanza una dura crítica a la obra de Perelman que se centra en una falta de claridad en sus conceptos centrales, en la clasificación que efectúa de los diversos argumentos y su interrelación, la falta de criterios operativos para distinguir argumentos fuertes de los débiles, la ambigüedad de la noción de *auditorio universal*. Por lo que se refiere a las ideas de Perelman en el campo propio del Derecho, Atienza también critica desde la concepción de derecho positivo de que parte el primero, hasta las distinciones que realiza en torno al razonamiento teórico y práctico.⁵⁵⁸

La conclusión acerca de la obra de Perelman por parte de Atienza es desfavorable, pues señala por una parte que el primero *no ofrece ningún esquema que permita un análisis*

⁵⁵⁶ Cfr. Alexy, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica, Tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 164-172.

⁵⁵⁷ Ibid., p. 172.

⁵⁵⁸ Cfr. Atienza, Manuel. Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 86 a 101.

*adecuado de los argumentos jurídicos –de los diversos tipos de argumentos- ni del proceso de la argumentación aunque, desde luego, en su obra aparecen sugerencias de indudable interés y, por la otra, que la retórica en Perelman cumple ante todo una función ideológica de justificación del Derecho Positivo: precisamente presentando como imparciales y aceptables decisiones que, en realidad, no lo son.*⁵⁵⁹

Otros autores han lanzado a su vez críticas al trabajo de Perelman, entre ellos Juan Antonio García Amado, para quien *el problema de la indefinición del criterio de racionalidad de la argumentación aumenta si consideramos que la remisión al auditorio universal no sirve como baremo que ofrezca una referencia firme y constatable.*⁵⁶⁰ Este mismo autor señala que *la lógica de discursos como el jurídico no parece consistir sino en el hábil empleo de un bagaje de recursos retóricos, tendentes a mover al auditorio a adherirse a una tesis, de modo que la estructura toda del discurso se determina en función de es su instrumentalidad.*⁵⁶¹

Para María de los Ángeles Manassero, el modelo retórico propuesto por Perelman se recarga en la adhesión del auditorio, de ahí que *los criterios de razonabilidad son los establecidos por el mismo auditorio y, por otra parte, no existen criterios para evitar la manipulación a través de la persuasión.*⁵⁶² De acuerdo con esta autora, las pautas de Perelman sirven para el momento de justificación de la decisión, *pero para la toma de decisión, en casos en que valores fundamentales pueden estar en juego y en los que el texto legislativo aparece problemático, el entorno social, como instancia normativa, resulta también insuficiente.*⁵⁶³

Consideramos que las críticas a la obra de Perelman son acertadas y tienen fundamento, pero lo que en ocasiones se olvida es que la crítica del pasado, con los estándares

⁵⁵⁹ Ibid., p. 101.

⁵⁶⁰ García Amado, Juan Antonio. *Teorías de la Tópica Jurídica*, Madrid, Universidad de Oviedo-Civitas, 1988, p. 319.

⁵⁶¹ Ibid., p. 320.

⁵⁶² Manassero, María de los Angeles. *De la Argumentación al Derecho Razonable, un estudio sobre Chaïm Perelman*, Pamplona, Eunsa-Ediciones Universidad de Pamplona, 2001, p. 337.

⁵⁶³ Ibid., p. 338.

doctrinales del presente, por supuesto permite calificar toda obra pionera como insuficiente al no cubrir las expectativas presentes de un esfuerzo de esa naturaleza; pero la obra tiene un indudable valor que fue haber lanzado a la discusión un tema que no ha dejado de generar posturas teóricas desde entonces, claro está, con un marco teórico y un instrumental conceptual más completo. Algunas ideas de Perelman son centrales para nuestra investigación: los jueces al justificar sus decisiones argumentan, su discurso tiene diversos destinatarios o *auditorios* a los que pretende persuadir acerca de lo acertado de su decisión y que la misma encuentra asidero en el ordenamiento; la lógica formal no tiene, como se creía, el papel único en el razonamiento jurídico, pues en la aplicación del derecho también tiene lugar la argumentación.

Con relación a la obra de Theodor Viehweg, podemos decir que no se trata propiamente de una *teoría de la argumentación jurídica*, sino de una propuesta para la formación de la ciencia del derecho a partir del modelo de la tópica, esto es, partiendo de los problemas que se presentan en la práctica y no como un sistema axiomático, en el cual las soluciones se deducen de verdades incuestionables, y que tarde que temprano acaba distanciándose de la realidad.

Para Viehweg un sistema formalizado iniciaría con la creación de axiomas y conceptos unitarios y unívocos, a los que se agrega una serie de fórmulas y que permita traducir todo el *tejido* de relaciones posibles con la ayuda de dichas fórmulas y, finalmente, agregar signos al modo matemático. El derecho no había llegado a ese nivel de formalización apuntado por Viehweg, pero se había convertido en una pluralidad de sistemas de alcance variado.

Un sistema formalizado pudiera funcionar durante cierto tiempo, pero si el objeto con respecto al cual funciona es dinámico y variable, como las relaciones sociales, por ejemplo, llega un momento en que dicho sistema se torna insuficiente para dar cuenta del fenómeno, llegan momentos en que lo que se quiere modificar es la realidad para ajustarla a los parámetros del modelo, en lugar de que éste se susceptible de adaptarse también a

dicha realidad. El sistema entonces se ve rebasado, generando un funcionamiento cada vez más inadecuado.

Viehweg afirma que incluso ante un sistema formalizado de derecho el pensamiento tópico tienen presencia en diversos momentos, por ejemplo, en su aplicación a casos concretos, en la que se manifiesta en forma de *interpretación*. Dicho autor no destierra de tajo el papel de la lógica en el ámbito jurídico ni por ende de la subsunción, pero la pone en un segundo plano con respecto a la *invención* o la interpretación en sentido lato; la formulación de las premisas en todo caso está en el terreno de la tópica, por lo que éstas pueden ser o no aceptables, relevantes o defendibles y la única instancia de control a este respecto es el propio debate con miras a una *efectiva inteligencia*, no quedándose en la mera opinión.

La técnica jurídica, que es tópica y retórica primordialmente, es una búsqueda de lo *justo* en cada caso con la ayuda de puntos de vista variados (tópica de primer grado), o de catálogos de tópicos que se han ido formando con el tiempo (tópica de segundo grado), este es el problema central del que debe partirse y no alejarse. Si una deducción lleva a un resultado incompatible con la aporía central que es la justicia, entonces debe entrar la tópica (invención) para interrumpirla y reconducirla al logro de lo justo.

Como puede observarse, la crítica al formalismo y formulismo son compartidas por Viehweg y Perelman, pero la reacción del primero se da a partir de la tópica y del segundo con base en la retórica. En el caso del primero, lo relevante es el modo de proceder con la mirada puesta en el problema y su solución a través del debate, y el caso del segundo, pone el acento en la persuasión del auditorio.

Robert Alexy, a su vez apoyado en diversos autores, emprende la crítica a la postura de Viehweg con la finalidad de delimitar el ámbito y los alcances de la tópica, con respecto a la teoría de la argumentación jurídica.⁵⁶⁴ La postura de Alexy, hay que decirlo, tiene una

⁵⁶⁴ Cfr. Alexy, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica, cit., pp. 39-47.

finalidad pragmática, que las críticas que se dirigen a la tópica no se trasladen a la teoría de la argumentación jurídica que propone.

La tópica como actividad se ha entendido como técnica de búsqueda de premisas, como teoría sobre la naturaleza de tales premisas o como teoría del uso de éstas en la fundamentación jurídica. En el primer caso, se trata de hallar los puntos de vista posibles con respecto a un caso, para lo cual los catálogos de *topoi* son útiles, sin embargo, para Alexy tales esfuerzos cuando se han intentado resultan infructuosos por su generalidad y heterogeneidad.⁵⁶⁵

En el segundo caso, la crítica se centra en la disminución del valor y la importancia de la ley, la dogmática y el precedente como premisas, toda vez que se les considera como meros *topoi*, como unos de los puntos de vista a considerar, cuando su papel es otro en la argumentación jurídica.⁵⁶⁶ En el tercer caso, la tópica no proporciona criterios acerca de que puntos de vista deben prevalecer, pues dejar como elemento de control a la propia discusión o debate implica como garantía de corrección cualquier tipo de consenso, lo cual considera Alexy como inadmisibile.⁵⁶⁷

No obstante las críticas de Alexy, este señala que *debe mantenerse la tesis de la tópica de que incluso donde no son posibles fundamentaciones concluyentes, el campo no debe quedar abandonado a la decisión irracional, así como la idea de que el concepto de fundamentación racional está estrechamente entrelazado con el de discusión racional.*⁵⁶⁸

Los cuestionamientos de Alexy han inspirado a los de otros autores, como Manuel Atienza, quien critica en el trabajo de Viehweg la imprecisión de los conceptos que utiliza, tales como *tópica*, *problema*, los *tópicos* o *topoi* y la noción de *lógica* y de *sistema*,⁵⁶⁹ que en efecto no son lo claros que se desearía, pero tampoco lo han sido en

⁵⁶⁵ Ibid., p. 40.

⁵⁶⁶ Id.

⁵⁶⁷ Ibid., p. 42.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 43.

⁵⁶⁹ Cfr. Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 57–59.

otros autores y etapas históricas, así que es algo que no es imputable exclusivamente a dicho autor, quien en todo caso, es una *víctima* más de esa circunstancia.

También se pone en tela de juicio la relación entre la tópica y el problema de la justicia en cada caso, pues esto no contribuye, en opinión de Atienza, a hacer avanzar la jurisprudencia o la teoría del razonamiento jurídico, pues *el problema, naturalmente, no consiste en efectuar proclamas vacías sobre la justicia, sino en idear algún tipo de método –o, por lo menos, algún elemento de control- que permita discutir racionalmente acerca de las cuestiones de justicia.*⁵⁷⁰

A partir de estos elementos, Manuel Atienza cuestiona si en realidad puede considerarse a la propuesta de Viehweg como una *teoría de la argumentación jurídica*, pues si bien la tópica permite explicar algunos aspectos del razonamiento jurídico, no da cuenta del papel que en éste cumple la ley, la dogmática y el precedente, por lo que se queda en un nivel general y no desciende a las especificidades de la aplicación del Derecho, ni tampoco abona al tema de la racionalidad de la decisión jurídica.⁵⁷¹ No obstante lo anterior, Atienza reconoce que en la tradición de pensamiento de la tópica jurídica inaugurada por Viehweg, hay sugerencia y estímulos valiosos para entender el razonamiento jurídico, pero que éste, más que una teoría, descubrió un campo propicio para la investigación.⁵⁷²

Sin duda, uno de los autores que hace el análisis más amplio y profundo de la obra de Viehweg desde distintos ángulos es Juan Antonio García Amado, éste opina que *lo que la tópica no aporta es la pauta para que sea racional, y no mero arbitrio discrecional, la opción de que el llamado a decidir lleva a cabo entre los tópicos igualmente legitimados que, como fundamentos o razones en pro de decisiones distintas, se plantean a su consideración.*⁵⁷³

⁵⁷⁰ Ibid., p. 60.

⁵⁷¹ Ibid., p. 61.

⁵⁷² Ibid., p. 63.

⁵⁷³ García Amado, Juan Antonio. Teorías de la Tópica Jurídica, cit., p. 369.

Por otro lado, García Amado señala que en el ámbito de la metodología jurídica más actual, la teorías de Viehweg y de Perelman, compartieron *una cierta labor pionera de la visión de la práctica del Derecho como praxis argumentativa de intercambio de razones, en orden a la decisión. Este insertarse de los tópicos en una estructura dialógica y persuasiva del proceso de realización de Derecho constituye el más claro punto de enlace entre la tópica jurídica y la retórica.*⁵⁷⁴

2.5.2. Stephen Edelston Toulmin.

El planteamiento central de Toulmin es la insuficiencia de la lógica para dar cuenta del uso y evaluación de los argumentos en la vida cotidiana, por lo que en su obra la lógica es objeto de sus reflexiones. Con el fin de destacar los puntos débiles o erróneos de ésta disciplina, Toulmin genera un modelo rival de *lógica práctica* en el que el proceso racional se desarrolla a manera de un juicio ante el tribunal de la *razón*.

El tipo de problema que se presente a nosotros determina la evidencia que debemos aportar, el argumento que producidos en apoyo a nuestras conclusiones y los pasos que lo componen, esto es, se parte del problema. En el proceso racional, así como en los diversos tipos de juicios, se pueden identificar variables y constantes, pero sobre todo hay similitudes en la forma y etapas del proceso de decisión.

Los términos a partir de los cuales se evalúan los argumentos son invariables, como por ejemplo lo *posible* o lo *imposible*, que sirven para que algo quede dentro o fuera de la consideración, mientras que los estándares de evaluación y crítica de argumentos cambian, esto es, qué debo entender por lo *posible* o lo *imposible* en un campo determinado. La lógica, en cambio, pretende utilizar un mismo estándar para la evaluación de todo tipo de argumentos, el estándar de la *forma*.

Toulmin sustituye la *forma* por *etapas* a manera de *reglas del procedimiento* jurídico. Un argumento es como un organismo, que tiene una estructura anatómica gruesa y una más

⁵⁷⁴ Ibid., p. 368.

final, esta última corresponde al nivel proposicional de que se ocupa la lógica, que no puede entonces dar cuenta de la macro estructura de los argumentos.

El modelo que presenta Toulmin, dividido en momentos y secuencias, se ofrece como una explicación de cómo se desarrollan los argumentos de manera cotidiana, entre afirmaciones, evidencias, estándares de apoyo y excepciones. Un argumento de acuerdo con Toulmin puede descomponerse en diversos elementos que entran a escena cuando hay cuestionamientos, de esta manera, el esquema se forma a partir de las preguntas que se hacen a lo que afirmamos y, al parecer, se detiene en el soporte (B) a la garantía (W), pero dicho autor, admite que si esto no deja satisfecho al sujeto inquisidor, el esquema puede dar lugar a sucesivas series de argumentos con la misma estructura.

Sin duda, el modelo de Toulmin para formular y evaluar argumentos en general resulta claro y persuasivo, pero la cuestión es que si dicho modelo que parte supuestamente de lo como se presenta y decide un caso ante un tribunal puede, por así decirlo, *regresar* al derecho para ser utilizado como modelo de argumentación jurídica.

Un primer aspecto es si el modelo que utiliza Toulmin de semejanza con la pretensión que se hace valer ante un tribunal, ocurre en efecto así en la práctica o se trata de un modelo aparente o simplista. Al respecto, cabría señalar que en el ámbito jurídico sólo haciendo un esfuerzo de un alto grado de abstracción se puede pensar que el proceso ante los tribunales se resume en la presentación de un asunto, la evidencia que lo apoya y la garantía jurídica que lo soporta. Cada una de estas etapas es en sí problemática, siguiendo el esquema de Toulmin resultaría deseable, pero no ocurre así, que los asuntos culminaran con la invocación de las normas como último apoyo de las aseveraciones para resolver un caso, cuando en ocasiones el problema está precisamente en el sentido y alcance de dichas normas, esto es, el soporte de la garantía es incluso cuestionado. En este sentido, faltaría desarrollar los pasos que se siguen ante un cuestionamiento de este tipo.

Por otra parte, cabría también preguntarse por la utilidad del modelo de Toulmin a la argumentación que se desarrolla en el ámbito jurídico. Al respecto, en efecto el modelo

permite rebasar la estrechez formal del silogismo, lo cual descomponer los argumentos en un mayor número de partes y de fases, inclusive permite identificar con mayor claridad los puntos de desacuerdo. Desde este ángulo, antes de expresar los argumentos en el ámbito del derecho, convendría pasarlos por el modelo de Toulmin, a efecto de verificar que cuentan al menos con los elementos mínimos de *garantía* y de *soporte*, que los hagan atendibles; esto podría ser de utilidad para evaluar en principio los argumentos forenses y también los ofrecidos como justificación por parte de autoridades.

Otro de los beneficios que aporta el esquema de Toulmin es poder identificar con mayor precisión las diversas maneras en que se puede presentar una falacia o razonamiento erróneo o defectuoso, pues la falta de algunos de los componentes, la redundancia o la inadecuada distribución de los mismos puede provocar que el argumento sea falaz, pero también admite la posibilidad de subsanarlo.

Por otro lado, una cuestión que escapa en el modelo de Toulmin, es la falta de consideración al papel del lenguaje y su fuerza persuasiva utilizado para integrar las diversas fases del argumento, lo que permitiría combinar su modelo con el de la tópica o la retórica de Viehweg o de Perelman. No obstante lo anterior, para Atienza la obra de Toulmin es una verdadera teoría de la argumentación (en general, no jurídica), que supera a la Tópica de Viehweg y a la Nueva Retórica de Perelman, primero porque está *dotada de un notable aparato analítico y ofrece, cuando menos, una guía para el ejercicio práctico de la argumentación*, y segundo, porque ofrece una estructura de los argumentos en general y muestra el carácter dialógico de la argumentación.⁵⁷⁵

Con relación al aspecto crítico, Atienza señala que en Toulmin no hay una diferencia marcada entre la garantía y el respaldo o *soporte*, lo cual en algunos casos podría suceder que se lleguen a confundir, por lo tanto, dicha diferencia *trasladada al campo de la argumentación jurídica, no muestra nada que no nos fuera ya conocido desde la*

⁵⁷⁵ Cfr. Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho*, cit., pp. 123-124. Aquí es pertinente hacer una aclaración, pues aunque Atienza reconoce que las ideas fundamentales de Toulmin están en su obra *The Uses of Argument* de 1958, que es la que nosotros seguimos, prefirió utilizar una posterior intitulada *An Introduction to Reasoning* de 1984, que Toulmin escribió en coautoría con Rieke y Janik.

*perspectiva de la lógica deductiva,... a saber: la existencia del silogismo práctico; la ambigüedad característica de los enunciados deónticos (que pueden interpretarse como normas o como proposiciones normativas); y la existencia, al lado de la justificación interna, de un esquema de justificación externa.*⁵⁷⁶

Otra de las críticas al modelo de Toulmin es que parece confirmar lo que las corrientes realistas del derecho apoyan, esto es, que en realidad los operadores jurídicos toman una determinada decisión y después buscan la manera de justificarla; Atienza afirma que Toulmin generaliza dicha posición de la formación retrospectiva de las decisiones jurídicas, que al parecer le primero no comparte en todos los casos.⁵⁷⁷

Alexy también se refiere en su obra a Toulmin, pero con relación primordialmente a sus ideas sobre la argumentación moral y desde el punto de vista del discurso práctico, no obstante, también hace un breve recorrido por la propuesta de argumentación en general de éste último, respecto a la cual afirma que *no es adecuada para sustituir a la lógica formal. Pero transmite observaciones interesantes en la estructura de las premisas usadas en las fundamentaciones y aclara los diversos pasos específicos de la fundamentación. También es importante el reconocimiento de que se debe presuponer algunas premisas o reglas para que cualquier argumentación pueda tener lugar.*⁵⁷⁸

2.5.3. Luis Recaséns Siches.

Luis Recaséns se inscribe dentro de los autores contra del formalismo en la aplicación judicial del Derecho, sector de cuya manifestación y problemas en la práctica se ocupa la filosofía no académica del derecho; el punto central de análisis son precisamente la interpretación y la individualización judicial del Derecho.

Si bien pareciera que la posición de Recaséns rivaliza con la lógica jurídica, lo que en realidad pretende es que esta subsista, pero únicamente para dar cuenta de los aspectos

⁵⁷⁶ Atienza, Manuel. Las Razones del Derecho, cit., p. 126.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 128.

⁵⁷⁸ Alexy, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica, cit., p. 102.

teóricos y generales del derecho, más no en el terreno del contenido de las normas, especialmente las de carácter individualizado, en donde inserta su *lógica de lo razonable*.

El razonamiento en la aplicación judicial del derecho no se agota en la lógica formal, pues la aplicación de esta en los casos de individualización de normas en casos concretos, puede ocasionar resultados injustos. En la solución de este tipo de casos sigue imperando la razón, pero de tipo vital o histórica, desde la cual las normas son ante todo *vida humana objetivada*. Es precisamente el *logos* de lo humano lo que gobierna los procesos de aplicación de normas y su interpretación.

La lógica de lo humano se vale también de inferencias, pero a partir de jerarquía de valores y juicios estimativos, así como de la congruencia entre fines y medios. Dicha lógica sustituye a los métodos de interpretación que tienen aplicación en el modelo de justificación formal de las decisiones. La labor del juez es axiológica en la interpretación, solución de contradicciones normativas en la aplicación de las normas y ante los casos no previstos.

De manera tangencial Recaséns hace referencia a la tópica, la retórica y la dialéctica, de las cuales rescata su carácter instrumental y la importancia que juega el diálogo, el debate y la ponderación de argumentos. El pensamiento jurídico debe partir de problemas y en su solución por parte del juez destaca el concepto de *prudencia* como suma de datos y criterios de valor que entran en juego para resolver un problema jurídico.

La tesis de Recaséns no es propiamente una teoría de la argumentación jurídica, pero su importancia radica en precisar el ámbito de la lógica formal en el Derecho, así como desacralizar las normas jurídicas para rescatar su aspecto de ser un producto de la actividad humana, y es precisamente en el ámbito de lo humano donde la *lógica de lo razonable* tiene lugar.

La razón humana, que no se agota en la lógica, también debe abarcar la solución de los problemas humanos vía la aplicación judicial del Derecho, que no sólo es creativa, sino

estimativa en muchos aspectos. La *lógica de lo razonable* es una vía para la ponderación entre valores, fines, medios y realidad.

Si bien las aportaciones de Recaséns sirven para retratar la función judicial de una manera honesta, sin disfraces formales de plena certeza y seguridad, desde la perspectiva de la argumentación, sería una uno más de los esfuerzos por generar pautas que al final quedan en el contexto de descubrimiento, más no en el de justificación. Dicho de otro modo, las ideas son útiles para determinar el material normativo y fáctico que utilizará el juez para resolver un problema concreto, pero son insuficientes a la hora de justificar la decisión, porque no proporciona parámetros de lo que puede o no ser un argumento derivado de la lógica de lo razonable, ni cómo evaluarlo desde esta perspectiva.

Ante el reclamo de que esta posición puede generar incerteza y falta de seguridad jurídicas, Recaséns responde que en el modelo formalista éstas son aparentes y que de acuerdo con lo que propone, no se incrementarían más del nivel en que ya se encuentran.

Con trabajos como los de Viehweg, Perelman, Toulmin y Recaséns, se tiene ya una noción bastante clara del movimiento intelectual generado alrededor de la mitad del siglo XX, para cuestionar el formalismo que impregnaba la concepción del Derecho y la labor de los jueces al aplicarlo. Al mismo tiempo, se aprecia el inicio de un nuevo paradigma para explicar el Derecho y la labor de los operadores jurídicos, ahora en términos de discurso y control argumentativo de sus decisiones.

Capítulo III. La segunda generación de teorías: la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, el razonamiento jurídico de MacCormick y el proyecto de teoría de la argumentación de Manuel Atienza.

Sumario: 3.1. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy; 3.1.1. La fundamentación de las proposiciones normativas; 3.1.2. Reglas fundamentales; 3.1.3. Reglas de razón; 3.1.4. Reglas sobre la carga de la argumentación; 3.1.5. Formas de argumento características del discurso práctico; 3.1.6. Las reglas de fundamentación; 3.1.7. Las reglas de transición; 3.1.8. Los límites del discurso práctico racional; 3.1.9. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy; 3.1.9.1. La justificación interna; 3.1.9.2. La justificación externa; 3.1.9.2.1. La argumentación empírica; 3.1.9.2.2. Los cánones de la interpretación; 3.1.9.2.3. La argumentación dogmática; 3.1.9.2.4. Los argumentos basados en precedentes; 3.1.9.2.5. El uso de formas de argumentos jurídicos especiales; 3.1.9.3. El discurso jurídico y el discurso práctico en general; 3.2. La teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick; 3.2.1. La justificación deductiva; 3.2.2. El uso de la palabra lógico o lógica; 3.2.2.1. La lógica de la absolución y la carga de la prueba; 3.2.3. La justificación deductiva -sus presupuestos y límites; 3.2.4. La limitación de la justicia formal; 3.2.5. Decisiones acerca de hechos; 3.2.5.1. Problemas acerca de hechos secundarios; 3.2.6. La justificación de segundo orden; 3.2.6.1. Argumentos consecuencialistas; 3.2.6.2. El requisito de coherencia. Los principios y analogías; 3.2.6.3. El requisito de consistencia y el problema de la interpretación: casos claros y casos difíciles; 3.2.6.4. Problemas de interpretación en casos de precedentes; 3.3. Las razones del Derecho y el proyecto de teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza; 3.3.1. Sobre la relación entre argumentación y lógica; 3.3.2. El proyecto de una teoría de la argumentación jurídica; 3.3.2.1. El objeto de la teoría de la argumentación; 3.3.2.2. El método de la teoría de la argumentación; 3.3.2.3. La función de la argumentación jurídica; 3.4. La crítica a la segunda generación de teorías: la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, el razonamiento jurídico de MacCormick y el proyecto de teoría de la argumentación de Manuel Atienza; 3.4.1. Robert Alexy; 3.4.2. Neil MacCormick; 3.4.3. Manuel Atienza.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

3.1. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy.

Robert Alexy intenta a través de su trabajo, publicado en una versión inicial en 1978, dar respuesta a dos preguntas centrales ¿pueden ser fundamentadas las proposiciones normativas? y si esto es afirmativo, ¿cuáles son las reglas para determinar que una proposición de este tipo es o no correcta? Para dar respuesta a esas interrogantes aborda el problema desde el ángulo de la metaética o teoría del lenguaje normativo, que sirve de base a la teoría de la fundamentación de enunciados normativos.

A fin de dar seguimiento a la obra de Alexy, hay que hacer una distinción básica entre la justificación de las convicciones morales, esto es, fundamentar su verdad o acierto (que constituyen el objeto de su atención y de su teoría),⁵⁷⁹ y el acuerdo que se logra mediante la persuasión, la influencia psíquica o la propaganda, que caería en el terreno de la psicología.⁵⁸⁰

La teoría del discurso práctico general de Alexy, es en gran parte el resultado de una profunda y laboriosa investigación que abarcó numerosas corrientes de pensamiento metaéticas, lingüísticas, retóricas y filosóficas en general,⁵⁸¹ respecto de las cuales fue criticando, rechazando o aceptando diversos conceptos y puntos de vista. Esto es reconocido por el propio autor señalado, quien opina que para comprender a fondo su teoría es necesario referirse a las corrientes que examinó.

⁵⁷⁹ La justificación tiene desde cierto ángulo mayores alcances que la fundamentación, en virtud de que se puede incluso justificar aquello que no está del todo fundamentado; por otra parte, justificar también tiene una acepción más técnica que es la de ofrecer razones frente a dudas u objeciones. No obstante, ambas son utilizadas como sinónimos. Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 52, n. 2.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁵⁸¹ Entre los autores más renombrados que sirven de base a la teoría de Alexy se encuentran, entre otros, Wittgenstein, Austin, Habermas, Toulmin, Hare y Perelman.

Hecha esta aclaración, expondremos los aspectos más generales primero de la teoría del discurso práctico en general y después la teoría de la argumentación jurídica, que es para Alexy un caso especial del discurso práctico general.

3.1.1. La fundamentación de las proposiciones normativas.

Las proposiciones normativas son aquellas en las que se hace referencia a que algo es *bueno* o *debido*. Estas proposiciones llevan consigo una pretensión de corrección, de manera que cuando son cuestionadas es necesario discutir acerca de su justificación.⁵⁸²

La corrección o fundamentabilidad de tales proposiciones sólo tiene sentido si puede hacerse referencia a reglas, que permitan distinguir entre las razones buenas y los argumentos válidos para apoyar la proposición, de aquellos que no lo son.⁵⁸³ A fin de evitar que esta labor de fundamentación lleve en un espiral al infinito, Alexy propone sustituir la exigencia de fundamentar toda proposición por diversos criterios a seguir para la actividad de fundamentación (reglas de discusión racional).⁵⁸⁴

Tales reglas abarcan el análisis de las proposiciones y el comportamiento del hablante, no garantizan certeza pero sí racionalidad, que es una de las propuestas básicas de la teoría del discurso práctico racional.⁵⁸⁵ Para Alexy los discursos "... son los conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones", cuando tales discursos tienen por objeto la corrección de las proposiciones normativas son precisamente discursos prácticos.⁵⁸⁶

En el ámbito del Derecho, de acuerdo con Alexy: "El discurso jurídico... es un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente".⁵⁸⁷

⁵⁸² Ibid., p. 176.

⁵⁸³ Id.

⁵⁸⁴ Ibid., p. 177.

⁵⁸⁵ Id.

⁵⁸⁶ Id.

⁵⁸⁷ Id.

Las teorías del discurso pueden distinguirse de acuerdo a la función que realicen en empírica, analítica y/o normativa. Cuando se trata de la función empírica la teoría se limita a describir y explicar relaciones entre grupos de hablantes y el empleo de argumentos, el efecto de éstos o las concepciones predominantes en algún grupo sobre la validez de argumentos.⁵⁸⁸

En el caso de la función analítica, la teoría se enfoca a la estructura lógica de los argumentos realmente utilizados y los argumentos posibles. En cuanto a la función normativa, tiene por objeto establecer y fundamentar criterios para la racionalidad del discurso.

La teoría del discurso racional cumple una función como la tercera señalada, en cuanto proporciona las reglas o criterios que debe seguir este tipo de discurso.⁵⁸⁹ Tales reglas pueden dar lugar a una fundamentación *técnica*, si se les considera como medios para lograr cierto fines; a una fundamentación empírica, si se les identifica como reglas que rigen o son seguidas de hecho; a una fundamentación *definitoria* si la identificación de un sistema de reglas se considera como fundamento y motivo suficiente para su aceptación; y finalmente, la fundamentación *pragmático-universal*, si se muestra que la validez de ciertas reglas es lo que hace posible la comunicación lingüística.⁵⁹⁰

Aunada a estas cuatro formas de fundamentación de las reglas del discurso práctico racional, hay la posibilidad de hacer uso de reglas no justificadas como una manera de iniciar la discusión, lo que no significa que tal proceder sea irracional.⁵⁹¹

3.1.2. Reglas fundamentales.

Respecto a las reglas del discurso práctico racional, Alexy elabora un catálogo que inicia con las que denomina reglas fundamentales, esto es, aquellas que son la condición de

⁵⁸⁸ Ibid., pp. 177-178.

⁵⁸⁹ Ibid., p. 178

⁵⁹⁰ Ibid., pp. 178-184.

⁵⁹¹ Ibid., p. 184

cualquier comunicación lingüística posible, que tenga por objeto la verdad o corrección.⁵⁹²

A continuación reproducimos tales reglas:

1. Ningún hablante puede contradecirse.⁵⁹³
2. Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.⁵⁹⁴
3. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.
4. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.⁵⁹⁵

3.1.3. Reglas de razón.

El segundo grupo de reglas giran en torno a la pretensión de fundamentabilidad, de verdad o corrección de las aserciones.

Así surge la regla de fundamentación: 1. "Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación".⁵⁹⁶

Hay además exigencias de igualdad de derechos, universalidad y no cerción, de las que surgen las siguientes reglas:

2. Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso. Esta se subdivide en tres subreglas:

⁵⁹² Ibid., p. 185

⁵⁹³ La primera regla es expresión de las reglas de la lógica, que no dejan de tener aplicación tratándose de proposiciones normativas, aunque se afirme que éstas no pueden ser objeto de criterios de verdad, sino de validez, lo cual continúa siendo objeto de discusión. Ibid., pp. 185-186.

⁵⁹⁴ La segunda regla de acuerdo con Alexy, asegura la sinceridad de la discusión, sin ella, no sería posible contar con un parámetro para distinguir inclusive una mentira. Ibid., p. 186.

⁵⁹⁵ Las reglas tercera y cuarta hacen referencia a la coherencia al exigir que el sentido de las expresiones utilizadas sea el mismo en todos los casos en que éstas se hallen presentes. Ibid., p. 187.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 188.

- 2.1 Todos puede problematizar cualquier aserción.
- 2.2. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
- 2.3. Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

3. A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en las reglas anteriores, mediante coerción interna o externa al discurso.

3.1.4. Reglas sobre la carga de la argumentación.

Un tercer grupo de reglas son aquellas elaboradas con relación a la carga de la argumentación. Estas permiten distribuir ésta entre los participantes, de modo que la sea posible el desarrollo del discurso.

La primera de este grupo de reglas se formula de manera siguiente: 1. Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta a una persona B está obligado a fundamentarlo.

2. Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello.

3. Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contra argumentos.

4. Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

3.1.5. Formas de argumento características del discurso práctico.

Si bien en el discurso práctico pueden tener aplicación diversas formas de argumento, hay algunas propias de esa clase de discurso.

Una de las formas para fundamentar una proposición normativa singular es tomar como referencia una regla, presupuesta como válida y cuyas condiciones de aplicación se

cumplen (ya sean características de una persona, de una acción o de un objeto, la existencia de un determinado estado de cosas o que suceda un determinado acontecimiento). La segunda, consiste en señalar las consecuencias de seguir el imperativo que implica la norma singular, lo que implica también que se presupone una regla que expresa que la producción de tales consecuencias es buena u obligatoria.⁵⁹⁷

Esto implica que en ocasiones sean necesarias reglas de segundo orden para justificar a su vez las reglas a partir de las cuales son fundamentadas las normas singulares.⁵⁹⁸

En virtud de que reglas diversas pueden llevar a resultados también diversos, que en ocasiones podrían ser contradictorios, deben entrar en juego un grupo de reglas llamadas de prioridad que permitan dar preferencia a determinadas reglas en todas las condiciones o bajo ciertas condiciones. Estas reglas deben ser justificadas y en caso de conflicto son requeridas reglas de prioridad de segundo nivel.⁵⁹⁹

Por último, las formas de argumento utilizadas en un discurso crean a su vez estructuras de argumento. La exigencia de racionalidad significa únicamente que todas las reglas pueden ser objeto de justificación, pero no que todas tengan que justificarse a la vez.⁶⁰⁰

3.1.6. Las reglas de fundamentación.

Las formas de argumentos que propone Alexy garantizan un aumento de racionalidad en la argumentación si son observadas, pero admite que aún se está en el camino de ir buscando reglas para las fundamentaciones efectuadas a través de dichas formas.⁶⁰¹

Entre tales reglas se encuentran aquellas que son variantes del principio de generalizabilidad, que se enuncia, según una versión sintetizada del mismo como:

⁵⁹⁷ Ibid., pp. 193-194.

⁵⁹⁸ Ibid., p. 195.

⁵⁹⁹ Ibid., p. 196.

⁶⁰⁰ Ibid., p. 197.

⁶⁰¹ Id.

Cualquiera debe poder estar de acuerdo con las consecuencias de las reglas afirmadas o presupuestas por él para cualquier otro.⁶⁰²

Otras regla son:

- 1) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas para todos.
- 2) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.
- 3) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica, esto es, que su justificación original esté vigente o que su justificación racional derive de nuevas razones que sean suficientes.⁶⁰³
- 4) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual.
- 5) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

Las reglas anteriores determinan el contenido de las proposiciones y reglas a fundamentar, de ahí su denominación.⁶⁰⁴

3.1.7. Las reglas de transición.

Estas tienen lugar cuando surgen en los discursos prácticos cuestiones que no pueden ser resueltas con los medios de argumentación de este tipo.

Las reglas a este respecto permiten:

⁶⁰² Ibid., p. 198.

⁶⁰³ Ibid., p. 199.

⁶⁰⁴ Ibid., p. 200.

- a) Que cualquier hablante en cualquier momento pueda pasar a disputar cuestiones sobre hechos o empíricas, que ante la falta de certeza absoluta dan lugar a las reglas de presunción racional.
- b) Que cualquier hablante en cualquier momento pueda pasar a un discurso de análisis del lenguaje.
- c) Que cualquier hablante en cualquier momento pueda pasar a un discurso de teoría del discurso o a la discusión práctica misma.

3.1.8. Los límites del discurso práctico racional.

Las reglas formuladas para el discurso práctico y las formas de argumentos sólo aumentan la posibilidad de llegar a un acuerdo, pero no garantizan que este se logre o que, una vez logrado, sea definitivo o irrevocable. Sin embargo, esto no disminuye la necesidad de que sean examinables y sometidos a los criterios sobre su corrección. De acuerdo con lo anterior, Alexy identifica situaciones de imposibilidad discursiva o de necesidad discursiva.⁶⁰⁵

Otra situación se presenta cuando dos proposiciones normativas incompatibles entre sí pueden ser fundamentadas, sin contravenir reglas del discurso. En estos casos entran en juego discursos prácticos, en los que se fundamentan reglas que permiten decidir entre dos soluciones contradictorias discursivamente posibles.⁶⁰⁶

Ejemplos de este tipo de reglas son precisamente las normas jurídicas, que "... por medio de procedimientos regulados por ellas, son necesarias y razonables, en cuanto que la posibilidad de alcanzar soluciones vinculantes en el discurso práctico está limitada. Los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas."⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ Ibid., p. 201.

⁶⁰⁶ Ibid., p. 202.

⁶⁰⁷ Id.

Entre el discurso jurídico y el discurso práctico general hay varios puntos de contacto, más allá de la consideración de que el primero es un caso especial del segundo: Estos puntos son: a) que la naturaleza del discurso práctico general hacen necesario el discurso jurídico, b) que ambos coinciden en la pretensión de corrección, c) que poseen estructuralmente reglas y formas de argumentación afines y d) que la argumentación práctica de tipo general tiene aplicación en el marco de la argumentación jurídica.⁶⁰⁸

3.1.9. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy.

En este apartado nos concentraremos en explicar los aspectos más sobresalientes que distinguen a la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Lo anterior en virtud de que la obra de Alexy abarca, además, un estudio sobre las diversas teorías del discurso práctico y una explicación de una teoría general de éste, cuyo análisis rebasa el objeto del presente punto.⁶⁰⁹

Alexy acepta que hay diversos tipos de discusiones jurídicas, como por ejemplo las que tienen lugar en los ámbitos académico, legislativo, administrativo, las de tipo privado, los debates ante los tribunales y las deliberaciones judiciales; éstas dos últimas se distinguen por su carácter institucionalizado y además porque a través del proceso se debe alcanzar un resultado en un tiempo determinado y sus consecuencias son vinculantes.⁶¹⁰

La referencia necesaria o la vinculación de la argumentación jurídica al derecho vigente, es uno de los puntos de distinción de ésta respecto de la argumentación práctica en general. Esto significa que la argumentación jurídica no es ilimitada en sus alcances ni carece de fronteras, sólo en el caso de la de discusión de tipo académico podría afirmarse que posee el grado más alto de libertad.⁶¹¹

Para efectos del tema objeto de nuestra investigación, resulta relevante la argumentación judicial que se da con motivo de un proceso, sobre el particular Alexy afirma que “En el

⁶⁰⁸ Ibid., p. 273.

⁶⁰⁹ Ibid., pp. 51-202.

⁶¹⁰ Ibid., pp. 205-206.

⁶¹¹ Ibid., p. 206.

proceso se dan las mayores limitaciones. Aquí los roles están desigualmente distribuidos, la participación, por ejemplo, del acusado no es voluntaria, y el deber de veracidad está limitado. El proceso de argumentación está limitado temporalmente y está reglamentado por medio de reglas procesales. Las Partes pueden orientarse según sus intereses. Con frecuencia, quizás como regla, no se trata de que la sentencia sea correcta o justa para las partes, sino ventajosa. Las otras formas pueden situarse, por lo que respecta a la extensión de las distintas limitaciones, entre estos dos extremos”.⁶¹²

Alexy considera que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general en virtud de que se refiere a cuestiones prácticas, relativas a lo que hay que hacer u omitir, o a lo que se puede hacer u omitir; además, existe la pretensión de corrección de las cuestiones discutidas. Finalmente, la discusión jurídica se lleva a cabo bajo condiciones limitadas o acotadas por el propio ordenamiento jurídico, que es lo que imprime el carácter especial del discurso jurídico.⁶¹³

Ante las posibles objeciones que podrían esgrimirse contra la consideración de la argumentación judicial como discurso y como caso especial del discurso práctico en general, Alexy agrega que lo importante es que la argumentación jurídica relativa a la solución de cuestiones prácticas es la base de la praxis y de la ciencia jurídica.⁶¹⁴

Por otra parte, la pretensión de corrección de los enunciados que se dan en el discurso jurídico está justificada desde diversos ángulos:

- En la totalidad de las formas del discurso jurídico se realizan fundamentaciones.
- Quien fundamenta una determinada decisión y acto tiene la pretensión de que lo que afirma es acertado y, por lo tanto, de que su fundamentación es correcta.
- En el ámbito jurídico no es admisible negarse a ofrecer razones para justificar una decisión.

⁶¹² Id.

⁶¹³ Id.

⁶¹⁴ Ibid., p. 207.

- La pretensión o intención subjetiva que pudiera subyacer a determinada fundamentación, no destierra la exigencia de que ésta se lleve a cabo ni las consecuencias que deriven de la misma.

En tal sentido, la *quaestio* de la teoría del discurso jurídico no es la racionalidad *per se* del discurso que se produce en ese ámbito, sino que ésta se dé en el contexto precisamente del ordenamiento jurídico en que encuentra inmerso. En efecto, con apoyo del Derecho vigente se puede también fundamentar la exigencia de la fundamentación y la pretensión de corrección, entre otras, de las decisiones judiciales.⁶¹⁵

Alexy se cuestiona si la pretensión de corrección alcanza necesariamente o no a las decisiones judiciales. Al respecto, señala que esto depende de si el concepto de decisión judicial lo abarca o no, pero en caso de que no lo contemple eso no significa que la decisión judicial sea inválida, sino que es *defectuosa* no sólo moralmente.⁶¹⁶

La teoría de la argumentación jurídica se ocupa de la justificación o fundamentación de las decisiones jurídicas en tanto proposiciones normativas. Siguiendo a Wróblesky, Alexy acepta la distinción entre justificación interna y justificación externa.⁶¹⁷ La justificación interna tiene que ver con la relación lógica entre las premisas que se expresan como fundamentación y la decisión misma, de manera que ésta se siga en efecto *lógicamente* de las primeras; este es el terreno del silogismo jurídico. La justificación externa por otro lado está dirigida a la corrección de las premisas.⁶¹⁸

3.1.9.1. La justificación interna.

La justificación interna de una decisión requiere en su forma más simple que una determinada decisión se siga lógicamente de una regla universal, esto es, de una norma general o no particularizada.

⁶¹⁵ Ibid., p. 208

⁶¹⁶ Ibid., p. 209.

⁶¹⁷ Ibid., p. 213.

⁶¹⁸ Ibid., p. 214.

La expresión simbólica de un tipo de justificación como el señalado sería:

(1) $(x) (x \rightarrow Orx)$

(2) Ta

(3) $ORa (1),(2)$

El esquema anterior ejemplificado con una disposición constitucional sería el siguiente:

El artículo 36 de la Constitución dispone que una de las obligaciones de los ciudadanos de la República es la de alistarse en la Guardia Nacional.

(x) sería el concepto ciudadano.

$(x \rightarrow Orx)$ sería la norma general que obliga a todo ciudadano de la República a alistarse en la Guardia Nacional.

Si se da el caso que "Juan Pérez" (a) posee la calidad de ciudadano de la República como supuesto de hecho "T" de la norma (que otorga la Constitución en su artículo 34 a aquellos mexicanos que hayan cumplido 18 años y tengan un modo honesto de vivir), entonces:

ORa que sería la decisión jurídica de que "Juan Pérez" tiene la obligación de alistarse en la Guardia Nacional.

El principio de universalidad que subyace al esquema de justificación señalado, que Alexy nombra como (J.1.1), sirve de base al principio de justicia formal, según el cual se exige *observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría*.⁶¹⁹

A partir del principio de universalidad Alexy señala diversas reglas de justificación interna, que a continuación enunciamos:

⁶¹⁹ Ibid., p. 215.

- 1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal (la cual debe extraerse del Derecho Positivo y, en caso de que esto no sea posible, hay que construirla).
- 2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

El esquema básico de justificación presentado por Alexy es insuficiente ante lo que denomina los casos complicados, entendiéndose por tales:

- a) Aquellos en los que la norma posee alternativas en el supuesto de hecho;
- b) Cuando la aplicación de la norma requiere un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas;
- c) Cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas; o
- d) Cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones o sentidos.

La justificación interna de una decisión en un caso complejo requiere de una estructura de premisas concatenadas que vinculen lógicamente a cada una de las normas aplicables, las cuales van siendo concretizadas hasta llegar a su grado mínimo que equivaldría a la decisión jurídica.

Un esquema de justificación de un caso como el señalado sería representado simbólicamente de la siguiente manera, a la que Alexy denomina (J.1.2).⁶²⁰

$$(1) \quad (x) (Tx \rightarrow Orx)$$

$$(2) \quad (x) (M^1x \rightarrow Tx)$$

$$(3) \quad (x) ((M^2x \rightarrow (M^1x))$$

⁶²⁰ Un ejemplo de este tipo de justificación es detallado en la propia obra de Alexy, *Ibid.*, p. 217-218.

- (4) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$
- (5) Sa
- (6) ORa (1)-(5)

En la cadena de premisas que llevan a una decisión, algunas de éstas de carácter intermedio funcionan como reglas del uso de ciertas expresiones o "reglas de uso de palabras", que pueden tener una forma débil de *si... entonces* o, por otra parte, la forma fuerte de *si y sólo si*. La forma débil utilizada en la fundamentación es considerada por Alexy como la forma estándar.⁶²¹

La importancia de las "reglas de uso de palabras" estándar radica en que permiten evitar contradecir el principio de universalidad que ya señalamos, esto es, impiden que se trate en aspectos relevantes a dos individuos una vez con una cualidad y otra vez con una diferente de manera indistinta. Esto equivaldría, por ejemplo, a considerar bajo los mismos aspectos relevantes varios casos concretos de conductas de miembros de las fuerzas armadas, unas veces como "actos cometidos en el servicio" y otras como "actos no cometidos en servicio".

Estas consideraciones permiten concretar otras tres reglas de justificación interna:

- 3) Siempre que exista duda sobre si "a" es un "T" o un "M¹" hay que aducir una regla que decida la cuestión. Alexy, citando a Karl Larenz señala que "Contradiría a la exigencia de justicia de tratar igual a los casos iguales, así como también a la

⁶²¹ Ibid., p. 218.

seguridad jurídica procurada por la ley, si los jueces interpretaran las mismas disposiciones en casos semejantes, ahora de una manera, ahora de otra".⁶²²

- 4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible;
- 5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

El modelo de justificación propuesto por Alexy pretende dotar de la mayor claridad posible al proceso de fundamentación formal, pero no significa que por justificación deba entenderse exclusivamente la deducción de normas generales dadas, ya que también abarca el punto concerniente a la creatividad. Así lo afirma el propio Alexy cuando señala "... en los casos más complicados se necesita, para la fundamentación de las decisiones jurídicas, una serie de premisas... que no pueden ser deducidas de ninguna ley. En muchos casos, la norma con que se comienza no es ni siquiera una norma de Derecho: las premisas no extraídas del Derecho positivo aparecen claramente en toda su extensión".⁶²³

En pocas palabras, la justificación interna hace evidente lo que en ocasiones se pretende ocultar o de hecho se disimula, como por ejemplo fases creativas y valorativas presentes en la decisión jurídica, cuya fundamentación corresponde a la justificación externa.

Por otra parte, la justificación interna no tiene como referencia exclusivamente normas, debe también considerar y profundizar en los hechos para poder concatenar las diversas premisas, sin que ello signifique que puede dar cuenta de la fase de descubrimiento, esto es, de explicar lo que en efecto llevó a tomar una determinada decisión. Aquí cabe señalar que la fase de descubrimiento, esto es, los múltiples factores reales que permiten "explicar una decisión" contrasta con la fase de justificación o fundamentación de ésta, que es de la que nos ocupamos.⁶²⁴

⁶²² Ibid., p. 219, n. 40.

⁶²³ Ibid., p. 220.

⁶²⁴ Ibid., p. 221.

Los dos modelos de justificación (J.1.1) y (J.1.2.), más las cinco reglas ya expresadas, aseguran una racionalidad formal a nivel de premisas y conclusión, pero la racionalidad de la decisión cae en el campo de la justificación externa a la que nos referiremos enseguida.

3.1.9.2. La justificación externa.

Este aspecto de la justificación de una decisión jurídica tiene por objeto fundamentar las premisas que fueron utilizadas en la justificación interna; se encarga del cómo y porqué, a modo de fundamentación, fueron elegidas tales premisas.⁶²⁵

El tipo de premisas que son utilizadas para adoptar una decisión jurídica pueden ser de tres tipos: a) reglas de derecho positivo, 2) enunciados empíricos y 3) premisas de otro tipo, esto es, que no corresponden a alguna de las categorías aquí mencionadas. Cada tipo de premisas se corresponde a su vez con método de fundamentación distintos, así, en el caso de una norma habrá que mostrar que cumple con los criterios de validez que prevé el ordenamiento jurídico; si se trata de una premisa empírica su fundamentación puede llevarse a cabo a través de los métodos de las ciencias empíricas, presunciones e incluso reglas de la carga de la prueba en el caso del proceso; por último, para justificar el tipo de premisas restantes es útil precisamente la *argumentación jurídica*.⁶²⁶

El que se pueda distinguir diversos métodos de fundamentación no significa que estén desvinculados entre sí, pues a la hora de fundamentar cualquiera de los tres tipos de premisas pueden entrar en juego aspectos que requieran de más de un método de fundamentación o hacerse necesaria la interpretación, por ejemplo, si se trata de justificar una premisa no normativa, ni empírica, habrá que hacer uso comúnmente de enunciados de éste último tipo y también de normas jurídicas.⁶²⁷

⁶²⁵ Ibid., pp. 222 y ss.

⁶²⁶ Id.

⁶²⁷ Alexy señala que "en la fundamentación de una norma según los criterios de validez de un ordenamiento jurídico puede ser necesario interpretar las reglas que definen los criterios de validez. Esto

La justificación externa a que hace referencia Alexy, se concentra en las premisas que no son ni reglas de Derecho, ni enunciados empíricos. Existen seis grupos de reglas y de formas de justificación externa:

- 1) De interpretación/ley.
- 2) De la argumentación dogmática/doctrina.
- 3) Del uso de los precedentes/precedente.
- 4) De la argumentación práctica general/razón.
- 5) De la argumentación empírica/empirie.
- 6) Formas especiales de argumentos jurídicos.

En cada uno de estos grupos existen formas de argumentación cuya interconexión depende del papel que se asigne a la argumentación empírica y a la argumentación práctica general.

3.1.9.2.1. La argumentación empírica.

En el discurso jurídico tienen lugar enunciados empíricos de diverso tipo, ya sobre sucesos, hechos o estados de cosas específicos, ya sobre regularidades de las ciencias naturales o sociales, cuya justificación requiere de una argumentación empírica sobre la base de datos que pueden arrojar disciplinas como la economía, sociología, psicología, medicina, o la lingüística, entre otras.

Por supuesto, el conocimiento en estos campos aspira al nivel más alto de certeza, pues en muchos casos ésta no puede ser absoluta, de ahí que también tengan aplicación reglas de presunción racional.⁶²⁸

tiene especial importancia si entre los criterios de validez se encuentran límites constitucionales; por ejemplo, un catálogo de derechos fundamentales; Ibid., p. 222.

⁶²⁸ Ibid., p. 225.

La relevancia de los argumentos empíricos se pone de manifiesto cuando por ejemplo, en un proceso, se debaten no las disposiciones jurídicas aplicables sino que los hechos hayan ocurrido o no, o que sucedieron de tal o cual manera.

3.1.9.2.2. Los cánones de la interpretación.

Los cánones de la interpretación tiene por finalidad fundamentar la derivación de una norma concreta de la interpretación de una regla general, pero también justificar normas no positivas y en general otros enunciados jurídicos.⁶²⁹ Los cánones, aún cuando pudieran llegarse a considerar como expresión de la actividad interpretativa, no son métodos de interpretación, sino de fundamentación del resultado de ésta.

Los cánones son formas de argumentación que pueden agruparse para su comprensión en varios grupos: los de la interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica, los cuales poseen rasgos distintivos.

1. Los argumentos semánticos tienen como referencia interpretaciones que atienden al uso del lenguaje, *pueden usarse para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible, al menos semánticamente.*⁶³⁰

Hay tres formas de argumentos semánticos, la primera de ellas consiste en que una norma concreta específica debe aceptarse como interpretación de una disposición general, sobre la base de un uso del lenguaje determinado; la segunda, que una norma concreta no puede aceptarse como interpretación de la misma disposición sobre la misma base; y la tercera, que es posible aceptar o no la norma concreta, pues no es determinante en el caso concreto el uso del lenguaje que se toma como base.⁶³¹

En este tipo de argumentos la cuestión central será determinar si la *regla de uso del lenguaje* utilizada es o no válida, para lo cual resultan relevantes la competencia

⁶²⁹ Ibid., p. 226.

⁶³⁰ Id.

⁶³¹ Ibid., pp. 226-227.

lingüística del hablante, la investigación empírica que lo respalde o la autoridad de diccionarios.⁶³²

En la tercera de las formas de argumentos semánticos, se trata de términos vagos que aceptan sentidos y usos múltiples, por lo que más que una especificación del lenguaje se está ante una determinación o una acentuada asignación de significado.

2. Los argumentos genéticos permiten justificar la concreción de una norma general mediante interpretación, cuando se afirma que la norma concreta derivada de ésta se corresponde con la voluntad del legislador.⁶³³

Existen dos formas de argumentos de este tipo, según que la norma obtenida mediante interpretación sea considerada como objeto directo de la voluntad del legislador, o que éste fijó ciertos fines en la disposición que se interpreta, que sólo será posible alcanzar si se atiende al sentido y alcance cristalizados en la norma concreta a la que se arribó.⁶³⁴

Los enunciados sobre la voluntad del legislador, o que tal o cual interpretación se corresponde con ésta, son necesarios y deben hacerse explícitos a fin de satisfacer el *requisito de saturación*, esto es, que los argumentos que sirven de base a la justificación no aparezcan incompletos o sean débiles. En otras palabras, la alusión implícita a que el sentido y alcance asignado a una disposición está acorde o expresa la voluntad del legislador, no basta para que esto quede justificado así provenga de una autoridad con facultades emitir una decisión último grado.

Alexy señala que los argumentos genéticos son los más difíciles y sobre todo justificar la validez de los enunciados utilizados para satisfacer el requisito de saturación. Este tipo de argumentos, al igual que los semánticos son casos especiales de la argumentación empírica, en tanto lo que se busca es establecer hechos, en un caso de lo que realmente

⁶³² Ibid., p. 227.

⁶³³ Id.

⁶³⁴ Ibid., p. 228.

constituyó la voluntad del legislador (con todas sus dificultades), y en otro de un uso real de lenguaje.⁶³⁵

3. Los argumentos históricos tienen lugar cuando lo que se aducen hechos relativos a la historia del problema jurídico que se discute, de tal forma que tales hechos constituyen razones para apoyar una determinada interpretación. De las diversas formas que pueden adoptar los argumentos interpretativos, Alexy destaca aquella en que se trata de justificar que la solución que en algún momento histórico determinado se dio a un problema jurídico, y que en ese entonces llevó a consecuencias consideradas por el hablante como *indeseables* o negativas, resulta en el nuevo momento inaceptable puesto que las circunstancias de entonces a ahora no han variado sustancialmente (lo que significa que las consecuencias adversas pueden nuevamente presentarse).⁶³⁶

En el ejemplo mencionado, se requiere por parte del hablante una justificación especial sobre las consecuencias indeseables o negativas de la solución efectuada en el pasado.

4. Los argumentos comparativos no se centran, como en el caso de los *históricos*, en contrastar situaciones en el tiempo, sino en el espacio, esto es, tienen como referencia estados de cosas o situaciones que se dan en una determinada sociedad. Por tal motivo, el argumento comparativo incluye necesariamente como mínimo una premisa normativa y varias premisas empíricas.⁶³⁷

5. Los argumentos sistemáticos permiten justificar una norma concreta que es interpretación de una disposición general, atendiendo por una parte al lugar o situación de dicha norma tanto en el texto legal, esto es, el título, capítulo, libro, etcétera donde se encuentre expresada y, por la otra, a su relación lógica o teleológica respecto de otras normas.

⁶³⁵ Ibid., p. 230.

⁶³⁶ Id.

⁶³⁷ Ibid., p. 231.

En estricto sentido, los argumentos sistemáticos se refieren al segundo tipo de situaciones, pero sólo en cuanto a la relación lógica entre las normas. Si las relaciones son de *medio y fin* entre las normas involucradas se acudirá a argumentos sistemático-teleológicos.

Se está en presencia de un argumento sistemático, cuando se afirma que la norma concreta que resulta de la interpretación de una disposición más general es contradictoria respecto a otra norma del ordenamiento reconocida como válida.⁶³⁸ Si este es el caso, habrá dos opciones principales, o se prefiere una interpretación que no lleve a la contradicción si es esto posible, o se afirma la interpretación dada que llevará a considerar algunas de las normas en conflicto como no válida.

6. Los argumentos teleológicos suponen la comprensión de ciertas nociones sobre las cuales éstos operan, como son la de *medio, fin, necesidad práctica*, entre otras. No obstante, para el único efecto de caracterizarlos hay que distinguirlos de aquellos vinculados a los fines prescritos por la voluntad del legislador, a los que hicimos alusión al hablar de los argumentos genéticos. Los argumentos propiamente teleológicos son aquellos que pueden ser elaborados ante la imposibilidad de hallar o distinguir claramente los fines del legislador histórico, es por eso que Karl Larenz les denomina *teleológico-objetivos*.⁶³⁹

Los fines objetivos atienden a voluntades o decisiones de sujetos presuntos concebidas tales como *fines racionales, prescritos objetivamente* en el marco del ordenamiento vigente. Para Alexy son fines racionales de acuerdo con la teoría del discurso "... aquellos que establecerían quienes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente, sobre la base de la argumentación racional".⁶⁴⁰

Los fines de este tipo poseen un carácter normativo, como un suceso o un estado de cosas prescrito, por lo que no pueden ser determinados empíricamente.⁶⁴¹ Con el fin de describir

⁶³⁸ Ibid., p. 231

⁶³⁹ Id.

⁶⁴⁰ Ibid., p. 232.

⁶⁴¹ Id.

un estado de cosas como el señalado se tiene que acudir tanto a normas como a principios. Estos son proposiciones normativas de un alto nivel de generalidad, por lo que no pueden ser utilizadas directamente para justificar una decisión, sino que deben ser concretizados gradualmente a través de enunciados normativos.⁶⁴²

Los diversos cánones de interpretación enunciados en este apartado juegan un papel central en la teoría de argumentación jurídica propuesta por Robert Alexy, quien dedica especial atención a diversos factores relacionados con aquellos, que en los siguientes párrafos trataremos de resumir.

- 1) *Campo de aplicabilidad.* En primer lugar las formas de argumentos que tienen lugar en los cánones de interpretación pueden ser utilizadas para justificar no sólo el sentido de una disposición, sino también aplicarse en la solución de conflictos de normas, en la restricción del campo de aplicación de éstas y en la fundamentación de normas que no se pueden deducir de la ley. Todos los cánones, salvo el de tipo semántico que atiende a los términos utilizados en un texto legal, pueden utilizarse en éstas actividades.⁶⁴³
- 2) *Estatus lógico.* Este punto se refiere al carácter que poseen los cánones de interpretación, a fin de determinar si son reglas que deben seguirse o simples opciones para la justificación. Alexy, siguiendo a Perelman, señala que pueden considerarseles como esquemas de argumentos, esto es, enunciados de una forma determinada que permiten derivar lógicamente un enunciado determinado.

Los cánones no agotan las posibilidades argumentativas que se pueden presentar en el ámbito jurídico, sino que integran parte de aquellas formas de argumentos que garantizan hasta cierto punto un resultado racional, de ahí la importancia de que sean atendidos.

⁶⁴² Ibid., p. 234, n. 81.

⁶⁴³ Ibid., p. 235.

- 3) *La exigencia de saturación.* Las diversas formas de argumentos deben satisfacer el requisito de saturación, en virtud del cual deben expresarse y fundamentarse todas las premisas que impone la forma de que se trate.

Esto no es otra cosa que hacer uso de enunciados empíricos y/o normativos, según lo que se trate de justificar en cada caso. Nota: De acuerdo con los diversos cánones se deben justificar empíricamente: las especificaciones de un uso determinado del lenguaje, las afirmaciones sobre la voluntad del legislador o de las personas que participaron en el proceso de la legislación, sobre anteriores estados de cosas jurídicos o sobre el estado de Derecho en otros Estados, así como las hipótesis que sirven de base a las afirmaciones sobre consecuencias. Caso distinto es el de las premisas normativas presentes en las formas de interpretación histórica, comparativa y teleológica, que presuponen un estado de cosas, que no pueden ser justificados empíricamente.⁶⁴⁴

La racionalidad del uso de los cánones está asegurada si se cumple la exigencia de saturación, "ello excluye la simple afirmación de que un argumento pueda ser el resultado de una determinada interpretación literal, histórica o finalista de la norma".⁶⁴⁵

- 4) *Las funciones de las formas de argumentos.* Desde otro ángulo se puede afirmar que la argumentación semántica y genética hacen referencia a la vinculación de los órganos de decisión a la ley o a la voluntad de su autor y, por otro lado, que la argumentación histórica y comparativa sirven para incorporar experiencias pasadas y presentes en otros lugares, que la de carácter sistemático depura el ordenamiento librándolo de contradicciones y, finalmente, que la argumentación teleológica permite la argumentación práctica racional de tipo general.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ Ibid., p. 236.

⁶⁴⁵ Id.

⁶⁴⁶ Ibid., p. 237.

- 5) *La jerarquía de los cánones*. Este punto ha merecido las más diversas opiniones que forman tres posturas diversas, por una parte están quienes dan por fracasado anticipadamente cualquier esfuerzo de ordenación jerárquica, otro sector opina que más que jerarquía debe procederse dando preferencia a los cánones dirigidos al texto de la ley y al aspecto sistemático y, por último, están quienes proponen atender la cuestión desde el ángulo de las teorías subjetivistas dando primacía a las voluntad del autor de la disposición y, si esto no es posible, dar paso a criterios teleológico-objetivos.⁶⁴⁷

Lo que es importante afirmar en este punto es que las diversas argumentaciones pueden llevar a conclusiones diversas y, por otro lado, que se abre paso la *ponderación* entre los diversos cánones como una labor exigida por el caso concreto a merced del órgano de aplicación.

Alexy señala que la teoría del discurso que subyace a su teoría de la argumentación jurídica aporta elementos que facilitarían la solución del problema que se plantea, en virtud de que, por una parte, las reglas y formas de justificación aumentan la posibilidad de racionalidad o corrección de la decisión y, por otra, afirma una regla que consiste en la prevalencia de los argumentos sobre el texto de la ley y la voluntad de su autor, a menos que motivos racionales permitan dar cabida a los otros tipos de argumentos.⁶⁴⁸

A fin de apoyar su afirmación, Alexy agrega que los *motivos racionales* quedan a los participantes del discurso jurídico, pero sólo pueden considerarse motivos tales los que puedan ser justificados en una discusión jurídica racional, de lo contrario serán arbitrarios⁶⁴⁹; de acuerdo con el autor que seguimos, resulta relevante en esta tarea el principio de universalidad que adaptado a la situación podría expresarse en el sentido de que "la determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación".

⁶⁴⁷ Ibid., pp 237-238.

⁶⁴⁸ Ibid., p. 239.

⁶⁴⁹ Id.

Tales reglas de ponderación son desarrolladas con referencia a contextos de interpretación y a sectores específicos del derecho que son cambiantes, por lo que no pueden llegar a poseer certeza definitiva, así "hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación".⁶⁵⁰

Sin pretender que ha sido agotada la cuestión, Alexy acepta que los cánones no son garantía de hallar con seguridad el único resultado correcto posible, pero sí constituyen *formas de las que tiene que servirse la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección que se plantea en ella y que, a diferencia de los que ocurre en el discurso práctico general, se refiere también de manera especial a la vinculación a la ley.*⁶⁵¹

3.1.9.2.3. La argumentación dogmática.

La dogmática jurídica, que equivale a la ciencia del Derecho en sentido estricto, es otro medio de justificación externa de las premisas que no son ni reglas de Derecho, ni enunciados empíricos.

Existen diversos sentidos y, por lo tanto, tareas que se asignan a la ciencia del derecho, ya sea que éstas consistan *grosso modo* en estudiar, sistematizar y proponer normas, o exclusivamente en el análisis lógico de éstas.⁶⁵² Sin embargo, para la función de fundamentación de enunciados normativos que Alexy propone, la dogmática debe tomarse como una serie de enunciados que poseen coherencia mutua, relativos a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, que se forman y discuten en un marco de ciencia jurídica que funciona institucionalmente y poseen contenido normativo.⁶⁵³

⁶⁵⁰ Ibid., p. 240.

⁶⁵¹ Id.

⁶⁵² Ibid., pp. 240-244.

⁶⁵³ Ibid., p. 246.

Los enunciados dogmáticos identificables claramente son en primer lugar las definiciones de *genuinos conceptos jurídicos*, que están vinculados necesariamente a aquello que prescriben las normas jurídicas, de tal manera que un cambio en los elementos que los integran implican una propuesta de cambio normativo.⁶⁵⁴

En segundo lugar viene la definición de otros tipo de términos presentes en las normas, que riñe en ocasiones con el campo de acción de la interpretación y de las reglas de uso de las palabras, que sólo puede aclararse tomando el criterio pragmático que viene dado por la discusión institucional que se da en la ciencia jurídica.⁶⁵⁵

Una tercera categoría de enunciados dogmáticos son aquellos que expresan una *norma no extraída de la ley*. El carácter dogmático de éstos depende de su aceptación de hecho, lo que es comprobable empíricamente, por la comunidad científica.⁶⁵⁶ La cuarta categoría la ocupan las descripciones y caracterizaciones de estados de cosas apoyados o negados por normas jurídicas, así como la prioridad que debe darse en cada caso a tales estados de cosas.⁶⁵⁷

La última categoría de enunciados dogmáticos con las *formulaciones de principios* que, como ya señalamos, son enunciados normativos de un grado de generalidad tal que no es posible su concreción sin usar premisas normativas adicionales y sin tomar en cuenta su situación con relación a otros principios.⁶⁵⁸

Los argumentos dogmáticos pueden ser usados para justificar una decisión, y también, en ocasiones, requieren ser apoyados a su vez por otros argumentos. Lo importante es saber cómo se fundamenta un argumento dogmático y cómo se comprueba que estamos ante él.⁶⁵⁹

⁶⁵⁴ Id.

⁶⁵⁵ Ibid., p. 247.

⁶⁵⁶ Ibid., pp 248-249.

⁶⁵⁷ Ibid., p. 249.

⁶⁵⁸ Id.

⁶⁵⁹ Ibid., p. 250.

Los enunciados dogmáticos pueden derivarse no únicamente de las normas vigentes o de enunciados empíricos, de ahí que en su fundamentación incluso intervengan otros enunciados dogmáticos, que a su vez requerirán fundamentación sucesivamente hasta el punto de que no haya cabida para argumentos de este tipo, y entren en acción argumentos prácticos de tipo general.⁶⁶⁰ Este último tipo de argumentos tiene lugar no sólo en la etapa última de la justificación de argumentos dogmáticos, sino también en su comprobación o aceptabilidad.

En este sentido, Alexy sostiene tres reglas de justificación externa con respecto a argumentos dogmáticos.

- a) Todo enunciado dogmático, es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico general.
- b) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto (con relación a la compatibilidad con otros enunciados dogmáticos y las normas jurídicas vigentes), y en sentido amplio (con relación a la compatibilidad con los enunciados normativos a fundamentar con ayuda de los enunciados dogmáticos a comprobar, con los enunciados normativos singulares que deben justificarse con ayuda del resto de los enunciados dogmáticos o de las formulaciones de las normas jurídicas.⁶⁶¹
- c) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

Si bien el fundamento último de los enunciados dogmáticos se encuentran en los enunciados de la argumentación práctica general, la argumentación dogmática cumple diversas funciones muy importantes de estabilización, progreso, de descarga, técnica y de control de consistencia,⁶⁶² mismas que no podrían lograrse con los medios del discurso práctico general.

⁶⁶⁰ Ibid., p. 251.

⁶⁶¹ Ibid., pp. 252 y 254.

⁶⁶² Ibid., pp 255-260

El carácter racional del uso de la dogmática no excluye el uso sesgado de ésta o su utilización para encubrir verdaderos motivos de decisión o presuntos programas autónomos de decisión. No obstante, la racionalidad se salva en tanto se mantenga la retroacción con la argumentación práctica general, que exige que en los casos dudosos se fundamenten los enunciados dogmáticos que hay que usar en una argumentación de este tipo con normas, hechos y argumentos prácticos de tipo general.⁶⁶³

3.1.9.2.4. Los argumentos basados en precedentes.

Los precedentes tienen por supuesto un lugar en la teoría de la argumentación jurídica, más allá de que sean considerados o no como fuente del derecho de acuerdo con los diversos ordenamientos. Lo que resulta relevante a la teoría del discurso jurídico es el significado de seguir un precedente y la relación de argumentos basados en precedentes con aquellos de otro tipo.⁶⁶⁴

El principio de universalidad, en tanto expresión de la justicia formal o de tratar de igual forma a lo que es igual, al menos en sus aspectos relevantes, fundamenta el hecho de atender el precedente.

El seguimiento del precedente funciona normalmente sobre la base de la identificación de las circunstancias similares relevantes entre dos casos, pero puede suceder que aún cuando se identifiquen dichas circunstancias su valoración ya no sea la misma entonces que ahora o, también, que hechos adicionales a los tomados en cuenta se argumenten o que algunos de estos no hayan sido determinados. Tales casos son excepciones a la regla de respeto a los precedentes, pero acarrearán necesariamente la carga de la argumentación sobre razones para quien los apoya.⁶⁶⁵

⁶⁶³ Ibid., p. 260.

⁶⁶⁴ Ibid., p. 262.

⁶⁶⁵ Ibid., p. 263.

De estas consideraciones surgen dos reglas: 1) cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse y 2) quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.⁶⁶⁶

Para poder apartarse de la norma expresada a través de un precedente existen técnicas de la divergencia, que deben estar apoyadas en razones para la divergencia. En primer lugar hay nociones para distinguir la norma expresada en el precedente de las cuestiones periféricas o accesorias que aparecen en el mismo, tales como *ratio decidendi* y *obiter dictum*; en segundo lugar, hay que referirse a las técnicas del *distinguishing* y del *overruling*, por medio de la primera se trata de limitar el alcance de la norma expresada en el precedente de tal forma que el supuesto de hecho se adiciona para hacerla inaplicable al caso concreto y, si se trata del *overruling*, el precedente es simplemente rechazado.⁶⁶⁷

La aplicación de cualquiera de las técnicas señaladas requiere por supuesto de fundamentación, que se da mediante argumentos prácticos de carácter general, así como de aquellos propios del ámbito jurídico.⁶⁶⁸

3.1.9.2.5. El uso de formas de argumentos jurídicos especiales.

Entre estos se encuentran argumentos de uso frecuente en la metodología jurídica, pero también juegan un papel en el discurso jurídico, tales como la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*.

Estos argumentos son aplicación de reglas de inferencia válida de la lógica al campo de la argumentación jurídica. Desde el punto de vista del discurso jurídico tales argumentos se corresponden con alguna de las reglas del discurso práctico general, como veremos a continuación.

⁶⁶⁶ Ibid., p. 265.

⁶⁶⁷ Ibid., p. 266.

⁶⁶⁸ Alexy señala que "El uso de los precedentes se muestra así como un procedimiento de argumentación que viene exigido como tal por razones prácticas generales (principio de universalidad/reglas de la carga de la argumentación) y que es, en esa medida, racional, y cuyo uso presupone argumentos adicionales, especialmente, argumentos prácticos de tipo general." Ibid., p. 266.

Por ejemplo, la analogía se basa en el principio de universalidad o de igualdad, pero al final presupone una valoración que deber ser fundamentada mediante los argumentos del discurso jurídico.⁶⁶⁹ Otro ejemplo sería el *argumentum ad absurdum*, cuyo tratamiento sería semejante a una de las variantes del argumento genético, en cuanto se afirma, mediante premisas que hay que fundamentar, que un determinado estado de cosas llevado al extremo sería considerado como prohibido o, en todo caso, que resultaría la peor de las alternativas posibles.

Para considerar como racional el uso de las formas de argumentos especiales, éstas deben poder ser reducidas a reglas y formas del discurso práctico general, pero también debe cumplirse con la regla de saturación a través de enunciados fundamentados en el discurso jurídico.⁶⁷⁰

3.1.9.3. El discurso jurídico y el discurso práctico en general.

A partir de las profundas consideraciones ofrecidas por Alexy, este llega a la conclusión que hay definitivamente una unión entre el discurso jurídico y el discurso práctico en general, misma que se expresa en cuatro aspectos: 1) Que el discurso jurídico es necesario, sobre la base del discurso práctico general; 2) Que existe una coincidencia parcial en la pretensión de corrección; 3) Que existe también una coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del práctico; y 4) la necesidad de la argumentación práctica general en el marco de la argumentación jurídica.⁶⁷¹

Con relación al primer punto, la presencia de enunciados normativos es necesaria para suplir la falta de fuerza de las reglas del discurso práctico general, lo cual, aunado a la necesidad de decidir en un determinado sentido, *es racional (es decir, fundamentable en un discurso práctico) ponerse de acuerdo en un procedimiento que limite el campo de lo posible discursivamente de la manera más racional posible.*⁶⁷² Las normas jurídicas

⁶⁶⁹ Ibid., p. 269.

⁶⁷⁰ Ibid., p. 271.

⁶⁷¹ Ibid., pp. 273-280.

⁶⁷² Ibid., p. 273.

emanadas del procedimiento legislativo, si bien no resuelven todos los problemas que pueden surgir, Nota: Entre otras cosas por la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos normativos, la posibilidad de ausencia de normas o de casos no previstos y también que puede suceder que se decida en casos especiales contra del tener literal de la norma sí acotan el ámbito del discurso práctico, *por ello resulta racional la introducción de formas y reglas especiales de la argumentación jurídica, su institucionalización como ciencia jurídica, y su inclusión en el contexto de los precedentes.*⁶⁷³

Respecto al segundo punto, la pretensión de corrección, en el ámbito jurídico esta también tiene expresión, pero en el sentido de que *los enunciados normativos pueden ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente.* De esta manera, la racionalidad de la argumentación jurídica al estar determinada por la ley, siempre es relativa a la racionalidad del legislador.⁶⁷⁴

Sobre el tercer punto, habría que señalar que tal similitud en las reglas se manifiesta a través del principio de universalidad del discurso práctico, que en el ámbito jurídico corresponde al principio de justicia formal de tratar igual a lo igual, *las reglas y formas de la justificación interna son la estructura básica de la argumentación jurídica.*⁶⁷⁵ También habría que mencionar la incidencia de la argumentación empírica, cuando se centra esta en los hechos; la de los cánones de la interpretación, que sirven para dar carácter vinculante a la argumentación jurídica; la ciencia jurídica dogmática, entendida como una institucionalización del discurso práctico, bajo la condición de existencia de un ordenamiento jurídico; el uso del precedente, fundado en el principio de universalidad y de inercia; el uso de las formas de argumentos especiales como son el argumento a contrario, la analogía (que deviene del principio de universalidad), y el argumento de reducción al absurdo (una variante del argumento consecuencialista).⁶⁷⁶

⁶⁷³ Ibid., p. 274.

⁶⁷⁴ Id.

⁶⁷⁵ Ibid., p. 275.

⁶⁷⁶ Ibid., p. 275-277.

El último punto tiene su base en la afirmada necesidad de los argumentos prácticos generales en el marco del discurso jurídico, esto es, que un sector de este tipo de argumentos deben tener presencia en el ámbito jurídico, bajo formas, reglas y condiciones especiales, pero esto no lleva a identificar sin más el discurso práctico con el discurso jurídico.⁶⁷⁷ La teoría de la argumentación jurídica racional, afirma Alexy, no garantiza la seguridad del resultado, pues ello sería incompatible con la teoría misma; seguridad y racional no son términos equiparables.

El carácter racional de la jurisprudencia proviene de la satisfacción de una serie de condiciones, criterios y reglas, cuya satisfacción permite afirmar que el resultado de una discusión es “correcto”, de ahí que tales reglas y elementos son un criterio de corrección de las decisiones jurídicas.⁶⁷⁸

Alexy culmina su obra afirmando “*no hay que infravalorar la función de la teoría del discurso jurídico racional como definición de un ideal. Como tal ideal, apunta más allá del campo de la Jurisprudencia. Los juristas pueden ciertamente contribuir a la realización de la razón y de la justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan, no pueden realizarlo aisladamente. Ello presupone un orden social racional y justo*”.⁶⁷⁹

3.2. La teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick.

El problema central planteado por MacCormick y que le sirve de base para el desarrollo de su obra “*Legal Reasoning and Legal Theory*”⁶⁸⁰ es hasta qué grado la conducta humana es determinada y puede ser explicada racionalmente, en contraste con el papel que juegan en ella los sentimientos, la voluntad o el deseo, ya sean meramente individuales o moldeados socialmente.

En cualquier caso, los argumentos a favor y en contra de las diversas posturas que se pudieran adoptar parten, descansan o derivan de premisas *últimas* que no pueden

⁶⁷⁷ Ibid., p. 278.

⁶⁷⁸ Ibid., p. 278-279.

⁶⁷⁹ Ibid., p. 280.

⁶⁸⁰ Nueva York, Oxford University Press, 1997.

explicarse, demostrarse o probarse en términos racionales. No obstante, sí pueden abonarse argumentos a favor de la adherencia a tales premisas normativas o *principios*, que sirven como bases para la acción y el juicio, aunque dicha adherencia puede ser impulsada también por factores provenientes de nuestra naturaleza afectiva o emocional, sea o no completamente moldeada socialmente.⁶⁸¹

La imposibilidad de demostrar racionalmente lo que se consideran como premisas últimas, no deja fuera que la adherencia o no a éstas sea en efecto expresión de nuestra naturaleza racional. Los seres humanos actúan en virtud de algunas razones, y no únicamente como reflejo de los estímulos que recibe del medio ambiente. MacCormick afirma que "cualquiera que sean las bases de nuestra adherencia a tales principios de conducta a los que consideramos como últimos, resulta que para los seres humanos pertenecen a una categoría de razones para la acción, para decidir, criticar y reaccionar de cierta forma ante la actuación de otros"⁶⁸²

Tales principios son un intento de imponer un patrón racional a nuestros actos; la articulación de tales *principios para la acción* pertenece al campo del razonamiento relativo a los asuntos de la vida práctica, por lo tanto, sirve para guiar evaluaciones, decisiones, juicios y similares.⁶⁸³ La adopción y justificación de las decisiones en el campo del Derecho pertenecen a éste ámbito.

En este sentido, MacCormick imprime a su obra dos propósitos, el primero de ellos concretar, explicar y justificar las ideas expresadas en abstracto acerca del razonamiento práctico y, el segundo, avanzar en la explicación de la naturaleza de la argumentación jurídica tal como es manifestada a través del litigio y la decisión de casos jurídicos controvertidos.⁶⁸⁴

⁶⁸¹ Ibid., p. 5.

⁶⁸² Ibid., p. 6.

⁶⁸³ Ibid., p. 7

⁶⁸⁴ Id.

La materia objeto de la investigación de MacCormick es el proceso de razonamiento contenido en la decisiones de los tribunales plasmadas por escrito. Es necesario aclarar que toma como base en su mayoría las decisiones de los tribunales de Inglaterra y de Escocia, y sólo algunas de tribunales de otros países que siguen la tradición del Common Law y del sistema del Civil Law representados por Francia.

A fin de acotar centrar con mayor nitidez el objeto de la obra se hace referencia a algunos aspectos que, desde su punto de vista, distinguen al sistema de impartición de justicia en Inglaterra y que lo hacen un modelo apropiado de análisis. Entre tales aspectos podemos nombrar:

1) La tradición iniciada siglos atrás en Inglaterra de elaborar informes escritos sobre las decisiones emitidas por los tribunales superiores, con lo cual el precedente judicial ha adquirido una importancia notable en la solución de casos como fuente formal del derecho. Tales informes contienen un extracto de los hechos del caso, los argumentos principales de las partes, la opinión rendida por el juez a manera de justificación de su decisión, así como la determinación final emitida en el caso concreto. La tradición y papel vinculante del precedente, en opinión de MacCormick, no es la misma en Francia.

2) Las decisiones judiciales adoptadas en órganos colegiados en Inglaterra no llegan a los justiciables en la forma de una decisión única y unánime, esquemáticamente estructurada, tal y como sucede en Francia, sino que cada uno de los jueces que integran el órgano colegiado de decisión rinde públicamente y por escrito su propia opinión sobre el caso, de manera que regularmente las decisiones definitivas son adoptadas por mayoría como resultado de su discusión que es también pública.

Esta característica del sistema Inglés permite reconocer que, por lo regular, existe más de un punto de vista en la solución de controversias jurídicas, de manera que pueden ofrecerse varias respuestas apoyadas todas ellas igualmente en Derecho. En los sistemas que privilegian la discusión a puerta cerrada y la emisión pública de una decisión judicial única, en cambio, se intenta fortalecer la idea de la certeza y la seguridad jurídicas.

Para los efectos del análisis del razonamiento jurídico el sistema Inglés parece ofrecer públicamente lo que en otros sistemas sólo se discute a puerta cerrada, de esta manera se cuenta con un material argumentativo de mayor riqueza y variedad.

3) Otra característica notable del sistema inglés es la ausencia de una carrera judicial en sentido formal, pues a diferencia de los sistemas en los que los egresados de las escuelas de derecho se someten una preparación adicional y especializada, e ingresan a la estructura judicial donde se desarrolla su experiencia, en Inglaterra y el resto de los países del Common Law los jueces son reclutados de entre los abogados destacados, especialmente aquellos que se han distinguido durante años por su actividad como litigantes ante los tribunales.

Esto también tiene impacto en la conformación de un estilo particular de argumentación judicial que refleja las características del argumento del abogado litigante, tal como afirma MacCormick:

"De hecho es de esperarse que ejerzan cierto grado de influencia recíproca entre ellos (el juez y al abogado litigante); el abogado hábil construye a favor de su postura un argumento que él espera tenga peso en la Corte, esto es, el tipo de argumento que ésta vería con buenas bases para adoptar, sin duda con modificaciones, como una razón fuerte y vinculante para decidir a su favor. El juez o jueces tienen ante sí una elección que hacer entre dos partes en cuyo interés se han presentado argumentos para que la decisión se incline a alguno de los dos lados y, ya sea por tradición o porque así lo exige el derecho (como sucede Europa Continental), deben ofrecer las razones que apoyen el sentido de su decisión. No resulta sorprendente que las razones que ofrecen los jueces se deban mucho al razonamiento presentado por los propios abogados litigantes; incluso cuando un argumento es rechazado, los jueces conceden la cortesía de indicar por qué no lo aceptan."⁶⁸⁵

⁶⁸⁵ Ibid., p. 11

No cualquier tipo de argumento tiene éxito cuando surge algún punto específico controvertido, eso es porque existe un cúmulo de normas entre los jueces y entre éstos y los abogados acerca de los que es un argumento relevante y aceptable en un determinado momento, esto es, un estilo de argumentación. En todo sistema jurídico se puede identificar un estilo de argumentación común, mismo que no es inmutable sino que puede variar según el tiempo y el lugar el lugar.⁶⁸⁶

El razonamiento es, al menos en su manifestación de argumentación explícita, una actividad guiada por cánones normativos (que en ocasiones pueden ser vagos o no explícitos), que permiten distinguir argumentos razonables e irrazonables, buenos y malos, relevantes e irrelevantes, aceptables o inaceptables, válidos o no válidos, en áreas, incluyendo al derecho, donde surgen opiniones controvertidas sobre puntos específicos.⁶⁸⁷

Por tal motivo, el estudio del razonamiento jurídico es un intento de identificar y explicar los criterios para saber si un argumento es bueno o malo, aceptable o no.⁶⁸⁸

Para MacComick, la respuesta a la cuestión de si el estudio del razonamiento jurídico es una labor descriptiva o normativa es que hay un camino intermedio entre ambas posibilidades, por cuanto da cuenta tan sólo de ciertas características de la argumentación jurídica que se encuentra plasmada en las compilaciones de precedentes y del por qué pueden ser consideradas como fundamentales dada su función y su incidencia. En tal sentido, la labor se torna en sí misma normativa y descriptiva a su vez de las normas que operan en el sistema.⁶⁸⁹

Un aspecto adicional que hay que considerar para comprender las bases del pensamiento de MacCormick, es lo que considera como la función de la argumentación jurídica. A este respecto, opina que en contextos prácticos los argumentos van dirigidos a persuadir a la

⁶⁸⁶ Ibid., p. 12

⁶⁸⁷ Id.

⁶⁸⁸ Ibid., p. 13

⁶⁸⁹ Id.

audiencia para que ésta realice algo,⁶⁹⁰ la labor de los abogados en los juicios consisten básicamente en persuadir al tribunal a efecto de que decida en su favor.

No obstante lo anterior, más allá del objetivo práctico de la persuasión, la argumentación también ejerce una función de justificación. En el proceso judicial, las partes intentan justificar sus respectivas posturas ante el juez y la decisión de éste, a su vez, debe mostrar que se encuentra justificada de acuerdo a los hechos probados, las normas jurídicas relevantes en el caso y las consideraciones adicionales que hayan tenido lugar.⁶⁹¹

Cabe reconocer que en los diversos momentos del proceso judicial, ya sea por el lado de las partes o del juez mismo, existe la posibilidad de que tenga lugar la falta de sinceridad. De esta forma, puede suceder que algún abogado hábil logre persuadir al juez de fallar en su favor, en alguna causa que incluso para aquel no posea los suficientes méritos o que el propio juez adopte internamente la decisión sobre la base de apreciaciones meramente subjetivas, pero en la decisión explícita o externada únicamente aparecerá una cadena muy bien articulada de razonamiento jurídico.⁶⁹²

La pregunta que surge entonces es ¿por qué no revelan las partes y el juez los motivos y fines verdaderos que los impulsan? Porque, en opinión de MacCormick, dichas razones no son aceptadas como buenas razones que sirvan de apoyo dentro del sistema de que se trate; sólo aquellos argumentos que muestren por qué *x* debe ser realizado o no son razones útiles. En tal sentido, la esencia de la argumentación jurídica es ofrecer buenas razones justificativas para demandar, defenderse o decidir, de ahí que el proceso que más interesa a MacCormick sea el de justificación más que el de persuasión.⁶⁹³

MacCormick, a diferencia de otros autores, sitúa en un nivel secundario la discusión acerca de la distinción entre el proceso de descubrimiento y el de justificación; en virtud de que tal distinción es sólo relevante cuando las razones de justificación jurídica son de

⁶⁹⁰ Ibid., p. 14

⁶⁹¹ Id.

⁶⁹² Ibid., p. 15

⁶⁹³ Id.

tal manera vagas e indecisivas que pueden servir para dar la razón a cualquiera de las partes en disputa. Aún en este último caso en que el proceso de descubrimiento se situaría por encima del de justificación, se impone como necesario el estudio serio de las razones ofrecidas lo que lleva nuevamente al análisis previo del proceso de justificación.

El estudio del razonamiento jurídico es necesario inclusive en los casos en que se sostiene que las razones expresas de justificación, no funcionan más que para encubrir decisiones adoptadas por otros motivos; para demostrar lo acertado de una afirmación de este tipo, deben conocerse qué es una razón expresa justificativa.

Los jueces están llamados a ser los órganos de decisión de los litigios entre los ciudadanos o de las acciones de las autoridades con respecto a éstos, son designados para hacer justicia conforme a derecho. Por tal motivo, las razones que hacen públicas a través de sus decisiones deben hacerlos parecer lo que se espera que sean, tales razones deben mostrar que sus decisiones aseguran la "justicia conforme a derecho", al menos en ese sentido son razones justificantes.⁶⁹⁴

En efecto los jueces y abogados, en tanto seres humanos, pueden ocasionalmente ser farsantes e hipócritas en su labor o pueden interpretar prejuicios enraizados como verdades evidentes, pero de igual forma "ellos son más comúnmente honestos y honorables, capaces de hacer esfuerzos reales en pro de la imparcialidad y la objetividad, aún cuando nunca se llegue completamente a ellas; más aún, a través de la práctica, han hecho normalmente más en desarrollar hábitos de imparcialidad que aquellos que de manera estridente los atacan".⁶⁹⁵

3.2.1. La justificación deductiva.

Luego de exponer las bases y aspectos introductorios de su estudio, MacCormick aborda lo relativo a la justificación deductiva de las decisiones judiciales con el fin de demostrar

⁶⁹⁴ Ibid., p. 17.

⁶⁹⁵ Id.

que, al menos en algunos casos, es posible mostrar que éstas pueden justificarse jurídicamente haciendo uso únicamente de argumentos de carácter deductivo.⁶⁹⁶

*Un argumento deductivo es aquel dirigido a mostrar que una proposición, la conclusión del argumento, es implicada por otra proposición o proposiciones, las premisas del argumento.*⁶⁹⁷ Este tipo de argumento es válido si, cualquiera que sea el contenido de las premisas y de la conclusión, su forma es tal que las premisas de hecho implican o derivan la conclusión.⁶⁹⁸

En esta forma de argumento conocida como *modus ponens* la verdad de las premisas trae consigo invariablemente la conclusión, éste es el silogismo demostrativo por excelencia. La expresión simbólica del silogismo es la siguiente:

$$p \supset q \text{ (si } p \text{ entonces } q)$$

$$p$$

$$\therefore q$$

Si bien es tarea de la lógica el estudio de las formas de argumento válidas, en el ámbito jurídico se trata de la aplicación de éstas; en virtud de que se trata de *formas* su validez no implica la verdad de las proposiciones que lo componen, sólo la garantía de que si las premisas son verdaderas la conclusión también lo será, pero la comprobación de la verdad de éstas es una tarea empírica.⁶⁹⁹

Con el fin de mostrar la aplicación del argumento deductivo en la justificación de las decisiones judiciales, MacCormick utiliza la decisión emitida en el caso *Daniels and Daniels v. R. White & Sons and Tarbard* reproducido en los *All English Reports* ([1938] 4 All E.R. 258), originado por la demanda interpuesta por dos personas que enfermaron a causa de beber una limonada contaminada con ácido carbólico, misma que habían

⁶⁹⁶ Ibid., p. 19

⁶⁹⁷ Ibid., p. 21

⁶⁹⁸ Ibid., p. 21

⁶⁹⁹ Ibid., p. 25

adquirido en el establecimiento de Mrs. Tarbard. Los demandantes ejercitaron su acción por daños contra el fabricante y contra el vendedor, pero en la decisión sólo se encontró responsabilidad en éste último, no obstante que se reconoció expresamente que no había tenido mayor intervención que la venta del producto que estaba contaminado.

En la parte conducente del fallo se establece:

"I therefore find that this was a sale by description, and therefore hold-with some regret, because it is rather hard on Mrs. Tarbard, who is a perfectly innocent person in the matter-that she is liable for the injury sustained by Mrs. Daniels through drinking this bottle of lemonade. However, that as I understand it, is the law, and therefore I think that there must be judgment for Mr. Daniels, who is the only person who can recover against Mrs. Tarbard."⁷⁰⁰ (cursivas agregadas)

Resulta poco común para nuestro sistema encontrar en un fallo declaraciones como las resaltadas, en el que el juez manifieste estar en presencia de lo que parece una injusticia a todas luces y, sin embargo, aplique lo que acepta que es en su entendimiento el Derecho.

Con el fin de satisfacer la forma del argumento deductivo en el ejemplo citado, la premisa mayor del silogismo ($p \supset q$) sería la hipótesis normativa aplicable (p) y las consecuencias jurídicas que derivan de su actualización (q). Luego, vendría la afirmación de que en efecto se realizó p, por lo que la conclusión del silogismo es que las consecuencias normativas se corresponden con las producción de p.

Lo importante entonces es cómo se integran, en opinión de MacCormick, las diversas premisas y la conclusión del silogismo con los datos que el caso concreto presenta y, lo que es aún más trascendente, cómo es que pueden considerarse "verdaderas"

Una modalidad del argumento planteado por MacCormick se expresa de la siguiente manera:

⁷⁰⁰ Ibid., p. 21

(A) En cualquier caso, si una persona vende bienes que tienen defectos que los hacen incompatibles con uso adecuado, que no sean aparentes luego de su revisión ordinaria, entonces los bienes vendidos no son de calidad comercializable.

(B) En el presente caso, bienes vendidos por una persona a otra tenían defectos que los hacían incompatibles para su uso adecuado, que no eran aparentes luego de su revisión ordinaria.

(C) En el presente caso, los bienes vendidos no son de calidad comercializable.

Con en fin de establecer el sentido de lo que debe considerarse como "calidad comercializable" se acudió en el caso al precedente establecido por Lord Wright en el caso Grant reproducido en los informes de la Corte de Apelación ([1936] A. C. 85), esto es, un juez de apelación adscribió contenido a las palabras por vía autoritativa, lo cual en sí mismo no puede ser calificado de verdadero o falso, pero "la adscripción de un significado particular al término lo hace verdadero al menos para los tribunales inferiores y para los autores, por lo que ese es el sentido de la frase para propósitos jurídicos. Por lo tanto puede afirmarse que la premisa (A) había sido una proposición jurídica verdadera, al menos en 1938".⁷⁰¹

De lo anterior puede seguirse que la verdad de las premisas normativas puede derivar del criterio de los jueces superiores o de la ley misma.

Por lo que se refiere a la premisa menor (B), su verdad es identificable de manera distinta, puesto que está relacionada con un momento histórico específico que debe ser probado. La proposición (B) es verdadera, o puede considerarse verdadera si las partes no lo contravienen, sólo si es verdad que una limonada embotellada pertenece a la categoría de "bienes" o más específicamente de "mercancías", que dicha botella fue vendida por una de las partes a otra; que el contenido de la botella contenía ácido carbónico y que éste hace

⁷⁰¹ Ibid., p. 26

al producto incompatible con su uso apropiado; y que dicho defecto no es apreciable a la observación simple de la botella.⁷⁰²

En la calificación de los hechos del caso tiene especial relevancia el proceso de "prueba", por el cual los hallazgos derivados de evidencia presentada o no resistida por las partes se establecen como verdades para propósitos de decidir el litigio, y deben ser considerados verdaderos hasta en tanto no son "excluidos_" por la decisión de un órgano superior de autoridad, como es en el caso de la apelación.⁷⁰³

En virtud de lo anterior, MacCormick afirma que el argumento que apoya la decisión judicial es lógicamente válido, pues cumple con la forma "si p entonces q; p; por lo tanto, q", pero también la conclusión debe ser considerada como verdadera atendiendo a que las premisas que lo conforman son, de acuerdo con los criterios expresados, verdaderas para efectos jurídicos.⁷⁰⁴

Esta presentación básica de cómo opera la deducción como forma de justificación de las decisiones judiciales, puede adquirir un carácter más complejo en tanto la hipótesis normativa y los hechos operativos contenidos en ésta se diversifican y adquieren forma de conjunciones y/o disyunciones. Asimismo, no todas las premisas son en ocasiones evidentes o expresas, pero lo importante es que la decisión judicial puede ser expresada o descompuesta en la cadena de argumentos deductivos a partir de reglas jurídicas, que les sirven de justificación.

De acuerdo con lo anterior, a partir de las premisas mayores y la cadena de argumentos deductivos se llega a la conclusión de que en el caso concreto al comprador le corresponde una compensación a cargo del vendedor, por los daños ocasionados. Sin embargo, del silogismo tal cual no se deriva, al menos en principio, la determinación concreta del juez en el sentido de condenar a Mrs. Tarbard al pago de un monto

⁷⁰² Id.

⁷⁰³ Ibid., p. 27

⁷⁰⁴ Id.

determinado en calidad de daños a favor de Mr. Daniel, de ahí surge el cuestionamiento acerca de si es posible derivar lógicamente dicha conclusión última.

MacCormick da respuesta a lo anterior señalando que dicha conclusión deriva de una premisa mayor que se formularía a partir de la proposición genérica de que los jueces deben hacer justicia de acuerdo con el derecho, por lo que dicha premisa señalaría: Si una de las partes litigantes demuestra que su contraparte es jurídicamente responsable del pago por daños en su favor, entonces el juez debe emitir un fallo a favor del litigante victorioso. En el caso concreto una de las partes demostró que la otra es jurídicamente responsable del pago por daños en su favor, por lo tanto, en el caso concreto el juez debe emitir un fallo a favor de la parte victoriosa.⁷⁰⁵

El autor que comentamos advierte que el "deber" del juez no es de carácter causal o necesario, esto es, se trata de un deber en el sentido de "obligación", puesto que no garantiza que el juez en realidad emita su fallo en el sentido señalado, puede o no hacerlo y con ello cumplir o no con su deber; no depende de la lógica que un acto cuya realización es resultado de la voluntad de la persona se realice o no.⁷⁰⁶ A este respecto, existen una serie de factores institucionales y psicológicos que operan con relación al juez que harían improbable que esto suceda, es por ello que, tal como afirma MacCormick, la orden concreta emitida por los tribunales no es un producto lógico de los argumentos que la justifican.

La exposición de MacCormick permite traer a colación cuestiones que comúnmente son planteadas, en el sentido de que los jueces a fin de no arribar a conclusiones que les disgustan o respecto de las que no son partidarios, simplemente inclinan la composición de las premisas a través de las cuales deben decidir para que, aún en ese caso, dicha decisión sea producto lógico del razonamiento que la justifica. MacCormick admite dicha posibilidad, pero se pronuncia en el sentido de que esto no es la regla general, puesto que en su opinión resulta razonable afirmar que los jueces hacen comúnmente un sincero

⁷⁰⁵ Ibid., pp. 32-33.

⁷⁰⁶ Ibid., p. 33

esfuerzo de por arribar a versiones verdaderas de los hechos y aplicar el derecho según corresponda.⁷⁰⁷

De esta manera, en palabras del propio MacCormick:

"... Dado que los tribunales hacen "hallazgos de hechos" y que estos, sean o no correctos, cuentan para propósitos jurídicos como verdades; dado que las reglas jurídicas pueden (al menos en algunas ocasiones) ser expresadas en la forma "si p entonces q"; y dado que sucede, al menos en algunos casos, que los hechos encontrados son extremos de p; es por ello que en ocasiones una conclusión jurídica puede ser derivada válidamente a través de la lógica deductiva de la proposición jurídica y de la proposición de hecho que le sirven de premisas, y consecuentemente una decisión jurídica que da efecto a dicha conclusión está justificada con referencia a dicho argumento".⁷⁰⁸

La incidencia, al menos ocasional de la justificación deductiva, deja abierta la cuestión acerca de las formas de razonamiento que pueden ser utilizadas en defecto de ésta última, ya sea porque no es posible hacer uso de ella o porque por alguna razón los jueces o los tribunales no la adoptan.

3.2.2. El uso de la palabra lógico o lógica.

En la calificación o evaluación de las decisiones judiciales el término "lógica" se utiliza en dos sentidos, uno técnico, que coincide con el desarrollo que hemos presentado en los párrafos anteriores y otro común, que se asimila a incongruente, irracional, sin sentido, injusto y otros calificativos similares; ambos sentidos en ocasiones se traslapan y usan indistintamente creando confusión. Esto significa que una decisión puede estar lógicamente justificada (en el uso técnico del término) y a su vez ser calificada de "ilógica" (de acuerdo con el uso común).⁷⁰⁹

⁷⁰⁷ Ibid., pp. 36-37.

⁷⁰⁸ Ibid., p. 37

⁷⁰⁹ Ibid., pp. 38-41

El alcance del término "lógico" o "ilógico" en su sentido común es mucho mayor al de su sentido técnico, pues atiende a la compatibilidad de la ley o una decisión derivada de ésta con políticas generales y principios jurídicos, que al final del día dan al Derecho coherencia y consistencia.⁷¹⁰ Cabe hacer notar que el sentido no técnico de la palabra "lógico" debe ser objeto de una justificación diversa.

3.2.2.1. La lógica de la absolución y la carga de la prueba.

Siguiendo la exposición de MacCormick luego de mostrar que es posible justificar deductivamente una decisión que condena al demandado, hay que detenerse en el análisis de si también y sobre qué bases puede afirmarse que su absolución también puede ser justificada lógicamente.

Para tal efecto, se sigue el mismo fallo emitido en el caso *Daniels and Daniels v. R. White & Sons and Tarbard*, en el cual se condenó a éste último, pero no a la empresa *R. White & Sons* que elaboró el producto que causó daños a Mr. Daniels. La Corte en dicho caso señaló en concreto que los demandantes no habían probado -a satisfacción del juez- que la empresa había en efecto violado su deber de tener un cuidado razonable en que su producto no tuviera algún defecto que pudiera dañar a aquellos, por lo tanto, la acción intentada fue desestimada.⁷¹¹

El hecho de que la acción haya sido desestimada no significa que la empresa no fue en efecto la causante, así sea indirecta, del defecto en el producto que dañó la salud de los demandantes, sólo que éstos fallaron en su intento de probar que existió una falta a un deber por parte de la misma. Esto a su vez deriva de existencia de una regla jurídica que reza que quien inicia un proceso judicial tiene en principio la carga de la prueba.

La parte que invoca una regla de derecho lo hace a través de la narración de hechos en su demanda, los cuales fungen como el conjunto de "hechos operativos" que constituyen una

⁷¹⁰ Ibid., p. 39.

⁷¹¹ Ibid., p. 43.

parte de la regla, mismos que debe acreditar de conformidad con los estándares jurídicos de prueba de manera que las consecuencias de la misma les sean aplicables.

Si dicha parte falla en su intento de probar el conjunto de "hechos operativos" en la práctica significa que las consecuencias jurídicas de la norma no deben ser aplicadas., pero desde el punto de vista lógico lo que ocurre no es que dicha consecuencia ni se afirma, ni se niega, simplemente queda indeterminada. Expresado en términos simbólicos, si existe una regla de la forma $p \supset q$ y se da $\sim p$, nada se podría decir acerca de la producción o no de q . La incidencia de casos como este hace necesaria la existencia de algunas provisiones jurídicas respecto de la carga de la prueba, que de son ser satisfechas por la persona a cuyo cargo se establece ésta pueda procederse de manera justificada, jurídica y lógicamente, a absolver a la parte correspondiente.⁷¹²

Las reglas sobre la carga de al prueba forman parte de un conjunto más vasto de reglas procedimentales, que establecen a quién corresponde, iniciar, probar o efectuar el descargo -y hasta que punto- de ciertas cuestiones que surjan en el transcurso del proceso. Dichas reglas se insertan en la lógica misma de la aplicación de reglas jurídicas, de manera tal que el sistema carecería de credibilidad lógica si las decisiones a favor de alguna de las partes o las condenas judiciales no estuvieran condicionadas a la prueba de los hechos alegados y de su relevancia jurídica, por la parte que las iniciara.⁷¹³

La lógica por supuesto no puede dar cuenta de todo lo que incide en un proceso judicial, ni de lo acertado o no de las reglas y etapas específicas que lo conforman, pero el respeto a la argumentación lógica abona una gran parte a la racionalidad del sistema y la justicia del mismo, en tanto representa una exigencia de evidencia que soporte las afirmaciones de las partes y la aplicabilidad de las reglas jurídicas.⁷¹⁴

⁷¹² Ibid., p. 44.

⁷¹³ Ibid., p. 45

⁷¹⁴ Ibid., pp. 48-49.

Si bien MacCormick dedica un esfuerzo serio para mostrar la posibilidad de justificar las decisiones judiciales, mediante las reglas del razonamiento estrictamente deductivo, es cauteloso en afirmar que esto se puede realizar en todos los casos.⁷¹⁵

3.2.3. La justificación deductiva -sus presupuestos y límites.

MacCormick señala que existen ciertos presupuestos que permiten considerar los argumentos deductivos como una justificación suficiente de las decisiones jurídicas. Intentaremos exponer en los párrafos siguientes, así sea de manera superficial, los presupuestos y límites planteados por MacComick.⁷¹⁶

El primer presupuesto, por obvio que parezca, es la existencia de reglas jurídicas y de jueces que las apliquen cuando éstas resulten relevantes y aplicables, toda vez que éstos tienen, en virtud de su oficio, el deber de llevar a cabo esto en los casos sometidos a su conocimiento.⁷¹⁷ Un segundo presupuesto vinculado al formulado es que deben existir criterios para identificar que puede ser considerada como una "regla jurídica".

En este punto, MacCormick importa el pensamiento de Herbert L. Hart y de Joseph Raz en el sentido de que "... lo hace que hace a tales criterios pautas de reconocimiento del sistema jurídico, es la aceptación por los jueces del mismo de su deber de aplicar las reglas identificadas de acuerdo ellos"⁷¹⁸ y más adelante señala que "los jueces son tales porque existen reglas que así lo establecen, dichas reglas -y muchas otras- son precisamente reglas jurídicas porque los jueces las reconocen como tales".⁷¹⁹

Esta afirmación no estaría completa sin antes considerar que la legitimidad de los tribunales para decidir controversias emana de la comunidad o, al menos, una parte de ella o del grupo de poder mayoritario. De manera que debe existir al menos una obligación socialmente reconocida de someter a conocimiento de los jueces las controversias no

⁷¹⁵ Ibid., p. 52

⁷¹⁶ Ibid., pp. 53 y ss.

⁷¹⁷ Ibid., p. 54

⁷¹⁸ Id.

⁷¹⁹ Id.

resueltas por los involucrados; una obligación del mismo tipo sobre los jueces a fin de que decidan dichas controversias de una manera determinada, y también una obligación en las partes de aceptar y cumplir con el fallo.⁷²⁰

La obligación socialmente reconocida sobre los jueces involucra la aceptación de éstos de que tienen ante sí un deber de aplicar un conjunto más o menos establecido de reglas. En tal sentido, tendría que haber algunos criterios socialmente aceptados de reconocimiento, que para ser efectivos requieren que los jueces tengan como obligatoria la aplicación del conjunto de reglas señalado.⁷²¹

La existencia formal e institucionalizada de jueces se encuentra apoyada por reglas institutivas, consecuenciales y determinativas, esto es, reglas que determinan el establecimiento de los tribunales y el procedimiento para la designación de sus integrantes; reglas acerca de las facultades y deberes de quienes actúan como jueces, incluyendo aquellas que permiten imponer sus decisiones con apoyo de agentes estatales en caso de resistencia o incumplimiento; y reglas sobre los casos y condiciones en que los jueces deben dimitir de su cargo.⁷²²

Estas consideraciones hacen relucir la interrelación entre las actividades de los jueces y del legislador; a éste corresponde señalar el contenido de los deberes del primero, pero los jueces en ejercicio de tales deberes de alguna forma definen el rango de competencia del legislador.⁷²³

El proceso legislativo es, no hay duda, la fuente formal del derecho por excelencia, esto es, del establecimiento de reglas jurídicas válidas. Las reglas jurídicas producto del proceso legislativo son identificables con mayor facilidad gracias a que tanto éste, como

⁷²⁰ Ibid., pp. 55-56.

⁷²¹ Ibid., p. 56

⁷²² Ibid., p. 57

⁷²³ Ibid., p. 58

el poder legislativo, están formalmente definidos y así también los criterios de validez que les son afines.⁷²⁴

El lugar predominante del derecho legislado en la solución judicial de controversias -y también del papel del legislador con relación al juez- ha sido disputado en otros momentos de la historia, al menos en Inglaterra, por la existencia de principios racionales y el papel de la costumbre. En efecto, en el siglo XVII las reglas jurídicas eran descubiertas por deducción a partir de lo que eran considerados los primeros principios de la razón, lo que aunado una consistente costumbre judicial que se fue formando, implicó un modelo distinto de impartición de justicia de conformidad con el Derecho (o con los principios de la recta razón).⁷²⁵

Con el fin de expresar de manera concisa la idea sostenida por MacCormick en el apartado que comentamos, podemos decir que tanto en el moderno pensamiento jurídico positivista y iusnaturalista, representados por las corrientes ya señaladas, los sistemas jurídicos poseen criterios, aceptados socialmente, cuya satisfacción es al menos presuntivamente suficiente para que una regla determinada sea considerada como una "regla válida" del sistema. Esta "regla de validez", se presupone en los casos en que la justificación deductiva de las decisiones jurídicas es tenida como suficiente y conclusiva: dada una regla válida de la forma "si p entonces q", cuando se han dado los extremos de p, la decisión que da efecto a q (que expresa una consecuencia jurídica) es una decisión justificada.⁷²⁶

La aceptación de dicha regla por parte de los órganos oficiales de aplicación del derecho, así como por los ciudadanos además de ser un hecho comprobable empíricamente, está apoyada por razones, entre otras, acerca de la importancia de la certeza jurídica, el carácter de aplicación y no mera creación de la función judicial (tarea que corresponde primariamente al órgano legislativo electo por el pueblo).⁷²⁷ Estas razones se hallan

⁷²⁴ Id.

⁷²⁵ Ibid., pp. 58-59

⁷²⁶ Ibid., p. 62

⁷²⁷ Ibid., p. 63

implícitas y deben considerarse como presupuestos que justifican a su vez la justificación deductiva de un caso decidido judicialmente.

El punto sometido a consideración por MacComick en esta parte es que la justificación deductiva tienen lugar en un marco de razones subyacentes, que al menos desde un punto de vista positivista no pueden ser explicadas.⁷²⁸ Una cosa es explicar el contenido de la justificación deductiva y otra es la de las razones que la apoyan. Esto constituye uno de los límites de una justificación de ese tipo, pero existen todavía otros como son los problemas de interpretación y de indeterminación de las reglas jurídicas.⁷²⁹

Los problemas de interpretación surgen del hecho de que el lenguaje en que están expresadas las disposiciones normativas, es de una textura abierta y puede resultar en ocasiones vago, impreciso o ambiguo en contextos concretos de litigio. Una decisión determinada puede ser justificada deductivamente sólo después de que algunas de las opciones de interpretación posible ha sido decidió a favor de alguna de las opciones que ésta arroja.

La formulación de las reglas posibles se puede expresar simbólicamente en su forma básica como:

1. Si p entonces q y 2. Si p' entonces q (aunque pudieran existir más posibilidades de p).

La justificación de la elección que el juez realiza es precisamente lo que MacCormick califica como el "problema de interpretación".

En los sistemas en que la codificación juega un papel decisivo y preponderante en la solución de controversias jurídicas, el problema de interpretación tal como se formuló tendría una incidencia menor, toda vez que en dichos sistemas toda decisión jurídica debe encontrar apoyo en una regla jurídica establecida formalmente o, en todo caso, en el sentido y alcance asignado a ésta. Con el fin de que la codificación cubra las posibilidades que la realidad pudiera presentar, los términos en que se formula son por lo regular

⁷²⁸ Ibid., p. 65

⁷²⁹ Ibid., pp. 65-72.

generales lo que hace, en opinión de MacCormick , que el razonamiento y la argumentación en sistemas codificados no sea siempre necesariamente formalista o mecánica.⁷³⁰

Los sistemas de derecho "no codificado" en el sentido formal del término, se caracterizan por el hecho de que las controversias y las decisiones jurídicas se resuelven sin hacer referencia a un derecho "legislado". En tales sistemas los precedentes judiciales fungen como la fuente de las que pueden considerarse como reglas válidas; los argumentos deductivos a través de los que se aplican las reglas extraídas de los precedentes se enfrentan también a problemas de interpretación.⁷³¹

Un problema distinto se presenta cuando no es posible determinar la existencia de una regla jurídica específica que parezca ser aplicable al caso concreto, lo cual es distinto a un problema de interpretación. En tales casos debe calificarse si los hechos presentados por las partes son de relevancia jurídica tal que deban ser resueltos por los tribunales con base en alguna "razón basada en derecho".

El requisito que se impone para la justificación lógica de situaciones como esta es que la "razón basada en derecho" no sea única y particular para el caso concreto, sino que tenga alcances generales, de manera que todos aquellos casos que pudieran presentarse en el mismo tenor sean resueltos en el mismo sentido. Una fórmula de este tipo cumple con el requisito de la expresión "p entonces q".

El problema que se plantea, que trasciende la argumentación deductiva y los problemas de interpretación, es si es justificable en derecho afirmar, o en su caso negar, una proposición del tipo "p entonces q" que cubra los hechos del caso concreto siempre que sucedan y también una consecuencia jurídica que permita la decisión judicial respectiva.⁷³²

⁷³⁰ Ibid., p. 68

⁷³¹ Id.

⁷³² Ibid., p. 70.

Una vez establecida o supuesta la existencia de una regla jurídica en este tipo de casos, procede la derivación deductiva de la decisión judicial que a su vez sirve de justificación a ésta. Sin embargo, las decisiones que involucran la incidencia de problemas de relevancia, requieren para su justificación completa una forma de argumentación distinta a la de tipo deductivo.⁷³³

La solución a los problemas de interpretación y de relevancia requieren por supuesto un análisis más profundo acerca del tipo de argumentos que en el ámbito del papel de la razón en el Derecho pueden producirse. Lo que sin duda también requiere una explicación más amplia es la afirmación de que respecto a ambos tipos de problemas se requiere de la formulación de reglas generales. En el caso de los problemas de interpretación tales reglas pueden formularse como "si p entonces q" o "si p' entonces q"; por lo que se refiere a los problemas de relevancia la formulación sería "existe una norma relevante del tipo p entonces q".⁷³⁴

3.2.4. La limitación de la justicia formal.

La justificación, en el sentido general del término, es mostrar que una determinada acción es correcta o justa. El deber de los jueces de hacer justicia de conformidad con el Derecho, expresa una concepción específica de la justicia, que se distingue el concepto abstracto y formal de justicia pura y simple.

El concepto de justicia formal significa que los casos similares sean tratados de igual manera, los desiguales de manera distinta, y que se de a cada quien lo que le corresponde; las diversas concepciones específica de justicia proporcionan ciertos principios y reglas a la luz de los cuales se puede determinar cuando los casos son materialmente similares y cuando diferentes, y que es lo que a cada persona le corresponde.⁷³⁵

⁷³³ Ibid., p. 72

⁷³⁴ Id.

⁷³⁵ Ibid., p. 73

Si una determinada concepción de justicia es benéfica o no es una pregunta debatible que involucra principios jurídico normativos o de filosofía moral; pero en el ámbito de la aplicación judicial del derecho dicho debate no tiene lugar en virtud de la exigencia de que la justicia sea impartida *conforme a derecho*.⁷³⁶

La importancia de la noción de justicia formal en el ámbito jurídico es determinante para la forma de la justificación de las decisiones judiciales, especialmente en los casos donde surgen problemas de interpretación y de relevancia.

Lo que es importante resaltar es que los requerimientos de la justicia formal constituyen buenas razones para seguir los precedentes, pero también imponen su fuerza como limitantes en la decisión de casos futuros.⁷³⁷ De esta manera "... tratar de igual manera casos parecidos implica que debo decidir los casos presentes sobre bases que estoy dispuesto a adoptar en la decisión de futuros casos similares, sólo en un grado similar al en que en los casos presentes debo considerar las decisiones adoptadas en asuntos previos".⁷³⁸ En este sentido, MacCormick afirma que el cumplimiento del principio de justicia formal es un requerimiento mínimo de la impartición de justicia y *a fortiori* de la justicia conforme a derecho.⁷³⁹

El principio de la justicia formal como un principio esencial en cualquier proceso de justificación, permite también hallar algunas respuestas a uno de los problemas de la doctrina del precedente, como es la definición e identificación de la *ratio decidendi*.⁷⁴⁰ Resulta inexacto afirmar que cada una de las palabras pronunciadas en una decisión que funge como precedente es vinculante, lo que en realidad obliga es la *ratio decidendi*.

En opinión de MacCormick "cuando un tribunal adopta una determinación respecto a un punto de derecho, la cual considera necesaria para la justificación de su decisión específica, no parecería irracional considerar dicha determinación como la *ratio* del

⁷³⁶ Ibid., p. 74

⁷³⁷ Ibid., p. 75

⁷³⁸ Id.

⁷³⁹ Id.

⁷⁴⁰ Ibid., p. 82

caso."⁷⁴¹ Sin embargo, puede haber precedentes que contengan determinaciones claras sobre puntos de derecho, otros contienen reglas implícitas.

El tribunal que se encuentra ante la obligación de aplicar un precedente posee cierto grado de discreción en virtud de la cual puede imprimir a este último las condiciones o calificaciones que considere apropiadas, a fin de adecuarlo a nuevas circunstancias, esto es, el precedente puede ser re-expresado o incluso ampliado.⁷⁴²

3.2.5. Decisiones acerca de hechos.

Las consideraciones de MacCormick en su mayor parte han estado dirigidas a puntos de derecho, pero éste señala que hay también que hacer consideraciones acerca de algunos problemas existentes alrededor de las decisiones sobre hechos.⁷⁴³

Hay dos tipos de problemas básicos relacionados con los hechos en casos específicos, los problemas de prueba y problemas sobre "hechos secundarios".

La aplicación judicial del derecho es sólo posible si se acepta que en todos los casos, en principio, y algunas ocasiones, en la práctica, probar si los hechos operativos de una disposición son verdaderos o no, con relación a ciertos incidentes pasados.

Es cierto que el proceso de prueba no garantiza en todos los casos el establecimiento de la verdad, incluso en aquellos casos en que exista una voluntad efectiva para ello. La justificación de cualquier aseveración acerca de hechos del pasado depende del tipo de inferencias que son permitidas hacer a partir de proposiciones, de cuya verdad estamos conscientes.⁷⁴⁴

Un requisito necesario es la existencia de reglas acerca de la carga de la prueba, de manera que se asigne a alguien la responsabilidad de probar los eventos ocurridos.

⁷⁴¹ Ibid., p. 83

⁷⁴² Ibid., p. 85

⁷⁴³ Ibid., pp. 87 y ss.

⁷⁴⁴ Ibid., p. 88

Un segundo punto es qué lo que se prueba, al respecto, hay que mencionar la evidencia que permite, entre otras cosas, considerar como verdaderas ciertas proposiciones acerca del presente, e inferir de éstas proposiciones acerca del pasado. A fin de que la evidencia sea admisible, ésta debe ser relevante para realizar inferencias relativas a hechos vinculados con el caso y, no debe ser excluida por alguna regla por virtud de ser considerada como carente de credibilidad o injusta.⁷⁴⁵

Un tercer aspecto consiste en cómo calificar como plausible un relato de eventos a partir de lo que arrojan las pruebas y las evidencias. Con este fin, MacCormick propone someterlo al "examen de coherencia" -que es distinta a la correspondencia con la realidad-, de manera que los elementos presentados, derivados e inferidos (tal como han sido interpretados) forman un todo coherente que no se encuentre en conflicto con otra clase de evidencias válidas. Así, la única forma de considerar una proposición acerca del pasado como verdadera con relación a otra, es "... que es más coherente que ninguna otra con nuestras creencias generales acerca de causa y efecto y la motivación de las acciones humanas, y con un grupo de proposiciones particulares sobre hechos que son también coherentes entre sí, que incluyen algunas proposiciones basadas en percepciones sensoriales presentes. Aún con todo esto no hay razón de ese tipo que pueda considerarse como conclusiva".⁷⁴⁶

En los casos en que la evidencia y el relato de una de las partes son controvertidos por los de la contraparte igualmente con evidencia y un relato propio de lo sucedido, los jueces se podrían encontrar con dos grupos de proposiciones no contradictorias en sí mismas, consistentes con proposiciones generales causales y motivacionales, esto es, coherentes.⁷⁴⁷ En tal caso la clave para la decisión judicial se encuentra en la idea que éstos se formen de la credibilidad de la evidencia que les ha sido presentada (testimonios, documentos, dictámenes de peritos, etcétera.).

⁷⁴⁵ Ibid., pp. 88-89

⁷⁴⁶ Ibid., p. 90

⁷⁴⁷ Ibid., p. 92

Cabe hacer notar que los problemas de prueba son acerca del establecimientos de premisas menores, que son particulares y no pueden ser universalizables, pero su racionalidad depende también de la estructura lógica de la argumentación jurídica.

3.2.5.1. Problemas acerca de hechos secundarios.

MacCormick afirma la existencia de un segundo tipo de problemas relativos a los hechos, que pueden presentarse aún cuando los conflictos acerca de las evidencias han sido resueltos y las partes están de acuerdo en lo que realmente ocurrió. A este tipo de problemas los denomina "problemas de calificación".

Con el fin de ilustrar este punto se utiliza el caso *MacLennan v. MacLennan* (1958 S.C. 105), en el cual el Sr. MacLennan demandó judicialmente el divorcio de su esposa con base en la causal de adulterio, en virtud de que ésta había dado a luz a un hijo que no podía ser de su marido en virtud de que éste había estado ausente un tiempo prolongado por motivos de trabajo. La Sra. MacLennan se defendió señalando que se había sometido a inseminación artificial, usando a un donador desconocido, y que su hijo entonces no era producto de una relación sexual extra marital.

La Corte decidió que la acción intentada no debía ser sobre la base de adulterio, en virtud de que si la ciencia había creado un *casus improvisus*, el remedio legal no debía hallarse tratando de ajustar el caso en alguna de las causales actuales para el divorcio con base en argumentos que no pueden ser apoyados lógicamente y psicológicamente.⁷⁴⁸

MacCormick afirma que este no es un problema de interpretación acerca de lo que debe considerarse como adulterio, es decir, no se trata de interpretar la ley frente a los hechos, sino que es un problema de clasificación de los hechos a,b,c y d, a fin de arribar a la determinación de si se equiparan o son constitutivos de adulterio y, por tanto, deba o no ponerse en movimiento la regla que hace procedente el divorcio en tales casos.

⁷⁴⁸ Ibid., p. 94

El problema de clasificación consiste entonces en si hay o no que clasificar los hechos primarios probados como considerados dentro de la categoría de los "hechos secundarios", que a su vez constituyen los hechos operativos de una determinada regla jurídica.⁷⁴⁹

Desde el punto de vista lógico ambos casos, interpretación y clasificación, son equivalentes, sin embargo, desde el punto de vista práctico MacCormick señala que hay razones para tratarlos de forma distinta, puesto que la interpretación involucra cuestiones jurídicas y la clasificación tiene que ver con cuestiones sobre hechos. En los casos en que los medios de impugnación resultan procedentes sólo con relación a cuestiones jurídicas, los problemas de clasificación no dan lugar a ellos.⁷⁵⁰

De forma concluyente en este apartado MacCormick afirma que la justicia formal es una noción "... la cual exige que la justificación de las decisiones en casos individuales sean siempre sobre la bases de proposiciones universales, a las que el juez debe estar dispuesto a tomar como bases para decidir otros casos similares, de la misma forma que el caso presente".⁷⁵¹

3.2.6. La justificación de segundo orden.

El hecho de que en algunos casos de aplicación del derecho puedan existir problemas de interpretación, de clasificación o de indeterminación, hace necesaria la elaboración de alguna regla para su decisión, la cual debe ser formulada con carácter universal o genérico, aún cuando la disputa entre las partes sea particular e individual.⁷⁵²

En estos casos surge el problema de cómo justificar la elaboración de dichas normas, a partir de las cuales es posible derivar una decisión particular y concreta. Si se considera que tales normas son elaboradas de una forma más o menos arbitraria, entonces cualquier desarrollo posterior se tornaría inútil. Sin embargo, de acuerdo con MacCormick existen

⁷⁴⁹ Id.

⁷⁵⁰ Ibid., pp. 95- 97.

⁷⁵¹ Ibid., p. 99

⁷⁵² Ibid., p. 100

buenas razones para afirmar que hay ciertas formas de argumentación, mismas que son consideradas como normativas dentro del sistema jurídico.⁷⁵³

En cada ocasión que es formulada una determinada regla, esta compete en la decisión de casos concretos con otras reglas igualmente aplicables o al menos con su negación. La justificación de segundo orden esta relacionada con la elección entre las reglas mencionadas.

En tal sentido, la justificación de segundo orden implica la justificación de decisiones concretas que se dan en el contexto específico del funcionamiento de un sistema jurídico, el cual impone algunas limitaciones.⁷⁵⁴

Así como a través del método científico son probadas hipótesis rivales, en el contexto de una teoría determinada. Adoptar una decisión jurídica involucra enfrentar reglas jurídicas que se contraponen entre sí, rechazando aquellas que no satisfacen los parámetros que las hacen tener sentido en el mundo real y en el contexto del sistema en el cual se producen.⁷⁵⁵

A diferencia de lo que sucede con las reglas científicas que describen y predicen aquello que puede ocurrir en el mundo, las reglas jurídicas no describen sino que establecen patrones de comportamiento, adscriben consecuencias que deben producirse bajo ciertas condiciones. La elección entre dos reglas posibles, es a su vez una elección entre dos patrones de conducta dentro de la sociedad.⁷⁵⁶

La justificación de segundo orden tiene que ver aquello que tiene sentido en el mundo real, en tanto que involucra argumentos *consecuencialistas* que a su vez son *valorativos* y en cierto grado *subjetivos*. Los argumentos *consecuencialistas* son aquellos en los que se consideran las consecuencias de elaborar ciertas reglas jurídicas en uno u otro sentido, al

⁷⁵³ Ibid., p. 101

⁷⁵⁴ Id.

⁷⁵⁵ Ibid., p. 103

⁷⁵⁶ Ibid., pp. 103-104.

grado, al menos, de examinar el tipo de decisión que tendría que adoptarse en casos hipotéticos que podrían ocurrir en los términos de la regla elaborada.⁷⁵⁷

Este tipo de argumentos son intrínsecamente valorativos pues se dirigen a considerar la aceptabilidad o no de tales consecuencias. Los criterios judiciales a este respecto pueden variar, pues en la consideración del peso de estas consecuencias son utilizados criterios tales como "justicia", "sentido común", "interés público", "conveniencia", "expeditez", entre otras. Asimismo, son en parte al menos subjetivos, en virtud de que en la valoración judicial de las consecuencias de posibles reglas rivales, los jueces determinan el peso que asignan a diversos criterios valorativos.⁷⁵⁸

El segundo aspecto que involucra la justificación de segundo orden es aquello que tiene sentido en el sistema jurídico. Este puede considerarse básicamente como un cuerpo de normas cuya observancia garantiza ciertas metas valiosas que pueden ser alcanzadas conjuntamente.⁷⁵⁹

Las reglas elaboradas deben satisfacer ciertos requerimientos de consistencia y coherencia con el sistema jurídico de que se trate. La consistencia implica que la regla en cuestión no contradiga otras reglas válidas y vinculantes del sistema, que en caso de ocurrir traerían como consecuencia el rechazo de ésta; la coherencia significa que las reglas se incorporen al sistema dentro del ámbito del cuerpo existente de principios jurídicos generales, esto es, que tengan al menos una razón de ser consistente con éstos.

De acuerdo con lo anterior, la justificación de segundo orden involucra dos elementos, argumentos consecuencialistas y argumentos que prueben la consistencia y coherencia de las reglas propuestas con el sistema jurídico existente. En virtud del carácter valorativo del primero y que la coherencia es un reflejo de los valores del sistema, ambos tipos de argumentos interactúan y se traslapan en ocasiones, pero no son idénticos.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Ibid., p. 105

⁷⁵⁸ Id.

⁷⁵⁹ Ibid., p. 106.

⁷⁶⁰ Ibid., p. 107

MacCormick plantea dos cuestiones adicionales que son de relevancia, la primera de ellas es acerca de los límites que rigen la elección judicial de las reglas que someterán a los criterios de consistencia y de coherencia, y cómo pueden los jueces demarcar en principio las reglas apropiadas al caso concreto entre un vasto rango de posibilidades.⁷⁶¹

La respuesta a los cuestionamientos consiste en que las partes presentan al juez reglas potenciales. Los abogados seleccionan la evidencia que desde su punto de vista les permitirá hacer las generalizaciones que resulten más provechosas para su cliente y le haga ganar el caso.⁷⁶²

En los casos en que hay una regla jurídica establecida que resulta aplicable, el proceso de selección está gobernado por la prueba de los hechos operativos que prevé la regla. Sin embargo, cuando no hay tal tipo de regla, la línea de argumentación más provechosa sería la siguiente:⁷⁶³

- 1) Se debe ofrecer un buen argumento consecuencialista a favor de una regla potencial;
- 2) Esto puede apoyarse en algún tipo de analogía convincente con alguna regla ya establecida, o en algún principio general que haya sido retomado por algún precedente;
- 3) Se debe mostrar cómo la decisión que se busca sería completamente consistente con el conjunto de las reglas existentes en el sistema;
- 4) Aunado al punto anterior, cabría mostrar como la decisión buscada es una extrapolación racional de las reglas existentes, de manera que los propósitos y políticas directas a los que éstas están dirigidas se verían controvertidas y sujetas a excepciones irracionales si el caso no fuera decidido de forma análoga a tales reglas.

⁷⁶¹ Ibid., pp. 119 y ss.

⁷⁶² Ibid., p. 119

⁷⁶³ Ibid., p. 121:

En concreto, existen dos límites a la manera en que los abogados pueden presentar su respectiva postura en un caso: a) que sea formulada de manera que evite entrar en conflicto con las reglas existentes (en esta hipótesis entran en juego las técnicas para aclarar o distinguir precedentes y de interpretación legal literal o liberal); y b) que sea formulada de manera que esté apoyada en analogías o en principios generales de derecho, preferiblemente expresados en precedentes judiciales, la doctrina, o en explicaciones o racionalizaciones que muestren un grupo relevante de reglas jurídicas reconocidas.⁷⁶⁴

"Los abogados, al igual que los propios jueces, operan dentro de los límites del derecho existente, las analogías y los principios disponibles, en la formulación de reglas potenciales, lo que elimina la posibilidad de generalizaciones arbitrarias y caprichosas como el punto de partida de la justificación de segundo orden".⁷⁶⁵

Los puntos hasta aquí abordados constituyen una síntesis de la teoría desarrollada por MacCormick, quien en los apartados subsecuentes de su obra profundiza y ejemplifica abundantemente en algunos temas como son los argumentos consecuencialistas, los principios y analogías, la interpretación en casos claros y en casos difíciles, y cómo se inserta el razonamiento jurídico en la teoría del derecho. En los párrafos siguientes intentaremos recoger las ideas adicionales que presenta con relación a éstos.

3.2.6.1. Argumentos consecuencialistas.

Se ha dicho que los jueces reconocen y aplican criterios de reconocimiento acerca de lo que deben considerarse como las reglas válidas, pero en ocasiones tienen que articular razones que sostengan la aceptación de un criterio específico de reconocimiento y las reglas para la aplicación apropiada de éste en casos controvertidos.⁷⁶⁶

Tales razones son articuladas en términos de argumentos basados en las consecuencias de posibles reglas rivales acerca de la validez o la vinculatoriedad en ciertos contextos

⁷⁶⁴ Id.

⁷⁶⁵ Ibid., p. 123

⁷⁶⁶ Ibid., p. 138

genéricos; la evaluación de las consecuencias relevantes depende de criterios de "justicia" y de "sentido común" y, sobre todo, de la referencia a principios constitucionales básicos acerca de ciertos supuestos de filosofía política y de adecuada distribución de autoridad entre los órganos superiores del Estado.⁷⁶⁷

Lo anterior merece una explicación adicional, las leyes deben ser concebidas teniendo objetivos racionales dirigidos a la garantía de bienes a favor de la sociedad o el rechazo de males sociales, de manera consistente con la justicia entre los individuos; tales valores deben mostrar cierto tipo de consistencia racional, de manera que las consecuencias de una determinada decisión se encuentren acordes con los propósitos adscritos a principios de Derecho relacionados.⁷⁶⁸ Por lo que se refiere al "sentido común", éste juega un doble papel, primero debe implicar un tipo de consenso contemporáneo acerca de los valores sociales a los cuales los jueces consideren que deben dar efecto; y segundo, debe comprender el examen de consistencia de dos posibles objetivos para decidir cual de ellos debe prevalecer.⁷⁶⁹

Dado que las leyes están concebidas en tales términos, parece ser esencial que la justificación de cualquier decisión en un área no cubierta por una regla obligatoria, o cuando ésta resulte ambigua o incompleta, debe proceder a probar las posibles decisiones a la luz de sus consecuencias, no las de tipo inmediato en el caso particular, sino las de las reglas genéricas que involucra la decisión.⁷⁷⁰

No es posible afirmar que las decisiones adoptadas en casos como los señalados son en efecto justificadas de esta manera, pero así debe hacerse si lo que se busca es una justificación racional de las mismas.

Lo anterior implica que en casos concretos no basta con considerar una de las posibles opciones de decisión simplemente como absurdas, toda vez que uno de los requerimientos

⁷⁶⁷ Ibid., p. 139

⁷⁶⁸ Ibid., p. 149

⁷⁶⁹ Id.

⁷⁷⁰ Ibid., p. 150

de toda justificación es que los jueces deben hacer claras las bases jurídicas sobre la cual actúan en la decisión de un caso, mismas que deben también evaluar mediante un adecuado criterio de evaluación, como el sentido común, la justicia o la consistencia con principios jurídicos y políticas públicas. De igual forma, los abogados deben utilizar estas cuestiones ante los tribunales en favor de los casos que presentan.⁷⁷¹

3.2.6.2. El requisito de coherencia. Los principios y analogías.

Los argumentos relativos a principios están vinculados a la exigencia de coherencia, que resulta relevante en los casos de justificación de segundo orden. La coherencia significa que las normas del sistema, por numerosas que sean, tengan sentido cuando se les considera en conjunto; un determinado grupo de normas puede ser considerado como tal si son todas las que lo integran son consistentes con una norma más general, de manera que puedan ser consideradas aquellas como manifestaciones más concretas o específicas de dicha norma general.⁷⁷²

Si dicha norma general es considerada por alguien como buena, adecuada o simplemente como deseable, para servir de guía en cierto tipo de asuntos, entonces dicha persona podría considerar tal norma como un *principio*, que explica y a su vez justifica todas y cada una de las reglas en cuestión.⁷⁷³

Por lo que se refiere a la justificación: si una norma determinada posee valor en sí misma o como un medio de lograr un fin valioso, entonces mostrar que una norma puede ser subsumida en la primera significa que es una norma adecuada. Con relación a la explicación: cuando existe duda acerca del significado apropiado que debe darse a una regla en un determinado contexto, hacer referencia al principio dentro del cual está contemplada puede ayudar a la manera en que debe ser entendida y también el por qué es considerada una regla la cual vale la pena observar. Considerar a una norma como un principio implica que es relativamente general y a su vez posee un valor positivo.

⁷⁷¹ Ibid., p. 151

⁷⁷² Ibid., p. 152.

⁷⁷³ Id.

En virtud de lo anterior, si se intentara hallar los principios de Derecho de un determinado sistema jurídico, habría que buscar las normas generales consideradas por los funcionarios del sistema, sobre la base de su generalidad y valor positivo, como aquellas cuya función es justificar y explicar las reglas válidas del sistema.⁷⁷⁴

Desde el punto de vista interno, determinar tales principios implica tratar de entender los valores que orientan tanto al legislador como a los jueces, así como imponerse a sí mismo aquello que se considera como una base de valores para las reglas del sistema.⁷⁷⁵ Los argumentos por analogía siguen un patrón similar al anterior, guiado por el requisito de coherencia de éste. El requisito de coherencia aporta los límites a la legitimidad de la creación judicial del derecho.⁷⁷⁶

Los principios, al igual que las reglas, pueden ser modificados a través de la aprobación de nuevas leyes o por la vía gradual de las decisiones judiciales. La idea de los principios también apoyan a los criterios de reconocimiento, pues si los principios de un determinado sistema son las normas generales conceptualizadas a partir de las que los funcionarios de éste racionalizan las reglas que pertenecen al sistema, en virtud de criterios internamente aceptados.⁷⁷⁷

En la crítica a Dworkin,⁷⁷⁸ la teoría de MacCormick no trastoca la teoría positivista de la discreción judicial, sino que simplemente la complementa. Otra crítica es que para MacCormick es inadecuado señalar que los principios tienen peso, pues esta es una cualidad empírica medible, una tercera es que para Dworkin las reglas en casos concretos o son válidas y aplicables completamente o no lo son, una norma puede ser declarada en este contexto como inválida, pero por lo que se refiere a principios, cuando estos se

⁷⁷⁴ Ibid., pp. 152-153

⁷⁷⁵ Ibid., p. 153

⁷⁷⁶ Id.

⁷⁷⁷ Ibid., p. 155.

⁷⁷⁸ Ibid., pp. 153 y 154

encuentran en conflicto en una determinada situación de hecho, debe determinarse cual de ellos tiene mayor peso, pero el que no resulta vencedor no es por ello inválido.⁷⁷⁹

Para MacCormick, la justificación de segundo orden en casos difíciles implica un juego complejo de consideraciones acerca de principios, argumentos consecuencialistas y puntos disputables de interpretación de reglas válidas establecidas.⁷⁸⁰

A fin de abundar en la diferencia entre reglas y principios, MacCormick opina que aquellas en lo particular o en grupos definidos garantizan o están dirigidas a lograr algún fin considerado como valioso, o cierto patrón general de conducta considerado como deseable: expresar la política para lograr dicho fin, o lo deseable de tal conducta, en una norma general, significa establecer el principio de derecho que subyace a la norma o normas en cuestión.⁷⁸¹

Una vez establecido un principio este es continuamente puesto a prueba en los casos en que resulta relevante, de manera que su postulado puede verse reforzado o, en cambio, puede dar lugar a desarrollos posteriores vía su la extensión judicial sobre la base de experiencia también judicial, lo cual puede ser apoyado en argumentos consecuencialistas.⁷⁸²

Las decisiones basadas en principios no están por ello suficientemente justificadas, puesto que deben apoyarse también en argumentos valorativos que determinen cual de los principios es deseable seguir en el tipo de caso específico.⁷⁸³ En cualquier caso, los principios establecen los límites dentro de los cuales las decisiones judiciales justificadas completamente por argumentos consecuencialistas son legítimas.⁷⁸⁴

La función del argumento por analogía es similar al basado en principios, a grado tal que no hay una línea clara de distinción entre estos. La relevancia de la analogía depende si

⁷⁷⁹ Ibid., p. 155.

⁷⁸⁰ Ibid., p. 156.

⁷⁸¹ Id.

⁷⁸² Ibid., p. 160.

⁷⁸³ Ibid., pp. 161 y 171.

⁷⁸⁴ Ibid., pp. 161 y 169.

puede identificarse un principio racional dentro del cual puedan situarse los dos casos presentados como similares; la referencia a tal principio es un límite a la facultad creativa de los jueces, salvo en aquellos casos en que existan reglas vinculantes claras, que no puedan ser interpretadas, distinguidas o explicadas.⁷⁸⁵

Una determinada analogía es suficiente, dependiendo de la existencia de similitudes (cercanía) entre los hechos del caso presente y los hechos operativos reglas razonablemente establecidas o entre los principios contenidos en precedentes o leyes. En la consideración de la analogía para efectos de la decisión a adoptar, es necesario el uso de argumentos consecuencialistas en pro y en contra de las reglas jurídicas rivales que se presentan.⁷⁸⁶

La existencia de la analogía entre dos casos ofrece apoyo jurídico a una determinada decisión, pero esto no obliga al juez a decidir el caso que se le presenta en el mismo sentido al que es similar, tampoco en aquellos casos en que se ofrece la analogía entre dos disposiciones a tal grado que merezcan una interpretación similar. En ambos casos debe existir, primero, buenos argumentos valorativos a favor de la decisión adoptada y, segundo, algunas razones generales de por qué los argumentos por analogía o concernientes a principios jurídicos deben ser concebidas como apoyo legal para decisiones nuevas, en el sentido de ser condiciones necesarias para ser permitidas éstas, en lugar de considerarlas *ipso facto* como reglas obligatorias y aplicables.⁷⁸⁷

En este orden de ideas, el punto que subyace a los límites de la creatividad judicial es que ésta debe estar en todo caso vinculada a la existencia de una analogía relevante o un principio establecido, en virtud de que estos expresan valores de sentido común.⁷⁸⁸

⁷⁸⁵ Ibid., p. 164

⁷⁸⁶ Ibid., p. 192.

⁷⁸⁷ Ibid., p. 187

⁷⁸⁸ Ibid., p. 188

3.2.6.3. El requisito de consistencia y el problema de la interpretación: casos claros y casos difíciles.

El requisito de consistencia de todo sistema jurídico significa que las reglas que lo integran no se contradigan entre sí y que las decisiones judiciales no se produzcan contra reglas obligatorias establecidas; en caso contrario, la tesis de validez no tendría razón de ser.⁷⁸⁹

Este elemento se incrusta como un requerimiento adicional que se debe satisfacer en la justificación de una decisión; no basta entonces con ofrecer buenos argumentos consecuencialistas y/o sobre principios o analogías, también haya que mostrar que la decisión no es inconsistente con el grupo de reglas en las que se inserta, lo cual dependerá de la interpretación de la regla en cuestión.⁷⁹⁰

La necesidad y alcances de la interpretación es comúnmente explicada en términos de la presencia de casos fáciles o difíciles que en opinión de MacCormick pueden denominarse casos claros o casos difíciles, aún cuando la línea que los divide no sea del todo precisa. Los casos claros son aquellos en los que existe una regla clara preestablecida aplicable, a partir de la cual puede deducirse y justificarse la decisión que se adopte. Los casos difíciles serían aquellos en los que surgen problemas de interpretación, clasificación o de relevancia, que requieren acudir a la justificación de segundo orden; la decisión puede ser deducida una vez que se a podido establecer una regla jurídica.⁷⁹¹

En realidad no hay un rango fijo de en qué casos y en qué circunstancias pueden las partes argumentar la presencia de problemas de interpretación, clasificación o relevancia, de manera que deba acudirse a argumentos como los ya señalados acerca de las consecuencias, o los basados en principios o la analogía.⁷⁹²

⁷⁸⁹ Ibid., p. 195

⁷⁹⁰ Ibid., p. 196

⁷⁹¹ Ibid., p. 197

⁷⁹² Ibid., p. 198

Además, un caso claro sólo será aquel en el que no hay duda que problemas como los señalados pueden surgir, o que las partes no intentan presentar argumentos de ese tipo, o que habiéndolos intentado los tribunales simplemente los hayan rechazado por artificiosos o improcedentes. De ahí que la posibilidad de que un caso claro se torne en uno difícil está por lo regular presente.⁷⁹³

Para abordar el tema de la interpretación de textos legales, incluyendo leyes, reglamentos y disposiciones similares, hay que iniciar con una regla básica que postula que es posible que las palabras que contienen los textos legales tiene o pueden tener un significado obvio y claro.⁷⁹⁴ Esto explica por qué los jueces en la aplicación una disposición, entre las posturas contrapuestas de las partes, prefieren aquella que sea acorde con el sentido más obvio de los términos de la ley,⁷⁹⁵ esto es, la aplicación "literal de la misma"; la "obviedad" de una determinada interpretación de las palabras de la ley dependerá de la comprensión del principio o principios que la informan

En opinión de MacCormick, existen dos requisitos que deben satisfacerse por parte de los abogados que pretenden persuadir a la Corte, de adoptar un sentido de la ley más allá de aquel que es obvio según sus términos.⁷⁹⁶ El primero de ellos es mostrar que el sentido que ellos favorecen es, si no el más obvio, el más consistente con la práctica que los tribunales han tenido al respecto; el segundo, es hacer uso de argumentos consecuencialistas y de principios jurídicos, con el fin de convencer al juez que adoptar un sentido de los términos de la ley diverso al que se le presenta, entraría en conflicto con la justicia, el sentido común o la expedites, lo cual le dará buenas bases para una interpretación alternativa que es la que se le ofrece.⁷⁹⁷

La postura de que existen casos en los que el sentido de los términos de las disposiciones son obvios o claros y que deben entenderse en su sentido ordinario, común o literal, es

⁷⁹³ Ibid., p. 199.

⁷⁹⁴ Ibid., p. 204

⁷⁹⁵ Id.

⁷⁹⁶ Ibid., p. 206

⁷⁹⁷ Id.

debatible. Sin embargo, en abono a lo anterior MacCormick afirma que lo que nos permite dar sentido a los textos legales es la apreciación de que son formas de expresión que tienen efectos legales, ya que han pasado por un proceso legislativo cuya función es precisamente la de establecer reglas jurídicas.⁷⁹⁸ Sobre esta base, es justificable otorgar al órgano legislativo la intención de que las leyes adoptadas tengan efectos como reglas jurídicas válidas.

Con el fin de entender el significado de éstas, es apropiado preguntarse cual sería el sentido que daría a tales términos una persona común. En tal sentido, es adecuado usar los conceptos de la "intención del legislador" y del significado simple o literal de las palabras adoptadas como ley.⁷⁹⁹

En apoyo a lo anterior, es posible que de la lectura completa de la ley, se tenga una visión acerca de las pautas y los principios involucrados o que se quisieron alcanzar, los cuales pueden a su vez auxiliar en la realización de inferencias razonables respecto al efecto que se pretende lograr en ciertos apartados específicos de la ley.⁸⁰⁰ En sentido de la ley es más consistente si convergen tres aspectos: 1) qué quiero decir con mis palabras, 2) que pretendo alcanzar al utilizar estas palabras y 3) qué significan mis palabras.⁸⁰¹

Las palabras tienen, entonces, un significado que depende de ciertas convenciones semánticas y reglas del uso normal del lenguaje, que es distinto al que pueden adquirir en contextos determinados.⁸⁰²

De acuerdo con lo expuesto, es cierto que no siempre es posible adscribir un significado claro a una disposición normativa. Existe una permanente tensión entre seguir el significado ostensiblemente obvio y buscar establecer en casos particulares reglas genéricas que satisfagan otros aspectos de pautas o principios deseables. Tomando en cuenta que las palabras pueden aceptar un sentido diverso al que es obvio, los jueces

⁷⁹⁸ Ibid., p. 209

⁷⁹⁹ Id.

⁸⁰⁰ Id.

⁸⁰¹ Id.

⁸⁰² Id.

pueden considerar apropiado rebasar el significado literal de los términos sobre la base de pautas o principios.⁸⁰³

A fin de concluir este punto, MacCormick afirma que "cuando surgen problemas de interpretación, éstos pueden ser resueltos recurriendo a argumentos consecuencialistas y/o argumentos basados en principios, ambos de los cuales implican apelar a los valores jurídicos concebidos como básicos. Estos son asuntos controvertidos, es por ello que los casos difíciles no admiten respuestas sencillas".⁸⁰⁴ Esto conecta directamente con el postulado principal de este apartado que expresa que los casos no deben ser decididos sobre la base de reglas inconsistentes con el cuerpo de reglas válidas del sistema.⁸⁰⁵

3.2.6.4. Problemas de interpretación en casos de precedentes.

Las diferencias entre la interpretación de textos legales y precedentes es únicamente de grado, por lo tanto les es igualmente aplicable el criterio de consistencia de manera que las decisiones judiciales no deben contravenir las normas válidas establecidas, ya sean éstas de derecho legislado o provenientes de los precedentes.⁸⁰⁶

De hecho, por lo regular la interpretación de las leyes involucra determinar su sentido a la luz de casos decididos.⁸⁰⁷

De acuerdo con lo que se señaló en párrafos previos, una decisión previa no es vinculante en todas y cada una de sus palabras, sino que encierra una *ratio decidendi*; ésta es la determinación judicial expresa o tácita sobre un punto de derecho surgido de los argumentos de las partes, que es considerado como necesario para la justificación de la decisión judicial.⁸⁰⁸

⁸⁰³ Ibid., p. 210

⁸⁰⁴ Ibid., p. 211

⁸⁰⁵ Ibid., p. 213

⁸⁰⁶ Ibid., p. 214

⁸⁰⁷ Ibid., p. 213

⁸⁰⁸ Ibid., p. 215

Una vez establecida una regla autorizada en un precedente, el camino normal de éste es que sirva en la solución de casos similares futuros, en los que los hechos operativos de tal regla sean satisfechos y, de igual forma, sirva para la justificación de la decisión judicial que sobre éstos sea emitida. Sin embargo, si tales hechos operativos no son del todo satisfechos, la regla que expresa el precedente no es aplicable directamente, pero sí, en cambio, puede servir como analogía que de base a una aplicación extensiva del derecho.⁸⁰⁹

Ante la ausencia de tales extremos, el precedente puede ser "exceptuado" (distinguished) de manera que la determinación que se adopte, no obstante la similitud analógica entre aquel y el caso actual, no controvierte la regla expresada por el precedente.⁸¹⁰

Una forma expresa de esclarecer el asunto a fin de exceptuar o no la aplicación de un precedente, es la "explicación" o el replanteamiento del punto jurídico contenido en éste, el cual debe ser consistente con la decisión del caso y con los argumentos de principios ulteriores a los cuales se acuda; se trata de hacer un recuento, por lo regular más meticuloso, de la *ratio decidendi*. A diferencia de lo que ocurre con el derecho legislado en el que la interpretación debe ser consistente con las palabras que integran la disposición de que se trate, en el caso de los precedentes dicha actividad no tiene tales limitaciones, por lo que la explicación y la exclusión de éstos cuenta con un margen más amplio para llevarse a cabo.⁸¹¹

De nueva cuenta, los argumentos consecuencialistas y los argumentos de principio a favor del caso que es, *prima facie*, obstruidos por precedentes vinculantes, son cruciales en la determinación judicial a favor de la explicación y la excepción en la aplicación de éstos.

El proceso y las bases para replantear de manera restrictiva y exceptuar precedentes, son los similares a aquellos usados en interpretación restrictiva de normas legisladas; la única diferencia es la mayor libertad que en el caso de los primeros goza el juez para calificar

⁸⁰⁹ Ibid., p. 220

⁸¹⁰ Id.

⁸¹¹ Ibid., p. 221.

un precedente como inadecuado en el principio que lo apoya o inaceptable en sus consecuencias. Las razones que son cruciales para "exceptuar" un precedente, son por lo regular controversiales y los valores que éstas necesariamente incorporan cambian con el tiempo.⁸¹²

La ampliación y desarrollo de las reglas contenidas en los casos decididos a través de interpretación, es posible en atención a la cualidad abierta o no limitativa de las decisiones en tales casos, que permiten que nuevas situaciones vayan siendo incorporadas bajo su alcance. Otro aspecto de esta característica es que las reglas de los precedentes son en cierto sentido relativamente obligatorios, puesto que vinculan de los tribunales superiores a los inferiores, pero nunca viceversa-en cuyo caso pueden ser considerados sólo como persuasivos-, tampoco por lo regular obligan al mismo órgano de donde provinieron ni a aquellos que se encuentran en un nivel horizontal con respecto a éstos.⁸¹³

3.3. Las razones del Derecho y el proyecto de teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza.

Manuel Atienza señala con acierto que la noción común de lo que se considera un "buen jurista", es precisamente su capacidad para elaborar y presentar argumentos. La práctica del Derecho, desde este punto de vista, consiste primordialmente en argumentar.⁸¹⁴ En el ámbito jurídico, señala, existen tres campos en los que se argumenta en derecho: el de la producción de normas jurídicas; el de la aplicación de tales normas a casos concretos y el de la dogmática jurídica. Sin embargo, como acertadamente comenta, los estudios acerca de la argumentación jurídica por lo regular se refieren sólo al segundo campo.⁸¹⁵

En el campo de la producción de normas jurídicas se aprecian argumentaciones en dos fases primordiales: la prelegislativa, que se presenta de manera previa a la presentación de un proyecto de ley, en la que se discuten los problemas que originan o merecen la

⁸¹² Ibid., pp. 223-224

⁸¹³ Ibid., pp. 224-227

⁸¹⁴ Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 19.

⁸¹⁵ Ibid., pp. 19-22.

intervención del órgano legislativo para regular determinada área de la vida social. La segunda fase es la propiamente legislativa, que abarca los argumentos que se producen en las diversas etapas del procedimiento legislativo y que tienen que ver sobre todo con aspectos técnico-jurídicos.

Por lo que se refiere al campo de la dogmática jurídica, Atienza señala que en éste se distinguen tres funciones: dos de ellas consisten en proporcionar criterios para la producción y la aplicación del derecho, respectivamente; y la tercera, en ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.⁸¹⁶

Sin duda, el campo más fértil o el de mayor incidencia argumentativa en el ámbito jurídico es el de la aplicación de normas jurídicas. En éste cabe distinguir la argumentación que se produce sobre problemas concernientes a los hechos, de aquella que tiene por objeto a las normas.⁸¹⁷ Las teorías de la argumentación han surgido por lo regular en el ámbito de la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía, especialmente se ocupan de la argumentación relacionada con la justificación de las decisiones judiciales. Tales teorías también se han ocupado de los argumentos producidos por la dogmática jurídica, sobretodo en su función de suplementar criterios para la aplicación del Derecho.

Entre la dogmática jurídica sobre casos abstractos y la argumentación en la aplicación del derecho a casos concretos, hay un estrecho contacto y se nutren recíprocamente. El autor que comentamos señala que “por un lado, porque el práctico necesita recurrir a criterios suministrados por la dogmática, al menos cuando se enfrenta a casos difíciles ..., al tiempo que la dogmática se apoya también en casos concretos. Por otra lado, porque en ocasiones los tribunales ... tienen que resolver casos abstractos”⁸¹⁸

El ejemplo más notable de este acercamiento son los casos que involucran interpretación constitucional y en general las controversias sobre constitucionalidad de las disposiciones

⁸¹⁶ Ibid., p. 21.

⁸¹⁷ Ibid., p. 20.

⁸¹⁸ Ibid., p. 21.

generales (leyes, reglamentos, tratados, etcétera), por parte de jueces y tribunales, tanto ordinarios como especializados. La doctrina en estos casos, es una fuente de criterios que pueden guiar al órgano jurisdiccional en la decisión que adopte y, éste a su vez, proporciona a la doctrina los casos concretos sobre los cuales versan sus enunciados.⁸¹⁹

Esto no significa en modo alguno que la argumentación parlamentaria o algunas de las clases de la de tipo dogmático no merezcan ser objeto de análisis, pero podemos afirmar que hasta ahora constituyen campos en espera de ser suficientemente explorados. Su trascendencia e importancia son indudables, incluso tienen importantes puntos de contacto con el resto de los ámbitos argumentativos que ofrece el Derecho.

Después de identificar las categorías en que se escinde la argumentación en el ámbito jurídico, Manuel Atienza jurídica expone la diferencia entre el llamado contexto de descubrimiento y el de justificación a partir de conceptos importados del área de la filosofía de la ciencia. En este sentido, el mencionado autor distingue lo que es la *explicación* de una decisión de su *justificación*. Asimismo, diferencia a su vez entre lo que es la *justificación interna* y la *justificación externa*.⁸²⁰

Para Atienza, "*una cosa es el procedimiento mediante el que se llega a establecer una determinada premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión.*"⁸²¹ La distinción entre el contexto de explicación y de justificación, permite a su vez identificar varios tipos de análisis a los que se pueden someter las argumentaciones; está por ejemplo la perspectiva de la psicología social, desde la que se han llevado a cabo estudios para determinar qué impulsa en un momento dado a un juez o al jurado a inclinar su decisión en uno u otro sentido; por otro lado, se encuentran las disciplinas que han pretendido señalar las reglas que permiten calificar la

⁸¹⁹ Id.

⁸²⁰ Ibid., p. 22-26.

⁸²¹ Ibid., p. 22.

corrección formal o material de un argumento, dando lugar por una parte a la lógica formal o deductiva y por otra a la lógica material o informal.⁸²²

Es precisamente en ésta última, la lógica material, donde se ubican las mas de las corrientes jurídicas antiformalistas. La mayoría de las teorías de argumentación jurídica pretenden por una parte describir la manera en que efectivamente son justificadas las decisiones judiciales y, por otro lado, cómo debería llevarse a cabo dicha actividad, esto es, poseen un carácter tanto descriptivo como prescriptivo. Las teorías de la argumentación parten del hecho de que las decisiones jurídicas deben y puede ser justificadas, con lo cual se oponen tanto a las posturas del determinismo metodológico (según el cual las decisiones, al proceder de una autoridad legítima o ser mera aplicación de normas generales, no requieren ser justificadas), como a las del decisionismo metodológico (para las cuales las decisiones no son más que actos de voluntad que no son susceptibles de justificarse).⁸²³

De acuerdo con Atienza, la primer postura parece insostenible, por el hecho de que en el Derecho moderno la justificación de las decisiones se impone como necesaria para hacer aceptables las decisiones, y para que éste cumpla con su función de ser guía de la conducta humana; por cuanto a la segunda postura, en la que privaría un carácter irracional o arracional de la toma de decisiones, aún en este caso el resultado debe ser de alguna forma justificado.

Uno de los puntos comunes a las teorías de la argumentación jurídica es que parten de la crítica a la lógica formal y su papel en la aplicación del Derecho y la justificación de las decisiones judiciales. La lógica formal no representa más que la utilización de criterios de validez formal de los enunciados y argumentos que se producen en el ámbito jurídico, pero no da cuenta del aspecto material de tales enunciados y argumentos.⁸²⁴

⁸²² Ibid., p. 24.

⁸²³ Ibid., p. 24-25

⁸²⁴ Ibid., p. 32.

De esta forma, se pueden tener argumentos formalmente correctos que lleven en algunos casos a conclusiones falsas o, por el contrario, premisas falsas que lleven a conclusiones verdaderas, en virtud de que lo importante para la lógica formal reside en las reglas de inferencia que se utilicen.⁸²⁵

No se trata de desterrar por completo a la lógica formal del campo del Derecho, pero sí de señalar sus carencias en el razonamiento jurídico y en la justificación de las decisiones judiciales, de las que pretenden ocuparse las modernas teorías de la argumentación jurídica. Los problemas más relevantes se presentan en el caso de los argumentos con apariencia de validez, esto es, las comúnmente llamadas falacias. Para Atienza el problema es aún mayor debido a que existen falacias formales (argumentos con apariencia de corrección formal) y no formales, de éstas últimas no se ocupa la lógica formal.

Las falacias no formales se dividen a su vez en falacias de atinencia y de ambigüedad. Entre las primeras se encuentran aquellas en las que las premisas carecen de atinencia lógica con relación a sus conclusiones, de manera que no son suficientes para establecer la verdad o falsedad de éstas, como por ejemplo los argumentos *ad ignorantiam*, *ad hominem* o la *petición de principio*. Las falacias de ambigüedad se generan por la utilización de términos ambiguos o de contenido variable en la formulación de las premisas.⁸²⁶

Otro problema con relación a la lógica formal en el Derecho proviene de los criterios de verdad o falsedad que se utilizan para determinar la validez de los enunciados y premisas. En el Derecho, en cambio, las premisas normativas de los argumentos no pueden ser calificadas de verdaderas o falsas, esto es, *las reglas de la lógica se aplican al silogismo teórico que se basa en un acto de pensamiento, pero no al silogismo práctico o normativo*

⁸²⁵ Sobre la validez deductiva y ejemplos de los resultados a que puede llevar la regla de inferencia, ver *ibid.*, p. 26-31.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 33.

(el silogismo en que al menos una de las premisas y la conclusión son normas) que se basa en un acto de voluntad (en una norma).⁸²⁷

Una de las maneras de conciliar la lógica y el Derecho es modificar los términos de lo que debe entenderse por argumento deductivo, de manera que incluya a las normas en tanto enunciados no susceptibles de ser sometidos a criterios de verdad o falsedad. Manuel Atienza propone una definición en los siguientes términos: "tenemos una *implicación* o una *inferencia lógica* o una *argumentación válida* (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (o bien correcta, justa válida, etc.) si las premisas son verdaderas (o bien, correctas, justas, válidas, etc.)".⁸²⁸

Otro aspecto que hay que considerar cuando se habla de argumentos es la relación lógica que se da entre las premisas, esto es, el paso necesario de las éstas a la conclusión. En el razonamiento jurídico que se presenta en la solución de casos prácticos no siempre hay un paso necesario entre las premisas que se van formulando ó entre éstas y la conclusión; la falta de elementos de prueba conduce en algunos casos a las llamadas *presunciones* que permiten tener por *hechos* a aspectos no probados.

Los argumentos de tipo *no deductivo* se caracterizan pues porque el paso de las premisas a la conclusión es probable, más no necesario, " si se acepta la verdad de las premisas, entonces hay una fuerte razón para aceptar también la conclusión aunque, desde luego, no puede haber certeza absoluta..."⁸²⁹

Para Atienza, el *silogismo judicial* o *silogismo jurídico*, es caracterizado por el hecho de que la primera de sus premisas enuncia una norma general y abstracta en la que un supuesto de hecho aparece como condición de una consecuencia jurídica. La segunda premisa representa la situación en que se ha producido un determinado hecho que cae

⁸²⁷ Id.

⁸²⁸ Ibid., p. 36.

⁸²⁹ Ibid., p. 38

bajo el supuesto *fáctico* de la norma,⁸³⁰ la conclusión establece que al sujeto "X" se le debe *anudar* la consecuencia prevista por la norma.⁸³¹

Este esquema no refleja aún la parte resolutoria del fallo o su individualización definitiva, por lo que no puede ser considerado como la conclusión del silogismo judicial. Es precisamente en la parte de imposición concreta de la pena o de las consecuencias previstas por la norma jurídica donde en mucha ocasiones tienen aplicación diversos grados de valoraciones judiciales, atendiendo a la gravedad de los hechos, al daño que causaron y a las circunstancias personales del sujeto al que se va a sancionar, como por ejemplo en materia penal donde el juzgador determina dentro de un rango permisible la pena concreta a la que sentencia al procesado. Estos aspectos llevan a Atienza a afirmar que el silogismo judicial "no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica, porque las premisas de que se parte -como ocurre en este caso- pueden necesitar a su vez ser justificadas, y porque la argumentación jurídica es normalmente entimemática"⁸³²

Otro problema que plantea el silogismo judicial es que mientras éste culmina con una conclusión en el sentido de que se *debe* condenar al sujeto "X", el fallo propiamente dicho culmina con la expresión de la decisión judicial, esto es, el acto lingüístico performativo de la condena que representa *un paso del plano del discurso al de la acción, esto es, un paso que cae ya fuera de la competencia de la lógica.*⁸³³

En este mismo tenor, conviene al menos traer a colación la distinción ya señalada entre la justificación *interna* de la *externa*, la primera implica que para quien acepta las premisas o argumentos que el juez ofrece, la conclusión está justificada, en virtud de que la justificación interna se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas; no obstante, hay casos en que el juez debe ofrecer razones adicionales que soporten sus

⁸³⁰ La premisa fáctica en ocasiones es determinada a través de razonamientos de tipo *no deductivo*, pero también en ocasiones esto sucede con la premisa normativa, tal es el caso de la utilización de la analogía o de la reducción al absurdo. Al respecto, ver *ibid.*, p. 43-45.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 40.

⁸³² *Ibid.*, p. 42.

⁸³³ *Ibid.*, p. 42.

argumentos principales. La justificación externa aplica aquí precisamente al ser la demostración de lo acertado de tales argumentos,⁸³⁴ en este tipo de justificación se somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas.

En otras palabras, mientras *la justificación interna es tan sólo cuestión de lógica deductiva*, en la externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto.⁸³⁵ Es este último tipo de justificación a la que se dirigen las teorías más difundidas de la argumentación jurídica.

3.3.1. Sobre la relación entre argumentación y lógica.

Desde cierto ángulo, la argumentación jurídica va más allá de la lógica jurídica pues los argumentos jurídicos pueden ser estudiados también desde una perspectiva que no es la lógica, como por ejemplo la psicología, o bien desde una perspectiva no formal, como la lógica material o lógica informal, y otras veces la tópica, retórica, dialéctica, etc.⁸³⁶ Por otra lado la lógica jurídica va más allá que la argumentación jurídica, su objeto de estudio es más amplio; de acuerdo con Norberto Bobbio, la lógica jurídica abarca: la estructura lógica de las normas, del ordenamiento y la de los juristas, que se ocupa de los diversos razonamientos o argumentaciones efectuados por los juristas teóricos o prácticos.⁸³⁷

Atienza señala que el análisis lógico de los razonamientos jurídicos ha sido un campo tradicional de la teoría del derecho, pero la utilización de la lógica formal moderna, la lógica matemática o simbólica se dio a partir de la segunda posguerra. Siguiendo la obra de Ulrich Klug, considerada como pionera en este campo, la lógica jurídica es una parte especial de la lógica general; la forma básica del silogismo jurídico es una aplicación al derecho del silogismo tradicional *modus bárbara*, pero también existen argumentos

⁸³⁴ Ibid., p. 46

⁸³⁵ Id.

⁸³⁶ Id.

⁸³⁷ Citado por Manuel Atienza, *ibid.*, p. 46

especiales de la lógica jurídica, que son, por ejemplo, el argumento por analogía, a fortiori, a contrario, el argumento ad absurdum y los argumentos interpretativos.⁸³⁸

Otra corriente es la encabezada por George H. von Wright, que a partir de la lógica deóntica, no considerada por Klug, concibe la lógica jurídica como un tipo especial de lógica derivada de las modalidades deónticas de la obligación, prohibición y permisión. Una postura más es la elaborada por Kalinowski quien considera como razonamientos jurídicos a aquellos que vienen exigidos por la vida jurídica, mismos que se dividen en lógicos, retóricos y propiamente jurídicos.⁸³⁹

Estas tres posturas muestran una diversidad de criterios, algunos de ellos antagónicos, sobre la existencia de la lógica jurídica y su relación con la lógica general o formal. Los argumentos jurídicos pueden ser analizados desde el punto de vista lógico pero también del puramente argumentativo o persuasivo, siendo dos planos de análisis distinto. Una vez expuestos los elementos básicos sobre el papel de la argumentación jurídica, y los diversos aspectos que inciden en ella, así como los puntos de acercamiento, traslape y deslinde con la lógica jurídica, de acuerdo con las ideas de Manuel Atienza, analizaremos ahora el proyecto de teoría jurídica que propone este autor.

3.3.2. El proyecto de una teoría de la argumentación jurídica.

Para Atienza una teoría de la argumentación debe poseer un objeto, un método y una función, éstas categorías van dirigidas a responder a su vez a tres preguntas que son el qué, el cómo y el para qué, esto es, qué es lo que explica dicha teoría, cómo lo explica y qué finalidad instrumental cumple.⁸⁴⁰ Estos aspectos le sirven de base para hacer una dura crítica a cinco de las teorías más difundidas de la argumentación en el ámbito jurídico, nos referimos a las de Toulmin, Perelman, Viehweg, McCormick y Alexy, en virtud de

⁸³⁸ Ibid., p. 47.

⁸³⁹ Ibid., p. 48.

⁸⁴⁰ Ibid., p. 236.

que adolecen, desde su punto de vista, de satisfacer de manera deficiente o de ignorar por completo, algunas de las dimensiones señaladas.⁸⁴¹

3.3.2.1. El objeto de la teoría de la argumentación.

La argumentación que se lleva a cabo en la vida jurídica se concentra sobre hechos y no sólo ni exclusivamente en normas; de ahí que debe contemplar ambos aspectos y aproximarse a teorías de la argumentación en otros ámbitos, como la argumentación científica, o la de la vida ordinaria, y también acercarse al campo de la teoría moral, de la sociología y de la teoría del Derecho.⁸⁴²

La teoría debe abarcar los ámbitos argumentativos en la aplicación y en la producción del derecho (fases prelegislativa, legislativa y postlegislativa); la argumentación en ésta última también puede presentarse, además de en distintas etapas, en distintos niveles (lingüístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico y ético).⁸⁴³

En cuanto al objeto de la teoría, Atienza señala que en primer lugar debe dar cuenta de las argumentaciones sobre hechos, y no sólo sobre aspectos de carácter normativo a las exclusivamente se han inclinado las teorías más sobresalientes. Asimismo, la teoría debe tener una mayor aproximación a teorías de la argumentación desarrolladas en otros ámbitos y elaborarse en estrecho contacto con la teoría moral, la teoría del derecho y la sociología jurídica.

Otro aspecto a considerar, es que la teoría debe comprender el estudio de las argumentaciones que se pueden dar en el ámbito jurídico, esto es, en la producción, interpretación y aplicación del Derecho y en la elaboración de la dogmática jurídica, en virtud de que "... la argumentación del juez, de las partes en el proceso o de los

⁸⁴¹ Id.

⁸⁴² Ibid., pp. 236-237.

⁸⁴³ Ibid., p. 238.

dogmáticos, no es independiente de la que tiene lugar en el parlamento o en los órganos administrativos que producen normas jurídicas válidas”⁸⁴⁴

A fin de considerar la argumentación presente en la producción de normas jurídicas, hay que dividir ésta en una fase prelegislativa, propiamente legislativa y una post legislativa, para lo cual, advierte Atienza, debería partirse de una teoría de la legislación con funciones similares a las que ejerce la teoría del derecho con respecto a la interpretación y aplicación del derecho.⁸⁴⁵ En este mismo sentido, hay que considerar que en el proceso legislativo interactúan factores tales como aquellos que emiten las disposiciones, los destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores de las normas.

Además de las fases de creación normativa, el análisis debe abarcar distintos niveles: el de la racionalidad lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética. La idea que subyace a la propuesta de Atienza en este punto es hacer avanzar el estudio de la argumentación en la creación del derecho, a fin de que ocupe el lugar que le corresponde en el campo de la argumentación jurídica en general.

Un tercer punto a considerar está enfocado a considerar la ampliación de la teoría estándar de argumentación, a los problemas jurídicos surgidos en los procedimientos alternativos al judicial de solución de conflictos.⁸⁴⁶ El cuarto punto relacionado con el objeto de la teoría propuesta por Atienza, sería el doble carácter prescriptivo/descriptivo del resultado del análisis que se lleve a cabo. Esto significa comprender no sólo cómo se debe argumentar para que una decisión este suficientemente justificada, sino también cómo de ello se lleva a cabo esta actividad.⁸⁴⁷

Finalmente, Atienza señala con relación al objeto de la teoría que ésta debe comprender además del contexto de justificación, el de descubrimiento. Cómo llegan de hecho los juristas a la decisión que fundamenta sus decisiones.

⁸⁴⁴ Ibid., p. 237.

⁸⁴⁵ Id.

⁸⁴⁶ Ibid., p. 238.

⁸⁴⁷ Ibid., p. 239.

3.3.2.2. El método de la teoría de la argumentación.

Atienza señala el vacío existente entre las teorías estándares de la argumentación, en cuanto a que no han elaborado herramientas para representar la manera como los juristas fundamentan de hecho sus decisiones. Se ha utilizado para este efecto los signos y fórmulas de la lógica formal, pero éstos no son suficientes para ello, en parte porque el proceso de argumentación, más que de carácter lineal es del tipo de un entramado o reticular.⁸⁴⁸

Atienza propone para representar el proceso de argumentación diversos esquemas que abarcan los aspectos sintáctico, semántico y pragmático. De esta forma, para el aspecto sintáctico plasma las diversas relaciones que se pueden presentar para apoyar o enfrentar argumentos entre sí.⁸⁴⁹ El aspecto semántico o de sentido es representado por otra clase de figuras, que denotan la cualidad de los argumentos dependiendo de su función y el lugar que ocupan en el proceso argumentativo, desde el planteamiento del problema hasta su solución.⁸⁵⁰

El esquema completo propuesto por Atienza serviría para seguir, por ejemplo, los pasos del proceso argumentativo que llevaron al sentido de una determinada decisión judicial en un caso concreto; pero, además, un esquema de este tipo sería la base para intentar estructurar otro que permitiera hacer un ejercicio similar con los casos denominados *difíciles*.

El esquema que permite tratar con el tipo de casos mencionados inicia con la identificación del problema por resolver. A este respecto, se han identificado cuatro grandes tipos de problemas jurídicos, que resumidos a su expresión más simple son: 1) Problemas de relevancia o de la norma jurídica aplicable; 2) Problemas de interpretación o del sentido de las normas que se consideran aplicables; 3) Problemas de prueba, sobre la existencia misma de los hechos del caso; y 4) Problemas de calificación, que surgen

⁸⁴⁸ Ibid., p. 240.

⁸⁴⁹ Ibid., pp. 240-241.

⁸⁵⁰ Ibid., p. 241.

acerca de si un hecho cae o no bajo determinada hipótesis prevista en una norma jurídica.⁸⁵¹

Una vez identificado el tipo o tipos de problema involucrados, hay que descubrir si es causado por un exceso o defecto de *información* disponible, esto es, si los alcances de la norma en cuestión son insuficientes o, por el contrario, la norma admite sentidos incompatibles entre sí, de manera que en ambas situaciones el caso concreto escapa al ámbito que cubre.⁸⁵² Si la información con que se cuenta es suficiente la argumentación adquiere una forma deductiva pero, en caso contrario, la argumentación se desarrolla en una manera que podemos calificar de más compleja.

El siguiente paso, después de la identificación del tipo y la causa del problema es la generación de las hipótesis de solución, que implica la creación de nuevas premisas que colmen o acoten la información disponible hasta hacerla suficiente. Hecho lo anterior, se debe proceder a la justificación de las hipótesis de solución formuladas, de manera que la interpretación que se haya elegido esté apoyada en los argumentos pertinentes; y en los casos de insuficiencia de información la analogía que se presenta (*a pari* o *a simili*, *e contrario* y *a fortiori*), esté también soportada argumentalmente; o en las situaciones de exceso de información, se justifique la *reductio ad absurdum*.⁸⁵³

El último paso del esquema para afrontar los casos difíciles es la derivar la conclusión a partir de las nuevas premisas, esto es, la justificación interna *que puede considerarse como el fragmento final de todo proceso de argumentación jurídica*.⁸⁵⁴

Por otra parte, el método de representación de un proceso de argumentación difiere de los criterios de corrección del mismo. La teoría estándar de la argumentación jurídica propone como medida de la corrección la racionalidad práctica, no obstante, Atienza señala que esta noción permite únicamente calificar de irracionales cierto tipo de

⁸⁵¹ Ver *Ibid.*, p. 244.

⁸⁵² *Id.*

⁸⁵³ *Ibid.*, p. 245.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 247.

argumentaciones o formas de argumentación, pero no es un test que permita garantizar cual de las opciones posibles, que incluso hayan satisfecho la prueba de racionalidad práctica, es la correcta.⁸⁵⁵

Atienza propone para resolver esta cuestión que la noción de racionalidad práctica "... abarque una teoría de la equidad, de la discrecionalidad o de la razonabilidad que ofreciera algún tipo de criterio con que operar en los casos difíciles, por más que tales criterios puedan resultar discutibles y no gocen ya de la solidez de los otros."⁸⁵⁶ Tal teoría debería, además, rebasar el aspecto meramente formal, para incorporar contenidos de naturaleza política y moral.

De los apartados anteriores se aprecia que Atienza, más que desarrollar de manera completa una teoría alternativa de argumentación jurídica, que de hecho utiliza para criticar la insuficiencia de las elaboradas hasta ahora, ha resaltado los puntos sobresalientes que debería abarcar como materias pendientes de un desarrollo suficiente a la que los esfuerzos de juristas y no juristas podrían contribuir en los próximos años.

3.3.3.3. La función de la argumentación jurídica.

La función de la teoría de la argumentación se manifiesta en tres direcciones, la primera de ellas de carácter teórico, la segunda práctica o técnica y la tercer de tipo político o moral. El aspecto teórico permitiría comprender de manera más profunda el fenómeno jurídico y la práctica de la argumentación, así como el avance del desarrollo de la ciencia del derecho y de otras conexas.

Desde el punto de vista práctico, la teoría de la argumentación orientaría de manera útil la producción y aplicación del derecho, incluyendo por supuesto la interpretación que es una de las fases de ésta última. Lo anterior en virtud de que ofrecería un método para seguir el

⁸⁵⁵ Ibid., p. 248.

⁸⁵⁶ Ibid., p. 249.

proceso argumentativo que llevó a una determinada decisión y además proporcionaría criterios sobre su corrección.⁸⁵⁷

Atienza señala dentro de la utilidad pragmática de la teoría de la argumentación, la posibilidad de que ésta sea un aporte a la construcción de sistemas jurídicos expertos o de representación del conocimiento jurídico y, además, que juegue un papel importante en la enseñanza del Derecho a fin de preparar a los alumnos en la forma de razonamiento jurídico y no únicamente en los contenidos estáticos del Derecho positivo.⁸⁵⁸

Por lo que se refiere a la función política o moral de la teoría de la argumentación, significa que esta se encuentra vinculada a una determinada postura ideológica no sólo con respecto a ella misma, sino también al propio Derecho. De esta forma, pueden apreciarse posturas que justifican la existencia en todos los casos de una respuesta correcta que proporciona el Derecho y otras, en cambio, que admiten la insuficiencia de éste para dar en ocasiones tal respuesta o las que sustentan multiplicidad de soluciones y no sólo una correcta.

Atienza señala que el proyecto de teoría que sugiere "tendría que comprometerse con una concepción -una ideología política y moral- más crítica con respecto al Derecho de los Estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista"⁸⁵⁹ Esto significa aceptar que en ocasiones los jueces toman y defienden concepciones y posiciones propias, que no necesariamente coinciden con la ideología política y moral que subyace a su función y al derecho.

Como último punto de las reflexiones de Atienza sobre la función de la teoría de la argumentación, acepta que no todo es tomar decisiones acompañadas de argumentos en el derecho, pues también hay lugar para la utilización de instrumentos burocráticos y de la coacción. Esto se refleja también en la práctica, de manera que a la generalmente aceptada distinción entre los casos fáciles y difíciles, ya sea que cuenten con una o varias

⁸⁵⁷ Ibid., p. 250.

⁸⁵⁸ Ibid., p. 251.

⁸⁵⁹ Id.

respuestas correctas posibles, respectivamente, agrega la noción de los casos *trágicos*, considerando como tales aquellos en los que "... no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema"⁸⁶⁰

3.4. La crítica a la segunda generación de teorías: la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, el razonamiento jurídico de MacCormick y el proyecto de teoría de la argumentación de Manuel Atienza.

3.4.1. Robert Alexy.

Alexy construye su teoría pretendiendo no incurrir, o lo que es lo mismo, satisfacer los defectos que impidieron a la tópica jurídica ser considerada una verdadera teoría de la argumentación jurídica. *Estos defectos consisten, por repetirlo una vez más, en la infravaloración de la importancia de la ley, de la dogmática jurídica, y del precedente, en la insuficiente penetración en la estructura profunda de los argumentos, así como en la insuficiente precisión del concepto de discusión.*⁸⁶¹

Una diferencia con algunas de las teorías de la primera generación es que a Alexy le interesa la justificación racional de las decisiones, por lo que deja fuera de su análisis expresamente lo relativo a la persuasión, con lo cual Alexy se aleja de la *nueva retórica*. El análisis de Alexy se lleva a cabo desde el ángulo de la teoría del discurso práctico racional, de la cual la argumentación jurídica es una especie realizada bajo condiciones limitadoras como son la ley, la dogmática y el precedente.

Otro de los giros que da Alexy con respecto a planteamientos previos, es la importancia que da a las reglas de discusión racional, esto es, la observancia de los cánones a la hora de la discutir no garantizan certeza, pero sí racionalidad. De esta manera, la justificación

⁸⁶⁰ Ibid., p. 252.

⁸⁶¹ Alexy, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica, Tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 43.

racional no es una meta, es el camino por el que transcurre el discurso, o *conjunto de acciones para comprobar la verdad o corrección de las proposiciones normativas*.

La teoría de Alexy es también prescriptiva, no describe cómo se argumenta, sino sobre todo que se debe hacer para argumentar racionalmente. Con ese fin, el propio Alexy ofrece un elenco de reglas/condiciones para llevar a cabo una discusión racional. El primer conjunto de reglas del discurso práctico racional se refieren a las que garantizan cualquier comunicación lingüística, el segundo tipo de reglas giran en torno a la fundamentabilidad de la pretensión de verdad o corrección, y el tercer tipo se refiere a las reglas sobre la carga de la argumentación.

Las reglas anteriores, si se les analiza detenidamente son sumamente difíciles de observar, por lo que es probable que se queden en efecto en un escenario sólo ideal, y no permitan incidir en el discurso tal y como se presenta en la práctica. El propio Alexy acepta que estas reglas sólo aumentan la posibilidad de llegar a un acuerdo, pero no lo garantizan.

Si a través del discurso racional no se llega al acuerdo o se generan dos opciones posibles incompatibles a las que se arribó sin contravenir las reglas del mismo, entran en juego las normas jurídicas, que permiten fundamentar alguna de las dos opciones. Las reglas del discurso práctico racional son a partir de esto trasladadas al ámbito jurídico.

Con el planteamiento de que el derecho positivo constituye el límite de la argumentación jurídica, Alexy supera a la *tópica jurídica*. Dicho autor considera a las decisiones jurídicas como proposiciones normativas (que indican que algo se debe o no hacer), en la que hay también una pretensión de corrección, por lo que la argumentación jurídica se ocupa de la justificación tales proposiciones.

Alexy es uno de los partidarios de la distinción entre la justificación interna (terreno del silogismo jurídico) y la justificación externa (la corrección de las premisas). De igual forma, distingue casos complicados, de los que no lo son, que equivaldría a la noción de casos *fáciles y difíciles*. Los segundos son aquellos en los que básicamente es necesaria la interpretación, que en realidad es en todos los casos en mayor o menor medida.

Por lo que respecta a la justificación externa, que es la más problemática, Alexy señala que la argumentación jurídica sirve para fundamentar las premisas que no son reglas de derecho positivo (que se fundamentan vía la satisfacción de los requisitos de validez) o enunciados empíricos (que se fundamentan a través de las ciencias empíricas). Existen seis tipos de reglas que dan lugar a seis formas de justificación externa, que indican como se fundamenta: la interpretación de la ley, la doctrina, el precedente, la razón, la empirie o argumentación empírica y las formas especiales de argumentos jurídicos; estos constituyen el aporte más rico de los planteamientos de Alexy.

El cumplimiento de los cánones que en cada una de las opciones marca dicho autor, serían la manera en que la argumentación jurídica cumpliría con la pretensión de corrección y en cierto modo la vinculación a la ley. Nuevamente consideramos que el traslado de los cánones y la manera de proceder que propone Alexy encuentra una fuerte resistencia en la vida práctica del derecho, por lo que cabría cuestionarse si ésta es de tal grado que lleve al replanteamiento de la teoría.

Existe un aspecto adicional que vale la pena remarcar, el principio de justicia formal que equivale al principio de universalidad en el discurso práctico general, de acuerdo con el cual se deben tratar de la misma manera casos iguales. La vigencia real de este principio constituye una de las exigencias básicas de la aplicación judicial del derecho.

La teoría de la argumentación jurídica como un discurso práctico general reglado, es una de las más completas que se han formulado hasta ahora, además, es un esfuerzo serio por hacer que la actividad de los juristas cumplan con la razón y la justicia. Sin embargo, se concentra únicamente en la justificación de las decisiones jurídicas, y en especial las que provienen de un juez, por lo que deja fuera un numeroso y variado conjunto de prácticas argumentativas en el ámbito jurídico, en todo caso, su teoría debe ser considerada como teoría de la justificación de las decisiones judiciales para ajustarla a sus términos adecuados.

Manuel Atienza, por su parte, centra sus críticas a la propuesta de Alexy en dos planos, uno conceptual y el otro ideológico. En el plano conceptual señala cinco críticas, de las que destacamos las siguientes: 1) la ambigüedad que genera considerar a la argumentación jurídica como una especie del discurso práctico general, que por una parte la acerca el discurso jurídico a la moral y por la otra deja de lado la incidencia de la argumentación fuera de sede judicial; 2) Otro aspecto que critica Atienza es la pretensión de corrección, que para éste autor dos manifestaciones, una es proposicional y otra es la justicia, de manera que sólo se puede hablar de la tesis de la argumentación como caso especial del discurso práctico siempre que se presuponga la justicia del Derecho positivo, de otro modo, el modelo de Alexy es incompleto; 3) Una última crítica consiste en que en el derecho sólo existen pretensiones de corrección, sino también de carácter finalista, por lo que la articulación de ambas está ausente su obra; y 4) Atienza también critica el alcance de la teoría de Alexy, en cuanto a su aplicabilidad, que es menor a la que pretende éste, y a su utilidad, en virtud de que éste señala la dificultad de llevarlo a la práctica.⁸⁶²

En el plano ideológico, la crítica primordial es que Alexy no ha mantenido claramente la distinción entre el plano de la descripción y de la prescripción, aunque el mismo inscribe su teoría en ésta última categoría.⁸⁶³

3.4.2. Neil MacCormick.

La teoría de MacCormick parte de la afirmación de que la adopción y justificación de decisiones en campo del Derecho pertenecen al ámbito de la razón práctica (que sirve para guiar decisiones o juicios), y que el objeto de su trabajo es el razonamiento plasmado en las decisiones de los tribunales plasmadas por escrito (Inglaterra, Escocia y en menos casos Francia). Desde este ángulo, la teoría de MacCormick podría calificarse como teoría de la justificación de la decisión judicial ordinaria.

⁸⁶² Cfr. Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 220-230.

⁸⁶³ Cfr. *Ibid.*, pp. 231-233.

La argumentación es la expresión del razonamiento, que es una actividad guiada por cánones normativos, que permiten distinguir argumentos buenos de los malos. La teoría de MacCormick es tanto descriptiva como prescriptiva, al igual que la argumentación jurídica tiene una función persuasiva y también de justificación, pero el aspecto que más le interesa es el segundo; inclusive también el contexto de descubrimiento y de justificación es una distinción de importancia secundaria en MacCormick pues en todo caso se arriba finalmente siempre a la justificación. Las razones de los jueces son justificaciones al menos en el sentido de que deben mostrar como aseguran la *justicia conforme a derecho*.

La argumentación jurídica en MacCormick abarca también la deducción, que en otros es dejada en el ámbito de la lógica, mientras que la argumentación la sitúa sobre todo en la justificación externa de apoyo a las premisas. Habría que mencionar también que para este autor la argumentación jurídica es primordialmente la que llevan a cabo los jueces al justificar sus decisiones, por lo que otros campos de incidencia de la argumentación no son explorados. La esencia de la argumentación jurídica es ofrecer buenas razones justificativas para demandar, defenderse o decidir, con lo cual sitúa su campo de aplicación sobre todo en el proceso judicial.

Para MacCormick hay decisiones judiciales que pueden ser justificadas jurídicamente con el uso de argumentos de carácter deductivo, usando la forma del silogismo *modus ponens* lo cual garantiza la validez formal de la decisión, pero la verdad de las premisas en estos casos deriva de los criterios de jueces superiores o de la propia ley. Esto coincide con la llamada justificación interna, propia de los casos *fáciles*.

El respeto a la argumentación lógica abona una gran parte a la racionalidad del sistema y a la justicia del mismo, en tanto representa una exigencia de evidencia que soporte las afirmaciones de las partes y la aplicabilidad de las reglas jurídicas. Por otro lado, una cosa es explicar el contenido de la justificación deductiva y otra es la de las razones que la apoyan.

Los límites a la justificación deductiva son los problemas de interpretación y de indeterminación de las reglas jurídicas, en virtud del lenguaje en que están formuladas, pero aún en este caso el proceso de concreción puede culminar siendo formulado a manera de deducción silogística. Un problema distinto es cómo se procede ante la imposibilidad de determinar la existencia misma de una norma aplicable, es decir, casos en los que se debe decidir con base en una *razón basada en derecho*, que no sea única y particular, sino que tenga alcances generales. Al respecto, tiene aplicación la regla de la justicia formal, que no implica sólo decidir un caso similar con precedentes, sino estar dispuesto a decidir los casos futuros sobre la misma base.

Si bien una vez establecida o supuesta la existencia de una regla jurídica en este tipo de casos, procede la derivación deductiva de la decisión judicial que a su vez sirve de justificación a ésta, pero lo que se refiere a la incidencia de problemas de relevancia, requiere para su justificación completa una forma de argumentación distinta a la de tipo deductivo. En estos casos se requiere una justificación de segundo orden (que equivaldría a la justificación externa), donde la regla que se propone esté apoyada en argumentos consecuencialistas y argumentos que prueben la consistencia y coherencia con el resto del ordenamiento, lo que por un lado tiene una función de justificación y, por el otro, evita la arbitrariedad.

Los argumentos *consecuencialistas* son intrínsecamente valorativos pues se dirigen a considerar la aceptabilidad o no de tales consecuencias. Las reglas elaboradas deben satisfacer ciertos requerimientos de consistencia y coherencia con el sistema jurídico de que se trate. La consistencia implica que la regla en cuestión no contradiga otras reglas válidas y vinculantes del sistema, que en caso de ocurrir traerían como consecuencia el rechazo de ésta; la coherencia significa que las reglas se incorporen al sistema dentro del ámbito del cuerpo existente de principios jurídicos generales, esto es, que tengan al menos una razón de ser consistentes con éstos.

Manuel Atienza dirige un gran número de críticas a la teoría de MacCormick,⁸⁶⁴ pero vamos a retomar las que se refieren al ámbito de la argumentación únicamente. A este respecto señala que éste último sólo da cuenta parcialmente de la argumentación jurídica, porque se concentra únicamente en las decisiones judiciales y en especial de los tribunales superiores, y porque no abunda lo suficiente en lo relativo a la argumentación en materia de hechos.⁸⁶⁵ Una segunda crítica es respecto a la teoría de la interpretación desarrollada por MacCormick, en la que la de carácter literal tiene preponderancia, por lo que niega al parecer la posibilidad de justificar decisiones completamente innovadoras.⁸⁶⁶

Otras críticas proceden de la falta de atención que MacCormick presta a los posibles conflictos entre los requisitos de la argumentación jurídica racional, los que pueden surgir por ejemplo entre argumentos de coherencia y consecuencialistas, o entre en primero y los de consistencia, respecto a lo cual no ofrece un criterio de solución. Asimismo, Atienza critica la noción de *hacer justicia conforme a Derecho*, porque ello llevaría a situaciones en el problema del juez que encuentre que la solución que da el Derecho a un caso es injusta.⁸⁶⁷

Por último, consideramos que MacCormick carece de una exposición completa acerca del criterio último de racionalidad de su teoría, pues lo deja en el margen de la universalidad, la coherencia y la consistencia, como los *mínimos*; Atienza señala que esta cuestión es desarrolla en un trabajo posterior del autor que comentamos, a través de la idea de *apelar a un espectador imparcial*, muy similar a la de Perelman acerca del *auditorio universal*, que no carece de problemas, pero en todo caso, critica Atienza, podría pensarse en avanzar de la apelación a una instancia monológica a una instancia dialógica como la comunidad ideal de diálogo de Habermas, que es la base de la teoría de Robert Alexy.⁸⁶⁸

⁸⁶⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 157-176.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 170.

⁸⁶⁶ *Id.*

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 172.

⁸⁶⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 175-176.

3.4.3. Manuel Atienza.

Atienza le corresponde el mérito de ser el difusor de las teorías de la argumentación jurídica en Iberoamérica, gracias sobre todo a la compilación y crítica que realizó de ellas en su obra *Las Razones del Derecho*, publicada por primera vez en 1991 por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.⁸⁶⁹ Dicha obra fue recientemente publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en la que Atienza agregó algunos comentarios a la teoría del autor norteamericano Robert S. Summers,⁸⁷⁰ sobre la justificación de las decisiones judiciales ampliando su obra más allá de la visión de autores únicamente europeos.

Sin duda el contacto a fondo con las teorías pioneras y estándar de la argumentación jurídica, que le permitieron criticarlas desde diversos ángulos, habrían dado a dicho autor los elementos para generar una teoría propia que pudiera salvar los inconvenientes encontrados en todas las demás. Sin embargo, en la obra señalada únicamente sentó las bases de un proyecto de teoría de la argumentación jurídica, los contenidos y aspectos que debía abarcar. En posteriores obras del autor, en especial en *El Sentido del Derecho*,⁸⁷¹ dicho proyecto ha ido tomando una forma más acabada.

Son diversos los méritos de la teoría propuesta por Atienza, entre los que podemos destacar:

- a) Hace uso de los mejores desarrollos y categorías creadas por los diversos autores en la materia, sin tomar posiciones ideológicas de rechazo en bloque a alguna de las posturas.
- b) Amplia el estudio de la incidencia de la argumentación jurídica más allá de la que realizan los jueces superiores al justificar sus decisiones, bajo el criterio genérico de que

⁸⁶⁹ Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁸⁷⁰ Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, México, UNAM, 2004, pp. 221-232.

⁸⁷¹ Atienza, Manuel. *El Sentido del Derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003.

la argumentación está presente en la creación y aplicación del derecho, lo cual le permite analizar algunos aspectos de la argumentación legislativa y administrativa, así como la de carácter dogmático;

- c) Sitúa con acierto los alcances de lógica formal en el campo del derecho y hace referencia a las falacias, que no es algo común en los autores sobre argumentación;
- d) Sigue la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, éste último es donde se desarrolla la argumentación jurídica;
- e) Distingue entre la justificación interna y externa;
- f) Hace referencia a la argumentación en materia de hechos, que estuvo por mucho tiempo casi abandonada en las teorías de la argumentación;
- g) Propone la ampliación del criterio de racionalidad práctica a uno que abarque también la equidad, la política y la moral;
- h) A la noción ya estandarizada de casos fáciles o claros y casos difíciles, agrega la de los casos trágicos, que son aquellos que no pueden ser resueltos a menos que se infrinja el ordenamiento.

Con respecto a las críticas que pudieran hacerse al proyecto que presenta o al menos al contenido que le ha venido dando, es que al igual que otros autores la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, han hecho que deje de ser analizado con mayor profundidad el primero de ellos donde no sólo se desarrollan actividades tan importantes como la interpretación jurídica o la apreciación de los hechos, sino también es en ocasiones el ámbito donde se dan y generan las conductas desviadas del ordenamiento, que después se intenta justificar como coherentes y respetuosas del mismo.

Si bien dicho autor señala que la argumentación jurídica también puede analizarse desde el ángulo de la persuasión, a ésta no dedica mayores referencias, lo cual es una constante también en autores como Alexy y MacCormick, que se concentran únicamente en la

búsqueda de lo racional y sus parámetros, pero no de lo persuasivo que en ocasiones de frontera pudiera reñir con lo racional, pero en la mayoría de los casos lo acompaña. Incluso podría señalarse que la apelación a lo racional o mostrar algo como derivado de lo racional, puede ser calificado como un uso retórico, con fines persuasivos.

Dicho autor no hace especial referencia a la argumentación forense, que es la que llevan a cabo los usuarios del sistema jurídico y que son el primer *input* para que pueda darse la argumentación judicial. Los jueces no pueden abrir y decidir las causas que les plazcan, sino sólo aquellas que les sean sometidas a su consideración y están muchas veces limitados por el discurso de las partes, del cual están en cierto modo también vinculados. Asimismo, tampoco hay una referencia a la incidencia la argumentación y motivación en ámbitos *supra* estatales, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, es decir, en la creación y aplicación de estándares normativos y su justificación en el ámbito internacional.

Capítulo IV. La argumentación judicial.

Sumario: 4.1. Los campos argumentativos en el ámbito jurídico; 4.1.1. La argumentación jurídica legislativa; 4.1.2. La argumentación jurídica administrativa; 4.1.3. La argumentación jurídica forense; 4.1.4. La argumentación jurídica mediática y popular; 4.1.5. La argumentación jurídica en el estudio y la enseñanza del derecho; 4.2. La aplicación judicial del derecho y la justificación de las decisiones judiciales; 4.2.1. Introducción; 4.2.2. La evolución de la concepción acerca de la función judicial; 4.2.2.1. El paradigma de la función judicial a finales del siglo XVIII en Francia; 4.2.2.2. El impacto de las grandes codificaciones en el paradigma de la función judicial; 4.2.3. Los factores lógicos y axiológicos en la decisión judicial; 4.2.4. La concepción moderna de la función judicial de aplicación del Derecho; 4.2.5. Las bases de la argumentación o justificación de las decisiones judiciales; 4.2.5.1. El lenguaje y el Derecho; 4.2.5.2. El contexto de descubrimiento y el contexto de justificación; 4.2.5.3. La justificación interna y la justificación externa; 4.2.5.4. Las diferencias entre la interpretación y la argumentación judicial; 4.2.5.5. La argumentación judicial en materia de hechos; 4.2.5.6. Casos fáciles, casos difíciles y casos trágicos; 4.2.5.7. Los cánones de la argumentación judicial, sobre la forma y contenido de los argumentos judiciales; 4.2.5.8. La presencia y efectos de las falacias en el razonamiento jurídico.

4.1. Los campos argumentativos en el ámbito jurídico.

El objetivo del presente capítulo es el de ubicar dentro de los diversos ámbitos de la argumentación a la que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales, que es uno de los objetos primordiales de nuestra investigación, con el fin de distinguirla de otras áreas y profundizar en sus elementos formales y materiales.

Desde la formación de la retórica en la antigüedad fueron identificados, para efectos únicamente de análisis, tres géneros discursivos o ámbitos en los que se desarrollaba el



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.

ejercicio retórico, uno de ellos era el género epidíctico, otro el deliberativo y otro el judicial. En otras palabras, la retórica se utilizaba en actos y eventos para alabar la memoria de una persona fallecida o para vituperar o censurar a alguien en público; también tenía lugar en la discusión de los asuntos en la asamblea, donde el ejercicio de la retórica permitía convencer de lo acertado de tomar cierto curso de acción o medidas o, por el contrario, de disuadir de ellos; y un tercer género o campo de incidencia del discurso retórico eran los litigios ante los tribunales, a efecto de convencer al juez y al foro sobre los méritos de la acusación, de la defensa o moverlos a la indulgencia o a la firmeza a la hora de decidir o aplicar un castigo.

Si bien la identificación de estos géneros no excluyen el ejercicio retórico en otras áreas o ámbitos de la vida, vemos que su identificación fue acertada pues hasta la fecha son campos en los que deliberadamente se busca persuadir a través del discurso.

Si quisiéramos actualmente hacer un ejercicio como el de los antiguos griegos, para identificar los grandes géneros retóricos, éste se traduciría, sin duda, simplemente en abonar nuevas áreas donde el discurso persuasivo juegue un papel preponderante, como por ejemplo en el campo de la publicidad y de los medios de comunicación masiva, con fines comerciales o también políticos preponderantemente.

Por lo que hace al ámbito de la argumentación jurídica, las diversas teorías ponen definitivamente el acento en la justificación de las decisiones judiciales como el paradigma de la utilización expresa de argumentos. Sin demeritar que éste sea un modelo propicio de estudio, así como el objeto central de nuestro análisis, hay que reconocer otros ámbitos en los que también el ejercicio argumentativo tiene presencia, y que por lo regular han estado un tanto abandonados por parte de la doctrina.

Esto nos lleva a intentar una especie de clasificación de la argumentación jurídica en atención al sujeto/contexto en el que se lleva a cabo. Para estos efectos, consideramos útil ofrecer un concepto, así sea genérico, de lo que entendemos por argumentación jurídica. En el uso común del término *argumentar* significa presentar argumentos o las razones

específicas que apoyen una determinada opinión, conclusión o curso de acción; nótese que no se restringe el concepto a los *argumentos* necesariamente verdaderos o formalmente válidos, con lo que también tienen lugar los argumentos plausibles, convincentes o persuasivos.

Podemos considerar a la argumentación como *jurídica* cuando dicha actividad tiene por objeto justificar la opinión que se tiene acerca de normas jurídicas: sus elementos, creación, eliminación, sentido y alcances, conveniencia, aplicabilidad o relaciones; cuando recae sobre el sistema jurídico en su conjunto o sus relaciones con otros sistemas jurídicos; cuando se justifica la actuación o decisiones de los operadores jurídicos, como aquellos órganos e instituciones que intervienen en la creación y aplicación del Derecho; y cuando se producen argumentos derivados del estudio o para la enseñanza del derecho.

Delimitar con extrema precisión el ámbito de la argumentación jurídica no es nada sencillo, por lo que las diversas manifestaciones que hemos señalado son sólo indicativas del extenso campo de la argumentación que acompaña a la expresión del fenómeno jurídico. No obstante lo anterior, con el fin de sistematizar lo que a primera vista aparece complejo, se han intentado otros caminos, como el que clasificar la argumentación jurídica de acuerdo no con su objeto, sino exclusivamente con los sujetos, el momento o el contexto en el que se lleva a cabo.

Atienza ha propuesto precisamente identificar lo que denomina como campos de la argumentación jurídica y distingue tres que son: 1) el de la producción de normas jurídicas, en el que a su vez se identifican dos fases, una *prelegislativa* que es previa a la presentación de un proyecto de ley, y otra propiamente *legislativa*, de carácter técnico, cuando la iniciativa es discutida con miras a convertirse en derecho positivo; 2) el de la aplicación de tales normas a casos concretos, que se puede referir a cuestiones sobre hecho o sobre normas y 3) el de la dogmática jurídica, que puede orientarse a sistematizar o a generar criterios para la producción y la aplicación del derecho.

Estos campos tienen por supuesto puntos de contacto y se refieren más a momentos y funciones, que al sujeto que argumenta o al carácter o tipo de los argumentos; además, si se profundiza en cada uno de ellos, podemos encontrar otro tipo de subdivisiones, como por ejemplo, en el campo de la aplicación de las normas, no sólo hay que fijar la atención en la figura del juez, sino también de la autoridad administrativa que tiene un enorme campo de aplicación del derecho, y distinguir, además, la argumentación de los administrados, litigantes o los abogados, de aquella que corresponde a los órganos de decisión sean jueces o autoridades administrativas que deben justificar sus actos y determinaciones.

Consideramos que sin perder de vista las aportaciones de Manuel Atienza en la elaboración de los campos de la argumentación jurídica, podríamos utilizar otros criterios que serían de utilidad, como por ejemplo, atender al carácter o la calidad de los sujetos que llevan a cabo la argumentación, pues esto también determina los fines o los objetivos que persiguen e inclusive el carácter más o menos libre o reglado que poseen los argumentos y el impacto de su conclusión.

Desde este punto de vista, haremos algunas reflexiones sobre la argumentación legislativa, administrativa, judicial, forense, académica y popular, con el fin de resaltar sus rasgos característicos y distinguir con mayor nitidez, en la medida de lo posible, la argumentación que llevan a cabo los jueces.⁸⁷²

4.1.1. La argumentación jurídica legislativa.

Este sector ha sido poco explorado desde el punto de vista doctrinal, pero es indudable su importancia atendiendo, entre otros factores, a que los discursos pronunciados en las *asambleas* constituían uno de los tres géneros discursivos de la antigüedad, precisamente

⁸⁷² Si bien el esquema que proponemos podría ser identificado en cierto modo con la división tradicional, tripartita y formal de las funciones del Estado, consideramos necesario mencionar que estamos conscientes de que el criterio material de los actos de los órganos del poder también es relevante y que lleva a concluir que cada uno de los órganos, en ciertos casos y con determinadas condiciones, realiza actos materialmente legislativos, administrativos o jurisdiccionales. En estos casos, habría que tomar en cuenta las pautas aplicables al carácter de la argumentación que realicen.

el género *deliberativo*. Es precisamente este género el que coincidiría con la fase que Atienza denomina como *prelegislativa*, distinguiéndola de la propiamente *legislativa* que es de un carácter más técnico.

En opinión de Reyes Rodríguez, la etapa prelegislativa es donde las normas jurídicas adquirieron legitimidad y legitimación, y se abonó el terreno para hacerlas eficaces. Dicha etapa “abarca cuestiones relacionadas con la identificación de las necesidades de creación, reforma o adiciones a las instituciones formales; los procesos que prevalecen son los de consulta y negociación entre los diversos actores involucrados (públicos o privados), con lo que se pretende general un acuerdo acerca de fines dotados de sustento político”.⁸⁷³

La argumentación prelegislativa tendría un carácter marcadamente tópico o retórico, en el sentido de que parte por lo regular del problema, está inclinada al objetivo de la persuasión y por lo regular transcurre a través de debates desde distintas posiciones ideológicas y políticas. El carácter de los argumentos, tanto en su forma como en su contenido son múltiples y diversos, basta presenciar los debates de este tipo para darse cuenta que hacen poco eco de cuestiones técnicas y más bien se centran en resaltar lo apremiante de un determinado problema, las causas o culpables del mismo, la manera deficiente en que ha sido atendido o la poca o nula atención que ha merecido, las consecuencias funestas de no atenderlo desde el punto de vista normativo.

No se comete una exageración si se afirma que en muchas ocasiones no se trata de verdaderos debates (propios de la tópica), sino simples monólogos o mensajes políticos unidireccionales y cargados emotivamente (propios de la retórica), donde además juega un importante papel el género epidíctico para alabar a los propios y denostar a los contrarios y sus intenciones. Se trata también de encuentros donde los *lugares comunes* encuentran un amplio campo de aplicación.

Una obra que consideramos útil para entender cómo se desarrolla una argumentación prelegislativa, es la *lógica parlamentaria* de Guillermo Gerardo Hamilton, de origen

⁸⁷³ Rodríguez, Reyes. Teoría de la Legislación y Nuevo Institucionalismo, en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, número 13, México, ITAM-Fontamara, 2000, p. 199.

inglés, que propone un enorme catálogo de directrices y consejos sobre como vencer en un debate parlamentario, entre los que se entremezclan también un estudio sobre la retórica y su utilidad en estos casos.⁸⁷⁴ Dicha obra contiene un total de 553 pautas breves, como las siguientes:

IX

Cuando os favorezca, separad el *hecho* del *argumento*; cuando os perjudique, mezclad el hecho con el argumento. Por desprovista que esté de fundamento debéis apartar del debate toda aprensión de la cual creáis que sería muy desventajoso dejarla prevalecer.

LX

Cuando no tengáis razón, emplead expresiones amplias y generales (porque son equívocas), y multiplicad las divisiones y distinciones hasta lo infinito.

CCLXXIII

Cuando es absolutamente imposible justificar a una persona ó un acto sin prestarse al ridículo, sólo os queda un recurso: atenuar la falta cometida, demostrar luego que el error no fue tan grave como se pretende, y que no por haber dejado de ser bueno el motivo era tan malo como se había supuesto.

CCCVIII

Si os proponéis reglamentar ó restringir alguna cosa, vuestros adversarios razonarán (y es hábil proceder así) como si tuvieseis intención de destruirla.

DXL

En todos los asuntos, pero principalmente en los relativos a la Constitución, consultad, no sólo los autores conformes con vuestras teorías, sino también y más que nada, los que defienden principios contrarios: una confesión hecha por éstos tiene gran peso.

⁸⁷⁴ Hamilton, Guillermo Gerardo. *Lógica Parlamentaria*, México, Fontamara, 1991

Lo que se aprecia, por lo menos en la realidad mexicana, es que por lo regular son pseudo debates, o monólogos con forma de debate, pues detrás de cada posición se aprecian en muchas ocasiones decisiones cupulares ya tomadas de antemano, que no prestan atención ni admiten la posibilidad de ser modificadas atendiendo a las razones del contrario, por lo que el resultado es *estéril* en términos de un debate que busca lo más verosímil o plausible.

La fase propiamente legislativa, que sigue a la anterior, se efectúa en torno a un texto con posibilidades de convertirse en derecho positivo. En este caso, el carácter del debate si bien no se despoja completamente de los puntos controvertidos de la fase previa, se inclina a discurrir sobre la congruencia que guardan los elementos de la iniciativa propuesta entre sí (cuestiones semánticas, sintácticas, gramaticales, entre otras), y con el resto del ordenamiento (cuestiones de constitucionalidad, contradicción normativa, posibles lagunas, ámbitos de validez, etcétera), se trata, pues, de *cuestiones lógicas y de técnica legislativa para asegurar la corrección jurídico-formal y lingüística del cuerpo normativo. El objetivo es la construcción de instituciones jurídicas congruentes y consistentes internamente y con el sistema jurídico al que se integran.*⁸⁷⁵

Podría incluso hablarse, así sea de forma tenue, de una argumentación post legislativa, en la que las cuestiones técnicas ya fueron dejadas atrás, pero que se concentra en la justificación o crítica de lo ya aprobado, y que se concentra sobre todo en las circunstancias que determinaron su aprobación o su rechazo (número de votación, abstenciones y votos en contra, los intereses últimos que jugaron para apoyar el sentido de los votos), así como las consecuencias que traerán consigo las nuevas normas. Dicha etapa, entonces, *abarca la evaluación de la adecuación de las normas al sistema jurídico; la observación de las finalidades incorporadas al texto legal, así como el cumplimiento de los objetivos para los cuales fueron elaboradas.*⁸⁷⁶

⁸⁷⁵ Rodríguez, Reyes. Teoría de la Legislación y Nuevo Institucionalismo, cit., p. 199.

⁸⁷⁶ Ibid., p. 201.

Respecto a la posible evaluación de los argumentos, para quien no es parte en el debate, es por lo regular a posteriori y sobre materiales audiovisuales o documentos escritos como son los diarios de debates y la exposición de motivos que acompaña a los cambios realizados. Si bien las propuestas, críticas y cambios son justificados por los legisladores en lo particular o en tanto grupo, en el transcurso de las etapas *pre* legislativa y propiamente legislativa, la justificación única, como órgano legislativo, es la plasmada como exposición de motivos que se hace pública conjuntamente con la publicación oficial de las modificaciones aprobadas.

Dicha exposición de motivos como texto argumentativo tiene por lo regular no una explicación técnica de los cambios, sino una narración sucinta y de tipo retórico sobre el problema, la importancia y necesidad de atenderlo, la idoneidad de las nuevas normas y los efectos que se espera que produzcan, no sólo se trata de dar a conocer los cambios, sino que los mismos sean considerados como oportunos y adecuados.

El producto de la actividad del legislador son normas, mas no narración o discurso; por lo que será la observancia del procedimiento previsto, el sentido de tales normas, su conformidad con estándares normativos superiores o su compatibilidad con otras normas de igual, menor o superior rango, lo que podría ser objeto de revisión judicial en un momento dado.

Tanto la producción, como la evaluación de argumentos en este campo, lleva implícita la idea de la existencia de una racionalidad legislativa, que en opinión de Atienza se expresa en cinco niveles o tipos diversos: 1) racionalidad comunicativa o lingüística (transmisión fluida del mensaje-ley al receptor), 2) racionalidad jurídico-formal (inserción armoniosa de la ley en un sistema), 3) racionalidad pragmática (adecuación de la conducta de los destinatarios a los prescrito por la ley), 4) racionalidad teleológica (alcanzar los fines socialmente perseguidos) y 5) racionalidad ética (justificación ética de los valores que subyacen a las conductas prescritas y a los fines).⁸⁷⁷

⁸⁷⁷ Atienza, Manuel. Contribución a una Teoría de la Legilación, Madrid, Civitas, 1997, pp. 27 y ss.

Resulta claro que cada uno de los niveles están vinculados y a su vez cuentan con sus respectivos parámetros, pero lo que aquí más interesa es la posibilidad de afirmar que en efecto existe una racionalidad legislativa y que esta es un presupuesto de la racionalidad en la aplicación del derecho.⁸⁷⁸ Para Francisco Javier Ezquiaga, la decisión del legislador de producir derecho debe ser justificada, toda vez que se concibe como una actividad racional orientada hacia objetivos.⁸⁷⁹

De acuerdo con dicho autor:

“... en general toda decisión del legislador susceptible de ser controlada por órganos judiciales (e incluso aquí la jurisdicción constitucional) deberá ser justificada a través de argumentos jurídicos: desde la finalidad perseguida con el acto legislativo manifestada, por ejemplo, a través de los debates parlamentarios, el preámbulo de las leyes o el conjunto de su articulado, hasta las reglas o enunciados elegidos para expresar las normas que se desean promulgar, para determinar su consistencia con los preceptos constitucionales.”⁸⁸⁰

Es esto precisamente lo que ha generado el denominado *postulado del legislador racional*, como una construcción dogmática que es de primera necesidad en el discurso jurídico y, en particular, en la justificación de la interpretación de las normas.⁸⁸¹ Dicha noción es un tipo de argumento al que se acude para evitar admitir: que el legislador dicta en ocasiones normas contradictorias, superfluas o incompatibles, o que carece de una voluntad única y coherente, que es mutable o inconsistente, entre muchos otros.⁸⁸²

4.1.2. La argumentación jurídica administrativa.

El caleidoscopio que representan las funciones y atribuciones de la administración hace difícil generar, por decirlo así, un *mapa* preciso de cómo se manifiesta la práctica de la argumentación en dicho ámbito. Sin embargo, desde la formulación misma de las

⁸⁷⁸ Atienza, Manuel. Contribución a una Teoría de la Legilación, cit., p. 99.

⁸⁷⁹ Ezquiaga, Franciso Javier. Argumentos Interpretativos y Postulado del Legislador Racional, en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, número 1, México, ITAM-Fontamara, 1994, p. 70.

⁸⁸⁰ Ibid., p. 71.

⁸⁸¹ Ibid., pp. 72 y ss.

⁸⁸² Ibid., p. 98.

políticas, hay evidencia de la existencia e importancia de la argumentación, aunque un tanto alejada del concepto de argumentación jurídica que utilizamos en esta investigación.

Para Giandomenico Majone, “los partidos políticos, el electorado, la legislatura, el ejecutivo, los tribunales, los medios de difusión, los grupos de interés y los expertos independientes intervienen en un proceso continuo de debate y mutua persuasión... que se inicia con la expresión de preocupaciones generales y termina en decisiones concretas” p. 35. De esta manera, *la argumentación es el proceso fundamental que siguen los ciudadanos y los gobernantes para llegar a juicios morales y a la elección de políticas.*⁸⁸³

No obstante lo anterior, haciendo un esfuerzo de abstracción y simplificación, en el campo específico de la administración, podemos dividir los actos de ésta –que son desde cierto ángulo la ejecución de las políticas públicas- en actos de regulación o creación de normativa secundaria (reglamentos), y de aplicación normativa (vía el ejercicio de potestades).

En este sentido, la argumentación jurídica tiene por objeto justificar regulación, cursos de acción, omisiones, actos, decisiones y sanciones administrativas en ejercicio de potestades de este tipo. Desde este punto de vista, la argumentación administrativa comparte ciertas características con la que se lleva a cabo en la fase *post* legislativa y también con la de carácter judicial por cuanto a la exigencia de justificación del acto administrativo.

Dicho de otra forma, el poder ejecutivo, al igual que el legislativo, también produce argumentos jurídicos, *lo hacen al ser tanto sujetos activos como pasivos en relación con el derecho; en efecto, ambos poderes deben, por un lado, adecuar su comportamiento a lo establecido por las normas jurídicas y, por otro, aplicar el derecho.*⁸⁸⁴

Por otra parte, la administración también aplica cotidianamente el derecho, resuelve conflictos y toma decisiones motivadas. De acuerdo con Javier Ezquiaga, *en esa medida,*

⁸⁸³ Majone, Giandomenico. Evidencia, Argumentación y Persuasión en la Formulación de Políticas, México, Fondo de Cultura Económica-Colegio Nacional de Ciencia Política y Administración Pública, 1997, p. 36.

⁸⁸⁴ Ezquiaga, Francisco Javier. Argumentos Interpretativos y Postulado del Legislador Racional, cit., p. 70.

*puesto que la actividad de la administración debe ser motivada en su mayor parte, y puesto que esa motivación debe realizarse siempre por referencia a normas jurídicas, cabría hablar de una argumentación jurídico-administrativa, en parte similar pero en parte distinta, de la argumentación legislativa y de la argumentación judicial.*⁸⁸⁵

En la elaboración de normatividad secundaria la administración no lleva a cabo, al menos de forma explícita, una fase *pre* legislativa como la que ya comentamos a propósito de la argumentación de este tipo, ni tampoco hay una fase deliberativa o de debate propiamente legislativo de carácter público y a los ojos de todos, por lo que la exposición de motivos (aunque en muchas ocasiones carece de ella), que acompaña a un reglamento y la justificación posterior a la emisión de este, son ejercicios argumentativos de carácter retórico, cuya finalidad es justificar la compatibilidad con la ley como ordenamiento superior, la idoneidad y acierto del nivel de detalle plasmado en la normatividad reglamentaria, el fin pragmático del reglamento a efecto de posibilitar la eficacia de la ley y la consecución de sus objetivos.

La sujeción *in toto* de la administración al derecho y al principio de legalidad en el ejercicio de sus potestades, genera una exigencia fuerte de justificar la calificación de hechos, acciones y decisiones que deben encontrar sustento en la ley, se trata en pocas palabras de lo que se conoce por *motivación* del acto administrativo. Cuando es el caso de sancionar o de adoptar una decisión ante dos posturas diferentes, la justificación de las decisiones administrativas no se aleja del modelo de la justificación de las decisiones judiciales y comparte su complejidad.

Habría aquí que señalar que existe diferencia entre lo que son los *motivos*, a los que hacen referencia García de Enterría y Tomás Ramón Fernández al señalar que “la administración no tiene otra actuación ni otra vida psicológica que la estrictamente legal, de modo que no puede haber para ella motivos impulsivos de su acción marginales al

⁸⁸⁵ Ibid., p. 72.

Derecho”,⁸⁸⁶ de lo que es la *motivación* como “hacer públicos mediante una declaración formal, los motivos de hecho y de derecho en función de los cuales ha determinado sus actos”.⁸⁸⁷

Los autores referidos señalan que la *legalización* de la justicia, impuesta por la Revolución francesa, concluyó por imponer como garantía inexcusable la necesidad de motivar las sentencias a efecto de que *apareciesen como una particularización racionalizada del mandato general de las leyes y no como una simple decisión imperativa y voluntarista*,⁸⁸⁸ la misma consecuencia se generó en el campo de la administración, en el que la motivación del acto administrativo significa *reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge*.⁸⁸⁹

Los argumentos en estos casos están dirigidos a justificar la congruencia la decisión con el ordenamiento o que el curso de acción adoptado es el idóneo y eficaz, con miras a los fines previstos en las normas y en ejercicio de potestades fundadas jurídicamente. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la argumentación producida por la administración es susceptible por lo regular de ser analizada y calificada en su adecuación o conformidad con la ley y, en último grado, con la Constitución, ya por autoridades administrativas de ulterior jerarquía o por los jueces ordinarios, especializados o constitucionales, según corresponda.

La argumentación administrativa tampoco ha sido objeto de estudios abundantes y sin duda es un campo que requiere mayor atención por parte de la doctrina, en virtud de las amplias áreas reguladas y controladas por la administración, que inclusive en muchas ocasiones, por falta o dificultad de impugnación adecuada, no llegan a conocimiento

⁸⁸⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo I, 12 edición, España, Thomson-Civitas, p. 560.

⁸⁸⁷ Id.

⁸⁸⁸ Ibid., p. 570.

⁸⁸⁹ Ibid., p. 570.

judicial, quedando la argumentación ofrecida, así se insuficiente, como la que “justificación” oficial y determinante.

En un interesante trabajo de Heraclia Castellón sobre las formas y uso del lenguaje administrativo, señala que en los textos que formulan las autoridades de este tipo “el mensaje que se ordena tiene su propia justificación, es una decisión que se plantea de un modo razonado, con la pretensión de promover en el destinatario la convicción de la lógica propia del mensaje, y de que actúe por ello en consecuencia, según se le demanda”,⁸⁹⁰

El lenguaje administrativo, que es vehículo de la justificación, no es por lo regular un modelo a seguir en cuanto a claridad y llaneza, por el contrario, se trata muchas veces de textos con un lenguaje obscuro y enrarecido, lo cual afecta a su rendimiento comunicativo y, en el terreno jurídico, a su eficacia.⁸⁹¹ Algunos de los defectos de dicho lenguaje son:⁸⁹² Exceso de tecnicidad; está afectado por el enorme peso de la tradición que en ocasiones lo convierte en arcaico y difícil de cambiar; la extrema longitud del periodo oracional; tiende fácilmente al rodeo y la abundancia de términos superfluos; es por lo regular redundante e incurre en circunloquios que en ocasiones se llevan al absurdo.

Estos factores implican que si bien existe la argumentación administrativa, la misma no está exenta de ser una tarea que en el ámbito de la propia administración ha merecido poca atención, en cuanto a las necesidades de su perfeccionamiento.

4.1.3. La argumentación jurídica forense.

Esta es la que producen principalmente los abogados en su faceta de defensores o litigantes, pero también está presente en otras áreas en que se desarrolla la actividad del ejercicio de la abogacía. Este tipo de argumentación tiene lugar en procesos, quejas administrativas, peticiones internacionales y en general en todo procedimiento

⁸⁹⁰ Castellón Alcalá, Heraclia. *El Lenguaje Administrativo, formas y uso*, Granada, Editorial La Vela, 2001. p. 166.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 261.

⁸⁹² *Ibid.*, pp. 260 y ss.

declarativo, *cuasi* o plenamente contencioso, con el fin de obtener la satisfacción de su pretensión o una decisión favorable a los intereses que representan.

El objetivo que mueve a este tipo de argumentación es ante todo la búsqueda de la persuasión del órgano de decisión, por lo regular, el ejercicio argumentativo en estos casos puede desarrollarse con mayor libertad en cuanto a los recursos utilizados, aún cuando existen diversas formalidades previstas sobre todo en las leyes de procedimiento, acerca del contenido de los argumentos en cada etapa o posición que se ocupe en el litigio, con relación al soporte de los argumentos o medios de prueba y también sobre las etapas y los tiempos en que se deben agotar éstas.

Este tipo de argumentación no impide el uso de recursos emotivos, de argumentos de autoridad o consecuencialistas, pues lo que se busca es que el órgano decida como se pretende, no importa que esto sea en nombre de la justicia en el caso concreto, por evitarse mayor trabajo o por no incurrir en un posible escenario de responsabilidad.

En casos de litigio o controversia, el órgano de decisión tiene por lo regular ante sí dos narraciones que se afirman simultáneamente como las correspondientes con los hechos y a las que sustenta el derecho, esto implica que la argumentación tiene que ver precisamente con los hechos y con la existencia y el sentido del derecho, así como también puede versar sobre las reglas mismas del procedimiento. La garantía de las narraciones de las partes con relación a la *verdad histórica* de lo ocurrido, la constituyen la solidez e idoneidad de los medios de prueba directos o indirectos en los que se apoyen.

La argumentación de carácter forense tiene un gran componente de tópica y de retórica, la primera para atacar la posición del contrario y la segunda para apoyar sus propias pretensiones; el discurso así producido debe ser considerado por el Juez u órgano de decisión, a quien corresponde delimitar la *litis*, calificar los hechos, determinar el derecho aplicable, valorar los elementos de convicción y adoptar la decisión correspondiente.

Este tipo de argumentación ha merecido reflexiones de diversa índole en la literatura jurídica, tanto desde el punto de vista descriptivo como prescriptivo, por lo regular se trata

de consejos sobre la persuasión o estrategias para la formulación y presentación de argumentos convincentes, que terminan siendo un elenco de consejos y estrategias suasorias que van desde la formulación del discurso, sus partes y elementos, hasta la expresión oral o escrita y la comunicación no verbal.⁸⁹³

Lee Bailey hace una gradación de las diversas actividades del abogado a modo de una pirámide y sitúa en la cúspide al abogado litigante, una de cuyas cualidades principales debe ser definitivamente el uso adecuado y efectivo del lenguaje, *el abogado que tiene pleno dominio del lenguaje aventaja a cualesquier oponentes menos talentosos; ya que su principal herramienta es el idioma de la persuasión.*⁸⁹⁴

Dicho autor dedica un capítulo completo de su obra *Cómo se Ganan los Juicios, el Abogado Litigante*, precisamente al dominio del lenguaje oral y escrito,⁸⁹⁵ en el cual aconseja evitar la redundancia, la verbosidad y el lenguaje rebuscado, especialmente en los argumentos escritos. Además, sugiere no perder de vista la elocuencia y la importancia de tener presente el tipo de auditorio frente al que emite su mensaje.⁸⁹⁶

Los consejos de Bailey es una puesta en práctica de la retórica y de las partes del discurso, y afirma a manera de motivación a sus lectores: “Supongamos que usted, al seguir los consejos que le había dado, aprendió a hablar fluida y pulidamente y llegó a agudizar su memoria; está usted listo para poner en juego todas sus facultades, salir a la escena y recibir el aplauso cuando cae el telón. Ha terminado su tarea: la de *persuadir*”.⁸⁹⁷ En la etapa de apelación señala dicho autor que los jueces en dicha instancia “saben leer y no necesitan que usted les lea su informe. En vez de ello, empiece con un resumen muy

⁸⁹³ Pueden consultarse a este respecto, Osorio, Angel. *El Alma de la Toga*, 4ª edición, Madrid, editorial Losada, pp. 68-77; Calamandrei, Piero. *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*, México, s.e., s.a., pp. 48-74; Molierac, J. *Iniciación a la Abogacía*, 3ª edición, México, Porrúa, 1990. pp. 115-208.

⁸⁹⁴ Lee Bailey, F. *Cómo se Ganan los Juicios, el abogado litigante*, Limusa-Noriega Editores, 1992, p. 34.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, pp. 49-68.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, pp. 61-63.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 190.

condensado del mismo y luego dedíquese a persuadir, persuadir y persuadir. Sea un verdadero abogado: su objetivo es convencer.⁸⁹⁸

Con estos pequeños fragmentos queremos destacar solamente que en efecto, la persuasión es la guía en el abogado litigante, si ella se logra usando argumentos de tipo lógico formal: bien, pero también puede conseguir su objetivo si logra identificando las falacias en que puede incurrir el contrario o, inclusive, haciendo persuasivas las propias.

Clarence Morris en su obra *Cómo Razonan los Abogados*, utiliza aunque no lo señala expresamente el modelo de la Tópica propuesto por Viewheg, y afirma que los abogados buscan la solución de problemas y es precisamente de estos que deben partir. El lenguaje es una de las cuestiones que destaca, pero sobre todo su obra se centra en explicar cómo la lógica formal o *razonamiento reflexivo* en muchos casos es insuficiente en el ámbito jurídico para la solución de problemas; para dicho autor, en consecuencia, los procesos para resolver problemas jurídicos no pueden describirse ni en términos de lógica inductiva, ni de lógica deductiva, ni en términos de una combinación de ambas.⁸⁹⁹

François Martineau, quien hace una exposición de las partes del discurso sobre elementos tomados de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano, afirma que el abogado tiene por obligación *poner en valor sus ideas fuertes, de subrayar los hechos esenciales, de ser claro y sobre todo de dar al magistrado todas las razones de admitir el punto de vista presentado. Conviene recalcar que lo que es verdad en el alegato lo es aún más en los escritos por los cuales el juez debe de encontrar la confirmación de la buena impresión producida en la audiencia.*⁹⁰⁰

La literatura norteamericana es prolija sobre obras en materia de persuasión en el ámbito jurídico,⁹⁰¹ cuyos esquemas incluso son trasladados después por los autores a los ámbitos

⁸⁹⁸ Ibid., p. 212.

⁸⁹⁹ Morris, Clarence. *Cómo Razonan los Abogados*, 2ª edición, México, Limusa-Noriega Editores, 1991, p. 53.

⁹⁰⁰ Ibid., p. 12.

⁹⁰¹ Como ejemplo de esto podemos señalar la obra de Bryan A. Garner. *The Winning Brief, 100 tips for persuasive briefing in trial and appellate courts*, Estados Unidos de America, Oxford University Press,

de la vida cotidiana,⁹⁰² pero también podemos encontrar buenos ejemplos en otras latitudes.⁹⁰³

En este sector de la argumentación jurídica forense es donde adquiere verdadero sentido la afirmación de Manuel Atienza, en el sentido de que lo que define mejor a un buen abogado es su capacidad argumentativa y persuasiva. Dicha capacidad tienen un fuerte componente en la correcta y hábil utilización del lenguaje, la elocuencia, saberse expresar y hacerse entender apropiadamente; la carga emotiva positiva o negativa de los términos utilizados a efecto de minimizar o desvanecer los errores propios y maximizar los ajenos; saber discernir entre qué argumentos van primero y cuáles después; el conocimiento del derecho, de los defectos en su formulación, de lo que dice, pero también de lo que calla, y en general, para cuestionar una palabra, un párrafo, un precepto, el capítulo de una ley, la ley misma o incluso, si es necesario, todo el ordenamiento.

Las diversas áreas o ramas del ordenamiento por supuesto requieren una estrategia de argumentación específica, no es lo mismo, por ejemplo, hacer valer una pretensión civil, que resistir una acusación penal o impugnar la inconstitucionalidad de una ley, aunque la forma de los argumentos pueda ser la misma: entimemas, ejemplos, analogías o reducciones al absurdo, entre otros. Cabe señalar que además de producir argumentos, el abogado debe ser capaz de identificar el razonamiento defectuoso, las llamadas falacias, no sólo del contrincante, sino también de los órganos de decisión.

No cabe duda de que la formación del abogado en general, inclusive por supuesto los de carácter previo a los estudios universitarios, juega un papel decisivo en el desempeño argumentativo inherente a la profesión, pero parece ser que no es un tema que preocupe seriamente, lo cual es lamentable pues tiene como consecuencia demeritar el nivel del debate jurídico y dificultar la labor de los operadores del Derecho (también faltos de

1999. Dicha obra lleva paso a paso en por las diversas etapas y estrategias de elaboración de documentos ante órganos jurisdiccionales, que estén no sólo bien escritos, sino que sean además persuasivos.

⁹⁰² Véase a este respecto el best-seller de Gerry Spence. *How to Argue and Win Every Time*, Nueva York, St. Martin's Griffin Edition, 1996.

⁹⁰³ Tal es el caso de la obra de Alberto Vicente Fernández. *Arte de la Persuasión Oral, Teoría y Práctica de la Comunicación por la Palabra*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

preparación en ocasiones), además de ser un factor que afecta en último grado al desarrollo y eficacia de éste.

Por último, habría que comentar que este sector es precisamente donde inició hace más de veinticuatro siglos el desarrollo de la retórica jurídica, a que hemos hecho alusión en otras partes de nuestra investigación.

4.1.4. La argumentación jurídica mediática y popular.

Cuando los fenómenos jurídicos son analizados fuera de los tribunales, de los órganos legislativos o los administrativos, encontramos este tipo de argumentación por lo regular no especializada ni suficientemente informada, pero que conforma la opinión general o común acerca de un asunto jurídico determinado.

Los medios de comunicación, cuando tienen posibilidad de desarrollar sus actividades en un régimen amplio de libertades, en ocasiones se ocupan de dar seguimiento descriptivo o también crítico a las actividades de los órganos del poder. Si bien entre los medios de comunicación (prensa, radio, televisión, INTERNET) se pueden identificar *tonos* y *colores* y en general *estilos* en la manera en que comunican, no cabe duda que su actividad es en parte de carácter retórico-argumentativo.

La retórica y la argumentación en general debe ser parte importante de la formación de los comunicadores.⁹⁰⁴ quien se ha ocupado del tema desde al análisis de textos, señala que la noticia es discurso y afirma lo siguiente:

De manera parecida al estilo, la retórica del discurso tiene que ver con el modo en que decimos las cosas. Pero, dado que el estilo periodístico se halla muy limitado por diversos factores contextuales procedentes del público “massmediatizado” y la naturaleza formal de las noticias, el uso de estructuras retóricas en la noticia depende de los objetivos y los efectos buscados por la comunicación.⁹⁰⁵

.....

⁹⁰⁴ Van Dijk, Teun A. La Noticia como Discurso, comprensión, estructura y producción de la información, Barcelona, Ediciones Paidós, 1990, pp. 123-138.

⁹⁰⁵ Ibid., p. 123.

También queremos que él o ella [oyente o lector] acepten lo que decimos, es decir, crean en nuestra afirmación, realicen las acciones requeridas y ejecuten nuestras órdenes. En la jerga pragmática tradicional, nuestros actos de habla no sólo deben desempeñar funciones ilocutivas sino también efectos perlocutivos. En términos retóricos o del estudio de la comunicación del habla, esto significa que nos hallamos implicados en un proceso de persuasión.⁹⁰⁶

.....

... la mayor mayor parte de la información *utilizada* para escribir un texto periodístico ingresa en forma discursiva: los reportajes, las declaraciones, las entrevistas, las reuniones, las conferencias de prensa, otros mensajes de los medios, los comunicados de prensa, los debates parlamentarios, los juicios en los tribunales, las documentaciones policiales, etc.⁹⁰⁷

Si bien lo deseable son medios de comunicación que estén a su vez bien informados y que sus mensajes sean claros, documentados y sobre todo veraces, máxime en un área con un lenguaje altamente técnico como es el del Derecho, esto en ocasiones no ocurre así, lo cual puede generar diversas *versiones* de un mismo tema o asunto, opiniones en ocasiones encontradas entre los diversos sectores de la sociedad. Cuando el tema de la noticia es en esencia jurídico, se requiere de comunicadores con un mínimo de cultura jurídica, con conocimientos básicos del sistema, las competencias y el funcionamiento de los operadores del Derecho.

Los medios hablados o impresos pueden tener un papel positivo en el *control* y *evaluación* del discurso de los operadores jurídicos, trátase de leyes, acciones administrativas o decisiones judiciales, pues los órganos del estado también deben ser capaces de justificar su actuación ante la sociedad y uno de los caminos es precisamente su respuesta a los cuestionamiento de los medios informativos. En contrapartida, los medios de comunicación no deben actuar en un ámbito de irresponsabilidad informativa, pues las distorsiones que pueden generar inciden en la percepción de la sociedad e incluso pueden llegar a dividir a ésta y enfrenar a los sectores que la componen, en este sentido habría que lograr una nítida distinción entre lo que se considera *opinión* y lo que

⁹⁰⁶ Ibid., p. 124.

⁹⁰⁷ Ibid., p. 141.

constituye por otra parte *información*, así como establecer un marco de responsabilidades jurídicas que sirva de contención o frontera a la libertad informativa.

La transparencia y la satisfacción del derecho a la información, tiene asignado también un rol importante para tener una sociedad al tanto de los acontecimientos, lo cual por otra parte es un elemento legitimador de las acciones gubernamentales. Los órganos del poder deben tener la capacidad de modular o despojar sus mensajes del lenguaje técnico, para que los mismos lleguen a los diversos sectores de la sociedad y no sólo a los que posean conocimientos especializados.

Al insumo de los medios de comunicación y de los operadores jurídicos, habría también que mencionar el de especialistas de otras disciplinas no jurídicas, como son economistas, sociólogos, politólogos, entre otros, que por lo regular a través de los medios aportan puntos de vista o perspectivas de la incidencia de temas jurídicos. Todos estos elementos van conformando las diversas corrientes de opinión sobre el fenómeno jurídico “desde fuera” o lo que se conoce bajo la denominación genérica de “opinión pública”.

Esto es de tal manera relevante y de tal magnitud, que en ocasiones puede llevar a resultados no deseables, como sería despojar a las instituciones de la legitimidad última para tomar “decisiones” definitivas, sobre los asuntos de tipo jurídico y trasladarlas al *querer y sentir* de la opinión pública o, en el peor de los casos, a la opinión *encuestada*. En estos casos se corre el riesgo de que las instituciones oficiales decidan o justifiquen su actuación no en virtud del ordenamiento, sino atendiendo a factores de popularidad o de preferencias generadas por los medios.

El control de la validez o solidez en general de los argumentos mediáticos y populares en temas jurídicos, es verdaderamente difícil de llevar a cabo, sobre todo cuando se entremezclan con creencias, cuestiones de fe, o ideológicas, ya que no puede existir una contra argumentación que convenza de lo contrario, el diálogo es casi nulo en estos casos y lleva a la existencia de *versiones* no sólo diversas, sino encontradas o contradictorias.

Para efectos de nuestra investigación, basta en este caso dejar en claro que los medios de comunicación y la población o sectores de ésta, también generan argumentos sobre temas jurídicos y que dichos argumentos son producto a su vez de ejercicios retóricos desde los medios o desde el poder, pero indudablemente sus efectos tienen impacto en la idea generalizada que se tiene una sociedad sobre el Derecho y sus instituciones, así como en el logro pragmático de su eficacia.

4.1.5. La argumentación jurídica en el estudio y la enseñanza del derecho.

Con el fin de exponer las líneas generales de este punto, nos proponemos desarrollarlo desde tres ángulos diversos. El primero de ellos es la enseñanza de la argumentación jurídica; el segundo, la argumentación jurídica en la enseñanza e investigación del derecho y el tercero la teoría del derecho desde el prisma argumentativo.

Con respecto al primer punto, podemos traer a colación la afirmación del Manuel Atienza en el sentido de que lo que define mejor a un buen jurista, es su capacidad para producir argumentos. Si esto es así, de lo cual estamos convencidos, resulta paradójico que en la formación usual de los estudiantes de derecho, no se les imparta como asignatura obligatoria la de argumentación jurídica, ni siquiera un curso de argumentación en general. Actualmente, es hasta los estudios de postgrado –y de eso no hace muchos años– que uno tiene un primer acercamiento serio del estudio de la argumentación en el campo del Derecho. Un estudiante que no sabe argumentar es un individuo sin juicio crítico, que tenderá a la repetición ciega de lo que se le dicta a modo de autoridad, incapaz de defender inclusive causas propias y mucho menos ajenas.

Esto resulta preocupante, pues como se tuvo oportunidad de apreciar en los capítulos precedentes de esta investigación, la retórica nació de la mano del derecho y tiene muchos siglos de presencia y evolución y, por otra parte, las teorías de la argumentación más difundidas datan de la década de los años cincuenta y sesenta, al igual que los estudios sobre lógica jurídica.

La enseñanza de la argumentación jurídica no sólo es útil para formar abogados avezados en el arte del diálogo y la persuasión, sino que consideramos también las siguientes ventajas:

- Serviría para elevar el nivel del discurso jurídico en todas las áreas de su incidencia.
- Permitiría la evolución del derecho a fin de adaptarlo a nuevas situaciones, gracias a que sus alcances e insuficiencias se verían evidenciadas.
- Se aminorarían los efectos del formalismo extremo en la aplicación de la ley, en virtud de la dinámica de la argumentación para considerar diversas posibilidades en un caso concreto.
- En los litigios habría mayores posibilidades de entrar en el área del debate argumentativo, que continuar con las prácticas nocivas de “inventar” pruebas y distorsionar los hechos, generadas en ocasiones por la propia incapacidad de los abogados litigantes para convencer argumentando.
- La justificación de las decisiones de la autoridad, tendería a ser más abundante y técnica, en lugar de árida y escasa.
- La doctrina jurídica también se vería enriquecida, al contarse con las herramientas indispensables para la crítica que proporciona la argumentación.

Si bien la formación en la argumentación debe iniciar, así sea de forma incipiente, en las etapas previas a los estudios universitarios, consideramos que un buen programa a nivel licenciatura debería contener una materia general, que abarque temas como retórica jurídica, análisis del discurso jurídico oral y escrito, introducción a las teorías de la argumentación jurídica, la elaboración de textos y mensajes a través de argumentos, falacias y prácticas del uso de la argumentación.

Esto por supuesto debe estar apoyado por una planta docente especializada y no improvisada, que requiere a su vez una preparación dedicada y sólida, pues de otro modo la argumentación se convertirá en lugar de una técnica para la solución de problemas a través del uso de la palabra y la razón, en simple verborrea y argucia legal, en una argumentación que destruye y nada aporta.

El segundo punto de este apartado –la argumentación jurídica en la enseñanza del derecho–, está estrechamente vinculado con el párrafo anterior y se refiere a la capacidad argumentativa de los docentes de derecho en general y el excesivo uso acrítico del argumento de autoridad. La capacidad docente por supuesto está vinculada a la habilidad argumentativa, es bueno por supuesto contar en cada disciplina con autores que hagan las veces de “faros” o guías, pero seguir ciegamente su camino es detener la *huella del hombre*.

Consideramos que la enseñanza a través de cátedras unidireccionales y a manera de discurso a un auditorio pasivo, en lugar de a sujetos pensantes, críticos y participativos, ha generado llevar al extremo al argumento de autoridad y a la incapacidad creativa para la solución de problemas. Esto no significa desaparecer ese método de enseñanza, pero sí enriquecerlo con otro tipo más abierto a la discusión de las ideas, donde el alumno genere la capacidad para identificar argumentos, para evaluarlos de forma crítica y pueda también formular contra argumentos, detectar falacias o, en su caso, dar por acertados y convincentes a los que se le presentan.

Una de los métodos de enseñanza alternativos, que se están difundiendo actualmente, es la que tiene como base el análisis de casos o sentencias, esto por lo menos hacer partir el análisis de problemas vivos, concretos, en los que el texto de las leyes muestra su verdadero rostro y eficacia. Este método, al igual que otras técnicas modernas de docencia aplicables al derecho, son una alternativa a la cátedra tradicional, que fortalecerían además la capacidad argumentativa del docente y del alumno.

Lo apuntado respecto a la enseñanza del derecho también aplica a las tareas de investigación, pues consideramos que la formación básica de la argumentación jurídica en esta tarea no sólo mejora la capacidad comunicativa oral o escrita, sino que acercarse a los materiales jurídicos y de otro tipo que nutren las labores de investigación con un ánimo *argumentativo*, es decir, con miras a identificar argumentos, criticarlos de manera informada y justificar los propios, puede producir mejores resultados abiertos al escrutinio público, especializado o no.

Al investigador jurídico no deben sólo importarle los resultados *duros* de su trabajo, sino que los mismos sean asequibles a sus destinatarios principales y a quienes quieran tener acceso a ellos desde otras disciplinas o áreas. En estos casos la retórica tiene plena aplicación, a efecto de que dichos resultados se adapten al auditorio y su fuerza persuasiva se maximice, lo cual contribuirá a que las soluciones propuestas a los problemas abordados, muevan a la acción efectiva en el sentido propuesto.

Sin pretender haber más que apuntado la relevancia de la enseñanza de la argumentación jurídica, así como el papel de ésta en la docencia y en la investigación del Derecho, abordaremos el tema de la vinculación entre la teoría del derecho y la disciplina apuntada, en otras palabras, el Derecho como argumentación.

Apoyándonos en lo desarrollado en los capítulos precedentes, no queda duda que la argumentación presta muchos servicios al Derecho y éste, a su vez, es un escenario propicio para la argumentación. Las diversas teorías descriptivas y prescriptivas que hemos reseñado acerca de la argumentación jurídica son constancia de un nuevo enfoque en los estudios acerca del Derecho; no se trata de una simple aplicación de reglas técnicas para formular y evaluar argumentos, sino incluso de una nueva concepción acerca del Derecho.

Se trata en principio de una consideración de los materiales jurídicos como discursos argumentativos, de la función de los operadores jurídicos como productores de justificaciones a base de argumentos, de la reducción del papel que normalmente se ha

dado a la lógica en el campo jurídico y del Derecho mismo como narración⁹⁰⁸ y, en último grado, como argumentación.

El principal impulsor de esta nueva perspectiva ha sido Manuel Atienza, quien afirma que el enfoque del Derecho como argumentación, se suma a los ya tradicionales de carácter estructural, sociológico y valorativo que se han utilizado para explicar el Derecho o algunas de sus facetas. En palabras del propio autor señalado:

“La posibilidad de un cuarto enfoque consiste en ver el Derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentidos a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el Derecho como argumentación.”⁹⁰⁹

El enfoque propuesto por Atienza parte de que la sociedad se ve enfrentada a una serie de problemas y conflictos que requieren el uso de instrumentos jurídicos. El Derecho tienen presencia en diversas fases, etapas y escenarios del conflicto, y se manifiesta precisamente a través de la argumentación, como la expresión del trabajo de los órganos legislativos, administrativos, jurisdiccionales o de los aportes de la doctrina al trabajo de éstos.⁹¹⁰

La complejidad que significa dar cuenta del camino por el que transcurre la sociedad para la solución de problemas a través del derecho y sus distintos actores, hace necesario contar con una teoría y filosofía del Derecho que permita *ofrecer una visión de conjunto de todo este complejo panorama y de guiar, de alguna forma, el funcionamiento de las anteriores instancias. Se necesita, por ejemplo, aclarar qué significa argumentar, en qué consiste motivar una decisión, cómo pueden evaluarse los argumentos, etc. La filosofía del Derecho, desde esta perspectiva, tiende a identificarse con la teoría de la argumentación jurídica*⁹¹¹.

⁹⁰⁸ Ver Calvo, José. Derecho y Narración, materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho, Barcelona, Ariel, 1996.

⁹⁰⁹ Atienza, Manuel. El Sentido del Derecho, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003, p. 252.

⁹¹⁰ Ibid., pp. 252-253.

⁹¹¹ Ibid., pp. 254.

Esta afirmación sirve de punto de arranque a Atienza para dar respuesta a los planteamientos señalados,⁹¹² para lo cual remitimos al apartado correspondiente en que analizamos sus aportaciones a la argumentación jurídica.

En una línea similar a la marcada por Atienza, encontramos la obra de Jaime Cárdenas recientemente publicada en México, en cuya introducción afirma que el Derecho es un fenómeno complejo y que *la argumentación que de las distintas piezas del derecho en su relación con el contexto social, económico y político se hace, constituye una expresión clara de que el derecho de nuestros días es sobre todo argumentación.*⁹¹³ Más adelante en su obra dicho autor analiza diversas teorías del derecho clásicas y contemporáneas – Kelsen, Hart, Dworkin, Alexy y Ferrajoli-, bajo la premisa que cada una de ellas influye en un determinado modelo de argumentación, interpretación y aplicación del derecho.⁹¹⁴

En la actualidad, toda explicación teórica del derecho, para ser completa, debe hacer referencia al modelo de interpretación del mismo y a los elementos que proporciona para la justificación de las decisiones basadas en dicho modelo. De acuerdo con Cárdenas, *los modelos de derecho... conciben a la argumentación y a la interpretación desde la trinchera de las visiones previas, tanto ontológicas, epistemológicas o axiológicas. Si queremos entender qué tipo de argumentación hacemos debemos acudir al modelo jurídico que tenemos.*⁹¹⁵ El Derecho como argumentación se apoya en un modelo de derecho dinámico, vivo; no centrado exclusivamente en reglas o principios jurídicos.⁹¹⁶

Esta nueva forma de entender al Derecho como siempre en construcción, en constante reacomodo y vinculado a lo que invariablemente se pueda justificar por vía de la argumentación, pareciera traer una nueva etapa de caos y subjetivismo extremo, pero esto es sólo aparente pues la certeza del derecho ahora significará no que se produzca el

⁹¹² Ibid., pp. 254-271.

⁹¹³ Cárdenas Gracia, Jaime. La Argumentación como Derecho, México, UNAM, 2005, p. 1.

⁹¹⁴ Ibid., pp. 37 a 100.

⁹¹⁵ Ibid., p. 101.

⁹¹⁶ Ibid., p. 201.

resultado esperado, sino que, se utilice el camino adecuado: la lucha de las razones por vía de la argumentación.

El desarrollo sucinto que hemos presentado sobre la argumentación de acuerdo con el sujeto y el contexto en que se realiza, tiene por supuesto un sector faltante y que ocupa el lugar central de nuestra investigación, que es el de la argumentación judicial. A este análisis dedicaremos los siguientes apartados.

4.2. La aplicación judicial del derecho y la justificación de las decisiones judiciales.

4.2.1. Introducción.

La aplicación del derecho y en especial la que llevan a cabo los jueces en la solución de controversias, ha sido objeto constante de preocupación teórica. En dicha actividad se resume mucho de lo que una teoría del Derecho puede postular acerca de su concepto, interpretación y justificación, pues consiste en llevar el Derecho a su contacto con las relaciones sociales, con las personas a las que va dirigido, ya sea que estén éstas en posición de órganos de aplicación o de sujetos de los que derivan derechos, obligaciones, permisiones o prohibiciones.

Las ideas acerca de la aplicación judicial del Derecho han sido objeto de una constante evolución, que parte por lo regular del paradigma de la mera subsunción generado ideológicamente en la etapa previa a la Revolución Francesa, gracias sobre todo a las ideas de Carlos Luis de Secondant, Barón de Montesquieu, y de Juan Jacobo Rousseau que posteriormente a dicha etapa se expresó en normas jurídicas y en la práctica. Los esfuerzos doctrinales posteriores que se presentaron a fines del siglo XIX y hasta la primera mitad del siglo XX, se dirigieron a criticar dicho modelo y a ofrecer nuevas perspectivas acerca de cómo entender y aplicar el Derecho.

La segunda mitad del siglo XX, que coincide con los primeros años de la posguerra mundial, fue el escenario propicio para el surgimiento de nuevas corrientes que han puesto énfasis en la justificación de las decisiones judiciales, como el corolario definitivo

de la aplicación del derecho en el que se expresa la interpretación y calificación de los hechos y del derecho aplicable, así como del sentido de la decisión judicial.

En el presente apartado ofreceremos un panorama acerca de la evolución de las ideas más sobresalientes en torno a la aplicación del derecho y al razonamiento judicial, para después señalar de acuerdo con las posiciones teóricas de actualidad en qué consiste la aplicación judicial del derecho y las etapas que la conforman, especialmente la de justificación de la decisión. Esto nos proporcionará una base sólida para arribar a las reflexiones sobre la aplicación judicial de la Constitución y, en específico, el papel de la argumentación en este proceso.

4.2.2. La evolución de la concepción acerca de la función judicial.

4.2.2.1. El paradigma de la función judicial a finales del siglo XVIII en Francia.

La doctrina coincide en situar en Francia, a partir de la Revolución de 1789, el inicio de la concepción tradicional de la función judicial.

Durante el siglo XVIII, la función jurisdiccional en Francia se concentraba en el Monarca, que ante la imposibilidad de resolver todos los casos que le presentaban a través del reino, estableció dos clases de órganos subordinados: a) los *jueces*, que debían atenerse a la letra de la ley y a quienes, como ya señalamos, les estaba vedado interpretar; y b) los *Parlements* o *Tribunales de soberanía*, que representaban al Rey, los cuales llevaban a cabo funciones políticas y legislativas llegando a cometer grandes abusos, que de algún modo influyeron en el sentimiento de desconfianza hacia la figura del juez, que se manifestó a partir de la Revolución Francesa.⁹¹⁷

Carlos Luis de Secondant, Barón de Montesquieu, estableció los contornos del principio de División de Poderes -ya destacado por Locke desde el siglo XVII- en su clásica obra que lo inmortalizó *El Espíritu de las Leyes*, editada por vez primera en 1748. Las ideas

⁹¹⁷ Cfr. Dualde, Joaquín. Una Revolución en la Lógica del Derecho, (Concepto de la Interpretación del Derecho Privado). Barcelona, Librería Bosch. 1933, p. 27.

del Barón de Montesquieu influenciaron enormemente el pensamiento posterior a la Revolución Francesa y se llevaron a la realidad paulatinamente.

Por lo que se refiere al aspecto específico de la interpretación de las leyes y la función judicial, señaló Montesquieu la necesidad de una tajante separación del Poder Judicial respecto de los poderes Legislativo y Ejecutivo, asimismo, estableció los peligros de no contar con esa separación, he aquí su pensamiento: "*No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor*".⁹¹⁸ Sin embargo, el Barón de Montesquieu no sólo postuló la separación de los poderes, sino que declaró que el Poder Legislativo se encontraba sobre los Tribunales ordinarios⁹¹⁹ y que de los tres poderes *el de juzgar es casi nulo*⁹²⁰.

Para Carlos Luis de Secondant los integrantes del Poder Judicial no debían tener carácter permanente, debían ser cambiados periódicamente, "*pero si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas*"⁹²¹. Declaró además que el Poder Legislativo es elegido exclusivamente "*...para hacer leyes y para fiscalizar la fiel ejecución de las que existan; esto es lo que le incumbe, lo que hace muy bien; y no hay quien lo haga mejor*"⁹²², de esta forma revela la actividad que posteriormente realizara el Poder Legislativo, a través del Tribunal de Casación.

⁹¹⁸ Del Espíritu de las Leyes. Libro XI, Capítulo VI. 9a. ed. México, Porrúa, 1992. pp. 104-110.

⁹¹⁹ Al comentar que el cuerpo legislativo debe fungir como acusador en los casos de violaciones a los derechos del pueblo, en el terreno político, señala: "*El poder legislativo no puede ser más que acusador. ¿Y ante quién ha de acusar? ¿Habrá de rebajarse ante los tribunales ordinarios, inferiores a él, y que por esa misma inferioridad habrían de inclinarse ante la autoridad de tan alto acusador? No...*". Libro XI, Capítulo VI.

⁹²⁰ Libro XI, Capítulo VI.

⁹²¹ Id.

⁹²² Id.

La forma en que el Barón de Montesquieu concebía la función judicial quedó condensada en su lapidaria frase: "*los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma*".⁹²³

Posteriormente, en 1762, se publica *El Contrato Social*, obra de Juan Jacobo Rousseau, otro de los impulsores ideológicos del liberalismo. La noción de *voluntad general*⁹²⁴ constituye el punto central del pensamiento de Rousseau, quien señala: "*cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo*"⁹²⁵. Por este pacto social se da existencia y vida al cuerpo político y por medio de la ley se le dota de movimiento y voluntad.

Para Rousseau la ley es un acto que emana de la *voluntad general*, que no es otra más que la que el pueblo estatuye sobre sí mismo, de este modo, las leyes no pueden ser de ningún modo injustas ya que *nadie lo es consigo mismo*.⁹²⁶ En este sentido, considera que "*el legislador es, bajo todos conceptos, un hombre extraordinario en el Estado...*"⁹²⁷ y, por consiguiente, califica la función de legislar como superior.

Con respecto al sentido de la ley, concibe solamente que quien lo determine sea el legislador, ya que "*el autor de la ley sabe mejor que nadie cómo debe ser ejecutada e interpretada*"⁹²⁸. Este punto coincide con el pensamiento del Barón de Montesquieu.

La reacción contra todo lo que de alguna forma representaba el antiguo régimen, resultado de la Revolución Francesa, como *escenario histórico y político*; así como las ideas del Barón de Montesquieu sobre la división de poderes, aunado al pensamiento de Juan

⁹²³ Id.

⁹²⁴ La voluntad general a que alude Rousseau es distinta de la voluntad de todos, ésta no es otra cosa que la suma de voluntades particulares; en cambio, aquélla es la expresión de un sujeto colectivo, la comunidad, que atiende al interés común y se encuentra sobre cualquier voluntad particular.

⁹²⁵ *El Contrato Social*. Libro I, Capítulo VI. 3a. ed. México, Editores Mexicanos Unidos. 1985. p.48.

⁹²⁶ Libro II, Capítulo VI.

⁹²⁷ La del Legislador "*es una función particular y superior que nada tiene que ver con el imperio humano...*", Libro II, Capítulo VII.

⁹²⁸ Libro III, Capítulo IV.

Jacobo Rousseau sobre la voluntad general, ambos como el *ingrediente ideológico*, propiciaron la gestación del absolutismo de la ley y la omnipotencia del cuerpo legislativo, que substituyeron la otrora voluntad del Monarca.

A partir de entonces, se inició en Francia una constante ofensiva en contra del Poder Judicial a través de diversos decretos, con el objeto de evitar que invadiese la esfera celosamente protegida del legislador. El punto de partida de esta ofensiva fue el decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790 por el que se hizo realidad el principio de división de poderes, tal y como fue concebido por el Barón de Montesquieu, buscando obstaculizar las usurpaciones del Poder Judicial en la esfera del Legislativo (tit. II, art. 10); entre otras trascendentes cuestiones, reservaba exclusivamente a la Asamblea Legislativa la facultad de esclarecer el sentido de la ley (tít. II, art. 12), vedando así la participación de los jueces en dicha tarea.⁹²⁹

Con fundamento en el citado decreto se instituyó el *référé législatif* en sus dos modalidades, *facultativo* y *obligatorio*. En el primer caso, los jueces podían remitir al legislador las dudas que sobre determinada cuestión jurídica se desprendieran del texto de la ley, es decir, al juez sólo le estaba permitido sondear la necesidad de la interpretación, sin poder en absoluto intervenir en ella. En el segundo caso (*référé obligatorio*), se acudía al legislador obligatoriamente cuando de las sentencias de los jueces resultara un indudable conflicto, que mostrara un evidente vacío en la ley.⁹³⁰

La Asamblea Constituyente culminó la trascendente reforma judicial de 1790 con la creación del Tribunal de Casación⁹³¹ (decreto de 27 de noviembre y 1º de diciembre de 1790), que en sus inicios formó parte del Poder Legislativo como una prolongación del mismo, de manera que lo ubicó en un lugar superior al del Poder Judicial. Su función

⁹²⁹ Cfr. Geny, François. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo. 2a. ed. Madrid, Ed. Reus, 1925, p. 73 y ss.

⁹³⁰ Ibid. p. 74. Véase también Fix-Zamudio, Héctor. Breves Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional, en el volumen colectivo *La Jurisdicción Constitucional*. Costa Rica, Ed. Juricentro. 1993. pp. 91-92. Ibid. El Juez Ante la Norma Constitucional en la obra *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1993. p. 2.

⁹³¹ El artículo 1º del citado Decreto señalaba "*Se establecerá un Tribunal de Casación cerca del Cuerpo Legislativo*". Geny, François. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, cit., p. 76.

consistía en anular aquellas sentencias que implicaran una violación expresa al texto de la ley, sin intervenir en el fondo del asunto.

François Géný sintetiza la manera como funcionaba este sistema: *"la ley se impone a los tribunales, y debe bastarles para deducir el derecho, si los jueces que entienden en el fondo la desconocen abiertamente, el Tribunal de Casación está ahí para anular sus decisiones. Si a pesar de esa censura, persiste la resistencia de los tribunales ordinarios hasta el caso de requerirse una segunda casación, hay lugar a presumir que la ley es oscura o insuficiente en la materia litigiosa; el Tribunal de Casación entonces deberá suscitar una interpretación oficial y obligatoria por parte del Poder Legislativo, único competente para resolver todos los problemas jurídicos"*.⁹³²

Estos acontecimientos obligaron a los jueces a funcionar como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas y al mismo tiempo, con los *référé législatif* y el Tribunal de casación, se creó un sistema de estricta vigilancia para garantizar que los jueces no rebasaran la estrecha función que tenían encomendada.

Este pensamiento sobre la aplicación mecánica de las disposiciones legislativas por parte del juez, tuvo destellos en otras épocas y lugares, comenzando por Roma en donde Justiniano al declarar la perfección de su obra, prohibió cualquier comentario privado a la misma; en Austria, José II dictó una disposición de similar naturaleza; en Prusia, disposiciones análogas de Federico II limitaron en gran medida la actuación de los jueces, los cuales al encontrar alguna duda en la aplicación de la ley debían acudir al legislador, representado por una comisión permanente, para su interpretación.⁹³³ La misma prohibición de interpretar la ley se encuentra en las Partidas (ley 14, título I, Partida I) y

⁹³² Ibid., p. 79.

⁹³³ Ibid., p. 79; Stammerl escribe: "El Código nacional general prusiano de 1794 mantuvo esta peregrina institución, que no se suprimió hasta el año de 1798". El Juez, Tr. Emilio F. Camus, México, Editora Nacional, 1980, p. 101.

en la Novísima Recopilación (ley 3, título II, libro III), e iguales disposiciones dictaron los reyes Alfonso II y Jaime II, del reino Aragonés-Catalán- Valenciano.⁹³⁴

Si pudiera destacarse una consecuencia favorable del esquema de aplicación judicial del Derecho, derivado de la Revolución francesa, sería precisamente la del deber de *motivación* de las decisiones judiciales. En efecto, de qué otra manera podía controlar el Tribunal de Casación que las sentencias de los jueces fueran reflejo del texto expreso de la ley, si no era obligando a los propios juzgadores a exponer en sus sentencias cómo habían procedido en cumplimiento de su estricto mandato, a qué hechos habían aplicado las disposiciones de la ley y cómo es que éstas resultaban aplicables.

4.2.2.2. El impacto de las grandes codificaciones en el paradigma de la función judicial.

Esta fue la situación que imperó en Francia hasta comienzos del siglo XIX, a partir de entonces surgieron las grandes codificaciones, de entre las que destaca el llamado Código de Napoleón de 1804. Es también el inicio de la llamada Escuela de la Exégesis, resultado necesario de la codificación napoleónica⁹³⁵, que dominó la ciencia del derecho civil en Francia durante el siglo XIX, y cuyos postulados esenciales fueron: el culto a la ley, que equipara con el derecho positivo, la voluntad del legislador como pauta única de interpretación y, por consiguiente, la omnipotencia e infalibilidad del órgano legislativo.

Señala Bonnacase⁹³⁶ en un profundo estudio que realizó sobre la corriente exegética que "*jamás Escuela alguna, en el sentido científico del término, hizo una profesión de fe más rígida, más completa, más dogmática...*".

⁹³⁴ Cfr. Dualde, Joaquín. Una Revolución en la Lógica del Derecho, cit., pp. 27 y ss.

⁹³⁵ Con la expedición del Código Civil de 1804, y la subsecuente proliferación legislativa, se pensó que cualquier caso que pudiera presentarse en la realidad estaría necesariamente previsto por la ley, sin embargo, pronto se percatarían que las obras legislativas que consideraban magníficas, no podían prever las muchas situaciones que la realidad ofrecía.

⁹³⁶ La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil. Tr. José M. Cajica Jr. México. Ed. José M. Cajica, Jr. 1944. p. 29.

Esta corriente tuvo sus inicios en 1804 y su esplendor se dio aproximadamente de 1830 a 1880, fecha a partir de la cual se dejó sentir su decadencia, para dar paso a la Escuela de la Libre Investigación Científica, expuesta magistralmente por François Gény en su obra *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, aparecida en 1899, con la cual asestó un golpe mortal a la corriente exegetica.⁹³⁷

Los seguidores de la corriente exegetica consideraban que la Ley era la única fuente del derecho, sólo se habla de la Ley pues ésta equivalía al derecho positivo; se creyó ingenuamente que ésta otorgaría la solución a cualquier caso que pudiera presentarse, nada podía escapar a la misma. Es por eso que el culto al texto de la ley es el rasgo fundamental de esta Escuela. De acuerdo con sus postulados, los juristas debían necesariamente partir del texto de la ley y limitarse a este campo de acción.⁹³⁸

La consideración de la ley a manera de dogma incuestionable, la hizo parecerse a los teoremas de los que partía el razonamiento de las ciencias naturales y, en especial de las matemáticas, que utilizaba primordialmente la deducción de tipo lógico formal para arribar a sus conclusiones. Esto provocó que el razonamiento judicial siguiera dicho patrón y utilizara también los esquemas de la lógica formal, dando lugar al denominado silogismo judicial cuya premisa mayor está formada por las disposiciones legales (incuestionables y unívocas), la premisa menor por los hechos del caso concreto, y la conclusión por la aplicación de las consecuencias previstas en la disposición.

En los casos en que el texto de la ley no era lo suficientemente claro para permitir una adecuada deducción silogística, se utilizó a manera de justificación otra de las nociones características de la escuela de la exégesis: la voluntad de legislador. Se decía en ese

⁹³⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 36.

⁹³⁸ Para ilustrar este aspecto, Bonnacase cita varias de las célebres frases que algunos de los representantes de la Escuela de la Exégesis expusieron en sus obras y discursos: Bugnet decía "No conozco el Derecho Civil, sólo enseño el Código de Napoleón"; Laurent por su parte señalaba "Los Códigos, no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho... No es verdad que el papel de los jurconsultos se encuentra reducido; sólo que no deben tener la ambición de hacer el Derecho al enseñarlo, o aplicarlo; su única misión consiste en interpretarlo..."; Demolombe expresó "Mi divisa, mi profesión de fe, es la siguiente ¡Los textos ante todo!. *Ibid.* p. 140.

entonces que: "...un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que se considera traducida por aquél".⁹³⁹

Ante la imposibilidad de conocer en ciertos casos la voluntad real del legislador, los seguidores de la corriente exegética acudieron a otras estrategias como la noción de *voluntad presunta* del legislador y el análisis de los precedentes históricos. Como puede apreciarse, este escenario trajo consigo uno de los argumentos de autoridad que hasta la fecha han perdurado en el ámbito jurídico, y que consiste en hacer *hablar, justificar y razonar* a un legislador del pasado, con una voluntad única y apreciable de manera objetiva.

La infalibilidad del órgano legislativo y su función de vigilancia estricta de los jueces fue debilitándose de hecho, hasta perder completamente su vitalidad y eficacia práctica. Paralelamente a estos acontecimientos, se da una notable evolución del Tribunal de Casación, que por decreto de 1º de abril de 1837 se desprende del órgano legislativo, para funcionar en adelante de manera autónoma con el nombre de Corte de Casación, convirtiéndose así en el *vértice* de la organización judicial francesa⁹⁴⁰.

En este sentido, aún cuando la facultad de interpretar la ley fue asignada finalmente al juez -únicamente en los casos en que ésta no fuera clara- su función no dejó de ser secundaria en relación con la legislativa. La interpretación en esta etapa es simplemente la adaptación de un derecho ya creado por el legislador, quien además es el único capaz de conferir obligatoriedad a otras manifestaciones jurídicas distintas de la ley, como la costumbre y los principios generales del derecho;⁹⁴¹ esto convirtió al juzgador en un ser animado, por lo que respecta a la interpretación, pero estéril por cuanto a la creación del Derecho.

⁹³⁹ Ibid. p. 144.

⁹⁴⁰ Fix-Zamudio, Héctor. Breves Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional, en el volumen colectivo *La Jurisdicción Constitucional*. Costa Rica, Ed. Juricentro, 1993. p. 93.

⁹⁴¹ Id.

Los principios de la corriente exegética permanecieron vigentes hasta finales del siglo XIX, a partir de entonces, el edificio que soportaban comenzó a tambalearse, en parte por el enorme peso que sobre él ejercía la realidad y también por la enorme sacudida producida por las nuevas corrientes, entre las que se encontraban: la *Escuela Histórica del Derecho*, surgida en Alemania y encabezada por Federico Carlos de Savigny⁹⁴², la *Escuela de la Jurisprudencia Dogmática* representada por Rudolf Von Iering⁹⁴³, y principalmente por la obra de François Géný, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, que terminó por dejar únicamente escombros del monumental edificio exegético.

Géný puso en evidencia el error en que incurrieron los seguidores del método tradicional, al tener como válido el principio de que la ley podía proporcionar la solución a cualquier caso que pudiera presentarse; no obstante esto, aceptó que la interpretación debía ser exclusivamente la búsqueda de la voluntad del legislador.⁹⁴⁴ En este sentido, expresó: "*frecuentemente el legislador no puede sino determinar las líneas generales de un cuadro jurídico dado y debe dejar a la aplicación del derecho el cuidado de llenarlo según los detalles de los casos concretos*"⁹⁴⁵.

Para Géný, la interpretación de la ley consistía simplemente en encontrar el contenido de la voluntad legislativa, auxiliado primeramente por la fórmula que la expresaba.⁹⁴⁶ Sin embargo, ocurría frecuentemente que el pensamiento del legislador no estaba fielmente traducido en las palabras empleadas por él mismo, la fórmula aparecía oscura, incompleta, y por tanto, insuficiente para ofrecer la solución requerida.⁹⁴⁷ En este caso, las

⁹⁴² Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando. Los Sistemas de Interpretación, en *Revista de la Escuela de Derecho*. San Luis Potosí, México, Núm. 3, 1982, pp. 38-40.

⁹⁴³ *Ibid.* pp.40-43.

⁹⁴⁴ De acuerdo con la doctrina de Géný, se debe "*llevar hasta el último límite el desarrollo de la interpretación de las fórmulas legales, y de la investigación, por todos los medios, de la voluntad del legislador*". Geny, François. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo, cit., p. 26; en otra parte de su misma obra señala "*atendiéndome estrictamente a la realidad de las cosas, no admito como contenido legítimo de la ley, deducido por su interpretación, sino aquello que sus autores han querido y sabido expresar en su precepto*". *Ibid.*, p. 260.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 203

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 257

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 29

fuentes formales de derecho privado positivo constituían la más segura dirección al juez, pero cuando aquéllas eran silenciosas o insuficientes para mostrar la voluntad del legislador, había que acudir a lo que Géný denominó libre investigación científica,⁹⁴⁸ que el mismo describe en los siguientes términos: "*investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar*".⁹⁴⁹

De este modo, en defecto de la ayuda de las fuentes formales, las realidades objetivas que constituyen el derecho positivo (*elementos objetivos*) determinaban todas las soluciones que pudieran requerirse.⁹⁵⁰ Señaló Géný que no obstante la objetividad a que debe cernirse el juez al resolver los casos concretos, cuando colma las lagunas de las fuentes formales hace uso de la razón y la conciencia para hallar lo justo, de esta forma, las lagunas de las fuentes positivas llevan al juez a crear el derecho que la ley le rehúsa.⁹⁵¹

El reconocimiento de la presencia de casos concretos respecto de los cuales tanto la ley, como las demás fuentes formales del derecho positivo, no ofrecen una solución, constituye un primer momento en la gestación de la llamada integración jurídica, que en términos generales es la actividad a través de la cual se proporciona la solución de los casos no previstos por el orden jurídico.

No cabe duda sobre la decisiva influencia que el pensamiento de Géný ejerció en la evolución de la interpretación judicial del derecho y particularmente en la función de integración jurídica, que el juez realiza al colmar las llamadas *lagunas de la ley*; de esta forma, asignó al juzgador un lugar activo en la elaboración y el desarrollo del derecho.⁹⁵²

⁹⁴⁸ Ibid., p. 520

⁹⁴⁹ Ibid., p. 524

⁹⁵⁰ Ibid., p. 525

⁹⁵¹ Ibid., p. 550

⁹⁵² A este respecto Géný señala: "*la misión propia del intérprete, en vista de contribuir a la creación y al desarrollo del derecho, no puede aún actualmente ser negada o desconocida... el legislador mismo no estaría autorizado para restringirlo arbitrariamente.*" Ibid., p. 522

Estos aspectos, si bien constituyen un gran adelanto, no son el final de la evolución de la interpretación y de la función judiciales, ya que hasta aquí las actividades de interpretación e integración tienen un carácter meramente excepcional; es decir, que si bien el juez lleva a cabo la actividad interpretativa, sólo está facultado para realizarla cuando las disposiciones a aplicar no son claras y, en lo relativo a la actividad de integración jurídica, ésta se concibe únicamente en presencia de casos no previstos por el orden jurídico.

Por otra parte, si bien los jueces fueron reajustando su relación con el órgano legislativo, no se operó un cambio perceptible en la voluntad del legislador como pauta de interpretación y de justificación, en la obligación de motivar las decisiones y la forma del razonamiento judicial a manera de un silogismo de tipo lógico matemático. En efecto, con relación a este último, persistió la idea de que era exclusivamente de tipo deductivo,⁹⁵³ por lo que permaneció inalterada la idea de que la función del Juez se redujo a la aplicación de la ley mediante la figura del silogismo de tipo matemático, en donde la norma genérica funcionaba como la premisa mayor, los hechos del caso concreto como premisa menor, y como conclusión, la actualización de las consecuencias jurídicas previstas por aquélla.

La rígida aplicación del derecho por parte del Juez, utilizando exclusivamente las estructuras proporcionadas por la lógica formal de tipo matemático, ocasiona resultados que pueden parecer disparatados, inaceptables o injustos. Esto ha generado desde finales del siglo XIX numerosos esfuerzos para demostrar que la naturaleza del razonamiento

⁹⁵³ En la base de estas consideraciones se encuentra la trasposición del razonamiento de tipo matemático al ámbito jurídico; para Recaséns Siches "*las normas generales contenidas en los artículos del Código (se refiere al Código Civil francés de 1804) fueron tenidas como dogmas definitivos. Consiguientemente, la labor del intérprete y del órgano jurisdiccional habría de consistir única y exclusivamente en subsumir los hechos bajo aquellas fórmulas generales, y en poner en movimiento inexorablemente la mecánica de la lógica deductiva*" Recaséns Siches, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, Porrúa, 1980, pp. 154; Perelmann agrega que *la aproximación entre el derecho y las matemáticas debía garantizar el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales*. op. ult. cit., p. 179.

judicial es completamente distinta de aquella que posee el razonamiento lógico de tipo matemático.⁹⁵⁴

Para Otto Bachof, fue considerado un credo jurídico el que el juez debía limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y que debía abstenerse de propias decisiones arbitrarias; que el juez se encontraba vinculado solamente al poder secular de la justicia reflejado en la ley, sin tener que representar ni practicar un poder social propio.⁹⁵⁵ Pero una vez desmitificada la inexistencia de lagunas, se hizo evidente que en verdad el juez no ha correspondido nunca a la concepción de Montesquieu de un mecanismo de pura subsunción, se ha reconocido que el juez ha tenido siempre, incluso bajo el imperio del positivismo jurídico rígido, una parte importante en la creación del Derecho, se ha señalado, que la idea de que el juez está sometido sólo a la ley es una ficción que no concuerda con la realidad social, porque además de la zona que abarca la ley, existen otras zonas cubiertas por máximas judiciales, vinculatorias para el juez, pero que él también participa en su creación.⁹⁵⁶

Un primer paso en este sentido fue la conformación de la *lógica jurídica*, como una disciplina con matices propios, enfocada al *estudio sistemático de la forma de los juicios, los conceptos y los raciocinios jurídicos*⁹⁵⁷. Paralelamente a estos aspectos, la doctrina ha

⁹⁵⁴ Recaséns Siches elabora un extenso catálogo de los autores y sus principales postulados que en conjunto califica como la ofensiva contra la lógica en el campo de la interpretación jurídica y de la creación de nuevo Derecho Luis Recaséns Siches Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, cit., pp. 33-130. Carlos Massini afirma que el Juez hacen uso de silogismos al razonar el derecho, pero estos tienen un carácter instrumental, subordinado y ordenado al fin práctico-jurídico de la mejor solución del caso. Reflexiones Acerca de la Estructura del Razonamiento Judicial, en Revista de Derecho Público. No. 28, Julio-Diciembre, 1980, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 72. Villar Palasi señala que precisamente el problema consiste en determinar si la lógica juega un papel esencial o simplemente subordinado como método de razonamiento; agrega que la lógica formal presta a la ciencia del Derecho varios servicios fundamentales: colabora en su elaboración y sistematización, sirve para asegurar la coherencia y seguridad del Derecho, y permite la comprensión por el jurista sobre la estructura del sistema jurídico. La Interpretación y los Apotégmas Jurídico-Lógicos. Madrid, Tecnos, 1975, pp. 147 y ss.

⁹⁵⁵ Bachof, Otto. Jueces y Constitución. Tr. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1987, p. 23.

⁹⁵⁶ Ibid., p. 24.

⁹⁵⁷ García Máynez, Eduardo. Filosofía del Derecho, México, Porrúa, 1974, p. 17. En relación con la existencia y los alcances de la lógica jurídica existen serias discrepancias entre los autores. De acuerdo con el pensamiento de Ulrich Klug el tipo de premisas empleadas es precisamente lo que otorga características peculiares a cada una de las ciencias. Con base en este argumento es válido hablar de una

intentado desde hace algunas décadas ir más allá de la mera explicación formal del razonamiento judicial, se ha preocupado por indagar acerca del contenido de dicho razonamiento y como opera éste en la realidad.

4.2.3. Los factores lógicos y axiológicos en la decisión judicial.

García Máynez⁹⁵⁸ señala que para resolver un caso de la mejor manera deben satisfacerse dos exigencias: una de orden lógico y otra axiológica. La primera de ellas deriva del principio de la *interpretación contextual*, el cual establece que los preceptos jurídicos no existen solos, sino que forman parte de un sistema en el que se hallan en conexión con el resto de los preceptos. La exigencia axiológica tiene como pauta el descubrimiento de la solución óptima de cada situación, los principios axiológicos inspiradores del sistema de que forma parte el precepto rector del caso.

Para obtener la solución más razonable o aceptable del caso concreto, el juez toma en consideración los valores imperantes en la sociedad y en el orden jurídico, también acude a su criterio, experiencia y convicciones. En realidad es imposible que el Juez al realizar su función se desprenda de sus emociones y sentimientos, estos son algo inherente a su condición humana.

Establecer que el factor humano del Juez influye necesariamente en la aplicación del derecho, no significa en modo alguno restar importancia a la ley. Si ésta no tuviera relevancia el Juez actuaría en forma similar al *buen Juez* Magnaud, quien se hizo célebre en Francia al dictar sus fallos en un sentido humano, desconociendo totalmente la ley si ello constituía un obstáculo a su labor.⁹⁵⁹

lógica jurídica, pero sólo como parte de la lógica en general y en específico cuando se emplea en el campo de la aplicación del derecho. *Lógica Jurídica*. Tr. J. C. Gardella, Colombia, Ed. Themis, 1990, pp. 6 y ss. Señala este mismo autor que la lógica jurídica se ocupa de la forma del razonamiento jurídico, no de la elección de las premisas, juicios o proposiciones y el contenido de las mismas.

⁹⁵⁸ Cfr. García Máynez, Eduardo. *El Problema Hermenéutico*, en la obra *Lógica del Raciocinio Jurídico*, México, Ed. Fontamara, 1994, pp. 34-35. *Ibid.*, *Misión y Límites de la Hermenéutica Jurídica*, en la obra *Ensayos Filosófico-Jurídicos 1934-1979*, 2a. ed., México, UNAM, 1984, pp. 260-261.

⁹⁵⁹ Para conocer algunos ejemplos de sus fallos, Cfr. Stammeler, Rudolf. *El Juez*, Tr. Emilio F. Camus, México, Editora Nacional, 1980, p. 79.

El problema aquí planteado, relativo al alcance del raciocinio en la función judicial de aplicación del derecho, ha sido expuesto claramente por Fix-Zamudio⁹⁶⁰ en los términos siguientes: "*...hasta qué punto el juez debe limitarse a desentrañar el sentido de la norma y conformarla a las exigencias de la realidad, en el plano estrictamente objetivo, y si le es permitido introducir en la sentencia los sentimientos y los juicios de valor imperantes en la época y el ordenamiento al cual pertenece*".

Afirma Massini⁹⁶¹ que "*el juez ha de realizar prudentemente lo justo con el instrumento de la ley; de lo contrario no merecerá llevar el nombre de juez*". En contra se halla Rudolf Stammler⁹⁶², para quien el Juez se halla sometido a la ley y sólo puede acudir a criterios justos cuando el propio orden jurídico remita a ellos, "*el juez debe tener el valor de aplicar también un Derecho injusto, cuando la ley lo exija*".⁹⁶³

El Juez no es un siervo sumiso del texto legal, tampoco es absolutamente libre respecto de la ley; Puig Brutau⁹⁶⁴ opina que la libertad de que goza el juez se halla *condicionada* a los límites establecidos por la ley.

De esta manera, la función judicial debe realizarse armonizando los aspectos lógicos y axiológicos que la conforman. El predominio de alguno de estos dependerá de las circunstancias del caso concreto, es por ello que la función judicial exige ser llevada a cabo por sujetos excepcionales, cuya virtud consista en equilibrar correctamente esos dos extremos. Más allá de la histórica contraposición en que se ha colocado al juez y el legislador se encuentra la necesaria complementariedad de sus respectivas funciones.

⁹⁶⁰ Fix-Zamudio, Héctor. Breves Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional, en el volumen colectivo *La Jurisdicción Constitucional*. Costa Rica, Ed. Juricentro. 1993, p. 96.

⁹⁶¹ Reflexiones Acerca de la Estructura del Razonamiento Judicial, en Revista de Derecho Público. No. 28, Julio-Diciembre, 1980, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. p. 85.

⁹⁶² Cfr. Stammler, Rudolf. *El Juez*, cit., pp. 119 y ss.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 121. Alberto Vicente ataca la postura de Stammler al señalar que cuando el juez se aparta de la Ley "*...interpreta la valoración de la comunidad respecto de una realidad nueva, y por ello su conducta no es arbitraria*." Función creadora del Juez. Argentina, Abeledo-Perrot, 1980. p. 78.

⁹⁶⁴ Puig Brutau, José. *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*, Barcelona, Casa Editorial Bosch. s.f., p. 38.

Esto significa que el legislador al crear Leyes se preocupe por que sean suficientemente analizadas y respondan a la realidad social a la que van dirigidas, permitiendo de este modo al juez encontrar la solución mas aceptable a los casos que se le presenten, sin que la ley en sí misma sea un obstáculo para ello.

Estos aspectos son de alguna forma una apelación a la conciencia del juez a efecto de que realice su labor al tanto de ellos y con miras a la búsqueda de la solución más adecuada del caso que se le presenta a partir del ordenamiento, pero habría que dejar en claro que la ponderación entre los factores lógicos y axiológicos deben tener también expresión en la justificación de la decisión.

4.2.4. La concepción moderna de la función judicial de aplicación del Derecho.

El panorama que describimos en el apartado anterior permite percatarnos de que tradicionalmente ha existido una preocupación sobre; la labor de interpretación del juez; su papel en la creación del derecho y el impacto de las convicciones del juez en la aplicación del Derecho; la forma del razonamiento judicial; y en la congruencia de la decisión con el ordenamiento, que se expresa a través de la justificación de la decisión judicial.

En los párrafos siguientes nos referiremos a la concepción más aceptada sobre dichos puntos, que en su conjunto conforman lo que hemos denominado *concepción moderna* de la función judicial.

Desde el punto de vista de la doctrina, Rolando Tamayo señala que la *aplicación* es la *operación por la cual se actualiza algo previsto*; de esta forma, expresa que la aplicación del derecho nombra *la operación por la cual cierta instancia (en particular un tribunal) determina los hechos que el derecho define in abstracto en normas generales e individualiza las consecuencias previstas (ordenando su ejecución)*.⁹⁶⁵

⁹⁶⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, Rolando. Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica), México, Themis, 1996, p. 171. Señala además este autor que "la aplicación del derecho es una función regular del orden jurídico; a través de ella los órganos aplicadores

El acto de aplicación del derecho por excelencia, es la sentencia, y así ha sido considerado por mucho tiempo. Los autores se refieren a la actividad y resoluciones judiciales como los actos en donde se manifiesta más claramente la aplicación del derecho. Desde esta perspectiva, si bien los órganos del Estado en general aplican el derecho al realizar sus correspondientes actividades, cuando hablemos de aplicación del derecho estaremos haciendo alusión a la actividad judicial preponderantemente.

En este sentido, para Kelsen⁹⁶⁶ son dos los elementos esenciales de la función judicial, ambos tienen lugar cuando una determinada norma general tiene que ser individualizada y concretada a fin de entrar en contacto con la vida social y aplicarse a la realidad: Para este efecto, señala Kelsen, es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas *in abstracto* por la norma general, se encuentran presentes *in concreto*, a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica, pueda ser ordenada y ejecutada *in concreto*.

Otro punto que hay que abordar es el correspondiente a si existe o no una separación tajante entre la aplicación del derecho y su interpretación. Al respecto, actualmente se considera que entre la interpretación y la aplicación del derecho existe un vínculo indisoluble, ya que es imposible aplicar un precepto, sea o no lo suficientemente claro, sin antes determinar la norma jurídica que expresa. Por lo tanto, no es exacto que sólo haya lugar a la interpretación cuando los preceptos no son claros o se prestan a confusión.

Las normas jurídicas, cuando son expresadas a través del lenguaje escrito, admiten la aparente coexistencia de varios sentidos a la vez, consideramos que no hay precepto que escape a esta característica, sin embargo, aún admitiendo la postura de que existen preceptos jurídicos que no aceptan estrictamente más que un sólo sentido, es indispensable la interpretación para determinarlo y así obtener la norma jurídica. Estos

(tribunales, autoridades administrativas, etcétera), en ejercicio de sus facultades, determinan que un cierto caso concreto del tipo definido en la norma general se ha presentado y como consecuencia de ello, efectúan un acto por el cual actualizan las consecuencias previstas".

⁹⁶⁶ Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Tr. Eduardo García Máynez. México, UNAM, 1988, p. 160.

aspectos han dejado como una pieza de museo el viejo adagio *in claris not fit interpretatio*.

A este respecto es ilustrativo el pensamiento Kelsen⁹⁶⁷, para quien a todo proceso de aplicación del derecho antecede necesariamente la interpretación de las normas que se desea aplicar. Mediante la actividad interpretativa se determina el marco que expresa la norma en cuestión y las distintas posibilidades que ofrece; de éstas, sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto de aplicación por parte del tribunal.⁹⁶⁸

El procedimiento de aplicación o individualización del derecho por parte del juez, no queda totalmente satisfecho con la previa e indispensable interpretación del precepto, es necesario agregar la llamada *integración* como elemento adicional.

Ya vimos que a partir del pensamiento de François Géný, se vislumbra la función integradora del juez, pero sólo en presencia de aquellos casos cuya solución no era proporcionada por la ley, ni por las demás fuentes del derecho positivo. Así, la integración judicial, señala Fix-Zamudio⁹⁶⁹, "*consiste en la facultad atribuida al juzgador para colmar las llamadas lagunas de la ley, es decir, la operación que éste debe efectuar cuando tiene que dictar un fallo no obstante que el legislador no previó o no pudo prever el caso particular sometido al conocimiento judicial*".

La creación del derecho por parte del juez, es también otro elemento presente en mayor o menor grado en todo acto de aplicación del derecho, así sea desde el ángulo de una norma jurídica individualizada, lo que cual por supuesto se aprecia con mayor nitidez en la solución de los casos *no previstos*, pero también cuando el juez lleva a cabo valoraciones de distinta índole en las diversas etapas del proceso de aplicación del derecho.

Para Kelsen, todo acto de aplicación del derecho es a su vez creación del mismo, en este sentido, la creatividad judicial es evidente y no representa mayor problema, así, *la*

⁹⁶⁷ Cfr. Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, Tr. por Roberto J. Vernengo, México, UNAM. 1979. pp. 232 y ss.

⁹⁶⁸ Cfr. Ibid. p. 349 y ss.

⁹⁶⁹ Fix-Zamudio, Héctor. Breves Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional, cit., pp. 93-94.

*creación de la norma jurídica individual por el órgano de aplicación del derecho, especialmente por el tribunal, tiene que hallarse determinada siempre por una o más normas generales ya existentes.*⁹⁷⁰ Esto no significa en modo alguno que dichas normas generales, ya existentes, sean simplemente reproducidas por la norma individual constitutiva de la decisión, ésta siempre agrega un elemento nuevo a aquélla.⁹⁷¹

La creación judicial no se agota en la existencia de una norma jurídica individualizada, la actividad judicial puede dar lugar a la creación de normas de carácter general, en aquellos casos en que *la resolución del juez puede tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento, sino para otros análogos que los tribunales pueden estar obligados a resolver*, estos son los denominados precedentes o, como se denominan en nuestro medio, jurisprudencia obligatoria.⁹⁷²

La decisión judicial, de acuerdo con Kelsen, tiene el carácter de un precedente sólo cuando no representa la aplicación de una norma preexistente del derecho sustantivo, o sea en los casos que el tribunal ha procedido como legislador.⁹⁷³ En nuestro medio, los precedentes son el establecimiento de un determinado criterio que de reiterarse sin interrupción en cinco casos crean jurisprudencia obligatoria, siempre y cuando provengan de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito.⁹⁷⁴

En palabras del propio Kelsen⁹⁷⁵:

"La función creadora de derecho de los tribunales se manifiesta especialmente cuando la decisión judicial tiene el carácter de un precedente, es decir, cuando da origen a una norma general. Cuando los tribunales están facultados no solamente para aplicar el derecho sustantivo anterior, sino para crear nuevo derecho al

⁹⁷⁰ Teoría General del Derecho y del Estado, cit., p. 171.

⁹⁷¹ Ibid. p. 173.

⁹⁷² Ibid. p. 177.

⁹⁷³ Id.

⁹⁷⁴ Respecto a los antecedentes, nacimiento y evolución de la jurisprudencia obligatoria, Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises. La Interpretación Judicial Constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM- Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996, pp. 130-205; Ibid., La Jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXVIII, Núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 523-562.

⁹⁷⁵ Carmona Tinoco, Jorge Ulises. La Interpretación Judicial Constitucional, cit., p. 178.

resolver situaciones concretas, existe la tendencia muy explicable de dar a tales decisiones el carácter de precedentes. Dentro de un sistema jurídico de este tipo, los tribunales son órganos legislativos exactamente en el mismo sentido que el órgano que llamamos legislador en la acepción estricta y ordinaria de la palabra. Los tribunales son creadores de normas jurídicas generales."

Existe otro tipo de manifestación de la creación judicial tratándose de normas generales, esta es la que tiene como base la práctica permanente de los tribunales, es decir, la costumbre que podemos denominar judicial.⁹⁷⁶

En tal sentido, la actividad judicial es siempre creativa en un doble aspecto, por cuanto a la creación de normas individualizadas y también normas generales, las cuales pueden surgir de los precedentes o de las costumbres judiciales. Ante esto no hay una objeción relevante, pero sí podemos criticar que el hecho de afirmar la existencia de la creatividad judicial obliga a determinar el alcance de la misma, lo cual constituye un problema más serio y complejo.

Rolando Tamayo⁹⁷⁷ también se inclina por la presencia de la creatividad en los diversos momentos de la aplicación judicial del derecho, y señala que no obstante lo anterior, *la tendencia es siempre a mantener el dogma (de donde, se cree, deriva la autoridad de su función) de que el tribunal únicamente aplica el derecho existente.*

Más adelante señala el autor mencionado que *la creación jurisdiccional no es abiertamente presentada como tal, ciertos dogmas sobre la función jurisdiccional y la aplicación del derecho, lo impiden. La creación jurisdiccional es ocultada, es "vestida con ropa modesta".*⁹⁷⁸

Alberto Vicente, señala que hay función creadora cuando el juez incorpora un nuevo concepto a la ley, manipula su contenido dándole un nuevo sentido, o ante una laguna del derecho, una norma oscura o injusta, decide llenando la laguna o hace justicia en contra de la ley; en estos casos sin duda una nueva norma aparece, que influirá en la sociedad, la

⁹⁷⁶ Id.

⁹⁷⁷ Elementos para una Teoría General del Derecho, cit., p. 173.

⁹⁷⁸ Id.

cual aceptará como justa una sentencia que dio respuesta a los requerimientos sociales, insistentes ante los vacíos de la legislación.⁹⁷⁹

Vega Benayas opina que "... reconocer la contribución del juez a la creación del Derecho no es convertirlo en legislador, sino admitir una cosa más simple, menos complicada y nada perturbadora para el orden jurídico: es comprobar, al lado de otras, la existencia de una fuente de Derecho particular -o general, en el supuesto de la jurisprudencia continental-, cual es la sentencia del juez."⁹⁸⁰

Los autores citados son muestras de la corriente cada vez más aceptada de siempre presente creación judicial; para quienes esto asusta o temen un llamado "gobierno de los jueces" hay que explicar los alcances de dicha creatividad y matizarla, pues no se trata de menospreciar la función de la codificación o de otras fuentes de creación jurídica.⁹⁸¹

Con relación al razonamiento judicial, las diversas corrientes son unánimes en el sentido de que no debe ser de tipo lógico matemático, esto es, que no se considere a las reglas jurídicas como axiomas indiscutibles de las que deriven decisiones o conclusiones válidas, sino justas, razonables o aceptables. Esto significa que las premisas han dejado ser algo unívoco y dado de antemano por el legislador, lo cual ha puesto el acento en la construcción de los elementos del silogismo judicial y en su debido apuntalamiento con razones y argumentos.

La justificación de la decisión es otro más de los elementos modernos a considerar como parte del la aplicación judicial del derecho, podríamos afirmar incluso que es el puerto de

⁹⁷⁹ Vicente, Alberto. *Función creadora del Juez*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1980, pp. 77-78. Un profundo análisis de la interpretación judicial y su estrecha vinculación con la creación del derecho por parte del juez puede consultarse en esta misma obra, pp. 69-92.

⁹⁸⁰ Introducción al Derecho Judicial. Madrid, Ed. Montecorvo, 1970. p. 82. En este mismo sentido Benjamín Cardozo señaló: *Yo doy por sentado que el Derecho que emana de los jueces es una realidad*. La Función Judicial. México, Pereznieto Editores, 1996, p. 2.

⁹⁸¹ Vega Benayas señala a este respecto que: "El hecho de admitir la colaboración creadora del juez en la formulación del derecho vivo, sea con eficacia particular, sea por obra de un Tribunal Supremo, con efectos generales, no implica derogar -ni ninguna escuela ha pretendido eso- la vinculación a las demás fuentes: leyes, principios, costumbres; ni convertir al juez o al Tribunal Supremo en legislador, sino reconocer una fuente de Derecho más al lado de aquéllas o después de aquéllas, lo que no implica criterio valorativo, sino admisión de una necesidad". Op. Ult. Cit. p. 114.

llegada y el medio de expresar que en efecto lo que se llevó a cabo no fue una apreciación caprichosa de los hechos, ni una interpretación arbitraria del ordenamiento, sino que el proceso que llevó al juez a decidir en un determinado sentido fue racional y, además, que la sentencia no sólo es resultado de la mera aplicación del ordenamiento, sino que se haga patente que hace congruencia con éste y en particular con las normas últimas de mayor jerarquía que lo conforman.

Podemos afirmar entonces que la función judicial de aplicación del derecho consta básicamente de varios momentos inseparables: la identificación, valoración y la calificación de los hechos, la determinación de la norma jurídica aplicable por vía de interpretación, la adecuación de los hechos con la hipótesis normativa a efecto de asignarles las consecuencias previstas en la norma, la integración del ordenamiento en virtud de la creación de una norma jurídica individualizada, que en determinados casos puede ser general, y la expresión de las razones que justifican la decisión y los momentos que permitieron llegar a ella. Estos aspectos hacen de la función judicial de aplicación del derecho una actividad racional, dinámica y siempre creativa, además, con gran contenido axiológico o estimativo.

La justificación de las decisiones judiciales es una exigencia apoyada en aspectos pragmáticos e institucionales, estos últimos relacionados con las garantías judiciales y de las partes, así como en la vigencia del principio de división de funciones para la garantía de la libertad.

4.2.5. Las bases de la argumentación o justificación de las decisiones judiciales.

Recapitulando algunas de las ideas a las que hemos hecho referencia, habría que señalar que a través de la evolución del Derecho se ha intentado elaborar las pautas que lleven siempre y en todos los casos a lo que se considera como una decisión *justa*⁹⁸², se ha

⁹⁸² Al hablar de una *decisión justa* nos referimos no a la justicia absoluta, ideal al que todo orden jurídico debe aspirar, sino a la justicia relativa, aquella que se busca al resolver los casos concretos y que da la mejor solución al mismo; es por esto que en la actualidad los autores al referirse a las decisiones de los jueces que consideran acertadas, prefieren utilizar calificativos como *razonables, equitativas o aceptables*

buscado el origen de las mismas en los designios de un ser divino, en la voluntad del soberano, del órgano legislativo o incluso de la ley en sí misma.⁹⁸³ Cuando se creía que las decisiones de los jueces estaban respaldadas por la voluntad divina o en las épocas en que las funciones legislativa, ejecutiva y judicial se concentraban en un sólo individuo, es irrelevante tratar de encontrar una justificación elaborada de una determinada decisión, bastaba con invocar que la misma provenía de esas fuentes primigenias para que se considerara como justa.

A partir de la Revolución francesa, como ya señalamos, se exigió expresamente a los jueces motivar sus determinaciones,⁹⁸⁴ de tal forma que éstas fueran el reflejo fiel de las leyes existentes, consideradas como justas por emanar del omnipotente cuerpo legislativo, depositario de la voluntad general, y de las cuales estaba vedado al juez separarse.⁹⁸⁵ Sin embargo, ante los resultados injustos que la aplicación de las leyes podía producir, los jueces decidían de acuerdo con su criterio de justicia y disimulaban esto a través de una aparente deducción silogística.⁹⁸⁶

Ante la insuficiencia de la ley para proporcionar las soluciones a todos los casos concretos que la realidad ofrece, había que proveer al juez los elementos que le permitieran solucionarlos, es así como se establecieron una serie de recursos a los cuales debía acudir para que sus decisiones aparecieran como justas, sin apartarse del ordenamiento jurídico, entre estos se encuentran la noción de *voluntad presunta* del legislador, las ficciones

que si bien no dejan de ser controvertibles, al menos atemperan la divergencia que el término justicia trae consigo.

⁹⁸³ Para un completo recorrido acerca de la evolución histórica del razonamiento jurídico, en especial el judicial, en el continente europeo a partir de la Revolución francesa y hasta nuestro días, Cfr. Perelman, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Tr. Luis Díez-Picazo, Madrid, Ed. Civitas, 1988, pp. 36-130.

⁹⁸⁴ Así ocurrió en virtud del Decreto de 16-24 de agosto de 1790 por el cual se creó el Tribunal de Casación y a su vez se estableció la obligación por parte de los jueces de motivar los juicios. Por otra parte, esta exigencia obedece también en gran medida al requisito de seguridad jurídica que todo orden jurídico debe satisfacer, la cual se traduce en la posibilidad de prever en gran medida la actuación de los órganos encargados de la aplicación del Derecho.

⁹⁸⁵ Cfr. Perelman, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, cit., pp. 177 y ss.

⁹⁸⁶ Cfr. Recaséns Siches, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, cit., pp. 172-173.

jurídicas y ciertos conceptos o nociones de contornos no siempre precisos como son los principios generales del derecho⁹⁸⁷.

Perelmann⁹⁸⁸ señala que el juez al tratar de justificar su decisión, sólo se siente seguro cuando la inserta en un conjunto de decisiones que él prolonga y completa, dentro de un orden jurídico formado por los precedentes y, en su caso, por el legislador.

A partir de estas consideraciones, podemos percatarnos que en toda la historia del Derecho ha sido una preocupación constante de los juristas conciliar las técnicas del razonamiento judicial con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión.⁹⁸⁹ La misión del juez va más allá de la realización de inferencias correctas que lleven a conclusiones correctas, no puede cerrar los ojos al análisis de la justicia en la conclusión. Esto precisamente constituye el centro de atención de las nuevas corrientes acerca del razonamiento judicial.

Dado por sentado que la labor del juez no puede quedar satisfecha únicamente con señalar el sentido de su decisión, sino que además debe justificarla y que esta actividad es de tipo argumentativo, corresponde ahora hacer explícitas las bases sobre las que descansa dicha labor; dicho de otro modo, nos interesa acotar las condiciones en las que se desenvuelve la argumentación judicial para después precisar cómo se lleva a cabo en la práctica o cómo se debe efectuar de acuerdo con los cánones de las teorías de la argumentación que ya analizamos.

⁹⁸⁷ Acerca de el importante papel que desempeñan los principios generales del derecho y de su aplicación por parte del juez, Cfr. Perelman, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, cit., pp. 103 y ss; 116 y ss. Esto se ha manifestado desde otro ángulo como una reacción ante el positivismo jurídico que apunta hacia el resurgimiento del derecho natural, aunque con algunos matices distintos de como se presentó en los siglos XVII y XVIII. Cfr. *Ibid.* pp. 97 y ss; Cfr. Villar Palasi, José Luis. *La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos*. Madrid, Ed. Tecnos, 1975. pp. 129 y ss. A este respecto cabe también recordar el texto del artículo 1º del Código Civil suizo que señala: *La ley rige todas las materias a las que se refieren la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez resuelve según el derecho consuetudinario y a falta de una costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que hacer acto de legislador. Se inspirará en las soluciones consagradas en por la doctrina y la jurisprudencia.*

⁹⁸⁸ Perelman, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, cit., pp. 17-18.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 20.

4.2.5.1. El lenguaje y el Derecho.

Si bien puede parecer ingenuo señalar que el Derecho se expresa a través del lenguaje, que puede ser oral, escrito, ideográfico (como por ejemplo las señales de tránsito), o a través de movimientos corporales (es el caso del policía que hace una indicación para detener un automóvil), las consecuencias de dicha afirmación tienen una enorme relevancia en la justificación de las decisiones, como explicaremos a continuación.

La invención de la escritura permitió plasmar el derecho por escrito, a partir de ese momento es que los textos, como una de las formas de expresión de las normas jurídicas, adquirieron una preponderancia hasta ahora insuperable; de acuerdo con García Máynez⁹⁹⁰, *los textos legales no son el derecho, sino una forma de expresión de éste, acaso la más valiosa, pero no la única.*

La Constitución, las Leyes, los reglamentos, los contratos, los testamentos e incluso las señales de tránsito, no son otra cosa que formas de expresión jurídicas, es decir, el vehículo a través del cual son manifestadas las normas jurídicas.⁹⁹¹

Si el Derecho es lenguaje, así sea natural o técnico, o incluso un metalenguaje, esto implica que adolece de los problemas inherentes a la inmensa mayoría de lenguajes, que son la indeterminación, la vaguedad de algunos de sus términos e incluso la polisemia o pluralidad de significados. Esto significa que los términos en que se expresa el Derecho están lejos de claros, precisos y unívocos.

Esta característica por una parte justifica la aplicación de la interpretación en el campo del derecho y permite una diversidad de puntos de vista de la que se nutre la actividad argumentativa. Si sólo existiera un sentido único en los términos expresados en una ley y éste fuera aceptado por todos, como por ejemplo, autoridades y destinatarios de las normas, no tendría sentido preguntarse por su significado y alcance, ni tampoco hacer

⁹⁹⁰ Interpretación en General e Interpretación Jurídica en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. México, Tomo IX, Nos. 35 y 36, julio-diciembre de -1947, p. 7.

⁹⁹¹ *Ibid.* p. 6.

esfuerzo alguno en argumentar a favor o en contra de determinada pretensión, bastaría únicamente con admitir la sentencia del juez como fiel reflejo de los términos compartidos de manera unánime.

La perspectiva del Derecho como lenguaje, ha atraído el interés de la doctrina en diversos momentos,⁹⁹² pero su más importante desarrollo se ha dado a partir de los avances de la filosofía del lenguaje o analítica, *el siglo XX fue escenario de un giro lingüístico (linguistic turn). Un viraje hacia lo lingüístico como ciencia independiente, cuyo fundamento inspiró a filósofos y librepensadores a replantearse lo evidente a partir de una nueva construcción conceptual que tendría como punto de partida el lenguaje.*⁹⁹³

Algunas de las teorías de la argumentación actuales, como por ejemplo la de Robert Alexy que ha sido ampliamente difundida, tiene una estrecha conexión con este tipo de análisis filosófico; es precisamente este factor uno de los que permiten distinguir este tipo de teorías con aquellas basadas en los modelos de la tópica y de la retórica.

Esta perspectiva de entender al Derecho y su aplicación es relativamente reciente, los estudios interdisciplinarios iniciaron en la década de los 70 y en 1980, en la que se produce el mayor número de trabajos, que tienen por finalidad caracterizar a las leyes, las sentencias y en general el producto de los órganos de creación y decisión en el campo jurídico, como *textos legales*.⁹⁹⁴

En opinión de van Dijk, *estos textos permiten denunciar, defender, juzgar o absolver. Es una forma fija, jurídica y convencional extremadamente precisa, con expresiones especiales y una sintaxis propia que depende de las funciones jurídicas precisas de estos*

⁹⁹² Sobre el enfoque lingüístico para entender y explicar el Derecho, véase Cáceres Nieto, Enrique. *¿Qué es el Derecho?*, iniciación a una concepción lingüística, 2ª edición, México, Cámara de Diputados. LVIII Legislatura-UNAM, 2001, pp. 30 y ss; del mismo autor, *Lenguaje y Derecho, las normas jurídicas como sistema de enunciados*, 2ª edición, México, Cámara de Diputados. LVIII Legislatura-UNAM, 2001, pp. 8-22; Rodríguez-Aguilera, Cesáreo. *El Lenguaje Jurídico*, México, Colofón, 1994; Llinás Volpe, Marco. *Lenguaje Jurídico, Filosofía del Lenguaje*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.

⁹⁹³ Llinás Volpe, Marco. *Lenguaje Jurídico, Filosofía del Lenguaje*, cit., p. 75.

⁹⁹⁴ Ver Pardo, María Laura. *Derecho y Lingüística, cómo se juzga con palabras*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1996, en especial pp. 48-51.

*textos. Por todo ello, pues, puede existir una estrecha relación entre la ciencia del texto y la jurisprudencia.*⁹⁹⁵

María Laura Pardo, siguiendo a O'Barr, señala que las reglas del procedimiento legal son en efecto reglas *constitutivas* (que expresan los valores aceptados públicamente); pero hay también reglas sobre cuáles son las tácticas para obtener éxito en la corte y cómo usarlas. Muchas de estas tácticas tienen que ver con el uso del lenguaje en los textos jurídicos, por ejemplo, en qué orden debe darse determinada información para llamar la atención del jurado (juicios orales) o de los otros jueces del tribunal (sentencias escritas), o para que algo parezca más importante de lo que es respecto de otra cosa (cuando realmente no es más importante). Por eso los textos legales son argumentativos como otros textos que no son jurídicos, porque quieren ser normativos pero no pueden evitar ser *pragmáticos* (aquellos que no se refieren a si una línea de conducta es justa o injusta, sino a si será efectiva o no).⁹⁹⁶

De acuerdo con la idea de que el texto judicial es de carácter argumentativo, Pardo señala que en general, la forma usada en la sentencia es un aparente silogismo. Sin embargo el *razonamiento utilizado puede ser de naturaleza menos formal que el silogismo, y poner en juego relaciones que tiene que ver más con las convenciones oratorias que con la lógica*".⁹⁹⁷ Una consecuencia del carácter argumentativo de la sentencia es que los jueces *no aplican una norma general a un caso particular a través de una ecuación que imposibilite la entrada de la subjetividad; muy por el contrario, toda argumentación que no se realiza de modo matemático está cargada de la subjetividad del hablante.*⁹⁹⁸

Las nuevas perspectivas de análisis del Derecho como discurso o como una pluralidad de textos, no significa que el fenómeno jurídico se reduzca a un tema exclusivamente lingüístico, ni que el mejor juez sea quien tenga los conocimientos de lingüística y los sepa aplicar. De hecho, si bien el producto de la actividad del juez es aceptado como texto

⁹⁹⁵ van Dijk, Teun A. La ciencia del texto, México, Paidós, 1996, p. 24.

⁹⁹⁶ Pardo, María Laura. Derecho y Lingüística, cit., p. 45.

⁹⁹⁷ Ibid., p. 117.

⁹⁹⁸ Ibid., p. 118.

y como tal, objeto de las disciplinas que lo estudian, por otra parte ha sido duramente criticada la labor de los jueces cuando *deciden* sobre problemas sobre uso y sentido del lenguaje, esto es, cuando actúan como lingüistas.⁹⁹⁹

De igual forma, se ha criticado el estilo del lenguaje jurisdiccional, como en el siguiente pasaje de Marco Llinás:

“... es las más de las veces expositivo, descriptivo e impersonal. Abundan los participios de presente y los gerundios; las construcciones subordinadas, principalmente las oraciones de relativo o adjetivas; al ser textos orales emplean fórmulas declamatorias y ampulosas con estilo reiterativo, acumulativo y complejo, sin excluir el anacrónico lenguaje jurídico-barroco”.¹⁰⁰⁰

Más allá de las críticas acerca de las expresiones del Derecho como textos y el lenguaje utilizado por los operadores jurídicos, consideramos que tener en cuenta el factor lingüístico es uno de los elementos básicos para hacer posible la formulación y la crítica a la argumentación judicial y a la de carácter jurídico en general. No existe obstáculo para considerar a la sentencia como un texto argumentativo, lo cual permite someterla no sólo a parámetros de corrección lingüística, sino también a la corrección y a la aceptabilidad de los argumentos que la conforman.

4.2.5.2. El contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

La aplicación de normas jurídicas a casos concretos constituye uno de los contextos en los que se puede argumentar en el ámbito jurídico,¹⁰⁰¹ esta actividad¹⁰⁰² implica ofrecer

⁹⁹⁹ Dicha crítica a partir de casos concretos la sostiene por ejemplo Lawrence M. Solan en su obra *The Language of Judges*, Estados Unidos de América, Chicago University Press, 1993, especialmente páginas 28 a 63.

¹⁰⁰⁰ Llinás Volpe, Marco. *Lenguaje Jurídico, Filosofía del Lenguaje*, cit., p. 24.

¹⁰⁰¹ Manuel Atienza señala que existen tres contextos de argumentación jurídica que son el de la producción de normas jurídicas; el de la aplicación de tales normas a casos concretos y el de la dogmática jurídica. Sin embargo, como acertadamente comenta, los estudios acerca de la argumentación jurídica por lo regular se refieren sólo al segundo contexto. Cfr. *Las Razones del Derecho. Sobre la Justificación de las Decisiones Jurídicas*, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, No. 1, octubre de 1994, pp. 54 y ss; *Ibid. Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 19-22.

argumentos o razones con el fin de justificar una determinada decisión, cuando es el juez quien la lleva a cabo se denomina precisamente *argumentación judicial*.

Para comprender mejor el papel de la argumentación en la decisión judicial decidimos seguir las ideas de Manuel Atienza, quien guiado por Wróblewsky distingue la *explicación* de una decisión de su *justificación*.¹⁰⁰³ Asimismo, diferencia entre lo que es la *justificación interna* y la *justificación externa*, que explicaremos en el siguiente punto.¹⁰⁰⁴

El mismo autor explica su opinión señalando: "*una cosa es el procedimiento mediante el que se llega a establecer una determinada premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión.*"¹⁰⁰⁵

Para Ana Laura Nettel, la distinción deja de lado una serie importante de cuestiones fuera de la teoría de la argumentación jurídica, como por ejemplo el análisis de las decisiones de los jueces en su contexto histórico, sociológico y psicológico, o también la evaluación que hacen de las pruebas que se les presentan.¹⁰⁰⁶ En el mismo sentido, Armando S. Andruet, si bien acepta la distinción señalada y reconoce su utilidad, menciona que saber

¹⁰⁰² Argumentar significa, en terminos generales, expresar razones que apoyen una determinada opinión o también una conclusión. Esta tarea por supuesto no se realiza exclusivamente en el ámbito jurídico, es una actividad que se lleva a cabo cotidianamente, ya que todos en algún momento de nuestro diario acontecer, casi siempre sin estar plenamente conscientes de ello, ofrecemos argumentos para intentar que nuestras opiniones sean aceptadas o compartidas por los demás. Argumentar no es una labor sencilla, requiere claridad, precisión y sencillez en el lenguaje, además de saber identificar los puntos específicos que se pretende apoyar con razonamientos, cuántas discusiones cotidianas, estériles y sin sentido, podrían evitarse si supieramos siquiera algunas reglas básicas de la argumentación. Como una introducción a los diversos aspectos de la argumentación en general es de gran utilidad la obra de Weston, Anthony. *Las Claves de la Argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994, en la que se explican paso a paso los diversos tipos de argumentos y su utilización.

¹⁰⁰³ Dicha distinción no surgió en el campo jurídico, sino en el de la filosofía de las ciencias; se atribuye a Karl R. Popper y la terminología a Hans Reichenbach. Cfr. Nettel, Ana Laura. *La Distinción entre Contexto de Descubrimiento y de Justificación y la Racionalidad de la Decisión Judicial*, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 5, México, ITAM-Fontamara, 1996, p. 109.

¹⁰⁰⁴ Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, cit., pp. 58-59. Wróblewsky, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1985. pp. 57 y ss. Véase también a este respecto el trabajo de Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, Tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 213 y ss.

¹⁰⁰⁵ Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica*, cit., pp. 58-59.

¹⁰⁰⁶ Cfr. Nettel, Ana Laura. *La Distinción entre Contexto de Descubrimiento y de Justificación y la Racionalidad de la Decisión Judicial*, cit., p. 115-116.

la dificultad de conocer los motivos reales que llevaron a decidir a un juez en determinado sentido, llamada *lógica de la preferencia* por este autor, no autoriza a ignorar su realidad. Dicha *lógica* "... es posible de ser indagada, transitada y aislada desde el mismo cuadro de justificación externa".¹⁰⁰⁷

La explicación de las decisiones judiciales es tal vez uno de los sectores menos explorados por la doctrina, en parte por los innumerables factores que habría que analizar, entre los que se encuentran aquellos inherentes a la persona del juzgador que pueden ser de tipo psicológico, emocional y ético; los determinados por el entorno que rodea al juez que pueden ser de tipo económico, político, social y cultural.

Consideramos que todo esto influye en el ánimo del juez al decidir en un caso concreto y como se puede observar, la reunión de estos factores hace sumamente compleja la explicación de una determinada decisión. La gran parte de estos aspectos no se reflejan de manera directa en la manifestación de la decisión, aún más, si se requiere a un juez la explicación de su decisión rara vez tendremos mencionados en su respuesta alguna de estas cuestiones.

Al entrar al análisis de la determinación de las premisas, a partir de las cuales el juez va a decidir, se está entrando al sector de la explicación de la decisión más no a su justificación. Para justificar una decisión se acude a formulación de las razones y argumentos que la hacen aparecer como derivada del ordenamiento vigente y en congruencia con las normas superiores que lo conforman.

4.2.5.3. La justificación interna y la justificación externa.

También hay que distinguir la justificación interna de la externa, la primera implica que para quien acepta las premisas o argumentos que el juez ofrece la conclusión está justificada, sin embargo, hay casos en que el juez debe ofrecer razones adicionales que

¹⁰⁰⁷ Andruet, Armando S. La Argumentación Jurídica y el Silogismo Forense, en Ghirardi, Olsen A. (Director). El Siglo XXI y el Razonamiento Forense, Córdoba, Argentina, Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, p. 42.

soporten sus argumentos principales. La justificación externa es precisamente la demostración de lo acertado de tales argumentos.¹⁰⁰⁸

Para Wróblewski la justificación interna está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica, de manera que dicha justificación se satisface *si la decisión se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas*; de ahí que la existencia de al menos una regla de este tipo es una condición necesaria que debe satisfacerse, además de que la validez de las premisas se presupone.¹⁰⁰⁹

Para dicho autor, la justificación externa se relaciona asimismo con la racionalidad externa de la decisión, misma que está justificada desde este ángulo si las premisas que la componen son calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. De esta forma, una decisión jurídica podría estar justificada desde el punto de vista interno, pero no del externo.¹⁰¹⁰

Para el autor que comentamos, la justificación interna y externa se pueden combinar a su vez con otros dos tipos, que son la justificación *formal* y la *no formal*, el primero se refiere a la aplicación precisamente de la lógica formal y el segundo a la que no cumple los estándares de ésta última, por ejemplo, los de la nueva retórica de Perelman o los de la Tópica de Viehweg.¹⁰¹¹ En este sentido, partiendo de la base que la racionalidad de las decisiones jurídicas no puede ser rechazada, suponiendo que no estuviéramos en condiciones de aplicar la lógica formal, Wróblewski aclara que debemos acercarnos a ella lo más posible, de manera que podamos:

“... presentar la decisión como el resultado de una cadena de premisas que se han aceptado y construida de manera que la decisión sea más o menos intuitivamente justificada por ella. Parece que la persistencia del silogismo jurídico como

¹⁰⁰⁸ Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho*, cit., pp. 60-61.

¹⁰⁰⁹ Wróblewski, Jerzy. *Sentido y Hecho en el Derecho*, Tr. Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, México, Fontamara, 2003, p. 52.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 52.

¹⁰¹¹ Véase *Ibid.*, pp. 52-53.

justificación de la decisión de aplicación del derecho, es el mejor ejemplo de esta situación.”¹⁰¹²

La justificación externa es más complicada, pues tiene que ver con la aceptabilidad de las premisas que componen la decisión judicial, en otras palabras, cómo están justificadas dichas premisas y si son o no aceptadas. Wróblewski señala que las premisas pueden ser proposiciones, directivas o valoraciones; la justificación de las primeras atañe a su correspondencia con la verdad, de ahí que sean criterios científicos, el sentido común o la experiencia los que proporcionen los criterios de justificación; la justificación de las segundas (directivas o valoraciones), depende primordialmente del acuerdo que se logre vía la lógica no formal, esto es, bajo la directiva de la persuasión.¹⁰¹³

Para Atienza, la justificación externa no puede tener un carácter puramente formal, lógico, sino que lo que da apoyo a una premisa en último grado es *una determinada teoría sobre las fuentes del derecho, sobre la interpretación, sobre la valoración de la prueba... y, en términos más generales, una determinada concepción de la racionalidad práctica que hará uso de criterios como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias o el consenso.*¹⁰¹⁴

Tales criterios implican en términos llanos, 1) tratar casos iguales o similares con las mismas reglas, 2) que la interpretación de los hechos o del derecho sean conformes o lo más conformes posible con las reglas científicas y de experiencia en el primer caso, y con los principios y valores del sistema en el segundo, 3) que las consecuencias de la decisión atiendan a alguna concepción del utilitarismo de actos o reglas, esto es, que se busque el mayor beneficio o el menor perjuicio dado un caso determinado, y 4) que la decisión a que se arribó sería a la que se llegaría en una situación ideal de diálogo.¹⁰¹⁵

¹⁰¹² Ibid., p. 63.

¹⁰¹³ Ibid., pp. 64-65.

¹⁰¹⁴ Atienza, Manuel. *El Sentido del Derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003, p. 266.

¹⁰¹⁵ Id.

Robert Alexy, quien también desarrolla la dicotomía justificación interna/externa, señala que la primera hace evidente lo que en ocasiones se pretende ocultar o de hecho se disimula, como por ejemplo fases creativas y valorativas presentes en la decisión jurídica, cuya fundamentación corresponde a la justificación externa.¹⁰¹⁶

Traducido en forma esquemática y resumida, el proceso de justificación/argumentación iniciaría con la fase de identificación del problema por resolver¹⁰¹⁷, determinar específicamente el origen del mismo, la formulación de hipótesis de solución, la justificación de tales hipótesis mediante los argumentos que las apoyen y una vez hecho esto se pasaría a deducir la conclusión.¹⁰¹⁸ Si estamos en el terreno de la argumentación judicial, cobra especial relevancia el contexto de justificación y precisamente la justificación externa más que la interna.

Para Armando S. Andruet la conjugación de la exigencia de justificación interna y externa, hace que:

*“al juez no sólo se le impone que deba fundar en argumentos su resolución, sino que también deje fuera del análisis otros tantos procederes argumentativos que desde y en la praxis puede abordar, hay entonces un nivel prescriptivo y también otro descriptivo en la argumentación jurídica de los jueces, y en el último de los niveles, sea por inclusión de lo que no puede dejar de señalar o de exclusión, por lo que no está autorizado a ingresar en dicho debate”.*¹⁰¹⁹

Es innegable la importancia que tienen los razonamientos judiciales y la manera en que son formulados; por ejemplo, el control de un Tribunal superior en relación con la

¹⁰¹⁶ Cfr. Alexy, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica, cit., pp. 220-221.

¹⁰¹⁷ Sobre este aspecto señala Atienza que existen cuatro tipos de problemas jurídicos que son los problemas de relevancia, cuando hay duda acerca de la norma aplicable al caso; problemas de interpretación, cuando se refieren al sentido y alcance de las normas en cuestión; problemas de prueba, cuando está en duda si un determinado hecho ocurrió o no y; problemas de clasificación, en aquellos casos en que la duda consiste en si un determinado hecho corresponde a determinado concepto contenido en la hipótesis normativa. Cfr. Las Razones del Derecho, cit., p. 62.

¹⁰¹⁸ Cfr. op. ult. cit. p. 62-63.

¹⁰¹⁹ Andruet, Armando S. La Argumentación Jurídica y el Silogismo Forense, en Ghirardi, Olsen A. (Director). El Siglo XXI y el Razonamiento Forense, Córdoba, Argentina, Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, p. 36.

decisión de un juez de primer grado, depende en gran medida de la forma en que éste llevó a cabo y plasmó el proceso argumentativo en su sentencia, tratándose de la sentencia de un Tribunal de último grado, los argumentos que en ella se plasmaron servirán para la solución de futuras controversias sobre aspectos similares.¹⁰²⁰

4.2.5.4. Las diferencias entre la interpretación y la argumentación judicial.

Como se puede apreciar, a lo largo de la presente investigación hemos omitido hacer especial referencia a la interpretación judicial del derecho, o cuando lo hacemos es sólo de manera tangencial. Esto ha sido deliberado y obedece a las razones que exponemos a continuación.

Si bien la interpretación, al igual que la justificación, es una de las fases de la aplicación del Derecho, no tienen por que ser confundidos y menos considerados como equivalentes. Esta cuestión, a la luz de los parámetros que ya hemos expuesto, se resolvería simplemente señalando que la interpretación como actividad quedaría en la fase de *descubrimiento* y que la justificación de la interpretación sería objeto de la *justificación* de la decisión, pero hay que hacer algunas consideraciones que se derivan si se toma este camino.

La hermenéutica y en específico la interpretación del derecho, sobre todo la que llevan a cabo los jueces, ha sido un tema recurrente en la literatura jurídica filosófica, teórica y pragmática. Antes haberse puesto el acento en la justificación de la decisión judicial, lo que existía únicamente eran preocupaciones en torno al significado de la interpretación del derecho, sus métodos y aplicación, lo importante era aclarar qué se entiende por Derecho y, dependiendo de la respuesta, cómo se determina su sentido y alcance, sobre todo el expresado a través de los textos normativos (la Constitución, los tratados, la ley o los reglamentos) y con miras a su aplicación a casos concretos.

¹⁰²⁰ Cfr. Ezquiaga, Javier Francisco. Argumentos Interpretativos y Postulado del Legislador Racional, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, No. 1, octubre de 1994, p. 74.

La evolución de la concepción acerca de la interpretación judicial del derecho ha transcurrido por siglos y ha llegado a un punto donde es plenamente aceptada, así como los diversos métodos que se utilizan para dicha labor (gramatical, teleológico, histórico, sistemático, funcional, entre otros), que en algunos momentos se consideraron excluyentes entre sí, y que ahora forman parte del *arsenal* con que cuenta el juez para resolver los conflictos a través del derecho.

En un primer momento, el juez determinaba el sentido de la disposición, sin necesidad de señalar que dicha interpretación era el resultado de un método determinado; posteriormente, el sólo hecho de mencionar en la parte considerativa de la sentencia que el sentido que se da a una disposición, deriva de alguno de los métodos mencionados (aunque no se explicita las etapas o pasos que integran dicho *método* ni por qué se excluyen otros posibles), ha bastado en muchas ocasiones para dar por justificada la premisa normativa del llamado silogismo judicial.

El uso de los conceptos, cánones y métodos de la interpretación, permiten al juez no sólo llevar a cabo de mejor manera su labor y que la misma no se vea obstaculizada ante los problemas de contradicción, vaguedad, ambigüedad y vacíos que puede afectar a las leyes, sino también genera la impresión de que la aplicación judicial del derecho se toma en serio. No obstante lo anterior, consideramos que tales conceptos, cánones y métodos, también han tenido un uso “argumentativo” y más específicamente retórico, esto es, para persuadir que la decisión judicial se llevó a cabo atendiendo a parámetros, estándares y métodos.

La interpretación que el juez realiza de los textos legales forma parte de los argumentos dirigidos a justificar su decisión. Cuando una de las cuestiones debatidas es precisamente la interpretación de algún precepto legal, esto es, el sentido y alcance que el juez determinó que poseía, los argumentos que se produzcan buscarán justificar el sentido que se pretendió dar al precepto y así excluir cualquier otro.

Las ideas que expusimos acerca del razonamiento judicial y de la justificación de las decisiones judiciales comprenden también a la actividad interpretativa. De acuerdo con Wróblewsky¹⁰²¹ la justificación de la decisión interpretativa se realiza mediante la identificación de aquellos factores que fueron relevantes para determinar el sentido y alcance de un precepto legal.

Entre tales factores se encuentran las directivas interpretativas¹⁰²² y las valoraciones, éstas últimas determinan la elección y los usos de las primeras, lo cual confirma la postura de que las valoraciones o estimaciones juegan un papel trascendental en la aplicación judicial del derecho.

La reunión de estos factores hace de la justificación de la interpretación y en general de la decisión judicial una tarea compleja a la cual, al menos en nuestro país, no se le ha dado la debida importancia; esto es sumamente grave ya que consideramos que el complemento de toda decisión judicial es precisamente su justificación, sin ésta, toda sentencia, por muy justa que intentara ser, aparecería como un acto arbitrario y caprichoso al margen del orden jurídico.

De lo anterior se sigue que la manera en que se determinó el sentido de una norma es una cosa y la “etiqueta” del método que se dice se siguió para tal efecto es otra distinta –que pueden coincidir no hay duda alguna y es esto es algo deseable-. Un situación como esta justifica plenamente que la asignación del sentido y alcance de una disposición sea considerada como parte del contexto de descubrimiento, y las razones de cómo supuestamente se procedió quede en el campo de la justificación.

Esto en lugar de debilitar la importancia de la interpretación la fortalece, pues ahora es necesario no sólo enunciar el resultado de la interpretación y asignarle un “método”, sino

¹⁰²¹ Wróblewsky, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid, Ed. Civitas, 1985, p. 63 y ss.

¹⁰²² Según Wróblewsky éstas son formuladas por la doctrina jurídica que o trata sobre ellas como elementos de una ideología o teoría normativa de interpretación legal o las reconstruye a raíz de un análisis de la interpretación operativa. Cfr. op. ult. cit. p. 65. Véase también de este mismo autor *Ideología de la Aplicación Judicial del Derecho*, en *Crítica Jurídica*, No. 10, 1992, UNAM-CONACYT, pp. 20 y ss.

que esto puede ser cuestionado e incluso rechazado, en cuyo caso debe ser justificado. Desde otro punto de vista, los métodos de interpretación que tradicionalmente han servido sólo al juez debe ahora hacerse más transparentes y explícitos; no basta señalar que se siguió tal o cual de ellos, sino señalar que etapas lo componen y por qué se prefirió a otros posibles.

Entre mejor y más claro muestre el juez el camino que lo llevó a tomar una decisión y se explicite por qué resulta ésta mejor a otras posibles, la actividad interpretativa dejará de ser considerada parte exclusiva de la explicación de la decisión, como algo insondeable y fuera de todo control hasta arribarse al contexto de justificación.

Con lo que aquí hemos señalado no queremos simplemente pasar la importancia y los grandes logros en la interpretación judicial del derecho a un segundo plano de tipo secundario, sino dejar en claro que interpretar no es lo mismo que justificar o argumentar, que la interpretación también es objeto de justificación, y que el conocimiento serio por parte del juez de los métodos de interpretación que se han elaborado hasta ahora, es más necesario que nunca. En este sentido, la teoría de la interpretación jurídica es complementaria, no excluyente ni equivalente de la teoría de la argumentación jurídica.

4.2.5.5. La argumentación judicial en materia de hechos.

La doctrina ha sido profusa en lo que se refiere a la argumentación jurídica acerca de normas,¹⁰²³ a la justificación de decisiones judiciales en la aplicación del derecho, pero sólo hasta hace poco y de manera todavía escasa, se ha ocupado de cómo se motivan o justifican los hechos a los que debe ser aplicado el derecho.

La llamada premisa fáctica se ha entendido simplemente como la fijación judicial de los hechos, su calificación, esto es, que éstos existieron y se dieron de tal o cual manera, a

¹⁰²³ María Gascón señala con acierto “al ojear las bibliotecas jurídicas se constata que la mayor parte de las preocupaciones de los juristas se han centrado en los problemas de interpretación de las normas, asumiendo –implícita o explícitamente– que el conocimiento de hechos no plantea especiales problemas, y, por tanto, no reclama motivación, o que, planteándolos, está irremediabilmente abocado a la discrecionalidad cuando no a la simple arbitrariedad judicial.” Gascón Abellán, Marina. *Los Hechos en el Derecho, bases argumentales de la prueba*, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 195.

efecto de empalmarlos con la hipótesis normativa, con el fin de determinar si dicha hipótesis es o no confirmada y, por lo tanto, debe o no procederse a la aplicación de las consecuencias previstas por esta última. Consideramos que esto se ha sobre simplificado o que resulta tan complejo que se le ha preferido evadir.

Marina Gascón, uno de los pocos autores sobre el tema, inicia su interesante obra sobre *Los Hechos en el Derecho*, con la siguiente afirmación:

“El conocimiento de hechos en sede judicial se ha considerado muchas veces cuestión incontrovertible. *Los hechos son los hechos y no ser argumentados* podría ser el lema de esta tradición. En el fondo de la misma late una gran confianza en la razón empírica que hace innecesaria cualquier justificación en materia de hechos: los hechos son evidentes, y lo que es evidente no necesita justificación; *incluso si tal evidencia se ha obtenido indirectamente*, mediante una metodología inductiva.”¹⁰²⁴

Lo que integra la premisa fáctica a la que nos referimos no está integrada por hechos, sino por enunciados con relación sobre hechos, esto es, *enunciados asertivos de los que se predica la verdad*.¹⁰²⁵ Esta última a su vez ha sido explicada en términos de correspondencia con la realidad, de coherencia dentro de un conjunto de enunciados o de justificación o consenso.¹⁰²⁶

Los hechos por su parte pueden ser *externos* o acontecimientos producidos en la realidad sensible, pero también entran en esta categoría los llamados hechos *internos* o motivos, intenciones o finalidades y, por último, los llamados hechos que pueden ser constatados a través de un juicio de valor o cualificaciones de una conducta o un estado de cosas.¹⁰²⁷

En el proceso judicial los llamados hechos o mejor enunciados sobre hechos están unidos a la noción de *prueba*, que tiene una función cognoscitiva al permitir al juez conocer o descubrir los hechos y que puede ser *directa, deductiva e indirecta*.¹⁰²⁸ Para María

¹⁰²⁴ Gascón Abellán, Marina. *Los Hechos en el Derecho*, bases argumentales de la prueba, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 7.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, pp. 54 y ss.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, pp. 75 y ss.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, pp. 83 y ss.

Gascón, *el conocimiento judicial de los hechos nos sitúa de entrada en el llamado contexto de descubrimiento: el iter que, de hecho, ha llevado o debe llevar al juez a conocer (y, por tanto, a formular como verdadero un enunciado sobre) los hechos que se juzgan.*¹⁰²⁹

Considerando que cada uno de los temas que aquí hemos señalado en lo particular rebasarían el objeto de nuestra investigación, nos concentraremos en la llamada *motivación* de los hechos o en la terminología que hemos seguido hasta ahora, del contexto de justificación en materia de hechos.¹⁰³⁰

El primer aspecto a considerar es la distinción entre justificar la premisa normativa y la premisa fáctica, pues si no existiera tal distinción, no tendría sustento alguno separar en la sentencias las *quaestio facti* de las *quaestio iuris*, de manera que *mientras justificar un enunciado normativo consiste en sostener con razones su validez, o su corrección, o su justicia, justificar un enunciado fáctico consiste en aducir razones que permitan sostener que es verdadero o probable.*¹⁰³¹

En el apartado de hechos de la sentencia, los enunciados fácticos justificados, esto es, las pruebas, pueden ser una de las razones para justificar a su vez otros enunciados de este tipo, de ahí que *la justificación de la premisa fáctica de una decisión judicial es, en suma, una cadena de justificaciones.*¹⁰³²

Sobre el contenido de la justificación que se aduce en favor de la verdad o probabilidad de la premisa fáctica, hay que señalar que se trata de razones, pero que constituyen los criterios de probabilidad o de aceptabilidad de la verdad del enunciado fáctico.¹⁰³³ Aportar razones no es un requisito que se satisface de manera formal simplemente aduciendo “algo” sobre los hechos, sino que exige que tales razones sean *lo bastante sólidas o convincentes para descartar la arbitrariedad y, por eso, la técnica más acorde con un*

¹⁰²⁹ Ibid., p. 97.

¹⁰³⁰ Ibid., pp. 189 y ss.

¹⁰³¹ Ibid., p. 216.

¹⁰³² Ibid., p. 217.

¹⁰³³ Ibid., p. 217.

*modelo cognoscitivista y con el sentido de la motivación es la analítica [contraria a la técnica del relato, que en sí no sirve de justificación]; es decir, la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas.*¹⁰³⁴

Perfecto Andrés Ibáñez señala que la motivación debe consistir “en dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto”.¹⁰³⁵

Marina Gascón, a quien hemos seguido en el desarrollo de este punto, finaliza su obra señalando que la motivación analítica no significa que ésta deba ser extensa, prolija e interminable, sino que debe utilizar los elementos precisos para hacer la decisión razonable y controlable, de esta manera, se deben evitar las *motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos, de vericuetos dialécticos y, en definitiva, farragosas, que no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales, sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad.*¹⁰³⁶

Como puede apreciarse la búsqueda de racionalidad en las decisiones judiciales, quedaría insatisfecha si no se extiende también a la fijación, valoración y calificación de los hechos, así como su adecuado tratamiento argumentativo en la sentencia. La justificación de los enunciados sobre hechos, conocida también como *motivación*, es un elemento clave en el campo de la argumentación judicial.

4.2.5.6. Casos fáciles, casos difíciles y casos trágicos.

Todo caso jurídico involucra un cierto nivel de complejidad y aún el más modesto de los asuntos se puede tornar en una verdadera “pesadilla” procesal y argumentativa. Desde este ángulo parece superfluo hacer una distinción entre casos *fáciles* y casos *difíciles*, pero

¹⁰³⁴ Ibid., p. 225.

¹⁰³⁵ Citado por Marina Gascón. Los Hechos en el Derecho, cit., p. 226.

¹⁰³⁶ Ibid., p. 228.

ésta tiene entre las teorías de la argumentación una razón de ser, pues permite admitir que no es posible desterrar del todo a la lógica del ámbito de la aplicación judicial del derecho y, en consecuencia, que hay casos en que la justificación interna –lógico deductiva- basta como sustento para la decisión.

En opinión de Atienza, los casos fáciles son aquellos que en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo.¹⁰³⁷ Por otra parte, estamos frente a un caso difícil cuando se presentan problemas con relación a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambos. En el primer caso tales dificultades pueden ser de *relevancia* (qué norma es la aplicable); de *interpretación* (cómo debe entenderse algún término). En el segundo caso, los problemas pueden ser de *prueba* (si algo ocurrió o no, o si ocurrió de tal o cual manera); y de *calificación* (si un hecho es o no abarcado por una norma); en los casos difíciles se hace necesaria la llamada *justificación externa* o razones adicionales que apoyen las premisas y que no tienen un carácter puramente formal o lógico.¹⁰³⁸

Entre los casos difíciles podemos señalar a aquellos que involucran conflictos de derechos que se encuentran a un mismo nivel normativo, mismos cuya resolución exige establecer cuál de ellos es más importante dadas y consideradas todas las circunstancias.¹⁰³⁹

Atienza agrega una tercera categoría a las ya señaladas, que es la de los casos *trágicos*, que son aquellos que no pueden resolverse respetando tanto el Derecho establecido como los principios de la justicia; o dicho en forma quizás más simple: no siempre es posible

¹⁰³⁷ Atienza, Manuel. El Sentido del Derecho, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003, p. 264.

¹⁰³⁸ Atienza, Manuel. El Sentido del Derecho, cit., p. 265. Sobre un análisis de diversos casos *difíciles* desde el punto de vista argumentativo, ver Atienza, Manuel. Tras la Justicia, una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico, Ariel, Barcelona, 1993.

¹⁰³⁹ Véase a este respecto Mendonca, Daniel. Los Derechos en Juego, conflicto y balance de derechos, Madrid, Tecnos, 2003.

*hacer justicia por medio del Derecho.*¹⁰⁴⁰ En este tipo de casos se acentúa de mayor manera la justificación externa y sobre todo cuestiones de moralidad.

4.2.5.7. Los cánones de la argumentación judicial, sobre la forma y contenido de los argumentos judiciales.

A través de nuestra exposición hemos hecho un recorrido sobre el papel de la argumentación en el ámbito jurídico desde el punto de vista histórico y teórico, asimismo, hemos intentado establecer las bases sobre las que se desarrolla la argumentación judicial. En este apartado pretendemos descender el análisis a un nivel más pragmático, para intentar dar respuesta a la pregunta ¿cómo llevan a cabo los jueces su actividad argumentativa a la hora de justificar sus decisiones?

Los razonamientos jurídicos la mayoría de las veces van acompañados o producen opiniones controvertidas,¹⁰⁴¹ es por eso que son de tipo dialéctico, es decir, como aquellos que se dirigen a guiar deliberaciones y controversias, tienen por objeto los medios de persuadir y de convencer por medio del discurso, de criticar las tesis de los adversarios y de defender y justificar las propias con la ayuda de argumentos más o menos sólidos.

Tomando en cuenta estas consideraciones cabe ahora explicar brevemente el papel del razonamiento judicial en la solución de controversias.¹⁰⁴² El juez se vale de técnicas argumentativas, muchas de ellas tópicas y retóricas, para encuadrar su decisión en el orden jurídico y a su vez para convencer a las partes, e incluso a sus superiores y a la sociedad en general, acerca de lo acertado de su decisión, esto explica el porqué la motivación de sus determinaciones es en ocasiones una tarea sumamente compleja y delicada.

¹⁰⁴⁰ Atienza, Manuel. *El Sentido del Derecho*, cit., p. 267.

¹⁰⁴¹ Como señala Rodríguez Mourullo *"cuando nos adentramos en un proceso judicial, no nos hallamos en el mundo de las premisas incontestables que, a través de una demostración analítica, conducen a una conclusión necesaria, sino en el reino de lo opinable, de lo discutible, en el marco de lo dual, de las dos verdades, la duda y el duelo dialéctico, que abre paso a la decisión final, es decir, a la elección entre una de las varias soluciones posibles..."* Aplicación Judicial del Derecho y Lógica de la Argumentación Jurídica, Madrid, Ed. Civitas, 1988, p. 21.

¹⁰⁴² Sobre este aspecto, Cfr. Perelman, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Tr. Luis Díez-Picazo, Madrid, Ed. Civitas, 1988, pp. 213 y ss.

En otros términos, *todo litigio implica un desacuerdo, una controversia, el papel del juez consiste en hallar una solución que sea razonable y aceptable, es decir, ni subjetiva, ni arbitraria*¹⁰⁴³, es precisamente en virtud de la *motivación* que el juez justifica su decisión, exhibe sus argumentos que llevan consigo un doble fin, de convencimiento hacia las partes y de congruencia con en el orden jurídico vigente.

De esta manera, sin separar de tajo los principios proporcionados por la lógica, se abren nuevos horizontes para la explicación de la función judicial, que ha dejado atrás el carácter mecánico, secundario y estéril en la interpretación, aplicación y creación del Derecho.

Perelmann finaliza su interesante estudio sobre la lógica jurídica y la nueva retórica señalando que no hay nada en contra de que el razonamiento judicial presente la forma de un silogismo, pero esto no garantizará en modo alguno el valor de la conclusión; en todo caso, la aceptabilidad de las premisas que integren el silogismo resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y de los valores que se contraponen en el litigio, "*el juez debe efectuar el arbitraje de uno y otros para tomar una decisión y motivarla*".¹⁰⁴⁴

En este apartado nos concentraremos en la justificación realizada por los jueces en la parte considerativa de la sentencia, esto es, en donde se encuentra no un ejercicio de mera narración cronológica de los sucedido o de las etapas del proceso que permitieron llevar al fallo, sino donde se reflejan los razonamientos que realiza el juez para fijar la litis, señalar y valorar las pruebas aportadas, así como el sentido que dio a los preceptos jurídicos que consideró aplicables, y que finalmente lo llevaron a decidir en determinado sentido.

A lo largo de nuestra investigación se ha insistido en un problema central que es la aplicación judicial del derecho usando los cánones de la lógica formal de tipo matemático, en el que las leyes son consideradas de inicio como dogmas incuestionables y donde la fijación judicial de los hechos no es problemática y permite su calificación de manera

¹⁰⁴³ Id.

¹⁰⁴⁴ Perelman, Chaim. La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica, cit., p. 232.

contundente, así se superficial. De esta manera, al juez se consideraba como un lógico al interesaba más que nada la correcta formulación de un silogismo, de cuya conclusión derivara la adscripción de las consecuencias previstas en la norma jurídica.

Existen ejemplos claros acerca de las posibles consecuencias que traería consigo usar la deducción silogística para decidir una cuestión jurídica, tal es el caso de la anécdota a que hace referencia Recaséns y que atribuye a Petrasyski, sobre una persona que en Polonia pretendía abordar un tren acompañado de un oso, siendo que en la estación ferroviaria había una señalización que prohibía la entrada con perros; la interpretación de la disposición, de conformidad con los cánones de la lógica formal, llevaría a aceptar que el oso no está contemplado en el concepto “perro” y, por lo tanto, la prohibición no aplica en este caso.¹⁰⁴⁵

Hay quien podría señalar que la disposición en el ejemplo está mal formulada y que debe existir un letrero que diga “está prohibido entrar con animales”, pero el problema persiste pues pensando en una persona en cuyo estómago le fueran detectadas lombrices o que tuviera cisticercos, tampoco podría subir al tren en virtud de que tales bichos podrían entrar en el concepto de animales. Cabría también la posibilidad de negar a una persona invidente el acceso al tren en virtud de llevar consigo un perro “guía”, pues éste cae en la prohibición señalada por la disposición.

Un caso similar sería aquel en que existe en un parque una prohibición absoluta de ingresar al mismo con vehículos automotores; si una persona en dicho lugar tuviera un accidente grave ¿podría invocarse dicha prohibición para prohibir el paso a una ambulancia al interior del parque? Si la lógica formal entrara en acción la ambulancia es un vehículo automotor, por lo tanto no podría permitírsele el acceso.

Otro caso sería el de la prohibición que existe en los aeropuertos para ingresar al avión con armas de fuego o con proyectiles o balas; si fuera el caso de un veterano de guerra que está postrado en una silla de ruedas por tener un proyectil incrustado en la columna

¹⁰⁴⁵ Ibid., p. 165

vertebral, ¿sería el caso de impedirle el paso por aplicación de las normas de seguridad? Si se aplica lógica formal por supuesto que se le debe prohibir el paso.

Estos ejemplos, así sean extremos, son indicativos que la aplicación de la lógica formal al ámbito jurídico puede traer consecuencias disparatadas, irrazonables o injustas, es por ello que se ha combatido su eficacia en el ámbito de la aplicación del derecho. Esto no significa que la lógica no preste grandes servicios al derecho, como por ejemplo en la formación de los conceptos jurídicos.

Por otra parte, no se trata simplemente de desterrar la lógica o, como se mencionó párrafos atrás, tampoco de que el razonamiento judicial no adopte la forma del silogismo - habría más bien que reemplazar en lo posible el modelo formal por el de la dialéctica o tópica propuesta inicialmente por Aristóteles-, además, el acento ahora se sitúa en exhibir el camino que llevó a la elección de las premisas fáctica y normativa, así como justificarlas de manera razonable.

Es precisamente por esto que es afortunada la distinción entre la justificación interna y externa del razonamiento judicial, de manera que la justificación interna vale por su forma y la externa vale por lo convincentes que resulten los argumentos que la sustenten; esto significa que es posible evaluar los argumentos judiciales con los instrumentos que proporciona la lógica y también con los de la argumentación, tópica y retórica.

En el campo del derecho lo que resulta más relevante es que las premisas estén satisfactoriamente formuladas y que de ellas se siga la solución del caso, misma que debe ser óptima y susceptible de ser apoyada en buenas razones.

Por otro lado, para quienes insistan en que la lógica formal de tipo matemático siga dominando la escena de la aplicación judicial del derecho, simplemente habría que advertirles que esto implica que también han de someterse a las reglas de tipo lógico, que son estrictas, y que su falta de satisfacción conduce a la invalidez del argumento como tal y de todo lo que él deriva.

Existe un aspecto que no se debe dejar de mencionar, así se atiendan las teorías de la argumentación más avanzadas y que es el de la evaluación de los argumentos. A este respecto, el desplazamiento de la lógica formal por la argumentación jurídica, no significa que todo vale a la hora de argumentar o justificar, también por supuesto existen parámetros para determinar lo acertado o *razonable* de dicha justificación y esto viene dado según la teoría que se adopte, por ejemplo, en el caso de Perelman la adhesión del auditorio sería dicho parámetro, en el caso de Alexy sería el procedimiento que se ha seguido, en el caso de Recaséns la razonabilidad de las premisas y de la conclusión, y en el caso de Toulmin, la expresión de las garantías y los soportes del razonamiento.

Para Manuel Segura, si bien las teorías señaladas han sido un esfuerzo positivo, aún no han logrado arribar una teoría racional de la argumentación jurídica que fundamente, justifique y limite el proceder argumentativo de la *praxis*.¹⁰⁴⁶ Para dicho autor, *la exigencia de justificación y/o motivación de las decisiones jurídicas no presupone la racionalidad de las mismas, por otra parte, la razonabilidad se presenta así como un criterio de justificación de las decisiones siendo un concepto diferente al de racionalidad*.¹⁰⁴⁷

La racionalidad tiene una carga emotiva positiva y ha servido como un término persuasivo, al igual que ha sucedido en algunos casos con el término “científico”, *la calificación de un pensamiento como racional o de una realidad, conducta o norma no puede hacerse de un modo abstracto sino que necesariamente debe estar referido a algo y ese algo condiciona de manera determinante la forma, estructura y sentido del razonamiento*.¹⁰⁴⁸

Una forma de abordar la racionalidad es establecer ciertas clasificaciones y categorías; la primera de ellas consiste en distinguir la razón especulativa y la razón práctica (que tiene que ver con acciones y pautas de conducta). Esta última, donde radica la argumentación jurídica, se puede a su vez dividir en racionalidad formal (con relación a fines) y material

¹⁰⁴⁶ Segura Ortega, Manuel. *La Racionalidad Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 115.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, pp. 120-121

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 10.

(con relación a valores). Manuel Segura afirma que los elementos imprescindibles para hablar de racionalidad son cuatro: 1) intersubjetividad; 2) método; 3) posibilidad de obtener resultados más o menos predecibles; 4) existencia de reglas, criterios o pautas reconocidas que permitan controlar eficazmente la racionalidad del discurso.¹⁰⁴⁹ No obstante esto, la relatividad de la racionalidad es inevitable, pero aumentaría en grado su utilidad si cuando se menciona se indica al menos a cual de los tipos se está haciendo referencia o si se pone el énfasis en arribar un criterio consensuado fuerte sobre las reglas y criterios señalados en el número 4.

Por otro lado, y antes de pasar a señalar algunos argumentos en concreto que se utilizan en la justificación de las decisiones judiciales, habría que dejar en claro que la sentencia se presente por lo regular desde un punto de vista “macro” como un gran silogismo que tiene como premisa mayor al Derecho y como premisa menor a los hechos; pero desde el punto de vista “micro” en realidad se trata de un tejido de argumentos de diverso tipo, algunos de ellos con la forma de deducciones, otros de inducciones generales o de analogías y otros como argumentos de autoridad, de reducción al absurdo o consecuencialistas; todos ellos unidos en dicho entramado que al final deriva en el gran silogismo judicial que es la sentencia.

La gran mayoría de las teorías de la argumentación se quedan únicamente en el nivel teórico de carácter crítico, son descriptivas en cuanto a que se refiere a cómo se argumenta, pero son silenciosas a la hora de preguntarse cómo se debe argumentar. Existen otras teorías denominadas prescriptivas, a las que les incumbe más que señalar cómo se argumenta proponer una manera de cómo se debe argumentar, pero se trate de uno o de otro caso, lo cierto es que los lectores que esperan encontrar en dichas obras al menos una guía básica de cómo argumentar, quedan un tanto decepcionados por haberles mostrado un mundo tan complejo, pero ni una sola pauta si es que se quiere acceder al grupo de quienes convencen argumentando bien.

¹⁰⁴⁹ Ibid., p. 21 y ss. Dicho autor afirma al finalizar su obra que no se ofrece una respuesta definitiva acerca de la racionalidad y sus parámetros, y admite que *todo lo que se ha dicho invita a pensar que el problema de la racionalidad del Derecho es, sencillamente, irresoluble*. Ibid., p. 128.

Entre los autores que proponen una serie de estrategias o pautas para mejorar la argumentación judicial se encuentra Gerardo Dehesa, quien señala entre dichas estrategias las siguientes:¹⁰⁵⁰

- 1) Un juzgador debe poseer conocimiento, mostrar disposición y tener habilidad para organizar una discusión; apoyar con razones; saber cuándo y qué preguntar; clarificar el discurso, tomar en cuenta el contexto de la discusión; reconocer la estructura de un argumento, saber cuando la evidencia es insuficiente, buscar alternativas.
- 2) Para argumentar, hay que conocer y saber distinguir los distintos tipos de actos de habla, como son oraciones, proposiciones, aseveraciones y enunciados.
- 3) También hay que saber reconocer los diversos usos del lenguaje, como son: el informativo, directivo, expresivo, descriptivo, eufemístico y metafórico.
- 4) Un requisito consustancial al desarrollo de las actividades argumentativas es la lectura, sobre todo de tipo analítico-informativa.
- 5) Es importante saber identificar cuando se está frente a un argumento, una inducción, una deducción, qué es una premisa, un silogismo y una inferencia.
- 6) Para construir un argumento se debe tomar en cuenta la distinción entre apoyar dogmáticamente y defender con razones (argumentar); saber escuchar; no realizar juicios precipitados; buscar ejemplos (precedentes); uniformar expresiones; usar términos consistentes; procurar no usar lenguaje emotivo, usar un solo significado para cada término; hacer diagramas de argumentos y debates complejos, añadir premisas implícitas; añadir conclusiones implícitas, identificar consecuencias; evaluar las premisas; evaluar las fuentes; distinguir verdad de validez; reconocer el tipo de argumentos y de evidencias; reconocer las relaciones entre las partes de un argumento, detectar falacias.

¹⁰⁵⁰ Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, pp. 176 y ss.

7) Para analizar un argumento es necesario: evaluar el tema; clarificar los términos claves; eliminar la ambigüedad y vaguedad; distinguir extensión e intensidad de un concepto, manejar los distintos tipos de definición; identificar la conclusión y las premisas, eliminar el material innecesario.

8) Los elementos de un argumento son: Pretensión, bases, justificación, respaldo, modalización, posibles refutaciones (siguiendo el esquema propuesto por Toulmin).

9) Entre los tipos de argumentos se encuentran:¹⁰⁵¹

- Argumento de autoridad o *ab exemplo*
- Argumento analógico o *a simili*
- Argumento a partir de los principios generales del derecho
- Argumento sistemático
- Argumento topográfico o de *sedes materiae*
- Argumento *a cohaerentia*
- Argumento de constancia terminológica
- Argumento de equidad o equitativo
- Argumento teleológico
- Argumento pragmático
- Argumento *a fortiori*
- Argumento *a contrario sensu*
- Argumento *reductio ad absurdum* o apagógico
- Argumento psicológico
- Argumento económico o de la no redundancia
- Argumento histórico
- Argumento moral

Si bien no es el objeto del presente trabajo ser un manual práctico de argumentación judicial, consideramos que con la exposición de las pautas y consejos que hemos señalado se da una idea del vasto campo de la argumentación judicial, que además está en

¹⁰⁵¹ El autor que propone estas categorías se preocupó de explicar cada una de ellas y, además, señalar ejemplos derivados de tesis de jurisprudencia, por lo que es un buen referente para quien quiera adentrarse en los tipos de argumentos más comunes. Cfr. Dehesa Dávila, Gerardo. Introducción a la Retórica y la Argumentación, cit., pp. 337 y ss.

constante evolución. Por otra parte, hay que señalar que la argumentación judicial es una de las más acotadas por reglas de procedimiento y sustantivas, precedentes, normas constitucionales y de fuente internacional, de manera que no es completamente libre en su forma y contenido.

Esta limitación de la argumentación judicial deriva de su carácter institucional, sometido a reglas y parámetros a los que no están sometidos otros tipos de ejercicios argumentativos, por ejemplo los que llevan a cabo los abogados litigantes, de ahí que, por ejemplo, resulte más acorde con la función judicial buscar la formulación racional de argumentos, que la de carácter persuasivo como objetivo primordial. Un juez no podría justificar su decisión en que la situación de alguna de las partes lo conmovió o que le generó tal animadversión que decidió inclinar el fallo en su contra.

Los elementos que hemos presentado confirman de manera enfática una las hipótesis que impulsan nuestra investigación, que la justificación judicial es una labor argumentativa, cuyos parámetros pueden ser analizados a través de los aportes de las teorías de la argumentación jurídica, los cuales buscan no sólo hacer que la argumentación judicial sea *razonable* sino que pueda ser *controlada* o *evaluada* bajo parámetros distintos a las reglas de la lógica formal.

La argumentación judicial es en cierto modo una justificación que se construye sobre dos o más justificaciones, que son las que presentan las partes para apoyar sus respectivas pretensiones. En un primer momento el juez corresponde una labor de *cazador* de los argumentos centrales de las narraciones de las partes, para determinar cual de ellos resulta más convincente a la luz de las pruebas aportadas y el valor que se dé a éstas; la labor del juez en este sentido no se limita a suscribir una de las narraciones justificadas de las partes, sino que tiene que generar su propia justificación que desde cierto ángulo *califica* y se impone sobre las de las partes, dando lugar a la llamada “verdad legal” o “verdad del expediente”.

La justificación que ofrece el juez va dirigida no sólo a las partes, sino que también cumple otras funciones diversas al convencimiento de éstas; entre otros motivos jurídicos y meta jurídicos el juez deja constancia de sus argumentos para:

- Dejar constancia que su actuación es un reflejo fiel de la independencia e imparcialidad con la que decidió.
- Que aquél que quisiera reconstruir el camino que llevó a la decisión de un caso concreto en un sentido determinado, cuente con los elementos necesarios para ello.
- Comprobar que la decisión que adoptó el juez, no es otra que la aplicación del ordenamiento vigente a la luz de los hechos y las pruebas del caso.
- Que los órganos superiores y, en su caso, últimos de decisión judicial, se les permita tener un control jurídico de las decisiones de los órganos inferiores, a efecto de comprobar que se ajustan a los criterios emitidos aquellos, esto es, evitar que la decisión sea revocada.
- Dar a conocer las razones que apoyaron una determinada decisión y esta sirva para resolver casos similares que se presenten en un futuro.
- Que se pueda someter la decisión, cuando es definitiva, al escrutinio público.
- Verificar su compatibilidad con las reglas y los principios aplicables del ordenamiento de que se trate.
- Demostrar que la decisión se apegó a las reglas jurídicas, precedentes y principios aplicables.
- Demostrar que se decidió el litigio planteado por las partes, en el que se tomaron en cuenta las diversas posiciones de éstas y los medios de prueba aportados.

- Cumplir con un mandato constitucional, con las leyes y las reglas de procedimiento vigentes.
- Evitar que la decisión sea calificada como arbitraria, sin fundamento, apartada del ordenamiento, ilegal, inconstitucional, etc.
- No generar actos que devengan en la exigencia de responsabilidad administrativa, civil, penal o de tipo internacional al juez.
- Mostrar sus habilidades de expresión por escrito.

Con relación a este último punto, habría que señalar que el énfasis en la expresión escrita de los argumentos, ha llevado a perder la habilidad para argumentar oralmente, en público; es distinto expresarse de manera escrita que de manera oral. Esto ha provocado que se generen “formas” por hábito y costumbre, que devienen en formas “invariables”, se conviertan en el protocolo obligado para dar paso a la sustancia misma que se pierde en ocasiones entre las líneas y formas protocolarias. Se crea un código lingüístico específico, pero en ocasiones se olvida que las formas son sólo eso “formas” y que hay más de una para solicitar o expresar lo que se quiere. La forma se trasvasa en la sustancia, de modo que no hay manera de separarlas y se llega al extremo de trasladar a un segundo plano los puntos controvertidos, para convertir el litigio en un pleito de “formulas sacramentales”.

En la actualidad se han heredado por tradición dichas formas, porque la doctrina ha estado muy lejos de la práctica para cuestionarlas, y quien se encuentra inmiscuido en dicho universo, no tiene por lo regular la capacidad o el interés de criticarlas o internar nuevas expresiones, más acordes con la realidad, en un mundo donde el juez presta un servicio público de impartición de justicia, pero no es alteza, ni las personas súbditos. En este sentido, hace falta revisar la *jerga* existente, que da una normalidad al funcionamiento del aparato de impartición de justicia, pero que ha sido un lastre arrastrado por años e impide el desarrollo de un juego argumentativo creativo y dinámico.

Una reflexión que hemos dejado para el final de este punto es la relativa al papel de los medios de impugnación, que abren la posibilidad de nuevas instancias o de etapas de revisión y evaluación de la justificación judicial, tanto de la que apoya la premisa fáctica, como la jurídica, pero en ciertos casos, como por ejemplo tratándose de la casación, la justificación que se analiza es la atinente a la parte del Derecho, no a los hechos, los que quedan fijados y calificados en forma definitiva.

El punto más interesante a este respecto es la justificación que realizan aquellos órganos jurisdiccionales que no tienen otro sobre sí, esto es, que deciden de manera definitiva una controversia, que tienen la última palabra dentro del ordenamiento y, más aún, cuando la justificación judicial se refiere a la aplicación de las normas superiores del ordenamiento: las normas de la Constitución, es precisamente este punto al cual nos referiremos en el apartado último de nuestra investigación.

4.2.5.8. La presencia y efectos de las falacias en el razonamiento jurídico.

El razonamiento falaz o erróneo es la antítesis de aquel formalmente válido y materialmente verdadero. Por una parte, podemos mencionar que todo aquello que no se ajuste a los cánones de la lógica formal o material es considerado, de manera residual, como razonamiento falso o inválido, de aquí que la preocupación principal sea cómo formular y evaluar al razonamiento acertado. No obstante lo anterior, consideramos de suma utilidad contar con las herramientas no sólo para la formulación de argumentos correctos, sino también para detectar y, por qué no, incluso formular argumentos falaces, pero persuasivos.

En efecto, desde el ángulo de la lógica formal son finitas las reglas y modalidades para arribar a un razonamiento formalmente válido, así también las de la lógica material a partir de reglas precisas sobre la verdad; sin embargo, esto no sucede con el argumento inválido o falso, pues las maneras en que se puede generar son múltiples y no se pueden considerar las hipótesis como acabadas.

De acuerdo con las ideas de Irving Copi y Cohen “una falacia es un error de razonamiento. De la manera en que los lógicos utilizan el término, no designa cualquier error o idea falsa, sino errores típicos que surgen frecuentemente en el discurso ordinario y que tornan inválidos los argumentos en los cuales aparecen”. Siguiendo a este mismo autor, todo argumento trata de establecer la verdad de su conclusión, pero esto puede fallar de dos formas, la primera de ellas es que algunas de las premisas sea falsa, y la segunda consiste en que las premisas no impliquen a la conclusión.¹⁰⁵²

Sólo esta última opción entra en el campo de la lógica formal, *hay muchas formas en las que puede equivocarse el razonamiento, muchos tipos de errores que se pueden cometer en un argumento. Cada falacia es un tipo de argumento incorrecto.... En lógica, se acostumbra a reservar el término “falacia” para los argumentos que, aun cuando sean incorrectos, resultan persuasivos de manera psicológica,*¹⁰⁵³ en términos llanos, la falacia es algo que *parece ser pero no es.*

Robert J. Gula en su obra *Non-sense, a Handbook of logical fallacies* (sin sentido, manual de falacias lógicas), trata de explicar las maneras en que la gente tiende a opinar y pensar, a través de 13 principios generales, que consideramos de utilidad reproducir a continuación:¹⁰⁵⁴

1. Tiende a creer lo que quiere creer.
2. Tiende a proyectar sus experiencias y preferencias propias sobre las situaciones que le se presentan.
3. Tiende a generalizar a partir de un evento específico.
4. Tiende a involucrarse personalmente en el análisis de un tema y tiende a poner de por medio sus sentimientos sobre un sentido de objetividad.

¹⁰⁵² Copi, Irving M. y Cohen, Carl. Introducción a la Lógica, México, Limusa-Noriega Editores, 2004, p.125.

¹⁰⁵³ Ibid., p. 126.

¹⁰⁵⁴ Gula, Robert J. Non-sense, a handbook of logical fallacies, Estados Unidos de América, Axios press, 2002, p. 2-3.

5. No son buenos oyentes, escuchan de manera selectiva; frecuentemente oyen lo que quieren oír.
6. Son propensos a racionalizar.
7. Por lo regular no pueden distinguir lo que es relevante de lo que no lo es.
8. Se desvían fácilmente del tema específico que se esta tratando.
9. No están dispuestos usualmente a explorar todas las posibilidades acerca de un tema; tienden a la sobre simplificación.
10. Regularmente juzgan a partir de las apariencias. Cuando observan algo, malinterpretan lo que ven, y cometen errores terribles al juzgar.
11. También por lo regular simplemente no conocen acerca de lo que hablan, especialmente en temas de discusión general; raramente piensan con cuidado antes de hablar, pero eso sí antes de pensar con cuidado permiten el paso a sus sentimientos, preferencias, gustos, disgustos, esperanzas y frustraciones.
12. Raramente actúan de acuerdo con un patrón o estándares consistentes, y también raramente examinan la evidencia y luego formulan la conclusión. En vez de ello, tienden a hacer lo que quieren hacer o creer lo que quieren creer y después buscan la evidencia que apoye sus acciones y creencias. Frecuentemente piensan de manera selectiva: al evaluar una situación son propensos a encontrar las razones que apoyen lo que quieren fortalecer y también se inclinan a ignorar o restar importancia a las razones que no apoyan lo que desean.
13. Es común que no digan lo que realmente quieren significar y, por el contrario, lo que dicen no corresponde con lo que realmente intentan comunicar.

Consideramos que esta es una descripción muy cercana con lo que cotidianamente nos encontramos cuando discutimos o nos comunicamos con los demás, pero si se les analiza,

por ejemplo, en el contexto de la aplicación del derecho, también tienen por supuesto aplicación.

Para Robert J. Gula el primer tema del mundo de las falacias es el uso del lenguaje emotivo, luego de lo cual están las falacias formales (que se refieren a la forma del razonamiento), e informales que se producen por inferencias apuradas, incorrectas o descuidadas, o porque un argumento contenga una premisa que es falsa o débil y que la falsedad o la debilidad de dicha premisa pasa desapercibida.¹⁰⁵⁵

Para este autor, existen diversas maneras de clasificar las falacias informales, pero las más recurrentes categorías son las que se refieren a la irrelevancia, confusión y la sobre simplificación. En el caso de la primera categoría una conclusión se basa en algún tipo de proposición que es irrelevante; en la segunda categoría, se alcanza una conclusión incorrecta debido a problemas de ambigüedad o confusión en el significado de las palabras o al sostener una idea; y en la tercera, la gente salta a conclusiones apresuradas y no examina el tema con el debido cuidado.¹⁰⁵⁶

Por otra parte, el número y tipo de falacias, como señalamos, no está determinado; Copi y Cohen refiere que Aristóteles identificó 13 tipos, pero que hay autores que han identificado más de 113. Dicho autor se dedica a estudiar 17 tipos, los más comunes y engañosos del razonamiento, para lo cual divide dos grandes grupos: las falacias de atencencia y las falacias de ambigüedad.¹⁰⁵⁷

Las falacias de atencencia, en la clasificación de Copi y Cohen, se presentan *cuando un argumento descansa en premisas que no son pertinentes para su conclusión y, por lo tanto, no pueden establecer de manera apropiada su verdad..., las premisas con*

¹⁰⁵⁵ Ibid., p. 36.

¹⁰⁵⁶ Id.,

¹⁰⁵⁷ Copi, Irving M. y Cohen, Carl. Introducción a la Lógica, cit., p. 126 Anthony Weston señala que hay dos grandes falacias, la primera de ellas deriva de extraer conclusiones de una muestra demasiado pequeña, y la segunda, del olvido de alternativas. Weston, Anthony. Las Claves de la Argumentación, Ariel, Barcelona, 1994, p. 125.

frecuencia son psicológicamente atinentes para la conclusión, y esto explica la aparente corrección y persuasividad.¹⁰⁵⁸

Entre las falacias que integran este grupo se encuentran:

1. El argumento por la ignorancia: argumento <i>ad ignorantiam</i>	Consiste en argumentar que una proposición es verdadera simplemente porque no se ha probado su falsedad o, por el contrario, que es falsa porque no se ha probado su falsedad
2. La apelación inapropiada a la autoridad: argumento <i>ad verecundiam</i>	Esta no se produce por invocar opiniones expertas en alguna materia, sino cuando se invocan a manera de autoridades legítimas a expertos que no poseen tal calidad en la materia que se discute
3. Pregunta compleja	Consiste en formular una pregunta que presupone la verdad de una conclusión implícita en el propio cuestionamiento
4. Argumento <i>ad hominem</i>	Cuando el argumento va dirigido no a atacar lo que se dice, sino a la persona que lo dice
5. Accidente	Que consiste en aplicar generalizaciones a casos concretos
6. Accidente inverso	Se da cuando aplicamos principios válidos para un caso particular y pretendemos aplicarlos a todos los casos
7. Causa falsa	Hacer derivar una consecuencia de una causa falsa
8. Petición de Principio, <i>petitio principii</i>	Consiste en suponer la verdad de lo que uno quiere probar
9. Apelaciones a la emoción, argumento <i>ad populum</i>	Consiste en apelar a las emociones para convencer de una determinada opinión, causa o curso de acción, reemplazando a la argumentación racional
10. Apelaciones a la piedad, argumento <i>ad misericordiam</i>	Es apelación a las emociones, pero en este caso específicamente al altruismo, a la piedad o una situación de inferioridad
11. Apelaciones a la fuerza, argumento <i>ad baculum</i>	Recurrir al uso de la amenaza, los daños futuros a efecto de convencer
12. Conclusión inatiente, <i>ignoratio elenchi</i>	Se comete cuando un argumento arriba a una conclusión distinta de la que quiere en realidad se quiere probar

¹⁰⁵⁸ Copi, Irving M. y Cohen, Carl. Introducción a la Lógica, cit., p. 127.

Por lo que respecta a las falacias de ambigüedad, Copi y Cohen afirman que *a veces, los argumentos fracasan porque su formulación contiene palabras o frases ambiguas, cuyos significados cambian en el curso del argumento, produciendo así una falacia. Estas son las falacias de ambigüedad –sofismas se les dice a veces- y si bien algunas de ellas suelen ser crudas y fácilmente detectables, otras resultan sutiles y peligrosas.*¹⁰⁵⁹ Entre estas se encuentran las siguientes:

Equívoco	Se origina por la característica de que las palabras utilizadas admiten varios sentidos, de manera que en un mismo contexto se hace alusión a más de un significado creando confusión
Anfibología	Ocurre por el uso de premisas cuyas formulaciones son ambiguas a causa de su construcción gramatical, de manera que tales premisas son falsas bajo cierta interpretación y verdaderas desde otra perspectiva
Acento	Se presenta por el cambio de énfasis o de acento en las palabras, de manera que la conclusión que se obtiene de las premisas, usando las mismas palabras, pero con diferente acento
Composición	Es un razonamiento que atribuye al todo las propiedades de las partes
División	A contrario de la anterior, se atribuyen a cada una de las partes las cualidades o propiedades del todo

Anthony Weston¹⁰⁶⁰ ofrece también un listado de falacias, de entre las cuales nos parece importante citar algunas que no figuras o no de la misma manera en el catálogo elaborado por Copi y Cohen: 1) La falacia deductiva de *afirmar el consecuente*; 2) descalificar la

¹⁰⁵⁹ Ibid., p. 151.

¹⁰⁶⁰ Weston, Anthony. Las Claves de la Argumentación, cit., pp. 123-134.

fuelle, usar lenguaje *emotivo* para menospreciar un argumento incluso antes de mencionarlo; 3) falso dilema, consiste en reducir las opciones sólo a dos, por lo regular drásticamente opuestas; 4) la falacia deductiva de *negar el antecedente*, que lleva a olvidar otras alternativas; 5) Post hoc, ergo propter hoc (debido a esto), se trata de asumir la causalidad demasiado pronto sobre la base de la mera sucesión en el tiempo; 6) provincialismo, que se comete al universalizar un hecho local; 7) suprimir prueba, que consiste en presentar solo una parte de un conjunto de datos que apoyen una afirmación, esta es un tipo de falacia que se imputa a los periodistas que sacan de contexto o utilizan la opiniones de una persona entrecortadas.

Como puede apreciarse del catálogo presentado por Copi y Cohen, complementado con el de Weston, si bien se da un paso importante al detectar las fuentes del razonamiento erróneo, identificarlas en la práctica al momento de un debate o en un discurso oral es una tarea que requiere un entrenamiento constante y prolongado, por lo que parece que la mayor utilidad es conocerlas e intentar no incurrir en ellas en los argumentos y discursos propios.

No obstante lo anterior, en actividades que trabajan constantemente con argumentos no sólo se hace necesario conocer las falacias, sino detectarlas y atacarlas, lo cual implica también que ante quien se hacen dichos planteamientos, por lo regular el juez o la autoridad administrativa, sean avezados en estos temas, lo cual no ocurre desafortunadamente con frecuencia. Podemos incluso afirmar que puede existir un uso retórico de las falacias, cuando se tacha precisamente de un error lógico a un buen razonamiento y se genera en el oyente una desconfianza ante éste.

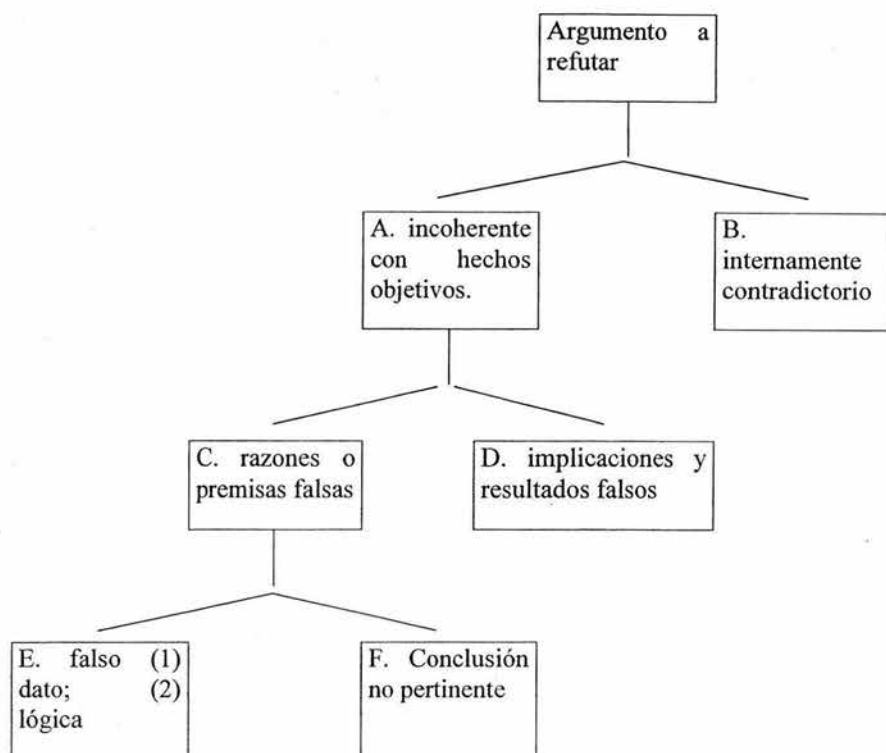
Edward Damer señala que para cada falacia hay una forma de atacarla, pero que existen tres estrategias generales para este efecto: la primera de ellas consiste en permitir que el argumento se “auto-destruya”, lo cual se logra reformulándolo en la forma lógica estándar para que quede al descubierto su carácter fallido; la segunda, es utilizar el método del contra ejemplo, que es un camino rápido y fácil de cuestionar una premisa inaceptable, lo cual permite dejar en claro que la proposición expresada en la premisa no es

necesariamente o siempre verdad; y la tercera forma, calificada por Damer como *posiblemente la más imaginativa y efectiva de las estrategias*, es conocida como “el método del ejemplo absurdo” y comparte características con las estrategias previas; ésta se dirige a demostrar un patrón de razonamiento defectuoso a través de la construcción de un argumento con la misma forma o patrón del que se quiere atacar, de manera que lleve a una conclusión claramente falsa o incluso absurda.¹⁰⁶¹

Nicholas Capaldi¹⁰⁶² ofrece una *anatomía de la refutación*, esto es, un esquema general para socavar los argumentos del rival, para lo cual afirma que se requiere *gala de ingenio y persistencia*. Cada uno de los cuadros inferiores al del argumento a refutar representa una estrategia específica de ataque a este último. Enseguida ofrecemos el diagrama propuesto por Capaldi:

¹⁰⁶¹ Damer, Edward T. *Attacking Faulty Reasoning, a practical guide to fallacy-free arguments*, 4a edición, Canadá, Wadsworth, 2001, pp. 46 a 49.

¹⁰⁶² Capaldi, Nicholas. *Cómo Ganar una Discusión, El arte de la Argumentación*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000, p. 106.



Copi y Cohen por su parte admite que *no hay una forma mecánica para detectar falacias, ni forma segura de evitar esos riesgos*, no obstante para evitar las falacias de atinencia se debe tener *una constante vigilancia intelectual*, y ser conciente de la flexibilidad del lenguaje y de las multiplicidad de sus usos. En este punto dicho autor hace referencia a otra figura que ocurre cuando *la distancia entre las premisas y la conclusión es muy grande y el error del razonamiento muy flagrante*, que se conoce como *non sequitur*.¹⁰⁶³

Por lo que se refiere a las falacias de ambigüedad, Copi y Cohen recomiendan tener con claridad del significado de los términos y que las palabras tienen una variedad de sentidos

¹⁰⁶³ Copi, Irving M. y Cohen, Carl. Introducción a la Lógica, cit., p. 163.

y significados diferentes, por ello, *es importante definir los términos claves que usamos, lo cual es una actividad que también cae en el campo de la lógica.*¹⁰⁶⁴

Si esto que expusimos en este punto ocurre en el reino de la lógica, se acentúa aún más en el terreno de lo preferible, lo plausible o lo convincente que es el de la dialéctica y el de la retórica. En estos últimos casos detectar, evidenciar y vencer argumentos malos o falsos, es una tarea aún más difícil, porque mientras que en la lógica formal puede haber argumentos válidos y conclusiones falsas, y argumentos no válidos y conclusiones verdaderas, en el campo de lo verosímil o de la persuasión donde no existen verdades incontestables, la balanza puede inclinarse de uno a otro lado inclusive con razonamientos aparentes o haciendo uso de recursos emotivos, lo cual es perfectamente válido y admisible en estas materias si con ello se consigue la persuasión.

Cabría a partir de estos elementos preguntarse si tienen plena aplicación en el terreno jurídico, donde una de las labores principales es la de argumentar. La respuesta inmediata sería un sí, los argumentos en el ámbito jurídico pueden ser inválidos desde un punto de vista lógico formal y también puede ser malos, engañosos y aparentes, si se atiende a la presencia de falacias informales, como las que hemos señalado. Esto abre dos caminos que son complementarios para el control de los argumentos jurídicos, uno de ellos es sobre su corrección interna y otro con relación a su corrección externa, lo cual en la doctrina se ha llamado *justificación interna* y *justificación externa*, que también abordaremos.

Algo que vale la pena destacar es que lamentablemente los autores sobre argumentación jurídica, no ponen un especial énfasis en el tema de las falacias, pero consideramos que es un primordial profundizar en él y en su impacto en el razonamiento jurídico. De hecho, no se necesita un esfuerzo particular al revisar las diversas falacias y darse cuenta de su innegable presencia en la argumentación jurídica en general, pero adaptarlas plenamente al sector específico del derecho es todavía una labor en construcción.

¹⁰⁶⁴ Ibid., p. 164.

Un último punto que queremos destacar es que las falacias forman un arsenal sumamente amplio a la hora de plantear medios de impugnación, a efecto de mostrar a la instancia de decisión, que se presupone deberá conocer al menos las reglas generales, que una resolución determinada es producto de falacias formales o informales, más allá de los planteamientos estrictamente jurídicos que se hagan valer.

Capítulo V. La argumentación en la aplicación judicial de la Constitución.

Sumario: 5.1. Introducción; 5.2. Los presupuestos y las implicaciones de aplicar la Constitución, de acuerdo con las características distintivas de las normas que la integran; 5.3. Los procedimientos de concreción y de aplicación de las normas constitucionales; 5.3.1. La aplicación de la Constitución vía los mecanismos de jurisdicción constitucional de la libertad. La argumentación judicial y los derechos humanos; 5.3.1.1. Instrumentos indirectos; 5.3.1.2. Instrumentos complementarios; 5.3.1.3. Los medios jurídicos y procesales específicos; 5.3.2. La aplicación de la Constitución vía los mecanismos de jurisdicción constitucional orgánica. La argumentación judicial y los conflictos de atribuciones y competencias; 5.3.3. La aplicación de la Constitución vía los mecanismos de jurisdicción constitucional trasnacional. La argumentación judicial, el control y la armonización normativa internacional y trasnacional; 5.4. El deber y la complejidad de justificar las decisiones de aplicación de la Constitución; 5.4.1. El contexto de descubrimiento y de justificación en la aplicación de la Constitución; 5.4.2. La distinción entre justificar la aplicación del derecho a través de la Constitución y justificar la aplicación misma de la Constitución; 5.4.3. La justificación interna y externa al nivel constitucional; 5.4.4. El silogismo o entimema judicial de aplicación constitucional; 5.4.4.1. La justificación de la premisa mayor-normativa: la interpretación judicial de la constitución plasmada en la sentencia; 5.4.4.1.1. Los métodos, los principios y los instrumentos para interpretar la Constitución; 5.4.4.1.1.1. Los métodos de interpretación constitucional; 5.4.4.1.1.2. Los principios de interpretación constitucional; 5.4.4.1.1.3. Los instrumentos para la interpretación constitucional; 5.4.4.2. La justificación de la premisa menor; 5.4.4.3. La conclusión del silogismo y los efectos de la decisión judicial; 5.5. El papel de los principios en la argumentación judicial constitucional; 5.6. Algunos aportes de las teorías de la argumentación jurídica en la justificación y evaluación de decisiones judiciales que apliquen la Constitución; 5.7. Algunos consideraciones sobre la argumentación judicial constitucional en México; 5.7.1. Desde el punto de vista académico; 5.7.2. Desde el ángulo de la praxis judicial; Conclusiones; Bibliografía.



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.

5.1. Introducción.

El título del presente capítulo parece a simple vista no ofrecer una especial complicación acerca de su contenido, pues indica que se analizará la argumentación/justificación que llevan a cabo los jueces y qué relación tiene esto con la Constitución. No obstante, no queremos significar simplemente que la justificación de los jueces al aplicar la ley a casos concretos debe estar acorde en última instancia con los preceptos constitucionales, sino sobre todo destacar el papel que juega la Constitución en la justificación de las decisiones jurídicas en general y la argumentación que realizan los jueces constitucionales en los casos de aplicación de la Carta Magna.

En virtud de que se trata del capítulo central de nuestra investigación, a efecto de llevar a cabo nuestro análisis iniciaremos dejando en claro que la aplicación judicial de la Constitución involucra por supuesto una fase de justificación, que por tratarse de los normas superiores del sistema es de carácter último o definitivo, que no puede ser revisada por posteriores órganos, y que tiene además matices distintivos, en otras palabras, averiguaremos si la jerarquía, la función o el contenido de norma permiten distinguir tipos específicos de justificación. La argumentación judicial acerca de la Constitución tiene una relación directa con los instrumentos y mecanismos jurisdiccionales del llamado Derecho Procesal Constitucional a través de los cuales la Ley Fundamental es aplicada a casos concretos, lo que nos lleva a estudiar la jurisdicción constitucional de la libertad, orgánica y trasnacional y cómo se manifiesta la justificación de las decisiones en cada una de ellas.

Una vez que expliquemos los procedimientos de aplicación de la Constitución y cómo se manifiesta la argumentación en cada uno de ellos, procederemos a hacer un análisis del deber de justificar las decisiones de aplicación de la Carta Magna, así como la dificultad de llevar a cabo esta tarea. Las nociones proporcionadas por la teoría de la argumentación jurídica, tales como el contexto de descubrimiento y de justificación, la justificación interna y externa, y las partes componentes del silogismo judicial, tienen lugar en la aplicación judicial de la Constitución, con diversos matices de los cuales nos ocuparemos con detalle.

Un punto adicional a abordar es si las teorías de la argumentación jurídica han sido diseñadas o tiene lugar sin más en los casos de aplicación judicial de la Constitución, además de precisar en qué sentido son aprovechables tales teorías para producir y evaluar argumentos a la hora de aplicar la Carta Magna. Por último, abordaremos de manera panorámica las figuras de la justicia constitucional mexicana y el deber de justificación de las decisiones presente en cada una de ellas, con el fin de hacer las sugerencias necesarias para su perfeccionamiento y optimización.

5.2. Los presupuestos y las implicaciones de aplicar la Constitución, de acuerdo con las características distintivas de las normas que la integran.

La Constitución ha sido estudiada como producto histórico, como realidad, como norma jurídica y como documento; también, se le ha definido desde los puntos de vista político, sociológico, histórico, económico y jurídico, entre otros. Esto ha originado múltiples conceptos de *Constitución* los cuales resaltan generalmente sólo un aspecto de la misma.¹⁰⁶⁵

Si bien en la actualidad no resulta extraña la idea de que la Constitución contiene normas y es susceptible de aplicación a casos concretos por parte de los operadores jurídicos, en especial los jueces, arribar a dicha etapa requirió sin embargo recorrer un camino lleno de acontecimientos históricos y de ideas, que no pocas veces presentó obstáculos que salvar.

La Constitución y las normas que la integran poseen diversas características que las distinguen del resto de las normas del ordenamiento, no obstante, la *supremacía* es el rasgo que caracteriza de mejor manera a las normas constitucionales y que a su vez es el elemento de distinción de mayor trascendencia respecto a las normas ordinarias. La doctrina en forma unánime acepta la idea de la *supremacía* de las normas contenidas en la

¹⁰⁶⁵ Las definiciones de Constitución que pueden ser consideradas como clásicas pueden consultarse, entre otras obras, en el ensayo de Jorge Carpizo, *Constitución y Revolución* en su obra *Estudios Constitucionales*. 2a. edición, México, UNAM. 1983. pp. 43-53; véase también la obra de Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación Constitucional*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1993. Un completo recorrido histórico sobre el significado de Constitución, de la antigüedad hasta nuestros días, puede consultarse en la obra de Rolando Tamayo y Salmorán. *Introducción al Estudio de la Constitución*, 3ª edición, México, UNAM, 1989, pp. 21-92.

Constitución, pero no hay un consenso acerca de la fuente de donde emana dicha supremacía o superioridad.¹⁰⁶⁶

La doctrina ha puesto de relieve que es en los Estados Unidos de América donde la noción de *supremacía constitucional* ha tenido su más grande impulso.¹⁰⁶⁷ Primero, porque dicho principio se estableció en el artículo VI, párrafo 2º, de la Constitución norteamericana¹⁰⁶⁸ y más tarde el insigne John Marshall, en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, lo declaró expresamente en una sentencia en la cual plasmó su interpretación del citado precepto, dándole de esta manera una aplicación práctica; los importantes principios manifestados en dicha sentencia se han proyectado hasta nuestros días.¹⁰⁶⁹

Del fallo de John Marshall se desprenden tres principios capitales¹⁰⁷⁰:

a) La Constitución es superior a cualquier ley ordinaria y prevalece por sobre cualquier ley que la contradiga;

¹⁰⁶⁶ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando. Introducción al Estudio de la Constitución. cit., pp. 235 y ss.; Tena Ramírez señala que la supremacía de la Constitución presupone dos condiciones: que el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos y que la Constitución es rígida y escrita, ver su Derecho Constitucional Mexicano, 16ª edición, México, Porrúa, 1978, pp. 10-15. Un panorama completo de los distintos aspectos que abarca la supremacía constitucional pueden consultarse en la obra de Germán G. Bidart Campos. La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional, Argentina, EDIAR, 1987, pp. 37-78. Respecto al aspecto histórico del principio de supremacía constitucional Tamayo y Salmorán sitúa su antecedente en la tradición judicial inglesa y su evolución en los Estados Unidos de América, en virtud de la actividad de los Tribunales al aplicar e interpretar las normas constitucionales. Introducción al Estudio de la Constitución, 3ª edición, México, UNAM, 1989, pp. 237 y ss. Véase también García de Enterría, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, 3ª edición, Madrid, Civitas, pp. 50-55.

¹⁰⁶⁷ Cappelletti señala que incluso en épocas antiguas ha existido una especie de *supremacía de una ley y de un cuerpo de leyes* dado respecto a las otras leyes, que en la terminología moderna podemos denominar leyes ordinarias. Sobre un panorama completo de las leyes superiores e inferiores en distintas épocas Cfr. El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en *La Justicia Constitucional*, (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM, 1987, pp. 46 y ss.

¹⁰⁶⁸ El artículo VI, párrafo 2º, señala: "*Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los Tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la Autoridad de los Estados Unidos, constituirán la Ley suprema de la Nación; y los jueces de todos los Estados tendrán obligación de acatarla, a pesar de cualquier Disposición contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado.*"

¹⁰⁶⁹ Sobre algunos acontecimientos históricos y el análisis del caso *Marbury vs. Madison*, Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción al Estudio de la Constitución, cit., pp. 250 y ss; González Oropeza, Manuel. *Marbury v. Madison: La política en la Justicia*, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, Tomo I (Derecho Constitucional), México, UNAM, 1988, pp. 315-331.

¹⁰⁷⁰ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción al Estudio de la Constitución, cit., pp. 253 y ss.

b) Los jueces tienen el poder y el deber de no aplicar las leyes que sean contrarias a la Constitución; y

c) La única garantía de los derechos humanos la constituyen el control judicial de los actos del Poder legislativo y de la administración.

La supremacía de las normas constitucionales es una de las piedras angulares a la hora de argumentar acerca de la regularidad o inconsistencia de las normas cuando se les confronta con la Ley Fundamental.

Con relación a otros ángulos de la misma cuestión, de acuerdo con Fix-Zamudio¹⁰⁷¹ existen tres elementos de distinción de las normas constitucionales con respecto a las normas ordinarias, estos son: su fuente u origen, estructura lógica y su contenido. La supremacía constitucional está determinada por la conjunción de estos tres aspectos que enseguida detallamos:

a) *La fuente u origen de las normas constitucionales.* Retomando la idea de Constitución en sentido formal, podemos afirmar que de acuerdo con su *forma*, las normas constitucionales al ser creadas por un órgano especial llamado poder constituyente, difieren de las normas ordinarias. La función del Poder Constituyente, creador de la Constitución, es distinta y superior a la del órgano legislativo productor de las leyes ordinarias, este último cobra vida sólo en virtud de la Constitución.¹⁰⁷²

¹⁰⁷¹ Breves Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional, en el volumen colectivo *La Jurisdicción Constitucional*, Costa Rica, Ed. Juricentro, 1993, pp. 99-100.

¹⁰⁷² Tena Ramírez señala que además de la separación y supremacía del poder constituyente, su función y el momento en que la lleva a cabo, lo diferencia de los Poderes constituidos. Señala el citado autor que: "*Cronológicamente el constituyente precede a los poderes constituidos; cuando aquél ha elaborado su obra, formulando y emitiendo la Constitución, desaparece del escenario jurídico del Estado, para ser sustituido por los órganos creados. Desde el punto de vista de las funciones, la diferencia también es neta: el poder constituyente no gobierna, sino sólo expide la ley en virtud de la cual gobiernan los poderes constituidos; éstos, a su vez, no hacen otra cosa que gobernar en los términos y en los límites señalados por la ley emanada del constituyente, sin que puedan en su carácter de poderes constituidos alterar en forma alguna la ley que los creó y los dotó de competencia.*" Derecho Constitucional Mexicano, cit., p. 11.

La Constitución, además de ser creada por un órgano especial, sólo puede ser modificada en virtud de un procedimiento específico establecido en la propia Carta Magna, que exige la satisfacción de requisitos formales más complicados que aquellos que se requieren para reformar las leyes ordinarias; esto es, las normas constitucionales pueden modificarse únicamente a través de un *procedimiento dificultado de reforma*, que también debe ser observado para incorporar nuevas normas al texto constitucional.¹⁰⁷³

b) *Estructura lógica-jurídica de las normas constitucionales*. En este punto pretendemos demostrar la posición que las normas constitucionales ocupan dentro de la estructura del orden jurídico y la función que desempeñan con relación a las normas ordinarias, para lo cual utilizaremos los valiosos argumentos de Hans Kelsen¹⁰⁷⁴ sobre la construcción escalonada del orden jurídico.

Uno de los razonamientos más contundentes de la teoría Kelseniana es que el derecho regula su propia creación, de tal forma que todo acto de aplicación del mismo es a su vez un acto de creación jurídica. Estas consideraciones descansan sobre la base de que toda norma proviene de otra superior que determina su creación y hasta cierto punto su contenido. La norma inferior, por otra parte, constituye la aplicación de la norma superior y será a su vez la pauta de creación de otra norma jurídica de inferior grado. Esto en el esquema trazado por Kelsen se repite incesantemente dando así unidad y dinamismo al orden jurídico.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷³ La Constitución desde este punto de vista coincide con la categoría de *Constituciones Rígidas*, que se opone a la de *Constituciones Flexibles* o *Fluidas*. De acuerdo con James Bryce, creador de esta clasificación, las constituciones flexibles -que históricamente anteceden a las constituciones de tipo Rígido- pueden ser creadas y reformadas por un órgano y un procedimiento idéntico al que se utiliza tratándose de normas ordinarias. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Civitas, 1988. Ejemplos modernos de países que cuentan Constituciones del tipo flexible son Inglaterra, Nueva Zelandia e Israel. Fix-Zamudio, Héctor. *Breves Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional*. cit., p. 100. La evolución Constitucional en el mundo ha demostrado que las llamadas *Constituciones Rígidas* tienen en la práctica algo de flexibles y, por otra parte, que las *Constituciones Flexibles*, debido al enorme peso de la tradición y las costumbres arraigadas que las sustentan, participan también de cierta rigidez.

¹⁰⁷⁴ Compendio de Teoría General del Estado. 2a. edición, Tr. Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate, México, Ed. Nacional, 1980, pp. 189 y ss.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.* p. 190.

Ascendiendo a través de normas superiores, que son a su vez aplicación de otro tipo de normas que se encuentran por encima de ellas, se llega a la norma de más alto grado sobre la cual no existe ninguna otra, es la llamada *norma hipotética fundamental* que representa la *Constitución en sentido lógico-jurídico*, ésta es el fundamento de validez y unidad del orden jurídico; en grado inmediato inferior a esta norma primaria o fundamental encontramos lo que Kelsen denomina *Constitución en sentido jurídico positivo*, la cual representa el *primer jalón positivo para la creación del derecho*.¹⁰⁷⁶

Por el contrario, a medida que se desciende gradualmente por el sistema de normas, la generalidad o abstracción de las mismas se desvanece para dejar paso en último grado a las normas jurídicas individualizadas. Estas, para ser consideradas como válidas, deben estar conformes con la norma superior inmediata que les dio origen, y en último grado, deben estarlo también con la Constitución como norma suprema.

c) *El contenido de las normas constitucionales*. Tradicionalmente se ha considerado que las normas constitucionales contienen la creación de los órganos supremos del Estado, su organización y la distribución de sus competencias (*parte orgánica*); también los derechos fundamentales de la persona humana y de los grupos sociales, que los gobernados pueden oponer a los órganos del poder público (*parte dogmática*) y los procedimientos de creación y derogación de las leyes. Sin embargo, como apuntamos en párrafos anteriores, existen otro tipo de normas de contenido diverso que en ocasiones no difiere del que poseen las normas ordinarias.

Respecto a este tipo de normas, que Felipe Tena Ramírez¹⁰⁷⁷ denomina con acierto *agregados constitucionales*, es menos evidente su distinción con relación a las normas ordinarias, pero aún en este caso, podemos afirmar que el contenido de las primeras se consideró de tal trascendencia y valor, que se optó por protegerlas con el *plus* inherente al rango constitucional que les otorga el carácter de supremas.

¹⁰⁷⁶ Ibid. p. 191.

¹⁰⁷⁷ Cfr. Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano, p. 22.

La conjunción de estos tres elementos de distinción de las normas constitucionales acentúa la importancia de la supremacía constitucional, que implica, de acuerdo con Fix-Zamudio que "*todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico y todos los actos que regulan deben conformarse a los postulados de la ley fundamental*".¹⁰⁷⁸

Desde la perspectiva de que todo proceso de aplicación de las normas jurídicas se integra por diversos momentos indefectiblemente unidos que tienen expresión en la justificación de la decisión, podemos afirmar que todo operador jurídico que aplique la Constitución lleva a cabo estas actividades. La naturaleza de las normas constitucionales imprime a cada uno de los momentos que integran la aplicación características peculiares que hacen de la fundamentación de la sentencia en estos casos una actividad especial y delicada, con características propias que la distinguen de la aplicación judicial de cualquier otro tipo de norma jurídica. Esto trae consigo que los problemas que comúnmente giran en torno a la aplicación judicial del derecho, en materia constitucional adquieran grandes dimensiones y por consiguiente incidan más profundamente en el orden jurídico.

La generalidad y abstracción de los términos con que están redactadas las normas constitucionales, así como los valores supremos que consagran, hacen que la creatividad, dinamismo y estimativa que en general posee la actividad judicial, tengan su máxima expresión al momento de aplicar la Constitución.

Con relación a la premisa normativa, corresponde a los jueces, por medio de la interpretación constitucional, determinar los alcances y dar contenido concreto a conceptos como *orden público*, *interés general*, *interés nacional*, *utilidad pública*, entre muchos otros, que generalmente son *abiertos*, esto es, cuya noción se transforma de acuerdo con las exigencias y cambios sociales, a fin de aplicar las normas constitucionales desde su cúspide suprema a la realidad concreta y siempre dinámica.

Por otra parte, los valores supremos contenidos en las normas constitucionales hacen de su aplicación una actividad en alto grado estimativa. El contenido axiológico de la

¹⁰⁷⁸ Fix-Zamudio, Héctor. Algunas Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano, en el volumen colectivo *La Interpretación Constitucional*. México, UNAM, 1975, p. 18.

función judicial puede apreciarse claramente durante el proceso de aplicación de las normas constitucionales, al sondear e identificar los valores supremos que contienen, elegir el sentido y alcance de las mismas, así como para apreciar la conformidad de las disposiciones legislativas o los actos que se van a confrontar con la Constitución. Las valoraciones que el juez realiza se intensifican en mayor o menor grado según el tipo de norma constitucional de que se trate.¹⁰⁷⁹

Como señalamos, los diversos momentos que integran el proceso de aplicación judicial de las normas constitucionales tienen su expresión en la decisión judicial. La mayor libertad que posee el juez al decidir y valorar tratándose de normas constitucionales conlleva también el deber de justificar su decisión, es decir, exponer los argumentos que la sustenten y a su vez la encuadren dentro del marco constitucional y el orden jurídico. Esto significa que las actuales doctrinas acerca de la naturaleza del razonamiento judicial funcionan también en el sector de la aplicación de las normas constitucionales por los jueces.

Consideramos que la justificación de las decisiones que de por sí es una labor nada sencilla, en el ámbito de las normas constitucionales adquiere mayor complejidad. El número de razonamientos que apoyen los sentidos posibles del texto constitucional se incrementa, por lo cual el juez debe proceder con toda cautela al elaborarlos y elegirlos, de tal forma que apoyen las premisas y la justicia de su conclusión dentro del marco del orden constitucional.

Las características de las normas constitucionales que a lo largo de este trabajo hemos resaltado, tales como la supremacía, abstracción, generalidad y los valores supremos que consagran, así como los diversos tipos de normas constitucionales, la función que desempeña la Constitución en el Estado y la integración plural del auditorio al que van dirigidos los argumentos de los jueces constitucionales, en su carácter de intérpretes definitivos y últimos de la Constitución, son, entre muchos otros, los factores que

¹⁰⁷⁹ Fix-Zamudio, Héctor. El Juez Ante la Norma Constitucional, en su *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 27.

determinan la estructura compleja y en mayor medida elaborada de la justificación a nivel constitucional.

Una de las formas más usuales en que se presente la argumentación es la figura del silogismo, en el caso del examen de constitucionalidad de una ley éste involucra dos normas a su vez;¹⁰⁸⁰ la norma constitucional, que funge como premisa mayor, contiene los principios y valoraciones supremas, y la norma ordinaria, que representa la premisa menor, que no debe vulnerarlos.

La elección de las premisas a nivel constitucional involucra elementos políticos, económicos, sociales y culturales, que sólo pueden percibirse a través de la experiencia y sensibilidad del juez constitucional; además, para fijar las premisas con base en las cuales decidirá utiliza las pruebas que se aporten y los argumentos que las partes proporcionen.

La decisión judicial debe estar acompañada por los argumentos que la sustenten. La idoneidad de estos se encuentra directamente vinculada a la aceptabilidad de la decisión judicial, de tal manera que la más justa de las decisiones, puede aparecer como caprichosa y arbitraria si no se encuentra sostenida por sólidas razones que la justifiquen y lleven al convencimiento del auditorio que las recibe.

Tratándose de la decisión judicial por la cual se aplica la Constitución, adquiere especial relevancia la justificación de la decisión interpretativa, esto es, la manifestación de los argumentos por los cuales se identifiquen las directivas interpretativas y las valoraciones, que determinaron el sentido y alcance que se dio a determinado precepto constitucional.¹⁰⁸¹

¹⁰⁸⁰ Sobre el silogismo a nivel constitucional Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. El Juez Ante la Norma Constitucional, cit., pp. 52-55. Véase también Alonso García, Enrique. La Interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp 183 y ss.

¹⁰⁸¹ Cfr. Wróblewski, Jerzy Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Madrid, Civitas, 1985, p. 68. Señala este autor que los límites del discurso justificativo pueden explicarse como "*valores aceptados por un auditorio dado como pueden ser los órganos que aplican la ley, la doctrina jurídica, la comunidad jurídica o una sociedad dada.*" Ibid, p. 67.

En este orden de ideas, la justificación de la interpretación de la Constitución comparte el doble fin de la justificación judicial en general: por una parte *convencer* al auditorio, compuesto en este caso por las partes involucradas, los órganos del Estado y la sociedad en general y, por la otra, *hacer congruente* su decisión con los principios y valores del orden jurídico constitucional.

Estos aspectos no han sido del todo desconocidos en México, pues ya que desde el siglo pasado se exigía la justificación constitucional de las decisiones judiciales. Esto se estableció así en el artículo 41 de la Ley de Amparo de 1882, que a su vez correspondió al artículo 44 del proyecto de Vallarta, que señaló: "*Las sentencias de la Suprema Corte deben ser fundadas, exponiendo las razones que considere bastantes el Tribunal para fundar la interpretación que hace de los textos de la Constitución, y resolviendo, por aplicación de ésta, las cuestiones constitucionales que se traten en el juicio....*"

Para finalizar estos breves comentarios generales en torno al razonamiento judicial a nivel constitucional, el cual es el objeto particular de nuestra investigación, diremos que el *arsenal argumentativo* con que el juez constitucional cuenta es amplio y muy diverso. Este *arsenal* lo proporcionan los factores y elementos de tipo político, social, económico, doctrinal y por supuesto jurídicos, entre otros, que integran la vida de una nación.

5.3. Los procedimientos de concreción y de aplicación de las normas constitucionales.

La argumentación en torno al significado, alcances o necesidades de cambio de la Constitución puede darse en diversos niveles y contextos. La alusión a la Constitución a manera de argumento de autoridad legitimador de una determinada posición o acción se puede llevar a cabo en muy diversos ámbitos, por ejemplo, en la arena del debate político, en la justificación de políticas públicas, en la discusión de cambios constitucionales, en la enseñanza del derecho, etcétera, de ahí que para entender los alcances de este planteamiento, se deba atender a los diversos tipos de argumentación jurídica con relación al sujeto, de la que nos ocupamos en el capítulo previo.

La argumentación que nos interesa en este capítulo y que es el punto central de nuestras reflexiones es la que se lleva a cabo con motivo de la aplicación y no sólo de la alusión a la Constitución en casos concretos por los operadores jurídicos, y en especial cuando son los jueces constitucionales de acuerdo con el modelo de control constitucional correspondiente, quienes realizan esta labor.

Desde este ángulo consideramos que la Constitución es susceptible de aplicación a través de dos maneras, una de ellas es por medio del desarrollo normativo secundario a virtud del cual los postulados constitucionales son concretados gradualmente en orden a su eficacia, es decir, a través del procedimiento legislativo y de la creación reglamentaria, que detallan directa o indirectamente la normativa constitucional a efecto de hacer posible su inserción en la realidad social; esto se logra en último grado a través de la actuación de los órganos administrativos y judiciales en aplicación de dicha normatividad a situaciones concretas.

La segunda manera de aplicación de la normativa constitucional es explícita y deliberada, y tiene lugar a través de la defensa de la propia Constitución frente a las normas y actos que la vulneren, en otras palabras, dicha aplicación tiene lugar vía la puesta en práctica los instrumentos de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de las autoridades. Siguiendo los esquemas propuestos por Mauro Cappelletti dicha labor podría tomar los cauces de la jurisdicción constitucional de la libertad, orgánica y transnacional, ya sea en el ámbito del control concentrado, del de carácter difuso o de los modelos modernos de carácter mixto.

Dentro de las funciones que se cumplen a través de la actuación de los jueces constitucionales, la de *control*¹⁰⁸² es la más difundida y la que mejor se puede apreciar, sobretudo porque en la actualidad el modelo más ampliamente aceptado de control constitucional es aquel que confía a los jueces dicha actividad.

¹⁰⁸² Cfr. Wróblewski, Jerzy *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, cit., pp. 94 y ss; Linares, Juan Francisco. *Control de Constitucionalidad Mediante Interpretación*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, Año XXIII, No. 837, 18 de abril de 1961, pp. 1-3.

El por qué en los Estados Unidos de América se depositó en los jueces la facultad de hacer valer en la práctica la Constitución, tiene parte de su explicación en la sólida tradición judicial inglesa, donde se ha considerado como algo natural que el juez interprete y aplique el derecho.¹⁰⁸³ Esto no era desconocido por los habitantes de las trece colonias, ya Hamilton en *El Federalista* señalaba que la aplicación de la Constitución, en tanto Ley Suprema que era, correspondía a los Tribunales. Este pensamiento quedó consagrado en el artículo III, sección 2, en el que, entre otras cuestiones, se deposita en los jueces la facultad de dirimir las controversias que surjan por la aplicación de la Constitución¹⁰⁸⁴, dando lugar así a la *judicial review*, que es la facultad que tienen los jueces para declarar inconstitucionales las leyes que contradigan la Carta Magna.

Mario G. Losano¹⁰⁸⁵ señala: "*la gran contribución americana al Derecho constitucional consiste en haber confiado la interpretación y la aplicación de la constitución al poder judicial ordinario, hasta el punto de que constitutional law en sentido estricto es el estudio de las interpretaciones judiciales de la Constitución formal*". Por su parte James Grant¹⁰⁸⁶ ha dicho: "*En verdad se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política.*"

Por otra parte, Mauro Cappelletti¹⁰⁸⁷ opina que el hecho de poner un límite al legislador a través del control judicial, *es una necesidad profundamente enraizada en la historia, aún antigua, de la civilización humana.*

La manera como funciona el sistema norteamericano, también denominado *difuso*, es la siguiente: corresponde a todos los jueces desaplicar las leyes que consideren contrarias a

¹⁰⁸³ Ibid., p. 240.

¹⁰⁸⁴ El artículo III, sección 2, señala en su primera parte: "El Poder judicial se extenderá a todos los Casos de Derecho y Equidad que surjan bajo esta Constitución, a las Leyes de los Estados Unidos y a los Tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo su autoridad;...".

¹⁰⁸⁵ Los Grandes Sistemas Jurídicos, Madrid, Debate, 1993, p. 90.

¹⁰⁸⁶ El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes, una contribución de las Américas a la Ciencia Política. México, UNAM, 1963, p. 24.

¹⁰⁸⁷ El Control de la Constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado, en la obra *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, Tr. Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987, p. 43.

la Constitución, en los casos concretos sometidos a ellos, de esta forma, todos los jueces pueden interpretar la Constitución.

Esto acarrea en la práctica diversidad de criterios y opiniones acerca del sentido y alcance de los preceptos constitucionales, sin embargo, a través de los medios de impugnación la última palabra a este respecto la tienen los Tribunales superiores y en último grado la Corte Suprema; los criterios emitidos por estos tribunales vinculan al resto de los jueces y tribunales en virtud del principio del *stare decisis*.¹⁰⁸⁸

En Europa, razones de tipo histórico provocaron la adopción tardía del sistema de justicia constitucional.¹⁰⁸⁹ Es hasta la primera posguerra que se adopta esta corriente con características que la diferencian sustancialmente del modelo norteamericano.

La forma Federal de organización estatal que siguió a la consolidación territorial de los Estados europeos, durante la segunda mitad del siglo XIX, propició la aparición de Tribunales que con base en la Constitución resolvieran, entre otros asuntos, los conflictos competenciales entre las entidades federales y locales.¹⁰⁹⁰

La evolución de estos acontecimientos tiene dos momentos especialmente significativos: El primero de ellos en Alemania, donde se establece en la Constitución de Weimar de 1919 un Tribunal Constitucional, al cual se encomendó resolver las controversias que surgieran entre los poderes constitucionales y entre los entes territoriales propios de la organización federal.¹⁰⁹¹

El segundo momento importante tuvo lugar en Austria, donde en virtud de la Constitución de 1920 se estableció el Tribunal Constitucional, perfeccionado posteriormente en virtud

¹⁰⁸⁸ Ibid., pp. 71 y ss.

¹⁰⁸⁹ Entre éstas destaca la prevalencia del *principio monárquico* por el cual el monarca fungía como la fuente formal de la Constitución, dejándola *como un simple Código Formal de articulación de los poderes*. En virtud de este principio se le desconocía a la Constitución una superioridad jerárquica sobre el resto de las leyes. Cfr. García de Enterría, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, 3a edición, Madrid, Ed. Civitas, 1988, pp. 55-59; Pérez Tremps, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 41-44.

¹⁰⁹⁰ Pérez Tremps, Pablo. op. ult. cit., pp. 44-45.

¹⁰⁹¹ García de Enterría, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. cit., p. 56.

de la reforma de 1929, cuya paternidad se atribuye con justicia al genio de Hans Kelsen. Las características de este Tribunal le otorgaron evidente preeminencia sobre el establecido en la Constitución de Weimar y terminó por implantarse definitivamente como el sistema concentrado de justicia constitucional, que a partir de entonces ha servido como modelo a muchas naciones.¹⁰⁹²

Como base de este sistema está la creación de un órgano jurisdiccional especializado, *had hoc*, que es el único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, respecto de las cuales el resto de los tribunales no están facultados para desaplicarlas.

Las diferencias entre el sistema norteamericano y el austriaco son las siguientes: En el primero la cuestión de constitucionalidad pueden plantearla las partes y en ocasiones el juez del proceso concreto de que se trate, lo que le ha dado ha este sistema el calificativo de *incidental*; además, el fallo que declara la inconstitucionalidad sólo tiene efectos respecto del caso concreto en que la cuestión de inconstitucionalidad se plantea. En cambio, en el sistema austriaco se plantea la cuestión en vía *principal* por los órganos estatales que se estimen afectados por el ordenamiento inconstitucional, o en forma indirecta por los jueces o tribunales; los efectos del fallo del Tribunal Constitucional son *erga omnes*.¹⁰⁹³

En la actualidad se observa que los sistemas *difuso* y *concentrado* no son completamente incompatibles entre sí; las diversas naciones al incorporarlos a sus ordenamientos les han asignado características propias, lo que ha suscitado la aparición de sistemas mixtos que no son otra cosa que el acercamiento real entre los sistemas mencionados.¹⁰⁹⁴ Estas

¹⁰⁹² Cfr. *Ibid.*, pp. 55-59; Pérez Tremps, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial, cit., pp. 44 y ss.

¹⁰⁹³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. La Justicia Constitucional en América Latina, en su *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 67; respecto a la diferencia funcional y de los efectos del fallo en ambos sistemas Cappelletti, Mauro. El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en *La Justicia Constitucional*, (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM, 1987, pp. 87 y ss; 99 y ss.

¹⁰⁹⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965, México, UNAM, 1968; Fix-Zamudio, Héctor. El Juez Ante la Norma Constitucional, en su *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 28-36; Cappelletti, Mauro. La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado), cit., pp. 59 y ss.

consideraciones nos llevan a afirmar, de acuerdo con el pensamiento de Fix-Zamudio¹⁰⁹⁵, que todos los jueces en mayor o menor medida e independientemente de su denominación, categoría y autoridad, son en cierto sentido jueces constitucionales.

En la base de esta afirmación se encuentra el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, expuesto por Eduardo García de Enterría¹⁰⁹⁶. En virtud de este principio, tanto los operadores públicos (órganos del Estado) como los operadores privados (particulares o gobernados) están obligados a interpretar el ordenamiento jurídico en cualquier momento de su aplicación, conforme a los principios y postulados derivados de la Ley Fundamental.¹⁰⁹⁷

En América Latina, aún cuando se sigue en su mayoría el sistema norteamericano o difuso, los jueces ordinarios no ejercitan la facultad que la Constitución les confiere, recayendo de este modo la interpretación definitiva en los Tribunales superiores o en los Tribunales Federales de último grado en aquellos países que adoptan el sistema Federal como organización. Esto ha originado algunos intentos no siempre afortunados por implantar el modelo europeo de tribunales especializados, como son los primeros ensayos en Guatemala (1965) y Chile (1980), pero que se ha desarrollado por medio del fortalecimiento de dichos tribunales o cortes constitucionales en su consolidación, inclusive en estos países en las constituciones de 1985 y 1980-1989, respectivamente, y

¹⁰⁹⁵ Ibid. p. 36; Cfr. Pérez Tremps, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial, cit., pp. 190-192.

¹⁰⁹⁶ La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, cit., pp. 95-103. García de Enterría señala que el origen de este principio, que alcanza a todos los jueces, se halla en el proceso de constitucionalidad de las leyes ya que "*antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar vía interpretativa una concordancia con de dicha Ley con la Constitución*". Ibid. p. 96; Pérez Tremps en este mismo sentido concluye: "*En consecuencia, pues, toda autoridad jurisdiccional, respetando la superioridad normativa de la Constitución y vinculado por ella, debe interpretar el ordenamiento jurídico a la luz de la norma fundamental, tanto en conflictos públicos como en privados. Para ello deberá buscar dicha autoridad los principios generales, expresos o tácitos, que en la Constitución se encuentren para interpretar e integrar el resto del ordenamiento, ya que su constitucionalización les otorga una preferencia sobre cualquier otro principio general sea cual sea su origen*". Tribunal Constitucional y Poder Judicial, cit., p. 190.

¹⁰⁹⁷ Cfr. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, cit., p. 95. Este principio se identifica con la llamada interpretación *desde la Constitución* desarrollada en conexión con la interpretación *de la Constitución*, según lo ha expuesto Bidart Campos en su obra Teoría General de los Derechos Humanos, UNAM, 1989, pp. 400-401. En este mismo sentido, Cfr. Vigo, Rodolfo Luis. Interpretación Constitucional, Argentina, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 81-98.

además, en Perú (1979 y 1993), Colombia (1991) y Bolivia (1994), así como las Salas Constitucionales de El Salvador (1983-1991), Costa Rica (1989), Paraguay (1992), y Ecuador (1993).¹⁰⁹⁸

Es así como la eficacia última de la Constitución fue depositada finalmente en el Poder Judicial, en la mayoría de las naciones latinoamericanas durante el siglo XIX. Si bien en algunos países no se actuó inmediatamente sobre tales provisiones, esto sirvió de base para la evolución en el siglo XX de la revisión judicial, especialmente la constitucionalidad de la legislación.¹⁰⁹⁹

De manera proporcional a este gran poder, se hace necesario contar con un adecuado sistema de selección, nombramiento y responsabilidad, acordes con el papel central que los jueces constitucionales desempeñan en la evolución y eficacia del orden jurídico constitucional de un Estado, de tal forma que les permita llevar a cabo su labor de manera independiente, imparcial y responsable.

En este orden de ideas, para ahondar en la justificación de las decisiones judiciales al aplicar la Constitución nos apoyaremos en las categorías proporcionadas por el Derecho Procesal Constitucional como la *disciplina que estudia los instrumentos de justicia constitucional, es decir, las garantías constitucionales, entendidas en un sentido más amplio que el estricto de mecanismos procesales propiamente dichos, si bien estos últimos asumen un carácter predominante.*¹¹⁰⁰

Los sectores que integran dicha disciplina son la jurisdicción constitucional de la libertad, orgánica y transnacional que se enfocan, respectivamente, al estudio de los instrumentos

¹⁰⁹⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. La Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos, en *Constitución, Proceso y Derechos Humanos*, México, UDUAL, 1988, pp. 243-250. Véase también la obra de este mismo autor *La Justicia Constitucional en América Latina*, en su *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 63-147.

¹⁰⁹⁹ Clark, David S. La Revisión Judicial y la Independencia del Poder Judicial, introducción, en la obra colectiva *Derecho Constitucional comparado México-Estados Unidos*, tomo I. México, UNAM, 1990, p. 374.

¹¹⁰⁰ Fix-Zamudio, Héctor. La Constitución y su Defensa, en su *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 290.

para la protección de los derechos y libertades fundamentales, a los que permiten resolver conflictos de atribuciones y competencias constitucionales entre los órganos del poder y, por último, a aquellos diseñados para decidir las controversias generadas por la aplicación de la Constitución frente a las normas de tipo internacional o comunitario.¹¹⁰¹ En los puntos siguientes abordaremos cada uno de estos sectores.

5.3.1. La aplicación de la Constitución vía los mecanismos de jurisdicción constitucional de la libertad. La argumentación judicial y los derechos humanos.

Un gran número de derechos humanos expresados a través de la Constitución son susceptibles de ser tutelados a través de una serie de instrumentos previstos en la propia *Carta Magna*, que con diversas orientaciones, modalidad e intensidad significan la aplicación de las disposiciones de ésta última a casos concretos.¹¹⁰² Bajo el rubro de jurisdicción constitucional de la libertad se contemplan, en términos generales, todos aquellos instrumentos, preponderantemente jurisdiccionales, previstos en la Constitución para la protección de los derechos de la persona.

En virtud de tratarse de un sector sumamente amplio y complejo, se hace necesaria una clasificación ulterior, para lo cual seguimos las categorías propuestas por Fix-Zamudio quien distingue entre instrumentos indirectos, complementarios y específicos.

5.3.1.1. Instrumentos indirectos.

Los instrumentos indirectos *son aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales;*¹¹⁰³ estos instrumentos son el *proceso ordinario* y la *justicia administrativa*.

El proceso ordinario es aplicación de la Constitución, en virtud de que es el medio para hacer efectivos el derecho de acción, de tutela judicial y del debido proceso, que por lo

¹¹⁰¹ Ibid., pp. 293 y ss.

¹¹⁰² Ibid., p. 293.

¹¹⁰³ Ibid., p. 294.

regular están previstos en las normas de la propia Ley Fundamental y por lo regular se reflejan tal cual en la legislación ordinaria. Desde otro ángulo, hay ocasiones en que el agotamiento del proceso ordinario es un requisito para poder acudir a etapas de revisión de la constitucionalidad específicas de ulterior grado; también, en el *iter* del proceso o con motivo de éste se pueden hacer planteamientos de inconstitucionalidad de las leyes por afectación a derechos fundamentales, ya sea para ser decididos de manera prejudicial o en el seno del proceso mismo (sistema angloamericano), o para ser remitidos a un órgano especializado de decisión (modelo austriaco).¹¹⁰⁴

La justicia administrativa es otro gran sector de los remedios indirectos a través de los llamados recursos administrativos (que se deciden en el ámbito de la propia autoridad administrativa) y el proceso administrativo (ante órganos jurisdiccionales). En este caso ocurre también, por una parte, que se exige el agotamiento previo de éstos, a fin de tener acceso a los órganos de aplicación inmediata de la Constitución y, por la otra, en ocasiones y a falta de instrumentos específicos de tutela de los derechos fundamentales, su protección se realiza de manera refleja vía los órganos jurisdiccionales de naturaleza administrativa a través del control de legalidad.¹¹⁰⁵

Como puede apreciarse, no cabe duda de que en marco de estos instrumentos se pretende dotar de eficacia a los cánones constitucionales de impartición de justicia, y que las resoluciones que se emiten pueden en muchos casos involucrar decisiones en torno al respeto y los límites de los derechos de la persona previstos en la Constitución, pero la justificación en estos casos tiene por objeto inmediato y primordial a la ley y sólo de manera alusiva, refleja o indirecta a la Constitución, a manera de *soporte* aludiendo al esquema de justificación de Toulmin. Por lo tanto, en estos casos la argumentación judicial resultante no se espera por lo regular *profunda* o particularmente amplia.

¹¹⁰⁴ Ibid., pp. 295-296.

¹¹⁰⁵ Ibid., p. 297.

5.3.1.2. Instrumentos complementarios.

Estos instrumentos son *aquellos que si bien no han sido estructurados para proteger los Derechos Humanos, se utilizan para sancionar la violación de los mismos cuando ha sido consumada*,¹¹⁰⁶ se trata entonces de los procedimientos previstos en la Constitución para reaccionar ante la trasgresión de sus disposiciones y fincar responsabilidad a sus autores.

Dos figuras conforman este sector: 1) el juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios por violación a la Constitución y en específico los derechos humanos previstos en ella y 2) la responsabilidad económica del Estado y sus servidores cuando se afectan los derechos humanos de los particulares.

Existen diversos modelos de procedimientos para elucidar y fincar responsabilidad a funcionarios por infracciones a la Constitución, algunos encargan la tramitación y decisión a órganos creados *ex profeso* de entre miembros de los propios órganos legislativos (modelo francés); otros a los tribunales o cortes constitucionales (Italia y Alemania); y algunos más directamente al cuerpo legislativo en su conjunto o a algún de sus órganos (Estados Unidos de América, Inglaterra y México).¹¹⁰⁷ La hipótesis que queremos resaltar es aquella en que los preceptos que se estimen infringidos son precisamente los que expresan derechos humanos, aunque queda claro que este tipo de procedimientos pueden abarcar otros sectores de la Constitución.

En estos casos, un aspecto toral de la decisión que se adopte se tiene que referir al precepto o preceptos de la Constitución que se estime infringido, mismo que se contrastará con la acción o conducta del funcionario implicado, por lo que la controversia puede involucrar en mayor o menor grado cuestiones acerca de la interpretación de la Constitución, misma que debe ser justificada por el órgano de decisión. De acuerdo con los órganos de decisión podemos estar ante una argumentación materialmente judicial cuando los que intervienen son órganos en el ámbito legislativo y una argumentación

¹¹⁰⁶ Ibid., p. 298.

¹¹⁰⁷ Ibid., p. 300.

judicial plena cuando son los tribunales constitucionales los que resuelven la cuestión, esta última sería la que con mayor claridad se identificaría con el tema de nuestro trabajo.

Algo más que interesa en este punto es que los órganos de decisión tienen la palabra última y definitiva en el asunto, ya que sus determinaciones no pueden ser impugnadas ante una instancia superior, lo cual acentúa la importancia de la justificación de la determinación, sea que se absuelva o se condene al funcionario de que se trate.

La segunda figura que integra este apartado es la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando con motivo de su actividad afecta los derechos de la persona, causando daños y perjuicios.¹¹⁰⁸ En estos casos puede suceder que la determinación acerca de la existencia de la violación a los derechos humanos, es tomada en un ámbito diverso al del órgano que decide sobre el nexo causal entre la violación y los daños y perjuicios causados, así como la procedencia y monto de la indemnización por lo que la decisión no es especialmente abundante en términos de justificación sobre el sentido y los alcances asignados a los derechos involucrados, pero sin duda es un ámbito donde se pueden hallar ejemplos de argumentación judicial sobre la Constitución.

5.3.1.3. Los medios jurídicos y procesales específicos.

De manera enunciativa y siguiendo las profundas reflexiones que ha hecho sobre el tema Héctor Fix-Zamudio,¹¹⁰⁹ tales instrumentos específicos pueden ser abordados de acuerdo con las siguientes categorías:

- a) Figuras imperantes en el sistema angloamericano: el habeas corpus (que primordialmente protege la libertad personal) y el principio de *revisión judicial* (que conjunta diversos instrumentos para la protección de los derechos fundamentales contra actos de autoridad y contra leyes para efecto de lograr su desaplicación);

¹¹⁰⁸ Ibid., p. 300.

¹¹⁰⁹ Ibid., pp. 302 y ss.

- b) Los medios previstos en ordenamientos iberoamericanos: la acción, recurso o juicio de amparo y, por la otra, la *acción popular de inconstitucionalidad*;
- c) Los tribunales constitucionales en la Europa continental, ante los cuales se tramitan los recursos constitucionales y la declaración de inconstitucionalidad de las leyes aplicables en un proceso concreto;
- d) Los instrumentos en los países socialistas: como es la figura de la Prokuratura, con sesgos similares al ombudsman; y
- e) El ombudsman de origen escandinavo, como una figura no jurisdiccional de protección de los derechos humanos, no sólo de los de carácter fundamental.

Los procedimientos específicos se manifiestan de múltiples formas, tanto en su diseño como en su tramitación, pero desde un punto de vista más general, pueden significar el examen de la compatibilidad constitucional de actos, omisiones y normas inferiores a la Constitución. Lo que destaca en este caso es que la premisa mayor es precisamente una norma o normas constitucionales, frente a una premisa fáctica en caso de actos u omisiones o una premisa menor normativa, en el caso de disposiciones *infra* constitucionales.

Por otra parte, desde el punto de vista de los diferentes tipos de normas constitucionales que contiene derechos humanos, podemos señalar que no todos éstos son susceptibles de ser garantizados por los instrumentos específicos, pues por lo regular esta oportunidad se deja para un cúmulo específico de derechos conocidos como Derechos Fundamentales. En México, sólo las mal denominadas “garantías individuales” son susceptibles de tutela a través del juicio de amparo por disposición constitucional expresa, lo cual deja otros derechos humanos fuera de esta posibilidad, pero no les quita en modo alguno su carácter de normas supremas del ordenamiento.¹¹¹⁰

¹¹¹⁰ No obstante, Mauro Cappelletti, en un memorable estudio acerca de la jurisdicción constitucional de la libertad, señalaba que los derechos fundamentales *están en realidad dotados de un valor que trasciende al hombre particular y afecta a toda la sociedad. Ante una violación ilegítima de domicilio, un arresto*

Los derechos políticos previstos en la Constitución mexicana, por ejemplo, son tutelados por el juicio para la protección de los derechos político electorales, que corresponde conocer al Tribunal Federal Electoral, máximo órgano en la materia que forma parte del Poder Judicial de la Federación.

Los derechos humanos pueden estar expresados en las llamadas normas programáticas, que son aquellas a través de las cuales el poder constituyente, en vez de regular directa e inmediatamente determinada materia, se limita únicamente a trazar los principios para ser cumplidos por sus órganos (legislativos, administrativos y judiciales), como programas de sus respectivas actividades, con el propósito de realizar los fines sociales del Estado.¹¹¹¹

El objeto de este tipo de normas es precisamente configurar los fines sociales a que se dirige el Estado y la sociedad, de acuerdo con las exigencias del bien común, de esta manera, toda ley o norma integrantes del orden jurídico nacional deben conformarse a la pauta indicada por las normas programáticas de la Constitución, al menos tendencialmente.¹¹¹² Este tipo de normas generan obligaciones no de metas de cumplimiento inmediato, pero si de *comportamiento*, lo cual obliga a los operadores jurídicos a considerar su valor normativo en las decisiones que adopten, por lo menos para evitar decisiones que afecten negativamente al logro de los objetivos trazados.

Desde el ángulo de nuestro análisis las normas programáticas son un importante arsenal argumentativo, en casos de protección de derechos fundamentales y de planteamientos a las autoridades. En ocasiones, los derechos fundamentales sirven como el vehículo para lograr la protección en casos concretos, de asuntos que involucran normas programáticas, a través, por ejemplo, de la igualdad ante la ley y de la prohibición de discriminación.

arbitrario o la prohibición de una reunión pública; así como frente a una ley o a una sentencia, formal o materialmente inconstitucionales, se sienten directamente afectados todos los ciudadanos y no solamente los inmediatamente interesados. Cappelletti, Mauro. La Jurisdicción Constitucional de la Libertad, Tr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961, p. 1.

¹¹¹¹ Cfr. Da Silva. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª edición, Brasil, Revista dos Tribunais, 1982, pp. 70-75 y 126-147. Véase también Quiroga Lavié, Humberto. Sobre la Interpretación Constitucional, en el volumen colectivo *La Interpretación Constitucional*, México, UNAM, 1975, pp 107-117.

¹¹¹² Cfr. Da Silva. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, cit., pp. 141-143.

Mauro Cappelletti señaló ya hace varias décadas: “me parece indudable que los *derechos fundamentales*, inclusive aquellos llamados *sociales*, en su esquema más elemental, atribuyen o, más propiamente, consisten (si son verdaderos derechos), en un poder, en un *jubere licere* de los *individuos particulares*”.¹¹¹³

Otro aspecto relacionado con este tema es el de la protección interna de los derechos humanos de fuente internacional, es decir, los previstos en instrumentos internacionales, en especial tratados, y que son incorporados vía ratificación al orden interno de cada Estado. Al respecto, los tratados de derechos civiles y políticos establecen la obligación para cada Estado de establecer un recurso sencillo, rápido y efectivo, sobre todo jurisdiccional, para la protección de los derechos humanos previstos en la Constitución y en tales instrumentos.¹¹¹⁴

Esto se complementa con el dato de que cada Estado al incorporar un tratado al orden jurídico interno le otorga una determinada jerarquía que, de acuerdo con las diversas Constituciones puede situarlas al menos en cuatro diversas posiciones,¹¹¹⁵ con respecto a la propia Constitución y las leyes ordinarias:

- 1) La posición más alta que podría ocupar un tratado internacional dentro del orden interno de un Estado, estaría por encima de la propia Constitución, este correspondería a un nivel *supraconstitucional*. Esta posición es la que en realidad ocupan desde el punto de vista del derecho internacional.
- 2) Otra posición sería aquella en la que los tratados internacionales estuvieran al mismo nivel que las normas constitucionales, esto es, poseerían *rango constitucional*.

¹¹¹³ Cappelletti, Mauro. La Jurisdicción Constitucional de la Libertad, Tr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961, p. 4.

¹¹¹⁴ Ver el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 2.3; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 25; y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, artículo 13.

¹¹¹⁵ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna, San José, IIDH, 1996, pp. 33-43; Cfr. Gros Espiell, Héctor. Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno, en la obra *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, Tomo II, México, UNAM, 1988, pp 1025 y ss.

3) En orden decreciente, los tratados podrían situarse en un nivel inferior al de la Constitución, pero superior respecto a las leyes ordinarias; en este caso serían de rango *supralegal*.

4) Finalmente, si la Constitución otorga a los tratados un nivel similar al de las leyes ordinarias, se está en presencia de un rango *legal*.

Una opción distinta a la del establecimiento de una jerarquía normativa es la que adoptan, por ejemplo, las vigentes constituciones española (artículo 10) y portuguesa (artículo 16).¹¹¹⁶ La primera ordena la interpretación de las normas constitucionales en concordancia con las disposiciones de la Declaración Universal de 1948 y los principales tratados internacionales de derechos humanos; en tanto que la Constitución portuguesa sólo hace referencia a la interpretación en concordancia con la Declaración citada.

Hay que mencionar que las disposiciones de los instrumentos internacionales de los derechos humanos, tienen en la actualidad cada vez más posibilidades de formar parte del discurso judicial a la hora de justificar una decisión que involucre los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sobre todo como parte de la justificación externa para sustentar la premisa normativa o norma constitucional. Sin embargo, en los casos en que se otorgue a los tratados rango constitucional, al menos en lo que complementa o amplía los derechos ya previstos en la Carta Magna, o cuando la garantía de los derechos previstos en los tratados se lleve a cabo vía los instrumentos específicos de tutela a los que nos referimos, las disposiciones del tratado se convierten en la propia premisa normativa de la decisión judicial.

Una reflexión atinente a nuestra investigación sería la posibilidad de contrastar el tipo y la calidad argumentativa judicial, que se lleva a cabo en la decisión sobre la constitucionalidad de leyes en el sistema difuso con relación al sistema concentrado, en otras palabras, cómo se distingue el ejercicio argumentativo que lleva a cabo un juez

¹¹¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la obra *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1993, p. 448.

ordinario en la inaplicación de normas en un caso concreto, del que efectúa un tribunal constitucional al declarar con efectos generales la incompatibilidad de una norma contraria a la Constitución.

Por supuesto mucho depende la redacción, sistematización y los términos de la propia Carta Magna, pero también consideramos que puede influir la composición unitaria o plural del órgano de decisión, en virtud de que el diseño argumentativo de un proyecto y la reflexión colectiva que se genera en un órgano colegiado al que hay que persuadir, supone al menos una mayor sofisticación y complejidad en la justificación que se lleve a cabo.

A este respecto, Felipe González señala algunos argumentos a favor y en contra de la labor de los tribunales constitucionales en materia de derechos humanos en latinoamérica. Entre los puntos a favor se encuentran la composición de tales organismos, en la que *suelen combinarse juristas y políticos* [en el sentido amplio de la palabra] *de suerte que la resolución de los casos es enfrentada con una óptica amplia. Ello redundará también en una actitud más crítica y controladora del rol de los otros poderes públicos... la presencia de juristas en la corte de constitucionalidad contribuye a que las decisiones no estén basadas en criterios puramente contingentes.*¹¹¹⁷ Además, dichos tribunales significarían un cambio frente a la tesis típica de que *al juez únicamente le corresponde aplicar el derecho y de que se autoinhibe de pronunciarse sobre cuestiones de la mayor importancia para la protección de los derechos humanos.*¹¹¹⁸

Para dichas Cortes la decisión de constitucionalidad es su razón de existencia y, por ello, *usualmente tiene mayor conciencia acerca del tipo de jurisprudencia que están construyendo y, por lo tanto, su acción suele tener un efecto que tiene alcances mucho mayores que los de un solo caso particular*¹¹¹⁹ y, por último, las personas que las

¹¹¹⁷ González, Felipe. Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos en Latinoamérica. En la obra colectiva Instituto de Investigaciones Jurídicas-Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. Justicia Constitucional Comparada, México, UNAM, 1993, p. 34.

¹¹¹⁸ Ibid., p. 35.

¹¹¹⁹ Ibid., p. 36.

integran, por lo regular tienen preparación en temas de derecho público y a menudo poseen un conocimiento de derecho constitucional comparado, y que, por lo mismo, están en condiciones de realizar aportes de relevancia a la jurisprudencia constitucional.¹¹²⁰

Entre los argumentos desfavorables a esta labor por parte de los tribunales constitucionales, se señala que éstos tienden a politizarse, lo cual afectaría a la formación de una jurisprudencia uniforme y consistente, y propiciaría que sea vacilante y sujeta a las contingencias políticas; la labor creativa de los jueces integrantes de dichos órganos pudiera provocar que no sea la ley, sino los propios jueces los que fijen los límites y se genere inseguridad jurídica; los tribunales constitucionales en ocasiones pueden generar conflictos adicionales a los ya planteados, tanto con el poder judicial, como enfrentamientos con el legislativo y el ejecutivo.¹¹²¹

5.3.2. La aplicación de la Constitución vía los mecanismos de jurisdicción constitucional orgánica. La argumentación judicial y los conflictos de atribuciones y competencias.

Este sector complementa al anterior en las posibilidades y la incidencia de la argumentación judicial derivada de aplicación de la Constitución, y comprende *los instrumentos a través de los cuales los órganos estatales afectados pueden impugnar los actos y las disposiciones legislativas de otros organismos del poder, que afecten las competencias y atribuciones establecidos en los preceptos constitucionales. Cuando el conflicto se refiere a la constitucionalidad de disposiciones legislativas, asume un carácter abstracto,*¹¹²² y puede ser previo o posterior a la entrada en vigor de la normas en cuestión.

Este tipo de instrumentos tuvo su surgimiento histórico en los estados federales, con el fin de resolver los posibles conflictos de competencias atribuidas por la Constitución a las instancias federales y locales. La primera Constitución que consagró dichos instrumentos

¹¹²⁰ Ibid., p. 37.

¹¹²¹ Ibid., p. 38.

¹¹²² Fix-Zamudio, Héctor. La Constitución y su Defensa, cit., p. 318.

fue la de los Estados Unidos de América de 1787 en su artículo 3º, sección 2, inciso 1, del que deriva la atribución de la Corte Suprema Federal para conocer y resolver las controversias en que participaran los Estados Unidos de América o las que surgieran entre dos o más Estados; dicho modelo fue seguido por otras constituciones como la Constitución alemana de 1849 que atribuyó el conocimiento de conflictos similares a un Tribunal del Imperio, así como la Constitución de la Confederación Suiza de 1974, que otorgó dicha tarea al Tribunal Federal.¹¹²³

Posteriormente, tales controversias entre autoridades o poderes centrales y entidades federativas o regiones autónomas también fueron asignadas para su resolución a tribunales o cortes constitucionales, de lo cual hay ejemplos antes y después de la segunda posguerra, especialmente en este último periodo, como son los casos de Italia, Alemania, Austria y España, entre otros. De igual forma, en América también hay ejemplos de tribunales o cortes constitucionales que cuentan con dicha atribución, como Guatemala y Chile, entre otros.¹¹²⁴

Las hipótesis de posibles controversias en todos estos casos no es uniforme, pues en algunas situaciones sólo admiten como objeto enfrentamientos entre autoridades federales o centrales y entidades federativas o regiones autónomas, y en otros se amplían considerablemente, por ejemplo a los casos de conflictos entre los propios órganos constitucionales del poder central.¹¹²⁵ Además, el control abstracto de constitucionalidad de las disposiciones legislativas en su carácter preventivo y posterior también forma parte de este sector.¹¹²⁶

La justificación de las decisiones jurisdiccionales en este sector tiene también peculiaridades propias, pues en estos casos la argumentación se concentra en marcar un límite a partir del texto constitucional, por lo que regularmente se parte con especial detalle de éste y de la presunción de que las normas de la Constitución están organizadas

¹¹²³ Ibid., p. 313.

¹¹²⁴ Ibid., pp. 314-315.

¹¹²⁵ Ibid., p. 315.

¹¹²⁶ Ibid., pp. 316-317.

de manera sistemática, que el constituyente no puede ser contradictorio, y que hay una distribución entre reglas generales y de excepción, expresas o tácitas, previstas en la propia Ley Fundamental.

La trascendencia del discurso jurisdiccional justificante se enfatiza en estos casos porque la limitación de atribuciones o la acotación de competencias, puede generar nuevos equilibrios del poder entre las autoridades centrales y locales, o entre los órganos constitucionales, así como también puede potenciar o disminuir la eficacia de un sector importante del ordenamiento, si se toma en cuenta que incluso una mínimo giro de grados o coordenadas de rango constitucional tiene un efecto en los diversos grados de escalonamiento del orden jurídico.

Las decisiones que en estos casos se adopten, pueden reflejar incluso tendencias centralistas, federalistas, o regionalistas en un Estado, y también inclinar en alguna forma el equilibrio hacia el poder parlamentario o al ejecutivo, por lo que los órganos jurisdiccionales teniendo frente a así a instancias constitucionales del poder debe ser sumamente persuasivo y prudente en su decisión de manera que el conflicto en verdad culmine y no permanezca aún luego de dictada la resolución, lo cual acarrearía una crisis que podría rebasar incluso al órgano de decisión.

Por otro lado, con relación al control abstracto de constitucionalidad de las leyes, se puede referir no sólo a las atribuciones de quien la emite, sino también al ámbito material de validez de las disposiciones cuando afectan o se traslapan con atribuciones constitucionales de otros órganos legislativos; cuando riñen con las competencias ya establecidas en otro tipo de órganos también al nivel de la Constitución; o afectan por ejemplo a otros sectores del texto constitucional, como puede ser inclusive el apartado de derechos humanos. En este caso la justificación jurisdiccional adquiere una complejidad mayor en virtud de que las premisas son ambas normativas, por un lado la Constitución y por el otro la norma que se cuestiona o revisa.

5.3.3. La aplicación de la Constitución vía los mecanismos de jurisdicción constitucional trasnacional. La argumentación judicial, el control y la armonización normativa internacional y trasnacional.

Este sector podemos considerarlo en constante expansión, por el número cada vez mayor de instrumentos que se generan en el ámbito internacional sobre muy diversas materias, así como por la presencia del llamado derecho comunitario, que se encuentra en una zona intermedia entre el derecho internacional clásico y el derecho constitucional. Sobre el particular, Fix-Zamudio formula una importante aclaración de inicio:

Aún cuando a primera vista pudiera considerar un contrasentido que se hable de jurisdicción constitucional cuando se trata de resolución de conflictos en los cuales intervienen normas que provienen de fuentes diversas de las del derecho nacional; sin embargo, una reflexión más detenida nos demuestra que la defensa de las cartas fundamentales también debe abarcar su proyección hacia el exterior con independencia de la posición de las diversas constituciones o de la doctrina sobre las corrientes monistas o dualistas del derecho internacional.¹¹²⁷

Los posibles conflictos que pueden surgir en este sector pueden ser variados y complejos, pero el ameritado autor que hemos seguido en este análisis los distingue claramente: a) los que resultan de la posible disconformidad de los actos y leyes internas, con las normas y principios de carácter internacional o comunitario. Estos no son necesariamente de rango constitucional; b) los derivados de la posible trasgresión o discordancia entre las normas constitucionales y las normas externas; y c) los intentos de armonización de las normas constitucionales, con los principios y normas de carácter trasnacional.¹¹²⁸

Cuando se abordan este tipo de conflictos por lo regular se tiene la noción de que sólo se refieren a la compatibilidad de los tratados internacionales con la Constitución, pero como acertadamente lo señala Fix-Zamudio¹¹²⁹ también puede haber conflictos con principios generales del derecho internacional y, agregaríamos, con cualquier otra norma surgida de alguna de las fuentes reconocidas del derecho internacional, al menos de las señaladas en

¹¹²⁷ Ibid., p. 318.

¹¹²⁸ Ibid., p. 318.

¹¹²⁹ Ibid., p. 318.

el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: 1) Convenciones internacionales (tratados); 2) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; 3) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; 4) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

En este sector hay algunas precisiones que vale considerar para comprender su dimensión, la primera de ellas es que la gran mayoría de las constituciones hacen únicamente referencia a los tratados, sin hacer señalamiento alguno del resto de las fuentes del derecho internacional, excepción hecha de la Constitución alemana de 1919, y las posteriores constituciones de Italia de 1948, de la República Federal de Alemania de 1949 y la Constitución portuguesa de 1976, que hacen referencia a la integración y obligatoriedad en el ámbito interno de *las reglas del derecho internacional* y/o a los principios de derecho internacional general.¹¹³⁰

La segunda es que los tratados internacionales luego de su ratificación son incorporados al ordenamiento interno y ocupan en él una jerarquía determinada, por lo regular igual o superior al de las leyes ordinarias. Al respecto, existen esencialmente dos grandes procedimientos de incorporación, que se asocian comúnmente a las doctrinas monistas o dualistas, según sea el caso, sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. En uno de ellos, identificado con la tesis monista, que podemos denominar *automático*, después de la suscripción del instrumento se lleva a cabo su aprobación por parte del órgano legislativo y finalmente lo ratifica el poder ejecutivo, a partir de éste momento el tratado se considera incorporado al ordenamiento jurídico interno y, por lo tanto, comienza a surtir efectos.

Un procedimiento más complicado que el anterior, el cual se identifica con la tesis dualista del derecho internacional como un orden completamente diverso del orden interno, es el que exige, además de los requisitos descritos, que el contenido del tratado se

¹¹³⁰ Ibid., p. 319.

reproduzca a través de una ley; una vez publicada ésta, el tratado se considera incorporado al orden jurídico interno a través de la misma.

Algunas de las fases por las que pasa un instrumento internacional en su incorporación al ámbito interno tienen por objeto revisar la compatibilidad del mismo con el texto constitucional –incluido el llamado control preventivo de constitucionalidad- y el resto del ordenamiento, ya sea para rechazar la ratificación del instrumento o para llevar a cabo los cambios necesarios para que su recepción no resulte problemática. No obstante lo anterior, puede surgir problemas de incompatibilidad normativa ya incorporado el tratado, o también cuando éste es aplicado erróneamente o incluso cuando siendo aplicable, no es observado por los órganos competentes.

En los casos en que la incompatibilidad es con respecto a la Constitución, puede traer como consecuencia que el órgano de decisión realice una armonización normativa vía interpretación, lo cual pone el énfasis en la justificación que refleje esta operación, la cual no es sencilla o, por el contrario, decretar la inconstitucionalidad del instrumento internacional. En ambos casos estamos frente un tipo de argumentación judicial con relación a la Constitución, pero en la segunda hipótesis las consecuencias ulteriores provendría de ponerse en marcha la maquinaria normativa e institucional del derecho internacional.

Una situación distinta se presenta ante los conflictos derivados de la exigencia de aplicación de las disposiciones de un tratado en el ámbito interno, en otras palabras, la reacción ante la inobservancia de tales normas imputable a los operadores jurídicos obligados a ello. Este tipo de conflictos puede tener o no naturaleza constitucional, lo cual depende de la jerarquía que ocupen los tratados en el ámbito interno y del instrumentos que se disponga en dicho ámbito a través del cual se pueda tramitar el asunto; este tipo de casos tiene una incidencia regular en los casos de tratados de derechos humanos, sobre los que hicimos algunos comentarios párrafos atrás a los cuales remitimos.

Otro más de los ámbitos en que tiene incidencia este sector, es el de la armonización de la normativa de origen interno con la de origen supranacional, sobre todo ante la de tipo comunitario, que implica la cesión de competencias otrora estatales a órganos comunitarios como sucede en el proceso que se vive en Europa desde hace varias décadas y que ha llegado a un punto relevante con la suscripción y ratificación del tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Con el fin de resolver los posibles *roces* entre el derecho nacional y el comunitario, que puede generar conflictos de tipo competencial, más que de jerarquía, se ha establecido en Europa un entramado institucional que posee en su vértice al llamado Tribunal de Luxemburgo que realiza un control concentrado, pero se ayuda de una especie de control difuso gracias a la actuación de los jueces nacionales que son considerados como jueces comunitarios cuando aplican la normativa de este tipo, misma que están obligados a preferir cuando entre en conflicto con la de carácter nacional.¹¹³¹

Como puede observarse de estas breves reflexiones, los problemas a que hemos aludido son sumamente complejos, no sólo por motivo de sus modalidades y tramitación, sino también por los efectos que puede ocasionar apartarse o desconocer un instrumento de este tipo, sobre todo en el ámbito internacional o comunitario. Estos aspectos son suficientes para dimensionar la importancia de la justificación judicial tanto para descalificar un tratado, como para intentar armonizarlo por vía jurisdiccional al resto del ordenamiento y en especial a la Constitución.

En estos casos la justificación puede incluso extenderse a la utilización de pautas y criterios internacionales de interpretación, que en ocasiones pueden ser distintos a los previstos en el ámbito interno –incluso a nivel constitucional–, así como el uso de precedentes supranacionales, esto es, se diversifican los materiales con que se cuenta, pero también se eleva el rango de las premisas a su máximo nivel al tener una de ellas alguna o algunas disposiciones constitucionales y la otra a las disposiciones de un tratado,

¹¹³¹ *Ibid.*, p. 321.

que en cuestiones de generalidad y abstracción podrían en ciertos casos equipararse a las de tipo constitucional.

El breve panorama que hemos expuesto, tiene por objeto concretar en lo posible los escenarios y vías para la aplicación jurisdiccional de la Constitución, y destacar la relevancia y rasgos distintivos de la justificación de las decisiones judiciales en algunas de las hipótesis que presentamos. La argumentación judicial tiene matices de acuerdo con el contenido de las controversias constitucionales de cuya resolución deriva, pero no se debe perder de vista el hecho de que la sentencia en estos casos la dicta el órgano judicial último de decisión en el ámbito del Estado y que el *auditorio* al que va dirigida rebasa por mucho a las propias partes en el conflicto; lo cual implica que su formulación no debe mostrarse formalmente correcta, ni tan sólo persuasiva, sino prudente, clara, completa y coherente.

5.4. El deber y la complejidad de justificar las decisiones de aplicación de la Constitución.

Cuando abordamos la aplicación judicial del derecho en general hicimos referencia al surgimiento histórico y a la necesidad de la obligación de motivar sus decisiones, lo cual subsiste hasta nuestros días y sigue siendo una necesidad, por ejemplo, para posibilitar el control de las decisiones por parte de órganos superiores o incluso de carácter constitucional. De esta manera, puede afirmarse en la actualidad que la justificación de las decisiones forma parte de la aplicación judicial del derecho, no sólo porque la mayoría de las constituciones o leyes así lo exigen para todo tipo de autoridad (incluyendo por supuesto los jueces de toda índole), sino también porque la racionalidad de la decisión, e inclusive su justicia, dependen y derivan de dicha motivación.

En el caso de los órganos jurisdiccionales que tiene a su cargo el control de constitucionalidad, la exigencia de motivación es aún mayor, de acuerdo con las siguientes razones:

- 1) Se trata de las normas de más alto rango del ordenamiento, que admiten sentidos diversos y requieren en casos concretos de una especial concreción;
- 2) Por lo regular el órgano de decisión es de último grado, por lo que no existe un órgano superior que pueda revisar o corregir lo acertado o no de su resolución -a menos que sea para efecto de exigir la responsabilidad individual de sus integrantes-, de ahí que la justificación es la única forma de mostrar a las partes en conflicto, al resto de los órganos estatales y a la sociedad, y en general a todo interesado en la determinación, que el asunto se resolvió a partir de la Constitución y no salió de ese margen;
- 3) La justificación no sólo demuestra lo acertado de la decisión, sino es expresión de la independencia e imparcialidad con a que se decidió el asunto, y también es un elemento legitimador de su labor, lo cual tratándose de los jueces y tribunales constitucionales es de capital importancia, pues en un sistema democrático no hay autoridad superior al Derecho y en este caso a la Constitución misma como fuente de legitimidad institucional;
- 4) Las decisiones a dicho nivel por lo regular revisan a su vez motivaciones de órganos inferiores, por lo que se convierten a su vez en motivaciones de segundo grado o nivel que tienden a convertirse en modelos a seguir por parte de órganos aplicadores inferiores en grado;
- 5) La motivación cumple la función de acercar la Constitución al ordenamiento que encabeza, de manera que se deja constancia de la eficacia de esta última y como *impregna* al resto del ordenamiento; la motivación en estos casos justifica una decisión presente, pero mirando al futuro.
- 6) La motivación de los órganos superiores del ordenamiento al aplicar las normas de más alto nivel, es reflejo de la cultura jurídica de una nación. En este mismo sentido, el discurso debe ser reflejo de las altas virtudes éticas y exigencias

profesionales que se exigen a quienes integran los órganos judiciales de última decisión.

- 7) Una adecuada motivación puede elevar la calidad del nivel de debate jurídico, lo cual es un elemento que fuerza a los usuarios especializados del sistema a acoplar su discurso a los parámetros mostrados, de manera que procedan a modificarlo y enriquecerlo.

No obstante lo razonable o persuasivas que puedan ser estas afirmaciones, lo cierto es que la justificación de las decisiones de aplicación de la Constitución es una labor compleja cuando se toma en serio, pero puede ofrecer los mejores beneficios cuando al menos se respetan las exigencias básicas y, también, las consecuencias más nocivas en los casos en que se toma a la ligera o se procede “a la defensiva”, esto es, pensando más en la crítica que pueda existir que en la elaboración de un discurso claro y congruente.

5.4.1. El contexto de descubrimiento y de justificación en la aplicación de la Constitución.

El contexto de descubrimiento es aquella zona no visible a primera vista acerca de la manera en que realmente se arribó a una determinada decisión, existen muchos factores de tipo político, social, histórico, cultural, de experiencia e incluso psicológicos que pueden haber jugado un papel más o menos preponderante o decisivo a la hora de decidir un determinado asunto.

En la aplicación de la Constitución el factor político, se dice, juega un papel importante pero siempre se ha pretendido encubrirlo; uno de los riesgos a los que más se hace alusión cuando se habla de los tribunales de último grado o de los especializados como los tribunales constitucionales, es su *politización*, es decir, que la toma de decisiones se da a partir de factores políticos por encima de los jurídicos, más no en el sentido del carácter político de la función judicial en la dirección apuntada por Fix-Zamudio, como la

*participación en la toma de decisiones esenciales de los órganos del poder,*¹¹³² que por mucho tiempo estuvo excluida para los tribunales y que en la actualidad consideramos incuestionable.

Este y otro tipo de señalamientos acerca de lo que hubo *detrás* de una determinada decisión, significan dar o intentar una respuesta a la posible *explicación* de la decisión, pero no a su justificación. Por supuesto en un escenario ético e ideal, los motivos reales de por qué se decidió un asunto de tal o cual manera deben coincidir con lo que se presenta como la justificación, la cual sería desde este ángulo la *justificación ideal*. La dificultad de sacar a la luz los factores que expliquen una decisión, no quiere decir que es algo que simplemente se deba obviar, sino que lleva a poner un especial énfasis en la justificación como el único elemento que permite evaluar las decisiones judiciales desde el punto de vista argumentativo.

Los requisitos que se exigen para poder integrar los cargos superiores de los tribunales de último grado, no sólo pretenden lograr que los miembros de dichos tribunales tengan prestigio, ni el conocimiento y la capacidad *técnica* para llevar a cabo su labor, sino también que puedan desempeñarse con independencia e imparcialidad. Por otro lado, la conformación colectiva de los órganos jurisdiccionales superiores puede ser también considerada un freno a la posible *contaminación* en la toma de decisiones, ya que no se trata la decisión de *uno* sino del conjunto a partir del debate que se realice, lo cual no excluye la posibilidad remota pero real de que el órgano en su conjunto se vea *inducido* a inclinar su decisión en un sentido u otro.

Cabe señalar que en México la interpretación judicial a nivel federal, que según hemos señalado se ubica en el contexto de descubrimiento, puede dar motivo, cuando proviene de algún tipo de conductas ilícitas o de la mala fe a responsabilidad para los juzgadores, incluso a los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esto se estableció en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación publicada el 5 de enero de 1988,

¹¹³² Fix-Zamudio, Héctor. Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial, México, UNAM, 1986, p. 3.

en su artículo 91, que señaló: "*Los ministros de la Suprema Corte de Justicia sólo serán responsables, al establecer o fijar la interpretación de los preceptos constitucionales, en las resoluciones que dicten, cuando se comprueben que hubo cohecho o mala fe.*"¹¹³³

Este precepto ha permanecido olvidado y poca o nula atención ha merecido por parte de la Doctrina y la judicatura. Sin embargo, podemos afirmar que comparte un origen común con la jurisprudencia obligatoria, ambos producto del genio de Ignacio Luis Vallarta.¹¹³⁴

Las ideas de Vallarta tuvieron consagración legislativa gracias a que el proyecto por él elaborado se convirtió más tarde en la ley de Amparo de 1882. En ésta, dentro del Capítulo Décimo dedicado a la responsabilidad en los juicios de Amparo se estableció:

Artículo 77. Los magistrados de la Suprema Corte no son enjuiciables por tribunal alguno por sus opiniones y votos respecto de la interpretación que hagan de los artículos constitucionales, si no es en el caso de que esos votos hayan sido determinados por cohecho, soborno u otro motivo criminal castigado en el Código Penal. No interviniendo esta circunstancia, la responsabilidad colectiva o individual de los magistrados por la interpretación de la Constitución, no puede ser castigada sino por la opinión pública.¹¹³⁵

La inclusión de estos preceptos tuvo un doble fin, el primero de ellos fue el de establecer la responsabilidad de los jueces al interpretar la Constitución cuando proviniera de conductas delictivas y por otra parte no permitir que los integrantes de la Corte, al interpretar la Constitución, pudieran ser sujetos de juicio alguno por parte del Poder

¹¹³³ Este precepto se estableció anteriormente en idénticos términos en el artículo 83 de la Ley Orgánica de del Poder Judicial de 1936. precisar la nueva regulación del cohecho

¹¹³⁴ Las ideas de Vallarta a este respecto pueden consultarse en la carta que envió a Don Ezequiel Montes, entonces Ministro de Justicia, de fecha agosto 15 de 1881, en el proyecto de reformas a la Ley de 1869 que regulaba al Amparo y, en la exposición de motivos de la Ley 1882, los cuales pueden consultarse en la obra del mismo autor *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus, Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales*, Tomo quinto, 4ª edición, México, Ed. Porrúa 1989, pp. 3-18.

¹¹³⁵ Este precepto correspondió al artículo 80 del proyecto de Vallarta.

Legislativo, como se intentó a consecuencia del caso de Miguel Vega.¹¹³⁶ Al analizar este singular caso Vallarta concluyó:

"Desde ese caso, puede decirse que quedó entre nosotros definida esta verdad fundamental de nuestro derecho público: La Suprema Corte no puede ser enjuiciada por ningún tribunal por sus fallos en los juicios de amparo: supremo y final intérprete de la Constitución, no tiene más responsabilidad que la moral de la opinión por la inteligencia que dé á los textos constitucionales y la aplicación que de ellos haga en los amparos..."¹¹³⁷

Complementando estas ideas, en la exposición de motivos que acompañó Don Miguel Montes al presentar el proyecto de Vallarta a la consideración del Congreso, se señaló al respecto:

"Consecuentemente con el carácter que tiene la Suprema Corte de Justicia, consulta el proyecto que los magistrados de este respetable cuerpo no son enjuiciables por sus opiniones y votos pronunciados al interpretar la Constitución; salvo el caso de que un delito haya determinado esa opinión o ese voto. Aceptar el principio contrario equivaldría a sujetar las resoluciones de la Corte, llamada por la Constitución a pronunciar la última palabra sobre interpretación constitucional, al juicio del poder legislativo, el que de hecho, por su fallo, vendría a fijar el sentido de la Carta fundamental. Tal no es en verdad el espíritu de la Constitución."

Este precepto, y en general el sistema de responsabilidades establecido en la Ley de 1882, era bastante severo, pero a nuestro parecer se encontraba acorde con la trascendencia de la interpretación constitucional. Sin embargo, en ese tiempo y todavía en la actualidad, de

¹¹³⁶ Para un análisis en detalle acerca de este singular caso Cfr. Noriega Cantú, Alfonso. La Consolidación del Juicio de Amparo, El Caso del Artículo 8º de la Ley de 1869, Circulo de Santa Margarita, Noviembre de 1980.

¹¹³⁷ Vallarta defendió estas mismas ideas en su obra ya citada El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus. cit., en la que señaló: "De estas consideraciones infiero que los magistrados de la Suprema Corte no son responsables ante ningún tribunal por la inteligencia que dieren á la Constitución al sentenciar los juicios de amparo; más si lo son, por supuesto, en toda especie de corrupción que influyere en sus fallos..... Lo que no podrá hacerse es juzgarlos por la mera suposición de que infringieron la ley fundamental, tomando como cuerpo del delito el hecho ó supuesto de que han violado la Constitución en sus interpretaciones judiciales...." pp. 383 y 378-398.

presentarse este tipo de conductas reprobables, su detección oportuna y el largo camino ha seguir para fincar la responsabilidad de los Ministros lo convierte únicamente en una buena intención carente de efectividad.

De cualquier forma, el procedimiento de responsabilidad debe hallarse complementado con un adecuado sistema de selección, nombramiento y preparación de los jueces. Si bien estos mecanismos no pueden garantizar al cien por ciento la conducta, honestidad y capacidad necesarias para realizar la delicada función judicial, reducen la posibilidad de que existan factores que la afecten.

La vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 26 de mayo de 1995 introdujo cambios favorables en este sentido; primero, por que extendió la responsabilidad sobre la interpretación de la constitución a los magistrados de circuito y jueces de distrito. Esto se estableció así en el artículo 130 de la Ley mencionada, que señala: "*Los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de circuito y los jueces de distrito, serán responsables al establecer o fijar la interpretación de los preceptos constitucionales en las resoluciones que dicten, cuando se compruebe que hubo cohecho o mala fe.*"

En la Ley Orgánica de 1988 no existía un procedimiento específico por el cual se pudiera hacer efectiva esta responsabilidad, en cambio, en la Ley actual, en el título octavo denominado "De La Responsabilidad"¹¹³⁸, se implementó un procedimiento para tramitar dicha responsabilidad.

Para conocer de las responsabilidades es competente la Suprema Corte, tratándose de Ministros y el Pleno del Consejo de la Judicatura o el órgano colegiado que éste determine, en el caso de magistrados de circuito o jueces de distrito, atendiendo también a la gravedad de la falta y el carácter de la sanción que corresponda a ésta.¹¹³⁹

¹¹³⁸ Artículos 129-140.

¹¹³⁹ Artículo 133 y respecto a las facultades en este sentido del Pleno de la Suprema Corte el artículo 11, fracción VII.

El procedimiento puede iniciar de oficio o por queja o denuncia de cualquier persona (incluso en forma anónima), las cuales, en todos los casos, deberán estar apoyadas en documentos o elementos de prueba suficientes para acreditar la existencia de la infracción y presumir la responsabilidad del ministro, magistrado o juez de que se trate.¹¹⁴⁰

Una vez iniciado el procedimiento, el juzgador al que se imputa la conducta o hecho motivo de responsabilidad, debe rendir un informe al respecto, una vez ocurrido lo anterior y desahogadas las pruebas que hubiere, en caso de hallarse comprobada la responsabilidad, se aplicará la sanción, la cual puede consistir en apercibimiento, amonestación, sanción económica, suspensión, destitución del puesto e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.¹¹⁴¹

Como puede observarse, los jueces federales son libres en su actividad, ya que no se sanciona por sí misma la interpretación que realicen de la Carga Magna, sino cuando ésta provenga de actos que la desvirtúen, como son precisamente el delito de cohecho o la mala fe.

Por lo que respecta al contexto de justificación, tratándose de la aplicación de la Constitución, ésta se ve reflejada en la resolución judicial y consiste en la cadena argumentativa presentada como justificación de la decisión. Sobre este último aspecto ahondaremos en los puntos siguientes.

5.4.2. La distinción entre justificar la aplicación del derecho a través de la Constitución y justificar la aplicación misma de la Constitución.

Una vez cubierta la *justificación* de la exigencia e importancia de la motivación, en el caso de aplicación de la Constitución por los órganos jurisdiccionales de último grado, corresponde ahora abordar algunos otros aspectos relacionados con la incidencia de

¹¹⁴⁰ Artículo 134.

¹¹⁴¹ Artículo 135. En el caso de que la sanción consista en destitución es necesario hacer referencia al artículo 129 de la propia Ley, que establece que los Ministros de la Suprema Corte sólo podrán ser privados de sus puestos en la forma y términos que determina el Título Cuarto de la Constitución Federal. Por cuanto a los magistrados y jueces de distrito, de acuerdo con el artículo 137, sólo ha lugar a la destitución cuando el motivo de responsabilidad sea grave o exista reincidencia en la misma.

factores presentes en la justificación de decisiones judiciales en general, pero enfocados a la aplicación judicial de la Constitución.

Una primera cuestión sobre la que es necesario reflexionar es el uso de la Constitución como un elemento de justificación última presente en las decisiones de los operadores jurídicos en general, esto es, la alusión al texto constitucional para fundar las potestades y atribuciones de tales órganos en sus respectivos ámbitos de actuación, lo cual también ocurre cuando los usuarios del sistema, administrados, justiciables, ciudadanos o habitantes, utilizan como fundamento último o inicial de sus pretensiones, frente a las autoridades de todo tipo, al texto constitucional.

Adaptando a este escenario las categorías elaboradas por Bidart Campos al hablar de la interpretación *de* y *desde* la Constitución, el tipo de justificación a la que hemos hecho referencia sería, desde el punto de vista de los operadores jurídicos, la justificación de la aplicación del derecho a *través* o *desde* la Constitución.¹¹⁴²

Por otra parte, la categoría que más nos interesa y a la que hemos hecho referencia en este capítulo es la llamada justificación de la aplicación de la Constitución, esto es, no sólo la referencia a la Carta Magna a manera de argumento de legitimación en la aplicación del derecho *infra* constitucional, sino la justificación de las decisiones de aplicación directa de la Constitución, en la que ésta es el centro del debate y el objeto de las decisiones. Siguiendo el símil con las ideas de Bidart Campos, sería una argumentación *de* o acerca de la Constitución.

Esta distinción en la práctica se ve aún más clara en los sistemas en que por una parte se encuentran los órganos jurisdiccionales adscritos al Poder Judicial y por otra un tribunal o corte constitucional, la motivación de las decisiones de este último es acerca de la Constitución, mientras que las de los primeros serían por lo regular *desde* la Constitución. Aún cuando se aprecia con claridad la distinción que proponemos, la misma no deja de

¹¹⁴² Bidart Campos en su obra *Teoría General de los Derechos Humanos*. UNAM, 1989. pp. 400-401. En este mismo sentido, Cfr. VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 81-98.

tener sólo efectos didácticos, por lo que se presenta para intentar aislar el objeto de nuestra investigación, más que para declarar que en la realidad el fenómeno se presenta dividido.

5.4.3. La justificación interna y externa al nivel constitucional.

En el capítulo anterior tuvimos oportunidad de referirnos a estas categorías, que trasladamos a este punto para hacer algunas precisiones.

La justificación interna, como se señaló, refleja la coherencia lógica de la decisión de manera que la conclusión o decisión a la que se arrije derive en efecto de las premisas externadas. En estos casos resulta de especial relevancia evitar incurrir en las falacias formales a las que también hemos hecho ya referencia en un capítulo previo.

La justificación interna en la aplicación de la Constitución no representa, desde nuestro punto de vista, una desviación a los problemas ya inherentes a dicha categoría en la aplicación judicial del derecho en general, por lo que nos permitimos remitir a lo expuesto en el apartado correspondiente.

En este caso sobresale por su incidencia y trascendencia la llamada justificación externa, esto es, la aportación de razones adicionales que se ofrecen para apoyar cada una de las premisas que dan lugar a la decisión. Es precisamente con motivo de este tipo de justificación que la argumentación judicial a este nivel resulta especialmente problemática y compleja.

Dicha labor resulta problemática por el tipo y la cantidad de argumentos que se requiere, por ejemplo, para ofrecer una justificación adecuada acerca del sentido y alcance de los preceptos constitucionales implicados en un caso concreto, o para justificar la premisa menor que puede ser en algunos casos fáctica, pero que en otros, los más complicados, que también es una premisa normativa formada por algún tipo de norma *infra* constitucional o, inclusive, una norma internacional a propósito de la jurisdicción

constitucional trasnacional, las cuales pueden ser tan o más genéricas que la propia Constitución.

Otro problema relacionado con la justificación externa es su límite ¿hasta donde puedo considerar como adecuadamente apoyada una premisa normativa a nivel de la Constitución? ¿cuántos argumentos es adecuado utilizar para atender a la solución del caso concreto y saturar las posibles opciones racionales?

Algunos elementos para dar respuesta a la primer interrogante los proporcionaremos en el punto siguiente sobre el *silogismo* o *entimema constitucional*; con respecto a la segunda interrogante, habría que tomar en cuenta que la justificación externa debe abarcar en estos casos como pauta el mayor número de consideraciones, con el fin no sólo de apoyar lo que en efecto soporta directamente la premisa que lleva a la decisión adoptada, sino además demostrar que en efecto fueron tomadas en cuenta todas las opciones posibles de solución y por qué éstas fueron “derrotadas” por la que se presenta.

Cabe también recordar que el juez o tribunal constitucional está sujeto a la propia constitución y que debe hacer prevalecer en todo momento su autonomía, independencia e imparcialidad, por lo que éstas en efecto serían un freno o tope a la cantidad y tipo de argumentos que funjan como justificación externa, es decir, se debe privilegiar el argumento técnico jurídico, sistemático, teleológico e histórico, y evitar aquellos con un contenido ideológico, político o emotivo.

Por último queremos destacar que la justificación externa de las decisiones de aplicación de la Constitución, requiere un estudio completo no únicamente basado en una serie de pautas técnicas como las que hemos señalado, sino también estudios empíricos que permitan identificar los cambios que se observan en diversas épocas y bajo determinadas circunstancias. Una investigación de este tipo, que excede por ahora nuestras capacidades, sería el complemento más adecuado de una investigación como la que hemos intentado desarrollar.

5.4.4. El silogismo o entimema judicial de aplicación constitucional.

Desde el punto de vista argumentativo, la sentencia es un texto discursivo en el que se pueden encontrar diversas cadenas argumentativas a manera de justificación, que en conjunto forman un entramado de argumentos, más que una sola cadena lineal, lo cual no excluye que desde un punto de vista “macro” se trate de un gran silogismo integrado por dos premisas.

Los argumentos del tipo señalado son válidos (formalmente), *si y solamente si todos los silogismos que lo forman son válidos*. Copi afirma que cuando un argumento así se expresa entimemáticamente, con sólo las premisas y la conclusión final expresadas, se llama *sorites*. Cualquier *sorites* puede ser probado haciendo las conclusiones intermedias o pasos explícitos, así como también validando cada uno de los silogismos que se van presentando.¹¹⁴³

Cabe recordar que el entimema es el silogismo retórico desde Aristóteles, pero en los trabajos sobre lógica moderna se da ese nombre a aquellos silogismos que contienen implícita alguna o algunas de sus premisas. Para efectos de permitir la lectura de un texto formado por sorites es necesario precisamente evitar ser redundante en las conclusiones intermedias, que a su vez se convierten en premisas de otros silogismos en la cadena que se forma, de hecho, así es como regularmente plasmamos las ideas por escrito, como por ejemplo, nuestra propia investigación.

El argumento, silogismo o entimema judicial es definitivamente más complejo que los que se efectúan al aplicar el derecho ordinario. Esto era ya advertido por el jurista Héctor Fix-Zamudio con suma claridad desde la década de los sesenta, al señalar que dicha complejidad venía dada por involucrar una doble interpretación, por un lado la de la ley

¹¹⁴³ Copi, Irving M. y Cohen, Carl. Introducción a la Lógica, México, Limusa-Noriega Editores, 2004, p. 300.

ordinario que se consideraba contraria a la Constitución y, por otro lado, la necesaria interpretación de ésta para conocer su sentido y alcance, ambas se dan al unísono.¹¹⁴⁴

En silogismo judicial ordinario la premisa mayor es el resultado de la interpretación de una disposición y la premisa menor está constituida por el caso concreto, que también se interpreta, y se obtiene por inferencia lógica.¹¹⁴⁵ En el ámbito constitucional, señala Fix-Zamudio:

“En el razonamiento constitucional, por su parte, las dos premisas están integradas por normas (cuando no se trata, excepcionalmente, del control constitucional de actos de autoridad) de las cuales la mayor contiene uno o varios principios de carácter supremo y de mayor generalidad, cuya interpretación constituye una clara operación de estimativa jurídica y, la menor, a disposición o disposiciones secundarias, que tienen menor generalidad y que deben ser previamente interpretadas, a través de una actividad que en último extremo también es axiológica; pero esta doble interpretación se funde en una sola, con el objeto de establecer la posible armonización del orden valorativo supremo de la Carta Fundamental, con la significación “razonable” de los preceptos secundarios; y todavía es necesario analizar la situación social a la cual pretenden aplicar las normas secundarias, ya que como han puesto de relieve las escuelas jurídicas estadounidenses de nuestros días, en la interpretación de la ley (y con mayor razón de la Constitución) no puede olvidarse sus trascendencia social, su relieve sociológico.”¹¹⁴⁶

La elección de las premisas a nivel constitucional involucra elementos políticos, económicos, sociales y culturales, que sólo pueden percibirse a través de la experiencia y sensibilidad del juez constitucional; además, para fijar las premisas con base en las cuales decidirá éste utiliza las pruebas que sean aportadas y los argumentos que las partes expongan sobre la controversia y el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales.

Hasta aquí ha quedado claro que la decisión judicial debe estar acompañada por los argumentos que la sustenten. La idoneidad de éstos se encuentra directamente vinculada a

¹¹⁴⁴ Fix-Zamudio, Héctor. El Juez ante la Norma Constitucional, en su *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 53.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 54.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 54.

la aceptabilidad de la decisión judicial, de tal manera que la más justa de las decisiones, puede aparecer como caprichosa y arbitraria si no se expresan de manera adecuada las razones idóneas que la justifiquen y lleven al convencimiento del *auditorio* que las recibe.

5.4.4.1. La justificación de la premisa mayor-normativa: la interpretación judicial de la constitución plasmada en la sentencia.

Siguiendo en lo esencial el esquema trazado por Fix-Zamudio, la premisa mayor del silogismo judicial constitucional es la norma o normas constitucionales aplicables, lo cual se obtiene en efecto por vía interpretativa y, agregaríamos algo implícito, se plasma en la decisión y debe justificarse, sobre todo en casos donde el problema precisamente radica en el sentido y alcance de la disposición constitucional.

La justificación de la decisión interpretativa, esto es, la manifestación de los argumentos por los cuales se identifiquen las directivas interpretativas y las valoraciones, que determinaron el sentido y alcance que se dio a determinado precepto constitucional,¹¹⁴⁷ comparte el doble fin de la justificación judicial en general: por una parte *convencer* al auditorio, compuesto en este caso por las partes involucradas, los órganos del Estado y la sociedad en general y, por la otra, *hacer congruente* su decisión con los principios y valores del orden jurídico constitucional.

La justificación de la premisa normativa es el vínculo entre la interpretación judicial constitucional y la argumentación judicial constitucional, no obstante que se considere a la primera parte del contexto de descubrimiento. En efecto, los avances doctrinales en torno a la interpretación constitucional en las últimas décadas han sido impresionantes, de manera que, sin exageración, podemos decir que el tema es un componente indispensable del constitucionalismo actual.

¹¹⁴⁷ Cfr. Wróblewski, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, cit., p. 68. Señala este autor que los límites del discurso justificativo pueden explicarse como "*valores aceptados por un auditorio dado como pueden ser los órganos que aplican la ley, la doctrina jurídica, la comunidad jurídica o una sociedad dada.*" Ibid, p. 67.

Toda persona que inquiera sobre el sentido de los preceptos constitucionales está de hecho interpretando la Constitución. Desde este punto de vista, la interpretación constitucional puede llevarse a cabo por los órganos del Estado, en cuyo caso puede ser *legislativa, administrativa o judicial*; por los académicos, dando lugar a la llamada interpretación *doctrinal*; y también pueden realizarla los particulares, grupos y organizaciones no oficiales, creando lo que se puede denominar la interpretación *popular*.¹¹⁴⁸

A la par de esta clasificación, que puede ser calificada como *subjetiva* por referirse a quienes llevan a cabo la interpretación constitucional, se han elaborado otras con base en criterios diferentes; así, el ameritado jurista Jorge Carpizo¹¹⁴⁹ propone una clasificación desde el punto de vista del contenido de la interpretación y la separa en *gramatical, histórica, política, económica, y jurídica*; por su parte, Linares Quintana¹¹⁵⁰ la separa en función de su resultado en *literal, extensiva y restrictiva*.

Un criterio adicional es el que parte del método utilizado para llevar a cabo la actividad interpretativa; con base en dicho criterio, la interpretación constitucional podría ser, entre otras, *gramatical, teleológica, funcional, histórica, sociológica y sistemática*, o alguna combinación o modalidad de éstas.

¹¹⁴⁸ Fix-Zamudio se ha ocupado del estudio de estas categorías en varios de sus trabajos, especialmente en *Algunas Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano*, cit., pp. 22-35. Sobre este aspecto García de Enterría señala: "La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación -por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos- en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate." *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3a ed. Madrid, Ed. Civitas, 1985, p. 95.

¹¹⁴⁹ Carpizo, Jorge. *Algunas Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano*, segunda parte, en el volumen colectivo *La Interpretación Constitucional*, UNAM, México, 1975, pp. 46-57.

¹¹⁵⁰ Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Argentino y Comparado*, Tomo II (Teoría de la Constitución), Buenos Aires, Alfa, 1953, p. 435 y ss.

Consideramos que cada una de estas clasificaciones aportan valiosos elementos que contribuyen a la sistematización de la interpretación constitucional; lo que es más, las categorías señaladas no se excluyen y son susceptibles de combinarse.

Desde otro punto de vista, estrechamente vinculado a la clasificación *subjetiva*, la interpretación puede separarse en dos categorías: a) la *interpretación orgánica*,¹¹⁵¹ la que realizan los órganos del Estado al aplicar la Constitución, la cual admite una subdivisión tripartita en cuanto a las funciones esenciales de los tres principales órganos de gobierno, dando lugar a la *interpretación legislativa, ejecutiva y judicial*; y *no orgánica*, por exclusión, a la que realizan todos aquellos que no fungen como órganos aplicadores oficiales de los preceptos constitucionales.

La diferencia esencial entre la interpretación *orgánica* y la *no orgánica* es que la primera pasa a formar parte del ordenamiento, en otros términos, su producto o resultado es una norma que vincula las conductas de autoridades y particulares; la segunda, en cambio, a pesar de no tener ésta carácter, sí puede orientar o influir en aquella que realicen los órganos del Estado.

Aunado al aspecto vinculante u obligatorio de la interpretación constitucional *orgánica*, ésta puede ser desde otros ángulos *implícita* y en ocasiones también *explícita* o *expresa*. La interpretación, como uno de los momentos del procedimiento de aplicación de la norma, se entiende comprendida de tal forma en éste, que no es necesario llamar la atención del sujeto para que la realice, es por ello que se denomina *implícita*.

En cambio, la interpretación es *explícita* o *expresa* cuando el orden jurídico faculta expresamente para realizarla a determinado órgano, el cual lo hace de manera manifiesta, deliberada, intencional y directa. Asimismo, este tipo de interpretación puede o no ser *definitiva*, esto es, en los casos en que la exégesis constitucional sea susceptible de ser

¹¹⁵¹ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando. Algunas Consideraciones Sobre la Interpretación Jurídica (con especial referencia a la Interpretación Constitucional), cit., pp. 130 y ss. Esta noción se identifica con la llamada interpretación operativa, denominada así por ser operadores públicos quienes la llevan a cabo. Cfr. García de Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, cit., p. 95.

analizada por otro órgano que tenga a este respecto la última palabra, la interpretación que lleve a cabo el primero es *provisional*; por el contrario, si esto no sucede así, puede considerarse como *definitiva*.

Cabe aclarar que la interpretación que calificamos como *definitiva*, lo es sólo por cuanto a la jerarquía última que ocupa sobre otras posibles, pero de ninguna manera debe entenderse como *inmutable*, en especial porque uno de los rasgos distintivos de la interpretación constitucional es precisamente su carácter dinámico y evolutivo.

Los jueces, en especial aquellos que poseen la facultad de emitir la interpretación *definitiva* de la Constitución, no deben ignorar la importancia y trascendencia de estas cuestiones, aún cuando el sentido y alcance que den a los preceptos de la Carta Magna no puedan ser ulteriormente revisados por algún otro órgano. Sin embargo, aún en estos casos existe la posibilidad que el órgano constituyente lleve a cabo alguna modificación al texto constitucional, de manera que éste no corresponda más con la interpretación judicial definitiva emitida y haga necesario reemplazarla o darle un nuevo sentido al momento de aplicar la Constitución en un caso concreto.

Las consideraciones que hemos expuesto nos llevan a afirmar que la *interpretación judicial constitucional* goza de preeminencia respecto de la que pudieran realizar de manera implícita o explícita las autoridades pertenecientes al ámbito de los órganos legislativo y ejecutivo.

En efecto, la *interpretación judicial constitucional* es relevante respecto de la que lleva a cabo el Poder Legislativo, principalmente porque en la mayoría de los países se ha depositado el control de la constitucionalidad de las leyes en órganos jurisdiccionales, ya sea mediante el sistema *difuso*, el sistema *concentrado*, o sistemas *mixtos* que poseen aspectos de ambos. Esto abarca también a las leyes interpretativas o interpretación auténtica en aquellos países que la contemplan.

Con relación a la denominada *administrativa*, la interpretación judicial de la Constitución también se sitúa en un grado superior implantándose como *definitiva*, toda vez que los

actos de la administración e incluso aquellos que realizan los tribunales formalmente administrativos, son susceptibles de impugnarse ante los órganos del Poder Judicial o los Tribunales o Cortes Constitucionales.

Especial atención merece lo relativo a las *cuestiones políticas*, es decir, los actos que los órganos legislativos y ejecutivo realizan, cuya revisión no está dentro de la competencia del control Judicial. Respecto de aquéllas existe la tendencia, cada vez más marcada, de someterlas al control constitucional de órganos jurisdiccionales, al menos en algunos de sus aspectos.¹¹⁵²

En la actualidad, se ha reconocido la enorme trascendencia que han adquirido los jueces en virtud de su carácter de *intérpretes oficiales y definitivos* de la Constitución, esto ha llevado paulatinamente a la realidad la famosa frase del Juez norteamericano Charles Evans Hughes: *la Constitución es lo que los Jueces dicen que es*.

Es así como los jueces en muchos países ha dejado atrás el lugar inferior y subordinado que en otras épocas y lugares se les asignó, para convertirse en los *Guardianes de la Constitución*, funcionando como verdadero contrapeso de los órganos Legislativo y Ejecutivo, y cada vez más como un *super poder* que vigila y controla a los poderes tradicionales, conservando así el orden constitucional, impulsando su evolución y garantizando su eficacia.

5.4.4.1.1. Los métodos, los principios y los instrumentos para interpretar la Constitución.

5.4.4.1.1.1. Los métodos de interpretación constitucional.

Sin profundizar sobre el funcionamiento preciso de los métodos de interpretación constitucional, que excedería en mucho las pretensiones panorámicas de este breve

¹¹⁵² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. La Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos, en *Constitución, Proceso y Derechos Humanos*, México, UDUAL, 1988, pp. 250-254; y La Justicia Constitucional y la Judicialización de la Política, en su *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, 2ª ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 641-670.

trabajo, podemos afirmar que en la aplicación de las normas constitucionales, más que en cualquier otro tipo de normas jurídicas, deben utilizarse todos los métodos de interpretación al alcance del intérprete para determinar de mejor manera el sentido y alcance del texto constitucional.

En tal sentido, los métodos *gramatical, teleológico, funcional, histórico, sociológico y sistemático*,¹¹⁵³ entre otros, forman parte del *arsenal* con que cuenta el juez y en general todo intérprete para llevar a cabo su labor y no deben discriminarse *a priori*.¹¹⁵⁴ La utilización de un solo método considerado como el único válido, corresponde a estadios en la evolución de la función judicial, afortunadamente ya superados o en vías de serlo, en los que una sola corriente o escuela de interpretación era la imperante.

La elección del método o métodos idóneos en cada caso involucra definitivamente no sólo una decisión técnica, sino también y en mayor medida estimativa e ideológica por parte del Juez, la cual debe estar orientada hacia la solución del caso concreto planteado, pero que no puede desconocer la historia constitucional de una nación, ni el contexto en el cual la Constitución es aplicada. No obstante lo anterior, el juez debe hacer referencia en su decisión al método o métodos utilizados, así como los factores que determinaron su elección, para fortalecer la justificación de su sentencia.

Por otra parte, para realizar de la mejor manera la interpretación de la Constitución, el juez, y en general todo intérprete, cuenta con una serie de principios o pautas, así como instrumentos que le auxilian y orientan en su delicada labor, los cuales a su vez pueden

¹¹⁵³ Para una análisis crítico de los métodos de interpretación gramatical, auténtico y sistemático, así como propuestas alternativas ver Vega Gómez, Juan. Seguridad Jurídica e Interpretación Constitucional, en la obra Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coords.), Tribunales y Justicia Constitucional, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 377-399.

¹¹⁵⁴ Cfr. Recaséns Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México, Porrúa, 1980, pp. 178-187; Aftalión, Enrique R. Interpretación en la Ciencia del Derecho, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Tomo 57, enero-febrero-marzo de 1950, pp. 836-837. En este mismo sentido, Villar Palasi habla de una *dosificación de métodos interpretativos*, haciendo un símil con los medicamentos señala que *una dosificación mal hecha puede producir la inutilidad del medicamento o de su extremada peligrosidad, e igual sucede con el Derecho*. La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos, Madrid, Tecnos, 1975, p. 19.

funcionar como criterios de argumentación a la hora de justificar una decisión interpretativa a nivel constitucional.

5.4.4.1.2. Los principios de interpretación constitucional.

Diversos autores¹¹⁵⁵ se han preocupado por elaborar diversas pautas o lineamientos que debe tomar como referencia el intérprete constitucional al realizar su labor.¹¹⁵⁶

La cantidad de propuestas elaboradas hasta ahora integra un enorme catálogo, tales propuestas coinciden en general y únicamente difieren por cuanto son producto de un determinado sistema constitucional, de la experiencia y las decisiones jurisdiccionales presentes en cada Estado; sin embargo, de acuerdo con el pensamiento de García Beláunde¹¹⁵⁷ existen pautas comunes a todo sistema constitucional y pautas particulares de cada uno.

Dentro de las pautas comunes a todo sistema constitucional podemos considerar las reglas propuestas por Linares Quintana¹¹⁵⁸, las cuales son de las más aceptadas por la doctrina y pueden ser condensadas como sigue: a) en la interpretación constitucional debe siempre

¹¹⁵⁵ Cfr. Linares Quintana, Segundo V. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Argentino y Comparado, Tomo II (Teoría de la Constitución), Buenos Aires, Alfa, 1953, pp. 468-495; La Interpretación Constitucional, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Año XXII, No. 418, 22 de febrero de 1960, pp. 2-4; y La Constitución Interpretada, Buenos Aires, Depalma, 1960, pp. I-XIX; Bidart Campos, Germán J. Derecho Constitucional, Tomo I, Argentina, Ed. EDIAR, 1964, pp. 94-96; La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional, Argentina, EDIAR, 1987, pp. 235-237; Teoría General de los Derechos Humanos, México, UNAM, 1989, pp. 399-427. García Beláunde, Domingo. La Interpretación Constitucional como Problema, en la obra Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita, Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 669-672; Vigo, Rodolfo Luis. Interpretación Constitucional, Argentina, Abeledo-Perrot, 1993, pp 105-191.

¹¹⁵⁶ Sobre la naturaleza y funciones de los principios en la interpretación constitucional, ver Cárdenas, Jaime. Los Principios y su Impacto en la Interpretación Constitucional y Judicial, en la obra Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coords.), Tribunales y Justicia Constitucional, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 85-105.

¹¹⁵⁷ La Interpretación Constitucional como Problema, cit., p. 669.

¹¹⁵⁸ Véase el catálogo que elabora Rodolfo Luis Vigo, quien desarrolla como directivas de la interpretación constitucional las siguientes: optimizar la fuerza normativa de la Constitución, considerar a la Constitución como sistema, tener en cuenta la unidad del ordenamiento jurídico, la máxima funcionalidad del régimen político, la consolidación de los valores constitucionales, atender a las consecuencias sociales, tener una fidelidad no estática al poder constituyente, considerar la estabilidad relativa de las decisiones interpretativas, la fundamentación apropiada de las decisiones, y el esfuerzo coordinador del derecho constitucional interno con el derecho comunitario. Interpretación Constitucional, cit., pp. 105-191.

prevalecer el contenido teleológico o finalista de la Constitución que es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre; b) la Constitución debe interpretarse con un criterio amplio, liberal y práctico; c) las palabras empleadas en la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico; d) la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, ninguna disposición debe ser considerada aisladamente; e) se debe tener en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al tiempo de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación y aplicación; f) las excepciones y los privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo; y g) los actos públicos se presumen constitucionales a condición de que mediante una interpretación razonable de la Constitución puedan ser armonizados con ésta.

Bidart Campos¹¹⁵⁹ agrega que las normas declarativas de derechos y garantías han de demandar una interpretación a favor de su operatividad, para facilitar su aplicación aun a falta de normas *infra* constitucionales que las reglamenten.

García Belaúnde¹¹⁶⁰ señala entre las pautas que propone la *previsión de consecuencias* y también la *razonabilidad*, es decir, la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones, de tal forma que se llegue a la solución adecuada sin afectar el sistema normativo constitucional.

En México son aplicables las pautas mencionadas y podemos agregar las siguientes, que se ajustan a nuestro sistema jurídico en particular:

a) Nuestra Constitución vigente es producto, entre muchos otros factores de tipo social, económico y político, de la evolución de los documentos constitucionales que le antecedieron y de la enorme influencia que ejerció en el siglo pasado la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. De esta manera, existen preceptos que han sido

¹¹⁵⁹ La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional. cit., p. 236

¹¹⁶⁰ La Interpretación Constitucional como Problema, cit., p. 671.

trasladados de Constitución en Constitución, en ocasiones literalmente, y así han llegado hasta la actual de 1917.

Conocer esto es especialmente útil para identificar las corrientes ideológicas que se hallan tras los preceptos y cambios constitucionales, los cuales son un factor relevante para la interpretación constitucional.

b) La libertad y dignidad del individuo,¹¹⁶¹ en armonía con el bienestar general, así como la justicia social y la igualdad, conforman en conjunto el *faro* que ha de guiar en todo momento la actividad del intérprete de la Constitución. En otras palabras, los preceptos que consagran derechos fundamentales de la persona deben interpretarse en forma amplia armonizándolos con los derechos de naturaleza social -tomando en cuenta que la Constitución mexicana es la primera en el mundo que consagró tales derechos- y a su vez con el bien común.¹¹⁶²

c) Debe partirse de un principio de no contradicción de las normas que integran la Constitución, es decir, que el contenido de los preceptos constitucionales, por hallarse a un mismo nivel, no se pueden considerar como contradictorios, para esto, se debe buscar siempre su complementación armónica.

d) No obstante la interpretación armónica de los preceptos constitucionales, no deben perderse de vista las normas constitucionales que Fix-Zamudio denomina *capitales*, que informan sobre el *ser* del Estado. Así como la importancia de identificar el tipo de norma constitucional de que se trata, en especial si pertenece a la categoría de las normas *programáticas*, cada vez más abundantes en las Constituciones, pues éstas merecen una técnica específica para su interpretación y a la vez funcionan como pautas interpretativas con respecto a la aplicación del resto de las normas constitucionales.

¹¹⁶¹ Carpizo, Jorge. La Interpretación Constitucional en México, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año IV, Núm. 12, septiembre-diciembre de 1971, p. 385.

¹¹⁶² Bidart Campos elabora un extenso catálogo de las pautas de interpretación de los Derechos Humanos en su obra Teoría General de los Derechos Humanos, cit., pp. 407-412. Véase también Zafra Valverde, José. La Interpretación de las Constituciones, en Revista de Estudios Políticos, Madrid, No. 80, noviembre-diciembre de 1971, pp. 66-67.

e) A partir de la segunda posguerra se ha hecho indispensable, cada vez en mayor medida, la referencia a los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales de la persona,¹¹⁶³ que complementan y sirven como pautas para la interpretación de los Derechos Humanos. México ha incorporado a su orden jurídico cerca de ochenta instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, desgraciadamente no se ha reconocido en la práctica el enorme valor de este tipo de Instrumentos, no obstante que forman parte, por disposición constitucional (artículo 133), de la Ley Suprema de toda la Unión, con lo cual poseen un lugar preeminente en el orden jurídico.¹¹⁶⁴

La aplicación de los tratados de derechos humanos en México y su interpretación armónica con los derechos de la persona previstos en la Constitución, seguramente se verán favorecidas gracias al criterio emitido en 1999 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación plasmado en la Tesis 192,867 bajo el rubro "Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal".¹¹⁶⁵

La tesis mencionada, no obstante ser un criterio aislado que requiere ser reiterado en otras ocasiones sucesivas para convertirse en jurisprudencia obligatoria, por el hecho de provenir del Pleno de la Suprema Corte posee un importante carácter orientador en los casos que se tramiten ante el resto de los órganos jurisdiccionales nacionales.

¹¹⁶³ El artículo 10 de la Constitución Española de 1978 y el artículo 16 de la Constitución Portuguesa de 1976-1982, establecen que las normas que se refieren a los derechos humanos deben ser interpretadas de conformidad con los tratados internacionales en esa materia. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su obra *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, cit., pp. 445 y ss; Cfr. García Beláunde, Domingo. La Interpretación Constitucional como Problema, cit., p. 671. Véase también Bidart Campos, Germán J. Teoría General de los Derechos Humanos. cit., p. 410.

¹¹⁶⁴ Sobre la incorporación y la aplicación judicial del derecho internacional de los derechos humanos en México, ver Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La Aplicación Judicial de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos*, en la obra Méndez Silva, Ricardo (Coord.). Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002, pp. 181-209.

¹¹⁶⁵ Para un análisis jurídico de dicha ejecutoria ver Carpizo, Jorge. Nuevos Estudios Constitucionales, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 493-498.

5.4.4.1.1.3. Los instrumentos para la interpretación constitucional.

Los instrumentos útiles para la interpretación constitucional poseen en cada país matices diversos, los cuales están determinados por su evolución constitucional, su técnica legislativa, el interés doctrinal en el estudio de la Constitución y el papel que desempeñen los jueces constitucionales.

Los siguientes son sólo algunos de los instrumentos de interpretación constitucional con los que contamos en México: Diario de los Debates del Constituyente, exposiciones de motivos de las reformas constitucionales, estudios doctrinales, estudios de derecho comparado y las propias decisiones judiciales.¹¹⁶⁶

El Diario de los Debates del Constituyente aporta, con base en las discusiones legislativas en él plasmadas, los motivos y las corrientes ideológicas que dieron origen a los artículos de la Constitución. Por otra parte, en los casos de reformas constitucionales las exposiciones de motivos que las acompañan, determinan en cierta forma el sentido que debe darse a las palabras del texto constitucional, aunque corresponderá a los jueces establecerlo en definitiva, con base en los datos aportados por la realidad social al momento de aplicar los preceptos constitucionales.

La doctrina que sobre la Constitución ha sido elaborada también es un instrumento de auxilio para el juez que interpreta la Constitución, sin embargo, debe ponerse especial cuidado en la selección de los autores utilizados como apoyo pues depende de la seriedad intelectual y académica de los mismos el éxito de la interpretación constitucional.¹¹⁶⁷

Los estudios comparativos, por su parte, son especialmente útiles en aquellas ocasiones en que en la propia Constitución se encuentran plasmadas instituciones o figuras, que tuvieron su origen o se inspiraron del derecho de otras naciones. Estas sirvieron como

¹¹⁶⁶ Cfr. Carpizo, Jorge. *La Interpretación Constitucional en México*, cit., pp. 400-401.

¹¹⁶⁷ En ocasiones, se ha previsto en disposiciones legislativas la posibilidad de acudir a los criterios doctrinales, dando a estos el carácter de fuente formal del derecho, en México, por ejemplo, la Ley de Amparo de 1882, en su artículo 34 señaló: "*Las sentencias pronunciadas por los jueces, serán en todo caso fundadas en el texto constitucional de cuya aplicación se trate. Para su debida interpretación se atenderá al sentido que le hayan dado las ejecutorias de la suprema corte y las doctrinas de los autores.*"

modelo al constituyente quien decidió trasplantarlas, en ocasiones en forma idéntica y en otras con los matices propios que impone la realidad histórico-social de nuestro país.¹¹⁶⁸

Estos estudios permiten penetrar en la naturaleza de las instituciones y en la experiencia de otros países, lo cual es importante para comprenderlas y procurar su buen funcionamiento.

La interpretación judicial de la Constitución en México tuvo un repunte significativo con el surgimiento del juicio de amparo, a partir de entonces su desarrollo ha sido paralelo. El amparo significó que la aplicación de la Constitución y por lo tanto su interpretación, correspondiera al Poder Judicial y en específico a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El mayor avance a este respecto fue otorgar en 1882 el carácter de imperativa a la interpretación contenida en los fallos emitidos por la Suprema Corte, dando así origen a la *Jurisprudencia Obligatoria*, concebida en sus inicios como interpretación constitucional exclusivamente. Esta figura ha permitido que las sentencias de Amparo posean en cierto grado efectos generales, por lo menos en el ámbito de los órganos jurisdiccionales, aminorando así la tradicional *relatividad* de aquellas. Desde entonces la Suprema Corte de Justicia ha realizado una función activa al interpretar la Constitución y, en general, la totalidad del ordenamiento jurídico del país.

El resultado obtenido de la utilización correcta de estos instrumentos hay que confrontarlo con la realidad existente al momento de aplicar la Constitución, esto en ocasiones da a los términos empleados en la Ley Fundamental un nuevo sentido o éste es enriquecido con base en nuevas situaciones, así, sin abandonar la línea trazada por el constituyente, es posible aplicar y adaptar las normas constitucionales al tiempo presente. Tal es la delicada y trascendente labor de los jueces constitucionales en nuestros días.

¹¹⁶⁸ Sobre el derecho comparado como método de interpretación Cfr. Zweigert, Konrad. El Derecho Comparado como Método Universal de Interpretación en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, No. 31, Enero-Abril de 1958, pp. 51-69.

5.4.4.2. La justificación de la premisa menor.

El segundo componente del entimema judicial constitucional es la premisa menor, que puede estar formada por una o varias normas *infra* constitucionales o por enunciados acerca de hechos.

En los casos de disposiciones normativas, tienen aplicación los métodos de interpretación judicial ordinaria, respecto a los cuales existe una abundante doctrina y larga tradición desde sus inicios en el siglo XIX en el ámbito del derecho privado, que después se ampliaron a otras áreas como la penal, administrativa, laboral, entre muchas otras. De hecho, podría señalarse que en cada una de las ramas del aplicación judicial derecho se han generado principios propios de acuerdo a la finalidad perseguida por la legislación y los valores en juego.

Hasta ahora, se han formado un gran número de Escuelas y corrientes acerca de la interpretación jurídica; por lo que respecta al derecho continental europeo, se pueden citar entre las principales: la Escuela de la Exégesis o Francesa; la Escuela Histórica Alemana; la Jurisprudencia Dogmática; la Jurisprudencia de Conceptos; la Jurisprudencia de Intereses; la Escuela Científica Francesa; el Sociologismo y la Escuela del Derecho Libre, entre muchas otras más. En el derecho angloamericano, donde los jueces han tenido históricamente una influencia decisiva en la evolución del derecho, han adquirido especial relevancia las corrientes del Realismo Jurídico y la Jurisprudencia Sociológica.¹¹⁶⁹

Cada una de estas Escuelas o corrientes parte generalmente de concepciones propias acerca del derecho, y por consiguiente, discrepan las ideas que ostentan sobre la interpretación, los métodos interpretativos y lo que constituye el *sentido* de los textos legales. La mayoría de las Escuelas de interpretación es designada precisamente por el

¹¹⁶⁹ Los aspectos esenciales de cada una de estas Escuelas o corrientes, así como sus principales críticas y los métodos de interpretación del derecho que proponen, pueden ser consultados en la obra de Rolando Tamayo y Salmorán. Los Sistemas de Interpretación, en *Revista de la Escuela de Derecho*. San Luis Potosí, México, Núm. 3, 1982, pp. 25-68. Por lo que respecta a otras corrientes interpretativas elaboradas hasta ahora, se puede consultar la obra de Luis Recaséns Siches Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México, Porrúa, 1980. pp. 33-130.

método interpretativo que ostenta como bandera y, las más de las veces, que propone como el único correcto.

Las distintos métodos de interpretación pueden identificarse a lo largo de un espectro que en uno de sus extremos tiene a la llamada *voluntad* del legislador y en el otro los términos de la ley, por esta razón son generalmente clasificados en dos grandes grupos, *subjetivistas* y *objetivistas*, según sea el extremo al cual se inclinen preponderantemente. Las corrientes denominadas *subjetivistas* declaran que el sentido de la ley se encuentra en la *voluntad* del legislador, por otro lado, las llamadas *objetivistas* se apoyan en el sentido lógico objetivo de la ley como expresión del derecho, es decir, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, al penetrar la ley en la vida social adquiere matices diversos de aquellos que le fueron asignados en su creación.¹¹⁷⁰

No pretendemos exponer aquí los postulados de las diversas Escuelas de interpretación, únicamente formular algunas observaciones en torno a los métodos interpretativos comúnmente utilizados. Entre los métodos de interpretación considerados como tradicionales se encuentran los siguientes: el de la *exégesis*, que se dirigen a buscar el pensamiento original de los autores de la Ley; el *gramatical*, que determina el sentido de la Ley con base en el significado de los términos empleados en su redacción; *histórico*, que se ocupa de reconstruir los acontecimientos que determinaron la creación de las disposiciones legislativas; *teleológico*, el cual identifica el sentido de las disposiciones legislativas con el fin al que obedeció la creación de la norma, aquello que se tomó en cuenta para establecerla; *sociológico*, que determina el sentido de las disposiciones legislativas con base en el análisis de la realidad social, tal y como éstas la regulan, sin que sea determinante el fin de la norma o la intención de sus autores.

¹¹⁷⁰ Acerca de algunas de las críticas respecto a esta noción Cfr. Haba, Enrique P. La Voluntad del Legislador: ¿Ficción o Realidad?, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 32, Universidad de Costa Rica, mayo-agosto de 1977, pp. 75-87. Acerca de algunas de las críticas a esta corriente, Cfr. Betti, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducido de la 2a. ed. italiana de 1971 por José Luis de los Mozos, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975, pp. 239 y ss.

El problema no termina con enunciar todos y cada uno de los métodos interpretativos que en la actualidad existen, también queda como interrogante determinar cuándo se debe utilizar uno u otro, pregunta nada sencilla que encierra un juicio valorativo por parte del juez o de aquel que funja como intérprete, y apenas encuentra respuesta si atendemos al fin de la interpretación, que es desentrañar el sentido y alcance de la Ley para dar solución justa a un caso concreto.

Estas consideraciones apuntan hacia la conclusión que comparte un sector importante de la doctrina, de que ninguno de los métodos mencionados puede erigirse como el más indicado y que cada uno de ellos forma parte del *arsenal* con que cuenta el juez y en general todo intérprete, para desentrañar el sentido y alcance de los textos jurídicos y procurar la mejor solución del caso concreto.¹¹⁷¹

De la propia Constitución se derivan en ocasiones pautas o límites a la interpretación de las leyes. La Constitución mexicana posee disposiciones sobre el particular, aunque en cierto modo vetustas y cargadas con el pensamiento de la escuela de la exégesis vigente durante el siglo XIX, por lo que han sido a su vez objeto de interpretación.

La segunda de las posibilidades de la premisa menor es que esté integrada por enunciados sobre hechos, inclusive los actos que llevaron a crear y poner en vigor una norma pueden desde cierto ángulo considerarse como hechos de los que se pueden derivar enunciados; con relación a la identificación, prueba, calificación y justificación de los hechos, nos permitimos remitir a la parte correspondiente del capítulo anterior, donde abundamos sobre el tema.

Lo que aquí interesa destacar es que la confrontación de la Constitución con situaciones del mundo fáctico también puede presentarse, sobre todo en aquellos casos en que lo que

¹¹⁷¹ Cfr. Recaséns Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. cit., pp. 178-187; Cfr. Aftalión, Enrique R. Interpretación en la Ciencia del Derecho, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Tomo 57, enero-febrero-marzo de 1950, pp. 836-837. En este mismo sentido, Villar Palasi habla de una *dosificación de métodos interpretativos*, haciendo un símil con los medicamentos señala que *una dosificación mal hecha puede producir la inutilidad del medicamento o de su extremada peligrosidad, e igual sucede con el Derecho*. La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos, Madrid, Tecnos, 1975, p. 19.

se discute no es una norma, sino posibles excesos o defectos en su aplicación, que derivan en último grado en una violación al principio de legalidad previsto en la propia Carta Magna. Por otro lado, los casos más propensos a caer en esta hipótesis son aquellos en los que las disposiciones constitucionales son de tal manera específicas, que no se ha requerido ulterior desarrollo normativo de carácter secundario para detallarlas en orden a su aplicación, por lo que pueden descender sin dificultad alguna del texto constitucional a casos concretos, como algunos de los derechos concretos de personas sujetas a proceso penal, o el derecho de respuesta al ejercicio del de petición.

Por otra parte, algunos instrumentos de garantía implican de manera clara el antecedente de una situación fáctica, como puede ser el caso del habeas corpus, en su sentido tradicional, o del amparo cuando se dirige a la protección de la libertad personal, en los que su funcionamiento se da en torno a si una persona fue o no detenida por alguna autoridad, si fue respetada su integridad durante la detención y si existieron bases jurídicas para ello.

De cualquier forma no se debe perder de vista la riqueza de la realidad, de la que derivan casos en los que existen problemas de regularidad constitucional de tipo normativo, de antinomias, de lagunas, así como de situaciones de hecho, todo ello entremezclado en ocasiones en un mismo asunto. El juez constitucional en estos casos hace uso de los elementos proporcionados por las partes y de los medios admitidos por el ordenamiento para formarse una convicción sobre el asunto y decidir, pero el factor constitucional hace sin duda que su labor le exija mucho más, pues en ocasiones su apreciación y calificación de los hechos es la última frontera para evitar una posible afectación a derechos fundamentales, que puede ser en ocasiones lamentablemente irreparable.

Para finalizar estos breves comentarios en torno al razonamiento judicial a nivel constitucional, diremos que el *arsenal argumentativo* con que el juez constitucional cuenta es amplio y muy diverso. Este *arsenal* lo proporcionan los factores y elementos de tipo político, social, económico, doctrinal y por supuesto jurídicos, entre otros, que integran la vida de una nación.

Si la Constitución de una nación es reflejo de tales factores, no hay una objeción razonable para que el juez constitucional se abstenga de hacer referencia a los mismos en su decisión y, por el contrario, se limite única y estrictamente a hacer consideraciones de tipo técnico-jurídico.

5.4.4.3. La conclusión del silogismo y los efectos de la decisión judicial.

La conclusión del silogismo judicial es el enunciado o enunciados que se sigue de las premisas mayor y menor, esto es, si en efecto si la norma o el acto están acordes o no con la constitución. En cada uno de los escenarios la función judicial no se agota simplemente con enunciar dicho resultado a manera de conclusión, sino que además a partir de éste ordena respectivamente el curso a seguir.

Si se trata de la conformidad constitucional de la norma o del acto o que los mismos no violan la constitución, así se declara en la sentencia y la consecuencia es la prevalencia de la norma o acto, así como de las consecuencias derivadas de los mismos.

En el caso de que la norma se estime inconstitucional, la consecuencia es su expulsión del ordenamiento, así como de las consecuencias que su nacimiento o su aplicación hayan generado. Por otra parte, de acuerdo con la gran mayoría de los sistemas, la norma expulsada en atención al principio de igualdad ante la ley, no debe tener posibilidades de continuar siendo aplicada; en estos casos corresponderá al legislador integrar al ordenamiento una nueva disposición o modificarla para adaptarla a las exigencia de la Constitución y de la sentencia.

En otros sistemas, como el caso de México, la impugnación de leyes a partir de casos particulares vía el juicio de amparo no tiene las posibilidades de desaplicación general de la ley, cuando es ésta en sí la que deviene en inconstitucional y no su acto de aplicación. Esto es así por la prevalencia de la llamada *fórmula otero* o de efectos particulares de la sentencia de amparo, según la cual ésta surtirá sus efectos solo con relación a las partes que hayan participado en el proceso, incluso cuando sea una ley la que se haya visto

cuestionada y se declare inconstitucional, lo que deriva en su simple inaplicación al caso concreto.¹¹⁷²

La necesidad de hacer una modificación al sistema mexicano para ajustarlo a los nuevos tiempos y adelantos de la justicia constitucional en el mundo, ha sido señalada de manera insistente por décadas. Incluso la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado su anuencia implícita al cambio de modelo, en virtud de que en el proyecto de Ley de Amparo del año 2001 ya se prevé dicha posibilidad.

Los tribunales constitucionales han sido cautos en ejercer su poder de declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de las leyes, pues en la justificación de la interpretación han preferido buscar aquel ángulo o sentido de la disposición que puede lograr la armonía con la Constitución y declararlo así,¹¹⁷³ lo cual ha creado al menos una alternativa a un pronunciamiento *duro* de inconstitucionalidad con las consecuencias que éste puede traer consigo. Este tipo de decisiones son conocidas por la doctrina como sentencias *interpretativas*, a las cuales han agregado otros tipos, como son las sentencias *aditivas*.

En otras ocasiones, cuando se arriba a una decisión de inconstitucionalidad de una ley, los tribunales hacen referencia a la manera en que el fallo debe ser acatado, con el fin de no provocar situaciones de crisis o parálisis normativa.

Si bien uno podría quedar satisfecho con los esquemas propuestos, existen sin embargo una serie de problemas en la *praxis* se presentan a la hora de ejecutar los fallos por parte de las autoridades en los casos de inconstitucionalidad, lo cual abre otra serie de mecanismos y procedimientos, tanto de aplicación forzosa del fallo si el acto lo permite, como la responsabilidad de los funcionarios que se nieguen a cumplir con la decisión, retrasen o resistan sin causa justificada su cumplimiento. Inclusive, no se descarta que

¹¹⁷² Véase a este respecto, Fix-Zamudio, Héctor. La Declaración General de Inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo, en sus *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, 3ª edición, México, Porrúa-UNAM, 2003.

¹¹⁷³ Véase a este respecto, Fix-Zamudio, Héctor. La Declaración General de Inconstitucionalidad, la Interpretación Conforme y el Juicio de Amparo Mexicano, en sus *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, 3ª edición, México, Porrúa-UNAM, 2003.

ocurran actos posteriores en contra del órgano de decisión, desde su descalificación, su limitación presupuestal, hasta el inicio de procedimientos de responsabilidad o, incluso, destituciones, que pudieran estar motivadas en un fallo previo de inconstitucionalidad.

Una última reflexión sobre este tema sería hasta qué punto la decisión resuelve en efecto el “conflicto” que subyace a las pretensiones de las partes, o si sólo decide sobre el litigio; con lo cual puede suceder que aún luego de la decisión el conflicto de intereses —sobre todo entre órganos— persista y genere nuevos escenarios también de controversia. La presencia o no de este fenómeno depende de factores *meta jurídicos*, como es el prestigio y la confianza que genere el órgano de decisión en quienes acuden a hacer valer sus pretensiones, y también de la motivación real de éstos para someterse a la decisión judicial, incluso en los casos en que ésta sea desfavorable.

5.5. El papel de los principios en la argumentación judicial constitucional.

En la actualidad existe un debate teórico, con incidencia en algunos casos prácticos, acerca de la existencia y función de los principios en la aplicación del derecho. Dicho debate a alcanzado la aplicación judicial de la Constitución y merecería una obra completa dedicada a dicho tema, por lo que aquí dejaremos simplemente anotada la discusión y su relevancia.

A partir de un ensayo de Ronald M. Dworkin aparecido en 1967 en la *University of Chicago Law Review*, en el que critica el modelo de positivismo jurídico representado por la versión de H. L. A. Hart, se inició un debate acerca de si el derecho es un sistema de reglas (primarias y secundarias) o si además está formado por otra categoría que Dworkin llama *principios* (formado por principios, políticas y otros tipos de patrones).¹¹⁷⁴

Como un ejemplo elegido al *azar* Dworkin hace referencia al caso *Riggs vs. Palmer*, decidido en 1889 por un tribunal de Nueva York, en el cual se discutió si una persona que había matado a su abuelo, quien lo había nombrado como heredero en su testamento,

¹¹⁷⁴ Ver Dworkin, Ronald M. ¿Es el Derecho un Sistema de Reglas?, Trs. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., *Cuadernos de Crítica*, No. 5, México, UNAM, 1977.

podía heredar no obstante el delito cometido. Al parecer en el derecho vigente no existía una norma expresa que impidiera al asesino heredar de su víctima; sin embargo, el tribunal no permitió que dicha persona heredera, lo cual fundamentó en que “todas las leyes, así como todos los contratos, puede ser controlados en su aplicación y efectos por máximas generales y fundamentales del *common law*. A nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o sacar ventajas de sus propios actos ilícitos o fundar alguna reclamación en sus propias violaciones legales, o adquirir una propiedad mediante un delito propio”.¹¹⁷⁵

En otro caso ocurrido en 1960, un tribunal de Nueva Jersey decidió el caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, derivado de la limitación de responsabilidad expresa que hizo valer un fabricante de automóviles ante uno de sus productos defectuosos, con el que originó un accidente donde resultaron lesionadas varias personas. En dicha ocasión tampoco había una regla que permitiera asignar al fabricante responsabilidad fuera de la limitación señalada, sin embargo, el tribunal sí fincó dicha responsabilidad basado en el principio de que la libertad de contratación no es inmutables y que *los tribunales no deben permitir el ser usados como instrumentos e iniquidad e injusticia*.¹¹⁷⁶

A partir de estos ejemplos, Dworkin distingue entre principios jurídicos y reglas jurídicas, y señala que la diferencia es de tipo lógico, “ambos conjuntos de patrones apuntan a decisiones particulares sobre la obligación jurídica en circunstancias particulares, pero difieren en el carácter de la dirección que dan. Las reglas son aplicables a la manera *todo o nada*. Si se dan los hechos estipulados por una regla, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la solución que proporciona debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión.”¹¹⁷⁷

Un principio *enuncia una razón para decidir en un determinado sentido, sin obligar a una decisión en el caso particular*,¹¹⁷⁸ incluso pueden haber otros principios en la

¹¹⁷⁵ Ibid., p. 20.

¹¹⁷⁶ Ibid., pp. 20-21.

¹¹⁷⁷ Ibid., p. 21.

¹¹⁷⁸ Ibid., p. 24.

dirección opuesta, en cuyo caso alguno de los dos puede prevalecer, pero ello no significa que el principio *perdedor* no pueda ser el ganador en otro caso. Los principios entonces, *tienen una dimensión de las que las reglas carecen –la dimensión del peso o importancia... quien debe resolver el conflicto tiene que tomar en cuenta el peso relativo de cada uno.*¹¹⁷⁹

Una diferencia adicional entre reglas y principios, así como la afirmación que las reglas se apoyan en éstos, se extrae del siguiente párrafo:

Si dos reglas entran en conflicto, una de las dos no es regla válida. La decisión de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reconstruida debe hacerse apelando a consideraciones que van más allá de las reglas mismas. Un sistema jurídico puede regular tales conflictos por medio de otras reglas, que den preferencia a la regla emitida por la autoridad más alta, o a la emitida más recientemente, o la regla más específica, o algo por el estilo. Un sistema jurídico puede también dar preferencia a la regla apoyada en los principios más importantes. (Nuestro sistema jurídico utiliza ambas técnicas).¹¹⁸⁰

No siempre es fácil distinguir cuando se está frente a una regla o cuando una regla enuncia en realidad un principio o, lo que es lo mismo, se trata de un principio en forma de regla, o si hay reglas que deben ser tratadas como principios. Aunque esto no debe llevar a confundir tales conceptos, su identificación tiene consecuencias como las ya apuntadas.¹¹⁸¹

Los principios tienen una utilidad muy clara en el derecho, sirven para justificar el sentido de las decisiones, se usan como argumentos, de dos maneras: 1) Para resolver casos no previstos, 2) para resolver en ocasiones en contra de las reglas. Dworkin admite esto al señalar:

Los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que apoyan decisiones acerca de determinados derechos subjetivos y obligaciones. Después de decidido el caso, podemos decir que el caso representa una regla particular (p. ej.: la regla de quien comete un homicidio no es susceptible de heredar mediante el

¹¹⁷⁹ Ibid., p. 25.

¹¹⁸⁰ Ibid., p. 26.

¹¹⁸¹ Ibid., pp. 26 a 28.

testamento de su víctima). Pero la regla no existe antes de que el caso sea decidido; el tribunal cita los principios como justificación de la adopción y aplicación de la nueva regla.¹¹⁸²

En los últimos años el tema de los principios ha atraído con fuerza la atención de los teóricos del Derecho, algunos a favor, otros en contra incluso de su existencia. A nosotros nos interesa en esta investigación, hacer algunos comentarios sobre el papel que juegan los principios cuando son utilizados en la justificación de las decisiones de aplicación judicial de la Constitución.

Manuel Atienza, uno de los autores que más se ha ocupado del tema, afirma que los principios juegan un papel más modesto o más importante que el de las reglas, dependiendo del ángulo desde el cual se les estudie. Por una parte, su papel es más modesto porque requieren de un procedimiento de ponderación a la hora de ser aplicados, mientras que las reglas ahorran ese paso pues lo importante es si son o no aplicables, de ahí que la regla opera *como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación*; además, los principios en como premisas tienen menos fuerza, son menos concluyentes que las reglas.¹¹⁸³

Desde otro ángulo, los principios son más importantes que las reglas, porque se expresan en términos más generales que éstas, así que pueden entrar en juego en un mayor número de situaciones y tienen, por tanto, un alcance justificativo también mayor. Por otro lado, si bien los principios tienen menor fuerza como premisas en el razonamiento práctico, poseen sin embargo mayor fuerza expansiva, lo cual significa que en lugar de cerrar o limitar las opciones, funciona como una compuerta que abre un mayor número de posibilidades.¹¹⁸⁴

Como complemento a la opinión de Dworkin sobre la función justificativa de los principios, Atienza opina que éstos no tienen sólo lugar, como pudiera pensarse, tratándose

¹¹⁸² Ibid., p. 28.

¹¹⁸³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las Piezas del Derecho, Teoría de los Enunciados Jurídicos*, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 2004, p. 45.

¹¹⁸⁴ Id.

de los casos difíciles, sino que incluso en casos *fáciles* donde las reglas bastan y sobran para justificar la decisión juegan un papel de frontera, esto es, *un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate.*¹¹⁸⁵

Atienza propone una clasificación cuádruple de los principios: 1) entre principios en sentido estricto (como normas que expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico, de un sector del mismo o de una institución), y directrices o normas programáticas (que establecen la obligación de perseguir determinados fines); 2) entre principios en el contexto del sistema primario (los dirigidos a guiar la conducta de la gente), y del sistema secundario (los que están dirigidos a guiar el ejercicio de los poderes normativos públicos de los órganos jurídicos); 3) entre principios explícitos (formulados expresamente en el ordenamiento jurídico), y principios implícitos (los extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico); y 4) principios sustantivos (que expresan exigencias correspondientes a los valores o a los objetivos colectivos que el sistema jurídico trata de realizar), y principios institucionales (derivan de los valores internos del Derecho y del objetivo general de eficacia del Derecho y de funcionamiento eficiente de su *maquinaria*).¹¹⁸⁶

Cada una de las categorías señaladas puede jugar un determinado papel a la hora de justificar una decisión judicial, pero en el caso de la aplicación de la Constitución, los principios en sentido estricto y las directrices juegan un papel de mayor relevancia o al menos de mayor incidencia; asimismo, también tiene un lugar recurrente los principios explícitos y los principios institucionales, que posibilitan la continuidad del movimiento de la *maquinaria* jurídica. Por lo que se refiere a la función de control del poder, los

¹¹⁸⁵ Ibid., p. 46.

¹¹⁸⁶ Ibid., pp. 26-28.

principios en sentido estricto son un freno al mismo, al ser expresados primordialmente en los catálogos de derechos humanos de las Constituciones modernas.¹¹⁸⁷

El uso justificativo de los principios también es aceptado por Cárdenas Gracia, quien les asigna un papel en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho. En el primer caso, señala dicho autor, *el legislador no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena de invalidez de su producto. Los principios funcionan como parámetro para medir la constitucionalidad de la fuente subordinada.*¹¹⁸⁸

En la interpretación del derecho, *los principios expresos de rango constitucional son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes, o sea, aquellas que adaptan el significado de una disposición al de un principio previamente identificado.*¹¹⁸⁹

En la integración del Derecho, señala Cárdenas, los principios han sido utilizados tradicionalmente para colmar lagunas. Esta labor se lleva a cabo cuando se ha agotado el argumento analógico; el principio *constituye una de las premisas del razonamiento para concluir en una norma específica elaborada y formulada por el intérprete.... en otras palabras, es necesario justificar la elección de la premisa normativa y que esa premisa reúna a la vez las condiciones de validez suficiente para considerarla parte del sistema jurídico.*¹¹⁹⁰

Siguiendo a este mismo autor, la manera en que los principios constitucionales han impactado a la argumentación jurídica se pone de manifiesto en el siguiente párrafo:

La argumentación jurídica se transforma porque las normas constitucionales son prevalentemente principios. La argumentación por principios abandona la subsunción y la aplicación mecánica. Exige la sustitución de la interpretación literal, exige el abandono del silogismo judicial formal, y se aproxima a los antiquísimos

¹¹⁸⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 50.

¹¹⁸⁸ Cárdenas Gracia, Jaime. *La Argumentación como Derecho*, México, UNAM, 2005, p. 117.

¹¹⁸⁹ *Id.*

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 118.

métodos de la interpretación retórica, basada en la ponderación y la razonabilidad.¹¹⁹¹

.....

La Constitución demanda ponderar, porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. El contenido constitucional es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios. Por otra parte, los principios y valores constitucionales están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos.¹¹⁹²

Las opiniones que hemos presentado dan un lugar preponderante a los principios en la creación, aplicación, justificación y logro de los fines últimos del ordenamiento. El cambio que está operando a este respecto con relación a las reglas es que éstas se encontraban en el centro del escenario, se partía de las reglas y se culminaba en las reglas, y sólo de manera excepcional se acudía a los llamados principios generales del derecho, cuando una regla no daba de sí, ni siquiera vía interpretación; ahora, en cambio, los principios han pasado a ocupar un lugar central como la esencia de las reglas, como sus fines y como sus límites.

Al parecer, se ha redescubierto el potencial de un amplio caudal que subyacía a las normas, por lo que estas no tiene ya un sentido *per se* sino en función de los principios a los que tienden o atienden; la indeterminación de sus límites hace del debate algo abierto y del Derecho algo siempre en construcción y en constante validación. Dicho caudal parte de la Constitución, pero también desemboca en ésta, la Carta Magna es, por así decirlo, objetivación de principios: libertad, limitación del poder, unión, bien común, igualdad, orden, sujeción a la ley, entre otros.

La Constitución proporciona los contenidos de ambos lados de la balanza y en muchas ocasiones el lado al cual se debe inclinar, pero en otros casos dependerá de los órganos que la apliquen encontrar un sano equilibrio, que deberá ser revisado de manera constante atendiendo a nuevas realidades, fines y valores.

¹¹⁹¹ Ibid., p. 120.

¹¹⁹² Ibid., p. 121.

Los principios, también hay que decirlo, generan una sensación de falta de certeza, de que todo depende de cuales de ellos se enfrenten y de la capacidad de quienes los hagan valer en uno u otro sentido, de manera que quien sea más avezado en detectarlos, invocarlos y persuadir acerca de su fortaleza y peso específico, podría salirse siempre con las decisiones favorables de su lado. Cuando se analiza el funcionamiento de los principios en la práctica, uno no deja de encontrar cierta similitud con la tópica y un mucho de carga retórica antiguas, por lo que pudieran ser simplemente tópicos rebautizados o también una nueva embestida de un cierto tipo de iusnaturalismo disfrazado.

Consideramos que el tema de los principios está aún en construcción, por lo que en tanto se llegan a consensos y se convierten en *moneda de curso corriente* con un valor compartido, habrá ocasiones que presten grandes servicios al Derecho, pero también se cometerán otras en las que utilicen como mero membrete para intentar evadir o socavar las reglas. Nuevamente, la justificación de las decisiones como expresión del uso de los principios, se convertirá en la *arena* del debate en uno y otro sentido.

5.6. Algunos aportes de las teorías de la argumentación jurídica en la justificación y evaluación de decisiones judiciales que apliquen la Constitución.

La muestra de las teorías de la argumentación que presentamos, tanto las de primera generación: Viehweg, Perelman, Toulmin y Recaséns, como las de segunda generación: Alexy, MacCormick y Atienza, no son uniformes en el marco teórico que las sustentan, ni por ende en sus planteamientos, aunque por supuesto existen notas comunes como las que destacamos al criticar las mencionadas teorías.

Si bien es cierto que casi todas ellas están enfocadas a la justificación de las decisiones judiciales, no hacen un especial énfasis a la justificación de las decisiones de los jueces y tribunales constitucionales, que si bien esto no significa restar importancia a las que llevan a cabo los jueces de grados inferiores o de competencias diversas, sí implican un impacto mayor en el ordenamiento, por su carácter último y definitivo en grado, en el

marco del ordenamiento estatal y porque se refieren a la Constitución como norma suprema.

Estamos conscientes que la actuación de órganos jurisdiccionales supranacionales, como por ejemplo los encargados de decidir asuntos de derechos humanos, podrían con motivo de los asuntos de que conocen tener que considerar a la Constitución de un país o, en casos extremos, que la propia Constitución se estime violatoria de los compromisos internacionales de un Estado, pero esto queda fuera de nuestro análisis.

La Constitución, como ya señalamos en otra parte de este trabajo, puede servir como parámetro último de justificación en la aplicación del derecho *infra* constitucional, ya sea civil, mercantil, penal, castrense, laboral, administrativo, entre otros. Es precisamente del texto constitucional que deben extraerse las pautas que permitan en último grado decidir una controversia, en defecto de la ley o ante la ausencia de la misma en un caso específico.

Una hipótesis distinta es la que se presenta cuando lo que se pretende aplicar es la Constitución misma, pues no hay reglas de ulterior grado reconocidas e incuestionables a las que apelar en estos casos, mientras el asunto, claro está, no sea de naturaleza internacional; pero aún en esta hipótesis se presentarían similares problemas de aplicación y justificación de decisiones. Al respecto, mención especial merece la posibilidad de acudir a los principios en estos casos, que es precisamente donde se encuentra gran parte del debate en la actualidad.

El objetivo de este apartado señalar en que sentido las teorías de la argumentación que explicamos en los capítulos segundo y tercero, pueden proporcionar elementos para enriquecer la calidad de los argumentos, así como también parámetros para su evaluación formal y material, tanto desde el punto de vista persuasivo, como racional, cuando los jueces aplican la Constitución.

Una cuestión que no hay que perder de vista es que los jueces y tribunales constitucionales, deben estar conscientes de la importancia de su labor al ser la

Constitución su principal objeto de trabajo, aquí conviene traer a colación la significativa frase del juez norteamericano John Marshall: “*we must never forget that is a Constitution what we are expounding*”, misma que podríamos reformular con respecto a nuestro tema de la siguiente manera: “*no se debe olvidar que lo que estamos justificando es la aplicación de una Constitución*” .

Las teorías de lo que hemos denominado primera generación (Viehweg, Perelman, Toulmin y Recaséns), serían útiles al menos en dos sentidos diversos, el primero para elaborar una justificación completa, razonable y convincente, y el segundo, para identificar y evaluar los argumentos que le presenten las partes en el proceso. La utilidad en el primer sentido señalado, que es la que más nos interesa, significaría:

1) Saber elaborar una adecuada justificación externa, a partir de la utilización de catálogos de tópicos jurídicos (que son abundantes), y argumentos de diversa índole, a partir del uso de los términos más persuasivos y convincentes.

2) Delimitar adecuadamente el problema, partir antes que nada de éste y tenerlo presente a través del proceso de decisión. Asimismo, elaborar y admitir el mayor número de puntos de vista posible para la solución del problema, sin discriminar posibilidades de antemano.

4) Articular buenos argumentos que cuenten con todos sus elementos, no sólo desde el punto de vista de las premisas, sino la conclusión (C), datos (D), garantía (W), soporte (B), cualificadores modales (Q) y condiciones de refutación (R), para lo cual es de suma utilidad el esquema propuesto por Toulmin.

5) Identificar los casos límite en que las reglas de la lógica, y en específico de la deducción silogística, pueden traer consigo un resultado irracional, lo cual debe llevar a reinterpretar la regla aplicable, reducir o ampliar su alcance posible, o a replantear la calificación jurídica de los hechos y, en último caso, a subir de niveles en el ordenamiento para encontrar una posible solución o, si se trata de la Constitución, ubicar el caso como excepción a una regla general, todo ello antes de buscar argumentos con referencia a todo el sistema en su conjunto o de carácter pragmático y utilitarista.

6) Tener claridad sobre el auditorio o auditorios a los que se dirige y a los que va a llegar la decisión, donde será sujeta a discusión y crítica, lo cual acentúa la necesidad de claridad y precisión en los términos, así como evitar el nivel de tecnicismo del lenguaje utilizado. Los jueces y tribunales son de los más observados desde el punto de vista mediático y popular, son el referente de la justicia y su actuación es utilizada por lo regular para calificar al conjunto del sistema de justicia.

Las teorías de la argumentación de la segunda generación (Alexy, MacCormick y Atienza), llevarían los puntos anteriores a un mayor nivel de profundidad, y serían de utilidad para:

1) Estar al tanto de las reglas de justificación interna y su funcionamiento, que por lo regular tratándose de la Constitución no bastan para una justificación completa, pero son indispensables. En estos casos se impone como necesario el adecuado manejo de la lógica formal y sus cánones, así como las falacias de éste tipo.

2) Efectuar una justificación externa completa bajo los parámetros de las consecuencias que provocaría la decisión en uno u otro sentido, así como de coherencia y consistencia con el ordenamiento en su conjunto. Esto significa que la justificación externa no debe ser arbitraria, abierta o ilimitada y que además debe respetar la regla de la justicia formal, de tratar en consecuencia todos los casos similares bajo los mismos estándares.

3) Conocer y utilizar adecuadamente los cauces para fundamentar racionalmente la interpretación, la doctrina, el precedente, la razón, empirie, así como la analogía y los argumentos *a contrario*, *a fortiori* y el argumento *ad absurdum*, que son utilizadas con frecuencia para apoyar el contenido de la premisa normativa y de las fáctica, que en ocasiones también puede ser normativa.

4) Afinar y poner a prueba los argumentos que sirven para justificar la interpretación que se realice de la Constitución, misma que puede ser semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica, así como las combinaciones que surjan de éstas.

5) Saber obtener del texto constitucional lo mejor de sí para garantizar los derechos de la persona, resolver los conflictos de poder, y permitir la consecución de los fines y metas últimos previsto en la Carta Magna.

6) Llevar a cabo la justificación de la decisión, teniendo presente tanto el caso que se decide, como los que se pueden dar en el futuro.

Los elementos que aquí sólo hemos enunciado, permiten evidenciar la importancia de las teorías de la argumentación, por ejemplo, para emprender una *crítica propositiva* a la manera en que argumentan los jueces constitucionales, con el fin de fortalecer su trascendente labor y dotarla de las herramientas conceptuales y metodológicas para lograrlo.

5.7. Algunos consideraciones sobre la argumentación judicial constitucional en México.

Si bien la investigación que nos propusimos realizar es un acercamiento entre la teoría de la argumentación y la teoría de la Constitución, consideramos pertinente dedicar un apartado al tema de la argumentación jurídica y la justificación de la aplicación judicial de la Constitución en México.

5.7.1. Desde el punto de vista académico.

Desde el punto de vista académico, nuestro país no cuenta todavía con un número considerable y consistente de obras sobre el tema de la argumentación jurídica, si bien podrían destacarse en esta línea los trabajos pioneros de Eduardo García Máynez sobre lógica del concepto, del juicio y del raciocinio jurídicos, así como los trabajos de Luis Recaséns Siches acerca de la lógica de lo razonable, que formó parte de nuestra investigación.

Luego de esos trabajos, se nota un evidente vacío por varios lustros y es hasta hace pocos años que comienzan a ser publicados algunos artículos y obras monográficas sobre el tema, al mismo tiempo, comienzan a proliferar los cursos y eventos académicos

nacionales sobre argumentación jurídica (aunque en ocasiones se trataba en realidad de cursos sobre interpretación), tanto para abogados, como para jueces, generalmente con el apoyo de profesores y obras españoles.¹¹⁹³

Entre las obras sobre el tema escritas por autores mexicanos destacan la de Jaime Manuel Marroquín Zavaleta que escribió en 1998 la obra *Técnicas para la Elaboración de Una Sentencia de Amparo Directo*, en la que da cuenta de los aspectos formales y materiales que deben satisfacer las decisiones de casación federal en México, pero que se inclina a un modelo pleno de aplicación de la lógica y de la deducción formal en la parte de justificación de las decisiones, si bien hace breves consideraciones sobre la incidencia de la *tópica* pero sólo en la formulación de posibles opciones de solución al caso. En dicha obra están ausentes los grandes avances teóricos de la argumentación jurídica, por lo que se le puede considerar como un referente de la corriente tradicional –y duramente combatida– de entender la justificación de las decisiones judiciales; sin embargo, es rescatable, sin querer serlo, como una muestra de justificación interna de las decisiones.

Otra obra singular es la Santiago Nieto, quien elaboró un amplio y profundo trabajo intitulado *Interpretación y Argumentación Jurídicas en Materia Electoral, una propuesta garantista*, publicada en el 2003, que es una obra de aplicación concreta de ambas actividades al ámbito de la justicia electoral en México, sobre la base teórica que proporcionan diversas corrientes de interpretación y argumentación jurídicas, lo cual es un buen ejemplo de la manera en que es posible evaluar el desempeño y la *ideología* de los órganos de impartición de justicia a través de los casos que resuelven. En dicho trabajo, el autor incorporó además un muy interesante panorama sobre la evolución de cómo se ha entendido el tema de la interpretación a través de la jurisprudencia federal.

¹¹⁹³ Ver Instituto de la Judicatura Federal. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número 13, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2003; Rojas Amandi, Víctor Manuel. La Teoría de la Argumentación Jurídica, La Versión de Robert Alexy, en *Ars Iuris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, número 29, México, Universidad Panamericana, 2003.

Otro de los trabajos recientes es el de Rolando Tamayo y Salmorán, *Razonamiento y Argumentación Jurídica, el paradigma de la racionalidad y de la ciencia del derecho*, publicado también en el 2003, que es una obra acerca de cómo se gestó el concepto de racionalidad y la ciencia del derecho en las antiguas Grecia y Roma, y presenta las bases para la práctica de la argumentación como contrastación de argumentos normada, aplicando las nociones de “reglas del juego” y las ideas de Joseph Raz de la concepción de las normas jurídicas como razones para la acción de segundo orden. Sin embargo, el propio autor reconoce que su obra no es sobre justificación y, por tanto, de argumentación en el sentido más difundido del concepto.

También en el 2003 fue publicada una pequeña obra intitulada *Teoría de la Argumentación Jurídica*, del autor Gerardo Ribeiro Toral, que parte de la premisa que la interpretación es parte del proceso de argumentación, lo cual le permite *justificar* que su obra se dedique en realidad a explorar de manera panorámica el tema de la *interpretación*, sin ocuparse a fondo del tema de la argumentación jurídica, lo cual provoca que la obra sea ambiciosa en su título, pero limitada en sus resultados. Consideramos que dicha postura, de entremezclar lo que se encuentra en el contexto de descubrimiento (interpretación), con lo que se encuentra en el contexto de justificación (argumentación), hace retroceder los avances de las teorías de la argumentación a etapas ya superadas que ningún teórico reconocido discute en la actualidad, una muestra clara de ello es que otorga el título de teorías de la argumentación jurídica a posiciones que nada tienen que ver con la producción y evaluación de argumentos, sino con teoría del derecho y, en todo caso, maneras de interpretarlo.

En el 2004, fue publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación la obra de Gerardo Dehesa sobre *Introducción a la Retórica y a la Argumentación*, misma que pronto alcanzó una segunda edición, y que ha sabido situar la retórica y la argumentación en sus respectivos ámbitos de aplicación, además de ser un libro escrito de una manera *accesible*, no obstante lo complicado de los temas que trata. Asimismo, ofrece un excelente referente sobre los diversos tipos de argumentos útiles para el ejercicio de la

abogacía y de la justificación de las decisiones judiciales por igual; sin embargo, habría que señalar que, muy probablemente por la inclinación pragmática de la obra, están ausentes consideraciones a la segunda generación de teorías de la argumentación jurídica –puesto que sí se hacen consideraciones en torno a Viehwegh, Perelman y Recaséns-, lo cual en absoluto demerita su calidad y utilidad práctica.

Una más de las obras sobre el tema fue publicada en este mismo año (2005), se trata del libro cuyo autor es Jaime Cárdenas Gracia intitolado *La Argumentación como Derecho*, que consiste en la reunión de diversos ensayos sobre temas relacionados con la aplicación del derecho, la interpretación y la argumentación jurídicas, así como el papel de los principios en la actividad de los tribunales constitucionales, principalmente en la revisión de la constitucionalidad de las leyes. Esta obra dibuja muy bien el *estado del arte* sobre el debate teórico correspondiente en cada caso, y contiene importantes reflexiones y aportaciones. Habría que añadir que el autor mencionado ha sido titular por varios años de la cátedra de teoría jurídica contemporánea y teoría de la argumentación jurídica en el la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, lo que le ha permitido formar sólidamente ya varias generaciones en el conocimiento de las principales corrientes mundiales sobre el tema.

Consideramos que las obras mencionadas muestran una tendencia del interés de la doctrina mexicana, no sólo por estar al día en el tema, sino también por hacer aportaciones, lo cual permite avizorar una posterior etapa constante de producción teórica sobre el tema, así sea desde el punto de vista descriptivo, sobre la justificación de las decisiones de los jueces mexicanos. Lo importante en dicha etapa será la producción de estudios de aplicación de los cánones teóricos, para determinar si los jueces mexicanos justifican adecuadamente sus decisiones y si cumplen o no con los parámetros de razonabilidad mínimos a que deben atender.

La idea es que mediante el esfuerzo de los jueces y la colaboración de la doctrina y del foro, se vaya generando un nuevo *lenguaje común*, que incorpore los estándares de la razonabilidad y del debate, a efecto de elevar el nivel del discurso de jueces y abogados,

más allá de las fronteras del formalismo jurídico decimonónico. Esto permitirá enriquecer el ordenamiento y la cultura jurídicas mexicanas, pero sobre todo hacer que el primero despliegue de manera óptima sus efectos en pro del acceso y la impartición de justicia.

Otro ángulo del tema, sobre el cual hemos insistido en algunas partes del presente trabajo, es la necesidad de que las escuelas de derecho e incluso desde el niveles educativos previos, exista una formación básica, a la par de la lógica, en materia de argumentación. En las facultades y escuelas de Derecho del país es apremiante que se de al tema la importancia que tiene en la formación de los estudiantes, no sólo al nivel posgrado, sino como parte de los conocimientos básicos de todo abogado, que en las diversas ramificaciones del ejercicio profesional se enfrentará tarde o temprano ante la necesidad de formular argumentos razonables y convincentes o, por otro lado, detectar aquellos que no lo son y saber combatirlos.

Esto podría llevarse a cabo mediante la impartición en los primeros semestres de la carrera las materias de lógica y argumentación jurídicas, que incluyera temas de retórica, lógica y argumentación aplicadas al derecho, una introducción a las teorías de la argumentación, así como la realización de prácticas de debates orales y escritos o de *moot courts* o juicios simulados, con el fin de formar a los alumnos en la elaboración y evaluación escrita y oral de argumentos. En los estudios de posgrado ya se ha implantado como asignatura la teoría de la argumentación jurídica, en la que se pretende profundizar en el conocimiento de las diversas teorías que dan cuenta de la argumentación en el derecho, por lo que en este caso se sugiere revisar los contenidos de la materia de manera regular para incluir los desarrollos teóricos más relevantes sobre el tema.

5.7.2. Desde el ángulo de la praxis judicial.

En este breve apartado haremos algunas reflexiones generales sobre la justificación de las sentencias en el orden jurídico mexicano, que ha adquirido a lo largo del tiempo ciertas particularidades, con especial referencia a las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a los criterios que ha emitido sobre el tema.

No pretendemos más que señalar líneas generales, en virtud de que consideramos que un estudio pragmático profundo sobre la justificación de las decisiones judiciales en cualquier área del ordenamiento, requiere una serie de factores para ser llevada cabo con seriedad, entre ellos: 1) contar con un esquema teórico, metodológico y conceptual adecuado para dicha tarea, ya que de otro modo se corre el riesgo de que la crítica es sobre todo frente a los criterios personales de quien lleva a cabo el estudio; 2) conocer a fondo el ordenamiento sustantivo y adjetivo, al menos en el área donde se desarrolla la actividad judicial de que se trate, con el fin de conocer las inconsistencias, vacíos y problemas en general a que se enfrentan los órganos de aplicación del derecho; 3) contar con las sentencias a evaluar de manera íntegra, ya que las decisiones, como ya comentamos, forman un discurso formado por cadenas argumentativas y tan importante es la justificación de las decisiones en materia de derecho, como la que se lleva a cabo en materia de hechos; así como los argumentos planteados por las partes en el litigio para hacer valer sus pretensiones, que es parte del material sobre el cual decide el juez o tribunal; 4) tener presentes aspectos generacionales, de formación de los jueces, de integración unitaria o colegiada del ordenamiento, de instancia que produce la resolución y de carga de trabajo, pues tales aspectos tienen impacto al menos en el estilo de justificación de las decisiones de todo órgano jurisdiccional.

Por otra parte, se debe estar consciente que los jueces y tribunales, aún sin teorías de la argumentación jurídica, han justificado y justifican de manera cotidiana sus resoluciones, además, los parámetros propuestos por las teorías de la argumentación jurídica en México han sido conocidos desde finales de la década de los ochenta del siglo pasado, por lo que nos encontramos aún en una etapa *informativa*, a la que debe suceder una etapa *formativa*, una *ejecutiva* y, finalmente, una *evaluativa*. En tal sentido, consideramos una desproporción evaluar y criticar la justificación de las decisiones anteriores a la formación teórica de los parámetros señalados, con el rasero que éstos proponen, sin hacer tomar en cuenta el contexto en que tales decisiones fueron emitidas.

En México la práctica judicial ha estado influenciada sobre todo en el siglo XIX por los modelos español, y en menor medida por el francés y el estadounidense. En la conformación del modelo mexicano en el tema que nos ocupa han dejado su huella los tres siglos de dominación y funcionamiento de las instituciones españolas; la constitución y la estructura de organización judicial propia de un sistema federal de acuerdo con el modelo constitucional norteamericano y de algunas de sus leyes de organización judicial, sobre todo federales, y la figura del precedente judicial tomada del principio angloamericano del *stare decisis*; así como, la práctica de la casación de tipo francés que se insertó en el ordenamiento en la segunda mitad del siglo XIX, y la influencia de la escuela de la exégesis francesa reflejada inclusive en el texto constitucional mexicano vigente (artículos 14 y 72, inciso f).

El sistema de impartición de justicia está inclinado a la escritura, con algunas fases de oralidad, pero que han terminado siendo una mera reproducción oral de argumentos escritos que se incluyen en el expediente como tales. El sistema de escritura y de las leyes procesales han llevado la *forma* a niveles de *solemnidad*, de tal manera que en ocasiones la misma determina el fondo de los asuntos, alejándola de la posibilidad de resolver los asuntos; por lo que se trata de un sistema basado en *formulas sacramentales*. tanto en la elaboración de los documentos por parte de los abogados hacia el órgano jurisdiccional, como de éste para con las partes, que vienen repitiéndose y heredándose desde el siglo XIX a los estudiantes que se forman en los despachos de abogados, oficinas burocráticas y juzgados, y que aún persisten en la actualidad en la mayoría de las áreas de enjuiciamiento.

Esto ha generado una práctica argumentativa pobre y con un lenguaje *técnico* especializado en diversas áreas del ordenamiento, pero a la vez vetusto, que ha frenado la creatividad y diversidad argumentativa del foro -que muestra en su generalidad un deficiente uso del lenguaje, una de las bases de la comunicación escrita persuasiva-, de manera que quien ignore o no esté al tanto de la *jerga* o *fórmulas sacramentales*, muy probablemente tendrá un éxito nulo o limitado en el litigio. De ahí que cualquier cambio

que se intente generar al respecto debe abarcar a los jueces y también a los abogados del foro, pues de otra forma sucederá que comenzarán a *hablar* lenguajes distintos y mutuamente incomprensibles.

Por lo que se refiere en específico al deber genérico de los jueces de justificar sus determinaciones, dicha exigencia deriva de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos, 128, 14 y 16; el primero de dichos artículos impone a todo funcionario público, sin excepción, el deber de acatar la Constitución y las leyes¹¹⁹⁴; el segundo, que consagra el debido proceso en la tramitación de los juicios seguidos ante los tribunales, y la exigencia de fundamentación implícita de las sentencias del orden penal, a efecto de que judicialmente se asignó una pena decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, y de que se acató la prohibición de imponer pena alguna por simple analogía o por mayoría de razón,¹¹⁹⁵ asimismo, el artículo 14 impone un deber expreso de motivación de las sentencias civiles (en realidad de todo tipo de decisión jurisdiccional que no sea de índole penal), a efecto de mostrar que la misma es conforme con la letra de la ley o su interpretación jurídica, y a falta de ley, que la decisión halla fundamento en los *los principios generales del derecho*; y el tercero precepto (artículo 16), que exige la fundamentación y motivación por escrito, de los actos de molestia a los particulares cuando provengan de autoridades, a fin de mostrar que éstas son competentes legalmente para llevarlos a cabo y tales actos derivan de la ley.¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁴ Artículo 128. Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.

¹¹⁹⁵ Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

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.

¹¹⁹⁶ Artículo 16 (primer párrafo). Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

La justificación de las decisiones judiciales en México, se ha entendido en un sentido que podemos denominar básico o *tradicional*, de acuerdo con el cual se exige al juzgador que en su resolución se expresen los hechos probados (conocida como motivación), y la cita de los ordenamientos y preceptos jurídicos aplicables (conocida como fundamentación), así como la adecuación entre unos y otros, es decir, se exigen únicamente los elementos de la justificación interna, pero no de la externa, que implicaría explicitar las razones o argumentos acerca de cómo fueron calificados los hechos, cómo se justifica los métodos utilizados en la interpretación del derecho, y cómo se acoplan ambos para dar sentido al fallo.¹¹⁹⁷ En tal sentido, aún subsiste la idea de que la sentencia es un silogismo y de que la lógica formal y sus reglas rigen de manera plena la aplicación judicial del derecho.

Si bien la Constitución mexicana impone el deber de la actuación conforme a sus disposiciones y a las de las leyes (en sentido genérico), a todo tipo de autoridades sin distinción alguna, pero está diseñada al parecer para la aplicación de las normas *infra* constitucionales, sea penal o de cualquier otra materia, de manera que no se aprecia una norma expresa que exija la debida fundamentación y motivación como tal a los jueces en los casos de aplicación de la propia Constitución e incluso las exigencias de fundamentación toda sentencia en materia civil, de donde la doctrina y la jurisprudencia derivan el fundamento constitucional de los métodos e interpretación de la ley, no se pueden trasladar simplemente como los métodos de interpretación de la propia Constitución. Esto hace necesario indagar un poco más sobre el deber explícito de motivación de las sentencias de aplicación de la Carta Magna, más allá de que implícitamente se entienda como una exigencia de toda aplicación judicial del Derecho a cualquier nivel.

¹¹⁹⁷ Véase la tesis bajo el rubro "Fundamentación y motivación", Séptima Epoca; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: 151-156 Segunda Parte; Página: 56, misma que señala "De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse, con precisión, el precepto aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, concretamente, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso de que se trate. Amparo directo 4471/78. Primitivo Montiel Gutiérrez. 14 de octubre de 1981. Cinco votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

Dada la supremacía de la Constitución y la función que cumple con relación al resto del ordenamiento y a las autoridades de todo tipo, debe ser considerada en todo acto de creación y aplicación del derecho, como fuente originaria y superior de fundamentación de los actos de autoridad. Sin embargo, lo que aquí nos interesa en la justificación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales constitucionales, en específico la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en casos específicos el Tribunal Federal Electoral, en quienes recae la decisión única o última de la gran mayoría de las figuras que integran la justicia constitucional mexicana (excepción hecha del Ombudsman nacional), porque es precisamente en la fundamentación de las decisiones jurisdiccionales donde podemos hallar desarrollado el sector de la argumentación judicial constitucional.

Las figuras que integran la justicia constitucional mexicana, que caen en el ámbito del Poder Judicial de la Federación son:

1) El juicio de amparo, previsto en los artículos 103 y 107 constitucionales, y detallado por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936.

Dicho juicio puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, por medio de algún pariente o persona extraña en los casos en que esta ley lo permita expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor (artículo 107, fracción I, de la Constitución Federal y artículo 4 de la Ley de Amparo).

Con relación al contenido y fundamentación de las sentencias de amparo, el artículo 77 de la Ley de Amparo señala que deben contener: I.- La fijación clara y precisa del acto o actos reclamados, y la apreciación de las pruebas conducentes para tenerlos o no por demostrados (la premisa menor, que puede ser fáctica o normativa); II.- Los fundamentos

legales en que se apoyen para sobreseer en el juicio, o bien para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado (la premisa mayor que involucra aspectos legales y constitucionales); y III.- Los puntos resolutiveos con que deben terminar, concretándose en ellos, con claridad y precisión, el acto o actos por los que sobreseer, conceda o niegue el amparo (conclusión).

Con relación a la premisa menor, cuando es fáctica, se encuentra acotada en sus alcances, de conformidad con el artículo 78 de la Ley de Amparo, que exige: “En las sentencias que se dicten en los juicios de amparo, el acto reclamado se apreciará tal como aparezca probado ante la autoridad responsable, y no se admitirán ni se tomarán en consideración las pruebas que no se hubiesen rendido ante dicha autoridad para comprobar los hechos que motivaron o fueron objeto de la resolución reclamada.” De igual forma, en el mismo precepto se señala que en las sentencias *sólo se tomarán en consideración las pruebas que justifiquen la existencia del acto reclamado y su constitucionalidad o inconstitucionalidad.*

Cuando se trata de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito (en única instancia o en revisión/apelación), de conformidad con el artículo 190 de la Ley de Amparo, dichas resoluciones *no comprenderán más cuestiones que las legales propuestas en la demanda de amparo; debiendo apoyarse en el texto constitucional de cuya aplicación se trate y expresar en sus proposiciones resolutiveas el acto o actos contra los cuales se conceda el amparo.*

La Constitución Federal en su artículo 107, fracción II, hace un señalamiento sobre los alcances de la sentencia de amparo, en el sentido de que *será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos¹¹⁹⁸ y protegerlos en el caso*

¹¹⁹⁸ El artículo 80 de la Ley de Amparo señala los efectos de la sentencia en que se conceda el amparo: “La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.”

especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, contenido que se reproduce en el artículo 76 de la Ley de Amparo.

2) Las controversias constitucionales, previstas en el artículo 105, fracción I, de la Constitución Federal, y reglamentadas por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1995.

El artículo 105 constitucional regula en su fracción I las denominadas controversias constitucionales, una de las garantías constitucionales que ha tenido un repunte significativo en virtud de que la titularidad de los diversos órdenes de gobierno, gradualmente se ha inclinado hacia una composición pluripartidista.

El actual artículo 105, en su fracción primera, ofrece un amplio catálogo de controversias constitucionales que se pueden suscitar en relación con los actos o disposiciones generales (con excepción de la materia electoral), de la Federación, los Estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos de gobierno de éste último; así como también, los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Federación, los Estados y el Distrito Federal.

Las resoluciones de la Suprema Corte pueden tener efectos generales o sólo respecto de las partes en controversia. El que tengan efectos generales depende de que se trate de la impugnación de alguna disposición con este carácter, del órgano que la hubiere emitido y de aquel que la impugne, además, la resolución que emita la Corte debe ser aprobada por ocho votos por lo menos.¹¹⁹⁹

¹¹⁹⁹ El artículo 105, fracción I, inciso k), párrafo segundo de la Constitución señala: "Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos." En los demás casos la resolución tendrá sólo efectos particulares. Los incisos c), h) y k) se refieren a las disposiciones legislativas del Poder Ejecutivo, el Congreso de la Unión, cualquiera de sus Cámaras o la Comisión Permanente, funcionen como órganos federales o del Distrito Federal; de los Poderes de un mismo Estado; y de los órganos de Gobierno del Distrito Federal.

Las sentencias que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno, deben contener atento a lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley señalada: I. La fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados (premisa menor); II. Los preceptos que la fundamenten (premisa mayor); III. Las consideraciones que sustenten su sentido, así como los preceptos que en su caso se estimaren violados (justificación); y la parte dispositiva o puntos resolutiveos (conclusión).¹²⁰⁰

3) Las acciones de inconstitucionalidad, previstas en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal, y reglamentadas por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1995.

La fracción II del artículo 105 constitucional incorporó a nuestro orden jurídico en diciembre de 1994, como otra de las facultades relevantes de la Suprema Corte, el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad, las cuales, como señala el propio precepto, tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general -leyes federales, estatales, del Distrito Federal y tratados internacionales- y la Constitución.¹²⁰¹ El término para ejercitar estas acciones es de treinta días naturales, siguientes a la fecha de publicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.

Están facultados para ejercitarla aquellos que representen el equivalente al treinta y tres por ciento de los órganos legislativos de la Federación, los Estados y el Distrito Federal, con relación a las normas generales que los mismos respectivamente hayan expedido o

¹²⁰⁰ Que está integrada por: a) Los alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada; b) Los puntos resolutiveos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen; y c) En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación.

¹²⁰¹ Lo relativo a las acciones de inconstitucionalidad se halla regulado por los artículos 104, fracción IV, y 105, fracción II, de la Constitución Federal.

aprobado¹²⁰², así como el Procurador General de la República, en estos los casos. A partir de las reformas constitucionales de agosto de 1996 pueden plantearlas también los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro

Para que la invalidez de dichas normas sea declarada por la Suprema Corte deben concurrir un mínimo de ocho votos aprobatorios.

Las sentencias en este caso siguen las mismas reglas que la señaladas para las de las controversias constitucionales (artículo 73 de la Ley Reglamentaria), y sólo habría que agregar que el artículo 71 de la Ley señala que la *Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial*, lo cual abre una posibilidad argumentativa amplia y diversa.

4) El juicio para la protección de los derechos político electorales, previsto en el artículo 99, fracción V, de la Constitución Federal y reglamentado por la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de noviembre de 1996.

Este puede tener lugar cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual, haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, previstos en los artículos 35 y 41, fracción I, de la Constitución Federal, siempre que hayan agotado las instancias previas y en algunos casos hayan *realizado las gestiones necesarias para estar en condiciones de ejercer el derecho político-electoral presuntamente violado, en la*

¹²⁰² En el caso de los Senadores, con relación a los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

forma y en los plazos que las leyes respectivas establezcan para tal efecto (artículos 79, 80 y 81 de la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

El artículo 22 de la mencionada ley, establece los requisitos de las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que deberán constar por escrito y contener: a) La fecha, el lugar y el órgano o Sala que la dicta; b) El resumen de los hechos o puntos de derecho controvertidos (la premisa fáctica); c) En su caso, el análisis de los agravios así como el examen y valoración de las pruebas que resulten pertinentes; d) Los fundamentos jurídicos (la premisa normativa); e) Los puntos resolutivos (la conclusión); y f) En su caso, el plazo para su cumplimiento.

Las sentencias que resuelvan el fondo pueden tener por objeto, ya sea confirmar el acto o resolución impugnado o, en su caso, revocar o modificar el acto o resolución impugnado y restituir al promovente en el uso y goce del derecho político-electoral que le haya sido violado (artículo 84 de la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

5) El juicio de revisión constitucional en materia electoral, previsto en el artículo 99, fracción IV, de la Constitución Federal y reglamentado por la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de noviembre de 1996.

Este juicio lo pueden promover únicamente los partidos políticos y puede tener lugar cuando se planteen impugnaciones de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que violen algún precepto de la Constitución Federal, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones; siempre y cuando la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y sea factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios elegidos, y que se hayan agotado en

tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes, para combatir los actos o resoluciones electorales en virtud de los cuales se pudieran haber modificado, revocado o anulado (artículo 99, fracción IV de la Constitución Federal, 86 y 88 de la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

En este caso también aplica el artículo 22 de la mencionada ley, que establece entre los requisitos de las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que deberán constar por escrito y contener: a) La fecha, el lugar y el órgano o Sala que la dicta; b) El resumen de los hechos o puntos de derecho controvertidos (la premisa fáctica); c) En su caso, el análisis de los agravios así como el examen y valoración de las pruebas que resulten pertinentes; d) Los fundamentos jurídicos (la premisa normativa); e) Los puntos resolutive (la conclusión); y f) En su caso, el plazo para su cumplimiento.

6) La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se encuentra establecida en el artículo 97 constitucional, párrafos segundo y tercero, que transcribimos a continuación:

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.

La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes.”

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1995, confirma en su artículo 11, fracción XVIII, que corresponde al Pleno “Ejercer las facultades previstas en los párrafos segundo y tercero del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

En virtud de que no se ha tenido que ejercitar dicha atribución de manera frecuente desde su inclusión en la Constitución de 1917, no ha tenido una reglamentación precisa,¹²⁰³ pero el informe de la investigación debe estar debidamente justificado, tanto desde el punto de vista fáctico de la fijación, valoración y calificación de los hechos, así como del sentido y alcance de las disposiciones de la Constitución involucradas.

La breve explicación de las diversas figuras a través de las cuales se puede dar la aplicación de la Constitución a casos concretos, permite afirmar que en todos los casos existe un deber claro de justificación de las determinaciones y sentencias -por lo que la argumentación jurídica se proyecta en todas ellas-, si bien dicha exigencia está planteada en términos muy vagos y pareciera ser que se agota únicamente en la justificación interna y la manera tradicional de entender el tema, como si de la fijación de los hechos o actos y de la cita de los preceptos aplicables, derivara *ipso facto* la conclusión. Es de destacarse el caso de las controversias y acciones de inconstitucionalidad que exigen, de manera adicional, que la Suprema Corte señale en su sentencia las *consideraciones que sustenten su sentido*, no únicamente los hechos y actos y las disposiciones constitucionales aplicables.

Desde la segunda mitad del siglo XIX y hasta las reformas constitucionales de diciembre de 1994 y las posteriores de 1996, en que se reactivaron de manera impresionante las controversias constitucionales y se crearon las acciones de inconstitucionalidad, así como los medios de impugnación en materia constitucional electoral, el control de la regularidad constitucional de los actos de las autoridades descansaba casi exclusivamente el juicio de amparo, a través del cual el Poder Judicial de la Federación desempeñó un papel dinámico en la protección de los derechos de la persona y también, de alguna forma, en la protección de gran parte del orden constitucional a través del control de legalidad.

Es precisamente en las sentencias de amparo donde podemos encontrar en principio un enorme bagaje acerca de la justificación de las decisiones judiciales en la aplicación de la

¹²⁰³ Se reconoce como los más relevantes los casos conocidos como León y Aguas Blancas, que se suscitaron, respectivamente, con motivo de los acontecimientos sucedidos en 1946 en el primer caso y en 1995 en el segundo.

Constitución, así como de los criterios jurisprudenciales acerca del deber de las autoridades en general de fundar y motivar sus actos. No obstante lo anterior, más que las sentencias íntegras, lo que en mayor medida se han difundido son los criterios derivados de la parte considerativa de éstos, que podemos considerar como eslabones de la cadena argumentativa de la sentencia, que contienen pautas de interpretación, la determinación del sentido y alcance de preceptos constitucionales y de normas *infra* constitucionales, la solución de antinomias jurídicas, entre otros.

Esto dificulta poder llevar a cabo un análisis argumentativo completo de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del resto de los jueces tribunales del Poder Judicial de la Federación -que en conjunto hacen un universo muy numeroso de fallos-, no obstante, afortunadamente, a partir de la novena época, iniciada luego de las reformas constitucionales de diciembre de 1994, la Suprema Corte se ha preocupado por incluir además de las tesis o jurisprudencias, los fallos correspondientes de donde emanaron tales criterios, al menos en los discos compactos de consulta y difusión de la jurisprudencia.

Consideramos que los elementos que se derivan de los capítulos anteriores e incluso de este, facilitan las bases para emprender un estudio de *praxis* argumentativa, que se traduzca en un esfuerzo de análisis, crítica y evaluación de la justificación de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como del resto de órganos jurisdiccionales nacionales, con el fin de contribuir a mejorar de forma continua su razonabilidad, congruencia y persuasión.

Conclusiones.

Primera. La *Retórica* es una disciplina cuyos orígenes datan del siglo V a.C. en Sicilia, Grecia, y se ocupa de la búsqueda de los medios apropiados para persuadir en cualquier situación posible a través de la palabra, sobre todo hablada. Dicha disciplina nació de la práctica ante los tribunales y ante las asambleas, donde la palabra era utilizada para persuadir y convencer a otros, a lo cual después se agregó la posibilidad de utilizarla en otros campos, como por ejemplo los discursos pronunciados en pompas fúnebres o en debates públicos donde lo importante era alabar o denostar a alguna persona o a sus acciones, de esta manera surgieron los géneros retóricos de la antigüedad: judicial, deliberativo y epidíctico, que subsisten en la actualidad. La retórica antigua se dividía en cuatro partes, que integraban desde la concepción mental del discurso hasta su pronunciación en público, como son: *inventio*, *dispositio*, *elocutio* y *actio*.

Segunda. La retórica desde su nacimiento ha sido objeto de una constante evolución, a través de la cual ha tenido momentos de resplandor y decadencia, generalmente asociados a la vigencia del Derecho, la democracia y el ejercicio de las libertades públicas. Uno de los momentos cumbres es sin duda la obra *Retórica*, escrita por Aristóteles, que condensa gran parte de la evolución previa de la disciplina, misma que dicho autor sitúa como *antistrofa* o complemento de la dialéctica, que siglos después sería bautizada como lógica. El campo de la retórica no es la demostración, ni el ámbito de las verdades ciertas y las relaciones de causalidad propias de la ciencia, sino lo plausible, lo verosímil y lo opinable, sus principales figuras son el entimema o silogismo retórico, el ejemplo y el silogismo aparente.

Tercera. La retórica se trasladó a Roma, donde se le conoció como oratoria y se fundió con la actividad de elaboración de discursos políticos; ahí también tuvo un desarrollo notable por siglos donde sobresalen las obras de Cicerón y de Quintiliano de Calaorra, ambas influenciadas por la *Retórica* de Aristóteles. La evolución de la retórica tuvo un desarrollo positivo hasta el siglo IV de nuestra era, a partir del cual se inició una paulatina decadencia que confinó la retórica de la escena pública a las aulas y a meros ejercicios escolares, pero mantuvo viva su tradición gracias a que la doctrina cristiana retomó y utilizó su caudal en la conversión religiosa; así, entre educación y religión transcurrió la retórica hasta el siglo XV, a partir del cual se empiezan a difundir las obras de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano, así como producir obras sobre la disciplina.

Cuarta. El siglo XVII marcó una nueva época de embates contra la retórica, que fue asociada con el engaño y la corrupción política, sobre todo a partir del prestigio que fue adquiriendo el método científico como paradigma del pensamiento verdadero, cierto y correcto, producto de la razón. Fue tal este cambio que puso en primer término a la lógica como la ciencia del razonamiento correcto, que abarcó rápidamente todas las áreas y disciplinas que quisieran pasar por serias y



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.

demostrables, incluyendo aquellas que más que demostraciones se ocupan de cuestiones plausibles y opinables.

Quinta. En los siglos XVIII y XIX la retórica pasó de manera discreta, destronada por la lógica hasta en el campo que desde la antigüedad le era propio. El *redescubrimiento* de la retórica y de su recuperación y prestigio se dio alrededor de la segunda mitad del siglo XX, en donde se dirigió la mirada nuevamente al poder persuasivo de la palabra y en específico en el ámbito jurídico, como una reacción al formalismo en la aplicación de la ley generado por el uso de la lógica formal de tipo matemático que surgió de la mano de la exégesis en Francia durante el siglo XIX. La retórica ha tenido un enorme desarrollo en el siglo pasado en diversos campos donde los efectos de la palabra escrita u oral son básicos, como por ejemplo en la comunicación y la publicidad, de manera que se está viviendo una nueva era de expansión y prestigio de la disciplina, pero debido a su carga negativa que fue arrastrando por siglos, ahora se presenta bajo el término *argumentación* que tiene partes de lógica y de persuasión.

Sexta. En el ámbito jurídico, es alrededor de la segunda mitad del siglo pasado que se da una fuerte crítica al formalismo exacerbado en la aplicación de la ley y a la naturaleza del razonamiento jurídico, que se desarrollaba bajo los parámetros y con los instrumentos de la lógica formal de tipo matemático. En el campo jurídico la retórica es intentada revitalizar por Chaim Perelman, mientras que la tópica por Theodor Viehweg, como una manera alternativa de construir la ciencia del derecho a partir de problemas y no como deducción silogística derivada de verdades o conceptos incuestionables; así como una forma de entender la labor de los juristas, no como lógica formal, sino como argumentación dirigida a persuadir.

Séptima. Las teorías de la argumentación jurídica pueden dividirse en dos generaciones a la fecha, pertenecen a la primera generación las obras de Viehweg, Perelman, Toulmin y Recaséns Siches. Theodor Viehweg, en su obra *tópica y jurisprudencia*, señala que la ciencia del derecho en Roma fue gestada no a partir de conceptos abstractos, sino de casos concretos, de problemas específicos para cuya solución se ofrecían diversos puntos de vista, de manera que las categorías que se iban formando tenían siempre ante sí el *problema* presente, lo que les permitía permanecer en la realidad. En tal sentido, considera un error la construcción de modelos abstractos que parten de conceptos teóricos, de los que supuestamente por vía de deducción se trata de obtener la solución a los problemas y que están por tal motivo alejados de la realidad. La propuesta de Viehweg es la construcción de la ciencia del derecho utilizando el pensamiento tópico, que parte de los problemas y los sigue teniendo presentes a través del procedimiento para lograr su solución por medio del debate, de la utilización de catálogos de tópicos, donde precisamente dicho debate se convierte en la frontera de la racionalidad.

Octava. Chaim Perelman intenta revitalizar el modelo de retórica de Aristóteles, perfeccionándolo y ofreciéndolo como *nueva retórica*. La finalidad última de la retórica es la persuasión de aquellos a los que va dirigida, por lo cual resulta toral la noción de *auditorio*, que determina casi en su totalidad el contenido, la intensidad y los términos de los argumentos y del discurso. Perelman señala que existen diversos auditorios a los cual el orador debe adaptarse, uno de ellos es el auditorio universal, que en realidad es la razón humana; el segundo, un auditorio particular, como al que efectivamente nos dirigimos; e incluso un auditorio particular, formado por la persona misma que emite el discurso y que se revela como una *discusión interna*; el grado de adherencia del auditorio a las tesis o discurso que se le presentan es lo que determina la eficacia de la persuasión, que en último grado y como parámetro de racionalidad descansa en la noción de auditorio universal. En el ámbito jurídico, Perelman critica el formalismo en la aplicación de la ley, y concibe a la lógica jurídica como argumentación, con lo que conecta la justificación de las decisiones judiciales con su teoría de la argumentación, como búsqueda de la persuasión del auditorio formado por las partes, sus superiores, la sociedad y el auditorio universal formado por la razón.

Novena. Stephen Eldeston Toulmin no ofrece una teoría de la argumentación jurídica como propuesta, pero se le considera en éstas por sus aportaciones respecto al uso práctico de los argumentos y su propuesta alternativa en la producción y evaluación de todo tipo de argumentos, que rivaliza con la lógica misma y con la deducción silogística. Toulmin afirma que la lógica no puede dar cuenta de cómo se usan y evalúan los argumentos en la práctica, por lo que propone un modelo similar a la manera en como se presenta y defiende un caso ante un tribunal. De acuerdo con el modelo propuesto, el esquema básico de todo argumento está formado por una conclusión, por los datos que la apoyan y por la garantía o referente que vincula a ambos; si existe un cuestionamiento ulterior se agregan un soporte o apoyo, cualificadores modales y condiciones de refutación. Las etapas y elementos que conforman el esquema de Toulmin, podrían ser considerados como el criterio a satisfacer para la formulación racional de argumentos, pero no significa que sean *per se* persuasivos.

Décima. Luis Recaséns Siches ofrece un panorama de numerosos autores que conforman el ataque desde finales del siglo XIX contra el formalismo en la interpretación y la aplicación del derecho; para dicho autor, existió un error histórico al ser trasladado el *logos* de lo matemático al derecho, que provocó la figura del juez como aplicador mecánico de las disposiciones legislativas y el razonamiento jurídico basado en el modelo de la lógica formal de tipo matemático. Recaséns no rechaza los servicios que presta la lógica al derecho desde el punto de vista teórico y en la formación de los conceptos jurídicos, sin embargo, critica que esto sea así a la hora de la aplicación del derecho, por lo que propone una lógica de *contenidos* denominada lógica de *lo razonable* que parte de la afirmación de que las normas son *vida humana objetivada* y que el juez, al resolver casos concretos,

lleva a cabo una constante actividad valorativa. La lógica de lo razonable no es propiamente una teoría de la argumentación jurídica, pero sí abona a esta la formulación de la premisa normativa de acuerdo con parámetros razonables, no de lógica formal de tipo matemático.

Décima primera. La segunda generación de teorías, está formada por obras como las de Robert Alexy, Neil MacCormick y Manuel Atienza. Para Robert Alexy la argumentación jurídica es un caso especial de la teoría del discurso práctico racional, que en lugar de fundamentar toda proposición normativa, ofrece cauces o reglas para una discusión racional y es precisamente el cumplimiento de dichas reglas lo que permite alcanzar la racionalidad. Las reglas propuestas por Alexy controlan el discurso, la participación en el mismo, las cargas de la argumentación, pero cuando al final se llega a dos opciones igualmente derivadas de dicho procedimiento se hace necesaria la argumentación jurídica, donde el debate está acotado por la ley, los precedentes y la doctrina. La proposiciones jurídicas son evaluables porque tienen una pretensión de corrección; Alexy distingue entre la justificación interna y externa de las decisiones jurídicas, la primera que se refiere a la corrección lógica de la decisión y la segunda a la justificación de las premisas que integran el silogismo, donde tienen aplicación la interpretación, la doctrina y los precedentes, entre otros, que también son sujetos a *test* de racionalidad, de manera que lo importante es la búsqueda de racionalidad vía las reglas del discurso, más no necesariamente de persuasión, que en el análisis de Alexy no es abordada.

Décima segunda. Neil MacCormick ofrece una teoría descriptiva y prescriptiva del razonamiento jurídico, pues parte en principio de la justificación de las decisiones de los tribunales superiores, principalmente anglosajones y después inserta aspectos de la teoría de la razón práctica. MacCormick parte y integra en su teoría la justificación de las decisiones judiciales a través de la deducción silogística o justificación de primer orden, hasta que ésta ya no es suficiente ante problemas de interpretación, de clasificación o de indeterminación del derecho, lo cual hace necesario una justificación de segundo orden en la elaboración de una regla universal. En la justificación de segundo orden tiene lugar argumentos consecuencialistas, sobre lo que puede provocar una determinada decisión y también un *test* o argumentos para lograr la coherencia y la consistencia de la regla que se propone con el resto del ordenamiento. El cumplimiento de estos estándares permite lograr decisiones racionales.

Décima tercera. Manuel Atienza ha difundido y criticado lo que llama las teorías precursoras y estándar de la argumentación jurídica, lo cual lo lleva a proponer el contenido de una teoría completa de la argumentación jurídica que parte de los diversos contextos en los que se puede argumentar en derecho, ya sea en la creación del mismo, con motivo de su aplicación o de su enseñanza. Para ubicar el campo de la argumentación hace una distinción entre el contexto de descubrimiento (explicar una decisión), y el contexto de justificación

(fundamentar una decisión); asimismo, sigue la distinción entre justificación interna y externa, y es precisamente con motivo de ésta última que se requiere la argumentación jurídica. Atienza propone tomar en cuenta la incidencia de la argumentación en materia de hechos, el papel de las falacias y la necesidad de que la argumentación no sólo atienda a la racionalidad o a la persuasión de los argumentos, sino también a la justicia de los mismos. Por último, a la categoría de los casos claros o fáciles que contrasta con los difíciles, que requieren una justificación de segundo orden o externa, agrega los llamados casos *trágicos* como aquellos en los que no es posible decidir sin transgredir el ordenamiento en uno o en otro sentido.

Décima cuarta. Las llamadas teorías de la argumentación, constituyen un nuevo enfoque para analizar la función judicial y el Derecho en general, como un discurso racional o persuasivo que es posible y debe ser justificado. Dichas corrientes han puesto el acento en la incidencia de la argumentación en la justificación de las decisiones judiciales primordialmente, con el fin no sólo de describir dicho fenómeno, sino de buscar parámetros para el control de las decisiones judiciales desde el ángulo de su justificación, de manera que no sólo sean decisiones correctas, sino también razonables, convincentes, persuasivas y justas. Si la interpretación se consideraba como el debate de actualidad en derecho, con la difusión de las teorías de la argumentación dicho debate queda en un segundo plano, pues lo que concentra la atención ahora es cómo justifican las autoridades sus decisiones, incluyendo la interpretación, y cómo evaluarlas a partir de la calidad técnica, material y de impacto de sus argumentos.

Décima quinta. La retórica y la argumentación tienen un ámbito propio cuyo horizonte en algún sentido tienen puntos de contacto y en ocasiones traslapes, pero esto sólo se descubre si se profundiza en su concepto, evolución histórica y finalidad. No obstante lo anterior, el término más difundido hoy en día es el de argumentación, como la disciplina que enseña a formular buenos argumentos y a evaluarlos desde el punto de vista formal y material, por lo que tendría partes de la lógica formal y de la retórica. Sin embargo, existe la necesidad de desarrollar una retórica jurídica moderna, que complementa a la teoría de la argumentación. Por otra parte, consideramos que en el ámbito jurídico se ha tratado de identificar la justificación o argumentación judicial con el universo completo de la argumentación, lo cual es un error. La argumentación jurídica no se agota en el modelo de argumentación que va del juez a las partes y a la sociedad, sino que también debe abarcar la que llevan a cabo los abogados en los litigios, la que se lleva a cabo en la fase prelegislativa, legislativa y post legislativa, la que efectúan las autoridades administrativas, la que tiene lugar en la enseñanza e investigación del derecho, así como la que llevan a cabo los medios de comunicación y la población en general cuando se refieren a temas jurídicos y que conforman la llamada *opinión pública*.

Décima sexta. El paradigma de la función judicial de aplicación del derecho ha sido objeto de una larga y paulatina evolución cuya primera etapa inició en Francia, a

partir de la Revolución de 1789, donde factores de tipo histórico e ideológico influyeron de manera determinante para que la interpretación de las leyes se considerara como una actividad inherente al órgano legislativo. Esto redujo la actividad de los jueces al papel de simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, de acuerdo con el pensamiento del Barón de Montesquieu. Las grandes codificaciones de principios del siglo XIX fueron un factor determinante para que finalmente se depositara en los jueces la facultad de interpretar las leyes, sin embargo, ésta se consideró por mucho tiempo como una actividad excepcional, que el juez llevaba a cabo sólo cuando éstas no fueran claras o existiera duda acerca de su sentido y alcance. Asimismo, ante la insuficiencia comprobada de la ley para preverlo todo, comienza a vislumbrarse a fines del siglo XIX la *integración*, como la actividad que permite al juez solucionar aquellos casos no previstos por el ordenamiento jurídico, aunque ésta también se consideró como algo excepcional.

Décima séptima. Las doctrinas acerca del razonamiento judicial han evolucionado en forma paralela a las corrientes acerca de la función judicial, así, en una primera etapa se consideró que la actividad del juez, al aplicar las leyes a los casos concretos que le sometían, consistía únicamente en la formulación de un silogismo en el que la norma jurídica fungía como la premisa mayor, los hechos como premisa menor y la conclusión no era más que la actualización de las consecuencias previstas en la ley. El deber de justificar las decisiones de los jueces surgió de manera clara y expresa luego de la Revolución Francesa, como un requisito indispensable para mostrar que las sentencias eran el reflejo del texto expreso de la ley o, en su caso, de la voluntad del legislador, y para permitir el control ejercido por el Tribunal de Casación adscrito en sus inicios al órgano legislativo. Como reacción en contra de ésta corriente que disfrazó la figura del juez con la apariencia de un lógico matemático, surgieron un sinnúmero de doctrinas cuyo factor común era precisamente censurar el razonamiento de tipo matemático en el ámbito de la aplicación del derecho. Como una primera reacción en este sentido podemos señalar la conformación de un sector específico de la lógica en general con aplicación en el ámbito jurídico, denominado precisamente lógica jurídica. Ante la insuficiencia de ésta para proporcionar una solución satisfactoria a los problemas de la aplicación del derecho, sobretodo tratándose de casos difíciles, en la actualidad se han originado diversas corrientes con el fin de explicar la naturaleza del razonamiento judicial, cómo funciona éste en la realidad, y cómo debe operar para ser racional y persuasivo, éstas son las teorías de la argumentación jurídica.

Décima octava. La aplicación judicial del derecho en la actualidad es considerada como una actividad dinámica, creativa y en alto grado estimativa, que consta de varios momentos inseparables: la identificación, valoración y calificación de los hechos que se le presentan, la determinación de la norma jurídica aplicable por vía de interpretación, la adecuación de los hechos con la hipótesis normativa a efecto de

asignarles las consecuencias previstas en la norma, la integración del ordenamiento en virtud de la creación de una norma jurídica individualizada, que en determinados casos puede ser general, y la expresión de las razones que justifican la decisión y los momentos que permitieron llegar a ella. Por otra parte, la aplicación judicial del derecho adquiere determinados matices de acuerdo con la rama del ordenamiento en la que se lleve a cabo; las teorías sobre la función judicial, la interpretación y la argumentación, han tomado como referencia y modelo la aplicación judicial del derecho privado, pero este no es suficiente para explicar las especificidades y complejidad que dicha actividad adquiere, por ejemplo, cuando es la Constitución misma la que es aplicada.

Décima novena. La aplicación judicial de las normas constitucionales, por la función que éstas desempeñan como normas superiores del ordenamiento, así como por su formulación en muchas ocasiones abstracta y genérica, y los valores que contienen y que dan sentido a la existencia del Estado, y a sus instituciones, imprimen a la interpretación, valoración y justificación judiciales, características específicas y más complejas que en otros ámbitos del ordenamiento. Actualmente no se considera como una idea extraña que la Constitución sea considerada como una norma o conjunto de normas aplicables, y que sean por lo regular los jueces quienes se encarguen de esta labor, lo que ha devuelto a los jueces el papel trascendente y preponderante que en otra épocas les fue negado o reducido.

Vigésima. La aplicación judicial de la Constitución puede ser explicada en sus diversas formas a través de los modelos y las categorías proporcionadas por uno de los sectores de la defensa de la Constitución, específicamente la denominada justicia constitucional, que se desarrolló como disciplina de estudio a principios del siglo XX, y que ha identificado dos modelos principales que son el americano o *difuso*, en el cual todos los jueces son en cierto sentido jueces constitucionales, y el modelo austriaco o *concentrado*, que opera a partir de la existencia de un órgano especializado, tribunal o corte constitucional, que concentra las funciones de control de la constitucionalidad, aunque en la actualidad no hay modelos puros y completamente antagónicos. Descendiendo un nivel en estas categorías, nos ayudamos de las ideas de Mauro Cappelletti para explicar las vías de aplicación judicial de la Constitución, como el escenario de la argumentación judicial constitucional; en este sentido, resultan de suma utilidad las nociones de jurisdicción constitucional de la libertad –para la protección de los derechos humanos- y sus ramificaciones; la jurisdicción constitucional orgánica –para la protección de las atribuciones y competencias constitucionales de los órganos estatales-; y transnacional –para resolver los conflictos entre las normas constitucionales y las de fuente internacional o comunitario-, en las que la justificación de las decisiones adquiere también peculiaridades.

Vigésima Primera. Las categorías proporcionadas por las teorías de la argumentación, tienen lugar, con ciertas particularidades, en la aplicación judicial de la Constitución, en la que podemos distinguir el contexto de descubrimiento y de

justificación, éste último en el que se da la argumentación; asimismo, podemos distinguir la justificación interna y externa de la decisión, lo que lleva al análisis del silogismo o entimema judicial constitucional, compuesto desde el punto de vista *macro* por una parte por la premisa mayor que es normativa (los preceptos constitucionales), donde tienen aplicación los principios, métodos e instrumentos de interpretación constitucional, que si bien forma parte del contexto de descubrimiento, en materia constitucional es necesario hacerla explícita y ubicarla precisamente en la justificación externa de la decisión; en este punto también habría que mencionar el papel cada vez mayor que se está dando a los principios que subyacen o se expresan a través de normas constitucionales. La premisa menor en el silogismo o entimema judicial constitucional puede estar formada por enunciados sobre hechos o premisa fáctica (por ejemplo en los casos de revisión de la constitucionalidad de los actos de las autoridades), o también por una premisa normativa (en los casos de revisión de constitucionalidad de las leyes); esta última hipótesis es la que mayor complejidad adquiere por tratarse de la contrastación de dos normas, una constitucional y otra *infra* constitucional, que requieren de interpretación cada una de ellas. El silogismo judicial constitucional culmina con la conclusión que surge de la adecuación de sus premisas.

Vigésima segunda. Desde el punto de vista *micro* el silogismo judicial es en realidad un sorites o cadena de silogismos a manera de eslabones, tanto en la premisa mayor, como la menor. La conclusión del silogismo muestra si los actos o las disposiciones son o no compatibles con la Constitución, pero la aplicación judicial de la Constitución no culmina en la conclusión que sustenta el sentido del fallo, falta aún entrar a otro tipo de problemas que son los alcances de éste y sus efectos, sobre todo si se toma en cuenta que la determinación del sentido y alcance de las disposiciones constitucionales impacta al resto del ordenamiento en una especie de *efecto dominó*, y que la eficacia de los fallos sobre todo de los que declaran la inconstitucionalidad de las leyes han adquirido diversas modalidades con el fin de no provocar una crisis, o contar con resoluciones de imposible cumplimiento en los que el texto constitucional quede en entredicho.

Vigésima tercera. En México existe un creciente interés doctrinal, docente y pragmático en el tema de la argumentación jurídica, como lo demuestran los diversos artículos y obras que se han escrito en los últimos años sobre el particular, la creación de las cátedras a nivel posgrado sobre teoría de la argumentación jurídica y los cursos de capacitación a jueces y abogados. Sin embargo, los esfuerzos realizados no son aún suficientes, pues consideramos que la enseñanza de la argumentación debe partir desde los niveles de educación media superior, a la par de las cátedras de lógica, y proseguir en las facultades o escuelas de derecho, a efecto de que los alumnos cuenten con las herramientas básicas para el desarrollo de argumentos, su evaluación y refutación, sobre todo tomando en cuenta que la argumentación está presente en las diversas áreas del desarrollo profesional del abogado.

Vigésima cuarta. Desde el punto de vista de la práctica judicial mexicana, aún se sienten los efectos del formalismo jurídico exacerbado en la aplicación del derecho, sobre todo *infra* constitucional, y tanto jueces como abogados demuestran un desempeño argumentativo pobre y limitado. Los elementos proporcionados por las teorías de la argumentación podrían servir para enriquecer, mejorar e incluso llegar a optimizar la práctica argumentativa del foro y de los jueces, en los que se debe trabajar de forma paralela, con el fin de elevar conjuntamente el nivel del debate, lo cual favorecería la vigencia o la necesidad de cambio en el derecho, mismo que se vería a prueba en su eficacia, razonabilidad y justicia en cada caso concreto.

Vigésima quinta. La argumentación judicial a nivel constitucional en México se había manifestado desde la segunda mitad del siglo XIX, casi por completo a través de las decisiones en materia de amparo, que era el único instrumento de justicia constitucional con vigencia real y constante, ya que existía una práctica limitada de las controversias constitucionales y respecto a la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, incluida al sistema a partir de la Constitución de 1917, no habían tenido prácticamente aplicación real. No obstante, es a partir de las reformas constitucionales de diciembre de 1994 y de noviembre de 1996, que la aplicación judicial de la Constitución o las figuras de justicia constitucional mexicana tuvieron un nuevo impulso al diversificarse las controversias constitucionales, crearse las acciones de inconstitucionalidad, incorporar el Tribunal Electoral Federal al Poder Judicial de la Federación, crear el juicio para la protección de los derechos político-electorales y el de revisión constitucional en materia electoral. En la decisión de todos estos procedimientos de aplicación directa de la Constitución existe un deber expreso o implícito de justificación de las decisiones, que desde el ángulo de nuestra investigación significa que pueden ser evaluadas en términos argumentativos en su razonabilidad, consistencia y persuasión.

Bibliografía.

- Aftalión, Enrique R. Interpretación en la Ciencia del Derecho, en Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Tomo 57, enero-febrero-marzo de 1950.
- Alcalá Campos, Raúl (Comp.) Hermeneútica, Retórica y Argumentación, México, UNAM, 1996.
- Alexy, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica, Tr. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Alonso García, Enrique. La Interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Andruet, Armando S. La Argumentación Jurídica y el Silogismo Forense, en Ghirardi, Olsen A. (Director). El Siglo XXI y el Razonamiento Forense, Córdoba, Argentina, Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.
- Aristóteles, Retórica, Tr. Quintín Racionero, Madrid, Editorial Gredos, 1994.
- _____. Tratados de Lógica (Órganon), Tomo I, Tr. Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Editorial Gredos, 1994.
- _____. Tratados de Lógica (Órganon), Tomo II, Tr. Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Editorial Gredos, 1995.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Las Piezas del Derecho, Teoría de los Enunciados Jurídicos, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 2004.
- Atienza, Manuel. Tras la Justicia, una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico, Ariel, Barcelona, 1993.
- _____. Las Razones del Derecho. Sobre la Justificación de las Decisiones Jurídicas, en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, ITAM, No. 1, octubre de 1994.
- _____. Contribución a una Teoría de la Legilación, Madrid, Civitas, 1997, pp. 27 y ss.
- _____. El Sentido del Derecho, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003.
- _____. Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica, México, UNAM, 2004.
- Bachof, Otto. Jueces y Constitución. Tr. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1987.
- Beristáin Díaz, Helena. Qué es la Retórica al Final del Siglo y al Final del Milenio, México, UNAM, 2000.
- _____. Diccionario de Retórica y Poética, 8ª edición, México, Porrúa, 2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

- Betti, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducido de la 2a. ed. italiana de 1971 por José Luis de los Mozos, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975.
- Bidart Campos, Germán J. Derecho Constitucional, Tomo I, Argentina, Ed. EDIAR, 1964.
- _____ La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional, Argentina, EDIAR, 1987.
- _____ Teoría General de los Derechos Humanos, México, UNAM, 1989.
- Bonnetcase, Julián. La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil. Tr. José M. Cajica Jr. México. Ed. José M. Cajica, Jr., 1944.
- Bryce, James. Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas, Madrid, Civitas, 1988.
- Cáceres Nieto, Enrique. ¿Qué es el Derecho?, iniciación a una concepción lingüística, 2ª edición, México, Cámara de Diputados. LVIII Legislatura-UNAM, 2001.
- _____ Lenguaje y Derecho, las normas jurídicas como sistema de enunciados, 2ª edición, México, Cámara de Diputados. LVIII Legislatura-UNAM, 2001.
- Calamandrei, Piero. Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado, México, s.e., s.a.
- Calvo, José. Derecho y Narración, materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho, Barcelona, Ariel, 1996.
- Capaldi, Nicholas. Cómo Ganar una Discusión, El arte de la Argumentación, Barcelona, Editorial Gedisa, 2000.
- Cappelletti, Mauro. La Jurisdicción Constitucional de la Libertad, Tr. Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961.
- _____ El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en La Justicia Constitucional, (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM, 1987.
- Cárdenas Gracia, Jaime. Los Principios y su Impacto en la Interpretación Constitucional y Judicial, en la obra Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coords.), Tribunales y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 2002.
- _____ La Argumentación como Derecho, México, UNAM, 2005.
- Cardozo, Benjamín. La Función Judicial. México, Pereznieto Editores, 1996.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises. La Jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXVIII, Núm. 83, mayo-agosto de 1995.
- _____ La Interpretación Judicial Constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM- Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.
- _____ La Aplicación Judicial de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos, en la obra Méndez Silva, Ricardo (Coord.). Derecho Internacional de

- los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002.
- Carpizo, Jorge. La Interpretación Constitucional en México, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año IV, Núm. 12, septiembre-diciembre de 1971.
- _____ Algunas Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano, segunda parte, en el volumen colectivo La Interpretación Constitucional, UNAM, México, 1975.
- _____ Constitución y Revolución en su obra Estudios Constitucionales. 2a. edición, México, UNAM. 1983.
- _____ Nuevos Estudios Constitucionales, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- Castellón Alcalá, Heraclia. El Lenguaje Administrativo, formas y uso, Granada, Editorial La Vela, 2001.
- Cicerón. Acerca del Orador, Tomo I, Versión de Amparo Gaos Schmidt, México, UNAM, 1995.
- _____ Acerca del Orador, Tomo II, Versión de Amparo Gaos Schmidt, México, UNAM, 1995.
- _____ De la Invención de la Retórica, Versión de Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 1997.
- _____ El Orador Perfecto, versión de Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 1999.
- _____ De la Partición Oratoria, versión de Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 2000.
- _____ El Modelo Supremo de los Oradores, introducción, traducción y notas de José Quiñones Melgoza, México, UNAM, 2000.
- Clark, David S. La Revisión Judicial y la Independencia del Poder Judicial, introducción, en la obra colectiva Derecho Constitucional comparado México-Estados Unidos, tomo I. México, UNAM, 1990.
- Clarke, M.L. Rhetoric at Rome, a Historical Survey, London, 3rd edition, Routledge, 1996.
- Cofer, C.N. y Appley M. H., Psicología de la Motivación, México, Trillas, 2003.
- Copi, Irving M. y Cohen, Carl. Introducción a la Lógica, México, Limusa-Noriega Editores, 2004.
- Covino, William A. The Elements of Persuasion, Estados Unidos de América, Allyn & Bacon, 1998.
- Da Silva, Alfonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª edición, Brasil, Revista dos Tribunais, 1982.

- Damer, Edward T. *Attacking Faulty Reasoning, a practical guide to fallacy-free arguments*, 4a edición, Canadá, Wadsworth, 2001.
- Dehesa Dávila, Gerardo. *Introducción a la Retórica y la Argumentación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.
- Dualde, Joaquín. *Una Revolución en la Lógica del Derecho*, (Concepto de la Interpretación del Derecho Privado). Barcelona, Librería Bosch, 1933.
- Dworkin, Ronald M. *¿Es el Derecho un Sistema de Reglas?*, Trs. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., Cuadernos de Crítica, No. 5, México, UNAM, 1977.
- Ezquiaga, Franciso Javier. *Argumentos Interpretativos y Postulado del Legislador Racional*, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 1, México, ITAM-Fontamara, 1994.
- Ferrer, Eulalio. *El Lenguaje de la Publicidad*, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- Filostrato. *Vidas de los Sofistas* Tr. de José Ortíz y Sanz y José María Riaño, 3ª edición, México, Porrúa, 1998.
- Fix-Zamudio, Héctor. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, México, UNAM, 1968.
- _____ *Algunas Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano*, en el volumen colectivo *La Interpretación Constitucional*. México, UNAM, 1975.
- _____ *Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986.
- _____ *La Función del Poder Judicial en los Sistemas Constitucionales Latinoamericanos*, en *Constitución, Proceso y Derechos Humanos*, México, UDUAL, 1988.
- _____ *La Justicia Constitucional en América Latina*, en *su Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- _____ *Breves Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional*, en el volumen colectivo *La Jurisdicción Constitucional*. Costa Rica, Ed. Juricentro. 1993.
- _____ *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en la obra *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.
- _____ *El Juez Ante la Norma Constitucional en la obra Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1993.
- _____ *La Constitución y su Defensa*, en *su Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

- _____ La Justicia Constitucional y la Judicialización de la Política, en su Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos, 2ª ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.
- _____ La Declaración General de Inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo, en sus Ensayos sobre el Derecho de Amparo, 3ª edición, México, Porrúa-UNAM, 2003.
- _____ La Declaración General de Inconstitucionalidad, la Interpretación Conforme y el Juicio de Amparo Mexicano, en sus Ensayos sobre el Derecho de Amparo, 3ª edición, México, Porrúa-UNAM, 2003.
- Fray Diego de Valadés. Retórica Cristiana, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- García Amado, Juan Antonio. Teorías de la Tópica Jurídica, Madrid, Universidad de Oviedo-Civitas, 1988.
- García Beláunde, Domingo. La Interpretación Constitucional como Problema, en la obra Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita, Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo I, 12 edición, España, Thomson-Civitas, 2004.
- García de Enterría, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, 3ª edición, Madrid, Civitas, 1985.
- García Máynez, Eduardo. Interpretación en General e Interpretación Jurídica en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. México, Tomo IX, Nos. 35 y 36, julio-diciembre de -1947.
- _____ Filosofía del Derecho, México, Porrúa, 1974.
- _____ Misión y Límites de la Hermenéutica Jurídica, en la obra Ensayos Filosófico-Jurídicos 1934-1979, 2a. ed., México, UNAM, 1984.
- _____ Lógica del Raciocinio Jurídico, México, Ed. Fontamara, 1994.
- Garner, Bryan A. The Winning Brief, 100 tips for persuasive briefing in trial and appellate courts, Estados Unidos de America, Oxford University Press, 1999.
- Gascón Abellán, Marina. Los Hechos en el Derecho, bases argumentales de la prueba, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Geny, François. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo. 2a. ed. Madrid, Ed. Reus, 1925.
- Gerry Spence. How to Argue and Win Every Time, Nueva York, St. Martin's Griffin Edition, 1996.
- Gómez Alonso, Juan Carlos. Adaptaciones de la Retórica Eclesiástica: Fray Luis de Granada y Fray Diego de Valdés, en Arribas Rebollo, et. al. Temas de Retórica Hispana Renacentista, México, UNAM, 2000.

- González Oropeza, Manuel. *Marbury v. Madison: La política en la Justicia*, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, Tomo I (Derecho Constitucional), México, UNAM, 1988.
- González, Felipe. *Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos en Latinoamérica*. En la obra colectiva *Instituto de Investigaciones Jurídicas-Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. Justicia Constitucional Comparada*, México, UNAM, 1993.
- Grant, J. A. C. *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes, una contribución de las Américas a la Ciencia Política*. México, UNAM, 1963.
- Gros Espiell, Héctor. *Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno*, en la obra *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, Tomo II, México, UNAM, 1988.
- Gula, Robert J. *Non-sense, a handbook of logical fallacies*, Estados Unidos de América, Axios press, 2002.
- Haba, Enrique P. *La Voluntad del Legislador: ¿Ficción o Realidad?*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 32, Universidad de Costa Rica, mayo-agosto de 1977.
- Hamilton, Guillermo Gerardo. *Lógica Parlamentaria*, México, Fontamara, 1991.
- Hogan, Kevin. *The Psychology of Persuasion; How to Persuade Others to Your Way of Thinking*, Louisiana, Estados Unidos de América, Pelican Publishing Company, 2003.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, San José, IIDH, 1996.
- Isócrates, *Discursos*, Tomo I, Tr. y notas de Juan Manuel Gúzman Hermida, Madrid, Editorial Gredos, 1979.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Tr. por Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979.
- . *Compendio de Teoría General del Estado*. 2a. edición, Tr. Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate, México, Ed. Nacional, 1980.
- . *Teoría General del Derecho y del Estado*. Tr. Eduardo García Máynez. México, UNAM, 1988.
- Klug, Ulrich. *Lógica Jurídica*. Tr. J. C. Gardella, Colombia, Ed. Themis, 1990.
- Laercio, Diógenes. *Vidas, Opiniones y Sentencias de los Filósofos más Ilustres*, Tr. de José Ortíz y Sanz y José María Riaño, 3ª edición, México, Porrúa, 1998.
- Lee Bailey, F. *Cómo se Ganan los Juicios, el abogado litigante*, Limusa-Noriega Editores, 1992.
- Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Argentino y Comparado*, Tomo II (Teoría de la Constitución), Buenos Aires, Alfa, 1953.

- _____. La Interpretación Constitucional, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Año XXII, No. 418, 22 de febrero de 1960.
- _____. La Constitución Interpretada, Buenos Aires, Depalma, 1960.
- Linares, Juan Francisco. Control de Constitucionalidad Mediante Interpretación, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, Año XXIII, No. 837, 18 de abril de 1961.
- Llinás Volpe, Marco. Lenguaje Jurídico, Filosofía del Lenguaje, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- López Eire, Antonio. Esencia y Objeto de la Retórica, México, UNAM, 1996.
- López Navia, Santiago A (editor). El Arte de Hablar Bien y Convencer, -Platón, Aristóteles, Cicerón, Quintiliano- Manual del Orador, México, Editorial Planeta Mexicana, 1998.
- Losano, Mario G. Los Grandes Sistemas Jurídicos, Madrid, Debate, 1993.
- Majone, Giandomenico. Evidencia, Argumentación y Persuasión en la Formulación de Políticas, México, Fondo de Cultura Económica-Colegio Nacional de Ciencia Política y Administración Pública, 1997.
- Manassero, María de los Angeles. De la Argumentación al Derecho Razonable, un estudio sobre Chaïm Perelman, Pamplona, Eunsa-Ediciones Universidad de Pamplona, 2001.
- Massini, Carlos. Reflexiones Acerca de la Estructura del Razonamiento Judicial, en Revista de Derecho Público. No. 28, Julio-Diciembre, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1980.
- Mendonca, Daniel. Los Derechos en Juego, conflicto y balance de derechos, Madrid, Tecnos, 2003.
- Molierac, J. Iniciación a la Abogacía, 3ª edición, México, Porrúa, 1990.
- Montesquieu. Del Espíritu de las Leyes, 9a. ed. México, Porrúa, 1992.
- Morris, Clarence. Cómo Razonan los Abogados, 2ª edición, México, Limusa-Noriega Editores, 1991.
- Nettel, Ana Laura. La Distinción entre Contexto de Descubrimiento y de Justificación y la Racionalidad de la Decisión Judicial, en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, número 5, México, ITAM-Fontamara, 1996.
- Noriega Cantú, Alfonso. La Consolidación del Juicio de Amparo, El Caso del Artículo 8º de la Ley de 1869, Circulo de Santa Margarita, Noviembre de 1980.
- Nuttin, Joseph. Teoría de la Motivación Humana, Barcelona, Editorial Paidós, 1982.
- Oksenberg Rorty, Amélie (ed.). Essays on Aristotle's Rhetoric, University of California Press, Estados Unidos de América, 1996.
- Osorio, Angel. El Alma de la Toga, 4ª edición, Madrid, editorial Losada, s.a.

- Pardo, María Laura. *Derecho y Lingüística, cómo se juzga con palabras*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1996.
- Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Tr. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Editorial Gredos, 1994.
- Perelman, Chaim. *Justice, Law, and Argument. Essays on Moral and Legal Reasoning*, London, D. Reidel Publishing Company, 1980.
- _____. *The Realm of Rhetoric, United States of America*, University of Notre Dame Press, 1982.
- _____. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Madrid, Editorial Civitas, 1988.
- Pérez Tremps, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- Pratkanis, Anthony y Aronson, Elliot. *La Era de la Propaganda, Uso y Abuso de la Persuasión*, Barcelona, Ediciones Paidós, 1994.
- Puig Brutau, José. *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*, Barcelona, Casa Editorial Bosch. s.f.
- Quintiliano, Marco Fabio. *Institución Oratoria*, Tr. Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1999.
- Quiroga Lavié, Humberto. *Sobre la Interpretación Constitucional*, en el volumen colectivo *La Interpretación Constitucional*, México, UNAM, 1975.
- Ramírez Vidal Gerardo. *Retórica y Colonialismo en las Crónicas de la Conquista*, en Arribas Rebollo, et. al. *Temas de Retórica Hispana Renacentista*, México, UNAM, 2000.
- Ramírez, Gerardo. *La Retórica de Antifonte*, México, UNAM, 2000.
- Reardon, Kathleen K. *La Persuasión en la Comunicación, Teoría y Contexto*. Barcelona, Ediciones Paidós.
- Recaséns Siches, Luis. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 3ª edición, México, Porrúa, 1980.
- Reyes Coria, Bulmaro. *Límites de la Retórica Clásica*, México, UNAM, 1995.
- _____. *Arte de Convencer, Lecciones Ciceronianas de Oratoria*, México, UNAM, 1998.
- Reyes, Alfonso. *La Crítica en la Edad Ateniense, la Antigua Retórica*, en la colección *Obras Completas*, tomo XIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Reyzábal, María Victoria. *Didáctica de los discursos persuasivos: la publicidad y la propaganda*, Madrid, Editorial La Muralla, 2002.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Aplicación Judicial del Derecho y Lógica de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1988.

- Rodríguez, Reyes. Teoría de la Legislación y Nuevo Institucionalismo, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 13, México, ITAM-Fontamara, 2000.
- Rodríguez-Aguilera, Cesáreo. *El Lenguaje Jurídico*, México, Colofón, 1994.
- Rousseau, Juan Jacobo. *El Contrato Social*, 3a. ed. México, Editores Mexicanos Unidos, 1985.
- Segura Ortega, Manuel. *La Racionalidad Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 115.
- Solan, Lawrence M. *The Language of Judges*, Estados Unidos de América, Chicago University Press, 1993.
- Stammler, Rudolf. *El Juez*, Tr. Emilio F. Camus, México, Editora Nacional, 1980.
- Tácito, *Diálogo sobre los Oradores*, Versión de Roberto Heredia, México, UNAM, 1987.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, Rolando. *Los Sistemas de Interpretación*, en *Revista de la Escuela de Derecho*. San Luis Potosí, México, Núm. 3, 1982.
- _____. Rolando. *Introducción al Estudio de la Constitución*, 3ª edición, México, UNAM, 1989.
- _____. *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica)*, México, Themis, 1996.
- Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, 16ª edición, México, Porrúa, 1978.
- Toulmin, Stephen Edelston. *The Uses of Argument*, New York, Cambridge University Press, 1997.
- Trueba Lawand, Jamile. *Aproximación a la Retórica Epistolar de Fines del Siglo XV: El Ars Conficiendi Epistolas de Jacobo Publicio*, en *Arribas Rebollo, et. al. Temas de Retórica Hispana Renacentista*, México, UNAM, 2000.
- Vallarta, Ignacio L. *El Juicio de Amparo y el Writ of Habeas Corpus*, Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales, Tomo quinto, 4ª edición, México, Ed. Porrúa 1989.
- Van Dijk, Teun A. *La ciencia del texto*, México, Paidós, 1996.
- _____. *La Noticia como Discurso, comprensión, estructura y producción de la información*, Barcelona, Ediciones Paidós, 1990.
- Vega Benayas. *Introducción al Derecho Judicial*. Madrid, Ed. Montecorvo, 1970.
- Vega Gómez, Juan. *Seguridad Jurídica e Interpretación Constitucional*, en la obra *Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coords.), Tribunales y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- Vicente Fernández, Alberto. *Función creadora del Juez*. Argentina, Abeledo-Perrot, 1980.

- _____. *Arte de la Persuasión Oral, Teoría y Práctica de la Comunicación por la Palabra*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*, Tr. Luis Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964.
- Vigo, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1993.
- Villar Palasi, José Luis. *La Interpretación y los Apotégmas Jurídico-Lógicos*. Madrid, Tecnos, 1975.
- Wardy, Robert. *The Birth of Rhetoric, Gorgias, Plato and their successors*, London, Routledge, 1996.
- Weston, Anthony. *Las Claves de la Argumentación*, Ariel, Barcelona, 1994.
- Wróblewski, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madrid, Ed. Civitas, 1985.
- _____. *Ideología de la Aplicación Judicial del Derecho*, en *Crítica Jurídica*, No. 10, UNAM-CONACYT, 1992.
- _____. *Sentido y Hecho en el Derecho*, Tr. Francisco Javier Ezquiaga y Juan Igartua, México, Fontamara, 2003.
- Xirau, Ramón. *Introducción a la Historia de la Filosofía*, 12ª edición, México, UNAM, 1995.
- Zafra Valverde, José. *La Interpretación de las Constituciones*, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, No. 80, noviembre-diciembre de 1971.
- Zweigert, Konrad. *El Derecho Comparado como Método Universal de Interpretación* en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, No. 31, Enero-Abril de 1958.

Jorge Ulises Canama Truaco

Nº Conto: 8613877-6

Tel. 56227463 al 69

Ext. 733 (I I J)