

ERNESTO GALINDO SIFUENTES

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN
DEL ABOGADO Y DEL JUEZ



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO

ÍNDICE

[Nota a la quinta edición](#)

[Presentación](#)

[Capítulo Primero](#)

[Conceptos fundamentales de la argumentación](#)

[I. Argumentación](#)

[1. Definición](#)

[2. Elementos](#)

[II. Características de la argumentación](#)

[III. El objeto de la argumentación](#)

[IV. Los fines de la argumentación](#)

[V. Clases de argumentación](#)

[1. Argumentación oral y escrita](#)

[2. Argumentación coloquial y formal](#)

[3. Argumentación demostrativa](#)

[4. Argumentación persuasiva](#)

[5. Argumentación positiva y negativa](#)

[VI. Instancias de la argumentación](#)

[1. Jurídicas](#)

[2. Políticas](#)

[3. Publicitarias](#)

[4. Comunicativas](#)

[5. Religiosas](#)

[VII. Contextos de la argumentación](#)

[1. Decidir](#)

[2. Explicar](#)

[3. Justificar](#)

[4. Motivar](#)

[5. Fundamentar](#)

[VIII. Concepciones de la argumentación](#)

[1. Concepción formal](#)

[2. Concepción material](#)

[3. Concepción pragmática](#)

[A\) enfoque retórico](#)

[B\) enfoque dialéctico](#)

[IX. Efectos de sentido de la argumentación](#)

- [1. La persuasión](#)
- [2. El convencimiento](#)
- [3. La demostración](#)

[X. Los roles argumentativos](#)

- [1. El proponente](#)
- [2. El oponente](#)
- [3. El tercero](#)
 - [A\) duda argumentativa](#)

[XI. Polemizar y argumentar](#)

- [1. Elementos de una polémica](#)
- [2. Clases de polémica](#)

[Capítulo Segundo](#)

[Técnicas de argumentación](#)

[i. Definición de técnicas de argumentación](#)

[ii. Objeto de las técnicas de argumentación](#)

[III. El argumento](#)

- [1. Definición](#)
- [2. Elementos](#)
 - [A\) tesis](#)
 - [B\) demostración](#)
 - [C\) conclusión](#)
- [3. Fases del diálogo argumentativo](#)
- [4. Reglas para elaborar un argumento](#)
- [5. Conectores de argumentos](#)
 - [A\) definición](#)
 - [B\) funciones de los conectores](#)
 - [C\) clases](#)

[IV. Clasificación de argumentos](#)

- [1. nivel de profundidad](#)
- [2. modo](#)
- [3. utilidad](#)

[V. Modelos de argumentos](#)

- [1. Modelo de argumentación informal](#)
- [2. Modelo de argumentación demostrativa](#)
 - [A\) definición de demostración](#)
 - [B\) elementos de la demostración](#)
- [3. Modelo de argumentación finalista](#)
- [4. Modelos de argumentación formal](#)

A) el argumento deductivo (el silogismo)

B) el argumento abductivo

C) el argumento inductivo

D) El argumento analógico

E) el argumento causal

VI. La estructura argumentativa

1. Función de la estructura argumentativa

2. Clases de estructuras argumentativas

A) argumentación simple o única

B) Argumentación compleja

VII. Esquemas argumentativos

1. Definición

2. Clases de esquemas argumentativos

A) argumentación basada en una relación sintomática

B) argumentación basada en una relación de comparación

C) Argumentación basada en una relación causal

VIII. Análisis y evaluación de argumentos

1. Análisis de la argumentación

2. Consistencia de la argumentación

3. Evaluación de la argumentación

4. análisis del discurso oral

IX. Refutación de la argumentación

1. Definición

2. Objeto

A) la tesis

B) el fundamento

C) las pruebas

D) los argumentos

3. Clases de refutación

A) refutación en bloque o global

B) refutación detallada

4. Estrategias para refutar argumentos

5. Vicios y errores de la refutación

X. El debate argumentativo

1. Definición

2. Elementos

A) los sujetos

B) el tema

C) el resultado o conclusiones

3. Clases de debate argumentativo

- [A\) polémica](#)
- [B\) enfrentamiento](#)
- [C\) trato](#)
- [D\) indagación](#)
- [E\) coloquio](#)
- [4. Etapas del debate](#)
- [5. Reglas del debate](#)
- [6. Estrategias del debate argumentativo](#)
- [XI. Vicios de la argumentación](#)
 - [1. Los paralogismos](#)
 - [2. Los sofismas](#)
 - [A\) vicios en la palabra](#)
 - [B\) Vicios en las cosas](#)
 - [3. Las Falacias](#)
 - [A\) definición](#)
 - [B\) clasificación de las falacias](#)
 - [C\) tipos de falacias](#)
- [XII. La argumentación oral](#)
 - [1. La Retórica](#)
 - [A\) definición](#)
 - [2. Partes de la retórica](#)
 - [A\) La invención](#)
 - [B\) la disposición](#)
 - [C\) la elocución](#)
 - [D\) la memoria](#)
 - [E\) la expresión \(pronunciación\)](#)
 - [3. Retórica y argumentación](#)
 - [4. El discurso oral](#)
 - [A\) definición](#)
 - [B\) componentes del discurso](#)
 - [C\) géneros del discurso](#)
 - [D\) partes del discurso](#)
 - [5. Figuras retóricas](#)
 - [A\) definición](#)
 - [B\) características](#)
 - [C\) clases](#)

[Capítulo Tercero](#)

[La argumentación jurídica](#)

- [I. Definición de argumentación jurídica](#)
- [II. Características de la argumentación jurídica](#)
- [III. Los fines de la argumentación jurídica](#)
- [IV. Instancias de la argumentación jurídica](#)
 - [1. Legislativas](#)
 - [2. Judiciales](#)
 - [3. Administrativas](#)
 - [4. Expertos en derecho](#)
 - [5. Práctica forense](#)
- [V. Teorías de la argumentación jurídica](#)
 - [1. Definición](#)
 - [2. Objeto de las teorías de la argumentación jurídica](#)
 - [3. Utilidad de las teorías de la argumentación jurídica](#)
 - [4. Clasificación de las teorías de la argumentación jurídica](#)
 - [A\) la tónica de theodor vieheweg](#)
 - [B\) la nueva retórica de chaïm perelman\[20\]](#)
 - [C\) la teoría informal de stephen toulmin\[25\]](#)
 - [D\) la teoría integradora de neil maccormick\[27\]](#)
 - [E\) la teoría procedimental de robert alexy\[31\]](#)
 - [F\) la teoría de manuel atienza\[40\]](#)
 - [G\) la teoría de aulis aarnio](#)
 - [H\) la teoría garantista de luigi ferrajoli](#)
 - [I\) teoría pragma-dialéctica de van eemeren y grootendorst](#)
 - [J\) teoría formal híbrida de floris j. bex](#)
 - [K\) el chart method de wigmore](#)

[Capítulo Cuarto](#)

[La argumentación del abogado](#)

- [I. La importancia de la argumentación jurídica en el ejercicio profesional](#)
- [II. Distinción entre la argumentación del juez y la del abogado](#)
- [III. Funciones de la argumentación del abogado](#)
- [IV. Momentos en los que argumenta el abogado](#)
 - [1. La demanda y contestación](#)
 - [2. Los alegatos y conclusiones](#)
 - [A\) los alegatos](#)
 - [B\) las conclusiones](#)
 - [3. Los agravios](#)
 - [4. Los conceptos de violación](#)
- [V. El papel de la argumentación en los juicios orales](#)

1. Oralidad y argumentación

A) el argumento entimemático

2. Importancia de la retórica en los juicios orales

A) modelos de argumentación oral

VI. Negociación y argumentación

1. Definición de negociación

2. Clases de negociación

3. Modelos y estrategias de negociación

A) modelo posicional

B) modelo harvard

C) fases de la negociación

D) cualidades de un buen negociador

E) habilidades del negociador

F) principales errores en el proceso de negociación

G) tácticas mal empleadas en la negociación

H) negociación persuasiva

Capítulo Quinto

La argumentación judicial

I. Teoría de la decisión judicial

1. Etapas del proceso decisorio

2. La sentencia como varias decisiones parciales

3. Funciones que cumple la argumentación justificatoria

4. Razones que intervienen en la decisión judicial

A) razones explícitas

B) razones lingüísticas

C) razones empíricas

D) razones institucionales

E) razones valorativas

F) razones convergentes

G) razones sustantivas

H) razones de corrección

I) razones autoritativas

J) razones interpretativas

K) razones críticas

II. Contextos de la decisión jurídica

1. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación

A) justificación interna

B) justificación externa

III. Tipos o clases de casos

1. Casos fáciles
2. Casos difíciles
 - A) características de los casos difíciles
 - B) Condiciones de los casos difíciles
3. Casos trágicos

IV. La motivación de la Sentencia

1. Definición doctrinal
2. Definición legal
3. Definición jurisprudencial

V. Distinción entre motivación, justificación, Explicación y fundamentación

1. Motivación
2. Justificación
3. Explicación
4. Fundamentación

VI. Fundamento legal de la motivación

1. Fundamento constitucional
2. Fundamento adjetivo
 - A) leyes federales
 - B) leyes locales
3. Fundamento ético

VII. Finalidad y función de la motivación

1. Finalidad de la motivación
2. Funciones de la motivación

VIII. Clases de motivación

1. Motivación en materia de derecho
 - A) modelos de motivación
 - B) requisitos de la motivación en materia jurídica
2. Motivación en materia de hechos
 - A) definición
 - B) funciones de la motivación en materia de hechos
 - C) etapas de motivación en materia de hechos
 - D) requisitos de la motivación en materia de hechos
 - E) esquema valorativo del grado de confirmación para la valoración de la prueba
 - F) estilos o técnicas de motivación de la valoración de la prueba
 - G) la sana crítica como sistema de valoración de la prueba
3. La motivación oral de la sentencia
 - A. definición
 - B) inordinación de la motivación
 - C) características de la motivación oral

IX. Vicios y problemas de la motivación

1. Motivación ausente
2. Motivación insuficiente
3. Motivación incongruente
 - A) clases de incongruencia
4. Motivación defectuosa
 - A) motivación aparente
 - B) motivación defectuosa en sentido estricto
5. Motivación omitida
 - A) omisión formal
 - B) omisión sustancial
6. Motivación contradictoria
7. Motivación incorrecta
8. Motivación ficticia
9. Motivación indebida

X. El Razonamiento Judicial

1. Definición de razonamiento
2. Clases de razonamiento
 - A) ejemplo de razonamiento deductivo
 - B) ejemplo de razonamiento inductivo
 - C) ejemplo de razonamiento abductivo
 - D) ejemplo de razonamiento analógico
 - E) ejemplo de razonamiento informal
 - F) ejemplo de razonamiento demostrativo
 - G) ejemplo de razonamiento finalista

XI. Aspectos descriptivos de la motivación

1. Resoluciones emitidas por Tribunales locales

XII. La ponderación judicial

1. Definición de ponderación
2. La ponderación y el principio de proporcionalidad
3. Clases de ponderación
4. Pasos o etapas de la ponderación
5. Crítica al método de la ponderación

XIII. La comunicación de la decisión judicial

1. Presupuestos de la decisión para su comunicación
 - A) elaborar el plan de trabajo
 - B) trabajar con hipótesis
2. Elementos de la comunicación de la decisión judicial
 - A) destinatarios
 - B) el lenguaje

C) el texto de la sentencia

Capítulo Sexto

Argumentación e interpretación jurídica

I. La interpretación jurídica

1. Definición

2. Relaciones en la interpretación con argumentación

3. Elementos de la interpretación

II. Tipos de interpretación

1. Interpretación auténtica

A) fundamento constitucional de la interpretación

2. Interpretación oficial

3. Interpretación doctrinal

4. Interpretación judicial

III. Teorías de la interpretación

1. Teoría objetivista o cognoscitivista

2. Teoría subjetivista o escéptica

3. Teoría intermedia

4. Teoría constructivista de Dworkin

5. Teoría intencionalista

6. Teoría de la discrecionalidad de Hart

7. Teorías hermenéuticas

IV. Argumentación y Discrecionalidad judicial

1. Definición de discrecionalidad

2. Diferencias entre la discrecionalidad y la arbitrariedad

3. Elementos de la discrecionalidad

A) fundamento normativo

B) libertad de elección de alternativas

C) exigencia de motivación

4. Clases de discrecionalidad

5. Modelos de discrecionalidad

6. Fuentes de la discrecionalidad

7. Teorías de la discrecionalidad judicial

A) teorías a favor de la discrecionalidad judicial

B) teorías en contra de la discrecionalidad judicial

8. Un caso de discrecionalidad en el Código de Comercio

V. Problemas de interpretación

1. Problemas de contexto lingüístico

A) la ambigüedad

B) problemas de vaguedad

2. Problemas del contexto sistémico y funcional

A) problemas de redundancia

B) problemas de antinomias

C) problemas de lagunas

D) problemas de funcionalidad

VI. Métodos interpretativos

1. Métodos clásicos de la interpretación

A) gramatical

B) lógico

C) histórico

D) sistemático

2. Métodos modernos de interpretación

A) moral

B) pragmático

C) prudencial-retórico

D) económico

E) funcional

VII. Argumentos interpretativos

1. El argumento a contrario

2. El argumento a simili o argumento analógico

A) fundamento axiológico de la analogía

B) estructura de la analogía jurídica

C) clases de lagunas susceptibles de integración por analogía

3. El argumento a fortiori

4. El argumento de autoridad

5. El argumento a completudine (evitar lagunas)

6. El argumento a coherencia (evitar antinomias)

7. El argumento pragmático

8. El argumento psicológico

9. El argumento por equidad

10. El argumento histórico

11. El argumento sedes materiae

12. El argumento apagógico (reducción al absurdo)

13. El argumento a coherencia

14. El argumento teleológico

15. El argumento económico

16. El argumento ab ejemplo

17. El argumento a rúbrica

18. El argumento sistemático

19. El argumento naturalista

VIII. Esquemas de los Argumentos interpretativos

1. Definición

2. Clases

A) Argumento a contrario sensu

B) argumento de autoridad

C) argumento de clasificación gramatical

D) argumento de las consecuencias en su forma positiva

E) argumento de las consecuencias en su forma negativa

F) argumento por mayoría de la razón

G) Argumento a partir de los principios

H) argumento psicológico

Bibliografía

ERNESTO GALINDO SIFUENTES

DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD JUÁREZ DEL ESTADO DE DURANGO UNAM,
ESPECIALISTA EN ARGUMENTACIÓN JURÍDICA POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Técnicas de argumentación
del abogado y del juez

Quinta edición



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2013

Primera edición, 2008

Copyright © 2013,
ERNESTO GALINDO SIFUENTES
Independencia 441 Nte.
Durango, Dgo. CP 34000

Esta obra y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV
Av. República Argentina, 15 altos, col. Centro, 06020, México, DF
www.porrúa.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-607-09-0705-0

Hecho en México / *Made in Mexico*

NOTA A LA QUINTA EDICIÓN

Gracias al apoyo de Editorial Porrúa, así como el interés de los lectores hemos llegado a esta quinta edición en donde se ha revisado todo el libro y se han actualizado los temas que aquí se tratan, para ello se han incluido las aportaciones de las últimas obras sobre la argumentación jurídica, para que quien tenga en sus manos este libro tenga la seguridad de que conocerá las tendencias actuales sobre el área del conocimiento.

Se adicionó el primer capítulo del libro para incluir el apartado sobre los roles argumentativos con lo cual se complementan los aspectos generales de la argumentación destacando el papel que juegan el proponente, el oponente y el tercero imparcial que participa en una discusión y que asume la postura a partir de lo planteado por las partes.

En relación al capítulo segundo sobre las técnicas argumentativas se incluye un apartado sobre el análisis del discurso oral, esto derivado del importante papel que juega en los juicios orales en las diferentes ramas del derecho como son: la penal, la mercantil y la familiar, por lo que es indispensable conocer cómo se desarrolla el discurso oral y sobre todo cómo poder evaluarlo en términos de argumentación

Respecto al capítulo tercero dedicado a la argumentación jurídica se incluyeron las últimas propuestas de Robert Alexy, sobre la teoría de la argumentación jurídica, también se incluyeron la teoría Formal Híbrida de Floris Bex, y el *chart method* de Wigmore las cuales son interesantes para el análisis y evaluación de la prueba en los procesos judiciales.

Sobre el capítulo dedicado a la argumentación judicial se ha modificado para incluir un apartado dedicado a la sana crítica como sistema de valoración de la prueba y cómo se utilizan las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos como criterios de apoyo en el razonamiento probatorio para dotarlo de racionalidad, esto en virtud de ser mecanismo de argumentación para la motivación en materia de hechos; también insertamos un rubro sobre la motivación oral de la sentencia, pues en los juicios orales es indispensable abordar su estudio para saber sus notas características que la diferencian de la motivación escrita.

En relación al capítulo sobre argumentación e interpretación incluimos un

apartado dedicado a los esquemas de los argumentos interpretativos debido a que era necesario complementar el estudio de los métodos, teorías, y argumentos interpretativos con los esquemas que son estructuras que nos permiten ordenar la información de los argumentos que utilizan los jueces en el razonamiento judicial, los cuales serán una herramienta muy útil para su mejor comprensión y aplicación.

Por último, agradecemos los comentarios de los lectores ya que gracias a sus opiniones críticas hacen posible que esta obra se vaya mejorando en las subsiguientes ediciones con el compromiso de incluir en lo futuro las últimas tendencias que vayan apareciendo.

EL AUTOR

PRESENTACIÓN

La argumentación jurídica, en los últimos años, ha tenido un desarrollo importante tanto en los ámbitos teóricos como prácticos, a tal grado que se le ha considerado ya como una teoría del Derecho que sirve para dar respuesta a algunos problemas del derecho como es su interpretación y aplicación,¹ pero también la argumentación es de gran interés por los impartidores de justicia de tal suerte que existe demanda de cursos, seminarios y talleres de argumentación que conlleven a elevar la calidad de las sentencias, tomando en cuenta que estas deben ser motivadas y dado que motivar significa aducir razones, entonces la argumentación es útil para lograrlo.

Pero también, el tema de la argumentación jurídica que antes sólo se discutía en congresos internacionales de Filosofía del Derecho ha impactado a la práctica jurídica, así que los abogados reconocen la necesidad de estar preparados y saber argumentar adecuadamente para la mejor defensa de los intereses de sus clientes, y hay que agregar un factor determinante que es la reforma penal, la cual incorpora el sistema acusatorio de acuerdo con principios de inmediatez, concentración y sobre todo oralidad, en donde las partes deberán formular sus peticiones, alegaciones y recursos mediante la palabra hablada y es ahí donde cobra importancia la argumentación oral, la cual facilita las herramientas para una adecuada y persuasiva comunicación de los abogados con los jueces.

Este factor también repercute en la enseñanza del Derecho, pues ahora las universidades ven la necesidad para instruir a los estudiantes de esta carrera para que estén capacitados para preparar y presentar los juicios de manera oral, de tal suerte que se están incorporando a sus planes y programas de estudio materias como argumentación jurídica, retórica, discurso oral, entre otras.

Por todo lo anterior, la presente obra surge para ofrecer a los lectores conocimientos prácticos que les permitan argumentar mejor en el desempeño de su labor en las distintas áreas en que se desarrollan, pues está dirigida tanto a alumnos como a abogados y funcionarios judiciales que tienen como labor la argumentación jurídica, pues este libro es el resultado de la

impartición de cursos y seminarios dirigidos a ellos, en los que se privilegia el aspecto práctico de la argumentación, que en ocasiones se descuida por los estudiosos de esta área del conocimiento jurídico.

Este volumen está dedicado primordialmente a juristas, pero como la argumentación es una actividad que se realiza también en otros ámbitos como son la política, la economía, la publicidad, puede ser también de utilidad para personas que se desarrollen en estas áreas, por ello en los capítulos primero y segundo se da específicamente un enfoque jurídico para facilitar su aplicación a todas las áreas, en el capítulo primero desarrollamos los conceptos fundamentales de la argumentación que nos van a servir como marco de referencia durante el desarrollo del libro.

En el capítulo segundo denominado técnicas de argumentación, nos dedicamos a desarrollar los elementos y las partes de un argumento proponiendo diferentes modelos de argumentación para que sea el lector el que elija el modelo que le sirva y lo pueda aplicar para la actividad que realiza; también se analizan las diferentes formas de estructuras y esquemas argumentativos para que nos permitan examinar y evaluar la argumentación que se emplea en las diferentes actividades que pueden ser un texto publicitario o político o un escrito de alegatos o los considerados de una sentencia; de igual manera abordamos la refutación de la argumentación por la importancia que tienen tanto el ataque como la defensa de la argumentación. Asimismo, dedicamos un apartado al debate argumentativo así como a sus elementos, etapas, reglas y estrategias; Posteriormente estudiamos los vicios de la argumentación destacando la importancia de conocer y saber detectar las falacias; al final del capítulo destinamos el estudio al discurso oral, particularmente a sus partes y géneros desde el punto de vista de la retórica, por la actualidad e importancia que la oralidad va a tener.

A partir del capítulo tercero, el libro se centra en la argumentación jurídica señalando sus características, sus fines, las diversas instancias donde se desarrolla y una breve introducción a las principales teorías de la argumentación jurídica, resaltando sus rasgos principales y destacando sobre todo sus aspectos prácticos, ello con la finalidad de que el lector conozca el origen y las propuestas de esta área de la Filosofía del Derecho.

El cuarto capítulo está dirigido a la argumentación del abogado y tiene como finalidad destacar el papel que juega la argumentación forense, pues la mayoría de los trabajos de argumentación se refieren a la argumentación

judicial y no destinan investigaciones para los abogados, por lo que en este capítulo podrán encontrar las técnicas que les permitan argumentar adecuadamente en el discurso escrito, pero sobre todo a propósito de la oralidad, se presentan diferentes modelos que les permitirán organizar y estructurar sus argumentos de manera oral; también debido al auge de los medios de justicia alternativa, como son la mediación y la conciliación, dedicamos un apartado a las técnicas de negociación que faciliten al abogado la solución de los conflictos.

El capítulo quinto expone la argumentación en sede judicial, en donde se analiza la teoría de la decisión judicial y sobre todo la motivación de la sentencia debido al importante papel que en ella desempeña la argumentación, por lo que es necesario conocer sus requisitos, sus vicios, y se ofrecen algunos modelos de motivación tanto en materia de hechos como en materia de derecho, que se pueden aplicar en cualquier ámbito de impartición de justicia y que al menos garantizan metodológicamente una adecuada argumentación. Asimismo, abordamos el tema de la ponderación judicial por el gran interés que ha despertado actualmente y su utilización por los tribunales mexicanos; al final de este capítulo nos referimos a la comunicación de la decisión judicial y algunas propuestas para su eficiente logro a través de la redacción de la sentencia.

Por último, el capítulo sexto, denominado argumentación e interpretación jurídica, analiza los diferentes tipos de interpretación y las teorías que sobre la interpretación se han desarrollado con la finalidad de que nos permitan entender mejor sus aspectos prácticos, como son el lugar que ocupa la argumentación en la discrecionalidad judicial; también analizamos los problemas de interpretación como son la ambigüedad, la vaguedad, las antinomias, las lagunas y las posibles soluciones a casos concretos; de igual manera distinguimos los métodos interpretativos de los argumentos interpretativos y su aplicación en el derecho.

Como la argumentación es un tema en pleno desarrollo actual en nuestro país, esperamos en el futuro adicionar a este libro otros ámbitos de la argumentación como son el legislativo y el administrativo, mientras tanto se deja al lector para su crítica y propuestas.

NOTAS

[1] SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 94.

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA ARGUMENTACIÓN

SUMARIO: I. Argumentación, II. Características de la argumentación, III. El objeto de la argumentación, IV. Los fines de la argumentación, V. Clases de argumentación, VI. Instancias de la argumentación, VII. Contextos de la argumentación, VIII. Concepciones de la argumentación, IX. Polemizar y argumentar, X. Los roles argumentativos, XI. Polemizar y argumentar.

I. ARGUMENTACIÓN

1. DEFINICIÓN

Para Anthony WESTON es ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión.^[1]

Para PLANTIN es el conjunto de técnicas (conscientes o inconscientes) de legitimación de las creencias y de los comportamientos. La argumentación intenta influir, transformar o reforzar las creencias o los comportamientos de la persona o personas que constituyen su objetivo.^[2]

Para TOULMIN argumentación es la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones y refutando esas críticas.^[3]

Para Manuel ATIENZA es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis, que se trata de sostener o de refutar.^[4]

Para José Luis CASTILLO ALVA la argumentación consiste en esgrimir una serie concatenada de razonamientos convenientemente expuestos, para persuadir al destinatario de la veracidad o validez de una tesis que, por lo general, no está demostrada fehacientemente con anterioridad.^[5]

Según Habermas la argumentación es un acto de habla, es un medio para conseguir un entendimiento lingüístico, que es el fundamento de una comunidad intersubjetiva donde se logra un consenso que se apoya en un

saber proporcional compartido, en un acuerdo normativo y una mutua confianza en la sinceridad subjetiva de cada uno.^[6]

Para Fuentes Rodríguez es un proceso discursivo por el cual el hablante ofrece una serie de enunciados como buenas razones para que su interlocutor crea u opine de una manera y no de otra, u obre en una dirección concreta.^[7]

Según Eemeren y Grootendorst la argumentación es una actividad verbal, social y racional que apunta a convencer a un crítico razonable de la aceptabilidad de un punto de vista, adelantando una constelación de una o más proposiciones para justificar ese punto de vista.^[8]

De las anteriores definiciones podemos encontrar que el común denominador de los autores para definir la argumentación es, en primer lugar, ofrecer o dar razones en apoyo de una pretensión o conclusión y, en segundo lugar, que las razones lleven a convencer al interlocutor a quien se dirige la argumentación.

2. ELEMENTOS

En toda argumentación se distinguen diferentes elementos que también sirven como parte de un argumento y nos ayudan a entender cómo se compone un argumento y qué es lo que lo distingue de una simple afirmación; tales elementos son:

§ *Argumentos*, son las razones que justifican una opinión.

§ *La conclusión*, que se deriva de los argumentos.

§ *Topos o base argumentativa*, es la regla que permite ponerlos en relación; un conocimiento consabido por los participantes en la comunicación.

§ *Fuente*, el origen de los argumentos y conclusiones, se cita para descargar en otros la verdad de las premisas y garantizar su aceptabilidad.

§ *Marco argumentativo*, el contexto en que se produce la argumentación.

§ *Calificadores*, elementos que caracterizan las tesis aducidas, determinan la fuerza argumentativa.^[9]

II. CARACTERÍSTICAS DE LA ARGUMENTACIÓN

La argumentación tiene las siguientes características:

Coherencia: toda argumentación es coherente, esto es, se funda en la existencia de premisas antecedentes, las cuales son capaces de provocar una respuesta o resolución no absurda, entendiéndose por ésta, aquella que no vulnera regla o principio alguno de la argumentación, ni produce una conclusión contradictoria.

Razonabilidad: toda argumentación no sólo debe ser capaz de producir una conclusión, sino que esa conclusión debe ser proporcional al fin que busca, del mismo modo que debería ser proporcional a los medios empleados para demostrar las premisas que provocan la consecuencia.

No puede existir argumentación alguna si, a pesar de ser coherente, los medios empleados para conseguir el resultado o respuesta hayan sido arbitrarios o abusivos. La razonabilidad, por tanto, debe ser no sólo formal, sino también material.

Suficiencia: con la nota de suficiencia lo que se exige de una argumentación es la pertinencia en las premisas que fundamentan una tesis. Así, pues, una argumentación debe poseer las premisas (ni más ni menos) capaces de producir la consecuencia, ya no otras. En el caso que la argumentación considere premisas no necesarias, éstas serían impropias y podrían hacer confusa la argumentación. Si alguna de las premisas faltare la argumentación sería insuficiente, dando lugar al paralogismo de insuficiencia de premisas, que veremos más adelante.

Claridad: toda tesis argumentativa debe ser clara. En esto no hace falta decir demasiado, si un argumento necesita ser interpretado para que sea entendido, significa que no es claro. La claridad radica, precisamente, en que un argumento no necesita ser interpretado.^[10]

Comunicabilidad: la argumentación es un proceso de comunicación que se da entre dos o más partes mediante el intercambio de ideas y puntos de vista, por lo tanto es una técnica para la comunicación.^[11]

Alteridad: la argumentación pretende convencer o persuadir, no es posible realizar toda la actividad si no es pensando en función del otro a quien se pretende convencer; es orientar una determinada conducta en el otro, es decir, intentar generar un cambio en el comportamiento de la persona o personas a quien se dirige la argumentación para que se adhieran a las propuestas.^[12]

Procedimental: es un proceso que está constituido por una serie unitaria de secuencias racionales y con ella se propone a otros a que ingresen a un

proceso racional interactivo o puramente de diálogo.^[13] Es una práctica sometida a reglas,^[14] en la que los sujetos se comprometen a respetar ciertas pautas de comunicación, por ejemplo en un debate.

Gramatical: un sujeto cuando argumenta es a través del lenguaje, y sus reglas gramaticales como son sus elementos, su estructura y significado, comunica su punto de vista para tratar de convencer a otros.^[15]

Agonística: el término agonístico significa competencia, y aplicado a la argumentación como una característica supone que en un diálogo argumentativo, dentro de una instancia argumentativa como un juicio, los sujetos compiten para provocar un efecto persuasivo y convincente con un tercero que resuelve la controversia como lo es el juez.^[16]

III. EL OBJETO DE LA ARGUMENTACIÓN

El objeto de la argumentación es aquello sobre lo que los sujetos dirigen su capacidad argumentativa para convencer a otros, es decir, es la tesis, la pretensión, opinión o punto de vista que sostiene una de las partes en el proceso argumentativo y que respalda mediante razones.

No se debe confundir el objeto de la argumentación con los lugares en donde se desarrolla la argumentación, porque éstos son los escenarios en donde se argumenta y así, por ejemplo, un lugar puede ser un acto comunicativo oral o escrito como un debate, una polémica, una confrontación, un texto que puede contener una opinión, un comentario, una tesis o hasta una sentencia; en todos estos lugares para argumentar siempre va a aparecer el objeto de la argumentación que es el punto sobre lo que se argumenta.

IV. LOS FINES DE LA ARGUMENTACIÓN

La argumentación en general tiene como finalidad:

- § Definir la posición de un hablante respecto a un posible problema.
- § Sirve como procedimiento heurístico para descubrir y formular, analizando ciertos datos, una opinión personal que de esa manera se hace explícita.
- § Trata de comunicar a otros hablantes un juicio propio provisto de argumentos que pueden probar su validez.^[17]

- § La justificación de la propia posición sobre la cuestión jurídica planteada, es decir, se deberá justificar con razones aceptables y convincentes el porqué se asume una postura.
- § La persuasión de los interlocutores o antagonistas, en el marco y contexto de la argumentación,^[18] debido a que sin persuasión o convencimiento no tiene sentido la argumentación y sería una simple explicación.
- § Conseguir que la tesis propuesta sea admitida por el interlocutor; o también trata de justificar una acción o un hecho; por ejemplo cuando el legislador justifica el porqué de la aprobación de una ley.^[19]
- § Lograr la adhesión del auditorio a quien se dirige, pero se discute si la argumentación persuade o convence,^[20] debido a que persuadir significa lograr que la otra parte se adhiera a nuestra tesis, mientras que convencer se refiere a imponer nuestra tesis frente a la tesis del contrario, esto es, vencerlo.

V. CLASES DE ARGUMENTACIÓN

1. ARGUMENTACIÓN ORAL Y ESCRITA

Es diferente la argumentación que se desarrolla en el ámbito oral que la que se desarrolla en el ámbito escrito, porque verbalmente cuando argumentamos lo hacemos de manera espontánea y sin reglas formales, pues utilizamos argumentos entimemáticos, esto es, suprimimos premisas del argumento o razonamiento por ser muy obvias o por estar sobrentendidas, en cambio cuando la argumentación es escrita permite construir razonamientos formales o informales en donde lo que se pretende es demostrar la verdad de las premisas, lo cual sería difícil y hasta poco comprensible que sucediera en una discusión entre particulares.

2. ARGUMENTACIÓN COLOQUIAL Y FORMAL

La argumentación coloquial es la que desarrolla cualquier persona en una conversación o en una polémica, pero que sin sujetarse a reglas de la lógica convence a los interlocutores, esto puede ser como aquella habilidad natural que tienen algunas personas para convencer y que sin conocer técnicas y

recursos argumentativos son buenos para esta actividad; mientras que la formal es la que sigue ciertas pautas lógicas que permiten corregir la validez de los razonamientos, en ella los sujetos tienen que tener conocimientos y práctica de lógica para que los argumentos, al seguir ciertas reglas provoquen, la demostración.

3. ARGUMENTACIÓN DEMOSTRATIVA

Es la argumentación en la que presentadas ciertas premisas se deduce la conclusión, la que no puede ser de otra manera pues la inferencia naturalmente conduce siempre a esa conclusión, el ejemplo típico es el silogismo o razonamiento deductivo.

4. ARGUMENTACIÓN PERSUASIVA

En este tipo de argumentación aunque no se recurra a reglas y principios de la lógica convence a los interlocutores debido a los recursos y técnicas argumentativas que se emplean, y en ocasiones se utilizan voluntaria e involuntariamente falacias para tratar de influir en los otros sujetos, y por ello puede suceder que una argumentación aunque no sea formalmente válida es altamente persuasiva.^[21]

5. ARGUMENTACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA

La argumentación positiva es la argumentación mediante la cual se respalda nuestra postura al ofrecer razones convincentes que demuestren su aceptabilidad; mientras que la argumentación negativa es en la que se rechazan o refutan los argumentos contrarios y se dirige contra la tesis o pretensión, contra la argumentación o en contra de la conclusión.

VI. INSTANCIAS DE LA ARGUMENTACIÓN

1. JURÍDICAS

El ámbito jurídico es una instancia natural de la argumentación, incluso desde la retórica aristotélica le dedica un lugar en el discurso o género judicial, y es por ello que en cualquier práctica jurídica se desarrolla la

argumentación, por ejemplo los jueces necesitan de la argumentación para convencer tanto a las partes como a los tribunales superiores y a la opinión pública; los legisladores necesitan de buenos argumentos para convencer de la necesidad de creación de una ley; los abogados argumentan para convencer al juez de que su cliente tiene la razón; los académicos utilizan la argumentación para demostrar y fundamentar sus tesis; los funcionarios utilizan buenos argumentos para motivar la emisión de sus actos administrativos dirigidos a los particulares; es más, no existe práctica jurídica en donde no se argumente.

2. POLÍTICAS

La política es un espacio para la argumentación porque siempre está dirigida y se desarrolla en la sociedad en la que sus actores intentan llegar al convencimiento de los particulares, ya sea como una forma para acceder al poder o también para mantenerse en él. Es por ello que los particulares necesitan estar convencidos con buenas razones que los gobernantes que eligieron son los más capaces y preparados para desempeñar sus cargos, además por ser la política una práctica constante que el político necesita de la argumentación para sostener, defender y refutar los puntos de vista de él o del contrario.

3. PUBLICITARIAS

La publicidad, al estar dirigida a un público para convencerlo para que realice una acción o para que se abstenga de realizarla —y que puede ser desde una campaña publicitaria, para que compren algún producto, hasta una campaña de gobierno para prevenir la delincuencia—, trata de influir en los destinatarios de la publicidad a través de diferentes medios que pueden ser mensajes escritos, orales o imágenes que en muchas ocasiones provocan más impacto que una palabra o una frase.

4. COMUNICATIVAS

La comunicación es un medio en el que se desarrolla la argumentación. Ambas materias se complementan porque no puede haber argumentación sin comunicación; pero también, como la comunicación siempre va dirigida a alguien y más concretamente en algunos casos a través de la comunicación,

se pretende influir en las personas que necesitan de la argumentación para entender cómo construir y estructurar un discurso para que sea más persuasivo.

5. RELIGIOSAS

Como en el ámbito religioso se utiliza el discurso como medio de expresión para llegar a los creyentes es importante elaborar correctamente un discurso convincente, para lo cual es necesario saber cómo inicia y cómo concluye, de qué parte se compone, cuáles es su estructura y sobre todo qué recursos argumentativos utilizar para acrecentar la fe religiosa en las personas.

VII. CONTEXTOS DE LA ARGUMENTACIÓN

Entendemos por contextos de la argumentación los lugares que son propicios para una argumentación, y si bien son conceptos que suponen hacer una actividad que puede ser realizada sin argumentación, lo ideal es que se acompañen con la respectiva argumentación para dar un mayor respaldo a toda acción que en cada contexto se realice, y así tenemos:

1. DECIDIR

Decidir significa tomar una determinación sobre una cuestión. Puede suceder que quien decide no tenga que dar razones que justifiquen el porqué de su decisión, pero en sede judicial, debido a que cuando se dicta una sentencia se toma una decisión, ésta debe contener los argumentos que le den soporte para que así las partes estén en posibilidad de conocerlas y poder refutarlas en su momento.

Sin embargo, hay ocasiones en que hay decisión sin argumentación, por ejemplo una sentencia que resuelva un caso de identidad por prueba de ADN y que la misma sea concluyente por sí misma que no necesita argumentación; o también tratándose del laudo de un tribunal arbitral en donde por haberlo acordado las partes no necesita de motivación.

2. EXPLICAR

De acuerdo con Otero PARGA, explicar consiste en dar a conocer lo que se piensa o exponer cualquier materia, doctrina o texto con palabras más claras

para hacerlo perceptible.^[22]

Para AARNIO, se refiere a hacer comprensible un estado de cosas, es decir, por qué se actuó de una forma determinada.^[23]

Según ATIENZA, la explicación requiere indicar motivos, esto es, los antecedentes causales de una acción,^[24] es decir, mostrar cuáles son las causas que motivaron la decisión o los fines que se pretendan alcanzar al tomar esa decisión.^[25]

Si tomamos en cuenta que la explicación va dirigida a una persona o personas determinadas, entonces la explicación supone la alteridad y por lo tanto se explica para que la otra parte acepte nuestros motivos, de allí que sea importante la argumentación que utilicemos en la explicación, y no obstante que los motivos pueden ser de distinta índole, desde psicológicos hasta económicos, en la medida en que sean argumentos objetivos serán más aceptados por la contraparte.

3. JUSTIFICAR

Justificación proviene de la palabra justicia y pretende la búsqueda del derecho justo, y en el derecho es la causa, base o cimiento de una decisión judicial para hacerla razonable, adecuada a la ley, a la justicia y al derecho.^[26]

Para ATIENZA justificar una decisión implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión.^[27]

4. MOTIVAR

Para Otero PARGA motivar significa explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo, en la sentencia es la razón que impulsa a los jueces a decidir de una manera u otra.^[28]

5. FUNDAMENTAR

Sugiere la idea de que toda resolución judicial, toda sentencia, debe hundir sus raíces, hacerse firme en la ley como único apoyo en el que puede descansar la decisión judicial.^[29]

Para Manuel ATIENZA, al fundamentar es necesario dar razones que justifiquen un curso de acción.^[30]

El derecho es una cuestión argumentativa, y por sí mismo el derecho se utiliza para respaldar un argumento, pues qué mejor apoyo que lo que dice la ley para dar respuesta a nuestras interrogantes.

VIII. CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN

Manuel ATIENZA y Luis Vega REÑÓN^[31] coinciden en establecer que la argumentación tiene una concepción formal, material y pragmática, como enseguida veremos.

1. CONCEPCIÓN FORMAL

La concepción formal de la argumentación es característica de la lógica; y de acuerdo con ello un argumento deductivamente válido se cumple siempre que las premisas sean verdaderas, entonces también lo será necesariamente la conclusión, en virtud de la forma de los enunciados que lo componen; es decir, la validez de los argumentos no depende del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión, sino de su corrección lógica.^[32]

La concepción formal define argumento y argumentación como una inferencia, un encadenamiento de proposiciones, es decir, el silogismo tradicional.

La concepción formal tiene que ver con la manera en que se combinan las premisas de manera lógica para llegar a una conclusión, esto se vale de la inducción, abducción o de la deducción para argumentar en una decisión o una petición. Es la que aplican los teóricos del derecho que analizan las sentencias de los jueces para que por medio de criterios formales de corrección se determine el control de logicidad de la sentencia.

Esta concepción está conectada con el valor de la certeza que da seguridad jurídica a los ciudadanos sobre el contenido de la sentencia, respetando, por ejemplo, las reglas de la lógica; a ella pertenecen autores como: KLUG, KALINOWSKI, ALCHOURRON, BULYGIN, TAMMELO O WEIMBERGER.^[33]

De acuerdo con esta concepción, en un argumento si el nexo que vincula sus premisas a su conclusión consiste en una relación de consecuencia lógica reconocida, es decir convalidable, estamos en presencia de un argumento

formalmente correcto.^[34]

Por su parte de acuerdo con el enfoque lógico la validez formal de una conclusión se usa como criterio de racionalidad de la argumentación. Se basa en el principio de universalidad, una norma general que se utiliza como premisa mayor de un razonamiento.

De acuerdo con este enfoque se han desarrollado programas para formalizar un argumento y desarrollar tablas de verdad a fin de establecer la corrección formal de una decisión.^[35]

2. CONCEPCIÓN MATERIAL

La argumentación en la concepción material consiste en una actividad tendiente a dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; esto es, mostrar si existen o no razones para creer en algo o para realizar una determinada acción. Se trata no de que tenga una forma lógica, sino de que las premisas enuncien algo verdadero (esté bien fundado) y de que supongan razones relevantes para la conclusión.^[36]

Material o ponderación de principios, ésta es propia de la tópica y se preocupa de descubrir y analizar las premisas, se trata de justificar a través de buenas razones que permitan determinar la corrección del razonamiento.

En la concepción material lo que interesa es que los enunciados que componen el argumento sean verdaderos y correctos, por lo que es una teoría de las premisas que se refiere no a su contenido formal sino a su contenido material, esto es, a las razones que se emplean para dar sustento y fuerza a un argumento. Es el tipo de argumentación que utilizan los jueces y que está conectada con los valores de verdad y la justicia. A ella pertenecen autores como: DWORKIN, RAZ, NINO o SUMMERS.

De acuerdo con esta concepción, en un argumento, si el nexo que vincula sus premisas a su conclusión —aunque no consista en una relación de consecuencia lógica—, se atiene a criterios metodológicos de adecuación inferencial, se trata de un argumento materialmente correcto.^[37]

Asimismo, es un argumento sólidamente correcto, si además, formal y materialmente, sus premisas saben verdaderas o están suficientemente acreditadas.^[38]

3. CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA

Desde esta perspectiva la argumentación se ve como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos; y aquí lo importante es cómo se puede persuadir a un auditorio, pues de ello depende el éxito de la argumentación; se pueden distinguir dos enfoques: el de la retórica y el de la dialéctica.

Esta concepción contempla a la argumentación como una actividad dirigida a lograr la persuasión de un auditorio o a interactuar con otros para llegar a un acuerdo al respecto, a un problema teórico o práctico, el éxito de la argumentación depende que se logre la persuasión o se llegue a un acuerdo, por lo tanto está conectado con la aceptación y el consenso. Es de la que se valen o la que utilizan los abogados para persuadir y convencer al juez de los argumentos que sostienen sus pretensiones. A ella pertenecen autores como: PERELMAN, TOULMIN, VAN EEMEREN.^[39]

A) ENFOQUE RETÓRICO

Se centra en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación asume un papel básicamente estático.^[40] Ésta es la concepción que tiene lugar en la argumentación de los abogados que tratan de persuadir al juez de que las pretensiones de su cliente son fundadas, también el juez al momento de motivar la sentencia debe convencer a las partes con razones que justifiquen el sentido de su fallo.

Desde este enfoque se utilizan como puntos de partida, los *topoi* (lugares comunes como los valores, principios) en el discurso para lograr la aceptabilidad de la contraparte o de los jueces,^[41] por lo tanto es importante la manera como se compone un discurso (*inventio*), las partes que lo integran (*dispositio*) y la forma de ejecutarlo (*elocutio*).

Una buena argumentación retórica se caracteriza porque:

- 1) Está compuesta y dispuesta de modo eficiente para sus propósitos, ya sea para la estrategia del fiscal o de la defensa.
- 2) Se mueve en el plano adecuado y es una intervención oportuna.
- 3) Trata cuestiones de valor o interés y no carece de calidad argumentativa, tanto el abogado como el juez tienen la disposición debida, activa y receptiva.
- 4) El abogado transmite la impresión de ser una persona sensata y

prudente, honesta y fiable, franca y animosa, de modo que no sólo acredita su discurso con su autoridad sino que mueve a los jueces a identificarse con él y asumir como propias sus convicciones y propuestas.^[42]

B) ENFOQUE DIALÉCTICO

En esta concepción la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico: entre ellos hay una interacción constante.^[43] Este ámbito de argumentación se presenta en los juicios orales en donde abogado y fiscal interactúan de manera dialéctica sobre la hipótesis que cada uno sostiene en la idea de convencer con sus argumentos al juez.

La racionalidad depende de que el procedimiento cumpla con ciertas reglas formales, materiales y de aceptabilidad. Este enfoque se utiliza por ejemplo en el debate judicial en el que las partes, con base en el principio de contradicción, enfrentan sus posturas en un proceso dialógico, respetando las reglas del procedimiento; y así, por ejemplo, después de que el abogado presenta su alegato de clausura, su contraparte tiene derecho a la réplica que deberá versar sobre el contenido del alegato inicial.

A este enfoque pertenece la teoría pragma-dialéctica. El enfoque pragmático se refiere a la forma del lenguaje para una discusión crítica como actos del habla que cumplen una función para la resolución de una disputa, de acuerdo a reglas de comunicación; el enfoque dialéctico se refiere a el intercambio crítico de opiniones para someter un punto de vista a una prueba crítica.^[44]

IX. EFECTOS DE SENTIDO DE LA ARGUMENTACIÓN

1. LA PERSUASIÓN

Es importante distinguir en la argumentación el discurso que se dirige a persuadir del discurso que se dirige a convencer y demostrar, y así el discurso persuasivo es influenciado por el sentimentalismo o la emotividad.

En la persuasión se produce una sugestión a una persona por estrategias poco racionales como el chantaje sentimental, la orden superior, la efusividad del discurso político, un texto publicitario o un anuncio de televisión.

Se toma la decisión en función de aspectos subjetivos como el amor, el temor, la belleza, la indignación, la compasión o un estereotipo.^[45]

En un juicio oral son más efectivos los argumentos emocionales que combinan imágenes visuales (icónicas) con expresiones lingüísticas (verbales), por ejemplo para presentar la teoría del caso.

El abogado defensor o el fiscal debe combinar lo racional (convencer) con lo irracional (persuadir), buscando convencer al juez que su teoría del caso es razonable y proporcionarle una excusa legal para sus peticiones.^[46]

Tanto el ministerio público como el defensor deben considerar utilizar argumentos emocionales, que persuadan (pero sin exagerar ni abusar de ellos) en sus alegatos de apertura y de clausura en la etapa de juicio oral, pues de lo contrario se perdería de la oportunidad de tratar de hacer que el juez se adhiera a su teoría del caso.

2. EL CONVENCIMIENTO

Cuando las partes tratan de convencer al juez se dirigen al intelecto, al juicio, al conocimiento o sentido común para aceptar la validez de ciertas aseveraciones.

El discurso convincente requiere que los abogados apelen a la razón por medio de argumentos racionales fundados en derecho y en hechos que expuestos con claridad y precisión en sus alegatos.

Este efecto de la argumentación, más racional, se da con mayor exigencia en el discurso de los jueces que no pueden utilizar argumentos emotivos y sí en cambio los que se apoyan en la lógica, en el derecho y en datos objetivos que den sustento a sus decisiones (pero ello no significa que en su interior se encuentre persuadidos por medio de razones de tipo emocional y sentimental).

Los argumentos racionales dirigidos al convencimiento pueden ser contrargumentados, produciendo así un debate o discusión, que es la esencia del sistema penal adversarial.

Lo racional no siempre conduce a la verdad o al convencimiento, pues hay personas que pueden estar convencidas pero no persuadidas, es decir que aunque conocen la razón se dejan llevar por la pasión o el deseo; por ejemplo, el fumador que aunque sabe que fumar le produce daño, puede más su deseo y sigue fumando.

3. LA DEMOSTRACIÓN

Demostrar es probar una posición o juicio prácticamente irrefutable, es el ideal regulativo al que se aspira cuando se dice que el juez debe llegar a la verdad en el caso concreto; sin embargo, esto difícilmente se logra y sólo se puede aspirar a verdades probables o relativas.

Requiere de una vasta cultura o dominio de alguna área disciplinaria, así como una gran capacidad para construir textos lógicos y coherentes, con manejo inteligente de recursos argumentativos.^[47]

En el derecho, y más específico, en los juicios orales, es difícil que las partes por medio de sus abogados lleguen a demostrar con certeza irrefutable sus afirmaciones, y más aún porque el derecho al no ser una ciencia exacta se mueve en el terreno de lo razonable, de lo discutible, de lo opinable y, por lo tanto, lo refutable.

X. LOS ROLES ARGUMENTATIVOS

1. EL PROPONENTE

Es el que sostiene una postura, da razones para sostenerla, puede ser la parte actora en el juicio oral mercantil que sostiene una pretensión frente al demandado, quien también se puede convertir en el proponente cuando ejercita una acción reconvenzional y por lo tanto tendrá también la carga de la argumentación.

2. EL Oponente

Es el que rechaza y refuta la postura, ofrece argumentos para contradecir, es la defensa o la parte demandada; se dice que la postura del oponente desde el punto de vista argumentativo es mucho más fácil pues le bastará solo refutar un punto esencial para hacer caer la acción promovida, esto es, el discurso disidente solo tiene que buscar alguna falta, digresión o contradicción del adversario con valor suficiente para desmontar la pretensión propuesta.^[48]

3. EL TERCERO

No acepta ni rechaza la postura, se mantiene en un estado de incertidumbre y duda, debe justificar sus reservas y sus buenas razones para dudar, mantiene la duda abierta a fin de pronunciarse con conocimiento de causa, es el juez o tribunal, que ante las propuestas de las partes se sitúa en una postura intermedia, dudando y cuestionando los planteamientos para dejarse convencer por la postura mejor argumentada.^[49]

A) DUDA ARGUMENTATIVA

Es un estado reactivo de un interlocutor que se niega a ratificar un turno de habla, lo que obliga al interlocutor argumentar, es decir justificar. La duda no puede permanecer gratuita, el oponente debe justificar sus reservas, desarrollando sus buenas razones para dudar por medio de: aportar argumentos orientados hacia otro punto de vista, y refutar las buenas razones dadas al apoyo de la proposición original.

Al dudar ciertos participantes no se alinean ni detrás de uno ni otro discurso, ellos se encuentran en la posición de un tercero que se encuentra en un estado de incertidumbre al no adoptar una postura y transforman así la oposición en una pregunta, que deberá ser superada por el proponente y oponente y así salir de la zona de duda.^[50]

La situación de duda es muy importante para el derecho, pues por ejemplo en materia penal el fiscal debe superar el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, esto es para obtener una sentencia condenatoria para el acusado debe superar todas las dudas que pueda tener el tribunal sobre su culpabilidad; pero también para el abogado defensor puede utilizar la duda como estrategia de defensa y sembrar duda entre el tribunal pero tiene la carga de argumentar las razones para dudar y de esa manera intercambia los roles.

Según TARUFFO el lema del juez debe ser “duda siempre de lo que pienses”. Sin la duda no vamos a ninguna parte. Duda siempre, nada de lo que tienes en la cabeza es cierto por definición, debe ser convencimiento averiguado, verificado.^[51]

XI. POLEMIZAR Y ARGUMENTAR

Si por polemizar entendemos suscitar un conflicto acerca de un tema y discutirlo a favor y en contra, entonces aquí hay un campo fértil para la

argumentación; por lo tanto, en este ámbito se destaca la importancia de la concepción dialéctica de la argumentación jurídica,^[52] porque sería el lugar natural de la discusión razonable en torno a cualquier cuestión abierta como sería una polémica, y en ese caso lo importante son los procedimientos argumentativos, así como también las normas sobre el debate que rigen el ejercicio de los papeles de defensor y oponente.

Es en una polémica en donde la argumentación es de suma importancia porque no se puede convencer con una simple discusión acalorada sin ningún orden, sino por el contrario, quien problematiza una cuestión debe estructurar formal y correctamente sus argumentos no sólo para ganar a su oponente sino también para influir en él y convencerlo; por lo tanto, el oponente y el proponente deberán incluir además argumentos retóricos para lograr la persuasión.

1. ELEMENTOS DE UNA POLÉMICA

a) Para que se pueda dar una polémica necesita dos o más personas para poder discutir sus puntos de vista y lograr convencer de sus pretensiones.

b) Se necesita además que tengan puntos de vista opuestos sobre los que puedan desplegar sus argumentos que den soporte a sus tesis o pretensiones.

2. CLASES DE POLÉMICA

La *discusión* tiene por objeto un problema sobre un error relacionado con un concepto o procedimiento bien definido, y busca el efecto en el interlocutor de alcanzar la solución, teniendo como fines el establecimiento de la verdad.

La *disputa* tiene por objeto un desacuerdo basado en diferencias de actitudes sentimientos y preferencias, el efecto es que sea disuelta y tiene como finalidad el triunfo de la tesis propia sobre la del adversario.

La *controversia* comienza con un problema pero se extiende a otros problemas revelando profundas divergencias y busca convencer al adversario o a la audiencia.^[53]

NOTAS

- [1] WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, 7a. ed., trad. Malem Seña, Jorge, Editorial Ariel, Barcelona, 2002, p. 13.
- [2] PLANTIN, Christian, *La argumentación*, trad. Amparo TUSÓN VALLS 3a. ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2002, p. 39.
- [3] Citado por ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, 3a. reimp. UNAM, México, 2007, p. 83.
- [4] ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001, p. 254.
- [5] CASTILLO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel, y ZAVALA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento judicial, interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara Editores, Perú, 2006, p. 233.
- [6] HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa I*, trad. Jiménez Redondo, Manuel, Editorial Taurus, México, 2002, p. 52.
- [7] FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina, ALCAIDE LARA, Esperanza, *La argumentación lingüística y sus medios de expresión*, Arco-Libros, Madrid, 2007, p. 9.
- [8] EEMEREN VAN, Frans H., GROOTENDORST, Rob y SNOECK HENKEMANS, Francisca, *Argumentación, análisis, evaluación, presentación*, trad. Roberto Marafioti, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006, p. 17.
- [9] FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina, ALCAIDE LARA, Esperanza, *op. cit.*, p. 25.
- [10] CASTILLO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel, y ZAVALA RODRÍGUEZ, Roger, *op. cit.*, p. 283.
- [11] RANGEL HINOJOSA, Mónica, *El debate y la argumentación, teoría, técnicas y estrategias*, 2a. reimp., Editorial Trillas, México, 2003, p. 10.
- [12] ANDRUET, Armando S., *Teoría general de la argumentación forense*, Alveroni Ediciones, Argentina, 2003, p. 106.
- [13] ANDRUET, Armando S., *op. cit.*, p. 106.
- [14] PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho, argumentación jurisdiccional*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 25.
- [15] ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 73.
- [16] ILIE, Cornelia, "Rasgos histriónicos y agonísticos del discurso parlamentario", en MARAFIOTI, Roberto (editor), *Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 129.
- [17] LO CASCIO, Vincenzo, *Gramática de la argumentación*, Trad. Casacuberta, David, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 47.
- [18] VEGA REÑÓN, Luis, *Si de argumentar se trata*, Editorial Montesinos, España, 2003, p. 238.
- [19] CASTILLO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel, y ZAVALA RODRÍGUEZ, Roger, *op. cit.*, p. 236.
- [20] ANDRUET, Armando S., *op. cit.*, p. 108.
- [21] LO CASCIO, Vincenzo, *op. cit.*, p. 55.
- [22] OTERO PARGA, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 116.
- [23] AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Garzón Valdés, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 57.
- [24] ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia, una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 31.
- [25] ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, *op. cit.*, p. 254.
- [26] OTERO PARGA, Milagros, *op. cit.*, p. 115.
- [27] ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, *op. cit.*, p. 254.
- [28] OTERO PARGA, Milagros, *op. cit.*, p. 112.
- [29] *Ibidem*, p. 112.
- [30] ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia...*, *op. cit.*, p. 31.
- [31] VEGA REÑÓN, Luis, *op. cit.*

- [32] ATIENZA, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación...*, Editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004, pp. 16-17.
- [33] ATIENZA, Manuel, AGUILÓ REGLA, Josep., RUIZ MANERO, Juan, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, p. 136.
- [34] VEGA REÑÓN, Luis, *op. cit.*, p. 10.
- [35] FETERIS, Eveline, *Fundamentos de la argumentación jurídica, Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, trad. Alberto Supelano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 38.
- [36] *Ibidem*, p. 19.
- [37] VEGA REÑÓN, Luis, *op. cit.*, p. 10.
- [38] *Ibidem*.
- [39] ATIENZA, Manuel, AGUILÓ REGLA, Josep, RUIZ MANERO, Juan, *op. cit.*, p. 136.
- [40] ATIENZA, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación... op. cit.*, p. 21.
- [41] FETERIS, Eveline, *op. cit.*, p. 39.
- [42] VEGA REÑÓN, Luis, *op. cit.*, p. 11.
- [43] *Ibidem*, p. 21.
- [44] FETERIS, Eveline, *op. cit.*, p. 44.
- [45] GRACIDA JUÁREZ, Ysabel, GALINDO HERNÁNDEZ, Austra Bertha, MARTÍNEZ MONTES, Guadalupe Teodora (coordinadoras), *La argumentación, acto de persuasión, convencimiento o demostración*, 5a. reimp., Edere, México, 2008.
- [46] MARTÍNEZ SELVA, José María, *Manual de comunicación persuasiva para juristas*, 2a. ed., Editorial La Ley, Madrid, 2008.
- [47] GRACIDA JUAREZ, Ysabel, *op. cit.*, 1er. capítulo, 2008.
- [48] FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, María José, *Estrategia de litigación eficaz, táctica, Argumentación y Oratoria para Juicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 133.
- [49] PLANTIN, Christian, *La argumentacion, historias, teorías, perspectivas*, Editorial Biblos, Argentina, 2012, p. 65.
- [50] PLANTIN, Christian, *op. cit.*
- [51] TARUFFO, Michele, *Proceso y decisión, lecciones mexicanas de derecho procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- [52] ATIENZA, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación... op. cit.*, p. 21.
- [53] DASCAL, Marcelo, "Tipos de polémicas y tipos de movimientos polémicos", en Marafioti, Roberto (editor), *Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 77.

CAPÍTULO SEGUNDO

TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN

SUMARIO: I. Definición de técnicas de argumentación, II. Objeto de las técnicas de argumentación, III. El argumento, IV. Clasificación de argumentos, V. Modelos de argumentos, VI. La estructura de los argumentos, VII. Esquemas argumentativos, VIII. Análisis y evaluación de argumentos, IX. Refutación de la argumentación, X. El debate argumentativo, XI. Vicios de la argumentación, XII. La argumentación oral.

I. DEFINICIÓN DE TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN

Cuando nos referimos a las distintas técnicas argumentativas, decimos con ello que son las distintas operaciones racionales argumentales, proyectadas por el orador a través del lenguaje, dirigidas a un auditorio, que pretenden a partir de la demostración de la firmeza de sus proposiciones y conclusiones, persuadir al mismo para llevarlos a la acción.^[1]

II. OBJETO DE LAS TÉCNICAS DE ARGUMENTACIÓN

Dentro de la argumentación jurídica en general se distingue una parte que se ocupa de la aplicación del derecho, otra que se dedica al estudio de las teorías de la argumentación jurídica que se refieren al aspecto conceptual (para clarificar los conceptos empleados en la argumentación), al aspecto descriptivo (que se encarga de describir cómo es el razonamiento que emplean los jueces para justificar sus decisiones), al aspecto prescriptivo (para indicar cómo deberían de argumentar las autoridades al momento de motivar las resoluciones judiciales y administrativas); pero también es importante la práctica de la argumentación en las diferentes instancias como son legislativas, judiciales, administrativas, forenses, docentes, para saber cómo elaborar buenos y mejores argumentos que permitan un mejor ejercicio de la argumentación práctica.

Las técnicas de argumentación se ocupan de:

§Cuál es la estructura de los argumentos.

- § De qué elementos se componen los argumentos.
- § Qué funciones cumplen los elementos.
- § Cómo se relacionan y qué fuerza tienen los argumentos para apoyar una pretensión.
- § Cómo elaborar correctamente un argumento desde el punto de vista formal e informal.
- §Cuál es la fuerza de los argumentos.^[2]

- § Cómo analizar y evaluar si es un buen argumento en términos de aceptabilidad.
- § Cómo controlar las inferencias, es decir, el paso de las premisas a la conclusión.
- § Cómo escoger y formular las premisas que componen un argumento.

III. EL ARGUMENTO

1. DEFINICIÓN

Para GIANFORMAGIO, el argumento es un periodo compuesto por varias proposiciones ligadas por vínculos de subordinación, y también eventualmente de coordinación, de tal manera que una de ellas se suponga inferida de otras y que se aduzcan como garantía de su aceptabilidad.^[3]

Para FALCÓN Y ROJAS, el argumento es la expresión de nuestro razonamiento que pretende convencer a otras personas en confrontación con razones opuestas.^[4]

2. ELEMENTOS

Un argumento informal se compone de:

A) TESIS

Es una aseveración o aserción que un sujeto pretende demostrar; o también es toda actividad argumentativa. Siempre debe haber algo de lo que se parte o lo que se quiere demostrar que es la tesis, la hipótesis o la teoría con la que se quiere llegar a convencer a quién va dirigida la argumentación.

B) DEMOSTRACIÓN

Son los datos o hechos en que se fundamenta la tesis; también la demostración es un medio de prueba que se utiliza para establecer la verdad en las ciencias exactas,^[5] y en la argumentación permite probar la verdad de las proposiciones y se lleva a cabo mediante fundamentación y refutación.

1) *Fundamentación*

Tiene por objeto demostrar nuestra propia tesis por medio de premisas fácticas basadas en pruebas irrefutables, como son los hechos del caso y máximas de la experiencia, estadísticas, datos o premisas jurídicas que vienen a respaldar nuestras afirmaciones, y pueden ser disposiciones, principios jurídicos o doctrinales usos y costumbres.

2) *Refutación*

Tiene la finalidad de atacar y destruir la tesis del adversario. En un juicio pueden consistir los argumentos de la contraparte o los razonamientos del juez en la sentencia. En un debate legislativo radica en la exposición de motivos de una ley por un partido de la oposición; y se puede dirigir a la tesis, a la persona, a las pruebas o a la argumentación.

C) CONCLUSIÓN

Es la idea final que se presenta como la única posible después de la demostración.

Un argumento formal o lógico se compone de:

a) *Premisas*: son cada una de las dos primeras proposiciones del silogismo, de donde se infiere y saca la conclusión.

b) *Inferencia*: es el proceso por el cual se llega a una proposición y se afirma sobre la base de una o más proposiciones aceptadas como punto inicial del proceso.^[6]

También se define como el proceso mediante el cual se pasa de una premisa como antecedente a otra premisa como consecuente.

Clases de inferencia:

§ En cascada, es cuando la conclusión que se obtiene de las premisas, permite a su vez la existencia de una consecuencia accesoria nacida de la primera.

§ En *paralelo*, cuando las premisas, por sí mismas pueden causar la

existencia de dos o más consecuencias, todas ellas del mismo nivel, las que a su vez pueden ser empleadas en etapas posteriores de la inferencia.

§ *Dual*, es cuando en una resolución proponen varias consecuencias en un mismo cuerpo resolutivo, unas derivadas y por tanto en secuencia y otras complementarias, es decir, en paralelo.^[7]

c) *Conclusión*: es la consecuencia que se extrae de las premisas una vez que se ha realizado la inferencia, de tal forma que surge de manera natural y tiene que ser atingente a las premisas, pues no se puede concluir algo de lo que no se ha mencionado ya en las proposiciones.

Para Manuel ATIENZA un argumento se compone de los siguientes elementos:

- a) Aquello de lo que se parte, las premisas;
- b) Aquello a lo que se llega, la conclusión, y
- c) Los criterios que controlan el paso de las premisas a la conclusión, esto es, la inferencia.^[8]

3. FASES DEL DIÁLOGO ARGUMENTATIVO

La argumentación puede verse como un diálogo entre un proponente y un oponente, en el que ambos se ven involucrados en una discusión mediante la cual expresan sus diferentes opiniones, y así tenemos:

Según PLANTIN el diálogo argumentativo consta de los siguientes estadios:

§ Primer estadio: una *proposición*, por ejemplo alguien realiza la siguiente afirmación: *Este año habrá pocas manzanas.*

§ Segundo estadio: una *oposición*, el interlocutor o oponente formula una contraafirmación: *Yo creo que habrá muchas.*

§ Tercer estadio: un *problema*, que es una pregunta derivada de las opiniones contrarias: *¿Habrá pocas manzanas este año?*

§ Cuarto estadio: los *argumentos*, son hechos o datos que dan soporte a la afirmación, en este punto el proponente aporta datos o hechos para su pretensión: *Hubo plaga.*

§ Quinto estadio: *Ley de paso*, es el puente que une el paso de las premisas a la conclusión, expresa una verdad admitida en una

comunidad del habla:^[9] *Las plagas afectan la cosecha de manzanas.*

§ Sexto estadio: *Respaldo*, puede suceder que todavía el oponente exija que de un respaldo a la ley de paso, por lo que el proponente deberá enunciar un principio o una norma, o datos estadísticos que la soporten: *En otros años cuando ha habido plagas hay pocas manzanas.*

4. REGLAS PARA ELABORAR UN ARGUMENTO

Para Anthony WESTON un argumento se compone de acuerdo a las siguientes reglas:

a) *Distinguir entre premisas y conclusiones*, las premisas son las afirmaciones a favor de las cuales se ofrecen las razones; la conclusión es la afirmación a favor de la cual se dan las razones, es decir, las premisas inician el argumento, la conclusión lo cierra.

b) *Presentar las ideas en orden natural*, poner primero la conclusión seguida de las razones o exponer primero las premisas y extraer la conclusión al final, pero no mezclar los elementos.

c) *Partir de premisas fiables*, porque si se parte de premisas débiles o poco plausibles la conclusión correrá la misma suerte, por ello, las premisas deben de justificarse con premisas aceptadas y reconocidas por el auditorio a quien se dirige el argumento.

d) *Usar un lenguaje completo específico y definitivo*, escribir concretamente y evitar términos generales, vagos y abstractos.

e) *Evitar lenguaje emotivo*, cuya única función sea influir en las emociones del auditorio ya sea a favor o en contra de las opiniones que está discutiendo.

f) *Usar términos consistentes*, y sólo un conjunto de términos para cada idea, pues son importantes cuando el propio argumento depende de las conexiones entre las premisas, de tal manera que el argumento sea más fácil de leer y entender.

g) *Usar un único significado para cada término*, esto para evitar la falacia de la ambigüedad en la que un argumento puede ser plausible a primera vista pero opera en dos sentidos diferentes por igual; para evitarlo se debe definir el término que se esté usando y luego utilizarlo sólo como se ha definido.^[10]

5. CONECTORES DE ARGUMENTOS

A) DEFINICIÓN

Se conoce como conectores de argumentos o marcadores de discurso a las unidades lingüísticas que tienen como fin guiar, de acuerdo con las distintas propiedades morfosintácticas, semánticas y pragmáticas, las inferencias que se realizan en la comunicación.^[12]

Para PLANTIN, un conector es una palabra de relación y de orientación que articula las informaciones y las argumentaciones de un texto.^[12]

B) FUNCIONES DE LOS CONECTORES

Los conectores tienen básicamente tres funciones; como primera nos permiten construir argumentos o estructuras argumentativas, para lo cual sirven de enlace entre las partes de un argumento o para conectar varios argumentos; como segunda función, al momento de analizar y evaluar la argumentación contenida en la motivación de una sentencia, por parte del juzgador, o en cualquier otro texto argumentativo, como un escrito de alegatos o agravios de las partes, nos ayudan a identificar los argumentos, las premisas y las conclusiones, los contraargumentos o las estructuras argumentativas.

Los conectores tienen como tercera función señalar de manera explícita con qué sentido van encadenándose los diferentes fragmentos oracionales del texto, para ayudar al lector, guiándole en el proceso de interpretación.^[13] En la argumentación, también llamados marcas de razonamiento, son de gran importancia porque nos permiten evidenciar e indicar cómo se conectan los argumentos de un texto, o también para señalar contraargumentos, o para finalizar y concluir un texto argumentativo.

C) CLASES

Los conectores lógicos también utilizados como marcas de argumentos nos sirven para unir textos argumentativos, para separar las partes de un argumento, también nos avisan cuando introducimos un contraargumento, para indicar si es un argumento fuerte o débil, de igual manera señalan cuando incluimos un argumento explicativo o rectificativo, para evidenciar un tipo de argumento o para reforzar un argumento.

Los conectores se clasifican en:

1) Conectores contraargumentativos fuertes

Estos conectores nos indican que se va a introducir un contraargumento y que implica que ha de reconsiderarse la información anterior, puesto que lo que se contraargumenta tras el conector presenta una información inesperada que se desvía de la línea argumentativa previa y que conduce a una conclusión diferente de la que se esperaría a partir del primer argumento.^[14] Se utilizan por ejemplo los siguientes: *sin embargo, no obstante, empero, con todo, ahora bien, ahora, pero, aun así, en cambio, por el contrario.*^[15]

2) Conectores contraargumentativos débiles

También puede haber marcadores contraargumentativos que introducen argumentos débiles como: *si bien.*^[16]

Estas marcas de razonamiento introducen una ligera oposición que no logra destruir el argumento que les antecede y de ahí su carácter débil, pero introduce un matiz para ulteriores consideraciones en el texto argumentativo; y se utilizan los siguientes: *aunque, si bien, a pesar de (que), pese a (que).*^[17]

3) Conectores consecutivos

Estos conectores indican la consecuencia que se sigue de un texto previo, y forman parte de una especie de demostración al presentar en el texto previo al conector una información que permitirá la conclusión explicitada en el enunciado introducido por una de esas unidades; en un argumento nos indica la conexión entre las premisas y la conclusión^[18] y nos indica que si se acepta el antecedente se acepta también el consecuente, por lo tanto, nos marca la conclusión que cierra el argumento. Algunos de estos conectores son: *pues, así pues, por ende, entonces.*^[19]

4) Conectores aditivos

Cuando queremos reforzar un argumento introduciendo otras premisas que le den mayor peso utilizamos conectores aditivos, que pueden ser de dos tipos: 1) *aditivos organizadores* de la información discursiva, que muestran al lector cuál es la estructura del discurso, por ejemplo: *así mismo, igualmente, del mismo modo, por otra parte, por otro lado, por su parte, a su vez;* y 2) *aditivos argumentativos* que introducen una premisa presentada como más

importante desde el punto de vista argumentativo, cuyas inferencias se suman a las facilitadas por la premisa anterior para la obtención de la conclusión global; y son: *además, encima, es más, incluso, inclusive, por añadidura,*^[20] *o también, y además, y así mismo, e igualmente.*^[21]

5) Conectores explicativos

En ocasiones cuando argumentamos en un texto es preciso explicar para proporcionar más información, de tal suerte que el argumento sea más convincente y utilizamos un conector explicativo para que le indique al lector que se van a proporcionar razones adicionales; éstos pueden ser: *esto es, es decir, de otro modo, o sea.*^[22]

6) Conectores rectificativos

Los conectores rectificativos tienen como función reformular una parte de un argumento formulado incorrectamente para corregirlo y mejorar la argumentación anterior, pues a partir de evaluar el argumento nos damos cuenta que presenta algún vicio y pretendemos fortalecerlo. Los conectores son: *mejor dicho, más bien.*^[23]

7) Marcador de apertura y cierre

Los conectores organizadores se clasifican en:

a) Marcadores de apertura, cuya función es inaugurar una serie en el discurso.^[24]

b) Marcadores de continuidad, cuya instrucción es indicar que la información que introducen forma parte de una numeración o serie de la cual no constituye la premisa inicial.^[25]

c) Marcadores de cierre, que señalan el fin de una serie discursiva.^[26]

Los marcadores de apertura nos indican que se abre o se inicia una serie o segmento del discurso y por lo tanto que comienza el argumento; se utilizan: *para empezar, en primer lugar, inicialmente, ante todo, de entrada, de inicio;*^[27] los marcadores de cierre señalan que la premisa que se introduce finaliza el argumento; y son: *finalmente, por lo demás, para terminar y para concluir.*^[28]

8) *Marcadores de evidencia*

Estos conectores remiten al discurso anterior o precedente, o a creencias o conocimientos que los interlocutores comparten, destacando lo evidente de los argumentos emitidos, al tiempo que introduce una segunda premisa, que de alguna manera confirma el fragmento anterior; y éstos son: *en efecto, efectivamente, lógicamente*.^[29]

9) *Operadores de refuerzo argumentativo*

Los operadores de refuerzo indican que se introduce un argumento de mayor fuerza, para mostrar y precisar el fondo de la cuestión que se está discutiendo; y son: *en realidad, en el fondo, de hecho*.^[30]

10) *Conectores reconsiderativos*

Son aquellos que introducen un argumento para romper con las polémicas, dan apoyo en una refutación; tienen valor concesivo y reconsiderativo; otorgan suficiencia y escala argumentativa, constituyen una aceptación restringida, y son por ejemplo: *después de todo, al fin y al cabo, de hecho*.^[31]

11) *Conectores concesivos*

Son las marcas de razonamiento que reconocen la validez del asunto y luego lo contraponen, lo restringen o lo destruyen; pueden reconsiderar e incluso incluir alternativas, por ejemplo: *de todos modos, en cualquier caso, en todo caso, diga lo que se diga, sin embargo, en definitiva, en resumen*.^[32]

12) *Conectores de atenuación argumentativa*

Estos conectores sirven para acercarse al oyente, para atenuar el contenido, para ser cortés y verse impositivo, por ejemplo: *de alguna manera, en cierto modo, en cierta manera, se puede decir*.^[33]

IV. CLASIFICACIÓN DE ARGUMENTOS

Los argumentos pueden ser de acuerdo a su:

1. NIVEL DE PROFUNDIDAD

- § *Apodícticos*, que versan sobre los preceptos jurídicos aplicables, la doctrina y la jurisprudencia.
- § *Dialécticos*, los cuales tratan acerca de todos los aspectos demostrables en la consideración del objeto materia de la *litis* y se integran por todos los esfuerzos probatorios de los hechos realizados por las partes.
- § *Retóricos*, son los que se proponen persuadir al receptor de la tesis que se sostiene.^[34]

2. MODO

- § *Lógico*, enfatiza el razonamiento silogístico o cuasi-lógico.
- § *Emocional*, se apoya sobre el uso o expresión de la emoción.
- § *Visceral*, considera la expresión física, el lenguaje del cuerpo, y los recursos no verbales.
- § *Kisceral*, considera el rol de la intuición, el sentimiento religioso, y el misticismo como apoyo para los argumentos.^[35]

3. UTILIDAD

- § *Probables*, son los argumentos aceptables en oposición a los aceptados y los que provienen de razonamientos inductivos y abductivos que a diferencia de los deductivos no ofrecen una conclusión probada sino demostrable.
- § *Concluyentes*, son los argumentos que nos llevan invariablemente a una sola postura irrefutable que se deriva de la verdad y aceptabilidad de las premisas.
- § *Demostrativos*, son los que versan sobre la veracidad de la tesis o proposición, y *probatorios* los que se refieren a la realidad de un hecho.^[36]
- § *Fuertes y débiles*, los primeros son los argumentos que tienen una mayor aceptabilidad, mientras que de los segundos sus conclusiones son discutibles pero pueden ser reforzadas.
- § *Persuasivos o retóricos*, para convencer al auditorio o al interlocutor a

quien se dirige.

§ *Argumento principal*, es el que sustenta esencialmente la tesis del tribunal sobre la cuestión planteada.^[37]

§ *Argumento derivado*, es el que se encuentra vinculado en forma directa con el argumento principal y, en consecuencia, debe exponerse inmediatamente después de éste.^[38]

§ *Argumento accesorio*, es el que se encuentra vinculado en forma indirecta con el principal.^[39]

§ *Argumento colateral*, es el que no tiene relación con el principal, pero que se considera conveniente exponer en la parte final de la exposición que se formula en relación con un planteamiento determinado.^[40]

§ *Argumentos racionales*, son los argumentos que se basan en verdades admitidas y aceptadas por la comunidad a la que van dirigidos.

§ *Argumentos de hecho*, son los argumentos que se basan en pruebas observadas.

V. MODELOS DE ARGUMENTOS

1. MODELO DE ARGUMENTACIÓN INFORMAL

Este modelo de argumentación se denomina informal porque, a diferencia del modelo formal que cumple con las reglas de la lógica deductiva, éste no las sigue de ahí su informalidad, pero por otro lado tiene la ventaja de permitir construir cada uno de los elementos de un argumento, y además la posibilidad de poder verificarlos para valorar si es un buen argumento.

De acuerdo a TOULMIN^[41] en un argumento se pueden distinguir los siguientes elementos:

a) *La pretensión*, es el punto de partida como el punto del destino de nuestro proceder en la argumentación.

b) *Las razones*, son los motivos a favor de su pretensión que sean relevantes y suficientes; son los hechos o datos específicos del caso.

c) *La garantía*, son los enunciados generales, son reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros; la distinción entre razones y garantía es la misma entre enunciados de hecho y normas.

La garantía también se denomina ley de paso y tiene la función de

transferir a la conclusión la aceptación que se le atribuye al argumento; este paso supone un salto, una diferencia de nivel entre el enunciado del argumento y el enunciado de la conclusión. La conclusión es menos segura que el argumento en la medida en que dice más que el argumento. La ley de paso aporta a la premisa el sentido argumentativo que no tenía antes: éste es un postulado fundamental de la argumentación discursiva. Expresa una verdad general atribuida a un enunciador colectivo: “se sabe que...”; es una convención admitida en su comunidad del habla, es un lugar común.^[42]

La garantía está constituida por máximas de la experiencia^[43] que pueden ser de carácter científico especializado, como las que aportan los peritos; de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez; de carácter privado (experiencias corrientes); esto es, derivadas de la experiencia del juez al margen del ejercicio de su profesión; por presunciones que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente; por definiciones o teorías también de origen doctrinal, legal, jurisprudencial.^[44]

d) *El respaldo*, puede expresarse en la forma de enunciados categóricos sobre hechos, muestra de qué manera se puede argumentar a partir de tales hechos, y pueden ser disposiciones normativas o tesis de jurisprudencia.

e) *Los cualificadores modales*, son los conectores que se usan para unir las premisas y determinan la fuerza y validez de la conclusión y se expresan con términos como: *presumiblemente, probablemente, pausiblemente, según parece*.

f) *Condiciones de refutación*, son ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos. Ejemplo: Juan celebró una compraventa (*razones*), los que celebran una compraventa tienen derecho a la entrega de la cosa (*garantía*) debido a que así lo establece el artículo 2164 del Código Civil (*respaldo*), por lo tanto, probablemente (*cualificadores modales*) Juan tiene derecho a la entrega de la cosa (*pretensión*), a menos de que incumpla el contrato (*condiciones de refutación*).

2. MODELO DE ARGUMENTACIÓN DEMOSTRATIVA

Este modelo de argumentación tiene como finalidad demostrar la tesis que se enuncia en un argumento y ha tenido gran aceptación en los tribunales federales en donde lo emplean para motivar las sentencias a partir de cinco

elementos como son:

a) *La proposición que debe de ser demostrada*, es la afirmación o pretensión que se sostiene en el argumento y se plantea de manera general, también se puede enunciar en tercera persona para señalar si se está de acuerdo o no con la tesis del adversario; en ocasiones se puede prescindir de ella para no ser repetitivos con el tercer elemento de este modelo.

Por ejemplo, este modelo se puede utilizar para la elaboración de los considerandos de una resolución de segunda instancia, y así mediante esta proposición señalaríamos: *los agravios son infundados e inoperantes*.

b) *El planteamiento de la cuestión (quaestio)*, es enunciar el problema que está sujeto a discusión entre los que argumentan; es el momento en el que se enuncia la tesis que sostiene el adversario.

Sería la síntesis de la cuestión planteada o su problematización; siguiendo con el ejemplo de la resolución puede ser un resumen de los planteamientos de el recurrente.^[45]

c) *La enunciación de la tesis que se va a sostener (thesis)*, es formular de manera específica y en particular la pretensión o afirmación que sobre el problema se va a demostrar, a diferencia del primer elemento que es más general aquí se toma una postura más particular.

En nuestro ejemplo sería el criterio del juzgador o tribunal que se va a sostener para resolver el problema jurídico.

d) *La proposición normativa de la que se partirá para demostrar la tesis (principium demonstrationis)*, son los principios, normas, leyes, criterios a partir de los cuales se ha de demostrar la afirmación, es como la premisa mayor de un silogismo del cual se infiere la conclusión.

Continuando con nuestro ejemplo, son las disposiciones jurídicas, las tesis, jurisprudencia, doctrina, tratados internacionales las que sirven de apoyo para fundamentar nuestra pretensión.

e) *La razón mediante la cual la tesis es inferida del fundamento de la demostración (demonstratio)*, son los hechos particulares (premisa menor) que son subsumidos en la premisa normativa, a partir de los cuales se llega a la conclusión.^[46]

Son los argumentos y razones de los que se vale quien argumenta para demostrar que las disposiciones jurídicas o respaldos que se invocan resultan aplicables para resolver el problema.

A) DEFINICIÓN DE DEMOSTRACIÓN

La demostración consiste en la manifestación de la verdad o en su caso de la falsedad, de una proposición abstracta, partiendo de otra proposición previamente admitida como verdadera y cierta, de manera que racionalmente resulte evidenciada la conformidad, o en su caso la contradicción de la segunda proposición con la primera.^[47]

B) ELEMENTOS DE LA DEMOSTRACIÓN

a) La proposición que debe ser demostrada, denominada tesis, la cual, si es de índole teórica, se llama teorema, y si es de carácter práctico, problema. La presentación de la tesis en su plenitud requiere, ante todo, el planteamiento de la cuestión (*quaestio*), sigue después el enunciado de la tesis (*thesis*) propiamente dicha, y por último el *status quaestionis*, o sea, el sentido en que la tesis debe ser tomada.

b) La proposición, partiendo de la cual la tesis debe ser demostrada, se denomina fundamento o principio de la demostración (*principium demonstrationis*), llamada así porque esta proposición es aquello de donde ha de inferirse la verdad de la tesis.

c) La *razón* mediante la cual la tesis es inferida del fundamento de la demostración.^[48]

Ejemplo de argumentación demostrativa:

- ◆ No le asiste razón al ministerio público (*proposición que debe ser demostrada*).
- ◆ Solicita el ministerio público que se debe vincular el proceso al imputado (*planteamiento de la cuestión*).
- ◆ Señala el artículo x que para que se vincule a proceso el imputado, se debe formular imputación (*fundamento o principio de la demostración*).
- ◆ En el presente caso no se ha formulado imputación (*razón mediante la cual la tesis es inferida del fundamento de la demostración*).
- ◆ Por lo tanto, no se vincula proceso al imputado (*tesis*).

3. MODELO DE ARGUMENTACIÓN FINALISTA

Manuel ATIENZA, siguiendo a ALEXY, propone este modelo de

argumentación al que le llama también argumentación medios-fines, que se utiliza cuando se aplican normas que contienen un fin determinado, y para ello:

Se parte de una norma (regla de fin).

Es un esquema de razonamiento práctico aristotélico, en el que la primer premisa que marca el objetivo a cumplir no es un deseo sino una norma.

Modalidades:

a) Incluye una premisa que establece una relación de condición necesaria entre el curso de la acción a emprender y el objetivo a alcanzar.

b) Contiene dos tipos de premisas:

§ La premisa normativa puede ser una regla de acción (orientada hacia el pasado), o una regla de fin (orientada hacia el futuro).

§ La premisa fáctica señala un hecho que ha ocurrido en el pasado, pero hay otra premisa que enuncia un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá (es un juicio contrafáctico).

Ejemplo del primer modelo:

- ◆ En las circunstancias X, es obligatorio procurar alcanzar F.
- ◆ Si no se realiza la acción M, no se alcanzará F.
- ◆ En este caso concreto se dan las circunstancias X.

Por lo tanto, es obligatorio realizar la acción M.

- ◆ En donde X representa las circunstancias del caso,
- ◆ F el objeto que se desea lograr y
- ◆ M la acción causalmente conectada con F.

Ejemplo:

- ◆ En caso de separación o divorcio, el juez debe conceder la custodia de los hijos menores de manera que se satisfaga en la mayor medida posible el interés del menor.
- ◆ Si no se concede la custodia a la madre, no se satisfará ese interés (no se logrará el objetivo).
- ◆ Éste es un caso de divorcio.
- ◆ Por lo tanto, el juez debe conceder la custodia a la madre.

Ejemplo del segundo modelo:

- ◆ En las circunstancias X, es obligatorio (o está justificado) procurar alcanzar F.
- ◆ Si se realiza la acción M, entonces se alcanzará F.
- ◆ M es preferible a otros cursos de acción (M1, M2... Mn) que también conducirían a F.
- ◆ Por lo tanto, es obligatorio (o está justificado) realizar la acción M.

Ejemplo:

- ◆ En caso de separación o divorcio, el juez debe conceder la custodia de los hijos menores de manera que se satisfaga en la mayor medida posible el interés del menor.
- ◆ Si se concede la custodia a la madre, se satisfará ese interés (se logrará el objetivo).
- ◆ Concederle la custodia a la madre es preferible que al padre, que también satisfaría el interés aunque en menor grado.
- ◆ Por lo tanto, el juez debe conceder la custodia a la madre.

4. MODELOS DE ARGUMENTACIÓN FORMAL

A) EL ARGUMENTO DEDUCTIVO (EL SILOGISMO)

1) Definición

Para ARISTÓTELES el silogismo es una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente una proposición diferente de las proposiciones admitidas, mediante el auxilio de estas mismas proposiciones.^[49]

2) Elementos del argumento deductivo (silogismo)

Debe tener tres proposiciones de las cuales dos son premisas y una conclusión:

- § Premisa mayor.
- § Premisa menor.

Tres términos:

- § *Mayor*, es el predicado de la conclusión.
- § *Menor*, es el sujeto de la conclusión.
- § *Medio*, aparece en las dos premisas pero no en la conclusión.^[50]

3) Reglas de los términos

- a) El silogismo consta de tres términos: mayor, menor y medio.
- b) El término medio jamás pasa a la conclusión.
- c) Ningún término debe tener mayor extensión en la conclusión sólo las premisas.
- d) El término medio debe ser, por lo menos una vez, universal.^[51]

4) Formas irregulares del silogismo

El silogismo no siempre tiene las formas tradicionales, premisa mayor, premisa menor y conclusión, sino que a veces es mejor realizarlo con figuras irregulares y que en ciertos casos presentan ventajas, frente a la forma tradicional; así tenemos:

a) Sorites

Es un silogismo con varias proposiciones (soros), en donde el predicado de la primera premisa sirve de sujeto a la segunda; el de la segunda sirve a la vez de sujeto a la tercera, y así sucesivamente hasta llegar a la conclusión, la cual está formada con el sujeto de la primera y el predicado de la última.^[52]

Para Jaime Mans es un polisilogismo abreviado en el cual se sobreentiende de la conclusión de cada uno de los silogismos que lo componen, con excepción del último.^[53]

Hay ocasiones en que un simple silogismo categórico no basta para extraer una determinada conclusión a partir de un grupo de premisas.

Este argumento no es un silogismo sino una cadena de silogismos categóricos, conectados por la conclusión del primero, que es una premisa del segundo. Esta cadena tiene solamente dos eslabones, pero los argumentos más extensos pueden consistir de un número mayor de eslabones. Puesto que una cadena no es más gruesa que su eslabón más débil, un argumento de este tipo es válido solamente si todos los silogismos que lo forman son válidos.^[54]

Este modelo lo puede emplear por ejemplo el juez en la valoración de las pruebas, en la que infiriendo de una prueba a la otra se llega a tener por demostrados los hechos.

Veamos el siguiente ejemplo:

- ◆ Toda educación es un producto social,
- ◆ Todo producto social responde a la ideología de la clase dominante,
- ◆ La ideología de la clase dominante es burguesa,
- ◆ Entonces, la educación es burguesa.

También el siguiente ejemplo:

- ◆ El robo es un delito.
- ◆ Los delitos son actos ilícitos.
- ◆ Los actos ilícitos son sancionados.
- ◆ Por lo tanto, el robo debe ser sancionado

b) Epiquerema

Es aquel silogismo compuesto en el cual una o ambas premisas van acompañadas de la correspondiente razón o explicación causal, es decir, aquel que en una o las dos premisas son silogismos contraídos.^[55]

También es un silogismo en el cual cada una de las premisas está acompañada de su prueba.^[56]

Partes en que se divide el epiquerema:

- i.* La proposición o premisa mayor que expone en pocas palabras el pensamiento sobre el cual se basa el argumento.
- ii.* La prueba de esta proposición, o las razones que la apoyan.
- iii.* La asunción o la premisa menor, la cual saca de la proposición lo que se debe demostrar.
- iv.* La prueba de la asunción, o la variedad de razones que la hacen creíble.
- v.* La conclusión que expresa la consecuencia que se extrae de todo argumento.^[57]

Este modo de razonamiento es de gran utilidad para el juez, que puede emplear al analizar cada una de las pruebas de las partes, ya sea para concederles o no valor probatorio.

Veamos el siguiente ejemplo:

- ◆ A la prueba testimonial no se le concede valor probatorio, porque los testigos no dieron razón de su dicho.

- ◆ A la prueba documental no se le concede valor probatorio, porque los documentos no fueron ratificados por el suscriptor.
- ◆ A la prueba pericial no se le concede valor probatorio, porque los dictámenes fueron objetados,
- ◆ Por lo tanto, el actor no demostró su acción.

c) *Entimema*

Para LÓPEZ DURÁN es un razonamiento que queda en el ánimo, es decir, un silogismo simplificado que omite una de las premisas o la conclusión, por considerarla sobrentendida u obvia.^[58]

Para Irving COPI se llama entimema al razonamiento silogístico que se formula de manera incompleta, es decir, se deja sobrentendida alguna de las dos premisas o la conclusión.^[59]

Por su parte para VEGA REÑON es un silogismo abreviado en el que se omite una de las premisas por ser evidente o darse por sobrentendida.^[60]

i) Características

§ Es una argumentación eficiente retóricamente, esto es, capaz de inducir creencias, disposiciones o acciones en aquellos a quienes se dirige sobre la base de ciertos supuestos cómplices o compartidos.

§ Descansa, más precisamente, en la garantía inferencial o en el respaldo proposicional de una máxima o un tópico tácitos por lo regular, pero pertenecientes a una especie de fondo común de conocimientos y experiencias compartidas por el agente discursivo (juez) y aquellos a quienes dirige su discurso (las partes).

§ La complicitad puede llegar hasta el punto de que estos destinatarios serán obligados a cubrir los huecos o implícitos de la argumentación en la línea del fondo común de conocimientos y experiencias envueltos en el discurso, y por consiguiente a determinar qué elementos hay que explicar, y cuáles no en el curso de la interacción discursiva.^[61]

ii) Rasgos distintivos

§ Consisten en inferencias temáticas que discurren con arreglo a esquemas argumentativos de carácter rebatible y se remiten a relaciones tópicas y alegaciones plausibles.

§ Envuelven componentes retóricamente eficientes y no declarados que no siempre están predeterminados o previstos, si no que pueden darse y

obrar de modo tácito o expreso al albur de los procesos argumentativos de interacción dialéctica y de inducción retórica.

§ Es un modelo muy útil para la argumentación oral en donde el discurso hablado se argumenta mediante premisas implícitas o razonamientos abreviados, cuyas premisas implícitas se desarrollan con la complicidad del auditorio, quien de acuerdo a su experiencia y lugares comunes compartidos se identificará con el discurso y por lo tanto aceptará el punto de vista sostenido.

Veamos el siguiente ejemplo:

- ◆ Todo hombre es mortal,
- ◆ Sócrates es mortal,
- ◆ El término medio se omite: “Sócrates es hombre”.

También este ejemplo:

- ◆ Juan vendió una cosa ajena,
- ◆ La venta de Juan es nula.

d) Polisilogismo

Es una cadena de silogismos, en la cual la conclusión de cada uno es a la vez la premisa del siguiente, hasta que se llega a un silogismo que cierra la cadena.^[62]

Por medio del polisilogismo, el juez va construyendo la cadena de inferencias hasta llegar a la conclusión en la sentencia.

Veamos el siguiente ejemplo:

- ◆ Todo astro iluminado por otro carece de luz propia,
- ◆ Los planetas carecen de luz propia,
- ◆ Venus es un planeta,
- ◆ Por lo tanto, Venus carece de luz propia.

También el siguiente ejemplo:

- ◆ En la acción contra la simulación se admite la prueba indirecta,
- ◆ En la especie el actor aportó pruebas indirectas,
- ◆ Por lo tanto, el actor demostró la acción contra la simulación,
- ◆ El actor demostró la acción contra la simulación con pruebas testimoniales,

- ◆ Por lo tanto, la prueba testimonial es una prueba indirecta apta para probar la acción contra la simulación.

e) Dilema

El dilema es una herramienta de la argumentación en la que se busca colocar al interlocutor en una posición en la cual se vea forzado a optar entre dos alternativas igualmente desagradables. Un dilema puede ser empleado para disfrazar una situación compleja bajo esa fórmula, escondiéndose con ello la existencia de otras alternativas que rompen con el dilema forma y al mismo tiempo presentan una situación que supera las consecuencias no deseadas por el supuesto dilema.^[63]

Veamos el siguiente ejemplo:

- Si dices lo que es justo, los hombres te odiarán,
- Si dices lo que es injusto, los dioses te odiarán,
- ◆ Pero debes decir lo justo o lo injusto; en ambos casos serás odiado.

También veamos el siguiente ejemplo:

- ◆ De acuerdo con el principio de conservación de los contratos se respeta al tercero de buena fe, pero se perjudica al dueño de la cosa,
- ◆ De acuerdo con el principio de destrucción de los contratos se respeta al dueño de la cosa, pero se perjudica al tercero de buena fe,
- ◆ De aplicarse cualquier principio alguien saldrá perjudicado.

B) EL ARGUMENTO ABDUCTIVO

1) Definición

La abducción es una especie de razonamiento que va de lo particular a lo particular,^[64] es decir, se razona hacia atrás, a diferencia de la deducción que es hacia adelante, la abducción toma hechos del presente para investigar hacia el pasado, esto es, de la conclusión pasa a analizar las premisas.

Cuando se conoce la regla y el resultado se puede inferir al caso por medio de una abducción, es decir, razonamos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla que suponemos correcta.^[65]

La fuerza de cada argumento está basada en sus rasgos intrínsecos; la

fuerza lógica de las reglas usadas y los pasos realizados en la argumentación (que incluyen *modus ponens*, *modus tollens* y abducción). La inferencia abductiva preferimos conceptualizarla como una forma de encontrar y/o respaldar premisas adicionales más que como un tipo adicional de inferencia.^[66]

2) Clases de abducción

a) Abducción por exceso

La abducción por exceso se caracteriza por escoger parte de la información del dato para introducirla en el argumento y operar derivando el antecedente del consecuente. Será abductivo por exceso aquel argumento que funcione con estas notas: a) partir de un dato; b) escoger parte de su información introduciéndola en un argumento; c) llegar a una conclusión derivando el antecedente del consecuente.^[67]

b) Abducción por insuficiencia

La abducción por insuficiencia se caracteriza por partir de una información incompleta, este argumento se inicia desde un dato que coincide en parte con el resultado de una regla y a partir de allí se llega a la conclusión probable.^[68]

3) Esquema

Este modelo de razonamiento se forma con tres premisas que son: a) resultado, que es lo que observamos, son los indicios que nos permiten mediante datos objetivos formular la abducción, b) la regla, que es la máxima de experiencia que nos indica que partiendo de ciertos datos se llega a una conclusión o a la mejor explicación; c) es el caso, que nos permite hacer la inferencia derivando del consecuente de los datos que como antecedente son utilizados para llegar a la explicación del caso concreto, y así por ejemplo:

- ◆ Observamos que un sujeto tiene en su poder objetos de los que no puede explicar su procedencia, no puede acreditar su propiedad y los objetos tienen reporte de robo. (*Resultado*).
- ◆ Si un sujeto tiene en su poder objetos de los que no puede explicar su procedencia, no puede acreditar su propiedad y los objetos tienen reporte de robo, entonces probablemente se los robó (*regla o máxima*

de la experiencia).

- ◆ Por lo tanto, si el sujeto tiene en su poder objetos de los que no puede explicar su procedencia, no puede acreditar su propiedad y los objetos tienen reporte de robo, entonces se los robó. (*Caso*).

A continuación veamos el siguiente ejemplo:

- ◆ *Caso*: La herida es vertical y con trayectoria de izquierda a derecha.
- ◆ *Regla*: Si la herida es vertical y con trayectoria de izquierda a derecha, entonces la herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental.
- ◆ *Resultado-conclusión*: La herida no se la pudo producir la propia víctima de forma voluntaria ni accidental.^[69]

C) EL ARGUMENTO INDUCTIVO

1) Definición

En sentido amplio se entiende como todo aquel tipo de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, si no que éste se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad.^[70]

2) Clases de argumento inductivo

a) Inducción generalizadora

En los argumentos inductivos se extrae una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión va más allá de las premisas.^[71]

Por ejemplo:

X, Y y Z son cuervos,
X, Y y Z son negros,

Todos los cuervos son negros.
Luis, Juan y Pedro son testigos,

Luis, Juan y Pedro mintieron,
Todos los testigos mienten.

b) Inducción probabilística

Es cuando el resultado o la conclusión no se sigue de las premisas de manera verdadera, sino de manera probable, ya sea mediante probabilidad inferencial o probabilidad causal.^[72]

Por ejemplo:

Si X es un cuervo, probablemente es negro,
X es un cuervo,

X es negro.

Si Juan es un testigo, probablemente miente,
Juan es testigo,

Juan miente.

3) Elementos del argumento inductivo

- a) Se compone de varias similitudes de los enunciados particulares;
- b) El enunciado del punto que se quiere admitir;
- c) La conclusión que confirma el punto que se hace admitir o muestra el hecho que se puede deducir.^[73]

D) EL ARGUMENTO ANALÓGICO

1) Definición

Es aquella operación realizada por los intérpretes del derecho (juristas y jueces) mediante la cual se atribuye a un caso, o a una materia que no encuentra una regulación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso o para una materia semejante.^[74]

Para nosotros es un razonamiento que se basa en una relación de

semejanza, en el que partiendo de un caso que no tiene solución aparente, lo resolvemos mediante la solución que presenta otro caso con el que guarda identidad en cuanto sus atributos que deben ser suficientes y relevantes.

2) Elementos del argumento analógico

a) Hay un *supuesto de hecho que no está regulado* por ninguna norma explícita y del cual no se establece consecuencia jurídica alguna, lo que significa el reconocimiento de una laguna normativa.

b) Hay una *norma que asigna a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica*.

c) Existe una *semejanza relevante y esencial* entre el supuesto de hecho no regulado y el supuesto de hecho regulado.

d) Ha de haber *identidad de razón* por la que se concluye en una “*máxima de decisión*” y se atribuye la consecuencia jurídica del supuesto de hecho regulado al supuesto de hecho no regulado.^[75]

3) Condiciones para que la analogía sea concluyente

a) La semejanza que existe entre S y Q debe descansar sobre un elemento común M que por sí sólo sirva de razón suficiente del ser P de Q.

b) La analogía de S con Q debe derivar igualmente del ser M de S.

c) En S no debe existir ningún elemento que impida que su ser M traiga consigo su ser P.^[76]

4) Esquema

El argumento por analogía se puede realizar partiendo del siguiente esquema:

- ◆ a, b, c, d tienen los atributos P y Q
- ◆ a, b, c tienen el atributo R
- ◆ Por lo tanto, d probablemente tiene el atributo R

En donde a, b, c, d son los casos que guardan identidad. P y Q son los atributos que permiten establecer la relación de semejanza entre a, b, c y d. R es el atributo que no contempla el caso que aparentemente no tiene solución, pero que sí lo contempla el caso similar, y que por medio de la inferencia se puede extender la solución. Enseguida veamos el siguiente ejemplo:

- ◆ La legítima defensa (a), el estado de necesidad (b) y la fuerza

irresistible (c) son excluyentes de la antijuridicidad (atributo P) y se basan en un interés preponderante (atributo Q)

- ◆ La legítima defensa y el estado de necesidad son causas que excluyen el delito (atributo R).
- ◆ Por lo tanto, la fuerza irresistible también es una causa que excluye el delito (atributo R).

E) EL ARGUMENTO CAUSAL

1) *Definición*

Es el razonamiento que sirve para explicar un fenómeno a partir de sus causas, por medio de un nexo lógico entre la acción y el resultado.

2) *Elementos*

a) Hecho antecedente (acción): Es el evento que se identifica como causa. Por ejemplo: Juan provocó el accidente

b) Hecho consecuencia (resultado): Es el evento que se identifica como efecto. Por ejemplo: Juan causó los daños

c) Nexos causales: Es el elemento que vincula los dos eventos y que permite distinguir cuál es la causa y cuál es el efecto. Se aplica una ley de cobertura que puede ser:

§ Conocimiento científico

§ Frecuencias estadísticas

§ Máximas de la experiencia y sentido común, por ejemplo: si una persona provoca un accidente entonces causa los daños a otra persona.

Ejemplo:

Juan difamó a Pedro públicamente (hecho antecedente).

Derivado de la difamación, Juan sufrió una afectación en su prestigio (hecho consecuencia).

- ◆ Si una persona difama a otra, entonces produce una afectación en su prestigio (nexo causal).

VI. LA ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA

1. FUNCIÓN DE LA ESTRUCTURA ARGUMENTATIVA

Analizar la estructura argumentativa de un tema es necesario para poder evaluar su argumentación^[77] y determinar si es correcta; de inicio podemos afirmar que la estructura de la mayoría de las sentencias es compleja, pero habrá que distinguir si es así porque su argumentación así lo requiere por las dificultades del caso y las múltiples inferencias que se tienen que hacer en los considerandos a fin de resolver cada una de las hipótesis, o si es compleja por su mala distribución de las premisas de los argumentos que dificultan su comprensión; por lo tanto vamos a ver a continuación cada una de las estructuras argumentativas.

2. CLASES DE ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS

A) ARGUMENTACIÓN SIMPLE O ÚNICA

Es un argumento que en su forma más explícita está constituido con dos premisas y una conclusión.^[78]

También se le llama estructura simple y son las que presenta el esquema argumento-conclusión o conclusión-argumento en la que el hablante parte de una afirmación, a la que se dota de gran fuerza, ya que pasa a justificarla, y no la muestra como una mera aserción, o parte de los datos particulares que la justifican y la conclusión se presenta de manera derivada “naturalmente” o “lógicamente” de los hechos previos.^[79]

B) ARGUMENTACIÓN COMPLEJA

Es el acto argumentativo formado por una opinión con más de un argumento.^[80]

Es en la que existe una estructura argumento-conclusión donde el argumento puede estar constituido a su vez por otro encadenamiento argumentativo del mismo tipo y así sucesivamente.^[81]

La argumentación compleja es la estructura argumentativa de la sentencia en la que en virtud de resolver diferentes cuestiones se tienen que esgrimir argumentos compuestos y coordinados de tal manera que sólo en su conjunto pueden apoyarse unos a otros y así sustentar mejor las líneas argumentativas que se desarrollan en la resolución; presenta las siguientes modalidades:

1) Argumentación múltiple

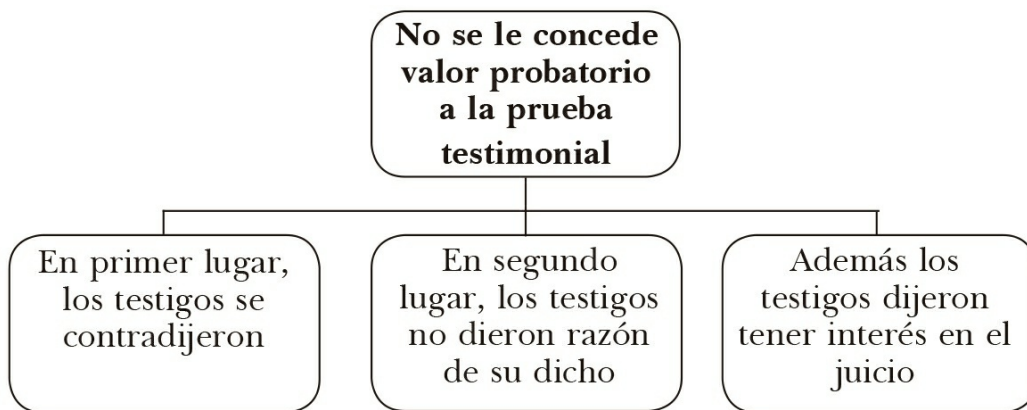
Son las que están formadas por una opinión y uno o más argumentos del mismo nivel y coordinados entre ellos, a veces de naturaleza diferente, a favor o en contra de la opinión sostenida.^[82]

Consiste en defensas alternativas del mismo punto de vista presentadas una después de otra, las cuales no dependen cada una entre sí para sostener un punto de vista y son de un peso equivalente.^[83]

Para ALEXY esta estructura se denomina aditiva y es cuando se justifica una proposición o una regla a través de distintos argumentos independientes entre sí.^[84]

Esta argumentación se reconoce cuando vemos los indicadores: *Aparte de, otra razón para esto es, en primer lugar, además, al lado de.*

Por ejemplo:

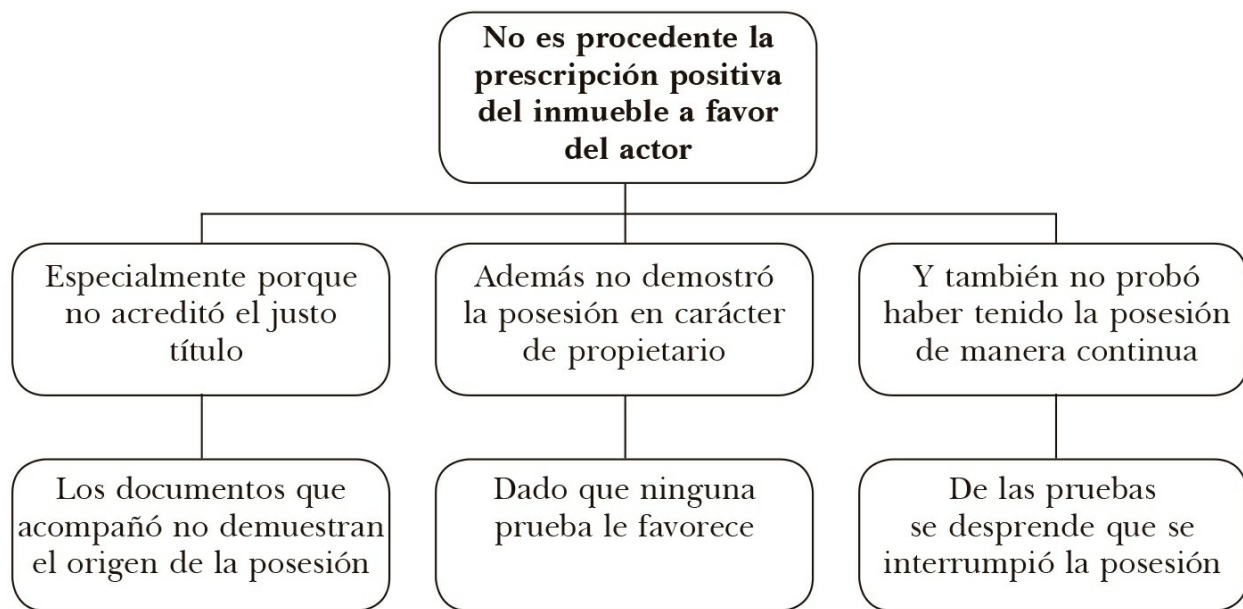


2) Argumentación coordinada

Es cuando se defiende un punto de vista que consiste en la combinación de argumentos que pueden ser tomados juntos para conformar una defensa concluyente; las partes componentes de la argumentación son dependientes de cada uno para la defensa del punto de vista.^[85]

Esta estructura argumentativa se identifica cuando vemos los conectores: *además el hecho que, por encima de eso, especialmente por qué, sino también, de manera más importante.*

Por ejemplo:



Para saber si una argumentación es coordinada o encadenada se puede usar la prueba de eliminación que señala que un argumento es encadenado si el tipo de apoyo que sus premisas ofrecen a su conclusión se debilitaría por la eliminación de al menos una de sus premisas.^[86]

3) Argumentación subordinada

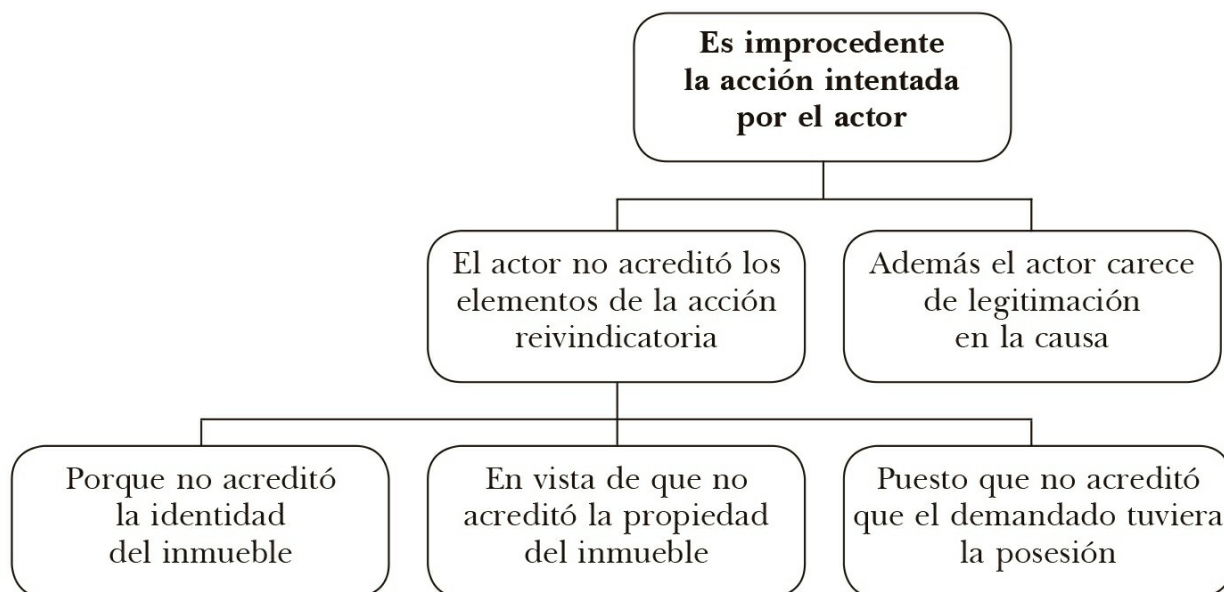
Cuando el argumento que soporta el punto de vista inicial no puede mantenerse por sí sólo, entonces es apoyado por otro argumento y si éste requiere otro sostén entonces se añade un nuevo argumento y así sucesivamente hasta que la defensa sea concluyente.^[87]

También llamada arracimada y que está formada por una opinión y una serie de argumentos que, a su vez, son afirmaciones resultantes de una argumentación subyacente; en cuanto tales argumentos, constituyen la opinión, forman una escala o árbol de varios niveles.^[88]

ALEXY a este tipo de estructura la denomina regresiva y se presenta cuando un argumento sirve como apoyo para el otro.^[89]

Se reconoce cuando vemos los conectores: *porque, por esa razón, por lo tanto, dado que, por eso es que, en vista de.*

Por ejemplo:



VII. ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS

1. DEFINICIÓN

Son los diseños o moldes de argumentos dentro de los cuales se combinan adecuadamente las premisas a fin de garantizar su paso a la conclusión.

Los esquemas argumentativos sirven como herramientas para evaluar la argumentación.

El vínculo entre el argumento y el punto de vista o conclusión es adecuado si la aceptabilidad de la premisa es transferida al punto de vista por medio del esquema argumentativo que se está usando.^[90] Esto es, el esquema argumentativo se usa para analizar y evaluar el argumento siempre y cuando el esquema sea apropiado para sostener la pretensión o conclusión.

2. CLASES DE ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS

A) ARGUMENTACIÓN BASADA EN UNA RELACIÓN SINTOMÁTICA

Cuando el rasgo mencionado en un argumento se presenta como típico de cierto grupo, como característica de cierta situación o como una calidad inherente de cierta personalidad, en todos estos casos se emplea un esquema argumentativo que se basa en una relación sintomática.^[91]

A fin de poder determinar si el argumento es el adecuado para este esquema se hace la pregunta crítica: ¿La cualidad que es mencionada en la premisa es realmente típica para lo que es mencionado en la conclusión? Si la pregunta es afirmativa entonces sí es el adecuado. Así, por ejemplo, este esquema se pudiera representar de la siguiente manera:

Y es una verdad de X,

Porque: Z es una verdad de X,
y: Z es sintomático de Y.

Un ejemplo de empleo erróneo de este esquema argumentativo es el siguiente:

Alicia no necesita la pensión alimenticia de su padre,
Porque ya obtuvo una carrera profesional,
Y al tener una carrera profesional no necesita la pensión alimenticia.

El error consiste en que la premisa: *porque ya obtuvo la carrera profesional*, no es síntoma, ni condición suficiente de que ya no necesite la pensión alimenticia, debido a que puede ser que aún necesite la pensión en virtud de que todavía no encuentra trabajo; en cambio veamos el siguiente ejemplo:

Alicia no necesita la pensión alimenticia de su padre,
Porque tiene trabajo y obtiene recursos propios,
Y al obtener recursos propios no necesita la pensión alimenticia.

En este caso la premisa sí es sintomática y se encuentra en una relación de concomitancia al no necesitar la pensión alimenticia por ya tener trabajo.

B) ARGUMENTACIÓN BASADA EN UNA RELACIÓN DE COMPARACIÓN

Si el caso o la circunstancia mencionada en el argumento se presenta como una analogía, como un modelo a ser imitado, se hace uso de un esquema argumentativo basado en la analogía, ya que sobre la base de esa semejanza la afirmación debería aceptarse.^[92]

También para determinar si el esquema argumentativo es adecuado para una argumentación basada en una relación de comparación o analogía, nos hacemos la pregunta crítica: ¿Hay suficientes semejanzas relevantes?

En la aplicación del derecho es común acudir a la analogía para resolver

problemas de interpretación e integración para el caso de las lagunas; esto es, cuando no hay una norma aplicable al caso concreto, pero es raro que se establezca adecuadamente la comparación o el círculo de semejanza a fin de determinar la aplicación del esquema argumentativo por analogía. Esta argumentación se puede representar así:

Y es verdad de X,

Porque: Y es verdad de Z,

y: Z es comparable a X.

Veamos un ejemplo mediante el cual se emplea erróneamente el esquema argumentativo que se basa en una relación de comparación:

- ◆ Si compro hoy un vehículo marca Ford color rojo, va a consumir diez kilómetros por cada litro de gasolina,
- ◆ Porque hace cinco años compré un vehículo marca Ford cuatro cilindros,
- ◆ Y los vehículos marca Ford color rojo consumen diez kilómetros por cada litro de gasolina.

El error consiste en que el color del vehículo no es una condición suficiente para el consumo de gasolina del vehículo.

Ahora veamos el empleo correcto de este esquema argumentativo:

- ◆ Si compro hoy un vehículo marca Ford cuatro cilindros va a consumir diez kilómetros por cada litro de gasolina,
- ◆ Porque hace cinco años compré un vehículo marca Ford cuatro cilindros,
- ◆ Y los vehículos marca Ford de cuatro cilindros consumen diez kilómetros por cada litro de gasolina.

Como se puede ver en este ejemplo el esquema argumentativo sí es adecuado porque la cilindrada y la marca sí son relevantes para el consumo de gasolina.

C) ARGUMENTACIÓN BASADA EN UNA RELACIÓN CAUSAL

Cuando el argumento presenta algo como causa del efecto que es mencionado en la afirmación o pretensión, como los medios destinados a una finalidad o como una acción con un cierto efecto, en todos estos casos se emplea un esquema argumentativo basado en una relación causal.^[93]

Para poder determinar si el esquema argumentativo está basado en una relación causal nos hacemos la siguiente pregunta crítica: ¿El evento que es presentado como causa realmente conduce al evento que es presentado como resultado?^[94]

Al igual que el anterior, este esquema se emplea en el derecho, por ejemplo, cuando se reclaman daños y perjuicios derivados de actos ilícitos.

El esquema se puede representar de la siguiente forma:

Y es una verdad de X,

Porque: Z es verdad de X,

y: Z conduce a Y.

Veamos el siguiente ejemplo empleando erróneamente este esquema argumentativo:

- ◆ Juan dejó de percibir ganancias diarias,
- ◆ Porque le chocaron su vehículo,
- ◆ Y al no tener su vehículo dejó de percibir ganancias diarias.

El error consiste en que el hecho de que le hayan chocado su vehículo no es causa para que deje de percibir ganancias diarias, porque puede dejar de percibirlas por muchas otras causas, en cambio veamos el ejemplo correcto:

- ◆ Juan dejó de percibir ganancias diarias cuando le chocaron su vehículo,
- ◆ Porque rentaba su vehículo,
- ◆ Y al no poder rentar su vehículo dejó de percibir ganancias diarias.

Como puede verse en este caso el chocar el vehículo sí es causa de obtener ganancias diarias porque rentaba su vehículo.

VIII. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE ARGUMENTOS

1. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN

Para comenzar analizar y posteriormente evaluar una argumentación se deben identificar las premisas que componen un argumento, generalmente inician con los conectores: *puesto que, ya que, como, en tanto, dado que, por cuanto*, etc.; posteriormente se debe reconocer la conclusión que comienza

con los conectores: *por lo tanto, consecuentemente, en conclusión, por ende, por consiguiente, como resultado, llegamos a la conclusión*, etcétera.

Un argumento se puede analizar y evaluar a fin de determinar si es defectuoso o si es sólido, y derivado de su análisis puede presentar inconsistencias que suelen ser de dos tipos:

a) *Lógica*, se da cuando los enunciados se hacen de manera que son contradictorios entre sí, de modo que ninguno de los dos puede ser verdadero.

b) *Pragmática*, es cuando los enunciados aunque no sean lógicamente inconsistentes, tienen consecuencias en el mundo real que son contradictorias, como por ejemplo: *te llevaré en auto y no sé manejar*.^[95]

2. CONSISTENCIA DE LA ARGUMENTACIÓN

Una argumentación es consistente cuando reúne las siguientes características:

§ *Aceptable*, que se puede constatar consultando la fuente, un trabajo de investigación, un experimento o una observación cuidadosa; en los enunciados no fácticos cuando se refieren a valores se pueden apoyar en lugares comunes, pero en ocasiones es difícil cuando involucran valores en dogmas particulares, para lo cual se puede añadir una argumentación adicional.

§ *Validez*, se considera consistente sólo si el razonamiento es lógicamente válido.

§ *Esquema argumentativo apropiado y correcto*, como ya vimos hay tres categorías de esquemas argumentativos:

Argumentación basada en una relación sintomática,

Argumentación basada en una relación de analogía,

Argumentación basada en una relación causal.^[96]

Los modelos de argumentación que emplean los sujetos se pueden evaluar a fin de determinar si son buenos o malos argumentos, o también si alguno de sus elementos no es correcto, y así por ejemplo el esquema argumentativo de TOULMIN se puede analizar de acuerdo con criterios de solidez de la inferencia probatoria que se pueden referir a los hechos probatorios, a la garantía o conexión y a la hipótesis.

3. EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN

Evaluar la argumentación que compone el texto significa establecer si se han empleado buenos argumentos tanto por su adecuada construcción como por la aceptabilidad de sus premisas, pero antes de evaluar un texto argumentativo que puede ser un discurso, un artículo, los alegatos de un abogado, o los considerandos de una sentencia, primero vamos a definir y clarificar algunos conceptos que nos van a permitir evaluar la argumentación.

Un argumento se debe atener a la cuestión que se debate; argumentamos en el seno de una cuestión, a favor o en contra de una de sus alternativas; cuando alguien pretende argumentar fuera de la cuestión decimos que incurre en la falacia de eludir la cuestión.¹⁹⁷

Un argumento debe ofrecer razones sólidas, de tal manera que éstas sostengan la conclusión de una manera convincente; para ello han de ser verdaderas, probables, relevantes, suficientes y aceptables.

- § Una premisa es verdadera cuando está respaldada con una prueba que la sostenga.
- § Una premisa es probable cuando se apoya en elementos que la hacen más creíble que otra.
- § Una premisa es relevante cuando es pertinente para lo que se afirma.
- § Serán relevantes las premisas si conducen a la conclusión, es decir, si prestan apoyo o aportan bases suficientes para sostener la conclusión.
- § Cuando los datos no ofrecen apoyo suficiente a la conclusión surgen falacias como la afirmación gratuita, la generalización precipitada o la falsa causa.

Son premisas aceptables cuando tienen un respaldo que las sostiene; este problema no se plantea cuando los datos son objetivos o indiscutibles, pero esto no es lo frecuente. En la mayor parte de las ocasiones no debatimos con las evidencias contundentes. Ni siquiera es frecuente que se aporten premisas de las que se pueda decir que son verdaderas o falsas. La mayor parte de los debates no se ocupan de la verdad sino de lo justo, lo conveniente, lo preferible, lo probable. La argumentación es aceptable o admisible, cuando:

- § Los datos en que se apoyan sus premisas son fiables.
- § Los datos en que se basan las premisas son pertinentes a la tesis defendida.

§ En la persuasión o el convencimiento colaboran otros factores externos a la argumentación (prestigio, miedo, compasión, fe, simpatía, amistad) pero con fuerza suficiente para provocar adhesión.^[98]

§ La premisa ofrezca datos objetivos comprobables y verificables, y no en aspectos subjetivos de las personas como sus creencias o suposiciones.

§ Las premisas expresan un conocimiento común o personal, un testimonio incontrovertido o el informe indiscutido de un experto.

§ Las proposiciones recojan la conclusión de un argumento ya aceptado.

§ Las premisas puedan probarse, porque cuentan con un respaldo sólido.

Por el contrario, son inaceptables las siguientes premisas:

§ Un juicio que esté en contradicción con la evidencia, con otro juicio bien fundado, con una fuente creíble, con nuestro propio conocimiento, o con otras premisas del mismo argumento,

§ Un juicio dudoso que no lleve respaldo,

§ Un juicio confuso, ambiguo o ininteligible,

§ Un juicio idéntico a la conclusión o basado en un supuesto cuestionable,

§ Un juicio que olvide alternativas.

Con estas premisas inaceptables surgen las falacias de: ambigüedad, petición de principio, composición, división, olvido de alternativas, etcétera.

Un buen argumento debe ser capaz de resistir a las posibles objeciones que se le hagan, y por ello, en relación con la conclusión, ésta debe ser segura, probable y posible. La conclusión puede ser una afirmación tajante o un juicio hipotético. Al realizar la afirmación tajante puede haber excepciones que pueden debilitar la contundencia de la conclusión.^[99]

El punto más débil de la actividad argumentativa es la elección de los adjetivos y de las clasificaciones o principios y jerarquías de las relaciones,^[100] porque encierran cuestiones valorativas que se refieren a distintos grados o intensidades que son difíciles de evaluar y comprobar.

Enseguida presentamos un cuestionario que contiene los criterios que pueden servir para evaluar un texto argumentativo.

CRITERIOS PARA ANALIZAR Y EVALUAR UN TEXTO ARGUMENTATIVO

1. ¿Se pueden identificar los argumentos?
SÍ NO
 2. ¿Se pueden distinguir las premisas de la conclusión?
SÍ NO
 3. ¿El esquema argumentativo que se emplea es el adecuado?
SÍ NO
 4. ¿Cuál es la estructura de la argumentación?
Simple Múltiple Coordinada Subordinada
 5. ¿Qué tipo de razonamiento se emplea en el texto?
Inductivo Deductivo Abductivo Analógico
 6. ¿Cuál es la tesis o pretensión que se pretende demostrar?
-
7. ¿Qué tipo de premisas utiliza para apoyar la pretensión?
Fácticas Jurídicas Conocimientos científicos Estadísticas
 8. Las premisas son:
Verdaderas Probables Relevantes Suficientes Aceptables
 9. ¿Qué tipo de fuentes respaldan la conclusión?
Evidencias Legales Doctrinales Jurisprudenciales Principialistas
 10. ¿Qué tipo de conclusión es?
Segura Probable Posible
 11. ¿Se podría mejorar la argumentación?
SÍ NO
 12. ¿En qué parte?

Las premisas La estructura El fundamento La argumentación La conclusión

Una vez evaluada la argumentación de acuerdo a los anteriores criterios en el caso de que sea débil se podrá mejorar; para lograrlo después de que se identifique en dónde consiste la falla de la argumentación, se puede corregir el error, y así por ejemplo si las premisas no se encuentran fundamentadas se pueden añadir otras premisas que refuercen el argumento.

4. ANÁLISIS DEL DISCURSO ORAL

En general los discursos orales no difieren mucho si son jurídicos, políticos, religiosos pues en todos ellos siempre debe haber al menos los siguientes elementos: introducción al tema, ideas principales, información de

soporte y cierre o conclusión, sin embargo la manera de cómo se presente y el efecto que produzca en el auditorio depende del dominio de la argumentación para que sea efectivamente comprendido, enseguida proponemos la Herramienta de Análisis Avanzado de la Calidad del Discurso que se utiliza para evaluar un discurso de cualquier naturaleza los siguientes puntos:

1) *Argumento principal*, es la idea que se pretende sostener a lo largo del discurso y debe ser fácilmente identificable para no confundir al auditorio por ello se debe sostener la tesis de manera categórica y sin ambigüedades, los conectores o marcas del discurso utilizados deben permitir identificar y anunciar cuando se va a presentar la pretensión que se sostiene.

2) *Lógica de la argumentación*, se analiza si el orador no comete errores lógicos o si respeta la racionalidad de la argumentación, para ello se revisa el tipo de inferencias que realiza al pasar de las premisas a la conclusión a fin de determinar si no se cometen falacias lógicas, o si el discurso presenta inconsistencias o contradicciones que lo hace incomprensible.

3) *Tono emocional*, el discurso es un acto del habla performativo que utiliza lenguaje, por lo que se a de analizar el tipo de lenguaje utilizado si es emotivo, simplemente descriptivo, tono neutro, pues dependiendo las palabras empleadas producirán un efecto en el auditorio, palabras como justicia, democracia, equidad, tienen un alto contenido emocional y su utilización refleja que el orador además de convencer busca persuadir el auditorio, por ello es importante identificar el numero y las clases de palabras emotivas que se emplean en el discurso.

4) *Soportes de la argumentación*, son los respaldos que se utilizan para los argumentos y pueden ser de gran variedad, en lo jurídico son las pruebas y los fundamentos legales, en lo político pueden ser hechos, datos, cifras, estadísticas, muestras; de tal forma que se debe identificar que tanto apoya los argumentos el orador y que diversidad de respaldos utiliza para luego en su evaluación determinar si son pertinentes, suficientes e idóneos para lo que se está sosteniendo en el argumento principal.

Cierre, el orador debe saber terminar con fuerza el discurso, por ello debe analizarse cómo termina el discurso, ¿con una frase impactante, utiliza alguna figura retórica? O termina de manera abrupta como si le quitaran la palabra, un buen discurso debe cerrar adecuadamente y de preferencia recalcar la idea sostenida a lo largo de la intervención para así asegurarse que el auditorio la habrá de recordar.^[101]

IX. REFUTACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN

1. DEFINICIÓN

Ya desde la retórica de ARISTÓTELES se menciona la refutación e impugnación de la argumentación del adversario.^[102]

La refutación es la argumentación que tiene por objeto destruir la tesis del contrario ya por virtud de las pruebas o por los argumentos que se emplean; es importante saber cómo refutar un argumento pues en una discusión, una polémica o un debate se puede debilitar la postura del opositor señalando fundadamente por qué no es fuerte y concluyente su argumentación.

Se distingue entre refutación y objeción: la primera pretende concluir el diálogo, la segunda apela a una respuesta, es decir, a la continuación del diálogo.^[103]

2. OBJETO

A) LA TESIS

Se puede refutar la tesis o la pretensión del contrario ya sea porque no está bien planteada o porque no es viable su demostración, también sucede que la pretensión no sea creíble, por ejemplo en materia penal, cuando la hipótesis alternativa contradice ilusamente a la hipótesis acusatoria.

B) EL FUNDAMENTO

Cuando se ataca el fundamento de la argumentación se deriva de que la ley no es aplicable al caso, o porque se ha realizado una incorrecta interpretación de una disposición, o también porque se invoca una tesis de jurisprudencia que nada tiene que ver con las cuestiones planteadas, y las definiciones que se emplean no son las adecuadas.

C) LAS PRUEBAS

Se puede atacar mediante la refutación las pruebas en las que basa el argumento del contrario ya sea de manera general por no ser pertinentes, necesarias, útiles e idóneas para demostrar la pretensión, o bien en forma particular a cada una de ellas, y así por ejemplo en la prueba testimonial se pueden contradecir las cualidades personales del testigo, su credibilidad, su

percepción de los hechos o su declaración; del mismo modo cada una de las pruebas se puede ir contradiciendo hasta debilitar la demostración del contrario.

D) LOS ARGUMENTOS

Cuando se refuta la argumentación del contrario, si se ha empleado un razonamiento inductivo, se debe demostrar que la primera afirmación en la que descansa la inducción, no es evidente sino que está sujeta a discusión, ya sea porque los términos utilizados por el adversario son impropios o contradictorios, o porque la afirmación va en contra de la equidad o de las buenas costumbres; también se pueden contradecir los ejemplos o analogías utilizados en virtud de que no hay similitud o que es sólo aparente, y si no es posible destruir las premisas se ataca a la conclusión para mostrar que es inaplicable a la causa o que es irrelevante.

También se pueden contradecir las razones del argumento, pues será mala una razón cuando no prueba la proposición a la cual se refieren o cuando se apoya en falsedades, o cuando repite de otra manera lo dicho en la premisa mayor; la conclusión se refuta mostrando que la consecuencia no es el resultado lógico de los antecedentes o buscando las contradicciones entre las partes del silogismo.^[104]

Es importante que quien refuta los argumentos indique las causas de la impugnación, y así por ejemplo: dirá que el argumento de su contrario es *falso* porque aparenta serlo, y no corresponde con la realidad o con las pruebas; *demasiado general* si está sin determinar el caso concreto; *muy común* si su calidad es inferior a la que se pretende; *superficial* si es poco profundo o frívolo; *forzado* si está metido a la fuerza; de *mala definición* si no define con claridad y precisión lo que es algo; *controvertible* cuando es discutible la pretensión; *patente* cuando el argumento es demasiado comprensible o manifiesto; *discutible* cuando se pueden dar razones en contra; *contradictorio* cuando se contradice con otro argumento; *inconsciente* cuando es falta de cohesión o resistencia (decir que un buen hombre necesita para vivir más que una buena vida y, negar luego, que uno pueda vivir una buena vida sin buena salud); *adverso* es el argumento que denota oposición; *ofensivo* es el argumento que ofende o implica ofensa; *desacreditable* el que disminuye el crédito de una persona o valor de una cosa.^[105]

3. CLASES DE REFUTACIÓN

A) REFUTACIÓN EN BLOQUE O GLOBAL

La refutación puede tener lugar de manera global cuando la parte que está refutando se inconforma principalmente por el sentido de una argumentación^[106] o por una pretensión en general, sin referirse a cuestiones específicas, como cuando el abogado se inconforma por el sentido de la resolución sin referirse en específico a los considerandos.

B) REFUTACIÓN DETALLADA

Cuando por medio de la argumentación se refutan la tesis o pretensión, las pruebas o la demostración, los argumentos y la conclusión se trata de una refutación detallada que va dirigida a una parte específica de la argumentación, es aquí cuando el juez analiza y refuta cada uno de los agravios o conceptos de violación por no ser fundados y operantes; o también cuando el abogado confuta en detalle los considerandos de la sentencia que le causan agravio o que violan en su perjuicio alguna disposición.

4. ESTRATEGIAS PARA REFUTAR ARGUMENTOS

a) Refutar la tesis del contrario porque es incoherente con los hechos objetivos, sea porque las premisas o razones esgrimidas son sencillamente falsas o porque las implicaciones o resultados de la conclusión sean falsas.^[107]

b) Atacar directamente al fundamento de la tesis y demostramos que no es verdadera^[108] porque:

§ Probamos que los fundamentos de la afirmación son falsos.

§ Admitimos los fundamentos, pero negamos que se deduce la afirmación, esto es, la consecuencia.

c) Confutar la tesis del contrario porque presenta el argumento contradicciones internas, ya sea cuando una de sus premisas contradice la conclusión o cuando las premisas se contradicen entre sí, por ejemplo cuando el orador efectúa dos afirmaciones que no pueden ser ciertas a la vez.^[109]

d) Reclamar al contrario pruebas o razones adicionales que sustenten sus premisas y conclusiones.^[110]

e) Impugnar la tesis del contrario porque se demuestra que es una

generalización con excepciones conocidas y por ende es inaceptable; toda suposición puede ser atacada por los siguientes medios:

- § Soslayamos los hechos,
- § Evadimos los hechos,
- § Distorsionamos los hechos.^[111]

f) Contra-argumentar, o sea, llegar a una conclusión diferente usando las mismas premisas del adversario.^[112]

g) Atacar las estadísticas, se puede atacar porque sus datos o informaciones son falsas, o porque son correctas pero incorrectamente interpretadas o bien porque la muestra no es representativa.^[113]

h) Refutar las valoraciones porque no corresponden con la gravedad del hecho ya que es igual, superior o inferior; para refutar una valoración que se ha dado a los hechos, por ejemplo para cuantificar daños, se puede recurrir a una escala de valores como marco de referencia para saber si la valoración no es la pertinente al caso, o que sí lo es, pero se ubica en otra categoría dentro de la escala de valores.^[114]

i) Refutar la clasificación, se refuta porque el caso no encaja o porque encaja en más de un lugar a que se refiere el opositor de la clasificación.^[115]

j) Objetar la definición, se puede señalar que la definición que realizó no es la común o que el opositor está planteando un argumento circular o *petitio principii*.^[116]

k) Confutar las analogías, se puede atacar señalando que en los casos supuestamente análogos hay marcadas diferencias, o que hay falencias en las semejanzas.^[117]

5. VICIOS Y ERRORES DE LA REFUTACIÓN

a) Cuando se refuta la pretensión del contrario es un error hacerlo con profundidad en las partes que no se desarrollaron, porque esto despierta el interés y al contrario robustece la argumentación en las cuestiones que no se habían considerado.

b) Otro error o vicio que se debe evitar en la refutación es parecer incómodo frente al argumento que se debe combatir, pues una refutación

laboriosa suscita la desconfianza de los jueces.

X. EL DEBATE ARGUMENTATIVO

1. DEFINICIÓN

El debate es una forma de confrontación de ideas acerca de un tema de interés común que puede significar un problema social o cultural. Tales ideas se fundan en una tesis que debe ser sostenida con argumentos.^[118]

Mientras que el diálogo tiene como fundamento delimitar las razones y los argumentos del interlocutor, sin perder su esencia crítica a la opinión propia. El debate en esencia implica confrontación, no a la mera sofística, sino un debate en el que se aceptan reglas lógicas de la argumentación, que sustentan las partes comprometidas. Por lo tanto el antagonismo y la radicalización de las ideas no implican la eliminación del otro.^[119]

2. ELEMENTOS

A) LOS SUJETOS

En debate siempre hay dos o más sujetos que son los oponentes que sostienen una tesis contraria. Así en el debate académico habrá quien sostenga una tesis a favor y quien sostenga una tesis contraria. En la argumentación parlamentaria es más propia para el debate pues los legisladores tienen que debatir sus propuestas ante las cámaras por lo que deberán estar mejor preparados para el debate.

También se denomina a los sujetos que debaten como *enunciantes* el público que los escucha y a quién tratan de convencer como *enunciatarios*.

B) EL TEMA

Cuando el debate es en torno a un tema trascendente y polémico que permite que las partes asuman una postura y argumenten a su favor o en contra; temas como la clonación, el aborto, la pena, de muerte, siempre despiertan el interés y son objeto de buenos ejercicios para debatir.

C) EL RESULTADO O CONCLUSIONES

Después del debate se llega a una conclusión ya sea porque la tesis

sostenida por uno de los oponentes no pudo resistir las objeciones del contrario, o porque no fue posible convencer al auditorio, o también porque se modificó la tesis para hacerla más aceptable al público, pero además sucede que uno de los opositores sin aceptar la tesis del contrario cede en un punto y avanza la discusión.

3. CLASES DE DEBATE ARGUMENTATIVO

A) POLÉMICA

Este tipo de debate inicia con un conflicto antagónico, desacuerdo en los hechos y en los métodos. Tiene como finalidad destruir al adversario (descalificar, humillar, aniquilar). La *relación que se da entre los interlocutores* es de hostilidad, desconfianza y antagonismo. Se presenta como *posible resultado*: predominio de una tesis, sino de uno de los contendientes sobre el otro. (Ejemplo: debate erístico, enfrentamiento político, diálogo de sordos).

B) ENFRENTAMIENTO

Situación inicial: conflicto de opiniones a propósito de una cuestión controvertida. *Finalidad*: convencer a la parte contraria o cuando menos definir los puntos de acuerdo y desacuerdo. *Relación entre los interlocutores*: antagonismo mezclado con colaboración y legitimación plena de la parte contraria. *Posible resultado*: exposición de las posiciones dejando el juicio al auditorio. “Que juzgue el público árbitro” (ejemplo: debate, discusión crítica, diálogo persuasivo).

C) TRATO

Situación inicial: conflicto de intereses, posibilidad cambiante de acuerdo desacuerdo en los hechos y en los métodos. *Finalidad*: obtener la mayor ventaja posible. *Relación entre los interlocutores*: reconocimiento recíproco y crédito limitado. *Posible resultado*: rectificación parcial de las posiciones de partida y valoración comparada de la satisfacción de los participantes. “Demos un paso cada uno”, “Los dos podemos darnos por satisfechos”. (Ejemplo: negocios, negociación sindical).

D) INDAGACIÓN

Situación inicial: problema compartido (unidad de fines). *Finalidad*:

probar o desmentir una tesis, definir las posiciones recíprocas. *Relación entre los interlocutores*: cordialidad, plena colaboración. *Posible resultado*: consenso. “Extrae tu mismo las conclusiones”. (Ejemplo: investigación científica, intercambio cooperativo).

E) COLOQUIO

Situación inicial: entendimiento con simetría o no de conocimiento. *Finalidad*: valorar una tesis y conseguir prosélitos. *Relación entre los interlocutores*: confianza, complicidad. *Posible resultado*: consolidación de una tesis. “Estamos de acuerdo, la tesis queda confirmada”.^[120] (Ejemplo: solicitud de información, consulta, coloquio entre maestro y discípulo).

4. ETAPAS DEL DEBATE

De acuerdo con EEMEREN^[121] en un debate como proceso argumentativo se pueden distinguir al menos las siguientes etapas:

a) *Etapa de confrontación*, en esta etapa se establece que existe una disputa. Un punto de vista se presenta y es puesto en duda.

b) *Etapa de apertura*, en esta etapa se toma la decisión de intentar resolver la disputa por medio de una discusión argumentativa reglamentada. Una parte toma el rol de protagonista y otra de antagonista.

c) *Etapa de argumentación*, en esta etapa el protagonista defiende su punto de vista, y el antagonista, si tiene más dudas requiere de él más argumentación.

d) *Etapa de clausura*, en esta etapa se establece si la disputa ha sido o no resuelta, considerando que el punto de vista o la duda referente a éste han sido retirados, también podría atenuar o modificar el punto de vista, o adoptar un punto de vista cero.

5. REGLAS DEL DEBATE

a) Ningún participante debe impedir a otro tomar su propia posición, positiva o negativa, con respecto a los puntos o tesis en discusión.

b) Quien sostenga una tesis, está obligado a defenderla y responder de ella cuando su interlocutor se lo demande.

c) La crítica de una tesis debe versar sobre la tesis realmente sostenida por el interlocutor.

d) Una tesis sólo puede defenderse con argumentos referidos justamente a ella.

e) Todo interlocutor puede verse obligado a reconocer sus supuestos o premisas tácitas y las implicaciones implícitas en su posición, debidamente explicitadas, así como verse obligado a responder de ellas.

f) Debe considerarse que una tesis o una posición ha sido defendida de modo concluyente si su defensa ha consistido en argumentos derivados de un punto de partida común.

g) Debe considerarse que una tesis o una posición ha sido defendida de modo concluyente si su defensa ha consistido en argumentos correctos o resultantes de la oportuna aplicación de esquemas o pautas de argumentación comúnmente admitidas.

h) Los argumentos (deductivos) utilizados en el curso de la discusión deben ser válidos o convalidables mediante la explicación de todas las premisas tácitas co-determinantes de la conclusión.

i) El fracaso en la defensa de una tesis debe llevar al proponente a retractarse de ella y, por el contrario, el éxito en su defensa debe llevar al oponente a retirar sus dudas acerca de la tesis en cuestión.

j) Las proposiciones no deben ser vagas e incomprensibles, ni los enunciados deben ser confusos o ambiguos, sino ser objeto de la interpretación más precisa posible.^[122]

6. ESTRATEGIAS DEL DEBATE ARGUMENTATIVO

a) Cuando se haga una concesión siempre deberá ir acompañado de una restricción, que cada una de las concesiones vaya siempre acompañada de alguna restricción. No desperdiciar ninguna concesión del adversario, arreglarla a conveniencia y volverla en el mayor beneficio para nosotros.^[123]

b) Estrategia de ampliación, consiste en llevar la afirmación del adversario más allá de sus límites naturales, interpretarla en su sentido más amplio y exagerarla, en cambio se debe restringir la afirmación propia al sentido más reducido y a sus límites más estrechos.^[124]

c) Se puede reconocer alguna buena cualidad en el discurso del adversario, pero se debe negar la consecuencia que saca del mismo pasaje cuyo elogio se haga.^[125]

d) No afirmar nada de lo que no está en capacidad de probar.^[126]

e) Atacar porque las premisas son falsas o inaceptables cuando la conclusión a la que se llega no es pertinente, o cuando sencillamente podemos demostrar que las premisas son falsas, ejemplo: *non sequitur*.^[127]

f) Objetar las presuposiciones o creencias básicas en que se fundamentan las premisas presentadas.^[128]

g) Señalar posiciones anteriores del oponente que contradigan las actuales. Aunque toda persona puede cambiar sus criterios con el tiempo, este recurso es retóricamente importante por cuanto que obliga al oponente a presentar declaraciones que terminan debilitando su posición actual.^[129]

h) Encontrar absurdos, es decir, demostrar que si se aceptan los puntos de vista del oponente se entra en franca contradicción con hechos, creencias o valores bien establecidos o aceptados por la mayoría.^[130]

i) Si el adversario responde de manera negativa a las preguntas cuya respuesta afirmativa podría confirmar la tesis, entonces se debe preguntar lo contrario, como si buscarse su aprobación, o al menos poner ambas a elección, de forma que no advierta cuál de ellas se quiere afirmar.^[131]

j) Se puede aceptar la afirmación del adversario, y manifestar que si es verdadera no cambia en nada la cuestión y demostrar enseguida que es falsa.^[132]

XI. VICIOS DE LA ARGUMENTACIÓN

Conocer los vicios de la argumentación es importante porque nos permite descubrir argumentaciones engañosas que se hacen con intención de convencer, pero utilizando razonamientos falaces y sofistas, ya sea con toda premeditación o por error, por lo que a continuación analizaremos cada uno de estos vicios.

1. LOS PARALOGISMOS

Son los silogismos incorrectos, pero que llevan intención de engañar,^[133] y se debe su incorrección a la falta de uno de los términos, a la extensión de las premisas o a las reglas de las premisas, es común que los abogados en sus

alegatos o agravios cometan este tipo de vicios de manera involuntaria con la finalidad de convencer al juez de las pretensiones de su cliente.

Para PLANTIN un paralogismo es una argumentación (una inferencia) no válida, cuya forma recuerda a la de una argumentación válida.^[134] El paralogismo está del lado del error, el sofisma es un paralogismo que sirve a los intereses o a las pasiones de su autor.

2. LOS SOFISMAS

Para Armando ANDRUET cuando el paralogismo se realiza con intención de engañar entonces se llama sofisma, el cual incorpora a la falacia y se expone y desarrolla como un silogismo incorrecto.^[135]

Por su parte Jaime MANS señala que el sofisma es un paralogismo, hábilmente dispuesto, formulado deliberadamente con intención de inducir a error y que, por ello, conduce a una conclusión falsa, a la que se pretende dar apariencia de verdadera: de esta manera el sofisma participa de la falacia y del paralogismo.^[136]

Ya desde la antigüedad en Grecia se les llamaba sofistas a los rétores que vendían discursos ya fuera para defender una causa a favor o en contra.

El sofisma, tal como se podría advertir, es posiblemente el caso más interesante en el uso judicial y político, y el mismo se advierte cuando el paralogismo —o sea el falso silogismo— se hace con argumentos falsos y con la intención de llevar al error al contendiente; se nombra por tal razón a veces al sofista como el paralogismo ejecutado con argucia. Se advierte en igual medida, que el sofisma incorpora típicamente a la falacia y se expone o desarrolla con el vestido del paralogismo.^[137]

En el ámbito de los sofismas, se debe advertir la existencia de dos grandes campos desde los cuales se explicitan tales defectos, y que miran al lugar en el cual ellos mismos se generan, así: *a)* los vicios que se llaman *in voce*, o sea aquellos que se cometen en la palabra, y *b)* los vicios que se cometen desde las cosas, o sea los nombrados como *ex rebus*.^[138]

A) VICIOS EN LA PALABRA

Los vicios que son *in voce* son fundamentalmente dos tipos: uno que es de uso ordinario y que se nombra como la homonimia, y otro un tanto más

complejo pero sobre la misma naturaleza y que se conoce como la anfibología.^[139]

Respecto al primero de los nombrados, se puede ilustrar diciendo que el mismo se tipifica cuando se utilizan los términos o nombres —tanto los jurídicos como los ajenos a dicha ciencia— con una acepción equívoca o en un sentido diverso al que en rigor les corresponde. Cabe destacar que aparece como muy frecuente esta incorrección, a tenor de que utilizan los abogados un lenguaje natural y no uno formalizado, técnico o especial, con el cual el riesgo de la equivocidad es ciertamente inferior.^[140]

Cuando ese uso equívoco del concepto no se refiere exclusivamente a un sólo nombre o realidad que con él se evoca, sino que lo que se utiliza es toda una proposición o bloque de pensamiento —para decirlo en un código que resulte más propio a la literatura forense— con un carácter equívoco, se tipifica el segundo vicio que *in voce* hemos adelantado, y que como dijimos se conoce como la anfibología.^[141]

Otra manera en que también se consuma el vicio al cual nos estamos refiriendo se asienta en la conformación del “ilícito mayor” o del “ilícito menor”. En ambos supuestos se trata de la relación de extensión —en cualquiera de las modalidades— que se asigna en la conclusión al, término mayor o menor, cuando no ha existido en esa misma medida en la premisa correspondiente. En el ámbito forense generalmente se advierte consumado dicho error cuando se produce el efecto subjetivo de la cosa juzgada, por ejemplo, a sujetos que no han intervenido en la *litis*, o cuando se excluye de ella a quienes sí han estado afectados.^[142]

B) VICIOS EN LAS COSAS

En cuanto corresponde a los vicios *ex rebus*, o sea los que son propiamente en las cosas y por lo tanto en el razonamiento que de ellas se formula, procederemos a sintetizar aquellos que pueden resultar de mayor interés para el ámbito de lo jurídico, despreciando sin duda otras expresiones del mismo tenor aunque de uso poco frecuente en el ámbito forense.^[143]

1) Sofisma de la ignorancia

Comenzaremos por señalar el sofisma de la ignorancia, conocido también

como *ignoratio elenchi*, que acontece, como su propio nombre lo indica, cuando aquel que no conoce el objeto sobre lo que se está discutiendo procede a argumentar, con lo cual, como resulta obvio, dicha argumentación no sólo resulta ineficaz sino que es desatinada, siendo ésta un auténtico despropósito.^[144]

Se trata entonces de una evidente elusión del asunto y que se centra en probar una cosa diferente de la que como tal se cuestiona. Como se ha indicado con precisión, se trata de una falacia madre, de la que participan otras tantas que intentan desviar la atención hacia otro asunto, como son la falacia casuística, la *ad consequentiam* y la de pista falsa.^[145]

2) Sofisma de accidente

Otro de los errores es el llamado vicio de accidente (*fallacia accidentis*), y que se materializa por caso cuando a un determinado sujeto se le coloca una cualidad como esencial y en verdad no tiene dicho carácter o no le corresponde al mismo; es decir, se invierte lo esencial con lo accidental, lo sustancial con lo adjetivo. La nombrada falacia se encuentra próxima a la conocida como de generalización precipitada, que se realiza cuando las causas examinadas son insuficientes o poco representativas para sostener una generalización.^[146]

3) Sofisma no causa por causa

Otra argumentación viciosa que puede consumarse dentro del ámbito de lo jurídico es la del sofisma no causa por causa (*fallacia non causae ut causae*), que se comete cuando se explica un fenómeno por algo que no es su verdadera causa, lo cual no impide que se trate ella de una causa secundaria o segunda, de manera tal que lo que se dice ser la causa no es tal, aunque se le atribuye tal carácter.^[147]

También suele ser conocida dicha falacia como *post hoc ergo propter hoc*, y que consiste en relacionar un determinado suceso posterior con uno anterior y al que se le atribuye ser su misma causa.^[148]

4) Sofisma de petición de principios

Se trata del tipo de sofisma *petitio principii*, bastante extendido dentro del ámbito de lo jurídico, aunque utilizado casi en la mayoría de los casos con algún error, y que tiene como nota propia consignar en la premisa inicial aquello que luego será objeto de demostración en la conclusión. Se afirma entonces lo que se debe demostrar. De manera tal que resulta aparente que se trate de una afirmación no conocida antes, porque rigurosamente en manera inicial tal tesis ya había sido admitida como la premisa inaugural del razonamiento en consideración. Por ello se ha afirmado que el razonamiento que hace las veces de fundamento debe ser más claro y conocido que lo que se quiere probar.^[149]

De cualquier manera, hay que puntualizar que la segunda presentación de la falacia en el ámbito de lo forense se advierte claramente debilitada, toda vez que al tratarse la materia de dicha disciplina de naturaleza opinable, en rigor de verdad la debilidad de la premisa mayor es innegable. Sin embargo, esa misma circunstancia no es posible atenderla cuando ha existido ya prueba contundente a cierto extremo, y que por caso el juez así lo ha comprendido en la misma resolución.^[150]

3. LAS FALACIAS

A) DEFINICIÓN

Para MORESO falacia es el nombre con el que genéricamente se hace referencia a un error en la argumentación.^[151]

COPI define las falacias como un razonamiento psicológicamente persuasivo pero lógicamente defectuoso.^[152]

Definimos entonces a la falacia como todos aquellos argumentos aparentes introducidos en el discurso que buscan engañar o inducir a un error al auditorio o parte contraria.^[153]

B) CLASIFICACIÓN DE LAS FALACIAS

Falacia formal: error en la argumentación porque no se han seguido las reglas lógicas; es decir, una falacia formal es un argumento lógicamente incorrecto o inválido.^[154]

Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no es así: por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva), o de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción).^[155]

Falacia no formal: argumento lógico o formalmente válido, pero que se considera como forma incorrecta de razonar por los problemas de solidez de las premisas. Se distinguen dos grupos de falacias no formales:

§ Las *falacias materiales*, en las cuales las premisas presumen muchas cosas que no se han probado adecuadamente.

§ Las *falacias verbales*, en las cuales el problema de las premisas se debe normalmente a la ambigüedad derivada de un uso correcto del lenguaje.^[156]

En las *falacias materiales*, la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio sólo aparentemente correcto; ejemplos típicos son la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía.^[157]

Y en las *falacias pragmáticas*, el engaño se produce por haber infringido, en forma más o menos oculta, una de las reglas que rigen el comportamiento de quienes argumentan en el marco de un discurso retórico o dialéctico.^[158]

C) TIPOS DE FALACIAS

a) *Falacia del dilema*. El abogado adverso expone la tesis contraria a la que quiere que admitamos en forma de interrogación, de tal manera que con la contestación no tengamos más remedio que aceptar la primera.^[159]

b) *Falacia de la prueba sesgada*. Ésta es un tipo de falacia muy utilizada en los juicios. El abogado contrario da como demostrada una conclusión que favorece su tesis, aunque de las pruebas practicadas no se deduzca la verdad de dicha conclusión.^[160]

c) *Falacia a la persona (ad hominem)*. Se produce cuando no se rebaten los argumentos de nuestra tesis, sino lo que dijimos o admitimos con anterioridad o nuestro comportamiento.^[161]

d) *Falacia de la autoridad de ley*. Es una falacia que se introduce habitualmente en las demandas y en las contestaciones y que muchas veces

pasa desapercibida por el disfraz legal con el que se presenta.^[162]

e) *Falacia de reducción a una categoría y al absurdo*. El abogado contrario hace sospechosa nuestra afirmación o argumento reduciéndolo a una categoría generalmente detestada, o le resta credibilidad reduciéndola al absurdo.^[163]

f) *Falacia de falta de definición*. Los escolásticos gustaban de empezar sus discusiones aclarando los términos, el paralogismo de falta de definición se produce cuando el argumentante supone que un término o un conjunto de ellos es perfectamente entendible para todos los interlocutores cuando en realidad el único al que le parece claro es a él.^[164]

g) *Falacia de extra dictionis*. Es el paralogismo cuyo error deriva de aspectos no lingüísticos, tomando en cuenta el objeto del cual se habla. La mayor parte de los doctrinarios reservan a este tipo de falacias la categoría de “paralogismo” propiamente dicho.^[165]

h) *Falacia de apelación a la ignorancia*. Esta falacia se puede apreciar con el siguiente ejemplo: No se ha demostrado que Dios existe, por lo tanto Dios no existe; también tiene que ver con la carga de la prueba por ejemplo no se ha demostrado que Juan es culpable, por lo tanto, es inocente.^[166]

i) *Falacia de falta de razones*. Es la petición de principio, que consiste en efectuar una pretensión y argumentar en su favor avanzando razones cuyo significado es sencillamente equivalente al de la pretensión original.^[167]

j) *Falacia de razones irrelevantes*. Tienen lugar cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma; así sucede, por ejemplo, cuando se comete la falacia consistente en evadir el problema, en apelar a la autoridad, en argumentar contra la persona, en argumentar *ad ignorantiam*, en apelar al pueblo, a la compasión o a la fuerza, aunque, naturalmente, no toda la apelación a la autoridad, a la persona, etc., suponga cometer una falacia.^[168]

k) *Falacia de razones defectuosas*. Aparecen cuando las razones que se ofrecen a favor de la pretensión son correctas, pero, inadecuadas para establecer la pretensión específica en cuestión (podría decirse que lo que falla aquí es la cualificación o la condición de refutación). Dichas falacias pueden cometerse al efectuar una generalización apresurada (se llega a una

conclusión con pocos ejemplos o con ejemplos atípicos), o al fundamentar argumento en una regla que, en general, es válida, pero no se considera que el caso en cuestión puede ser una excepción a la misma (falacia del accidente).

[169]

1) *Falacia de suposiciones no garantizadas*. Se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad, cuando, de hecho, la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada. Así ocurre, por ejemplo, con la falacia de la cuestión compleja, de la falsa causa, de la falsa analogía o de envenenar los pozos (se formula una pretensión contra la que no cabe argumentar con objeto de reforzar una pretensión anterior).

XII. LA ARGUMENTACIÓN ORAL

La argumentación oral se define como la actividad verbal, social y racional que apunta a convencer a un crítico razonable de la aceptabilidad de un punto de vista adelantando una constelación de una o más proposiciones para justificar su postura.

La argumentación oral es diferente a la argumentación escrita, puesto que ésta utiliza más argumentos formales, mientras que aquella utiliza argumentos informales y el lenguaje que emplea es mucho más emotivo y recurre a opiniones subjetivas; por ello es importante introducir brevemente en la retórica clásica que nos ayuda a mejorar la argumentación oral.

Esta clase de argumentación se caracteriza porque es:

Expresiva, porque permite manifestar las emociones del orador a través del discurso.

Emotiva, en cuanto exterioriza las emociones del orador y despierta las del auditorio.

Informal, debido a que no es tan rigurosa ni formal como la argumentación escrita en atención a que generalmente no hablamos como escribimos.

§ Espontánea, pues permite que el orador improvise e introduzca giros discursivos que modifican el curso de lo que se dice.

§ Irónica, porque admite que el orador utilice sarcasmos para dar colorido a su discurso.

§ Humorística, dado que en el discurso oral se pueden utilizar bromas, lo que hará más divertida la disertación.

1. LA RETÓRICA

A) DEFINICIÓN

ARISTÓTELES señala que la retórica es útil y su tarea no consiste en persuadir, sino en reconocer los medios de convicción más pertinentes para cada género discursivo, como son el judicial, el deliberativo y epidíctico; y por eso la define como la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer.^[172]

Para Helena BERISTÁIN es el arte de elaborar discursos gramaticalmente correctos, elegantes y sobre todo persuasivos.^[173]

De lo que se concluye que la retórica es:

§ El arte o la técnica del saber sobre los argumentos que buscan persuadir.

§ Arte de la refutación y de la confirmación.

§ Estudia los medios de persuasión.

2. PARTES DE LA RETÓRICA

A) LA INVENCIÓN

La invención abarca lo relativo a la concepción del discurso, al hallazgo de las ideas generales, los argumentos, los recursos persuasivos.^[174]

Por lo tanto es la parte de mayor carga creativa por parte del rétor, que a su vez examina cada una de las otras operaciones desde el punto de vista del emisor, del receptor y del discurso.^[175]

B) LA DISPOSICIÓN

La disposición es una prudente ordenación de las ideas y partes del discurso, dando a cada cual su lugar.^[176]

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 o peroración.^[177]

C) LA ELOCUCIÓN

La elocución analiza cuanto atañe a verter la argumentación en oraciones gramaticalmente correctas, en forma precisa y clara con el objeto de que sirvan para convencer, y en forma elegante con el fin de que logren causar un impacto psicológico que conduzca a la persuasión.^[178]

Ésta es la etapa de pulimento y depuración gramatical, misma que está integrada por dos actividades que se denominan *electio* (elección de expresiones y figuras pertinentes) y *compositio* (redacción y construcción del texto).^[179]

En esta fase se presenta el discurso de manera atractiva y por ello debe tener ciertas cualidades:

§ *Puritas* o claridad de expresión.

§ *Ornatos* o embellecimiento del texto mediante tropos y figuras, bien sean de dicción o de pensamiento.

§ *Urbanitas* o elegancia de estilo.^[180]

D) LA MEMORIA

La memoria propone métodos mnemotécnicos de aprendizaje de la pieza oratoria y de los recursos en general.^[181]

E) LA EXPRESIÓN (PRONUNCIACIÓN)

La expresión recomienda procedimientos para modular y hacer valer la voz, combinándola con los gestos, durante el tiempo en que el discurso se profiere.^[182]

También llamada *actio* era la puesta en escena del orador al recitar su discurso, es la entrega del discurso del rector a la audiencia, el acto mismo de persuadir, es la realización verbal del discurso.^[183]

3. RETÓRICA Y ARGUMENTACIÓN

En la retórica como en la argumentación lo más importante es la persuasión del auditorio a quien se dirige el discurso, sin embargo presentan las siguientes diferencias:

- § La retórica hace más énfasis en el discurso hablado mientras que la argumentación en el escrito, sobre todo en el de los jueces.
- § La retórica distingue tres géneros del discurso como son el deliberativo, el judicial y el epidíctico, en cambio en la argumentación la importancia del deliberativo es mínima y nula en el género epidíctico.
- § Como parte de la retórica se estudia la elocuencia, la belleza del discurso y la memoria para la ejecución del discurso, por su parte la argumentación no se interesa por estos temas, pues aun en la argumentación oral lo importante es demostrar con pruebas más que conmover con emociones.

4. EL DISCURSO ORAL

A) DEFINICIÓN

Para FERNÁNDEZ es la serie de argumentos lógicos y persuasivos, con el patético y la acción cuyo fin es persuadir por la palabra oral.^[184]

B) COMPONENTES DEL DISCURSO

1) *El orador*

Es el que habla y el cual deberá tener las siguientes condiciones:

- § El estatus que tenga de él la comunidad a quien dirige el discurso.
- § El conocimiento objetivo sobre la cosa que argumenta.
- § Que la presentación no sea maligna y falaz.
- § Capacidad de verdadera adaptabilidad al auditorio.^[185]

Además el orador deberá contar con las siguientes cualidades:

- § Inteligencia, para poder improvisar y preparar adecuadamente el discurso.
- § Sensibilidad, para manejar y conocer las emociones del auditorio y

lograr conmover.

§ Imaginación, para saber despertar imágenes en el auditorio y acrecentar así la persuasión.

§ Memoria, para no olvidar las partes en las que está dispuesto y organizado el discurso.

§ Entusiasmo y naturalidad, para contagiar al auditorio pero sin que sobreactúe y haga el discurso exagerado.

§ Buena expresión, para saber comunicar adecuada y elegantemente las ideas para agradar al auditorio.

2) *El discurso*

Es aquello de lo que habla y de lo que nos ocuparemos más adelante.

3) *El auditorio*

Es aquel a quien se habla^[186] y que tendrá las siguientes características:

§ Disposición para ser persuadido.

§ Predisposición a escuchar.

§ Reconocerse implicado y solidarizado con el orador.^[187]

El auditorio se rige por las siguientes leyes que es importante tomar en cuenta al momento de dirigir el discurso:

§ Ley de la unidad psicológica.

– De acuerdo con esta ley en un auditorio las pasiones colectivas prevalecen sobre las de cada miembro.

– En un auditorio el contagio y la imitación operan sobre el subconsciente colectivo que es mucho más sugestionable que los individuos.

§ Ley de la emocionalidad.

– En el auditorio público disminuye la capacidad razonadora y aumenta la emotividad y por lo tanto son altamente influenciables por las emociones que maneje el orador.

§ Ley de las creencias de la comunidad.

– Cuando se dirige el discurso es importante hablar de acuerdo a las ideas y sentimientos de los oyentes.

– El orador debe concordar al principio del discurso con las ideas ajenas y concluir imponiendo las propias.

C) GÉNEROS DEL DISCURSO

1) *Deliberativo*

Es la deliberación que se hace ante la asamblea y lo propio de este género es el consejo y la disuasión.

El discurso deliberativo es propio de asambleas públicas y privadas. Se emplea para exhortar a los oyentes a tomar una decisión orientada en algún sentido preciso, o bien para disuadirlos de adoptar una resolución. Su finalidad es elegir entre lo conveniente y lo perjudicial, o lo legal y lo ilegal, o lo placentero y lo enojoso, en relación con eventos futuros. Versa sobre asuntos públicos tales como finanzas (impuestos, comercio), política exterior (alianzas, tratados, guerra y paz, defensa territorial).^[188]

Es el que se emplea en la política ya ante los ciudadanos o ante otros políticos, como por ejemplo en el Congreso ante diputados y senadores.

2) *Judicial*

Es el discurso que se realiza ante el juez y lo propio es la acusación o la defensa.

El discurso judicial o forense versa sobre la justicia o injusticia de hechos pretéritos cometidos por un sujeto a quien se acusa o se defiende. Su finalidad es ventilar juicios y litigios o pleitos ante el juez. Los jueces y el público constituyen la audiencia. Su argumentación requiere agilidad: se desarrolla a base de entimemas.^[189]

3) *Epidíctico*

Es el que se realiza ante el pueblo en un funeral o en contra de un gobernante y lo propio es el elogio y la censura.^[190]

El discurso epidíctico o demostrativo constituye 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 pronuncia en honras fúnebres, efemérides, consolaciones, peticiones, sermones moralizantes. Se dirige a un público espectador. Su razonamiento suele ser inductivo y se desarrolla a base de comparaciones amplificatorias.^[191]

D) PARTES DEL DISCURSO

Cualquier discurso se puede dividir en cuatro partes que son el exordio, la narración, la demostración, que comprende la argumentación y refutación, y el epílogo o peroración; en algunos casos se podrá suprimir alguna de ellas, por ejemplo en el discurso judicial es importante la narración porque los juicios se refieren a hechos pasados, pero es prescindible en el discurso político porque se refiere a hechos futuros; por lo tanto estructurar y dividir una disertación en estas cuatro partes garantiza que sea adecuado y entretenido para el auditorio, pero sobre todo persuasivo, que es la finalidad de la argumentación.

1) *El exordio*

El exordio es el comienzo del discurso, es la preparación para lo que sigue después.

La función más necesaria del exordio es mostrar la finalidad por cuya causa se dice el discurso.^[192]

El exordio, según ARISTÓTELES, persigue el fin de dar al juez una muestra del tema que el orador se presta a tratar, debe mostrar la finalidad del discurso y debe preparar al juez sobre lo que no conoce.^[193]

a) Elementos del exordio:

- *La división* es la enumeración ordenada de nuestras proposiciones y las de nuestros adversarios, sirve para advertir al juez sobre lo que se va a hablar, es decir, sobre el objeto del debate judicial y establece el punto de la división.^[194]

- *La insinuación* es una manera indirecta de penetrar en el espíritu de los magistrados, introduciendo la causa, se opone al exordio directo, conviene minimizar desde el comienzo los hechos.^[195]

b) Clases de exordio:

§ *Exordio por insinuación*, tiene por objeto llegar al ánimo del que escucha por estas cuatro vías indirectas:

- Hablando de nosotros mismos;
- Hablando de nuestros adversarios;

- Hablando de los jueces, en otras sentencias;
- Hablando del imputado y la causa.^[196]

§ *Exordio directo*,^[197] es el que aborda directamente el punto o la causa sobre la que va a versar el discurso.

c) Temas del exordio:

§ Los sujetos del litigio que participaron en los hechos que dan lugar a la causa, o los personajes a los que se refiere el discurso.

§ Los jueces o autoridades que intervienen para resolver el caso o que están relacionados con el tema del debate.

§ La causa^[198] que puede ser el tema del discurso o bien los hechos sobre los que versa el juicio.

d) Reglas del exordio:

§ El exordio debe ser acorde con la causa, esto es proporcionado;

§ Debe haber moderación en el estilo, en las ideas y en la voz;

§ Se compone al final del estudio.^[199]

e) Errores del exordio:

§ Exordio banal, el cual se puede aplicar a varias causas;

§ Exordio común, que puede ser pronunciado por cualquiera de las dos partes;

§ Exordio de intercambio, el cual puede ser volteado por el adversario;

§ Exordio contraproducente, el cual origina un efecto contrario o diferente del que exige la causa.^[200]

2) *La narración*

La narración es por partes, ya que hay que pasar sucesivamente por todos los hechos de que se compone el discurso.^[201]

Es una información que se proporciona a los jueces y al público acerca del problema que se ventila, y sirve de base para la parte decisiva del discurso, que es la argumentación (confirmación y refutación). Los elementos de la narración son: el tiempo, el lugar, las acciones, los medios, la manera y el fin. Hay diversos tipos de disposición del orden de las acciones, de los cuales los

más usuales e importantes son: el orden cronológico, y de la conclusión al principio.

La narración debe ser sucinta, sin digresiones, clara, verosímil, estimulante. A partir de la narración se generan las pruebas de la confirmación que es la parte siguiente. La narración es necesaria en el género judicial y en el demostrativo, donde los hechos fundamentan la acusación o defensa y los elogios, respectivamente, pero es prescindible en el género deliberativo.^[202]

La narración puede ser hecha más de una vez, de tal manera que pueda ser confrontada con cada prueba, esto debido a que la narración precede a la prueba, y por ende puede ser útil en algunas circunstancias volver sobre los hechos narrados y poner de manifiesto el objetivo al confrontarlos con elementos probatorios.^[203]

Cualidades de la narración:

§ *Brevedad*, debe estar siempre en el centro de las preocupaciones del orador al redactar la narración, sobre todo cuando la causa es compleja y difícil.^[204]

§ *Verosimilitud*, se debe evitar algo que no parezca natural al orador ni contrario a las buenas costumbres y velar sobre todo por la concordancia lógica de cada uno de los elementos del relato, que también se deben aplicar al tiempo, los lugares y la naturaleza de la causa, así como a los argumentos alegados de las otras partes del discurso.

§ *Claridad*, la narración es inteligible o lúcida cuando está compuesta por términos apropiados y significativos, que no sean rebuscados ni extraordinarios y cuando el orador distingue los diferentes elementos de su relato, las cosas, las personas, el tiempo, los lugares y los motivos.^[205]

§ *Magnificencia*, la narración debe engrandecer y ensalzar los hechos, esta cualidad se presenta sobre todo en los juicios orales.

§ *Evidencia*, así como la conveniencia y la dignidad que están presentes en cualquier discurso.^[206]

3) La demostración

La demostración es la parte más importante del discurso. En lo jurídico como el derecho es una disciplina por sí misma argumentativa, es fácil utilizar como instrumentos de demostración las leyes, los principios, la jurisprudencia, los precedentes o la doctrina, y por supuesto si se trata de un juicio se utilizarán las pruebas como testimoniales, documentales, periciales para respaldar las pretensiones; en otro tipo de discursos como el político se utilizan como razones para fundamentar la tesis las opiniones de autoridad, las evidencias como datos estadísticos y la información que sea relevante para lo que se sostiene.

Para ARISTÓTELES las pruebas por persuasión deben ser demostrativas, y como son cuatro los temas sobre los que cabe un litigio, es necesario que la demostración se aplique sobre el punto de litigio al que corresponde la prueba.^[207]

La demostración contiene el establecimiento de pruebas, suministra razones que procuran convencer. Algunos tratadistas consideran que forma parte de ella la refutación, otros la han visto como independiente.

En toda demostración se deberán acompañar:

§ Las pruebas.

§ Los razonamientos como:

- La deducción,
- El epiquerema,
- La inducción,
- La analogía.

El orden de los argumentos es importante, y así los más fuertes se enunciarán al principio para captar la atención del auditorio, los débiles en medio para disimularlos, y los más fuertes al final para que se recuerden.

ARISTÓTELES distinguía en la demostración las pruebas que no eran propias del arte de la retórica^[208] y que consistían en:

§ Las leyes.

- En las que se tomaba en cuenta la equidad, la justicia.
- Ya ARISTÓTELES se refería a los problemas de aplicación del derecho como son las antinomias y ambigüedades y recomendaba utilizar su sentido como mejor conviniera al orador.

§ Los testigos, entre los que diferenciaba:

- Los antiguos y los recientes.
- Los testigos sobre cosas del pasado y sobre cosas del futuro.
- Los hombres ilustres.
- Testigos acerca de cuestiones tales como si sucedió o no, o sí existe o no.

§ Los contratos.

- Dependiendo si convenían o perjudicaban a la causa: amplificar o anular su importancia.
- Había que tomar en cuenta si se hacen según las leyes o si no para atacar su validez.

§ Las confesiones bajo tortura.

- Los que están forzados resisten para no decir la verdad o engañan fácilmente para acabar más de prisa.

§ Los juramentos.

- Hay que distinguir si se aceptan y se prestan, o bien no se aceptan ni se prestan, o se prestan pero no se aceptan, o se aceptan pero no se prestan, además hay que distinguir si proviene de uno o del adversario.
- Como es fácil cometer perjurio hay que tener cuidado con los juramentos.

También se refería a las pruebas que son propias de la retórica^[209] y que son:

§ El ejemplo.

- Clases de ejemplo:
- Referir un hecho que ha sucedido antes.
- Inventarlo uno mismo por medio de la parábola y las fábulas.

§ Las máximas.

- Es una aseveración en sentido universal sobre las cosas que se refieren a las acciones y son susceptibles de elección o rechazo en orden a la acción.
- Clases de máximas:
- Las que van con epílogo o sin él.
- Las que expresan algo controvertido necesitan demostración.
- Las que tratan de algo conocido de antemano, y son comunes.
- Son útiles porque los oyentes se sienten complacidos por opiniones

universales que ellos tienen.

§ Los entimemas.

- El entimema es a la retórica lo que el silogismo es a la lógica.
- Parten de elementos que sean pertinentes o lugares comunes, tópicos.
- Cuantos más elementos pertinentes contenga más fácil será hacer la demostración.
- Especies de entimemas:
 - Los demostrativos de algo que es o no es y parten de premisas acordadas.
 - Los refutativos que se deducen a propósito de lo que no hay acuerdo.

4) La refutación

La refutación es una anticipación o una respuesta que objeta los argumentos del contrario.

La impugnación forma parte de las pruebas por persuasión ya sea por medio de una objeción, o bien por medio de un silogismo.^[210]

Modos y métodos de refutación:

§ *Ad rem o ataque a la cosa*, demostramos que la tesis no es conforme a la naturaleza de las cosas, con la verdad objetiva absoluta (pruebas y tesis).

§ *Ad hominem o ataque a la persona*, demostramos que la tesis no concuerda con otras afirmaciones del adversario, esto es, con la verdad subjetiva o relativa.

§ *Ataque directo*, al fundamento base de la tesis y demostramos que no es verdadera:

- Probamos que los fundamentos de la afirmación son falsos.
- Admitimos los fundamentos pero negamos que se deduce la afirmación, esto es, la consecuencia.

§ *Ataque indirecto*, atacamos las consecuencias que se derivan de la tesis, no es fundamento de la misma, demostramos que la tesis no es verdadera, y se puede utilizar:

- Aceptación del contrario, combinarla con otro argumento falso.
- Ejemplo contrario, mencionar casos concretos que la contradigan.^[211]

5) El epílogo

El epílogo es una clausura recapitulativa del discurso, en él se repiten las ideas esenciales del discurso, resumiéndolas y enfatizándolas para garantizar la seducción de los jueces y del público, despertando pasiones como el amor o el odio, el rigor y la piedad en el género judicial.^[212]

Tiene fuerza persuasiva porque es una recapitulación de los principales y más importantes argumentos.^[213]

Para ARISTÓTELES el epílogo consiste en cuatro puntos:

- a) Inclinar al auditorio a nuestro favor y en contra del adversario;
- b) Amplificar y minimizar lo que se ha demostrado;
- c) Excitar las pasiones en el oyente;
- d) Hacer que el auditorio recuerde los puntos más importantes del discurso.^[214]

QUINTILIANO le agrega la queja (consiste en exaltar la piedad de los jueces mediante la utilización de lo patético que debe estar siempre acompañado de argumentos) o la conmiseración.^[215]

Funciones del epílogo:

- a) La persuasión.

Consiste en recordar y revisar rápidamente los principales argumentos tratados durante la argumentación y la refutación, se trata de no repetir el discurso.

- b) La implicación del auditorio.

Se logra recurriendo a la conmoción para granjearse la benevolencia de los jueces mediante su implicación en el plano emotivo. Se utilizan dos técnicas de implicación:

§ *La indignatio*, el propósito es suscitar el rechazo del público y del tribunal en contra de un hecho o del adversario.

§ *La commiseratio*, mencionando la suerte adversa, enfermedades u otras desventuras sucedidas al acusado o a sus familiares.^[216]

5. FIGURAS RETÓRICAS

A) DEFINICIÓN

Según Helena BERISTÁIN es la expresión que se aparta del uso gramatical común, ya sea desviada de otras figuras o de otros discursos cuyo propósito es lograr un efecto estilístico, lo mismo cuando consiste en la modificación por la distribución de las palabras que cuando se trata de un nuevo giro de pensamiento que no altera las palabras ni la estructura de las frases.^[217]

Para Alberto Vicente FERNÁNDEZ son las formas de presentar los pensamientos y cambiarlos sustancialmente y los modifica con el fin de darles mayor energía y belleza supliendo además la deficiencia del lenguaje no figurado, insuficiente a veces para expresar o hacer más clara alguna idea.^[218]

De estas definiciones se desprende que la principal función de las figuras retóricas es hacer elegante el discurso y embellecerlo, por lo tanto para un discurso común y hasta político se podrán utilizar pero sin abusar de ellas; pero en cambio para el discurso, forense del abogado, más que sea bello el discurso, importa que demuestre y convenza. No obstante es necesario que el juez y el abogado conozcan las figuras para que en el discurso oral puedan saber cuándo se están usando o que se está abusando de ellas y así separar lo que es argumentación de lo que es adorno del discurso. Las figuras retóricas más comunes son las siguientes.

La figura se convierte en argumentativa si, al generar un cambio de perspectiva, su empleo es normal en comparación con la nueva situación sugerida.^[219]

Por ejemplo algunas figuras como la alusión, que es cuando la interpretación de un texto es incompleta, por olvidar la referencia voluntaria del autor a algo que evoca sin designarlo, ese algo podría consistir en un acontecimiento del pasado o un hecho de cultura cuyo conocimiento es propio de los miembros del grupo a los cuales el orador intenta establecer esta comunión.^[220]

Por lo anterior, la figura cumple una importante función en el discurso oral, sobre todo ahora en los juicios orales en la etapa de juicio oral, al momento de que los abogados expresan sus alegatos de clausura, pueden cerrar su discurso con una figura que impacte al auditorio.

B) CARACTERÍSTICAS

Para que sea una figura retórica una expresión debe contar al menos con

las siguientes características:

§ Una estructura discernible, independiente del contenido, es decir una forma (sintáctica, semántica o pragmática),

§ Un empleo que se aleja de la forma normal de expresarse y que por consiguiente atrae la atención.

C) CLASES

1) *Figuras de dicción*

Son las figuras que se refieren a la forma y la expresión de las palabras para darle un efecto estilístico.

a) *Asíndeton*

Es la figura de dicción en la que se suprime la conjunción para darle más énfasis a la frase. Por ejemplo: “El imputado entró, robó, huyó”.

b) *Isolocón*

Es la figura de dicción que consiste en la repetición de palabras al inicio de la frase. Por ejemplo: “El acusado... se aprovechó de la confianza, se aprovechó de la amistad, se aprovechó de su inocencia”.

2) *Figuras de traslación (tropos)*

Son las figuras en las que se traslada el significado natural de las palabras por uno figurado.

a) *Metáfora*

Es la figura de traslación (tropo) en la que se utilizan cosas animadas o inanimadas para designar otras.

Es una de las principales figuras o tropo que se presenta como una comparación abreviada y elíptica (sin el verbo), y se funda en una relación o semejanza entre el significado de las palabras que en ella participan, a pesar de que asocia términos de la realidad que habitualmente no se vinculan.^[221] En el lenguaje cotidiano la gente sin darse cuenta o por costumbre utilizan metáforas para comunicarse, pues es común escuchar frases como ésta: “En el ocaso de su vida”.^[222]

La metáfora tiene las siguientes características:

§ Las metáforas tienen una existencia cultural e histórica que les da su

aceptación.

§ Las metáforas impregnan el lenguaje cotidiano pero también se encuentran en el lenguaje literario y poético.

§ Proviene de la convencionalización, lo que les da aceptación en los hablantes, que a través del consenso las admiten.

§ El uso metafórico consiste en una superposición de dos dominios (usos) donde cada casillero del dominio fuente se proyecta en el casillero correspondiente del dominio meta, por ejemplo: “La vida es un viaje”.

[\[223\]](#)

Si se usa la partícula “como” o “igual” es analogía. Por ejemplo: “La atacó feroz como un perro”.

Si no se usa ninguna partícula es una metáfora. Por ejemplo: “El acusado le robó su inocencia”.

b) Metonimia

Es el tropo en la que se pone un nombre por otro, se sustituye el efecto por la causa, se cambia lo abstracto por lo concreto.

Es la figura que consiste en designar una cosa con el nombre de otra o tomamos el signo por la cosa significada, por ejemplo decimos: “El placer de Baco en vez de el placer del vino”. [\[224\]](#)

◆ Por ejemplo: “Escuchó los gritos de la víctima todo el vecindario”.

c) Sinécdoque

Es un tropo [\[225\]](#) que consiste en extender, restringir o alterar de algún modo el significado de las palabras porque existe una relación de simultaneidad; por ejemplo, se designa el todo por unas partes: “Tengo veinte cabezas de ganado”, o bien se designa una cosa con el nombre de la materia de que está formada: “El caballero blandió su acero”. [\[226\]](#)

Formas de sinécdoque:

i. Tomar el género por la especie: mortales en vez de hombres.

ii. El todo por la parte: tigre por piel de tigre.

iii. Plural por singular: decimos en lugar de digo.

iv. La especie en vez del género: el pan nuestro de cada día.

v. La parte por el todo: techo en vez de casa.

vi. Singular por el plural: el español piensa, en lugar de los españoles piensan.^[227]

3) Figuras de construcción

Son las figuras en las que se altera el orden natural de las palabras en una frase (sintaxis) para darle más énfasis a una palabra y lograr un efecto mejor.

a) Hipérbaton

Es la figura de construcción que consiste en cambiar el orden natural con que se escriben las palabras.

Por ejemplo: “Del crimen, sus Señorías, del que jamás antes se tuvo noticia, este día a hablarles vengo yo”.

b) Quiasmo

Es la figura de construcción en que la antítesis es cruzada en forma de X, permutación del orden de las palabras de manera de paralelismo sintáctico entre conceptos discordantes entre ellos.

Por ejemplo:

Porque siempre será mejor...
Investigar para detener que,
Detener para investigar

d) Hipérbole

Mediante esta figura se exagera aquello de que se habla, por ejemplo cuando se dice: “Los testigos dijeron miles de veces que el acusado disparó”, cuando en realidad se usa para decir que fueron muchas veces.^[228]

4) Figuras de pensamiento

Son las figuras que rebasan el marco lingüístico, textual, presentan la idea bajo un cariz distinto del que parece deducirse del párrafo y se interpretan con auxilio de contextos más amplios, ya sea explícitos o implícitos por sabidos o inferibles.^[229]

a) Lilote

Es la figura de pensamiento que consiste en expresar un concepto de manera atenuada, con el fin de reforzarlo o ironizar acerca de él.

Por ejemplo: “El imputado sólo se defendió”. (para decir que asesinó a la víctima)

b) Suspensión

Es la figura de pensamiento que consiste en la sorpresa causada por un pensamiento final no revelado hasta entonces por el abogado y remata con la palabra.

Por ejemplo: “Que si la víctima lo conocía, claro que sí... era su amante”.

NOTAS

[1] CAVARÍA RUIZ, Diego F., “Explicación y aplicación de los argumentos falaces”, en LEÓN PASTOR, Ricardo, *Introducción al razonamiento jurídico*, Academia de la Magistratura de Lima Perú, 2005.

[2] TOULMIN citado por ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, 3a. reimp. UNAM, México, 2007, p. 83.

[3] GIANFORMAGGIO, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica”, en *Doxa*, No. 4, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1987, www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA

[4] FALCÓN, Enrique M., ROJAS, Jorge A., *Cómo se hace un alegato*, 2a. ed., Abeledo Perrot, Argentina, 2003, p. 54.

[5] MINA PAZ, Álvaro, “Reflexiones preliminares y lineamiento metodológico para la meta-comprensión de la teoría de la argumentación”, en LEÓN PASTOR, Ricardo, *Introducción al razonamiento jurídico*, Academia de la Magistratura de Lima, Perú, 2005.

[6] COPI, Irving M., COHEN, Carl, *Introducción a la Lógica*, trad. Edgar Antonio González Ruiz, Noriega Editores, México, 2002, p. 19.

[7] CASTILLO ALVA, José Luis, LUJÁN TÚPEZ, Manuel, y ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara Editores, Perú, 2006, p. 48.

[8] ATIENZA, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación*, Editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004, p. 17.

[9] PLANTIN, Christian, *La argumentación*, trad. TUSÓN VALLS, Amparo, 3a. ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2002, p. 33.

[10] WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. MALEM SEÑA, Jorge, 7a. ed., Barcelona, 2002, p. 19.

[11] DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación, elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 231.

[12] PLANTIN, Christian, *op. cit.*, p. 112.

[13] MONTOLÍO, Estrella, *Conectores de la lengua escrita*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001, p. 21.

[14] *Ibidem*, p. 62.

- [15] DEHESA DÁVILA, Gerardo, *op. cit.*, p. 237.
- [16] MONTOLÍO, Estrella, *op. cit.*, p. 53.
- [17] DEHESA DÁVILA, Gerardo, *op. cit.*, p. 255.
- [18] MARTÍNEZ, Roser, *Conectando texto, guía para el uso efectivo de los elementos conectores del castellano*, Editorial Octaedro, Barcelona, 1997, p. 47.
- [19] DEHESA DÁVILA, Gerardo, *op. cit.*, p. 262.
- [20] MONTOLÍO, Estrella, *op. cit.*, p. 157.
- [21] DEHESA DÁVILA, Gerardo, *op. cit.*, p. 282.
- [22] *Ibidem*, p. 296.
- [23] *Ibidem*, p. 300.
- [24] MONTOLÍO, Estrella, *op. cit.*, p. 142.
- [25] *Ibidem*, p. 45.
- [26] *Ibidem*, p. 156.
- [27] DEHESA DÁVILA, Gerardo, *op. cit.*, p. 294.
- [28] MONTOLÍO, Estrella, *op. cit.*, p. 145.
- [29] DEHESA DÁVILA, Gerardo, *op. cit.*, p. 302.
- [30] *Ibidem*, p. 301.
- [31] *Ibidem*, p. 63.
- [32] FUENTES RODRIGUEZ, Catalina, ALCAIDE LARA, Esperanza, *La argumentación lingüística y sus medios de expresión*, Editorial Arco Libros, Madrid, 2007, p. 61.
- [33] *Ibidem*, p. 62.
- [34] PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho, argumentación jurisdiccional*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 84.
- [35] CARRILLO GUERRERO, Lázaro, “Argumentación y argumento”, en *Revista Signa*, No. 16, Granada, 2007, p. 315.
- [36] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 196.
- [37] MARROQUÍN ZAleta, Jaime Manuel, *Técnica para la elaboración de una sentencia de amparo directo*, 7a. ed., Editorial Porrúa, México, 2002, p. 298.
- [38] *Idem*.
- [39] *Idem*.
- [40] *Idem*.
- [41] TOULMIN, Stephen Edelson, *Los usos de la argumentación*, trads. María Morrás y Victoria Pineda, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 132.
- [42] PLANTIN, Christian, *op. cit.*, p. 42.
- [43] Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se ha inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, 2a. ed. trad. Andrés de la Oliva Santos, Editorial Temis, Bogotá, 1999, p. 27.
- [44] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti, ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 91.
- [45] ORDUÑA SOSA, Héctor, *Redacción judicial*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007, p. 173.
- [46] Este modelo demostrativo es recomendado y utilizado por los tribunales federales en la redacción de las sentencias *Cfr.*, RODRÍGUEZ MINAYA, Juan Ramón, *Amparo directo cuaderno de trabajo I*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 280.
- [47] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *op. cit.*, p. 198.
- [48] *Ibidem*, p. 159.
- [49] ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (El Organón)* Trad. Francisco Larroyo, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p. 307.
- [50] COPI, Irving, CHOEN, Carl, *op. cit.*, p. 245.

- [51] *Ibidem*, p. 246.
- [52] LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Metodología jurídica*, Iure Editores, México, 2000, p. 94.
- [53] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *op. cit.*, p. 121.
- [54] COPI, Irving M., COHEN, Carl, *op. cit.*, pp. 299-300.
- [55] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *op. cit.*, p. 120.
- [56] MARTINEAU, Francois, *Técnicas de argumentación del abogado*, trad. GUEVARA BRINGAS, Ricardo, Editorial Bosh, Barcelona, 2000, p. 44.
- [57] MARAFIOTI, Roberto, *Parlamentos, Teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 39, también MARTINEAU, Francois, *op. cit.*, p. 44.
- [58] LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *op. cit.*, p. 92.
- [59] COPI, Irving M., COHEN, Carl, *op. cit.*, p. 294.
- [60] VEGA REÑON, Luis, OLMOS GÓMEZ, Paula, *Compendio de lógica, Argumentación y Retórica*, Editorial Trota, Madrid, 2011, p. 226, también del mismo autor “Entimemas”, Revista DOXA, no. 27, Departamento de Filosofía de Derecho, Universidad de Alicante, Madrid, 2004, p. 283.
- [61] VEGA REÑON, *op. cit.*, p. 228.
- [62] LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *op. cit.*, p. 94.
- [63] PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio, *Teoría del Derecho*, Editorial Iure, México, 2006, p. 190.
- [64] SALGUERO, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002, p. 124.
- [65] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio facti, Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 70.
- [66] PECZENIK, Alexander, *Saltos y Lógica en el Derecho ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica?* en *Derecho y Razón*, trad. Garzón Valdés, Ernesto, Fontamara, México, 2000, p. 99.
- [67] DE ASÍS ROIG, Rafael, *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 23.
- [68] *Ibidem*, p. 27.
- [69] Ejercicio tomado de DE ASÍS ROIG, Rafael, *op. cit.*, pp. 158-159.
- [70] COPI, Irving, citado por GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p. 306.
- [71] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *op. cit.*, p. 66.
- [72] *Ibidem*, p. 67.
- [73] MARTINEAU, Francois, *op. cit.*, p. 43.
- [74] BOBBIO citado por SALGUERO, Manuel, *op. cit.*, p. 83.
- [75] SALGUERO, Manuel, *op. cit.*, p. 84.
- [76] GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *La lógica del raciocinio jurídico*, 3a. ed., Fontamara, México, 1999, p. 156.
- [77] SNOECK HENKEMANS, Francisca, “Estructuras de la argumentación”, en MARAFIOTI, Roberto (editor), *Parlamentos, Teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 37.
- [78] EEMEREN VAN, Frans H., GROOTENDORST, Rob y SNOECK HENKEMANS, Francisca, *Argumentación, análisis, evaluación, presentación*, trad. Roberto Marafioti, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006, p. 69.
- [79] FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina, ALCAIDE LARA, Esperanza, *La argumentación lingüística y sus medios de expresión*, Arco-Libros, Madrid, 2007, p. 43.
- [80] LO CASCIO, Vincenzo, *Gramática de la argumentación*, trad. David Casacuberta, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 102.
- [81] FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina, ALCAIDE LARA, Esperanza, *op. cit.*, p. 43.
- [82] LO CASCIO, Vincenzo, *op. cit.* p. 102.
- [83] EEMEREN VAN, Frans H., GROOTENDORST, Rob y SNOECK HENKEMANS, Francisca, *op. cit.*, p. 70.
- [84] ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2a. ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 197.

- [85] EEMEREN VAN, Frans H., GROOTENDORST, Rob y SNOECK HENKEMANS, Francisca, *op. cit.*, p. 70.
- [86] SNOECK HENKEMANS, Francisca, *op. cit.*, p. 62.
- [87] EEMEREN VAN, Frans H., GROOTENDORST, Rob y SNOECK HENKEMANS, Francisca, *op. cit.*, p. 71.
- [88] LO CASCIO, Vincenzo, *op. cit.*, p. 103.
- [89] ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 197.
- [90] GARSEN, Bart, “Esquemas argumentativos”, en MARAFIOTI, Roberto (editor), *Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 31.
- [91] EEMEREN VAN, Frans H., GROOTENDORST, Rob y SNOECK HENKEMANS, Francisca, *op. cit.*, p. 101.
- [92] *Ibidem*, p. 103.
- [93] *Ibidem*, p. 105.
- [94] GARSEN, Bart, “Esquemas argumentativos”, en MARAFIOTI, Roberto (editor), *op. cit.*, p. 32.
- [95] EEMEREN VAN, Frans H., GROOTENDORST, Rob y SNOECK HENKEMANS, Francisca, *op. cit.*, p. 96.
- [96] *Ibidem*, p. 97.
- [97] URETA GUERRA, Juan, “Teoría de la Argumentación Jurídica material de lectura”, en LEÓN PASTOR, Ricardo, *op. cit.*
- [98] LO CASCIO, Vincenzo, *op. cit.*, p. 44.
- [99] URETA GUERRA, Juan, “Teoría de la Argumentación Jurídica material de lectura”, en LEÓN PASTOR, Ricardo, *op. cit.*
- [100] RANGEL HINOJOSA, Mónica, *El debate y la argumentación, teoría, técnicas y estrategias*, 2a. reimp., Editorial Trillas, México, 2003, p. 82.
- [101] J. GLYNOS, D. HOWARTH y A. NORVAL, “Discourse Analysis: Varieties and Methods” en ESRC National Centre for Resersrh Methods Review, agosto de 2009.
- [102] ARISTÓTELES, *Retórica*, trad. Quintín RACIONERO, Editorial Gredos, Madrid, 1990, p. 586.
- [103] PLANTIN, Christian, *op. cit.*, p. 44.
- [104] MARTINEAU, Francois, *op. cit.* p. 69.
- [105] CALONJE, Concha, *Técnica de la argumentación jurídica*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 190.
- [106] MARTINEAU, Francois, *Técnicas de argumentación del abogado*, trad. Ricardo Guevara Bringas, Editorial Bosh, Barcelona, 2000. p. 60.
- [107] CAPALDI, Nicholas, *Cómo ganar una discusión*, 2a. reimp., Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, p. 110.
- [108] ESTALELLA DEL PINO, Jordi, *El abogado eficaz*, 2a. ed., Editorial La Ley, Madrid, 2005, p. 138.
- [109] CAPALDI, Nicholas, *op. cit.*, p. 110.
- [110] GARCÍA RESTREPO, Luis E., *Elementos de lógica para el derecho*, 2a. ed., Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2003, pp. 148-150.
- [111] CAPALDI, Nicholas, *op. cit.*, p. 110.
- [112] GARCÍA RESTREPO, Luis E., *op. cit.*, pp. 148-150.
- [113] CAPALDI, Nicholas, *op. cit.*, p. 110
- [114] CALONJE, Concha, *op. cit.*, p. 187.
- [115] CAPALDI, Nicholas, *op. cit.*, p. 110.
- [116] *Idem*.
- [117] *Idem*.
- [118] SABANERO GODÍNEZ, Jaime, *et. al.*, *La argumentación*, CCH-UNAM, México, p. 162.
- [119] MINA PAZ, Álvaro, *op. cit.*
- [120] CATTANI, Adelino, *Los usos de la retórica*, Alianza, Madrid, 2003, p. 62.
- [121] EEMEREN VAN, Frans H. y GROOTENDORST, Rob, *op. cit.*, p. 55.
- [122] ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Fontamara, México, 2004, p. 267, también EEMEREN VAN, Frans H. y GROOTENDORST, Rob, *Argumentación, comunicación y falacias*, 2a. ed., Trads. Celso López, y Ana María Vicuña, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2002, p. 175.

- [123] HAMILTON, Guillermo Gerardo, *Lógica parlamentaria*, Trad. La Española Moderna, Fontamara, México, 1991, p. 17.
- [124] SCHOPENHAUER, Arthur, *El arte de tener siempre la razón y otros ensayos*, Santillana, México, 2006, p. 155.
- [125] HAMILTON, Guillermo Gerardo, *op. cit.*, p. 25.
- [126] MINA PAZ, Álvaro, *op. cit.*
- [127] CAPALDI, Nicholas, *op. cit.*, p. 110.
- [128] GARCÍA RESTREPO, Luis E., *Elementos de lógica para el derecho*, 2a. ed., Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2003, pp. 148-150.
- [129] *Idem.*
- [130] *Idem*
- [131] SCHOPENHAUER, Arthur, *op. cit.*, p. 155.
- [132] HAMILTON, Guillermo Gerardo, *op. cit.*, p. 23.
- [133] ANDRUET, Armando, *Teoría general de la argumentación forense*, Alveroni Ediciones, Argentina, 2003, p. 318.
- [134] PLANTIN, Christian, *op. cit.*, p. 49.
- [135] ANDRUET, Armando, *op. cit.*, p. 319.
- [136] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Lógica para juristas*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1978, p. 211.
- [137] ANDRUET, Armando S., *op. cit.*, p. 319.
- [138] *Ibidem*, p. 320.
- [139] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *op. cit.*, p. 212.
- [140] ANDRUET, Armando, *op. cit.*, p. 321
- [141] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *op. cit.*, p. 213.
- [142] ANDRUET, Armando, *op. cit.*, p. 322.
- [143] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *op. cit.*, p. 214.
- [144] ANDRUET, Armando, *op. cit.*, p. 323.
- [145] *Idem.*
- [146] *Ibidem.* p. 325.
- [147] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *op. cit.*, p. 213.
- [148] ANDRUET, Armando, *op. cit.*, p. 326.
- [149] MANS PUIGARNAU, Jaime M., *op. cit.*, p. 214.
- [150] ANDRUET, Armando, *op. cit.*, p. 328.
- [151] MORESO MATEOS, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2006, p. 166.
- [152] COPI, Irving M., COHEN, Carl, *Introducción a la lógica*, Noriega Editores, México, 2002.
- [153] CAVARÍA RUIZ, Diego F., “Explicación y aplicación de los argumentos falaces”, en LEÓN PASTOR, Ricardo, *Introducción al razonamiento jurídico*, Academia de la Magistratura de Lima, Perú, 2005.
- [154] MORESO MATEOS, Josep Joan, *op. cit.*, p. 166.
- [155] ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, *op. cit.*, p. 108.
- [156] MORESO MATEOS, Josep Joan, *op. cit.*, p. 166.
- [157] ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, p. 108.
- [158] *Idem.*
- [159] ESTALELLA DEL PINO, Jordi, *op. cit.*, p. 141.
- [160] *Idem.*
- [161] *Idem.*
- [162] *Ibidem*, p. 142.
- [163] *Idem.*
- [164] CASTILLO ALVA, José Luis, *op. cit.*, p. 352.

- [165] *Ibidem*, p. 355.
- [166] COMESAÑA, Juan Manuel, *Lógica informal, falacias y argumentos filosóficos*, 2a. ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 2001, pp. 60 y ss.
- [167] TOULMIN, Stephen citado por ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, 2004, México, p. 94.
- [168] *Idem*.
- [169] *Idem*.
- [170] *Idem*.
- [171] MARAFIOTI, Roberto (editor), *Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007, p. 99.
- [172] ARISTÓTELES, *Retórica*, Trad. RACIONERO, Quintín, Editorial Gredos, Madrid, 1990, p. 173.
- [173] BERISTÁIN, Helena, *Diccionario de retórica y poética*, Editorial Porrúa, 2004, México, p. 26.
- [174] *Ibidem*, p. 427.
- [175] CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “*Panorama breve sobre la retórica, su naturaleza y su evolución histórica*”, UNAM, p. 36.
- [176] LÓPEZ NAVIA, Santiago A., *El arte de hablar bien y convencer*, Editorial Planeta Mexicana, México, 1997, p. 62.
- [177] CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *op. cit.*, p. 37.
- [178] BERISTÁIN, Helena, *op. cit.*, pp. 427-428.
- [179] CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *op. cit.*, p. 37.
- [180] ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación, op. cit.*, p. 272.
- [181] BERISTÁIN, Helena, *op. cit.*, p. 428.
- [182] *Idem*.
- [183] CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *op. cit.*, p. 37.
- [184] FERNÁNDEZ, Alberto Vicente, *op. cit.*, p. 106.
- [185] ANDRUET, Armando S., *op. cit.*, p. 294.
- [186] ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 193.
- [187] ANDRUET, Armando S., *op. cit.*, p. 296.
- [188] BERISTÁIN, Helena, *op. cit.*, p. 427.
- [189] *Idem*.
- [190] ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 194.
- [191] BERISTÁIN, Helena, *op. cit.*, p. 427.
- [192] ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 559.
- [193] MARTINEAU, Francois, *op. cit.*, p. 13.
- [194] *Ibidem*, p. 33.
- [195] *Ibidem*, p. 18.
- [196] TRAVERSI, Alessandro, *La defensa penal, técnicas argumentativas y oratorias*, trad. María de los Ángeles Gómez Campos, Editorial Aranzadi Navarra, 2005, p. 113.
- [197] MARTINEAU, Francois, *op. cit.*, p. 18.
- [198] *Ibidem*, p. 15.
- [199] *Ibidem*, p. 20.
- [200] *Ibidem*, p. 21.
- [201] ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 571.
- [202] BERISTÁIN, Helena, *op. cit.*, pp. 158-159.
- [203] GHIRALDI, Olsen A., *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 96.
- [204] MARTINEAU, Francois, *op. cit.*, p. 24.
- [205] *Ibidem*, p. 27.
- [206] GHIRALDI, Olsen A., *op. cit.*, p. 95.
- [207] ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 580.

- [208] *Ibidem*, p. 290.
- [209] *Ibidem*, p. 404.
- [210] *Ibidem*, p. 586.
- [211] SCHOPENHAUER, Arthur, *El arte de tener siempre la razón y otros ensayos*, Santillana, México, 2006, p. 153
- [212] BERISTÁIN, Helena, *op. cit.*, p. 159.
- [213] TRAVERSI, Alessandro, *op. cit.*, p. 122.
- [214] ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 594.
- [215] MARTINEAU, Francois, *op. cit.*, pp. 71-75.
- [216] TRAVERSI, Alessandro, *op. cit.*, p. 122
- [217] BERISTÁIN, Helena, *op. cit.*, p. 211.
- [218] FERNÁNDEZ, Alberto Vicente, *Arte de la persuasión oral*, 7a. reimp. Editoria Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 189.
- [219] PERELMAN, Chaïm, *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, 2a. reimp., trad. Julia Cevilla Muñoz, Editorial Gredos, Madrid, 1989, p. 271.
- [220] *Ibidem*, p. 282.
- [221] *Ibidem*, p. 270.
- [222] BERISTÁIN, Helena, *op. cit.*, p. 310.
- [223] DI STEFANO, Mariana (coord.) *Metáforas en uso*, Editorial Biblos 2a. ed., Buenos Aires, 2006, p. 58.
- [224] ORTEGA CARMONA, Alfonso, *Retórica y derecho, tareas del abogado*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2008.
- [225] Por tropo se entiende el empleo de palabras en sentido distinto del que propiamente les corresponde, pero que tienen con éste alguna conexión, correspondencia o semejanza; su principal función es asociar ideas.
- [226] CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *Oralidad, debate y argumentación*, reimp., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 339. FERNÁNDEZ, Alberto Vicente, *op. cit.*, p. 191.
- [227] ORTEGA CARMONA, Alfonso, *op. cit.*
- [228] CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *op. cit.*, p. 339.
- [229] BERISTÁIN, Helena, *op. cit.*, p. 214.

CAPÍTULO TERCERO

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

SUMARIO: I. Definición de argumentación jurídica, II. Características de la argumentación jurídica, III. Los fines de la argumentación jurídica, IV. Instancias de la argumentación jurídica, V. Teorías de la argumentación jurídica

I. DEFINICIÓN DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para Neil MACCORMICK, la argumentación jurídica es una controversia orientada a poner de manifiesto las razones que muestren que una decisión es justa porque es coherente con la ley.^[1]

Para ÓSCAR CORREAS argumentar suele decirse que es dar razones que justifiquen una decisión. Justificar, no es otra cosa que conseguir la aceptación de la decisión por parte de un auditorio, que podría ser la comunidad de juristas en primera instancia y la sociedad civil en definitiva.^[2]

PUY MUÑOZ señala que es difícil elaborar una definición de argumentación jurídica y propone por ejemplo que la argumentación jurídica es la acción de inventar razonamientos con pruebas y justificaciones capaces de convencer a alguien de que reconozca un derecho ajeno que no reconoce, o de persuadir a alguien de que respete un derecho ajeno que pretende ignorar, y señala que como puede verse no es posible elaborar una definición de argumentación jurídica aceptada por todos los sectores, pero señala que la persuasión es el elemento nuclear de la definición de argumentación jurídica.^[3]

Por lo anterior, si argumentar significa dar razones en apoyo de una conclusión, entonces en el ámbito jurídico la argumentación será aquella que utilice leyes, principios, precedentes y doctrina como respaldo a esas razones.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Para EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS la argumentación jurídica tiene las siguientes características:

La argumentación jurídica está presidida por el interés jurídico, pues las discusiones de los legisladores que preceden y se condensan en normas persiguen el interés jurídico en cuanto modifican el ámbito de derechos y obligaciones ya establecidos; como también los estudios y motivaciones de las autoridades administrativas traducidas en reglamentos, puesto que su finalidad es hacer más nítidos los límites y más eficaces los derechos y las obligaciones; también las sentencias judiciales, prototipo de argumentación puesto que en ellas se define el alcance del derecho; igualmente los abogados y los particulares a través de los razonamientos que preceden a sus comportamientos procuran la realización del interés jurídico que es el objeto material de los derechos y obligaciones.

La argumentación jurídica se elabora en torno a sujetos jurídicos, ya que se orientan a definir las acciones de un sujeto dentro del sistema de derechos y deberes o a interpretarlas en orden a calificar su conformidad con el sistema y a determinar las consecuencias por haber actuado según lo previsto o por desacato de lo prescrito, por lo tanto una persona actúa en su condición de sujeto jurídico.

La argumentación jurídica se desenvuelve en la institucionalidad jurídica, la institucionalidad está constituida por la existencia de un derecho positivo y por reglas de procedimiento que regulan la argumentación jurídica. El contenido de las argumentaciones debe estar referido al derecho positivo en vigor en cada país.

La argumentación jurídica soluciona de manera definitiva situaciones particulares, pues la intangibilidad de soluciones es la manera en que el derecho de naturaleza dinámica realiza la seguridad jurídica, el constante fluir del derecho debe detenerse ante circunstancias específicas e individuales: los derechos adquiridos con arreglo a la legislación vigente y las decisiones judiciales que resuelven el caso particular.

La racionalidad del derecho se autocorriga, la facultad de autocorrección del derecho se ejerce a partir del plano de lo general, y es a partir de la argumentación de las decisiones judiciales la manera cómo se van reinterpretando las normas para su perfeccionamiento.^[4]

Otra característica que le imprime ALEXY a la argumentación jurídica es su carácter limitado en el proceso judicial, pues las intervenciones y los roles que de antemano son desigualmente distribuidos, están restringidos temporalmente y reglamentados por medio de las reglas procesales.^[5]

III. LOS FINES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación jurídica, independientemente de que en cada uno de sus ámbitos (judicial, legislativo, administrativo y forense) tenga objetivos específicos, tiene los siguientes fines:

§ La justificación de la propia posición sobre la cuestión jurídica planteada, es decir, se deberá justificar con razones aceptables y convincentes el porqué se asume una postura.

§ La argumentación jurídica que se elabora de manera correcta por parte de los jueces en la impartición de justicia es recomendable porque:

- *Las partes* en el juicio tienen un especial interés en conocer las razones, pues sólo con base en decisiones razonadas las partes pueden estimar si la apelación es posible, plausible o, incluso, necesaria.
- *El tribunal* necesita también de razones. Por medio de argumentos bien formulados el tribunal puede llevar a cabo un útil autocontrol que le permita probar la solidez de sus soluciones.
- *El tribunal de apelación* y la Suprema Corte tienen mejores posibilidades de garantizar la protección jurídica de las partes, así como, la protección general, si las decisiones de los tribunales inferiores están correctamente justificadas. La deliberación de un caso en los tribunales de instancia superior es una especie de diálogo con el tribunal inferior. Este diálogo puede producir una protección jurídica máxima si, y sólo si, los argumentos del tribunal inferior son correctos y públicos. El diálogo se establece entre argumentos, y la “mejor solución posible” al caso es aquella que se basa en el conjunto de argumentos mayor y más coherente.^[6]

§ El objeto y función de la argumentación jurídica es dar respuesta a uno de los problemas centrales de la aplicación del derecho: como justificar la elección entre las alternativas jurídicamente justas, correctas, ciertas y válidas, entre otras, a través de criterios de racionalidad y de razonabilidad.^[7]

§ Lograr la persuasión y el convencimiento del auditorio a quien va dirigido el argumento, que pueden ser las partes en un juicio, la autoridad jurisdiccional ya de primera o segunda instancia, los

destinatarios de una nueva ley, el público en un evento académico, o el contrincante en un debate jurídico.

§ Establecer posibilidades de una racionalidad práctica diferenciada de la teórica, es decir, aquella racionalidad que se da en un contexto específico como sería la racionalidad de una decisión judicial.

§ Controlar la racionalidad de una decisión jurídica, para que no sea arbitraria y sin justificación adecuada y suficiente.

§ Motivar una decisión jurídica, entendida la motivación como aquella justificación que supone dar razones adecuadas y suficientes que garanticen el cumplimiento de la garantía constitucional de fundamentación y motivación.

§ Establecer mecanismos y criterios para controlar la racionalidad de la interpretación, pues ésta no puede ser arbitraria y caprichosa sino que deberá el intérprete justificar por qué elige un método de interpretación y no otro, toda vez que no existen criterios normativos que establezcan el orden de su aplicación.

§ Controlar la motivación en la valoración de las pruebas, porque en la práctica los jueces utilizan fórmulas como la de la valoración conjunta, pero en realidad no analizan ni valoran individualmente cada prueba, esto es, no señalan por qué sí o por qué no le conceden valor probatorio a una prueba y sobre todo qué parámetros tomaron en cuenta para su apreciación.

§ Justificar externamente una decisión jurídica, y no sólo internamente, esto es, se deberá justificar el porqué de la elección de las premisas y no sólo su corrección lógica como silogismo o deducción.

§ Cómo refutar y contradecir los argumentos y pretensiones del abogado contrario y además también refutar los fundamentos y motivaciones de las autoridades en las sentencias.

IV. INSTANCIAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. LEGISLATIVAS

§ La argumentación jurídica juega un papel de suma importancia en las instancias legislativas, debido a que los legisladores necesitan argumentar, primero, frente a los mismos integrantes del congreso para convencerlos de la

necesidad de la creación o reforma de una ley, y precisamente es una gran oportunidad para que debatan en torno a una ley, segundo también argumentan en las exposiciones de motivos de las leyes para convencer a los destinatarios de la ley sobre la utilidad y necesidad de su promulgación; no obstante que en esta instancia no es una argumentación libre en virtud de que los legisladores pertenecen a fracciones parlamentarias que generalmente representan los intereses del partido y por lo tanto argumentan en su nombre, y puede suceder que no lo hagan convencidos de la postura que asumen.

2. JUDICIALES

Con motivo de que es en las instancias judiciales en donde se resuelven conflictos, es allí donde es más necesaria la argumentación jurídica, pues siendo la motivación de las sentencias en la mayoría de los países una garantía constitucional es necesario que las autoridades expongan las razones que justifiquen el sentido de su decisión, y qué mejor que esas razones sean buenos argumentos que apoyen los considerandos de su resolución; además las partes en un juicio necesitan de argumentos que los convenzan de que la decisión jurídica emitida por la autoridad es justa.

3. ADMINISTRATIVAS

Debido a que las autoridades administrativas resuelven recursos interpuestos por los particulares relativos a diferentes actos de molestia emitidos por aquellas, al momento de que dictan las resoluciones y de acuerdo a la obligación constitucional que tienen las autoridades de fundar y motivar su resoluciones, al hacerlo necesitan argumentar adecuadamente para que no sea un acto arbitrario y caprichoso de la propia autoridad, pues a través de la motivación es como se controla la justificación al momento que se emite el acto, la entidad administrativa para su ulterior revisión por una entidad superior, quien a su vez también habrá de motivar con buenos argumentos su resolución.

4. EXPERTOS EN DERECHO

Tanto en la dogmática jurídica como los expertos en derecho necesitan argumentar a favor de sus tesis y teorías con las que elaboran sus posturas y propuestas de solución a problemas jurídicos, y siendo que actualmente estas

instancias como los institutos de investigaciones se han convertido en órganos de opinión con relación a temas de actualidad o a decisiones relevantes emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entonces es necesaria la argumentación jurídica para sustentar sus opiniones y además para debatir entre los mismos doctrinarios sobre sus propuestas de solución.

Estas opiniones se expresan a través de un documento conocido como dictamen jurídico, y se define como una opinión de un jurista sobre una pregunta que le ha sido planteada, sobre un tema del que es experto, para que dé una respuesta jurídicamente razonada, es decir que debe fundamentar su respuesta en una serie de razones de tipo jurídico, pues la calidad de un dictamen viene dada por la calidad de su fundamentación o argumentación, que es lo que le da fuerza de convicción.^[8]

Un dictamen como ejercicio argumentativo consta de las siguientes partes:

a) *Introducción o antecedentes*, son los hechos concretos que dan lugar a la consulta o al planteamiento del problema, y que hay que tomar en cuenta en relación con el caso; se presentarán de manera ordenada y de acuerdo a la cronología que ocurrieron o se presentaron.^[9]

b) *Consulta formulada o planteamiento del problema*, son las preguntas que se someten a la consideración del experto y los problemas que habrán de resolverse, para ello se calificarán los hechos determinando sus consecuencias jurídicas con referencia a las cuestiones jurídicas que pueden suscitarse.

c) *Posibles soluciones y argumentos de apoyo*, ésta es la parte más argumentativa del dictamen, en la que habrán de asumirse las posturas; con relación a las consultas y los problemas, pero sobre todo deberán presentarse los argumentos que justifiquen y den razones del porqué de esas posturas; y si se pretende apartarse de una opinión sustentada en un precedente, de acuerdo al principio de inercia, tiene la carga de la argumentación para justificar su tesis; aquí también se pueden refutar las posibles objeciones que se pudieran formular a nuestra postura,^[10] además se debe tomar en cuenta que si se presentan dos o más soluciones al problema consultado la mejor será la que esté más fundamentada y tener presente que la aceptabilidad de la respuesta condiciona la postura, pues en la medida de que los destinatarios del dictamen compartan las reglas, los principios y los valores utilizados como respaldos de la respuesta, es más fácil que la acepten.

c) *Conclusiones*, serán presentadas en concordancia con cada una de las cuestiones planteadas y su respectiva respuesta y una alusión muy breve al argumento principal que lleva a sostener la postura.

d) *Cláusula de estilo*, es la cláusula final retóricamente muy importante, que como cortesía exponen los expertos y generalmente se enuncia así: “Este es mi dictamen que someto a otro mejor fundado en Derecho”. Es como un gesto de humildad al final de la opinión sobre la consulta formulada.

5. PRÁCTICA FORENSE

Entendida la práctica forense como la actividad que desarrollan los abogados necesariamente deben argumentar ante las autoridades para representar y defender mejor los intereses de sus clientes,^[11] y hay momentos propicios para la argumentación como son al expresar los alegatos y conclusiones en los procedimientos judiciales, también al expresar agravios con motivo de los recursos que interponen, además al exponer los conceptos de violación de los amparos que presentan, pues deberán convencer a la autoridad de que su cliente tiene la razón, por lo que deberán ser persuasivos en sus alegaciones y para ello es importante que conozcan de técnicas de argumentación jurídica que les permitan saber cómo elaborar mejores argumentos o cómo refutar los argumentos de la parte contraria o los de la autoridad. Asimismo a propósito del principio de oralidad en el sistema penal acusatorio, los abogados deberán estar preparados para debatir y argumentar verbalmente ante las autoridades y para ello deberán de conocer de técnicas que les ayuden a presentar de manera organizada y correcta sus argumentos ante los tribunales y por ejemplo bien pueden utilizar las partes del discurso retórico para así elaborar sus conclusiones ya sea por parte de la defensa o el ministerio público, como más adelante veremos.

V. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. DEFINICIÓN

MARINA GASCÓN y ALFONSO GARCÍA FIGUEROA proponen que cuando se define la teoría de la argumentación jurídica se hace referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el derecho,^[12] sin embargo esta definición es demasiado genérica y agregaríamos que las teorías se ocupan de la descripción, análisis y propuesta de la argumentación que se da en las

instancias de la aplicación, interpretación, creación y ejercicio del derecho y, por lo tanto, se dedica no sólo de la argumentación de las autoridades legislativas, judiciales o administrativas sino también de la que realizan los académicos y abogados.

2. OBJETO DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

a) Además de la argumentación jurídica en la aplicación e interpretación del derecho, se debe ocupar de la argumentación en materia de hechos, la científica, la de la vida ordinaria, y sus relaciones con la teoría moral y la teoría del derecho.

b) Tiene por objeto también la argumentación que se realiza en los procesos de mediación y negociación como instrumentos de solución de conflictos.

c) No debe tener carácter puramente prescriptivo, sino también descriptivo, tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación.^[13]

d) La teoría de la argumentación jurídica tendrá que dar cuenta de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho, esto es, en las instancias legislativas.^[14]

3. UTILIDAD DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

§ Utilidad del aspecto descriptivo.

- La teoría de la argumentación jurídica sirve para realizar un análisis conceptual que permite clarificar el lenguaje empleado en la argumentación.
- Nos describe qué y cómo deciden los jueces en su labor jurisdiccional.
- Tiene como función el análisis de razonamiento que emplean los jueces.

§ Utilidad del aspecto prescriptivo o normativo.

- Cómo hacer y construir mejores argumentos.
- Cómo deberían decidir los jueces en los casos difíciles.
- Formular guías muy abstractas para la resolución de casos.
- Proponer algunos criterios para intentar mejorar la racionalidad de la función jurisdiccional.^[15]

- Cómo justificar las resoluciones de las autoridades administrativas en la emisión de sus actos.
- Argumentación que se realiza en los juicios orales.

La argumentación jurídica actualmente es un área de la filosofía del derecho que está en el centro de discusión de filósofos y juristas; su importancia y trascendencia, ha incidido no sólo en la teoría del derecho sino también en la aplicación del derecho como es el razonamiento judicial. A continuación, mencionaremos los precursores y autores actuales de las teorías de la argumentación jurídica y los rasgos principales de sus teorías, y al final señalaremos qué se puede rescatar de estas teorías al momento de las decisiones jurídicas y por lo tanto su aplicación en la motivación de las sentencias.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

A) LA TÓPICA DE THEODOR VIEHEWEG

La teoría de este autor es un tanto complicada y confusa y, si bien no está sistematizada ni contiene una propuesta metodológica para argumentar, como sí lo hacen otros autores, contiene algunas características que sirven de punto de partida para el estudio de estas teorías, una aportación importante son los tópicos o lugares comunes que sirven como inicio de la argumentación para que se pueda dar el consenso y posteriormente la persuasión en el debate y discurso argumentativo.

Elementos de la tópica:

- a) Desde su objeto es una técnica del pensamiento problemático.
- b) Desde el instrumento con que opera, el lugar común o topos.
- c) Desde su actividad es una búsqueda y examen de premisas.^[16]

Para VIEHEWEG los tópicos son lugares comunes o puntos de vista que sirven de premisas para la argumentación y se usan en la discusión y la resolución de problemas y pueden ser:

- § Lugares comunes de la vida ordinaria.
- § Principios de sentido común.
- § Fórmulas argumentativas.
- § Principios generales de derecho.

§ Normas positivas.^[17]

De acuerdo con este autor la perspectiva argumentativa de derecho consiste en el intercambio de razones y se expresa mediante la acción comunicativa de los sujetos, es un proceso retórico en que la tópica sirve como fuente de sus argumentos.

Señala el autor como función del consenso en la racionalidad de las decisiones jurídicas:

§ Selección de las premisas de los argumentos que pueden fundar las soluciones.

§ La decisión basada en una solución admisible y los argumentos que apoyan a ésta.

§ En la elección de las premisas es donde el consenso desempeña una función decisiva.

§ El consenso deberá estar en el punto de partida de la argumentación, respaldando los argumentos utilizables.^[18]

§ En toda argumentación se distinguen los siguientes elementos:

– El ataque de los argumentos de la parte contraria.

– La defensa de la propia postura a través de los argumentos.

– La explicación de la tesis que sostiene y su justificación ante el auditorio.^[19]

Para VIEHEWEG, si fundamentar es necesariamente argumentar y contraargumentar, entonces es una actividad que sólo es posible si se satisfacen determinados deberes de comunicación.

B) LA NUEVA RETÓRICA DE CHAÏM PERELMAN^[20]

El fundamento de la teoría de este autor es la vigencia que da a la retórica de ARISTÓTELES dando una concepción retórica al razonamiento jurídico y a partir de ahí los puntos principales de su teoría son los siguientes:

§ El objeto de su teoría es el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o acrecentar la adhesión de los destinatarios del discurso a las tesis presentadas a su asentimiento.^[21]

§ Los elementos nucleares de la teoría de la argumentación de PERELMAN

son la adhesión y la adaptación entre el orador y el auditorio a quien se pretende persuadir y por lo tanto influyen de manera recíproca.^[22]

- § En la argumentación es fundamental la referencia al auditorio que se trata de persuadir, distingue entre auditorio particular que es real y que pueden ser la asamblea, los jueces, un público en general y auditorio universal entendido como el que se dirige a todo ser de razón pero que es un concepto ideal por ser una construcción del orador, de tal forma que los argumentos que encuentran acuerdo del auditorio universal son válidos, mientras que los que sólo son aceptados por un auditorio particular sólo son eficaces.
- § Señala como presupuestos y elementos de la argumentación: *a)* el discurso, *b)* el orador, *c)* el auditorio.
- § Distingue tres géneros oratorios: *a)* el deliberativo (ante la asamblea), *b)* el judicial (ante los jueces), *c)* el epidíctico (ante espectadores que no tienen que pronunciarse).
- § El fin de la argumentación no sólo es conseguir la adhesión del auditorio sino acrecentarla.
- § Establece los tipos de argumentación: *a)* ante un auditorio universal, *b)* ante un único oyente (diálogo), *c)* deliberación con uno mismo.
- § Distingue entre persuadir y convencer, la primera vale para un auditorio particular la segunda es válida para todo ser de razón.^[23]

Para este autor la argumentación es un proceso de acción con la que se pretende obtener la adhesión del auditorio por medio del lenguaje y prescindiendo de la violencia física o psicológica.

- § Al estudiar las premisas de la argumentación se distinguen tres aspectos: *a)* el acuerdo, *b)* la elección, *c)* la presentación de las premisas.
- § Señala como petición de principio que los valores universales son instrumentos de persuasión por excelencia, por ejemplo la justicia, la equidad, etcétera.
- § PERELMAN dedica una parte de su tratado a las técnicas de argumentación y distingue entre *procedimientos de enlace*, aquellos esquemas que unen elementos distintos de un argumento y permiten establecer entre éstos una solidaridad que pretenda bien estructurarlos, o bien valorarlos; y *procedimientos de disociación*, aquellas técnicas de

ruptura cuyo objetivo es disociar, separar elementos considerandos componentes de un todo.^[24]

§ Clasifica los argumentos de acuerdo a su fuerza en: *a)* argumento eficaz, *b)* argumento válido, *c)* argumentos fuertes y *d)* argumentos débiles.

§ Para PERELMAN el razonamiento jurídico es la conciliación de los valores de equidad y seguridad jurídica, la búsqueda de una solución que sea no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable.

C) LA TEORÍA INFORMAL DE STEPHEN TOULMIN^[25]

§ Establece una nueva concepción de la lógica, la intención de TOULMIN consiste en oponerse a una tradición que arranca de ARISTÓTELES y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría.

§ Para él argumentar es el modo de comportamiento que constituye la práctica de las razones, razonar a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos.

§ Razonamiento es la actividad central de presentar razones a favor de una pretensión, así como para mostrar de qué manera esas razones tienen éxito en dar fuerza a la pretensión.

§ Para TOULMIN argumentación es la actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas.

§ La teoría de este autor es una de las más prácticas en cuanto enseña cómo construir un argumento y se puede aplicar tanto en la motivación judicial como en la argumentación de los litigantes, porque señala que en un argumento se distinguen cuatro elementos: *a)* *La pretensión*, es el punto de partida como el punto del destino de nuestro proceder en la argumentación. *b)* *Las razones*, son motivos a favor de su pretensión que sean relevantes y suficientes, son los hechos específicos del caso. *c)* *La garantía*, son reglas, principios, enunciados generales, definiciones o máximas de la experiencia que permiten o autorizan el paso de las razones a la pretensión, y se pueden expresar mediante juicios hipotéticos mediante la fórmula “si...entonces...”: la distinción entre razones y garantía es la misma entre enunciados de hecho y normas.^[26]

d) *El respaldo*, puede expresarse en la forma de proposición categórica sobre hechos, muestra de qué manera se puede argumentar a partir de tales hechos. Son las normas, las tesis, los principios y garantías individuales.

§ En el modelo anterior existen además otros dos elementos de la argumentación, en el primero sirve para determinar la fuerza de los argumentos: a) cualificadores modales, que expresan la mucha o poca fuerza de la conclusión y se expresan por medio de los conectores que indican el paso de las premisas a la conclusión y son: *presumiblemente, plausiblemente, probablemente*, y b) condiciones de refutación, son ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos. Ejemplo: el hijo que tiene derecho a la herencia de los padres, *a menos de que no acredite su entroncamiento*.

§ Distingue como tipos de argumentos: a) argumentos substanciales, que es cuando el respaldo para la garantía no contiene la información expresada en la conclusión y b) argumentos analíticos, son aquellos en los que el respaldo para la garantía que autoriza el paso de las razones a la conclusión incluye explícita o implícitamente la información expresada en ésta.

§ Señala como tipos de falacias, cinco categorías diferentes, que corresponden a cada uno de los elementos de que se compone un argumento: a) de una falta de razones, b) de razones irrelevantes, c) de razones defectuosas, d) de suposiciones no garantizadas y e) de ambigüedades.

D) LA TEORÍA INTEGRADORA DE NEIL MACCORMICK^[27]

§ En la primera obra de MACCORMICK *Legal Reasoning and Legal Theory* si bien es cierto hay algunos rasgos de la retórica en su teoría, como por ejemplo cuando hace referencia al principio de universalidad, en la segunda obra relativa a la argumentación de este autor sí encontramos que dedica particular importancia a la retórica, pues incluso del mismo título se aprecia: *Rethoric and the Rule of Law, a Theory of Legal Reasoning*, y es interesante cómo destaca el filósofo el impacto de los argumentos retóricos de las partes en la decisión del juzgador.

§ Es sobre todo una teoría integradora de la argumentación jurídica,

porque recoge elementos de otras teorías y las incorpora a su propio modelo.

§ Distingue el uso de la justificación deductiva para los casos fáciles y la argumentación jurídica para los casos difíciles.

§ Establece que al momento de resolver un caso se deben distinguir los problemas: *a)* Que afectan a la premisa normativa, y los denomina problemas de interpretación, que se presenta cuando la norma que se pretende aplicar al caso admite más de una interpretación; problemas de relevancia, que plantean una cuestión previa a la interpretación, esto es, cuando no existe una norma aplicable al caso. *b)* Que afectan a la premisa fáctica, y que son *problemas de prueba*, que se refieren a establecer la premisa menor o a la premisa fáctica, y *problemas de calificación*, que se presentan cuando lo que se discute es si los hechos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto que establece la norma. Esta clasificación es importante porque antes de decidir un caso se debe determinar si la norma se aplica al hecho que se pretende resolver, o si los hechos encuadran en la norma que se pretende utilizar.

§ Señala que en la justificación en los casos difíciles es fundamental el requisito de universalidad, pues se exige que para justificar una decisión normativa se cuente al menos con una premisa que sea expresión de una norma general o de un principio; universalidad no es lo mismo que generalidad, que se refiere a que una norma puede ser más específica que otra, pero igualmente universal.

§ Distingue como principios para que una decisión sea racional: la consistencia y la coherencia. Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas, es decir, no infringir el derecho vigente y ajustarse a la realidad en materia de pruebas, mientras que la decisión satisface el requisito de coherencia cuando la resolución es acorde con el resto de las normas y los principios del ordenamiento jurídico, además distingue los siguientes tipos de coherencia:

- Coherencia normativa. Es cuando una norma puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que resulten aceptables como: seguridad, respeto a la vida, etcétera.
- Coherencia narrativa. Suministra un test en relación con cuestiones

de hecho cuando no cabe la prueba directa, por ejemplo las presunciones.

§ En la idea de coherencia normativa se basan dos tipos de argumentos que juegan un papel importante en la solución de casos difíciles: *a)* argumentos a partir de principios y *b)* argumentos consecuencialistas que son los estados de cosas posteriores al resultado y conectados con él.

§ En los argumentos consecuencialistas se debe: distinguir entre: *a)* consecuencias de una acción y el resultado, *b)* consecuencias conectadas causalmente y *c)* consecuencias remotas.

§ Los argumentos consecuencialistas son hipotéticos pero no probabilistas y las consecuencias se evalúan en relación con una serie de valores como la justicia, el bien común, la seguridad jurídica, lo que conlleva a un utilitarismo ideal, o también estas preferencias valorativas son hasta cierto punto subjetivas.

§ El argumento consecuencialista consiste en evaluar las consecuencias que se derivan de adoptar una u otra de las hipótesis rivales, es decir las posibles alternativas que tiene el decisor para determinar la regla, la premisa normativa que soluciona el caso, el criterio de evaluación es la aceptabilidad o no de las consecuencias que de su adopción derivan.^[28]

§ En su última obra MACCORMICK señala que en el Estado de derecho la aplicación de la ley puede ser problemática debido a la aplicación de normas como a la interpretación de los hechos, por lo que busca conciliar la retórica y el Estado de derecho para lograr una mayor seguridad jurídica.^[29]

§ Señala el autor escocés que el derecho es una disciplina en sí misma argumentativa, en ocasiones hay personas que dominan el derecho pero no conocen la retórica, y otras veces los que saben de retórica no son expertos en derecho, por lo que lo ideal sería una persona que dominara ambas disciplinas.

§ En esta obra MACCORMICK analiza las teorías retóricas como la tónica de VIEHEWEG y destaca su importancia en el Estado de derecho; también se refiere a la teoría de PERELMAN y la gran importancia de una reconciliación entre éstos y como consecuencia lograr este ideal entre la retórica y el Estado de derecho.^[30]

E) LA TEORÍA PROCEDIMENTAL DE ROBERT ALEXY^[31]

§ Este autor es de los más importantes teóricos contemporáneos; a partir de que en 1978 se publica su tesis doctoral *Teoría de la Argumentación Jurídica*, y desde entonces hasta la fecha, ha seguido publicando artículos sobre este tema, por lo que su teoría ha ido evolucionando.

§ Tiene gran influencia en ALEXY la teoría del discurso de HABERMAS, según el cual las cuestiones práctico-morales pueden decidirse racionalmente, mediante las reglas del uso del lenguaje.

§ Es una teoría procedimental que tiene diversas interpretaciones en cuanto al procedimiento hace referencia: a los individuos que participan en el mismo, a las exigencias que se imponen en el procedimiento, y a la peculiaridad en el proceso de decisión.

§ Su teoría de la argumentación jurídica se basa principalmente en 28 reglas fundamentales del discurso y se basa en los principios: *a)* de sinceridad, *b)* no contradicción de normas, *c)* de universalidad y *d)* uso común del lenguaje.^[32]

§ Señala como reglas fundamentales del discurso en que tiene lugar la argumentación las siguientes: *a)* ningún hablante puede contradecirse, *b)* todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree, *c)* todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a en todos los aspectos relevantes y *d)* distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.^[33]

§ Indica como reglas de razón o de fundamentación, que definen un ideal, las siguientes: *a)* todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación, *b)* quien pueda hablar debe tomar parte en el discurso, *c)* todos pueden problematizar cualquier aserción, *d)* todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso, *e)* todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades y *f)* a ningún hablante puede impedirle ejercer sus derechos fijados en (b) y (c), mediante coerción interna o externa al discurso.

§ Establece como reglas sobre la carga de la argumentación las siguientes: *a)* quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo, *b)* quien ataca una

proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello, *c)* quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos, *d)* 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.

§ Las reglas sobre las formas de argumentos son las siguientes: *a)* por referencia a una regla presupuesta como válida, *b)* señalando las consecuencias de seguir el imperativo implicado, *c)* reglas de prioridad que se aplican sobre otras bajo cualquier condición, *d)* reglas de prioridad que tienen preferencia sobre otras bajo determinadas condiciones, *e)* estructura de argumento regresiva, sirve de apoyo para otro argumento, y *f)* estructura de argumento aditiva, argumentos independientes entre sí.

§ Reglas de la fundamentación son las siguientes: *a)* quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas (que toma de HARE), *b)* las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos y *c)* toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

§ Señala como reglas de transición las siguientes: *a)* para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico), *b)* para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje, *c)* para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.^[34]

§ Una de las importantes tesis dentro de la teoría de ROBERT ALEXY es la tesis de la pretensión de corrección en la que se distinguen los siguientes elementos:

– Los sujetos:

- › Formulación objetiva, pretensión personal de corrección,
- › Formulación subjetiva, pretensión oficial, jueces.

Los destinatarios:

- › Institucionales:

- Legisladores-destinatarios de la ley,
- El juez-partes del proceso,
- Funcionario administrativo-sujetos.
- No institucionales:
- Todo aquel que participe en un sistema jurídico,

La formulación:

- La afirmación de la corrección,
- La garantía de la fundamentalidad,
- La expectativa del reconocimiento de la corrección por parte de los destinatarios.^[35]

§ La tesis de la pretensión de corrección de Robert ALEXY entendida como un ideal regulativo al que debe aspirar toda resolución es una réplica a la tesis de la única respuesta correcta sostenida por Ronald DWORKIN, quien sostiene que en los casos difíciles siempre se va a llegar a una única solución.

§ Establece como reglas y formas de la justificación interna: *a)* Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal. *b)* La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones. *c)* Siempre que exista duda sobre si A es un T o un M, hay que aducir una regla que decida la cuestión. *d)* Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible. *e)* Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

§ ALEXY para demostrar la aplicación de la deducción en la justificación interna pone el siguiente ejemplo: quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de reclusión mayor; quien mata alevosamente, comete un asesinato; quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente; quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión; X mató a Y mientras éste último estaba dormido; a X se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

§ Señala las reglas y formas de la justificación externa, se refiere a la justificación de las premisas que pueden ser de tres tipos: *a)* reglas de derecho positivo, *b)* enunciados empíricos (presunción racional y carga de la prueba) y *c)* reformulación de normas por argumentación jurídica.

§ Uno de los principales puntos de interés en que se centra este autor alemán es la ponderación y consiste en determinar en caso de colisión de principios cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto,^[36] por ejemplo cuando al resolver un caso entrarán en conflicto el derecho a la información y el derecho a la intimidad.

§ Señala como la regla de oro para la ponderación: *cuando mayor sea el grado de lesión de un principio constitucional tanto mayor es la necesidad de satisfacer el principio en contrario.*^[37]

§ ALEXYS señala como pasos de la ponderación:

i. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.

ii. En un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

iii. En el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.^[38]

§ ALEXYS sostiene la tesis de la doble dimensión o naturaleza del derecho

– Por un lado el derecho tiene una naturaleza real o fáctica, se compone de tres elementos:

- La relación entre el derecho y la coerción.
- La relación entre el derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas.
- La relación entre el derecho y el resentimiento acerca del mismo. En la dimensión real la coerción como propiedad esencial del derecho que es el medio imprescindible para que el derecho pueda cumplir dos valores con los cuales el derecho tienen una conexión necesaria: la certeza y la eficacia jurídica.

Por otro lado tiene una naturaleza ideal o crítica

- Esta propiedad tiene que ver con la relación entre el derecho y la moral.^[39]
- El derecho necesariamente formula una pretensión de corrección y que esta implica una exigencia de corrección moral.
- Dicha pretensión es la fuente de la relación necesaria entre el

derecho y la moral.

La reconciliación de la dimensión real con la ideal

- El principio de seguridad jurídica (principio formal), el principio de justicia (principio material) exige que la decisión sea moralmente correcta, cuando ambos principios entran en colisión se da paso a la ponderación.
- La argumentación jurídica es el mecanismo para que un estado constitucional democrático dé solución a los problemas jurídicos por medio de una legislación democráticamente legitimada y un control de constitucionalidad

Sobre este tema nos vamos a referir con mayor amplitud en el capítulo quinto.

F) LA TEORÍA DE MANUEL ATIENZA^[40]

Manuel ATIENZA que se ha dedicado al estudio de la argumentación jurídica en las últimas dos décadas propone un proyecto de una teoría de la argumentación jurídica y señala las siguientes etapas:

- a) Identificar el problema de acuerdo a la clasificación de MACCORMICK y determinar si es de relevancia, de interpretación, de prueba, o de calificación.
 - b) Establecer si se debe el problema a insuficiencia de información.
 - c) Construir una hipótesis que dé solución al problema.
 - d) Justificar la hipótesis por medio de argumentos por analogía, *apari*, *afortiori*, reducción al absurdo, etcétera.
- e) Al final se debe pasar de las premisas a la conclusión.
- § Señala las funciones de la teoría de la argumentación jurídica, como:
- a) de carácter teórico o cognoscitivo a otras ciencias (filosóficos),
 - b) de naturaleza práctica o técnica (producir, interpretar, aplicar el derecho, la enseñanza del derecho, razonar como jurista), c) De naturaleza político moral (qué tipo de ideología).
- § Distingue entre casos: a) fáciles, b) difíciles, y c) trágicos, a los que define como aquellos en los que no cabe encontrar solución sin que se sacrifique algún elemento esencial de un valor fundamental-dilema.
- § Distingue como concepciones de la argumentación: a) *formal*, relativa a la argumentación lógica, b) *material*, que se refiere a las premisas y

razones que se utilizan en los argumentos, y c) *pragmática*, que a su vez divide en retórica que se ocupa de las técnicas para convencer, y dialéctica, que se dedica al debate argumentativo entre dos o más participantes.^[41]

G) LA TEORÍA DE AULIS AARNIO

§ Las ideas generales son: su obra iusfilosófica es neorealista o neoempirista, su objeto de estudio en torno a la argumentación jurídica es: la interpretación jurídica, el razonamiento de la dogmática jurídica, influye en él la filosofía lingüística de WITTGENSTEIN, HABERMAS y ALEXY.^[42]

§ Los conceptos fundamentales de la teoría de Aulis AARNIO son: *la racionalidad*, que depende de las fuentes del derecho que se utilizan, fuente es toda razón que de acuerdo a reglas aceptadas en la comunidad jurídica puede ser usada como base justificatoria de la interpretación en una decisión jurídica (predecibilidad), ausencia de arbitrariedad; *la razonabilidad*, es relativa al acervo axiológico del auditorio, los valores del auditorio son criterios que miden la validez y condicionan la aceptabilidad, la aceptabilidad racional, es cuando la co-munidad jurídica comparte un mismo código valorativo.^[43]

§ El consenso es posible si se dan las siguientes condiciones: *a)* el uso de un lenguaje común, *b)* la posesión de la misma evidencia empírica sobre el mundo, *c)* el compartir un número o serie suficiente de valores y *d)* el empleo de un discurso racional.

§ AARNIO señala como origen o tipos de desacuerdo entre la persona y el auditorio los siguientes: técnico, lingüístico, material cognitivo y axiológico, y pueden ser:

- Vaguedad,
- Falta de claridad,
- Apertura no específica,
- Ambigüedad semántica o sintáctica,
- Apertura valorativa,
- Conflictos normativos (antinomias),
- Lagunas del derecho.

§ Establece como requisitos para la aceptabilidad racional los siguientes: *a) lenguaje común, b) mismas bases cognitivas, c) coincidencia de códigos valorativos, d) formas de vida y parecidos de familia, (concepto que toma de Wittgstein), e) principio regulativo del razonamiento jurídico que enuncia: trata de alcanzar una solución y justificación tales para casos difíciles que la mayoría de los miembros que piensan racionalmente pueden aceptar, f) comunidad jurídica: son todos los individuos que tienen interés en formar parte en el discurso sobre las posibles alternativas de solución e interpretación, y g) auditorio real depende de: ejercicio de poder y presión y coacción.*

§ Para AARNIO hay juicios y valores que intervienen en el razonamiento jurídico como los siguientes:

- Los valores morales forman parte de la justificación jurídica.
- La aceptabilidad depende del acervo axiológico del auditorio al que va dirigida.
- La justificación última de valores no es racional.
- La coherencia en el razonamiento jurídico depende:
 - Mayor número de enunciados.
 - Mayor longitud de cadenas de razón.
 - Enunciados fuertes.
 - Mayor uso de enunciados universales.
 - Interconexiones conceptuales entre teorías.
 - Mayor número de ámbitos de vida.

H) LA TEORÍA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

La teoría garantista de FERRAJOLI^[44] ha tenido gran aceptación tanto en Europa como en América Latina, tanto, que se habla de una política garantista, como actualmente ha influido en México en la reforma al procedimiento penal, cuando se pretende reformar algunas leyes. Este autor utiliza el término garantismo bajo tres acepciones: en la primera designa un modelo normativo de derecho (el modelo del Estado de Derecho), en la segunda es una teoría jurídica y en la tercera es una filosófica política, en la que funde al Estado y la protección de los derechos.^[45]

§ De acuerdo al modelo de Ferrajoli para la motivación de los hechos en la sentencia penal, el juzgador se puede valer de tres silogismos: *a) inducción, b) deducción, c) disposición, y propone el siguiente ejemplo:*

- Conclusión del primer silogismo, fulano ha causado la muerte de mengano. (Tesis asertiva y fáctica, verdad procesada).
- Conclusión del segundo silogismo, fulano ha cometido un homicidio. (Subsumir en un precepto legal).
- Conclusión del tercer silogismo: se impone a fulano la pena de tantos años de cárcel. (Norma singular del caso concreto).

I) TEORÍA PRAGMA-DIALÉCTICA DE VAN EEMEREN Y GROOTENDORST

§ Estos autores describen la argumentación como un acto de habla complejo cuyo propósito es contribuir a la resolución de una diferencia de opinión o una disputa.^[46]

§ El aspecto dialéctico de su teoría consiste en que hay dos partes que intentan resolver una diferencia de opinión mediante el intercambio metódico de pasos en una discusión.

§ El aspecto pragmático está representado por la descripción de los pasos (*moves*) de la discusión como acto del habla.^[47]

§ Lo interesante de la teoría de estos autores holandeses es que se ocupan de la argumentación que se da en la vida diaria para mejorar la argumentación y sobre todo resolver una disputa para lo cual proponen métodos y técnicas para analizar y evaluar la estructura y fuerza de los argumentos, así como reglas y estrategias para el debate argumentativo.^[48]

J) TEORÍA FORMAL HÍBRIDA DE FLORIS J. BEX

§ Esto es una interesante teoría inspirada en Wigmore y desarrollada por Bex en la que pretende desarrollar el discurso jurídico combinando historias, argumentos y evidencias, y por lo tanto tiene gran aplicación en el Sistema Penal Adversarial en donde los abogados exponen su teoría del caso precisamente de acuerdo a historias, pruebas y fundamentos jurídicos, de allí la utilidad de esta postura.^[49]

§ Pero además la teoría híbrida nos brinda parámetros para evaluar la historia con base a criterios de congruencia, coherencia y completitud lo cual también nos permite comparar historias que respaldadas con la prueba nos ayuda a elegir la mejor, y así por ejemplo el juez que

escucha las posturas o las versiones del fiscal y del defensor tiene una herramienta útil para elegir la mejor versión de los hechos, y así, resolver mejor el caso.

K) EL CHART METHOD DE WIGMORE

§ Es un método de análisis diseñado para construir y evaluar argumentos sobre cuestiones controvertidas de hecho.

§ Consiste en que el analista articule todos y cada uno de los pasos de un argumento descomponiéndolo en proposiciones formuladas de manera clara y sencilla, para después trazar un diagrama con todas las relaciones inferenciales entre dichas proposiciones y los hechos a acreditar.^[50]

§ Características del método: Tiene estructura binaria, cada proposición relevante que se incluya en el argumento tiende a soportar o bien tiende a disminuir la fuerza probatoria del argumento en su conjunto, su dinámica es dialéctica, se analiza tanto desde nuestra perspectiva como la de nuestro contrincante, opera en dos niveles, a nivel macro y a nivel micro.

§ Protocolo de análisis del *chart method*

- Clasificación del punto de vista adoptado por el analista
- Formular los hechos jurídicamente relevantes o hechos principales del caso.
- Formular los hechos secundarios del caso.
- Formular las teorías del caso o hipótesis provisionales tanto del proponente como del oponente que guiarán el análisis o la investigación.
- Registrar u organizar los datos y la información disponible (a través de tablas cronológicas, por tipos de prueba, etc.) en forma de proposiciones y construir un listado con todas las proposiciones relevantes.
- Construir el diagrama trazando las relaciones entre todas las proposiciones del listado.
- Refinar y completar el listado de proposiciones y el diagrama de manera reflexiva.

§ Este método tiene las siguientes ventajas:

- Es un método útil para construir y analizar argumentos basados en conjuntos variados y complejos de pruebas, para identificar las partes

mas fuertes y débiles de un argumento en su conjunto y para someter tales partes a rigurosos y detallados análisis.

- En la medida en que el *chart method* exige hacer explícitas las generalizaciones utilizadas como respaldo de los argumentos, es una herramienta útil para identificar falacias cometidas en el uso de generalizaciones imprecisas, prejuiciosas o con poco soporte empírico.
- Es un vehículo útil para desarrollar habilidades intelectuales que con la práctica pueden convertirse en hábitos mentales para el estudiantes o el jurista.
- Puede también ser útil en la investigación en materia de hechos, para identificar pruebas que pueden ser relevantes y para decidir cursos de acción con base en la información disponible.
- Puede servir para construir historias plausibles y persuasivas que estén sólidamente ancladas en pruebas.

§ Sin embargo, tiene las siguientes desventajas:

- Este método puede no ser de tanta utilidad cuando el principal problema a resolver es un conflicto entre el testimonio de dos testigos, o cuando el problema central consiste en la ausencia de pruebas.
- Otra desventaja de este método es que la construcción del listado con todas las proposiciones relevantes puede requerir mucho tiempo y mucho esfuerzo
- La construcción de diagramas suele generar reacciones negativas entre los juristas, básicamente, de artificialidad.

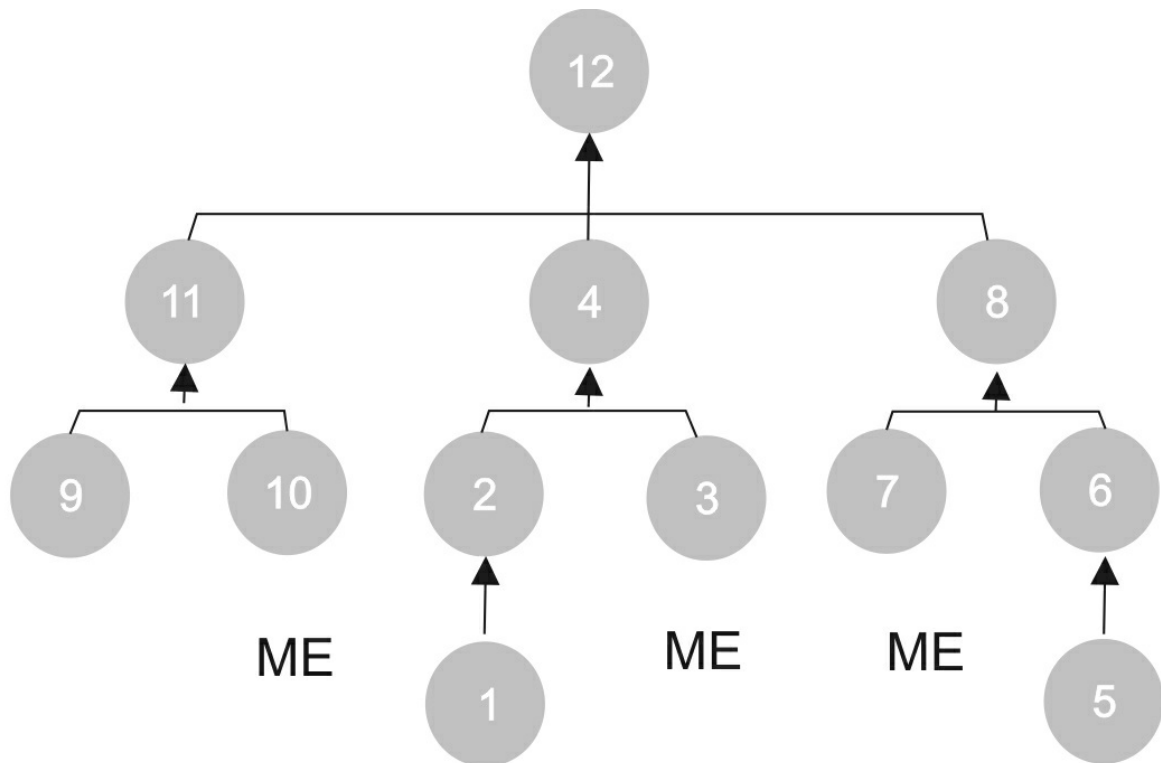
Veamos el siguiente ejemplo y la aplicación del *chat method* en un caso práctico en materia penal en donde no se cuenta con prueba directa y por lo tanto empleamos presunciones y máximas de la experiencia:

§ Datos y enunciados:

- D escuchó que B discutió con C
- A vio a B correr en dirección de la casa de C con un machete en la mano
- C esta muerto
- La muerte de C fue causada por un objeto cortante de gran tamaño

§ Listado de datos, enunciados y máximas de la experiencia empleados:

- D escuchó que B discutió con C (Dato)
- B discutió con C (Enunciado)
- Si dos personas discuten, en general, pueden tener ánimo de agredirse (Máxima de la experiencia)
- B tenía ánimo de agredir a C (Enunciado)
- A vió correr a B en dirección a la casa de C con un machete en la mano (Dato)
- B corrió en dirección de la casa de C con un machete en la mano. (Dato)
- Si una persona lleva un machete en la mano, en la mano es porque tiene la intención de usarlo (Máxima de la experiencia)
- B tenía intención de usar el machete (Dato)
- La muerte de C fue causada por un objeto cortante de gran tamaño. (Dato)
- Los machetes, en general, son cortantes y son de gran tamaño (Máxima de la experiencia)
- C fue muerto con un machete (Enunciado)
- B dio muerte a C (Enunciado)



ME Máximas de la Experiencia



Las flechas indican el sentido de la inferencia

Una vez señaladas las principales características de las teorías de los autores antes mencionados, veremos, ¿qué se puede rescatar de las teorías de argumentación jurídica en el razonamiento práctico como es la motivación de una sentencia? A continuación vamos a demostrar que la argumentación jurídica no queda sólo en el ámbito teórico y que se pueden aplicar al razonamiento judicial.

De la teoría de VIEHEWEG se puede rescatar la utilidad de los tópicos o lugares comunes como punto de partida de la argumentación, pues nos sirven para iniciar con un acuerdo, ya que si se enuncia un principio o una regla universalmente aceptada por la mayoría es más fácil construir la argumentación, y así por ejemplo puede ser el inicio de un considerando de una sentencia o el comienzo de una conferencia ante un público al que no se conoce completamente y pudiera diferir del punto de vista del orador.

De la teoría de PERELMAN se puede utilizar la finalidad de su nueva retórica

en el interés de convencer, en este caso el juez debe convencer con la motivación de la sentencia a las partes, además para lograr el convencimiento el lenguaje es el instrumento para lograrlo, asimismo se pueden emplear principios universales como medios de persuasión tales como la justicia, la igualdad, la seguridad jurídica.

La teoría de TOULMIN perfectamente puede aplicarse en la presentación y elaboración de los argumentos, pues sus cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo sirven de guía; pues la pretensión es la tesis que se pretende demostrar, las razones son las pruebas y hechos que demuestran la pretensión, la garantía son los argumentos con los que se subsumen los hechos en la norma y el respaldo son las normas, principios, doctrina y jurisprudencia que da soporte al argumento sostenido.

De MACCORMICK y su teoría se puede aprovechar la clasificación que hace de los problemas, la cual es importante porque una vez que en un caso se delimita el tipo de problema será más fácil resolverlo, también es interesante razonar a partir de argumentos consecuencialistas y argumentos a partir de principios, pues permite proyectar a futuro las consecuencias si se toma una u otra solución en un caso a resolver; esto es, una resolución se encuentra racionalmente argumentada cuando respecta los principios de consistencia, coherencia, universalidad y consecuencialismo.

La teoría de la argumentación jurídica de Alexy permite aplicar algunas de sus reglas en el razonamiento práctico y por supuesto en la motivación de una sentencia judicial, porque si su teoría se basa en las reglas del discurso y el uso del lenguaje, y la motivación de una sentencia es con base en premisas y proposiciones normativas, entonces se pueden aplicar perfectamente sus reglas. Por otro lado su teoría sobre la ponderación para resolver principios en conflicto también se puede aplicar al dictar una sentencia en donde precisamente se pueden encontrar en un caso de colisión de los principios alegados por las partes en conflicto.

La teoría de la argumentación de Manuel Atienza aún no se encuentra acabada, pues, como él mismo lo refiere en el prólogo a la edición peruana de su obra *Las razones del Derecho* pretende completar su teoría señalando un aspecto normativo que indique cómo analizar, evaluar y construir argumentos, porque en sus trabajos anteriores ya se ha dedicado a describir y criticar las teorías de la argumentación y a sus aspectos conceptuales, por lo pronto nos parece rescatable su técnica para analizar argumentos y su representación por medio de un diagrama de flechas y figuras geométricas,

que permiten ver la estructura argumentativa de los tramos de razonamiento de una sentencia, a fin de determinar sus errores o la falta de respaldo.

Por su parte respecto a la teoría de AULIS AARNIO, nos parece que para la labor que realizan los jueces son muy importantes los conceptos de razonabilidad y aceptabilidad pues determinan el grado de adaptación que el discurso tiene que hacer con relación al auditorio a quien se dirige, es decir que el hecho de que una justificación sea aceptable va a depender de que entre quien realiza la argumentación y quienes las reciben (las partes en un juicio, los abogados, tribunales de segunda instancia) compartan los mismos valores y principios jurídicos, esto es que participen de un mismo lenguaje jurídico.

La teoría pragma-dialéctica de EEMEREN y GROOTENDORST es muy interesante por gran aplicación práctica tanto para los jueces como para los abogados, su metodología para analizar y evaluar argumentos permite mejorar la argumentación, como también su propuesta de estructuras argumentativas es muy útil para representar los argumentos; sin olvidar las sugerencias para elaborar el discurso oral que tiene perfecta aplicación para presentar, por ejemplo, los alegatos de clausura en los procesos penales en donde se privilegie la oralidad.

La teoría formal híbrida de Bex tiene la ventaja que permite combinar a historias, argumentos y evidencias lo cual es de gran utilidad para los juicios orales (en materia penal, familiar, civil y mercantil) ya que ayuda a que el discurso o alegato de los abogados sea más claro y entendible, además que desarrolla la capacidad de utilizar generalizaciones y máximas de la experiencia como pegamento que une los datos con los enunciados, además es de gran ayuda esta teoría para los jueces al momento de comparar y evaluar las historias de las partes a fin de determinar cuáles hechos se tienen por acreditados y el respaldo que tienen con las pruebas, así como el valor que se les asigna al momento de redactar la sentencia.

Por su parte el *chart method* es una herramienta útil tanto para los abogados como para los jueces a fin de analizar y evaluar las pruebas que sustentan las proposiciones fácticas alegadas por las partes y ver como se conectan y se respaldan con máximas de la experiencia y generalizaciones, cuyo diagrama una vez elaborado permite detectar lagunas probatorias o falacias en los hechos, lo que finalmente permitirá al juez decidir y elegir cuál es la mejor teoría del caso sostenida por los abogados en términos de consistencia y coherencia.

NOTAS

[1] Citado por PUY MUÑOZ, Francisco, *La argumentación jurídica, problemas de concepto métodos de aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2004, p. 120.

[2] CORREAS Óscar, *Metodología jurídica, una Introducción Filosófica I*, 2a. ed. Fontamara, México 1998, p. 219.

[3] PUY MUÑOZ, Francisco y PORTELA, Jorge Guillermo, “La expresión argumentación jurídica y sinónimos, un análisis tópico”, en *La argumentación jurídica, problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2004, p. 127.

[4] LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo, *Derecho y argumentación*, Ecoe Ediciones-Universidad de Manizales, Bogotá, 2001, p. 165. También en CARRASCO FERNÁNDEZ, Felipe Miguel (comp.), *Argumentación jurídica, Estudios en torno a...*, T. II, Popocatépetl Ediciones, Puebla, 2006, p. 983.

[5] ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trads. Manuel Atienza, e Isabel Espejo, 2a. ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 206.

[6] AARNIO, Aulis, “Sobre el derecho y el Estado de bienestar”, en *Derecho, racionalidad y comunicación social*, trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 2000, p. 44.

[7] VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Bertín, “Los métodos de argumentación jurídica”, en *Memoria del seminario de argumentación jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 44.

[8] GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, *Cómo hacer dictámenes*, Colegio Notarial de Madrid, España, 2007, p. 42.

[9] OTERO PARGA, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 60.

[10] GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, *op. cit.*, p. 148.

[11] ATIENZA, Manuel, y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdiccion y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, México, p. 13.

[12] GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., y GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La argumentación en el Derecho*, 2a. ed., Palestra Editores, Lima, 2005, p. 52.

[13] GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., y GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.* p. 55.

[14] ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, 3a. reimp. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, México, p. 105.

[15] GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., y GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p. 59.

[16] ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 34.

[17] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica”, en CARRASCO FERNÁNDEZ, Felipe Miguel (comp), *Argumentación Jurídica, Estudios en torno a...*, T. II, Popocatépetl Ediciones, Puebla, 2006, p. 685.

[18] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 687.

[19] VIEHEWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. Jorge Malem Seña, 2a. ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, p. 169.

[20] PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Diez-Picasso, Luís, Civitas, Madrid, 1979, p. 140.

[21] PERELMAN, Chaïm, *La nueva retórica*, Colofón, México, 1995, p. 35.

[22] MANASERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable, un estudio sobre Chaïm PERELMAN*, Ediciones Universidad de Navarra, (Eunsa), Pamplona, 2001, p. 192.

[23] PERELMAN, Chaïm, *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, 2a. reimp., trad. Juliaz Cevilla Muñoz, Editorial Gredos, Madrid, 1989, p. 67.

[24] *Ibidem*, p. 299.

[25] TOULMIN, Stephen Edelson, *Los usos de la argumentación*, trads. María Morrás y Victoria

Pineda, Ediciones Península, Barcelona, 2007, p. 134.

[26] TOULMIN, Stephen Edelson, *op. cit.*, p. 134.

[27] ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 105.

[28] MANASERO, María de los Ángeles, “El argumento consecuencialista en la teoría de Neil MacCormick: su función y límites”, en *Argumentación Jurídica, estudio sobre Neil MacCormick*, ediciones UNL, Argentina 2003, p. 47.

[29] MACCORMICK, Neil, *Rethoric and the Rule of Law, a Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Great Britain, 2005, p. 19.

[30] *Ibidem*, p. 130.

[31] ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2a. ed., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 175, o también ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Palestra Editores, Lima, 2007.

[32] ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 265.

[33] *Ibidem*, p. 266.

[34] *Ibidem*, p. 289.

[35] ALEXY, Robert, “Derecho y corrección”, en *La institucionalización de la justicia*, trad. José Antonio Seoane, Editorial Comares, Granada, 2005, p. 340.

[36] ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001, p. 90.

[37] ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, No. 5, <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA>.

[38] BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, No. 26, Alicante, 2003, p. 227.

[39] BERNAL PULIDO, CARLOS, (EDITOR) *La doble dimensión de derecho, autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra Editores Lima, 2011.

[40] ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 203.

[41] ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 76.

[42] CABRA APALATEGUI, José Manuel, *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

[43] AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

[44] FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría de garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, 2a. ed., Madrid, 1997, p. 140.

[45] GASCÓN ARELLAN, Marina, “La teoría general del Garantismo: rasgos principales”, en CARBONELL Miguel y SALAZAR Pedro, *Garantismo estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta-UNAM, Madrid, 2005, p. 22.

[46] VAN EEMEREN, Frans H. y GROOTENDORST, Rob, *Argumentación, comunicación y falacias*, 2a. ed., trads. Celso LÓPEZ y Ana María VICUÑA, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2002, p. 29.

[47] *Ibidem*, p. 29.

[48] *Ibidem*, p. 17.

[49] FLORIS J. Bex, , *Arguments, Stories an Criminal Evidence*, Springer, London, 2011.

[50] GAMA LEYVA , Raymundo, El método de Wigmore y su aplicación en nuestra Práctica Jurídica, en LLUCH, ABEL, PICO, I JUNOI, Joan *La prueba judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo*, Editorial la Ley, Madrid 2011, p. 163.

CAPÍTULO CUARTO

LA ARGUMENTACIÓN DEL ABOGADO

SUMARIO: I. La importancia de la argumentación jurídica en el ejercicio profesional, II. Distinción entre la argumentación del juez y la del abogado, III. Funciones de la argumentación del abogado, IV. Momentos en los que argumenta el abogado, V. El papel de la argumentación en los juicios orales, VI. Negociación y argumentación.

I. LA IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL EJERCICIO PROFESIONAL

Abogar es un ejercicio argumentativo, porque no hay ningún acto que realice un abogado en el que no tenga que argumentar, ya que tiene que hacerlo ante sus clientes para convencerlos que la estrategia que les sugiere es la mejor, después tiene que argumentar ante la autoridad, como los jueces o tribunales para persuadirlos y convencerlos que la postura que sostiene en nombre de las partes es la correcta, pero además también argumenta ante la parte contraria, para hacer triunfar sus argumentos frente a los de la contraria, y para ello mediante una adecuada refutación destruirán los del adversario; todavía aun en el caso de que en el procedimiento no tenga parte contraria por tratarse de un recurso administrativo, tiene que convencer a la autoridad que el acto de molestia perjudica ilegalmente a los intereses de su representado, y en todos estos casos tiene que presentar buenos argumentos a favor de la causa que defiende, de allí la importancia de la argumentación jurídica en el ejercicio profesional.

II. DISTINCIÓN ENTRE LA ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ Y LA DEL ABOGADO

La argumentación que realizan los jueces al momento de motivar una sentencia es diferente a la argumentación que realizan los abogados en los diferentes momentos del juicio, y así podemos señalar las siguientes diferencias:

§ El juez toma una decisión; el abogado toma una postura.

- § El juez trata de justificar; el abogado trata de convencer.
- § El razonamiento del juez es objetivo (imparcial); el razonamiento del abogado es subjetivo (parcial).
- § El juez trata de fundamentar y justificar con leyes; el abogado trata de demostrar con pruebas.
- § El juez utiliza argumentos veraces y justificables; el abogado utiliza argumentos falaces y no demostrables.
- § El juez utiliza argumentos formales; el abogado utiliza argumentos retóricos.
- § Además, el rol de los abogados es de asesoría y defensa de una posición interesada que reclama la satisfacción de una pretensión jurídica; y por lo tanto, los abogados acomodan la versión presentada por su cliente, de tal forma que resulte amparada por el sistema legal a efecto de lograr dicha declaración por parte del juez al momento de sentenciar.^[1]
- § Mientras que la argumentación del juez requiere una dosis más fuerte de imparcialidad, objetividad y discreción, el razonamiento de los abogados es interesado, parcial y revela sólo los hechos y aspectos normativos favorables a la pretensión que defiende.^[2]
- § Los jueces argumentan a favor de una cierta tesis porque consideran que de acuerdo con el derecho, es lo correcto, mientras que los abogados lo hacen porque eso favorece los intereses de su cliente y porque pretenden que sus argumentos sean recogidos y aceptados por los jueces.^[3]

III. FUNCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN DEL ABOGADO

- § Una función de la argumentación forense consiste en hacer que el tribunal o el jurado admitan la tesis que el abogado se ha encargado de defender. Para llegar a conseguirlo adaptará su argumentación al auditorio del que depende la solución del proceso, que es el auditorio que le ha sido, por tanto, impuesto.^[4]
- § La argumentación del abogado tiene como finalidad persuadir a sus clientes que su estrategia del juicio es la más adecuada y pertinente para lograr el éxito del juicio.

El abogado cuando argumenta debe tratar de convencer al juez de que sus argumentos sirven de apoyo a los intereses de sus clientes, de tal suerte que si son persuasivos el juez los hará suyos y los plasmará en los considerandos de su sentencia.

La argumentación forense tiene como finalidad elaborar y estructurar adecuadamente los argumentos que se contienen en los escritos de alegatos, agravios, conceptos de violación, además de su estructura en forma oral.

La argumentación ofrece al abogado las técnicas para incrementar su capacidad persuasiva en el proceso de negociación de un conflicto que puede involucrar intereses de tipo familiar, mercantil, de daños.

Como la finalidad de la argumentación forense es lograr convencer al juez o tribunal de la pertinencia de la tesis que sostiene el abogado, éste deberá tomar en cuenta:

- § El objetivo que persigue y la estrategia argumentativa que utilizará para lograrlo.
- § Identificar con toda objetividad los hechos y el valor jurídico que tienen.
- § Diseñar adecuadamente el discurso con orden, coherencia y cohesión para lograr convencer al juez.
- § Utilizar técnicas argumentativas suasorias para presentarlas en sus alegatos de apertura y de clausura.^[5]

IV. MOMENTOS EN LOS QUE ARGUMENTA EL ABOGADO

1. LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN

La demanda es la primera oportunidad del abogado para argumentar y desde el inicio se debe plantear una estrategia a seguir y por ello es importante tomar en cuenta: el tipo de juicio, civil o penal; el tipo de tribunal, civil, penal, laboral, familiar, porque en cada caso se regirá por distintos principios procesales; el contenido de la *litis*, si son cuestiones de hecho o de derecho; las pruebas con las que se cuentan, favorables, desfavorables, equilibradas. El derecho que apoya nuestra posición o es adverso a ella, todo esto es importante para saber cómo debemos argumentar a fin de obtener una solución favorable.^[6]

La contestación de la demanda es una oportunidad para plantear estrategias argumentativas que permiten refutar los cargos y los argumentos de la parte contraria, en la que se pueden seguir las siguientes líneas de defensa:

- § Negar los cargos confutando las pruebas o la coherencia lógica de la hipótesis acusatoria.
- § Exponer de contrahipótesis que debiliten la hipótesis de la parte contraria.
- § Exponer desagregada de las pruebas para restarles valor probatorio a las pruebas de la parte contraria.

2. LOS ALEGATOS Y CONCLUSIONES

A) LOS ALEGATOS

1) *Definición*

Es importante distinguir entre alegar, alegato, alegación y algunas clases de alegatos.

Para COUTURE, alegación, es la invocación o manifestación de hechos o de argumentos de derecho que una parte hace en el proceso, como razón o fundamento de su pretensión.^[7]

También para este autor es la acción y efecto de exponer los argumentos, motivos o razones a favor de la tesis que se sostiene al juicio.^[8]

Los alegatos son los argumentos expresados por las partes a través de sus abogados con los que tratan de convencer al juez que con las pruebas ofrecidas y desahogadas acordes con las disposiciones normativas se demostrarán sus pretensiones.

2) *Clases*

a) *Alegatos de apertura*, ahora con los juicios orales, los abogados al inicio de la etapa de debate del proceso deberán presentar su teoría del caso ante el tribunal, por lo que en este momento el abogado podrá:

- § Presentar los hechos con claridad y su relación con el derecho, y no hacer conclusiones.
- § Comprometerse a demostrar su teoría del caso con las pruebas que cuenta.

- § Reservarse las opiniones personales.
- § Presentar la pruebas objetivamente.
- § Anticipar las propias debilidades y explicarlas razonablemente.
- § Identificar a los principales involucrados en el caso.^[9]

Por lo tanto el alegato de apertura deberá contener:

- § *El tema de la teoría del caso*, es el asunto acerca del cual el abogado se propone decir o transmitir algo, discurrir sobre un asunto en particular,^[10] por ejemplo: “Sus Señorías, este es un caso de legítima defensa en el que una persona no hizo más que defender a su familia.”
- § *La teoría fáctica*, son los hechos contados en forma de historia de manera coherente, consistente, clara, breve y persuasiva son expuestos por el fiscal o la defensa.
- § *La teoría probatoria*, consiste en las pruebas que respaldan cada una de las proposiciones fácticas que se mencionan en la historia.
- § *La teoría jurídica*, son las disposiciones que soportan la teoría jurídica tanto por parte del fiscal o la defensa, y así por ejemplo, es la descomposición, por parte del fiscal de cada uno de los elementos que describen la conducta deductiva.
- § *Cerrar con una petición concreta*, por ejemplo la pena que se exige para el imputado.

b) *Alegatos finales o de clausura*, es una argumentación acerca de lo que probamos con la prueba y una relación entre los hechos y las teorías jurídicas aplicables de tal suerte que el alegato le sirva al juez como un borrador de la sentencia.^[11]

El alegato de clausura se dividirá en las siguientes partes:

- § *Exordio*, tiene por objeto darle al juez una muestra del tema de la teoría del caso, que enseguida se va a exponer.
- § *La narración*, consiste en la exposición persuasiva de los hechos que son materia de la causa penal.^[12] Es como dijimos la teoría fáctica.
- § *La demostración*, se refiere, a los argumentos fácticos y jurídicos que sostienen la acusación o la defensa, también en esta parte se ocupará el abogado de refutar los argumentos de la parte contraria.
- § *El epílogo*, es la conclusión del alegato, en la que se sintetizan los

puntos principales del discurso, y puede concluir con alguna figura retórica que impacte; también en esta parte se pueden emplear argumentos emocionales pero sin exagerar.

c) *Alegato de bien probado*, escrito de conclusión que el actor y el demandado presentan luego de producida la prueba de lo principal, o de tachas en su caso, en el cual exponen las razones de hecho y de derecho que abonan sus recíprocas pretensiones.^[13]

3) *Fines de los alegatos*

Los alegatos persiguen como objetivos o fines:

§ *Comunicación*, el abogado trata de comunicarle al juez por medio de los alegatos que con las pruebas ofrecidas y desahogadas se confirma la pretensión de su cliente.

§ *Demostración*, por medio de los alegatos el abogado transmite el mensaje de una serie de ideas demostrativas de la certeza de las afirmaciones sobre los hechos o de la interpretación del derecho, y para ello requiere de conocimiento de ciertos elementos como la argumentación, la interpretación y la lógica que permiten demostrar las pretensiones.

§ *Persuasión*, a través de la cual se pretende obtener cambios de actitudes y conductas como un modo de ver la realidad y un modelo teórico persuasor debe ser coherente, pertinente y eficaz para convencer a los jueces y tribunales de las pretensiones de las partes.^[14]

§ *Informar*, por medio de los alegatos el abogado debe comunicar y dejar claros los hechos controvertidos y los que no lo son.

§ *Asegurar*, el abogado debe justificar su participación ante su defendido, o ante la sociedad por medio de un buen alegato.^[15]

La función de los alegatos consiste en otorgar a las partes la oportunidad para expresar sus argumentos sobre el valor de las pruebas practicadas para demostrar que los hechos afirmados en sus escritos iniciales han quedado probados, y que, en cambio, las pruebas de la parte contraria no comprobaron los hechos afirmados por dicha parte; pero, además en manifestar los argumentos jurídicos que demuestren la aplicabilidad de las normas jurídicas invocadas como fundamento de su respectiva acción o su excepción.^[16]

4) *Partes de un alegato*

a) *El inicio*

El alegato debe iniciar con señalar la pretensión o tesis o hipótesis que el abogado pretende demostrar con las pruebas ofrecidas y desahogadas.

b) *La exposición de los argumentos*

El abogado y la expresión de sus alegatos debe cuidar el orden de sus argumentos de tal suerte que los argumentos más sólidos se expondrán unos al principio y otros al final intercalando los más débiles, esto es por que si se exponen al inicio los débiles no se captará la atención del juez, si se exponen al final serán lo último que recuerden por lo tanto hay que tratar que el juez retenga al final argumentos sólidos.

c) *La prueba de los argumentos*

No basta que el abogado exponga sus argumentos, sino que además debe probarlos apoyándose en las pruebas que favorezcan a sus pretensiones, de tal manera que podrá enunciar un argumento por cada prueba que le beneficie, y como consecuencia de cada argumento que refute de la parte contraria también deberá apoyarlo con la prueba correspondiente.

d) *La conclusión*

Los alegatos deben terminar con un buen cierre de las argumentaciones del abogado para lograr que se lleve una buena impresión del ejercicio argumentativo, por lo que en esta parte podemos todavía no repetir, sino resumir el argumento más sólido que nos beneficie.^[17]

5) *Refutación de los alegatos*

De acuerdo con el sistema penal acusatorio o adversarial la refutación de los alegatos es la oportunidad que tienen los abogados para contradecir los argumentos del adversario, la cual puede consistir:

a) Negando la narración de los hechos en su totalidad (el demandado afirma que no se ha producido el hecho que afirma el actor, el imputado que no cometió el hecho).

b) Aceptando con carácter general la verdad del enunciado fáctico, pero indicando que se produjo en condiciones diferentes a las sostenidas por el

demandante o denunciante (que existía el contrato pero que establecía otra cosa, que se produjo la muerte pero de diferente manera).

c) Estableciendo un enunciado fáctico acerca del hecho X, hecho que es incompatible con la verdad del enunciado fáctico que afirma la existencia de Y. En este sentido puede suceder que, con base en alguna razón de orden general, física o jurídica, la existencia de X excluya la existencia de Y y viceversa.

d) Alegando un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de los efectos que derivan del hecho constitutivo, en este caso la hipótesis sostenida por el actor no se niega ni se contesta por el demandado, quien se defiende alegando un hecho diferente Y no incompatible con X pero que incide sobre las consecuencias jurídicas (prescripción de la deuda, compensación, etc).^[18]

B) LAS CONCLUSIONES

1) *Definición*

Es la etapa del proceso en que las partes presentan el resumen de sus pretensiones y/o argumentos con miras a influir al sentenciador.^[19]

Las conclusiones que formula el ministerio público contienen una breve exposición sucinta y metódica de los hechos conducentes, realizando proposiciones concretas de los hechos punibles que se atribuyan al acusado, citando los elementos de prueba relativos a la comprobación del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad penal, solicitando la aplicación de las sanciones correspondiente, incluyendo la reparación del daño con cita de leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables; pero en cada uno de estos planteamientos se deberá respaldar con los argumentos y las razones correspondientes, pues de lo contrario sería una simple petición sin sustento.

Por su parte el abogado de la defensa también formula sus conclusiones no acusatorias a fin de demostrar y convencer al juez que con las pruebas desahogadas se demostró la inocencia de su cliente, o bien que la participación en el delito de su cliente no es la indicada por el ministerio público en virtud de que opera a su favor una excluyente de responsabilidad.

2) *Objetivos de las conclusiones*

a) Transmitir, al juez los argumentos principales de la defensa y del

Ministerio Público.

b) Informar, sobre los hechos controvertidos y los que no los son.

c) Convencer al juez de que sus argumentos de hecho y de derecho son más sólidos que los del contrario.

d) Asegurarnos ante los clientes de nuestra actuación a fin de justificar la calidad del trabajo desarrollado.^[20]

3) *Partes de las conclusiones*

a) Introducción

En la introducción es importante utilizar captadores de atención de los jueces, los cuales tienen como finalidad romper conductas y deshacer la cadena de pensamientos de bloqueo que a menudo invaden el juicio; y se pueden emplear los siguientes:

i. Cita, de un autor que apoye nuestra tesis o una sentencia o jurisprudencia.

ii. Afirmación sorprendente que, aunque no tenga nada que ver con el tema, posteriormente se establece el nexo con el caso.

iii. Pregunta de implicación, que los mueva a la reflexión y cuya única respuesta moral pueda ser la que nosotros pretendemos.

iv. Término de exposición, adelantando la conclusión con la que terminaremos para ayudar al juez en su proceso de recuerdo.

v. Accidente o relato de alguna situación que tenga relación con el caso.

b) Exposición de los hechos

Es un breve resumen de los hechos relevantes que se consideran controvertidos y sobre los que versará la prueba.

c) Desarrollo de argumentos

Por cada argumento que se mencione se debe ofrecer una prueba, es decir, cada argumento de hecho debe basarse necesariamente en una prueba o conjunto de pruebas.

d) Conclusión

Se deben resumir o sintetizar los argumentos más importantes desarrollados a lo largo de las conclusiones e incluir una frase que mueva al

juez a sentenciar a nuestro favor.^[21]

4) Instrumentos de persuasión en las conclusiones

Estos instrumentos nos ayudan a potenciar la persuasión y exponerlo con mayor convicción.

a) La exposición de afuera hacia adentro

En lugar de utilizar opiniones y valoraciones subjetivas, mejor recoger las pruebas que se hayan practicado fuera de nosotros, en el proceso, ajenas totalmente a valoraciones subjetivas y utilizarlas como premisas para los argumentos que conforman el núcleo o centro de las conclusiones o alegatos finales.

b) Inoculación para los argumentos contrarios

Es una forma de prevenir el contagio de los argumentos del abogado contrario, mediante la cual se adelantan las posibles objeciones de la contraparte y restando el efecto sorpresa al dejarlo sin argumentos, pero cuidando de no incluir argumentos que a lo mejor la otra parte no pensaba enunciar y al hacerlo se le dan ideas.

c) Las metáforas

Las metáforas sirven para facilitar la comprensión inmediata de complejos, traduciéndolos en imágenes, de tal suerte que al utilizarlas se incrementará su persuasión porque facilitará un entendimiento rápido y la imagen visual ayudará a memorizar mejor al juez.^[22]

d) Las imágenes y los ejemplos

Las imágenes y los ejemplos son excelentes instrumentos de persuasión que permiten que el juez conserve en su memoria por el poder de asociación de ideas que representa su utilización, y así dependerá de la capacidad del abogado para provocar en sus oyentes una imagen vívida y clara de lo acontecido para que posteriormente sea recordada por el juez al momento de dictar la sentencia; también por medio de los ejemplos se hacen más fácil la comprensión de los hechos al momento de la narración.

Para COUTURE agravio es el perjuicio o gravamen, material o moral, que una resolución judicial causa a un litigante.^[23]

Para FIX ZAMUDIO es la afectación de los derechos e intereses jurídicos de una persona, en especial a través de una resolución judicial, y por extensión, también cada uno de los motivos de impugnación expresados en el recurso de apelación contra una resolución de primera instancia; y agrega que la expresión de agravios es considerada como los argumentos que hace valer el recurrente contra la resolución impugnada en apelación.^[24]

Por lo tanto son una oportunidad para argumentar y refutar el contenido de la sentencia o resolución, ya sea porque afecta a los intereses de los clientes, o porque la norma en que se fundamenta no es aplicable, se dejó de aplicar o se realizó una incorrecta interpretación de la misma.

4. LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

Para Eduardo Pallares el concepto de violación consiste en expresar con mayor claridad posible, el acto violatorio de garantías, la ley violada en dicho acto, o la que se dejó de aplicar, y las razones y argumentos que demuestren lo anterior.^[25]

De la anterior definición se desprende que en la demanda de amparo la expresión de los conceptos de violación es una excelente oportunidad para argumentar a fin de demostrar que la autoridad responsable viola en perjuicio del quejoso una garantía individual o derecho fundamental; o también se expresan conceptos de violación en algunas otras materias, por ejemplo, en materia mercantil, a propósito de la acción de oposición en contra de la deliberación de una asamblea de la sociedad anónima, los socios en la demanda deberán expresar los conceptos de violación que les causan. (Artículo 201, fracción III, Ley General de Sociedades Mercantiles).

V. EL PAPEL DE LA ARGUMENTACIÓN EN LOS JUICIOS ORALES

1. ORALIDAD Y ARGUMENTACIÓN

La oralidad, por oposición a la escritura, dicese del método procesal en el cual la palabra hablada constituye el modo de expresión.^[26]

Por oralidad del procedimiento se entiende el principio según el cual la decisión judicial, mediante la que se resuelve afirmativa o negativamente acerca de la pretensión punitiva, debe estar basada fundamentalmente en el material probatorio proferido oralmente en el debate.^[27]

De acuerdo con este principio de oralidad, las peticiones de los abogados, los alegatos, las pruebas, el debate en juicio y los recursos requieren de la palabra hablada y por lo tanto es indispensable que los abogados sepan expresarse adecuadamente para que el juez o tribunal comprenda el mensaje y se convenza de sus peticiones.

En el sistema penal acusatorio que se rige por los principios de oralidad y contradicción de acuerdo a la reforma constitucional, las partes tienen la oportunidad para contradecir oralmente los hechos, las pruebas, los alegatos y el derecho expresado por el contrario y por lo tanto es indispensable una adecuada y eficaz argumentación.

La esencia en la oralidad es el discurso argumentativo jurídico que integra un discurso ontológico: “qué es eso”, el epistemológico; “qué sabemos de eso” y el metodológico: “cómo decir mejor eso”, para lograr la aceptación de la pretensión.^[28]

A) EL ARGUMENTO ENTIMEMÁTICO

En el discurso oral por su propia naturaleza se utilizan argumentos diferentes que en la argumentación escrita, y uno de los modelos más útiles para ello es el entimema, entendido como un silogismo abreviado en el que se omite una de las premisas por ser evidente o darse por sobreentendida,^[29] la ventaja de este argumento es que las premisas implícitas u omitidas se obtienen a partir de lugares comunes compartidos con el auditorio a quien se dirige el discurso lo que facilita la persuasión y aceptación del discurso por parte del público, además por su naturaleza simplificada ahorra palabras y economiza el uso de la palabra; este argumento presenta las siguientes características:

- Es una argumentación eficiente retóricamente, esto es, capaz de inducir creencias, disposiciones o acciones en aquellos a quienes se dirige sobre la base de ciertos supuestos cómplices o compartidos, que como premisas implícitas no se tienen que explicar.
- Descansa, más precisamente, en la garantía inferencial o en el

respaldo proposicional de una máxima o un tópico tácitos por lo regular, pero pertenecientes a una especie de fondo común de conocimientos y experiencias compartidas por el agente discursivo (abogado) y aquellos a quienes dirige su discurso (las partes o el juez).

- La complicidad puede llegar hasta el punto de que estos destinatarios serán obligadas a cubrir los huecos o implícitos de la argumentación en la línea del fondo común de conocimientos y experiencias envueltos en el discurso, y por consiguiente a determinar qué elementos hay que explicar, y cuáles no en el curso de la interacción discursiva.^[30]

2. IMPORTANCIA DE LA RETÓRICA EN LOS JUICIOS ORALES

A continuación demostraremos la aplicación de la retórica en el momento en que el abogado o el fiscal presentan sus conclusiones o alegatos ante el juez en este tipo de juicios, de acuerdo a que oralidad es un principio del sistema penal acusatorio que se encuentra contemplado en la Constitución y en donde el abogado debe exponer sus alegatos en forma oral, y ante lo cual se formulan las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el contenido de los alegatos? ¿Cuál es la estructura de los alegatos o conclusiones? ¿De qué elementos se componen y cómo pueden ser más persuasivos? Estamos convencidos que la retórica clásica nos puede responder estas preguntas e indicar la manera en que podría distribuirse el contenido del discurso, como enseguida veremos.

A) MODELOS DE ARGUMENTACIÓN ORAL

1) *Modelo retórico*

a) *El exordio*

El alegato de apertura o de clausura en un juicio oral, tiene por objeto llamar la atención y preparar el ánimo de los oyentes e indicar cuál es el contenido del discurso, y si la causa así lo requiere, puede iniciar con un exordio, el cual contendrá:

§ Introducir brevemente la teoría del caso.^[31]

§ Fijar o establecer la hipótesis acusatoria o de la defensa que se pretende demostrar en la argumentación, si es el alegato de apertura, porque si es el de clausura entonces el abogado deberá referirse a las pruebas desahogadas con las que demostró su teoría del caso.

§ La hipótesis de la parte contraria para restarle el efecto sorpresa cuando sea enunciada por la contraparte.

§ Mencionar en orden los cargos de la acusación.

§ Manejar buen nivel de comunicación.

§ Para atraer la atención se pueden utilizar figuras retóricas como anécdotas, citas, máximas, parábolas.

b) La narración

En esta parte el abogado deberá dar a conocer al juez los hechos relevantes e importantes del caso, pero sobre todo aquellos acontecimientos, personas o cosas que después en la demostración le sirvan de apoyo para probar su hipótesis, y en ella se incluye:

§ Narrar y describir los hechos adecuándolos a las premisas fácticas y jurídicas.

§ Mencionar los hechos relevantes que puedan demostrarse posteriormente con las pruebas.

§ Narrar los hechos de manera cronológica como ocurrieron.

§ Mencionar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, los medios y el fin.

§ La narración consta de las siguientes partes: *i)* iniciación o planteamiento, que son los antecedentes de la acción para ubicarnos en un lugar y tiempo determinado; *ii)* nudo o complicación, que es la parte notable de la narración en donde se va a referir al hecho motivo de la acusación y *iii)* desenlace, que viene a ser la solución final o el resultado de las acciones, esto es, las consecuencias del hecho.^[32]

c) La demostración

Es la parte más importante del alegato de clausura, porque en ella se demuestra la hipótesis y teoría del caso con pruebas y argumentos y se refuta la de la contraria, y es aquí donde la retórica muestra su utilidad para convencer al juez de nuestra postura, para lo cual el abogado podrá:

§ Enunciar y reafirmar la teoría del caso de manera persuasiva.

- § Mencionar las pruebas en que se basa y demuestran la hipótesis.
- § Enunciar los argumentos ya sean lógicos como los razonamientos deductivos, inductivos o abductivos, ya sean informales utilizando el modelo argumentativo de TOULMIN.
- § Utilizar tanto premisas fácticas como jurídicas para reforzar los argumentos.
- § Objetar las pruebas de la parte contraria y se refutan sus argumentos, o se anticipan para restarles impacto.

d) El epílogo o peroración

Es el momento final del discurso en el que se resumen las partes más importantes de las conclusiones para que sean retenidas en la memoria del juez, no se trata de repetir los argumentos, sólo los más fuertes y contundentes; en esta parte se menciona:

- § Sólo los argumentos más importantes y contundentes que puedan resistir las críticas y objeciones.
- § Utilizar la amplificación pero sin exagerar.
- § Evitar utilizar las falacias *ad misericordiam* y *ad populum*, pues sería un mal uso de la retórica.
- § Utilizar preguntas retóricas, por ejemplo: ¿qué no establece la ley?, ¿qué actuar en legítima defensa es una causa excluyente de responsabilidad?
- § Un buen alegato de clausura es un proyecto de sentencia para el juez.
- § No usar la agresión verbal como arma de persuasión, ya que para lograr los resultados que perseguimos no es necesario que nos empeñemos en ofender al abogado y a los jueces.^[33]
- § Tampoco utilizar el terrorismo verbal, los abusos de lenguaje, el sarcasmo encarnizado, no conducen a nada bueno. Más bien disponen en contra de quien recurre a tales recursos. Vistos con objetividad, parecen recursos retóricos dirigidos a ocultar el hecho de que no se cuenta con buenos argumentos, el que sabe usar bien los que tiene, puede permitirse ser cortés y comprensivo.^[34]

2) Modelo de acción comunicativa

El modelo de acción comunicativa,^[35] más que ofrecer un método sobre cómo estructurar un discurso o los alegatos de un juicio, es una acción

tendiente a eficientar la comunicación entre las partes en un juicio que tenga como característica la oralidad, pues busca, más que persuadir como en el modelo retórico, que los sujetos se comuniquen adecuadamente y logren un mayor entendimiento; enseguida veamos algunas ventajas que al parecer sobre el modelo retórico tiene y algunas críticas que se le hacen al debate retórico, críticas que no compartimos pero que las mencionamos para que sea el abogado el que elija el modelo que le parezca más adecuado para presentar su discurso.

En el nuevo procedimiento penal de acuerdo al sistema acusatorio el principio de inmediación garantiza una sentencia justa e imparcial, pues una vez que los miembros del tribunal han percibido y entendido la acusación y defensa oral, mediante la interacción oral contradictoria de la producción de la prueba, y escuchando la conclusión oral de las partes reafirmando los puntos más sobresalientes y esenciales que componen el hecho ilícito, inmediatamente entran a deliberar, por cuanto esta continuidad hace que el juzgador esté al tanto de los elementos de prueba producidos, aspecto que facilita y garantiza que se pronuncie una sentencia ecuaníme y equilibrada.

La oralidad se ejerce también por medio de la acción estratégica encaminada al éxito personal de las partes, coordina intereses y genera debate; pero su objetivo no es sólo la búsqueda de la verdad procesal, sino fundamentalmente convencer, aunque no sea válidamente: son acciones declarativas, y no demostrativas. La base material que sustenta el debate es la interacción estratégica, y la diferencia que existe entre interacción comunicativa y debate es la que a continuación se detalla.

a) Diferencias entre el debate retórico y la acción comunicativa

El debate se encuentra integrado por interacciones estratégicas encaminadas al éxito personal de las partes procesales, cuyo afán es convencer, influir, persuadir mediante proposiciones que favorezcan el interés de una de las partes, con lo que olvidan demostrar la base material que sustenta y demuestra la verdad procesal. El debate en definitiva busca o persigue la subordinación de una de las partes a la otra, a lo cual se añade el apoyo de la autoridad jurisdiccional, que se traduce en la pronunciación de la sentencia, de suerte que el objeto del debate se convierte en materia de disquisiciones contradictorias inútiles, cuando en realidad de lo que se trata es de demostrar con elementos fácticos la verdad del hecho ilícito objeto del juicio penal. Por lo contrario la acción comunicativa implica intercambio de

proposiciones de las partes encaminadas a demostrar, mediante una interacción oral contradictoria, los elementos que intervinieron directa o indirectamente en la comisión del hecho ilícito. La interacción oral contradictoria reemplaza al debate como la nueva perspectiva comunicativa dentro de la substanciación del juicio penal.

La diferencia entre debate e interacción comunicativa define también el ejercicio de acciones estratégicas e instrumentales propias del debate, mientras que las acciones comunicativas caracterizan el entendimiento interactivo o interacción comunicativa; para un mejor entendimiento veremos a continuación cuáles son las diferencias que existen entre debate e interacción comunicativa:

- § El debate retórico por lo general es más dinámico y ameno, porque es más elemental y emotivo; mientras que las acciones comunicativas son más reflexivas, profundas e intelectuales.
- § En el debate tiene que haber un ganador y un perdedor, en tanto que en la acción comunicativa hay entendimiento y cooperación de los sujetos.
- § En el debate los puntos de vista opuestos influyen entre sí hasta que uno de ellos sucumbe en provecho del otro; en la interacción comunicativa existen proposiciones diferentes, cada una con objetivos claros e hipótesis por confirmar.
- § El debate conlleva intereses y articula concertaciones eventuales hasta lograr sentencias parciales; la interacción comunicativa genera propósitos encaminados al entendimiento cooperativo hasta lograr acuerdos o sentencias imparciales.
- § El debate es frío y calculador, pertenece a las relaciones instrumentales sistémicas, hasta el punto de olvidarse del género humano; la interacción comunicativa es sensible, desinteresada y humana.
- § El debate devuelve una solución no concordante con las expectativas de los contendientes y no satisface el interés común; mientras que la interacción devuelve una solución concordante con las pruebas a las partes.
- § El arte de la retórica jurídica en el debate es argumentar convincentemente, aunque ello carezca de validez; la acción comunicativa es demostrar fehacientemente lo que se afirma.
- § En el debate lo que prima es el monólogo a menudo brillante pero impositivo; en la acción comunicativa predomina el entendimiento creativo.

- § El debate es declarativo; la acción comunicativa es demostrativa.
- § El debate tiene características de complementación de intereses; en tanto que la acción comunicativa es cooperadora en la solución del conflicto penal.
- § El debate persigue el éxito particular; la acción comunicativa tiene como meta el esclarecimiento de la verdad procesal.

b) Desventajas de la oralidad estratégica o retórica

Las acciones orales de los sujetos procesales conllevan propósitos encaminados a trabajar interacciones comunicativas o estratégicas. Así, la acción oral comunicativa se encuentra orientada a lograr entendimiento, mientras que la acción oral estratégica se halla motivada por el éxito personal y egoísta.

En algunos países las partes del proceso dentro del juicio oral, al practicar acciones estratégicas, no se encuentran dispuestas a ceder en sus pretensiones, no rigen sus actos de acuerdo con los elementos de convicción, se sirven de las evidencias tácticas a su conveniencia, constantemente manipulan la información, prácticas que traban las interacciones de los sujetos procesales, perjudicando la administración de justicia, porque esta actividad estratégica deteriora su imagen ante las expectativas de una sociedad civil ávida de sentir la existencia de un órgano jurisdiccional dispuesto a brindar seguridad y pacificar los conflictos penales generados en la sociedad.

El defensor tiene la oportunidad de plantear de manera clara, directa y concreta los propósitos de la defensa. Cuando ésta es oral se hallará en perfecta coordinación con los objetivos a los que quiere llegar, las hipótesis que quiere demostrar, todo lo cual tiene como base material de sustentación un plan estratégico, esquemas o dibujos de ejecución, lista de preguntas a testigos y peritos de cargo y descargo. La defensa técnica delinea las bases de la defensa y muestra las perspectivas de sus actuaciones posteriores.

La oralidad es el elemento que sirve de coordinador entre la acción comunicativa y cada uno de los actos que componen la estructura del juicio oral; asimismo la oralidad desempeña la función de conducción y expresión de los propósitos de cada parte procesal, que mediante la interacción comunicativa oral, facilita la búsqueda de la verdad procesal, en la que la sentencia es el gran acuerdo logrado por la intercomunicación de los sujetos procesales.

c) Ventajas de la acción comunicativa

La práctica de las interacciones comunicativas en la expresión de las conclusiones dentro del juicio penal sirve para reafirmar los puntos más relevantes de la prueba producida, de modo que las conclusiones reavivan los elementos de convicción con el único fin de que la solución del conflicto penal logre una sentencia coherente, firme, libre de ambigüedades y condigna al imputado, gracias a lo cual da un mensaje a la sociedad civil de haberse sustanciado un proceso legal y un juicio previo justo que exalta la transparencia mediante la oralidad comunicativa de los sujetos procesales.

La oralidad desempeña dos papeles fundamentales en la acción comunicativa: 1) sirve de conductora y expresa proposiciones de los sujetos procesales, y 2) desarrolla la actividad de coordinación entre las partes procesales; por consiguiente la acción comunicativa es la base material que sustenta la función de la oralidad. Por esta razón es necesario que dentro del proceso penal y principalmente en el juicio se practique una oralidad con sustento comunicativo.

La interacción comunicativa mediante la oralidad transforma la estructura del juicio penal no en una pugna o debate estéril, sino que desempeña una función de entendimiento cooperativo entre los sujetos procesales, con el único fin de lograr la verdad procesal, que se retraduce en un acuerdo llamado sentencia. Esta última es la mejor expresión de la acción comunicativa tanto para los sujetos procesales como para la sociedad civil.

3) Modelo de Grootendorst

Los autores holandeses FRANS VAN EEMEREN y ROB GROOTENDORST,^[36] al referirse a la argumentación oral, proponen un formato que cuenta de las siguientes partes:

a) Introducir el tema (o problema) que se va a discutir, esta parte vendría a ser como el exordio de la retórica.

b) Explicar por qué es importante el tema para captar la atención de los jueces y del público.

c) Fijar la posición que se va a defender; aquí podría enunciarse la teoría del caso que se va a sostener o las hipótesis que se pretenden demostrar.

d) Debatir las otras posturas, esto es refutar las hipótesis de la parte contraria o las pruebas y el derecho en que se apoyan.

e) Presentar los argumentos a favor de la postura propia que se sostienen,

para ello se deberán enunciar en orden e intercalar los argumentos débiles a la mitad del discurso.

f) Tratar los contraargumentos o las posibles objeciones que se pudieran hacer a nuestros argumentos o nuestra teoría del caso.

g) Sintetizar el caso con los puntos más importantes a fin de que los jueces los recuerden con mayor facilidad.

h) Finalizar con una conclusión que conlleve a inclinar el ánimo del juez a nuestro favor.

Como puede verse esto es un modelo que nos puede servir de guía al momento de elaborar el discurso o los alegatos de clausura, pero es importante que el abogado nunca prepare los alegatos por escrito para luego proceder a su lectura en la audiencia, pues le resta toda espontaneidad y virtudes que tiene el discurso oral; una cualidad muy importante que debe desarrollar el abogado en estos juicios es la facultad de improvisación, lo cual no significa que improvisado sea apresurado y falto de calidad, sino que es la capacidad que tiene el abogado para que al momento que le concedan el uso de la palabra para expresar sus alegatos los formule mentalmente de acuerdo a un esquema que previamente tenga ya elaborado pero con los datos y las características que en ese momento adecue al caso que defiende.

VI. NEGOCIACIÓN Y ARGUMENTACIÓN

Ahora que los medios alternativos de solución de controversia se han elevado al nivel constitucional, la negociación y la mediación son salidas alternativas que de acuerdo al nuevo sistema penal tienen las partes para solucionar sus conflictos sin llegar a la sentencia, por ello el abogado debe saber negociar pues no todos los conflictos terminan con la resolución; en ocasiones antes, durante y al final del juicio las partes pueden llegar a un acuerdo que termine o evite el litigio, porque cualesquiera que sean sus pretensiones: el pago de daños, el pago de una deuda mercantil, la liquidación de la sociedad conyugal, es posible que arreglen sus diferencias, ya sea por sí mismos o por medio de sus abogados, y es allí donde la negociación es un buen instrumento para poner fin al conflicto.

Además el abogado debe ser un buen negociador, sobre todo ahora con la implementación en los Tribunales de Justicia de los Centros de Justicia Alternativa, en donde se practica sobre todo la mediación en la que forzosamente se utilizan las técnicas de negociación.

La argumentación es una herramienta muy útil que ayuda al abogado que negocia con otro la manera de zanjar una disputa o resolver un conflicto.^[37]

1. DEFINICIÓN DE NEGOCIACIÓN

Para ÁLVAREZ TRONGÉ es un proceso de comunicación, desarrollado entre personas, donde al menos una de ellas busca obtener un resultado.^[38]

También es el proceso orientado a alcanzar un acuerdo entre partes que se hallan en una relación social de conflicto y/o cooperación.

De la anterior definición se desprende que el conflicto es un elemento importante de una negociación, por lo que vamos a hacer una aproximación a este concepto. Conflicto es definido como un proceso cognitivo-emocional en que dos individuos perciben metas incompatibles dentro de su relación de interdependencia y el deseo de resolver sus diferencias de poder.^[39] Y así tenemos que según sus causas los conflictos pueden ser: *a)* conflictos de intereses; que son diferencias en cuanto a las necesidades personales, la distribución de bienes o recursos y de poder entre las personas; *b)* conflictos de valores: son disputas que se dan en la confrontación de creencias, de posiciones éticas, cívicas o morales, las tradiciones, la educación, el prestigio, etc.; *c)* conflictos de derecho; son diferencias en la interpretación y aplicación de leyes, normas, reglamentos o acuerdos, así como el planteamiento o necesidad de modificar algunas de estas reglas o ciertos marcos legales, para ser adecuados a nuevas realidades o circunstancias.^[40]

2. CLASES DE NEGOCIACIÓN

§ *La competitiva*, en esta negociación las partes buscan ganar y obtener beneficios a costa de todo sin importar que la otra parte pierda o la relación entre ellas se pierda o se mantenga.

§ *La colaborativa*, en ésta las partes cooperan entre sí para llegar a un acuerdo buscando que las dos ganen.

§ *La circular narrativa*, en ella las partes narran los hechos o motivos que las llevó a actuar de determinada forma a fin de ser comprendidas por la otra parte, buscan la reflexión para de ahí obtener una solución.

§ *La asociativa*, es en la que se busca que ambas partes salgan ganando, que su relación se mejore y se fortalezca.

Para PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO^[4] se clasifica en:

a) *Basada en el poder*, esta clase de negociación ve a las partes como competidores, cada uno utiliza su poder para tratar de influir en el otro y sacar ventaja; los conflictos se resuelven de acuerdo a quién es el más fuerte. En esta negociación todo se vale.

b) *Basada en los derechos*, se intenta que sea una respuesta ilustrada al barbarismo de la negociación basada en el poder, imponiendo reglas para el juego limpio, en esta propuesta el sistema legal crea un conjunto de procedimientos y reglas diseñadas para tratar a la gente de manera justa, sin importar si tienen poder o no, pueden negociar con base en sus derechos.

c) *Basada en los intereses*, se funda en el Proyecto de Negociación de Harvard en la que cambia el foco de la negociación pasando de la resolución de conflictos adversarial a la de solución conjunta de problemas, los intereses son las preocupaciones subyacentes de las partes, lo que ellas quieren realmente lograr, en este modelo la colaboración reemplaza a la competición, la calidad de la relación entre las partes es más importante que la determinación de sus derechos legales.

d) *Basada en la transformación*, sugiere que el propósito primario de la negociación es cambiar la forma en que la gente visualiza y maneja el conflicto, la transformación ocurre a través del poder de dar poder y reconocimiento; dar poder significa devolver a los individuos el sentido de su propio valor y fortaleza, así como su capacidad para manejar los problemas de su vida; reconocimiento quiere decir la evocación de valorar y sentir empatía por la situación y problema de los otros; el modelo transformativo está orientado hacia el individuo y el proceso relacional, más que en producir resultados específicos.

3. MODELOS Y ESTRATEGIAS DE NEGOCIACIÓN

A) MODELO POSICIONAL

Este modelo se centra en las posiciones de las partes y no en sus intereses.

Este método se considera a los negociadores como duros y aquí el abogado que puede estar negociando el aumento de sueldo de los trabajadores o la pensión alimenticia en un divorcio, usa como elementos de la negociación, en primer lugar, el costo de la negociación, esto es, cuánto pueden aguantar las partes en el proceso de negociación, y así en el ejemplo de la pensión, cuánto

puede durar una de las partes sin recibir la cantidad que pretende hasta llegar al acuerdo.

Otro elemento de este modelo de negociación es el empleo de amenazas, y así en el caso del aumento salarial se puede emplear la amenaza de irse a la huelga, en el caso de la pensión alimenticia puede emplear la amenaza de irse a juicio o solicitar un embargo precautorio para garantizar las prestaciones; pero la amenaza debe ser creíble, una forma de hacerlo es comprometerse a ponerla en práctica aun cuando no sea en el propio interés hacerlo cuando llegue el momento,^[42] las normas sociales también pueden darles credibilidad a las amenazas, por ejemplo apelando al honor o a las buenas costumbres para justificar el empleo de amenazas.

B) MODELO HARVARD

Este modelo que ha sido popularizado por ROGER FISHER y WILLIAM URY^[43] de la Universidad de Harvard se basa en las siguientes cuatro estrategias:

1) *Separar a las personas del problema*

Es común que las personas cuando ante una situación mezclan el problema con las personas, es decir que en lugar de ver las causas del conflicto, culpan a las personas de éste, por lo tanto el primer paso de este método consiste en separar a las personas del problema, y una vez que se identifique el problema encontrar las personas que tengan relación con su solución.

También es importante separar la relación de las partes involucradas en el problema con la esencia del problema, para ello o para lograrlo es importante analizar tres elementos básicos que tienen que ver con el proceso de negociación, y que son:

a) *La percepción*, que consiste en ponerse en el lugar del otro para ver su punto de vista con respecto al problema y así apreciar diferentes perspectivas y luego discutir los diferentes puntos de vista de cada uno; también ayuda el que todas las partes involucradas en el conflicto participen en el proceso de encontrar su solución, pues de esta manera sienten que están participando para encontrar el resultado.

b) *La emoción*, es importante que las partes se permitan reconocer y expresar sus emociones, pues desahogarse permite que los participantes liberen el estrés que muchas veces conlleva resolver un conflicto; en ocasiones en materia familiar están las partes más involucradas en las emociones que sienten mutuamente que en el problema mismo.

c) *La comunicación*, la negociación es un proceso de comunicación para tratar de encontrar la solución a un conflicto, por ello los problemas que afectan a la buena comunicación también afectan a la negociación, como son: en primer lugar, no hablar de una manera comprensible; en segundo lugar, no hablar de manera directa y clara sobre las causas del conflicto y en tercer lugar, una mala interpretación de lo que dicen las partes involucradas, por ello se propone:

§ Escuchar en forma activa,

§ Hablar de manera comprensible y

§ Hablar con un propósito, es decir para qué propósito servirá esa información.

2) *Centrarse en los intereses, no en las posiciones*

En ocasiones durante el proceso de negociación, las partes involucradas están más interesadas en tratar de defender e imponer su postura que encontrar la solución del conflicto, y en mostrar los intereses que definen el problema, esto es, sus necesidades, sus deseos, sus preocupaciones.

En todo conflicto las partes aunque tengan posturas opuestas también tienen intereses compartidos; sin embargo se encuentran disimulados o mezclados con sus posiciones, y así por ejemplo en un conflicto de naturaleza mercantil al vendedor le interesa resolver el problema pero también quiere conservar al comprador como cliente, por su parte al deudor le conviene pagar la deuda de la menor manera gravosa para su economía pero no le conviene romper relaciones con su proveedor porque a la larga le traerá consecuencias.

Una manera de identificar los intereses que se encuentran escondidos en las posiciones de las partes es preguntar ¿por qué?, no se trata de encontrar justificaciones razonables y aceptables de la postura, sólo de comprender qué necesidades y deseos tienen las partes; después preguntar ¿por qué no?, tampoco se trata de aceptar de inmediato la propuesta del otro, es sólo ver el punto de vista opuesto desde una óptica que no se nos había ocurrido.

En una negociación hay más de un interés que las partes desean solucionar, y así en un proceso de divorcio detrás del interés de la esposa por una pensión alimenticia está el interés de su seguridad económica, en un proceso de negociación de reparación de daños contra una compañía de seguros, ésta pretende pagar la menor suma posible, pero también le interesa mantener una buena imagen con sus clientes; por ello una buena técnica para

lograr un buen arreglo y lograr que alguien escuche comprenda sus razonamientos es manifestar primero los intereses y razones para posteriormente exponer las conclusiones y propuestas.

3) Inventar opciones en beneficio mutuo

El abogado debe cultivar su capacidad de generar opciones ventajosas tanto para su cliente como para la otra parte que le permitan solucionar el conflicto, sin embargo es común que se encuentre con los siguientes obstáculos que inhiben la invención de opciones abundantes:

a) *Juicio prematuro*, es natural que las partes antes de analizar las opciones primero emitan su crítica, lo cual afecta a la opción; y está bien opinar y discutir las siempre y cuando sea una vez que ya se han puesto sobre la mesa todas las posibles alternativas de solución.

b) *Crear que sólo existe una respuesta única*, y por lo tanto se cierran a otras posibles alternativas y de esa manera se presentan conclusiones prematuras que van afectar el proceso de negociación.

c) *Pensar que la solución del problema es el problema*, esto es, hacia los propios intereses de las partes; por lo tanto para que un negociador alcance un acuerdo que satisfaga sus propios intereses es necesario que desarrolle una solución que también resuelva los intereses del contrario.

Para sortear los obstáculos anteriores el abogado que está negociando puede tomar las siguientes estrategias:

a) Separar el acto de inventar opciones del acto de juzgarlas, esto es, primero inventar y luego decidir.

b) Ampliar las opciones que se encuentran sobre la mesa, en lugar de buscar una sola respuesta.

c) Inventar formas de hacer que sus decisiones sean fáciles, y hacer todo lo posible para que así sea; y así por ejemplo en lugar de centrarse en la compañía centrarse en las personas, también para lograr que sea fácil se debe enfocar la atención hacia el contenido de la decisión y una manera de lograrlo es legitimar la solución en términos de justicia, legalidad, honorabilidad y para ello es útil recurrir a precedentes derivados de situaciones anteriores, también acudir a las consecuencias que se esperan si se decide en uno u otro sentido, y aquí es útil la argumentación consecuencialista para obtener una buena negociación.

4) Utilizar criterios objetivos

Es en esta etapa de la negociación en donde la argumentación es una herramienta poderosa que ayuda al proceso para encontrar la solución al conflicto, es decir aquí coinciden argumentación y negociación, pues así como todo argumento debe estar respaldado en razones objetivas, también una propuesta de solución al conflicto tiene que estar sostenida por criterios objetivos que den sustento a las pretensiones, y así cuanto más imparcialidad, eficiencia o criterio científico se utilice para tratar el problema es más probable que se produzca el resultado final y convenza a la otra parte.

El abogado que está negociando puede utilizar como criterios objetivos para dar respaldo a sus pretensiones, las normas, las costumbres, un precedente, el valor del mercado, criterios científicos, decisiones del tribunal, criterios morales, y todos aquellos elementos que sean justos e imparciales, y así si se discute el precio de una casa se puede respaldar la oferta con el dictamen de un perito valuador, o también si se discute el monto de una pensión alimenticia se puede partir de los mínimos que fija la ley para el caso en cuestión.

Para negociar con criterios objetivos el abogado debe tener en cuenta tres puntos básicos:

a) *Formular cada asunto como si se tratara de la búsqueda conjunta de criterios objetivos*, para lograrlo se pueden sugerir varios criterios para tomar en cuenta y no imponer el que mejor nos convenga, por ello cuando alguien haga una propuesta le podemos preguntar ¿en qué se basa para hacer esa propuesta?, y así descubrir cuáles son las razones que respaldan su propuesta, si sólo ofrece un precio y no da motivos de cómo llegó a esa cantidad su propuesta se va a ver vacía. Por ello es importante ponerse de acuerdo sobre los principios que se van a utilizar como criterios objetivos para respaldar las pretensiones de las partes, de tal suerte que cada norma que proponga la otra parte se convierte en una palanca que el abogado puede utilizar para convencer.^[44]

b) *Razonar y abrirse al razonamiento*, en ocasiones se utilizan los precedentes y las normas objetivas como argumentos en apoyo de una pretensión, por lo que el abogado debe ser de mentalidad abierta y estar dispuesto a responder a las razones que piden la aplicación de otra norma o que soliciten una aplicación diferente de esa norma, cuando una parte presente un criterio objetivo distinto, el abogado debe buscar una base

objetiva para decidirse entre las opciones, por ejemplo qué criterios han servido en el pasado o cuáles se aplican más ampliamente; un negociador que se apoye en principios objetivos está abierto a una persuasión razonada basándose en las circunstancias, lo que hace que esta negociación sea tan persuasiva y tan eficaz para conseguir convencer a la otra parte es la combinación de franqueza con el razonamiento insistente sobre una solución basada en criterios objetivos.

c) *No ceder a la presión*, el abogado debe convencer, no presionar, y por lo tanto tampoco debe dejarse presionar sino invitar a las partes a manifestar sus razonamientos de acuerdo a criterios objetivos, como si se tratara de cualquier argumentación; estar abierto a la razón le permite tener el poder de la legitimidad^[45] y el poder de persuasión que esto proporciona.

Si la otra parte no cede en nada y no presenta una base persuasiva para sus posiciones, no es posible que haya negociación, si no existe flexibilidad de la otra parte y no se encuentra ninguna base objetiva para aceptarlo se debe valorar lo que se puede ganar al aceptar esa posición injustificada en lugar de recurrir a la mejor alternativa.

Como puede verse es muy importante este método de negociación para los abogados en donde pueda respaldar sus ofertas con buenos argumentos basándose en criterios objetivos que permitan la aceptación de la parte contraria y no en simples posturas subjetivas sin ningún respaldo.

C) FASES DE LA NEGOCIACIÓN

1) *Fase de preparación*, primero se deben analizar los intereses, las emociones y creencias de las partes, en segundo lugar elaborar el plan que contenga: los objetivos de la negociación y las metas cuantificables, alcanzables, concretas, medibles.

2) *Fase de apertura*, buscar los objetivos mínimos, la mejor alternativa para ambas partes, para ello escoger estrategia, por ejemplo: duro-blando, posicional-racional.

3) *Fase de discusión o aproximación*, en la que se deben buscar huecos, puntos débiles de la contraparte, también establecer el punto de partida común para ambas partes, lo que permitirá comenzar el proceso de negociación y facilitar el acuerdo entre las partes; no se debe comenzar cediendo porque la parte contraria se dará cuenta de que es un negociador blando y puede imponer su postura y propuesta; presentar ofertas claras, y no aceptar la oferta inicial, o aceptarla pero condicionarla o acortarla; evitar

oferta final o varias ofertas porque muestra al negociador como cerrado o difuso en sus peticiones y parecerá que no sabe lo que quiere, en esta fase se pueden dar los siguientes errores de la discusión; dejarse llevar por la emoción, ceder muy pronto y aceptar la negativa de la contraparte.

4) *Fase de acuerdo*, pensar que todo acuerdo es renegociable y que no todo es definitivo, establecer una cláusula de escape que permita una salida ante la imposibilidad del cumplimiento de los ofrecimientos, ante un frente duro, proponer una alternativa peor y llevar al extremo a la contraparte para que ceda un poco.

5) *Fase de seguimiento*, los negociadores deben repasar como se desarrolló el proceso de negociación, y preguntarse: por qué salió mal, qué se aprendió, qué acciones se van a emprender para mejorar.^[46]

D) CUALIDADES DE UN BUEN NEGOCIADOR

Flexible, pues no se cierra en su propia postura, ya que está dispuesto a ceder un poco en sus peticiones para lograr el acuerdo entre las partes y resolver el conflicto.

Creativo, porque el negociador inventa opciones que permiten ver la solución al conflicto desde diferentes puntos de vista y de manera desinteresada para llegar a un arreglo.

Optimista, dado que no se desanima ante posibles obstáculos el negociador busca siempre la solución en beneficio de las dos partes.

Buen comunicador, porque sabe hacerse entender y presentar sus ofertas de solución en forma clara, sencilla y atractiva para su contraparte.

Se prepara con tiempo, pues conoce bien los detalles del conflicto para llegar a las entrevistas con propuestas estudiadas y analizadas con la debida oportunidad.^[47]

E) HABILIDADES DEL NEGOCIADOR

1) Desarrolla la escucha activa y sabe provocar la atención a través de una comunicación persuasiva y eficaz.

2) Obtiene la máxima información de la parte contraria y de su interlocutor para saber hasta dónde puede llevar a cabo las propuestas y ofertas de negociación.

3) Piensa antes de hablar, dirige la negociación hacia la satisfacción de las

necesidades básicas de todas las partes implicadas.

4) Respetar las peticiones de las demás partes, y para ello no cuestionarlas, sino que se espera hasta tener todas las propuestas para analizarlas y discutir las de manera colaborativa.

5) El negociador planifica el plan de concesiones para llevar a cabo de la mejor manera el proceso de negociación, esto es, cada concesión va acompañada de una restricción y así equilibrar las propuestas.

6) Identifica la situación en la que se desarrolla la negociación y las tácticas de la parte contraria.^[48]

F) PRINCIPALES ERRORES EN EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN

1) El negociador pretende unos objetivos difusos o indeterminados de tal forma que obstaculizan el proceso de negociación, pues no tiene claro qué es lo que quiere.

2) Personalizar los asuntos, pues se centran más en las personas que en el conflicto, de tal manera que vuelve una guerra de intereses en lugar de buscar las soluciones atractivas para ambas partes.

3) No atender las señales del compañero contrario, porque en el propio proceso las partes van dando señales de sus peticiones que si los negociadores las aprovechan y las interpretan adecuadamente les permitirá llegar a la solución del conflicto.

4) Creer ciegamente, sin contrastar todos los detalles que el cliente transmite, en ocasiones es importante no creer ciegamente y pedir evidencias que respalden las versiones y pretensiones de las partes.^[49]

5) Crear falsas expectativas en los clientes, es mejor ser objetivos y realistas y no engañarlos para ganarse su confianza con supuestas soluciones inalcanzables.

6) No ser conscientes que solo se puede negociar si ambas partes están dispuestas a lograr acuerdos.

G) TÁCTICAS MAL EMPLEADAS EN LA NEGOCIACIÓN

1) Un buen negociador no debe permitir que su contraparte se vaya imponiendo con peticiones crecientes, de tal suerte que se vuelvan inalcanzables, ni tampoco debe ceder a las presiones como por ejemplo de que si no aceptan la propuesta entonces no habrá arreglo.

2) Tampoco se recomienda que el negociador diga: “Tengo que comentarlo con mi cliente”, porque se pierde lo que ya se ha aceptado y demuestra que no tiene autoridad o no cuenta con el respaldo y la confianza de su cliente.

3) El negociador debe evitar el desgaste que supone atrincherarse en las posiciones iniciales, y no ceder ni un poco, al contrario debe ceder para vencer.

4) Un negociador bueno es el que es conciliador, hace concesiones, es comunicativo; y en cambio es negociador malo, cuando se es intransigente, amenazante o agresivo.

5) Jamás debe el negociador hacer un ultimátum, como “si no aceptan la propuesta nos vamos a juicio”, porque echa a perder todo lo que se ha avanzado, ni tampoco debe hacer presión por la prisa.^[50]

H) NEGOCIACIÓN PERSUASIVA

1) Siempre que sea posible, el negociador debe dejar que sea la otra parte la que presente primero su propuesta, para así saber hasta dónde se puede llegar con los ofrecimientos.

2) El negociador tiene que testar las asunciones previas para determinar lo que es auténticamente negociable y lo que no lo es.

3) Una vez que se haya testado algo, dejarlo reposar y llegar a acuerdos en puntos de menor trascendencia, porque cuando más se pueda conseguir que la otra parte se acostumbre a aceptar, más probabilidades habrá de encontrar una buena solución que se eficaz para todos.

4) No responder a las cuestiones emocionales, como chantajes o amenazas, y tratar de ser los más objetivo posible y separar las personas del conflicto.

5) Cerrar la negociación reiterando lo que hará cada parte y documentando los próximos pasos a dar, dentro del convenio que al efecto se señale.

6) Una vez sellado el acuerdo hay que seguir persuadiendo, para reforzar la fuerza de la alianza, con regalos o invitaciones.^[51]

NOTAS

- [1] LEÓN PASTOR, Ricardo, *Introducción al razonamiento jurídico*, Programa de actualización y perfeccionamiento de la Academia de la Magistratura, Lima, 2005, p. 25.
- [2] *Idem*.
- [3] ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Fontamara, México, 2004, p. 224.
- [4] PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picasso, Civitas, Madrid, 1979, p. 209.
- [5] PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del derecho, argumentación jurisdiccional*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 195.
- [6] CARRIÓ, Genaro R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 49.
- [7] COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 86.
- [8] *Idem*.
- [9] BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal, juicio oral y prueba*, FCE, México, 2005, p. 83.
- [10] LEÓN PARADA, Victor Orielson, *El abc del nuevo sistema acusatorio penal*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2008, p. 214.
- [11] BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *op. cit.*, p. 427.
- [12] MARTINEAU, Francois, *La argumentacion judicial del abogado*, trad. Ricardo Guevara Bringas, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- [13] COUTURE, Eduardo J., *op. cit.*, p. 86.
- [14] FALCÓN, Enrique M., ROJAS, Jorge A., *Cómo se hace un alegato*, 2a. ed., Abeledo Perrot, Argentina, 2003, p. 17.
- [15] ESTALELLA DEL PINO, Jordi, “*El abogado eficaz*”, 2a. ed., Editorial La Ley, Madrid, 2005.
- [16] OVALLE FAVELA, José, “Los alegatos como formalidad esencial del procedimiento”, en *Revista Cuestiones constitucionales*, No. 8, enero-junio de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 188.
- [17] GARCÍA RAMÍREZ, Julio, *Estrategia de oratoria práctica para abogados*, 2a. ed., Editorial Colex, Madrid, 2004, p. 65.
- [18] ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 340.
- [19] *Cfr.*, la voz: “Conclusiones”, *Enciclopedia jurídica Omeba digital II*, versión 2007.
- [20] ESTALELLA DEL PINO, Jordi, *El abogado eficaz*, 2a. ed., Editorial La Ley, Madrid, 2005, p. 202.
- [21] *Ibidem*, pp. 204-209.
- [22] *Ibidem*, pp. 217-221.
- [23] COUTURE, Eduardo J., *op. cit.*, p. 83.
- [24] FIX-ZAMUDIO, Héctor, *cfr.*, la voz: “agravios”, *Enciclopedia jurídica latinoamericana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 295.
- [25] PALLARES, Eduardo, *Diccionario teórico y práctico del juicio de amparo*, voz. “Conceptos de violación”, Editorial Porrúa, México, 1978, p. 78.
- [26] COUTURE, Eduardo J., *op. cit.*, p. 435.
- [27] *Cfr.*, la voz: “Oralidad” *Enciclopedia jurídica Omeba digital II*, versión 2007.
- [28] BERNAL ACEVEDO, Gloria Lucía, *Manual de iniciación al sistema acusatorio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2005, p. 169.
- [29] VEGA REÑON, Luis, OLMOS GÓMEZ, Paula, *Compendio de lógica, Argumentación y Retórica*, Editorial Trota, Madrid, 2011, p. 226, también del mismo autor “Entimemas”, *Revista DOXA*, no. 27, Departamento de Filosofía de Derecho, Universidad de Alicante, Madrid, 2004, p. 283.
- [30] VEGA REÑON, *op. cit.*, p. 228.
- [31] Es el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos plenamente relevantes (teoría fáctica), las pruebas que los sustentan (teoría probatoria) y los fundamentos jurídicos que lo apoyan (teoría jurídica). Se trata de subsumir los hechos dentro de la norma aplicable según los

elementos de convicción recopilados, de modo que permitan construir una historia con significado penalmente relevante. BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal, juicio oral y prueba*, FCE, México, 2005, p. 83.

[32] CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *Oralidad, debate y argumentación*, reimp., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 186.

[33] CARRIÓ, Genaro R., *op. cit.* p. 76.

[34] *Ibidem*, p. 78.

[35] AMPUERO GARCÍA, Jaime, “Ventajas y desventajas de la oralidad y su instauración en el juicio penal boliviano”, en *Oralidad en el proceso y justicia penal alternativa, Jornadas Iberoamericanas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 76.

[36] EEMEREN VAN, Frans H., GROOTENDORST, Rob y SNOECK HENKEMANS, Francisca, *Argumentación, análisis, evaluación, presentación*, trad. Roberto Marafioti, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006, p. 175.

[37] ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación...*, *op. cit.*, p. 60.

[38] ÁLVAREZ TRONGÉ, Manuel, *Técnicas de negociación para abogados*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 20.

[39] REDORTA, Joseph, *Cómo analizar conflictos*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2004, p. 29.

[40] PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Othón, RODRÍGUEZ VILLA, Bertha Mary, *Manual básico del conciliador*, Vivir en Paz ONG, México, 2003, p. 29.

[41] *Ibidem*, p. 96.

[42] ELSTER, Jon, *Tuercas y tornillos, Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, 4a. ed., Gedisa, Barcelona, 2002, p. 139.

[43] FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Obtenga el sí, el arte de negociar sin ceder*, trad. Aída Santapau, Gestión 2000, Barcelona, 2005, p. 35.

[44] *Ibidem, op. cit.*, p. 106.

[45] Es una referencia confiable para las partes, porque determina criterios que pueden respaldar una decisión, se pueden tomar como legitimadores, además de los criterios objetivos ya señalados, las publicaciones, manuales, valores, estándares, etc., PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Othón, RODRÍGUEZ VILLA, Bertha Mary, *op. cit.*, p. 100.

[46] MARTÍNEZ SELVA, José María, *Manual de comunicación persuasiva para juristas*, 2a. ed., Editorial La Ley, Madrid, 2008.

[47] *Idem*.

[48] GARCÍA RAMÍREZ, Julio, ORTAS GIGORRO, Sergio, *Estrategia de negociación practica para abogados*, 2a. ed, Editorial Colex, Madrid, 2007. p. 111.

[49] *Ibidem*, p. 105.

[50] *Ibidem*, p. 74.

[51] LAKHANI, Dave, *Persuasión el arte de influir y obtener lo que desea*, Alfa Omega Grupo Editorial, México, 2009, p. 191.

CAPÍTULO QUINTO

LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

SUMARIO: I. Teoría de la decisión judicial, II. Contextos de la decisión jurídica, III. Tipos o clases de casos, IV. La motivación de la sentencia, V. Distinción entre motivación, justificación, explicación y fundamentación, VI. Fundamento legal de la motivación, VII. Finalidad y función de la motivación, VIII. Clases de motivación, IX. Vicios y problemas de la motivación, X. El razonamiento judicial, XI. Aspectos descriptivos de la motivación, XII. La ponderación judicial, XIII. La comunicación de la decisión judicial.

I. TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

La decisión judicial es el momento en el que juez de acuerdo a los datos del juicio toma una resolución dentro de los parámetros que le establece la norma para el caso concreto, pero esa decisión no puede ser arbitraria ni caprichosa, tiene que estar motivada, esto es, justificada, y por lo tanto juega un papel importante la argumentación jurídica, pues a través de sus técnicas enseña cómo argumentar adecuadamente para que la sentencia como producto de esa decisión sea aceptable.

1. ETAPAS DEL PROCESO DECISORIO

Para PRIETO SANCHÍS¹⁴ el proceso decisorio se desarrolla en las siguientes etapas:

a) *Una primera aproximación a los hechos del caso*, cuando el juez se enfrenta a un caso, lo hace a través de las promociones y alegatos de los abogados, quienes le proponen su versión de los hechos, de dichas versiones, el juez percibirá cuáles son aquellas afirmaciones que constituirán materia probatoria para fundar una futura convicción judicial.

b) *La selección del material jurídico aplicable*, con las versiones sobre los hechos, el juez buscará el material jurídico pertinente, identificando textos normativos que coadyuven a la resolución de los problemas jurídicos relevantes en el caso. Dicho material normativo no siempre es completo y suficiente y, muchas veces puede resultar excesivo y hasta contradictorio. El

juez es el llamado a resolver tales deficiencias o contradicciones.

c) *La interpretación de los textos jurídicos aplicables*, para superar cualquier deficiencia en la comprensión de las normas, por oscuridad, ambigüedad o vaguedad, el juez utilizará la metodología de la interpretación normativa, contando con sus estimaciones para escoger la que aparezca como la mejor interpretación para el caso concreto.

d) *La subsunción de los hechos establecidos en el caso anterior del material jurídico interpretado*, una vez identificados y probados los hechos alegados, y resueltos los problemas de interpretación legal, el juez hará un juicio de equivalencia entre los hechos probados y los supuestos fácticos incorporados en las normas jurídicas aplicables. Si resulta tal identificación positiva, el juez procederá a calificar jurídicamente tales hechos para dar solución a los problemas jurídicos del caso.

e) *La elucidación de la decisión tomada a la luz del sistema jurídico en su conjunto*, la calificación jurídica de los hechos conlleva a una decisión judicial que ampara o no la pretensión jurídica expresada por una de las partes o que sanciona al inculpado declarándolo punible por responsabilidad en el ámbito penal. Dichas decisiones han de ser consideradas a la luz de todo el ordenamiento jurídico, sobre todo el constitucional, para verificar que la solución decidida no es absurda ni aberrante para el sistema jurídico nacional.

f) *La comunicación de la decisión y su justificación*, el juez está en la obligación no sólo de decidir, sino también de justificar las razones legales de tal decisión, por tanto, el proceso de argumentación y sustentación de su respuesta legal implica necesariamente un acto comunicativo cristalizado en la sentencia judicial.

Por su parte KAPLAN^[2] el proceso decisorio se da según el modelo de la información integrada, de acuerdo al cual es el resultado de la combinación de los valores de información y de impresión inicial; se desarrolla en las siguientes etapas:

a) El proceso de decisión, comienza con la acumulación de unidades de prueba o información.

b) El proceso de evaluación, en el que a cada ítem informativo se le asigna un valor en la escala específica para el juicio que se está desarrollando.

c) Enseguida se atribuye un peso a cada información.

d) Se integra la información evaluada, y sopesada en un juicio singular como, por ejemplo, probabilidad de culpabilidad.

e) Se toma en cuenta la impresión inicial, esto es, los prejuicios del juez o

del jurado que pueden provenir tanto de condiciones situacionales (por ejemplo, su estado de humor en el momento de juicio), como de condiciones asociadas con su personalidad (por ejemplo, prejuicios raciales o religiosos).

De acuerdo con OTERO PARGA el modelo de decisión judicial lógico-lingüístico puede dividirse en cinco partes:

- § Calificación previa del caso.
- § Selección, evaluación y descripción de los hechos.
- § Búsqueda y selección del criterio aplicable al caso concreto.
- § Atribución del significado preciso al criterio elegido para resolver el caso.
- § Aplicación del criterio a los hechos estimados probados.^[3]

2. LA SENTENCIA COMO VARIAS DECISIONES PARCIALES

Generalmente se habla que la sentencia consiste en una decisión que toman los jueces, pero en realidad en el *iter* decisorio se toman las siguientes decisiones:

a) *Decisión de validez y aplicabilidad*,^[4] que consiste en que el juez primero habrá que decidir cuál es el derecho válido aplicable al caso, y así por ejemplo sucede en la práctica que debido a las múltiples reformas de las leyes y códigos los jueces tengan que decidir de acuerdo a la fecha de celebración del acto materia de litigio cuál será la ley aplicable al caso concreto, lo cual no siempre es fácil si se toma en cuenta algunos artículos transitorios que contienen excepciones al principio de irretroactividad de la ley.

b) *Decisión de interpretación*, en la que los jueces habrán de decidir, en primer lugar, qué método de interpretación van a emplear y, posteriormente, elegir cuál interpretación es la más adecuada para resolver el caso concreto. Dentro de esta decisión todavía existen las siguientes cuestiones que primero se habrán de resolver:

- § Individualización de las fuentes jurídicas válidas.
- § Individualización de las disposiciones de la ley válida, *prima facie* relativas al caso en cuestión.
- § Atribución de significado a las disposiciones mencionadas, esto es, la

- individualización de la norma del caso.
- § Resolución de eventuales conflictos entre normas.
- § Eliminación de eventuales lagunas.
- § Verificación de las pruebas concernientes al caso.
- § Individualización y calificación jurídica del caso.
- § Individualización de las características del caso abstracto con las que se conectan las distintas consecuencias jurídicas eventualmente previstas por la norma aplicable al caso.
- § Individualización de aquellas características que, entre las mencionadas, están presentes en el caso concreto.^[5]

c) *Decisión de evidencia*, referida a los hechos tenidos por probados en la que el juez decide por qué considera que las pruebas desahogadas en el juicio sirven para demostrar los hechos alegados por las partes, así como el valor que les concede al dictar la sentencia.

d) *Decisión de subsunción*, en la que el juez habrá de considerar por qué los hechos planteados por las partes encuadran en el supuesto normativo, y habrá de decidir en primer lugar cuál norma servirá de premisa mayor y después cuáles hechos encuadran en lo establecido por la norma,

e) *Decisión de consecuencias*, las que deben seguir a los hechos probados y calificados jurídicamente, lo cual puede tener dos sentidos: primero, que esa decisión pueda ser aplicada posteriormente a casos similares y, segundo, en un sentido utilitarista, consistente en las consecuencias que para las partes pueda tener la sentencia y pueden ser de índole económico, político o social.

f) *Decisión final*, que es propiamente los puntos resolutive de la sentencia que resumen los considerandos, esto es, la fundamentación y motivación.

3. FUNCIONES QUE CUMPLE LA ARGUMENTACIÓN JUSTIFICATORIA

a) *Función validante*: COTTA^[6] a partir de entender que una norma es un plexo compuesto por enunciado deóntico, justificación e interpretación, ha concluido en que “la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente, el fundamento de aquélla”, y en consecuencia la validez de una norma depende de su justificación.

b) *Función controladora*: atento a que la sentencia es una unidad, sólo podemos juzgarla considerando las razones que intentan avalarla y, además, el carácter institucional se manifiesta en los distintos tipos de control:

académico, superior, profesional, social, político, disciplinario, etcétera.

c) *Función legitimadora*: MAURO CAPPELETTI entiende que los jueces se legitiman en el ejercicio de su poder a través de la práctica de ciertas “virtudes pasivas, formales o procedimentales”, entre las que destaca la justificación de las decisiones.

d) *Función concretizadora*: aquel orden racional general que implica la ley, reclama intrínsecamente ser proyectada a los casos que en ella se subsuman, de modo que esa obra humana racional se acaba o completa en la tarea individualizadora judicial.

e) *Función didáctica*: las reglas jurídicas intentan ser modelos y causas eficientes de conductas; por eso la explicación y proyección operativa a sus destinatarios favorece el conocimiento de las mismas y su eficacia.

f) *Función científica*: a la hora de la descripción y reconstrucción sistemática del derecho vigente, con su modo de operatividad, sus fuentes del derecho, etc., es forzoso atender al discurso justificatorio judicial.

g) *Función estabilizadora*: justificando la proyección de las respuestas jurídicas generales a los casos, es posible descargar futuras argumentaciones mediante la invocación de esos precedentes y aportar a la previsibilidad de respuestas concretas.

h) *Función pacificadora*: la argumentación apropiada cumple una función persuasiva y no meramente resignada respecto de aquéllos a los que son derrotados en el proceso.

i) *Función moralizadora*: al inscribir la autoridad en el ámbito de lo racional, y así superar el conflicto moral —apuntado por Kant— que supone el disponer acerca de la libertad del otro.^[7]

j) *Función procesal*: porque la justificación pretende demostrar que la sentencia es racional y si es así las partes quedarán convencidas y la justicia habrá cumplido su cometido.^[8]

k) *Función política*: desde esta perspectiva la justificación busca legitimar la posición institucional del juez a través de las sentencias aceptables.^[9]

4. RAZONES QUE INTERVIENEN EN LA DECISIÓN JUDICIAL

A) RAZONES EXPLÍCITAS

La primera condición que debe cumplir una decisión judicial para considerarse justificada es que se hagan explícitas todas las premisas (las razones) de la decisión.^[10]

B) RAZONES LINGÜÍSTICAS

Son razones lingüísticas las dadas en apoyo de una cuestión de naturaleza lingüística. La importancia de este tipo de razones reside en que las cuestiones relativas al significado están presentes en los problemas que se plantean en la aplicación del derecho.^[11]

C) RAZONES EMPÍRICAS

Son las que tienen que darse en apoyo de cuestiones empíricas. Frecuentemente las razones empíricas se identifican con la denominada “cuestión fáctica” de la decisión; sin embargo, el ámbito de este tipo de razones es más amplio.^[12]

Por su parte SUMMERS sostiene que son aquéllas que permiten justificar enunciados fácticos, bien se trate de hechos adjudicativos o legislativos.^[13]

D) RAZONES INSTITUCIONALES

La justificación judicial debe girar en torno a dos elementos: el principio de legalidad y la justificación de las diversas elecciones que se le presentan al juez.^[14]

Para SUMMERS estas razones aparecen vinculadas a roles o a instituciones para evitar la arbitrariedad y la no atención a una reclamación.^[15]

E) RAZONES VALORATIVAS

Cuando se habla de enunciados valorativos, puede distinguirse entre enunciados de valor en sentido fuerte y enunciados de valor en sentido débil (o juicios de valor apreciativos y juicios de valor caracterizadores).^[16]

F) RAZONES CONVERGENTES

En ocasiones, ante cualesquiera de los problemas que plantea la aplicación del derecho, sólo podrá aducirse una razón, de tal manera que la misma, además de necesaria, sea suficiente para justificar una determinada decisión judicial.^[17]

G) RAZONES SUSTANTIVAS

Estas razones derivan su fuerza justificativa de consideraciones de carácter moral, económico, político, institucional o social. Las razones sustantivas pueden ser finalistas de corrección o institucionales.^[18]

H) RAZONES DE CORRECCIÓN

Se sustentan en la imparcialidad o justicia, y también en el equilibrio entre las partes.^[19]

I) RAZONES AUTORITATIVAS

Consisten en apelar al precedente o a cualquier otro tipo de autoridad jurídica, por ejemplo las leyes o la doctrina.^[20]

J) RAZONES INTERPRETATIVAS

Sirven para apoyar una determinada interpretación de los textos.^[21]

K) RAZONES CRÍTICAS

Se utilizan como instrumento para cuestionar alguna de las anteriores razones.^[22]

Elementos para determinar la fuerza de las razones:

1) El mayor grado de aceptación por el auditorio a favor de los argumentos, y la aceptación va a depender de que compartan con el juez los mismos valores y conceptos jurídicos.

2) La pertinencia o relevancia de los argumentos para los propósitos de quien toma la decisión, pues deben ser adecuados y relacionados con lo que se resuelve en la sentencia.

3) La posible resistencia a las objeciones, ya sea por parte de una autoridad superior, de las partes o de la sociedad, sobre todo cuando las razones sean discutibles.

4) La supervaloración voluntaria por parte de quien toma la decisión de la fuerza de los argumentos que propone, presentando una conclusión como si fuera más cierta de lo que realmente es.

II. CONTEXTOS DE LA DECISIÓN JURÍDICA

1. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN

Se debe a Hans REICHENBACK en el campo de la epistemología la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación para la formulación de una teoría; y así contexto de descubrimiento tiene que ver con el modo del pensador de encontrar un teorema, mientras que contexto de justificación tiene que ver con la manera en que pueda justificarse la elaboración de una teoría, y por lo tanto, el primero tendría que ver con motivos de orden psicológico o sociológico que ocurren en la mente del investigador, mientras que en el segundo tienen que ver con razones justificativas que den sustento a la formulación de la teoría.^[23]

Estos conceptos pasaron a la filosofía del derecho para explicar la manera en que el juez construye su decisión jurídica, y así en el contexto de descubrimiento estarían elementos de tipo personal como la posición económica, opiniones políticas y religiosas que influyen en el juzgador al momento de descubrir la decisión;^[24] y por otro lado en el contexto de justificación hay elementos de tipo jurídico que es la que interesa a la argumentación jurídica, lo que importa son las razones que se aportan para apoyar la decisión resultante; es decir, en el contexto de descubrimiento hallamos causas, mientras que en el contexto de justificación encontramos razones.^[25]

Sin embargo al momento de tomar una decisión jurídica los dos contextos se complementan porque puede pasar que el juez influido por sus

conocimientos anteriores al caso tome una decisión y luego la justifique, o también que dependiendo si puede justificar la decisión la descubra; más aún que tomando una decisión con motivos personales busque cómo justificarla desde el punto de vista jurídico, como puede verse ambos contextos se relacionan y se influyen mutuamente.

No obstante que el contexto de descubrimiento es irracional y el de justificación es racional, ambos se integran, el descubrimiento se puede basar en corazonadas o intuiciones tanto instrumentales como creativas que después habrán de justificarse, todo el proceso, cuando se trata de un caso difícil se lleva a cabo en principio como sigue:

- A. La percepción empírica (a través de los sentidos del juez) de los hechos del caso;
- B. Evaluación racional de la forma de pensar qué hacer;
- C. Una intuición (o corazonada) en cuanto a que una norma jurídica sea una posible solución;
- D. Una evaluación racional sobre si tal solución legal es de hecho posible, dadas las circunstancias del caso;
- E. La decisión interna hecha, y
- F. La decisión expresa y las razones dispuestas en el razonamiento
- G. Para que tal irracionalidad del juez (a través de la intuición como parte de percepción) para pasar la prueba del sistema legal, y por lo tanto ser considerado como positivo, debe estar al servicio de los criterios internos y externos de la justificación de las decisiones judiciales, y por lo tanto al servicio de la racionalidad de la ley.^[26]

A) JUSTIFICACIÓN INTERNA

Se debe a Jerzy WRÓBLEWSKY la distinción entre justificación interna y externa a las que relaciona con el concepto de racionalidad^[27] y por ello si la decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas se está hablando de racionalidad interna.^[28]

La justificación interna tiene que ver con la validez lógica de las inferencias que llevan de las premisas a la conclusión, la decisión judicial.^[29]

TARUFFO entiende por justificación interna la enunciación de las premisas

con base en las cuales se formula una decisión; aquélla es siempre indispensable dado que cualquier aserción es justificable sólo sobre la base de las premisas de las cuales se deriva.^[30]

B) JUSTIFICACIÓN EXTERNA

Siguiendo a WRÓBLEWSKY, cuando nos preguntamos si las premisas de una decisión han sido aceptadas, correctamente estamos hablando de una racionalidad externa.^[31]

El papel de la justificación externa, en cambio, consiste en controlar la solidez de las premisas.^[32]

La justificación externa, señala TARUFFO, radica en la convalidación racional de las premisas, es decir, la indicación de las razones por las cuales ellas son asumidas como buenas.^[33]

Para ALEXY el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser: 1) reglas de derecho positivo, 2) enunciados empíricos, 3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo, es decir, lo que puede designarse como argumentación jurídica.^[34]

Nos gusta más la definición de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ quien señala que en el contexto de justificación las operaciones que se desarrollan son de carácter argumentativo y están orientadas a convencer de la existencia de las mejores razones para la aceptación de la conclusión que se propone.^[35]

III. TIPOS O CLASES DE CASOS

Es aceptado por la doctrina que quien tiene la función de tomar una decisión jurídica se enfrenta a casos fáciles o rutinarios, difíciles y trágicos, enseguida vamos a analizar las características de cada uno de ellos.

1. CASOS FÁCILES

Para HART si de acuerdo a convenciones lingüísticas vigentes, el caso de que se trate cabe dentro del núcleo del significado establecido de los términos empleados, en la regla general nos enfrentamos a un caso claro o fácil.^[36]

Por su parte MORESO señala que es el supuesto en el cual no hay problema de justificación externa porque tanto los hechos como las normas aplicables están perfectamente determinados. En estos casos, existe una sola respuesta correcta.^[37]

De acuerdo con GHIRALDI, también son llamados casos ordinarios, en los que las soluciones son típicas, conociendo la ley y la jurisprudencia imperante el abogado puede predecir cuál será la decisión del juez.^[38]

Por lo tanto casos fáciles son aquellos en los que no es necesario realizar ninguna interpretación de una norma, pues el caso se resuelve por simple aplicación mecánica, esto es, por subsunción.

2. CASOS DIFÍCILES

Para HART si de acuerdo con las mismas convenciones lingüísticas resulta dudoso si el significado establecido de los términos empleados en la regla general comprende o no el caso que se nos presenta, estamos frente a un caso de la penumbra o difícil.^[39]

Por su parte Ronald DWORKIN señala que un caso es difícil cuando en un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por una institución, y el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido.^[40]

Para MORESO es el supuesto en el cual la justificación es más difícil a causa de los problemas que afectan las premisas fácticas o jurídicas que deben fundamentar la decisión.^[41]

De acuerdo con GHIRALDI también son llamados casos extraordinarios, en los que el juez se aparta de la rutina y la resolución que opta aparece como absolutamente distinta a la usual.^[42]

A) CARACTERÍSTICAS DE LOS CASOS DIFÍCILES

§ No hay una respuesta correcta.

§ Las formulaciones son ambiguas, los conceptos son vagos y poseen textura abierta.

- § El derecho que se aplica para resolverlos es incompleto e inconsistente.
- § No hay consenso acerca de la resolución en la comunidad de juristas.
- § No es un caso de aplicación mecánica.
- § Es decidible sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- § Requiere para su solución un razonamiento basado en principios, más que en reglas.
- § La solución involucra necesariamente juicios morales.

B) CONDICIONES DE LOS CASOS DIFÍCILES

- § El caso aparentemente no tiene solución;
- § Tiene una solución que resultaría inaceptable;
- § Tiene más de una solución (incompatibles entre sí);
- § La norma en que se fundamenta tiene diversas interpretaciones;
- § La norma es incoherente dentro del sistema jurídico (antinomias);
- § No existe una norma aplicable en caso concreto.^[43]

3. CASOS TRÁGICOS

Se entiende por caso trágico aquel supuesto en relación con el cual no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico o moral; es decir, no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo.^[44]

Los casos difíciles involucran aporías o problemas de interpretación; el concepto de aporías está presente en la obra de Theodor VIEHEWEG, uno de los precursores de la teoría de la argumentación jurídica, pues para él la noción de problema (aporía) es el punto de partida de toda argumentación a tal grado que para el autor alemán la tónica es la técnica del pensamiento de problemático,^[45] y si tomamos en cuenta que a propósito de los casos difíciles y trágicos siempre hay en ellos inmerso un problema ,entonces, para su solución requiere un mayor argumentación que en un caso fácil, aunque por ello no significa que al final cuando ya se haya encontrado la solución y sobre todo su justificación se realice un silogismo práctico; es decir, la justificación de la respuesta viene a ser la premisa mayor en la que el caso de

forma natural se subsume, pero nótese que aquí lo importante no es la construcción formal de razonamiento, sino la elección de las premisas; esto es, en términos del citado autor, los tópicos o lugares comunes que fundamentan la solución.

IV. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

1. DEFINICIÓN DOCTRINAL

Para Rodolfo CRUZ MIRAMONTES, quien sigue a Florencio MIXAN,^[46] la motivación es la ineludible obligación jurídica y ética de fundamentar coherentemente y con toda claridad e idoneidad la razón que determina el sentido de la resolución judicial;^[47] como puede apreciarse en la anterior definición para este autor identifica la motivación con fundamentación y como sabemos en nuestro país, por disposición del artículo 16 constitucional, fundar y motivar son cosas diferentes.

Según Armando ANDRUET, la motivación no es la explicación de las razones reales del fenómeno, sino justificación entendida como discurso que expone sencillamente las causas por las que dicho fenómeno se acoge favorablemente, por lo cual también se resuelve el tema bajo la indicación de que motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan.^[48]

Para Nicola FRAMARINO es el medio práctico, que hace posible la fiscalización de la sociedad para oír juicio sucesivo, o ulterior al del juez. La motivación obliga por una sentencia, al juez, a dar una base razonada al propio convencimiento, y de otro, hace posible la fiscalización social de tal convencimiento;^[49] de acuerdo con él la motivación es un medio para controlar los argumentos del juez; esto es, ubica el concepto de acuerdo a la alteridad y no desde la óptica del juzgador.

Para PERELMAN motivar es indicar las razones por las que se adopta el fallo, es justificar la decisión adoptada proporcionando una argumentación convincente, indicando lo fundado de las elecciones efectuadas por el juez;^[50] esta definición es la que más nos convence pues está más identificada con cuestiones de argumentación jurídica.

Motivar en ocasiones se utiliza como sinónimo de explicación y justificación y así para Prieto SANCHÍS motivar supone que los jueces han de

explicar y justificar por qué adoptan una decisión y no la otra.^[51]

2. DEFINICIÓN LEGAL

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua se refiere al concepto de motivación en los siguientes términos:

Artículo 18. Fundamentación y motivación de las decisiones.

Los jueces están obligados a fundar y motivar sus decisiones. La simple relación de las pruebas, la mención de los requerimientos, argumentos o pretensiones de las partes o de afirmaciones dogmáticas o fórmulas genéricas o rituales, no reemplaza en caso alguno a la fundamentación ni a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión infundada o inmotivada, conforme a lo previsto en este Código, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.

No existe motivación cuando se haya inobservado las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo.

3. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL

La SCJN entiende por motivación: que la autoridad exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre por qué consideró que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa, como se indica en la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, CONCEPTO DE. La garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna, establece que todo acto de autoridad precisa encontrarse debidamente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero la obligación de la autoridad que lo emite, para citar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos sobre el por qué consideró que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa.^[52]

Posteriormente la Suprema Corte adoptó otra postura para identificar la motivación con la explicación y justificación, lo que se aprecia en la siguiente tesis:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN. El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el “para qué” de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad a penas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo

estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se reduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción. (I.4o.A.67 K).

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 447/2005. Bruno López Castro. 1º. de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza. Amparo en revisión 631/2005. Jesús Guillermo Mosqueda Martínez. 1º. de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez. Amparo directo 400/2005. PEMEX Exploración y Producción. 9 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Ángela Alvarado Morales. Amparo directo 27/2006. Arturo Alarcón Carrillo. 15 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Karla Mariana Márquez Velasco. Publicada en la página 1001 del Semanario Judicial de La Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, abril de 2006.

V. DISTINCIÓN ENTRE MOTIVACIÓN, JUSTIFICACIÓN, EXPLICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN

1. MOTIVACIÓN

Motivar significa explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo, en la sentencia es la razón que impulsa a los jueces a decidir de una manera u otra.^[53]

De acuerdo con esta definición el concepto motivación no es el más afortunado para señalar lo que hacen los jueces al momento de dictar las sentencias, en todo caso cuando se refiere a motivación debe entenderse justificación que, como enseguida veremos, tiene que ver con dar razones, pero sobre todo razones justas.

2. JUSTIFICACIÓN

Para COMANDUCCI la justificación se define como un procedimiento argumentativo mediante el cual se ofrecen razones a favor de una conclusión.^[54]

Por su parte OTERO PARGA señala que justificación proviene de la palabra justicia y pretende la búsqueda del derecho justo, y en el derecho es la causa, base o cimiento de una decisión judicial para hacerla razonable, adecuada a la ley, a la justicia y al derecho.^[55]

3. EXPLICACIÓN

De acuerdo con NIETO, la explicación consiste en la descripción de las causas que han provocado la aparición del fallo o parte dispositiva que es su efecto.^[56]

Para OTERO PARGA consiste en dar a conocer lo que se piensa o exponer cualquier materia, doctrina o texto con palabras más claras para hacerlo perceptible.^[57]

Para AARNIO se refiere a hacer comprensible un estado de cosas, es decir, por qué se actuó de una forma determinada.^[58]

Según ATIENZA la explicación requiere indicar motivos, esto es, los antecedentes causales de una acción.^[59]

Este concepto cobra importancia actualmente, pues ahora con la reforma penal y de acuerdo al sistema penal acusatorio basado en el principio de la oralidad los jueces deberán explicar verbalmente el contenido de las sentencias.

4. FUNDAMENTACIÓN

Sugiere la idea de que toda resolución judicial, toda sentencia debe hundir sus raíces, hacerse firme en la ley como único apoyo en el que puede descansar la decisión judicial.^[60]

Para Manuel ATIENZA fundamentar es necesario dar razones que justifiquen un curso de acción.^[61]

VI. FUNDAMENTO LEGAL DE LA MOTIVACIÓN

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La Constitución Federal de la República Mexicana establece que la motivación es una garantía individual la cual se encuentra contenida en su artículo 16 que a la letra dice:

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.

Por su parte la Constitución Política del Estado de Durango con igual redacción contempla la garantía de legalidad relativa a la motivación de las resoluciones judiciales en su artículo noveno.

2. FUNDAMENTO ADJETIVO

A) LEYES FEDERALES

El Código Federal de Procedimientos Civiles contempla en su artículo 222 que las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias, comprendiendo en ellas los motivos para hacer la condenación y terminarán resolviendo con toda precisión los puntos sujetos a la consideración del tribunal.

B) LEYES LOCALES

La Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Durango establece en su artículo 41 que son obligaciones y facultades de los jueces, entre otras, acordar y dictar sentencia de manera oportuna, fundada y motivada con sujeción a las normas aplicables en cada caso.

3. FUNDAMENTO ÉTICO

La motivación judicial constituye junto con la independencia y la imparcialidad uno de los tres principios rectores de la ética judicial que permite comprobar a los justiciables y a los ciudadanos la sumisión del juez al imperio de la ley y del derecho,^[62] y así por ejemplo el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación señala que la motivación es una cuestión relativa al profesionalismo que deben observar los jueces.

En este Código se establece en el punto 4.5 que el juzgador, para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional, con relevante capacidad de aplicación, funda y motiva sus resoluciones.

Por su parte en el Código de Ética Judicial Iberoamericano se establece que la motivación es un principio ético que consiste:

Artículo 19. Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión.

Nos llama la atención también en este ordenamiento que distingue la motivación en materia de

derecho y la motivación en materia de hechos, esto es, al momento de valorar las pruebas, asunto que hasta hace muy pocos años se están ocupando las teorías de la argumentación jurídica.^[63]

VII. FINALIDAD Y FUNCIÓN DE LA MOTIVACIÓN

1. FINALIDAD DE LA MOTIVACIÓN

Para MIXAN MASS la motivación cumple con las siguientes finalidades:

- § La necesidad de que el discernimiento y solución de los problemas sometidos a conocimiento jurisdiccional y arbitral sean efectuadas razonadamente, con argumentos ciertos y definidos que queden a la vista para el debido conocimiento de los interesados y de la opinión pública.
- § El deber de motivar las resoluciones constituye un correctivo contra la arbitrariedad en las decisiones jurisdiccionales;
- § Es un medio que permite también disuadir en lo posible cualquier afán o sospecha de parcialización.^[64]
- § Nosotros agregaríamos que la motivación tiene como finalidad que las partes en el proceso conozcan las razones que llevaron al juzgador a pronunciarse en ese sentido.

2. FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN

Por su parte TARUFFO señala que la motivación cumple con las siguientes funciones:

- § Hacer posible un posterior control sobre las razones presentadas por el juez como fundamento de la decisión.
- § Sirve de control de la discrecionalidad obligando al juez a justificar sus propias elecciones y haciendo posible un juicio posterior sobre ellos, en el proceso y fuera del proceso.^[65]
- § También tiene como función de ser un medio de persuasión para evitar recursos improcedentes.
- § Sirve para individualizar los motivos de la impugnación, lo que no significa que ésta pueda ser impugnada únicamente por los motivos que aparecen explícitamente en la sentencia.

- § Ser un medio para lograr mayor confianza del ciudadano en la administración de justicia.
- § Constituir una actividad de autocontrol del Poder Judicial.^[66]

VIII. CLASES DE MOTIVACIÓN

1. MOTIVACIÓN EN MATERIA DE DERECHO

Como ya quedó señalado la mayoría de las definiciones sobre la motivación se refieren a las cuestiones de derecho y por ello la podemos sintetizar a la justificación de las razones que llevan al juez a considerar que el caso concreto encuadra en la norma jurídica.

A) MODELOS DE MOTIVACIÓN

De acuerdo al grado de corrección de la motivación y la suficiencia de su argumentación se puede distinguir entre motivación suficiente, completa, correcta y aceptable.

1) *Motivación suficiente*

Es la motivación que es considerada como válida, esto es, al conjunto de elementos presentes en la explicación o justificación de una decisión judicial y que la hacen que sea considerada como válida.^[67]

La suficiencia tiene que ver con un criterio cuantitativo, a diferencia de la motivación completa que obedece a criterios cualitativos, por lo tanto, las premisas deben estar debidamente justificadas.^[68]

Y así será suficiente la motivación cuando:

- § Haya manifestación de la voluntad y de la regla o disposición en que se apoye;
- § Se presente una regla (disposición) como la formulación de un enunciado que parte de la información determinada y alcanza unas consecuencias concretas;
- § No haya contradicción de una regla con enunciados válidos.^[69]

Para BENEYTEZ MERINO la motivación de una sentencia se considera

suficiente cuando en el proceso argumentativo las razones aducidas se corroboran hasta el punto de producir la racional aceptabilidad de la afirmación como verdadera; es decir, cuando genere la suposición fundada de que una hipotética generalidad de personas aceptaría como verdadera la afirmación discutida.^[70]

2) *Motivación completa*

Es la motivación racionalmente correcta, esto es, el conjunto de elementos que necesariamente deben aparecer en la explicación o justificación de una decisión judicial y que hacen que ésta pueda ser considerada como racionalmente correcta.^[71]

§ Por lo tanto la motivación completa implica:

§ Además de los requisitos de la motivación suficiente la manifestación del enunciado normativo cuya interpretación, a través de algunos de los criterios interpretativos, sea el origen de la disposición o regla.

§ Manifestación de los criterios interpretativos.

§ Manifestación de los criterios de justificación de la regla, cuando no tiene su origen en un enunciado normativo válido.

§ No contradicción de la regla con enunciados válidos.^[72]

3) *Motivación correcta*

Es la motivación correcta el conjunto de elementos que deben estar presentes en la explicación o justificación de una decisión judicial para que ésta pueda ser considerada como éticamente correcta.^[73]

Para que la motivación sea correcta además de los requisitos de la motivación suficiente y completa se requiere:

§ Validación de la regla desde el respeto al precedente;

§ Validación o falsación de los criterios interpretativos y de justificación;

§ Validación de la regla desde el mayor número de criterios interpretativos y de justificación;

§ Validación de la regla desde el enunciado normativo que es tomado como referencia, en caso de no poder ser interpretado literalmente, considerando que respeta el significado del precepto mayoritariamente

aceptado.^[74]

4) *Motivación aceptable*

Además de los requisitos señalados en los anteriores modelos y que debe reunir la motivación, también debe ser aceptable; esto es, está condicionada por el grado de aceptabilidad respecto a los destinatarios a quien va dirigida la argumentación, y para lograrlo se puede utilizar como criterio de corrección los siguientes:

- § Criterio de no refutación, significa que una motivación será más correcta y por lo tanto aceptable cuando los enunciados normativos, los criterios de interpretación, justificación y las reglas que utilicen no sean refutables.
- § Criterio de respeto al presente, el cual exige mantener decisiones anteriores o en su defecto justificar la variación, pues los casos nuevos deben resolverse de acuerdo a casos semejantes anteriores, y quien se aparte de ese antecedente debe dar razones para ello.
- § Criterio de saturación, conforme a lo que señala ALEXY en una argumentación se exige que se pongan de manifiesto todas las premisas utilizadas en un argumento.^[75]

B) REQUISITOS DE LA MOTIVACIÓN EN MATERIA JURÍDICA

a) La motivación que se emplea en sede judicial deberá de contar con un armazón organizativo racional a la resolución judicial, esto debido a que siendo la sentencia un conjunto de varias decisiones, éstas deberán estar bien ligadas de manera coherente.^[76]

b) La motivación debe ser expresa y enunciar taxativamente las razones que concluyeron con el sentido de la resolución,^[77] pues de lo contrario incurriría en uno de los vicios más frecuentes que más adelante mencionaremos.

c) Una adecuada motivación deberá justificar externamente la decisión, esto es, los argumentos utilizados en las premisas deberán ser aceptados por las partes y para ello el juez indicará por qué elige esos enunciados, de tal forma que sean congruentes entre sí.^[78]

d) La motivación deberá satisfacer el requisito de completitud, es decir, ha de ser completa y para ello deberá de abocarse a todos y cada una de las pretensiones de las partes, así como respaldar jurídicamente el valor otorgado a cada una de las pruebas.^[79]

e) La claridad también debe ser una característica de la motivación y para ello deberán utilizar un lenguaje accesible no sólo para los abogados sino también para las partes que por no estar familiarizadas con lo términos jurídicos empleados difícilmente podrá entender una sentencia con una terminología para juristas.^[80]

f) Los argumentos que se emplean en la motivación tendrán la cualidad de ser compatibles entre sí, y evitar contradicciones e incongruencias.^[81]

Estos requisitos si bien no garantizan que sea una motivación correcta al menos aspiran a un ideal de corrección.

2. MOTIVACIÓN EN MATERIA DE HECHOS

A) DEFINICIÓN

La mayoría de los trabajos que se han desarrollado en materia de argumentación jurídica se han referido a la motivación jurídica, que mencionamos anteriormente, en cambio muy pocos autores se han ocupado de la argumentación en materia de hechos, esto es, en relación a la valoración de las pruebas y a la premisa fáctica; y es precisamente Marina GASCÓN ABELLÁN, profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla, La Mancha, en España, quien se ha dedicado en sus trabajos a esta área de la argumentación jurídica, y señala sobre la motivación:

Si se asume que valorar consiste en determinar si, a la vista de pruebas disponibles, hay razones para dar por verdaderas (o probables en grado suficiente) ciertas afirmaciones, entonces es necesaria (y posible) la motivación, es decir, la exposición de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones.^[82]

Para TARUFFO motivar los hechos significa explicitar, con forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado.^[83]

Por su parte, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ señala que motivar la decisión sobre los hechos quiere decir elaborar una justificación específica de la opción, consistente en tener algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en el juicio.^[84] Y agrega que el proceso de justificación o motivación de una decisión se descompone en los siguientes pasos: (1) Formulada una hipótesis, (2) se deducen de ella las consecuencias, que de ser cierta, se derivaría de la misma, y (3) se comprueba si el resultado de la actividad probatoria permite tener por existentes en la realidad los signos de esta hipótesis.^[85]

COMANDUCCI señala que motivación en materia de hechos es un procedimiento argumentativo que consiste en aducir razones a favor de la conclusión, según la cual una descripción es verdadera, probable, verosímil o atendible, y agrega, que dentro del silogismo judicial la motivación en derecho constituye la justificación de la premisa mayor, mientras que la motivación en hechos conforma la justificación de la premisa menor.^[86]

Siguiendo a Marina GASCÓN, distingue *motivación-actividad* como el procedimiento mental que ha conducido al juez a formular como verdadero un enunciado sobre los hechos del caso, mientras que *motivación-documento* es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en el que se plasma) en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos, esto es, la que versa sobre el contexto de justificación.^[87]

B) FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN EN MATERIA DE HECHOS

Marina GASCÓN al efecto señala como funciones de la motivación de los hechos:

§ Una función *extra-procesal*, que consiste en mostrar el esfuerzo realizado por el juez en el juicio de hecho, posibilitando de este modo un control externo o público, es decir, tiene una dimensión pedagógica de explicación de la racionalidad de la decisión.^[88]

§ Una función *endo-procesal*, que es facilitar el control interno en las decisiones judiciales, garantizando así que la exigencia de actuación racional del poder pueda hacerse efectivo y no quede en una mera proclamación de buenas intenciones.^[89]

C) ETAPAS DE MOTIVACIÓN EN MATERIA DE HECHOS

El razonamiento que emplean los jueces en la etapa probatoria, o mejor dicho al momento de valorar las pruebas, se descompone en las siguientes etapas:

1. Análisis de cada una de las afirmaciones sobre los diferentes enunciados sobre los hechos formulados por las partes a partir de un análisis individualizado de las pruebas.
2. Valoración de las diferentes pruebas en relación con cada una de las hipótesis probatorias.
3. Explicitación del razonamiento inferencial que justifique el paso de 1 a 2.
4. Formulación de una única hipótesis o versión sobre los hechos.^[90]

D) REQUISITOS DE LA MOTIVACIÓN EN MATERIA DE HECHOS

Marina GASCÓN señala como requisitos que debe cumplir la motivación en materia de hechos los siguientes:

1. Motivar es justificar, aportar razones que permitan sostener como correcta la decisión judicial fáctica.
2. Motivar exige explicitar (justificar las pruebas usadas y explicitar el razonamiento).
3. Todas las pruebas requieren justificación.
4. La motivación exige una valoración individualizada de las pruebas.
5. Han de considerarse todas las pruebas practicadas.^[91]

De esta forma, la elección más racional será aquella en la que se designe como hipótesis aceptable la que cuente con un mayor grado de confirmación (o de probabilidad lógica), de acuerdo con los elementos de prueba disponibles. Además de este criterio de racionalidad, que es el más importante, otros criterios pueden también coadyuvar en la elección. Así entre las hipótesis defendidas por las partes, tiene más probabilidades de ser verdadera aquella que cuente con una mayor coherencia narrativa y también con una mayor coherencia lógica; es decir, aquella en la que no existan contradicciones ni se utilicen inferencias incoherentes con la narración. TARUFFO señala también como criterio, la congruencia de la narración

respecto de los hechos, que se concreta en la “relación entre la narración y el conjunto de los hechos determinados sobre la base de las pruebas”, de modo que se “puede considerar como congruente la narración que refleja el conjunto de los hechos efectivamente probados”.^[92]

E) ESQUEMA VALORATIVO DEL GRADO DE CONFIRMACIÓN PARA LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Debido a que son pocos los trabajos que hablan sobre cómo deben valorarse las pruebas, pues sólo se refieren a los sistemas de valoración, es importante señalar que dentro de los modelos de valoración de la prueba el esquema valorativo basado en el grado de confirmación de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales, y consiste básicamente en que la hipótesis pueda aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas las hacen más probables (las confirman) o más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos, y para ello se requieren tres requisitos:

1. *Requisito de la confirmación*, una hipótesis viene confirmada por una prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas que hace que la existencia de la prueba constituya una razón para aceptar la hipótesis, el grado de confirmación es equivalente a su probabilidad o credibilidad, por lo tanto, la probabilidad de la hipótesis aumenta o disminuye con:

a) *El fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las reglas y máximas de la experiencia usadas*; de tal suerte que algunas tienen un fundamento más sólido y fuerte que otras que son vagas e inciertas.

b) *La calidad epistemológica o grado de certeza de las pruebas que la confirman*; es decir, si el grado de certeza de una prueba es débil, el grado de confirmación o probabilidad que atribuye a la hipótesis no puede estimarse alto, por más fundada que esté la regla que conecta la prueba con la hipótesis, por ejemplo una prueba de ADN ofrece mayor certeza que una prueba testimonial.

c) *El número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de la pruebas que la confirman*; si la confirmación es una inferencia inductiva que conecta la hipótesis con las pruebas disponibles, y el resultado de una inferencia inductiva es sólo un cierto grado de probabilidad, entonces la probabilidad se va debilitando con cada paso inferencial; de modo que cuanto mayor sea el

número de pasos intermedios entre la hipótesis y las pruebas que la confirman, menor será la probabilidad.

d) *La cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones*; si la probabilidad de una hipótesis equivale a su grado de confirmación por los conocimientos disponibles, cuanto mayor sea el número de confirmaciones mayor será su grado de probabilidad, que también será mayor cuando más variadas sean las pruebas que la confirman así como su pertinencia y necesidad.

2. *Requisito de la no refutación*, una hipótesis viene refutada por las pruebas disponibles si éstas se hayan en contradicción con aquéllas y por eso es necesario que existan en el proceso un momento contradictorio en el que se pueda refutar la hipótesis.

3. *Requisito de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos*, al final del proceso de confirmación y sometimiento a refutación de las hipótesis puede resultar que hipótesis rivales estén suficientemente fundadas o que ninguna de ellas resulte suficientemente probada en detrimento de la otra, y para ello una de las hipótesis debe justificarse mostrando que las pruebas disponibles la hacen más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas concordantes con esas mismas pruebas.^[93]

F) ESTILOS O TÉCNICAS DE MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

1) *Técnica globalizadora o narrativa*

Esta técnica utilizada al momento de valorar las pruebas consiste en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa;^[94] esta es de las más empleadas en la práctica judicial en donde se limitan a hacer una lista de las pruebas ofrecidas por las partes, para al final concluir con la cláusula de estilo “pruebas que valoradas en conjunto hacen prueba plena”, pero en realidad nunca se valora debidamente cada prueba.

2) *Técnica analítica*

Esta manera de motivar se estructura en una exposición porme-norizada de las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión.^[95] Esta sería la mejor manera de motivar los hechos en relación con las pruebas

ofrecidas y desahogadas porque permite justificar correctamente el valor que se le da a cada una de las pruebas, además de justificar el por qué se prefiere a una prueba que a otra y en fin permite una mejor racionalidad de la decisión en materia de hechos.

3) *Técnica de la seudomotivación*

En este estilo de motivación el juez se limita aludir a la base de la declaración: “en conciencia”, “apreciando en conjunto”, no es en rigor una motivación sino una referencia, pero así suele ser entendida en cuanto que invoca el fundamento en que el juez se ha basado.^[96]

G) LA SANA CRÍTICA COMO SISTEMA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

En el nuevo sistema penal acusatorio se utiliza como modelo para valorar las pruebas el de la sana crítica entendida como: la explicación racional de la valoración de la prueba pertinente y útil, de acuerdo a las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología que justifica la conclusión de hecho afirmada o negada resolución.

Y así por ejemplo el Código Penal del Estado de Durango establece: El tribunal apreciará la prueba según su *libre convicción* extraída de la totalidad del debate, conforme a: las reglas de la lógica, Los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia. Art. 355 CPP DGO.

Esto significa que el juez es libre para valorar la prueba en cuanto a que no está sujeto a controles legales que le establezcan que valor le debe de dar a cada prueba, como en el caso del sistema de tarifa legal o prueba tasada, sin embargo su razonamiento está sujeto a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, que el juez deberá emplear como pautas o criterios que le permitan respaldar el valor que le da cada prueba por lo tanto se deberán explicitar en el razonamiento probatorio que el juez realice, pues de no hacerlo sería dejar en estado de indefensión de las partes al no saber qué criterios utilizó el juez para darle o negarle valor a las pruebas aportadas.

1) *Las reglas de la lógica*

Las reglas de la lógica constituyen un límite a la libertad de apreciación de las pruebas por parte del juez, esto debido a que el juez tiene que respetar las

leyes del pensamiento al momento de valorar las pruebas, por lo que un error de logicidad se puede invocar por medio de los recursos que tiendan a atacar la motivación del juez al momento de analizar las pruebas.^[97] Los principios supremos de la lógica son los que se indican a continuación.

a) Principio de identidad

Este principio dispone que: “*todo objeto de conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo*”.^[98] Dicho en palabras más simples “*una cosa es lo que es*”, esta ley del pensamiento exige que todo concepto y todo juicio debe ser idéntico así mismo y no se puede cambiar un concepto por otro, con el riesgo de cometer un error lógico.^[99]

Ahora bien, como utilizamos este principio en la aplicación del derecho, y sobre todo en la valoración de la prueba? Una manera de aplicarlo sería señalando que el juez violó dicho principio porque apreció de manera incorrecta lo que dijo un testigo, esto es, dando un sentido distinto a la declaración o de manera contraria a lo que es.

b) Principio de no contradicción

Este principio señala o dispone que “*una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto*”; de acuerdo con esta regla si dos juicios enunciativos uno afirma y el otro niega la conveniencia de tal o cual determinación, relativo al mismo objeto-sujeto, en iguales condiciones de espacio y tiempo, estos juicios son contradictorios y por lo tanto, no es posible que los dos sean verdaderos.^[100]

Y así por ejemplo este principio se puede utilizar como premisa mayor de un razonamiento deductivo o como garantía o como respaldo de un argumento informal cuando al juez argumenta que no le puede conceder valor probatorio a la declaración de un testigo, porque en su dicho primero afirmó una cosa y luego posteriormente la negó violando así al principio de no contradicción.

c) Principio de tercero excluido

Este principio señala que “*una cosa es o no es, y se excluye una tercera opción*”, esto es, el imputado es culpable o inocente, la demanda es procedente o improcedente y se excluye (no puede ser) de otra manera,^[101] sin embargo, este principio está bien para la lógica bivalente que se mueve

dentro de lo falso o verdadero, pero sucede que el derecho y en virtud de los conceptos jurídicos indeterminados, la textura abierta del derecho y la vaguedad que sufren algunos conceptos lo adecuado será utilizar la lógica borrosa o difusa que se basa en grados de pertenencia y de aproximaciones a los que una cosa puede pertenecer y así, *adecuado* puede tener grados de más o menos de acuerdo al grado de pertenencia del caso concreto a lo previsto por la norma.

d) Principio de razón suficiente

Este principio de la lógica reza que “*todo juicio para ser verdadero, ha de menester de una razón suficiente*”, y por razón de un juicio debe entenderse lo que es capaz de abonar lo enunciado en el mismo; y esa razón es suficiente cuando basta por si sola para servir de apoyo completo a lo enunciado, cuando por consiguiente, no hace falta nada más para que el juicio sea plenamente verdadero.^[102]

Este principio se puede aplicar por los jueces al momento de valorar las pruebas por ejemplo, cuando analiza la declaración de un testigo, quien si no da razón de su dicho, o ésta no es suficiente para lo que declaró no le puede conceder valor probatorio, así mismo para estimar un dictamen pericial, si el perito no lo fundamenta en métodos y técnicas admitidas y aprobados por la ciencia o la técnica aplicables al caso no les puede otorgar valor con base a este principio.

e) Otros principios de la lógica

Pero no solo los anteriores principios se pueden aplicar por los jueces en la valoración de la prueba al tenor del mandamiento constitucional, sino que también hay otras reglas que se pueden emplear no solo por el juez, ya que también sirven a las partes como criterios para controlar la racionalidad de la valoración de la prueba, y así por ejemplo el juez debe respetar las leyes de inferencia en la deducción, la inducción y la abducción, también hay reglas del silogismo que pueden servir como mecanismos de control de razonamientos, así mismo la lógica informal ofrece parámetros que permiten verificar la corrección de la argumentación del juez cuando valora las pruebas.

Veamos a continuación los siguientes ejemplos para destacar su aplicación en la valoración de las pruebas:

Razonamiento informal

- No tiene valor la declaración de Carlos,
- Porque al momento de declarar se contradijo, ya que primero afirmó que estuvo presente y posteriormente lo negó
- Debido a que si alguien afirma una cosa y luego la niega entonces se contradice
- Esto con fundamento en el principio lógico de no contradicción que establece que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

2) Los conocimientos científicos

El conocimiento científico en la valoración de la prueba sirve como criterio o directivas que le permiten al juez apreciar los medios de prueba y concederles un determinado valor, por lo que al igual que las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica el juez debe explicar y expresar las reglas de carácter científico que como premisas de razonamiento o argumento utilizará para valorar las pruebas, por ello algunos criterios que pueden ser de utilidad al juez son los siguientes:

- i. Que la conclusión científica tenga fundamento fáctico;
- ii. El control y falsabilidad de la teoría que está en la base de la prueba científica de que se trate.^[103]
- iii. Que se hayan utilizado principios y metodología fiables;
- iv. Que la conclusión sea aplicable a lo sucedido de manera verificablemente correcta.^[104]
- v. Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional.
- vi. Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes.
- vii. Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica.^[105] Por ejemplo:
 - No se le concede valor probatorio a la prueba científica de X. (Pretensión)
 - Porque no explicó en el dictamen el nivel o grado de error en la aplicación del método empleado (razones)
 - Ya que si un perito no explica en su dictamen el nivel de error en la

aplicación del método, no se puede saber el grado de certeza de la prueba, y por lo tanto, no se le puede conceder valor (garantía).

- Así lo establece el principio de conocimiento científico que señala que el dictamen debe contener información sobre el posible grado o nivel de error en la aplicación del método empleado por el perito (respaldo).

3) *Las máximas de la experiencia*

a) *Definición*

En 1893 Friedrich STEIN las definió de la siguiente manera: Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se ha inducido, y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.^[106]

Para Eduardo J. COUTURE son un conjunto de conclusiones empíricas fundadas sobre la observación de lo que ocurre comúnmente, y susceptibles de adquirir validez general para justipreciar las pruebas producidas en un proceso.^[107]

Estas definiciones se pueden extraer de las máximas de la experiencia son generalizaciones que proceden de la experiencia de los jueces pero que sean compartidas y aceptadas por la comunidad jurídica para ser utilizadas en casos posteriores al momento de valorar las pruebas.

b) *Características*

- *Generalidad*, porque no se refieren a un caso particular, sino que se refieren de manera general a otros casos y que son aceptados y compartidos por la cultura jurídica del lugar en donde son invocadas.
- *Vaguedad*, porque es un concepto indeterminado que cada juez debe precisar y explicar su contenido, ya que no se sabe a la experiencia de quien pertenecen, o porque son máximas.
- *Inciertas*, debido a su contenido general y a su imprecisión generan falta de certeza en su aplicación provocando además incertidumbre en las partes, pues no saben qué máxima va a aplicar el juez.
- *Cambiantes*, en virtud de que la experiencia del juez es dinámica ocurre que también las máximas evolucionan y lo que ahora es

aceptado en un futuro será rechazado o modificado por otra máxima que recoja nuevas situaciones de la experiencia judicial o experiencia común.

- *Pertenecen al sentido común*, lo que garantiza su aceptabilidad, puesto que es experiencia desarrollada por el común de la gente, pero también dificulta su aplicación por ser algo difícil de concretizar.
- *Graduación*, o fuerza gradual porque no todas las máximas están dotadas de la misma eficacia explicativa en el momento de dar el salto de un dicho probatorio a otro que pueda considerarse probado, así mientras algunas gozan de alto grado de elaboración y reconocimiento, otras serán fruto de un reducido número de datos empíricos, incluso tendrá necesidad de ser probadas.^[108]
- *Oficiosas*, porque se aplican de oficio por el juez, es decir no requieren que las partes las invoquen, ya que es al momento de valorar las pruebas cuando son seleccionadas por el juez y así motivar las cuestiones de hecho de la decisión judicial.

c) *Clases de máximas de la experiencia*

- Máximas de la experiencia científica

Son la experiencia de la ciencia especializada y que utilizan los expertos al momento de ofrecer su conocimiento científico al proceso por medio de dictámenes en un juicio.^[109] Solo que estas costumbres científicas tienen el problema del difícil acceso al ámbito judicial, ello derivado de que difícilmente los científicos se ponen de acuerdo en reiterar estándares que luego sean compartidos por la comunidad científica.

- Máximas de la experiencia del juez

Estas tienen carácter jurídico y derivan de la experiencia del juez, pero no se refiere cambiar género en particular, sino a la experiencia judicial generalizada que es compartida, aceptada y admitida por la comunidad jurídica, en donde se desarrolla un juicio, esto es son prácticas reiteradas que sirven como criterios para valorar los medios de prueba.

- Máximas de la experiencia común

Son las que derivan de la experiencia corriente de las personas por ejemplo como suele golpear instintivamente una persona diestra.^[110]

También esos criterios tienen la dificultad de que por su generalidad y abstracción se complica su aplicación en el ámbito judicial, por lo que los operadores jurídicos deberán ser muy cuidadosos en invocar solo aquellas máximas que realmente sean reconocidas y consensadas por la comunidad para poder ser aplicadas en un juicio.

d) Funciones de las máximas de la experiencia

– Función heurística

Las máximas de la experiencia desarrollan una función heurística en cuanto representan un instrumento del que podemos servirnos para formular hipótesis sobre los hechos de la causa, y así por ejemplo usadas en el razonamiento abductivo nos permite infirmar explicaciones de un hecho, además sirve para construir narraciones sobre los hechos que serán respaldados por máximas de la experiencia.^[111]

– Función epistémica

Desarrollan esta función las máximas de la experiencia en cuanto representan instrumentos de los cuales se sirve el juez para derivar de hechos conocidos, mediante inferencias fundadas en las máximas, el conocimiento indirecto de hechos sobre los cuales debe establecer la verdad; esto es se trata de la determinación de los hechos que se producen mediante un razonamiento indiciario o presuntivo.^[112]

– Función justificativa

Esta función se manifiesta en el contexto de la motivación de la decisión sobre los hechos de la causa, es cuando se trata de justificar externamente la decisión por medio de inferencias mediante las cuales se justifica la valoración de la credibilidad de las pruebas o la reconstrucción presuntiva de los hechos relevantes y se sustentan recurriendo a máximas de la experiencia, por lo que es importante la calidad de las máximas, pues se pueden apoyar en leyes científicas o en generalizaciones cognoscitivamente válidas, por lo que dependen de su grado de aceptación.^[113]

e) Requisitos de las máximas de la experiencia

1) Que sean máximas comúnmente aceptadas en el ambiente sociocultural en que se desenvuelve el juez, de manera que se pueda decir que constituyen

el patrimonio de la cultura media en ese tiempo y lugar.

2) Que dichas máximas no hayan sido falseadas por conocimientos científicos, porque en tal caso la máxima será derrotada por las aportaciones científicas, y que debido al rigor con que son producidos tendrán más valor en un juicio.

3) Que dichas nociones de sentido común no entren en contradicción con otras máximas igualmente aceptadas, ya que de ser así el juez tendrá la carga de la argumentación para elegir cual máxima es la que debe imperar, de acuerdo a su mayor aceptabilidad por la comunidad jurídica. Será entonces necesario buscar otra máxima con un fundamento más sólido y que resulte más generalmente compartida en el ámbito de la cultura de referencia.^[114]

4) Que se deriven del conocimiento de la vida y de las cosas que posee el juez, esto es la propia experiencia del juez le proporciona criterios de racionalidad que le permiten estimar con mayor sentido las pruebas que plantean las partes.

5) No hay que atribuir a la máxima de la experiencia un valor cognoscitivo superior al del fundamento que tiene la máxima, sobre la base de las generalizaciones que se expresan en ella.

6) Si una máxima esta enunciada en términos generales, un solo contraejemplo es suficiente para contradecirla o al menos que no tiene validez general.

7) Es importante determinar de dónde proviene las máximas de la experiencia, es decir cuál es su fuente, para no caer en prejuicios infundados o refranes consolidados.^[115]

Son ejemplos de máximas de la experiencia las siguientes:

- “Es inusual y va contra el orden natural de las cosas que se adquiera un automóvil, se pague totalmente el precio y se deje su tenencia en manos del vendedor”.
- “En las primeras declaraciones el imputado dice la verdad.”

Las máximas de la experiencia no solo se invocan y se explican en el razonamiento probatorio al momento de valorar la prueba, sino que se utilizan como premisas de razonamiento y así por ejemplo en la inferencia abductiva sería el siguiente caso:

- Observamos que un sujeto X tiene en su poder objetos de los que no puede explicar su procedencia, no puede acreditar su propiedad y los objetos tienen reporte de robo. (*resultado*)

- Si un sujeto tiene en su poder objetos de los que no puede explicar su procedencia, no puede acreditar su propiedad y los objetos tienen reporte de robo, entonces probablemente se los robó (*regla o máxima de la experiencia*)
- Por lo tanto, si el sujeto X tiene en su poder objetos de los que no puede explicar su procedencia, no puede acreditar su propiedad y los objetos tienen reporte de robo, entonces probablemente se los robó. (*caso*)

f) *Dificultades de aplicación*

- Como vimos las máximas no se pueden invocar de manera general, sino que necesitan de la deducción, inducción o la abducción para su utilización o como premisa de un argumento como señalamos en los ejemplos anteriores.
- Es un concepto ambiguo, porque se puede creer que las máximas son principios, apotegmas o latinazgos que suelen invocarse por los juristas en sus promociones.
- Las máximas representan lugares comunes, prejuicios y estereotipos consolidados en alguna medida en el sentido común pero ajenos a cualquier conocimiento efectivo.^[116]
- Al no utilizarlas máximas adecuadamente ni entender su significado, se puede caer en:
 - Generalizaciones infundadas
 - Prejuicios consolidados
 - Criterios valorativos arbitrarios, proverbios de la sabiduría tradicional ,
 - Se puede invocar todo lo que se encuentre en la cultura media.^[117]

3. LA MOTIVACIÓN ORAL DE LA SENTENCIA

A. DEFINICIÓN

Debido a que para nosotros la motivación es un discurso justificatorio proponemos la siguiente definición: Son las razones justificatorias fácticas y jurídicas que de manera espontánea, instantánea y por la palabra hablada emite el juez para resolver y responder las pretensiones de las partes dentro de un juicio oral.

En primer lugar la motivación consiste en dar razones justificatorias, esto

es se trata de dar argumentos que expongan el por qué de la decisión, esto es el juez debe respaldar su decisión, ya que como señala FERRAJOLI el fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción no es, el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones que vienen aseguradas de un lado, por las garantías penales, especialmente por la estricta legalidad, la verificabilidad de los supuestos de hecho, y por otro por las garantías de las procesales como la carga de la prueba y por supuesto la obligación de motivar las sentencias, la que se entiende como garantía de garantías.^[118]

En segundo lugar, se ocupa de cuestiones fácticas y jurídicas, porque tan importante son los hechos como los fundamentos jurídicos, por lo que el juez tendrá de ocuparse por igual de la *quastio facti* como de la *quastio juri*, por lo que el juez deberá de ocuparse de los hechos y su calificación jurídica.

En tercer lugar la motivación debe hacerse de manera espontánea, instantánea y por medio de la palabra hablada que no son sino rasgos de esta forma de motivar y que nos referiremos a ellas cuando nos ocupemos de las características de la motivación por ahora baste decir que son cualidades que la distinguen de la motivación escrita.

En cuarto lugar por medio de esta argumentación en forma de motivación el juez se ocupa de resolver y responder las pretensiones de las partes, y hay que diferenciar que en la mayoría de los casos el juez resuelve los planteamientos de las partes pero en otros solo responde a solicitudes que no consisten en cuestiones controvertidas que ameriten una decisión y sobre todo se da, por ejemplo, en las peticiones de las partes en un juicio oral.

B) INORDINACIÓN DE LA MOTIVACIÓN

La inordinación es una operación conceptual que consiste en incluir un elemento nuevo dentro de una clasificación ya existente, en este caso inordinaremos la motivación oral dentro de las clases de la motivación, y así tenemos que por el órgano que la emite la motivación puede ser:

Judicial, que es la que realizan los órganos del poder judicial dentro de la esfera de sus funciones y que tiene por objeto justificar las decisiones de los planteamientos de las partes en un juicio.

Administrativa, es la que realizan los órganos del Estado que se encargan de resolver e imponer sanciones a los particulares derivado de las obligaciones de carácter fiscal y tiene como función respaldar los actos de molestia que les causan a los gobernados como multas, aseguramientos y las resoluciones que con motivo de los recursos que plantean los contribuyentes

en defensa de sus intereses.

Ministerial, es la relativa a los planteamientos, solicitudes y determinaciones que hace el ministerio público ya para ejercer una facultad discrecional, por ejemplo practicar un criterio de oportunidad, y para solicitar algo ante el juez, por lo que se trata de una motivación que con relación a la del juez presenta las siguientes diferencias: el juez toma una decisión, el fiscal toma una determinación; el juez decide y luego justifica, el fiscal solo justifica; el juez escucha a las partes para decidir, el fiscal no escucha a las partes para actuar; el juez se basa en las pruebas aportadas por ambas partes, el fiscal solo toma en cuenta sus pruebas disponibles; la decisión del juez solo es revisable por medio de un recurso, la determinación del fiscal es revisable por el juez de control.

Por la sustancia, esto es por referencia a su contenido la motivación puede ser:

En materia de derecho, que se ocupa de cuestiones jurídicas, como la determinación de la norma aplicable, su interpretación o las consecuencias jurídicas de un hecho.

En materia de hechos, que como ya dijimos se trata de la *quastio facti* y es la relativa a la acreditación de los hechos, a las pruebas que los respaldan, y a su valoración.

Por la forma, esto es por la manera en que se comunica a las partes o su forma de presentación, y es aquí donde inordinamos la motivación oral, esta puede ser:

Oral, que consiste en enunciados hablados por el juez mediante el cual comunica a las partes las razones de la decisión en forma directa en la audiencia a los interesados y a todos los que asistan a la diligencia.

Escrita, es la que se comunica a las partes en forma de enunciados gráficos contenidos en pliego de la sentencia y que se entrega a las partes por conducto de las personas que tienen autorizadas para hacerlo.

Estas dos formas de motivar presentan las siguientes diferencias: la motivación escrita es más amplia, pues requiere de mayores explicaciones, mientras que la motivación oral es breve y concisa; la motivación escrita es formal en cuanto a que los argumentos requieren de formas de inferencia lógica, mientras que la argumentación oral es informal debido a que en el lenguaje hablado se utilizan entimemas en donde las premisas se dan por sobreentendidas; la motivación escrita es seria, mientras que la motivación oral es expresiva porque va acompañada de gestos, ademanes, énfasis, al

comunicar las ideas.

C) CARACTERÍSTICAS DE LA MOTIVACIÓN ORAL

La motivación oral a diferencia de la escrita presenta las siguientes peculiaridades que representan un reto para los jueces del nuevo sistema oral en el que algunos por haber sido formados en el sistema escrito están más acostumbrados a la redacción que a la oralidad, las características son las siguientes:

- Espontánea, porque el juez de manera franca y sin mediar tiempo de por medio, responde a los planteamientos de las partes en un juicio oral, y esto gracias a la inmediación en la que el resolutor por estar frente a las partes les comunica él mismo las razones de su decisión.
- Brevedad, porque el juez sin amplias explicaciones ni rodeos farragosos y prolijos, que no hacen sino darle oscuridad a la sentencia y dificultan su comprensión, resuelve las solicitudes de la partes en el juicio oral de manera lacónica, pero ello no significa que deje de ocuparse de alguna cuestión, sino que al contrario en virtud de comunicarse oralmente, por emplear ademanes, gestos y expresiones se comunican más rápido y sin rodeos las cosas, y a la vez por suerte de la inmediación el juez capta expresiones de las partes que le ayudan a saber que están comprendiendo el contenido de la sentencia.
[\[119\]](#)
- Concisión, esta cualidad tiene por objeto que el juez en forma concreta sintetice los puntos más importantes de la resolución y por medio de la palabra dé más énfasis a los aspectos relevantes que más le interesan a las partes, pudiendo hacer reiteraciones para su mayor comprensión y claridad.
[\[120\]](#)
- Instantánea, consiste en que el juez en ese momento de la audiencia de modo inmediato resuelve y da respuesta a los planteamientos y peticiones de los interesados, esta cualidad garantiza la celeridad de la oralidad, al no dar oportunidad que el proceso de decisión se retarde.
- Improvisada, de acuerdo con esta cualidad, el juez debe tener una preparación y entrenamiento que le permitan desplegar argumentos que respalden su motivación en el momento en que las partes hacen sus planteamientos, lo que no significa que se sacrifique calidad en la decisión, sino que al contrario por estos reflejos argumentativos el

- juez puede resolver en forma correcta y suficiente.
- Hablada, porque el juez por medio de la palabra hablada resuelve las peticiones de la partes en el juicio, la que como dijimos por estar acompañada de gestos, ademanes, expresiones comunica con efectividad la ideas que se expresan en forma de razones por medio de la motivación, por estar presentes las partes el juez puede dar explicaciones para cerciorarse de las partes y sobre todo el imputado o la víctima han comprendido bien el contenido de la sentencia.
 - Entimemática, partiendo de la premisa de que no es lo mismo el lenguaje hablado que el escrito, en esta forma de motivación el juez emplea entimemas, que son silogismos irregulares en los que se suprime una de las premisas, porque se da por sobreentendida, ya que este modo de razonar es más adecuado para la oralidad en la que por su brevedad y concisión permite comunicar más y mejor las cosas. De acuerdo con Aristóteles, el entimema es a la retórica lo que el silogismo es a la lógica, por lo tanto, en el discurso oral el razonamiento típico que usan los jueces y las partes es el entimema y esto porque presenta las siguientes características:
 - Es una argumentación eficiente retóricamente porque es capaz de inducir creencias, disposiciones o acciones en aquellos a quienes se dirige (las partes) sobre la base de ciertos lugares comunes compartidos.
 - Descansa, más precisamente en la garantía inferencial o en el respaldo de una máxima de la experiencia o unos tópicos tácitos pero pertenecientes a una especie de fondo común de conocimientos y experiencias compartidas por el juez y las partes.
 - La complicitad puede llegar hasta el punto que las partes o el público serán obligadas a cubrir los huecos implícitos de la argumentación entimemática en la línea del fondo común de conocimientos y experiencias envueltos en el discurso (la motivación de la sentencia) y por consiguiente a determinar qué elementos hay que explicar y cuáles no en el curso de la interacción discursiva.^[121]

IX. VICIOS Y PROBLEMAS DE LA MOTIVACIÓN

Los vicios y errores que se presentan en la motivación pueden ser de

diferentes clases que enseguida veremos, pero cuando el vicio procede de un aspecto lógico de la motivación, ésta se puede controlar a través de lo que en otros países como en Argentina se llama control de logicidad, entendida como el examen que efectúa una corte de casación o un tribunal superior para conocer si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista lógico; estos vicios se les conoce como errores *in cogitando*.^[122]

1. MOTIVACIÓN AUSENTE

Se presenta la ausencia de motivación cuando la autoridad incurre en omisión de la motivación, o bien cuando hay una motivación aparente, ya porque el juez remite a otra sentencia o porque se da la motivación implícita en la que no examinó los argumentos de las partes o pretende eliminar argumentos inútiles.^[123]

2. MOTIVACIÓN INSUFICIENTE

Es cuando el resolutor omite la justificación de alguna de las cuestiones planteadas o de las razones expresadas por las partes.^[124]

Consiste también en que el juez al motivar considere satisfecho el derecho de las partes, atendiendo al conjunto de las actuaciones y decisiones que conforman el debate procesal,^[125] y además se presenta cuando de las pruebas en las que basa su conclusión sobre los hechos no sólo puede inferirse a aquella, sino también otras conclusiones.

Se presenta este vicio por parte de los jueces al motivar una sentencia cuando se dan los siguientes supuestos:

- § No expresa las premisas de sus argumentaciones;
- § No justifica las premisas que no son aceptadas por las partes;
- § No indica los criterios de inferencia que ha manejado;
- § No explicita los criterios de valoración aceptados;
- § Cuando al elegir una alternativa en lugar de otra no explica por qué ésta es preferible a aquélla.^[126]

3. MOTIVACIÓN INCONGRUENTE

Existe cuando el juez incurre en una incongruencia discursiva entre los argumentos y la decisión.^[127]

A) CLASES DE INCONGRUENCIA

1) *Incongruencia subjetiva*

La motivación es incongruente en el ámbito subjetivo cuando el juzgador no emite pronunciamiento sobre una persona integrante de una parte o cuando ésta se refiere a alguien ajeno al proceso.^[128]

2) *Incongruencia respecto al material fáctico*

Se da esta incongruencia cuando el juez al motivar los hechos funda su resolución en hechos distintos de los que han sido alegados o aceptados por el actor o el demandado; y así por ejemplo habrá incongruencia fáctica cuando en una sentencia se declare la existencia de un contrato de comodato, siendo que ninguna de las partes lo haya invocado o exista prueba de ello.^[129]

4. MOTIVACIÓN DEFECTUOSA

Esta motivación se clasifica en:

A) MOTIVACIÓN APARENTE

Las resoluciones afectadas por este vicio se caracterizan porque disfrazan o esconden la realidad a través de cosas que no ocurrieron, pruebas que no se aportaron o fórmulas vacías de contenido que no se convienen con el proceso y que nada significa por su ambigüedad o vaguedad.

B) MOTIVACIÓN DEFECTUOSA EN SENTIDO ESTRICTO

Se presenta cuando el juez viola los principios lógicos o las reglas de experiencia, por ejemplo el principio lógico de no contradicción.^[130]

5. MOTIVACIÓN OMITIDA

A) OMISIÓN FORMAL

Se produce cuando la sentencia consta sólo de una parte dispositiva o fallo, sin que en ella haya rastro de prosa supuestamente motivado.^[131]

B) OMISIÓN SUSTANCIAL

Es cuando no existen enunciados que cumplan directa o indirectamente una función justificadora de lo que se haya decidido; y presenta las siguientes especies:

1) *Motivación parcial*

Se presenta cuando no se satisface el requisito de la completitud, es decir, cuando no se justifican algunas decisiones sectoriales que preparan y condicionan la resolución final.

2) *Motivación implícita*

Consiste en suponer que, cuando no se enuncian las razones que fundan una decisión, pues se infieren de alguna otra decisión tomada por el juez.

3) *Motivación por relationem*

Se da cuando el juez al tomar una decisión respecto de algún punto controvertido, no elabora una justificación autónoma, sino remite a las razones contenidas en otra sentencia.^[132]

6. MOTIVACIÓN CONTRADICTORIA

Este vicio que cometen los jueces y magistrados en los considerandos cuando expresan los razonamientos que deberían de justificar el fallo aparece en los siguientes ejemplos:

§ Cuando hay contradicción entre el fallo y la motivación.

§ También cuando el juez plasma en la sentencia argumentos que chocan entre sí (por ejemplo en relación a los dichos de los testigos).

§ Cuando hay argumentaciones ilógicas e incompatibles.^[133]

7. MOTIVACIÓN INCORRECTA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación distingue entre falta de motivación y la incorrecta motivación, pues señala que la falta de fundamentación y motivación significa la carencia o ausencia de tales requisitos, mientras que la indebida o incorrecta motivación entraña la presencia de ambos requisitos constitucionales, pero con un desajuste entre la aplicación de normas y razonamientos formulados por la autoridad con el caso concreto.^[134]

8. MOTIVACIÓN FICTICIA

Es cuando las decisiones de valor vienen motivadas con argumentos avalorativos,^[135] es decir el juez utiliza juicios de valor para motivar su decisión pero no justifica porque valora en esos términos.

9. MOTIVACIÓN INDEBIDA

Es cuando en la sentencia se exponen las razones que la autoridad tuvo para dictar la resolución, pero no corresponden al caso específico, objeto de la decisión, o bien, cuando no existe adecuación entre los motivos invocados en el acto de autoridad y las normas aplicables a éste.^[136]

Otros vicios que suelen aparecer en la motivación de las sentencias son la incoherencia interna, la irracionalidad, la irrazonabilidad y la arbitrariedad, son constantes que se aprecian en las resoluciones judiciales.^[137]

X. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

1. DEFINICIÓN DE RAZONAMIENTO

Por razonamiento se entiende el proceso mental por el cual a partir de diversas premisas se llega a una conclusión, o también son los conceptos interrelacionados a través de los cuales se demuestra algo, o se persuade o motiva a alguien a compartir un juicio o planteamiento.^[138]

Asimismo con la expresión razonamiento designa tanto una actividad

mental (razonar), como el producto (resultado) de esa actividad: el razonamiento propiamente dicho.^[139]

Para MINA PAZ razonar es un proceso mental que permite relacionar ideas o juicios. Siempre que partimos de dos premisas o afirmaciones que determinan una conclusión tenemos entonces una inferencia. La conclusión puede presentarse al comienzo, en la mitad o al final del texto. En todos los casos las premisas son el punto de partida de la inferencia y el fundamento para la conclusión.^[140]

De las anteriores definiciones podemos derivar que razonamiento es el proceso mental mediante el cual inferimos una conclusión a partir de ciertas proposiciones, mientras que argumento es la presentación verbal o escrita de ese proceso mental; en la actividad judicial los jueces pueden utilizar diferentes formas de razonamiento, aunque generalmente utilizan si acaso el razonamiento deductivo. A continuación sólo vamos a ejemplificar cada uno de los razonamientos que se pueden emplear al momento de dictar la sentencia, esto en virtud de que en un capítulo anterior ya mencionamos su definición y requisitos de cada uno.

2. CLASES DE RAZONAMIENTO

A) EJEMPLO DE RAZONAMIENTO DEDUCTIVO

- ◆ El artículo 2270 del Código Civil Federal establece que la venta de cosa ajena es nula.
- ◆ Juan vendió una cosa ajena,
- ◆ Por lo tanto, la venta de Juan es nula.

Esta forma de razonamiento garantiza que la conclusión es válida en términos de la lógica, y está bien para los casos fáciles, pero para los casos difíciles no es el más apropiado, porque pensemos en que alguien discutiera la verdad de las premisas, por ejemplo que alguien discuta si realmente Juan vendió una cosa ajena, en este caso este argumento no nos resolvería el problema.

B) EJEMPLO DE RAZONAMIENTO INDUCTIVO

- ◆ Los testigos señalaron a Luis como responsable del delito de robo.
- ◆ A Luis se le encontró en su poder el objeto robado.
- ◆ Luis confesó indirectamente haber tomado un objeto que no le pertenece.
- ◆ Por lo tanto probablemente Luis cometió el delito de robo.

Como puede verse en este tipo de razonamiento muy empleado por los jueces en materia penal la conclusión a la que se llega no es necesaria como en el razonamiento deductivo sino sólo probable ,de allí que sea discutible o debatible.

C) EJEMPLO DE RAZONAMIENTO ABDUCTIVO

Este razonamiento que como mencionamos atrás es una forma poco empleada, pero que es de gran ayuda para construir hipótesis hacia atrás o hacia el pasado, esto es, a partir de un resultado empezamos a derivar la mejor explicación para resolver el caso; veamos el ejemplo:

- ◆ Juan tenía un disparo en la cabeza que le causó la muerte;
- ◆ A Juan se le encontró una carta diciendo que se quitaría la vida;
- ◆ Juan les comentó a sus amigos que quería morir;
- ◆ Quien deja una carta póstuma, comenta a sus allegados que quería morir y se dispara a sí mismo quitándose la vida comete suicidio;
- ◆ Por lo tanto, Juan cometió suicidio.

Como puede verse en este ejemplo la mejor explicación al hecho de que Juan haya tenido un disparo en la cabeza que le causó la muerte es que haya cometido suicidio, esa hipótesis es más probable a la de que haya sido asesinado o haya fallecido por accidente.

Ahora veamos este otro ejemplo:

- ◆ Juan, Luis y Pedro son propietarios de un inmueble;
- ◆ Los propietarios de un mismo inmueble son copropietarios;
- ◆ Por lo tanto, Juan, Luis y Pedro son copropietarios.

D) EJEMPLO DE RAZONAMIENTO ANALÓGICO

Como vimos en el razonamiento analógico tratamos de inferir un resultado a partir de las semejanzas entre un caso no regulado y un caso regulado, siempre y cuando las semejanzas sean relevantes; pensemos en el siguiente caso: en el contrato de mandato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2280 del Código Civil Federal los mandatarios no pueden comprar

los bienes de cuya venta o administración se hayan encargados, pero no menciona nada el Código del supuesto en que el mandante autorice expresamente al mandatario para que adquiera para sí los bienes objeto del mandato; por otro lado tenemos en el Código de Comercio la figura de la comisión mercantil que como sabemos es el mandato aplicado a los actos de comercio en cuyo artículo 299 permite al comisionista adquirir para sí los bienes que se le han mandado vender con consentimiento expreso del comitente; esta solución del Código de Comercio se puede extender al Código Civil para facultar al mandatario para que adquiera los bienes objeto del mandato cuando exista el consentimiento expreso del mandante, el ejemplo de razonamiento sería el siguiente:

- ◆ La comisión mercantil y el mandato son contratos de representación.
- ◆ La comisión mercantil y el mandato son contratos *intuitu personae*.
- ◆ La comisión mercantil y el mandato implican que alguien realice un acto en nombre de otro en atención a su confianza.
- ◆ Por lo tanto, si en la comisión mercantil el mandatario puede adquirir los bienes del comitente mediante consentimiento expreso, en el contrato de mandato por analogía con aquél también puede el mandatario adquirir los bienes del mandante con su consentimiento debido a las semejanzas que guardan los dos contratos.

E) EJEMPLO DE RAZONAMIENTO INFORMAL

Como señalamos atrás el modelo argumentativo de TOULMIN es una forma de razonamiento que se puede aplicar prácticamente a cualquier ámbito, tanto por los abogados como por los jueces, pues el hecho de que conste de cinco elementos que son: la pretensión, razones, garantía, respaldo y condiciones de refutación que garantizan la aceptabilidad del resultado, por ejemplo:

- ◆ En el presente caso es conforme a derecho no haber admitido la prueba pericial ofrecida por la ahora apelante, (Pretensión),
- ◆ ya que en su escrito de ofrecimiento de la prueba sólo se limita a decir para qué ofrece la prueba, porque señala en términos generales: “*Ofrezco la prueba pericial en valuación de daños para que se valúen los daños causados al inmueble arrendado*”, pero no indica específicamente los puntos y las cuestiones que habrán de resolver los peritos; (Razones),
- ◆ pues debido a que si se ofrece la prueba pericial se deben señalar los

puntos sobre los que ha de versar la prueba e indicar las cuestiones que habrán de resolver los peritos (Garantía),

- ◆ esto con fundamento en lo dispuesto en el artículo 293 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado que establece: “La prueba pericial... y se ofrecerá expresando los puntos sobre los que versará, sin lo cual no será admitida, y si se quiere las cuestiones que deben resolver los peritos”; además de conformidad en lo dispuesto en la siguiente tesis que al efecto se transcribe: (Respaldo).

PRUEBA PERICIAL, OFRECIMIENTO DE LA. En el ofrecimiento de las pruebas periciales deben precisarse los puntos concretos sobre los cuales deben resolver los peritos y no expresarse en términos generales.

- ◆ No obstante que el oferente manifieste que sí cumplió con los requisitos del ofrecimiento de la prueba (condiciones de refutación).

Como puede verse nadie pudiera discutir la aceptabilidad de la conclusión o pretensión que se enuncia debido a que está bien fundamentado y la ley del paso o garantía asegura el movimiento de las premisas a la conclusión.

F) EJEMPLO DE RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO

Este modelo de argumentación es sugerido y empleado por los tribunales federales en las sentencias de amparo directo e indirecto y su utilidad práctica radica en que a diferencia del modelo anterior no tiene que elaborarse la ley de paso o garantía que en ocasiones es problemática si no se tiene la experiencia en su utilización, por lo que esta forma de argumentar asegura la demostración de la tesis que se enuncia, veamos el ejemplo:

- ◆ Los agravios expresados por el apelante son infundados e inoperantes (Proposición que debe ser demostrada).
- ◆ Aduce aquél, que el juez de los autos incorrectamente no admitió sus pruebas (Planteamiento de la cuestión *quaestio*).
- ◆ Las pruebas ofrecidas por el actor no deben admitirse (*thesis*),
- ◆ Esto con fundamento en el artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles del Estado que señala que las pruebas deben ser ofrecidas relacionándolas con cada uno de los puntos controvertidos, (*principium demonstrationis*).
- ◆ Pues en la especie, el actor no relacionó las pruebas con los puntos controvertidos, como se desprende de su escrito de ofrecimiento de

pruebas (*demonstratio*).

G) EJEMPLO DE RAZONAMIENTO FINALISTA

La argumentación finalista es un modelo limitado sólo a la aplicación de reglas de fin, por lo tanto no se puede emplear este esquema en cualquier contexto de la argumentación y sí en cambio se utiliza por ejemplo en materia familiar, en donde las normas deben cumplir los fines que el legislador se propone; y así tenemos el ejemplo:

- ◆ En caso de separación o divorcio, el juez debe conceder la custodia de los hijos menores de manera que se satisfaga en la mayor medida posible el interés del menor.
- ◆ Si no se concede la custodia a la madre, no se satisfará ese interés (no se logrará el objetivo).
- ◆ Este es un caso de divorcio.
- ◆ Por lo tanto, el juez debe conceder la custodia a la madre.

Como se observa en el ejemplo anterior la gran virtud de este modelo radica en enunciar un contrafáctico, que en este caso sería: *Si no se concede la custodia a la madre, no se satisfará ese interés (no se logrará el objetivo)*. En el que al señalar las consecuencias tiene un fuerte poder persuasivo.

XI. ASPECTOS DESCRIPTIVOS DE LA MOTIVACIÓN

1. RESOLUCIONES EMITIDAS POR TRIBUNALES LOCALES

De acuerdo a un estudio practicado en resoluciones dictadas por los jueces^[141] se observaron los siguientes aspectos que describen cómo motivan los jueces sus sentencias, algunos de éstos no es difícil de encontrarlos también en otros lugares del ámbito judicial; y así se observó:

- § Que el razonamiento más común que emplean los jueces es el deductivo, y por lo tanto poco emplean el razonamiento inductivo y mucho menos el abductivo.
- § Cuando emplean el razonamiento deductivo no cumplen con las reglas de la lógica porque no respetan por ejemplo los principios de los términos ni de las premisas.
- § La argumentación que emplean los jueces es deficiente, pues carece de

orden lógico y combinan premisas fácticas con premisas jurídicas que posteriormente vuelven a repetir, además no siguen alguna técnica argumentativa para motivar las sentencias.

§ Tampoco emplean adecuadamente reglas de inferencia, pues dan el paso de las premisas a la conclusión sin estar suficientemente respaldado por otras premisas que sean relevantes para llegar a la conclusión.

§ Es común el uso de pocos conectores lógicos o de argumentos, y los que utilizan no lo hacen de manera adecuada porque igual utilizan el conector: “por lo tanto”, tanto para iniciar un párrafo como para concluirlo.

§ Para fundamentar las resoluciones sólo acuden a respaldos legales y a ejecutorias pero no utilizan fuentes doctrinales, tratados internacionales, legislación comparada o precedentes de organismos internacionales.

§ Es común que los jueces al momento de resolver utilicen una misma tesis o ejecutoria, que la apliquen de manera recurrente en varias sentencias.

§ Es muy raro que tomen en cuenta los jueces al resolver la fuerza persuasiva de la sentencia sin tomar en cuenta los destinatarios a quienes se dirige.

De estas observaciones podemos concluir la importancia de la argumentación jurídica para la motivación de las sentencias, como elemento de apoyo para los jueces, pues les ayudaría a emplear otras formas de razonamiento como el abductivo; también el empleo adecuado de los conectores de argumentos les serviría para darle mayor claridad y estructura a sus sentencias; de igual manera el empleo y variedad de fuentes como doctrina, instrumentos internacionales como tratados, les daría un mejor fundamento a sus sentencias lo que traería como consecuencia una mejor calidad en las resoluciones.

XII. LA PONDERACIÓN JUDICIAL

1. DEFINICIÓN DE PONDERACIÓN

Para ALEXY^[142] la ponderación es determinar cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto.

Para GUASTINI^[143] consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor, y como resultado de ésta un principio (el considerado superior) desplaza al otro y resulta aplicable.

Para GARCÍA FIGUEROA^[144] el juicio de ponderación consiste en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga, tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en este supuesto concreto.

La ponderación es entendida como un límite a los límites de los derechos fundamentales, esto es, cuando mediante una medida del legislador (Ley) pretende limitar un derecho fundamental (principio) la ponderación opera para controlar si ese límite es adecuado y necesario para cumplir con los fines que garanticen los derechos fundamentales; esto es, se ponderarán los dos principios en conflicto a fin de determinar cuál prevalece sobre el otro.

Sobre las concepciones de la ponderación, por un lado hay autores como GUASTINI que la conciben como una actividad discrecional no sujeta a parámetros de control racional, y por otro, autores como ALEXY, PRIETO SANCHÍS que la consideran como un procedimiento racional y por lo tanto que precisa de justificación racional.

2. LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Para ALEXY el procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios, entendidos como mandatos de optimización que como tales implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama regla de proporcionalidad, que comprende tres subreglas: la regla de adecuación, la regla de necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto.^[145]

El principio de proporcionalidad es reconocido ampliamente por el Tribunal Constitucional Alemán, el Tribunal Constitucional Español y recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como puede apreciarse en la siguiente tesis:

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA. Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo las características del caso concreto, ponderando cual de ellos debe

prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) *La idoneidad*; II) *La necesidad*; y, III) *La proporcionalidad*. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXII, Octubre 2005, Tesis aislada, Tribunales Colegiados de Circuito.

Como puede apreciarse en la anterior tesis los Tribunales Colegiados del Poder Judicial de la Federación en México, han aceptado el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios como son: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, por lo que es muy probable que en posteriores resoluciones veamos más la aplicación del método de la ponderación o principio de proporcionalidad, pues es una realidad que la aplicación de este método garantiza la racionalidad de las decisiones judiciales cuando se trata de resolver conflictos entre principios.

El principio de proporcionalidad se descompone en tres subprincipios, el de adecuación y necesidad, que se derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas, mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto orienta la optimización en relación a las facilidades jurídicas,^[146] que a continuación se explican:

1) *Subprincipio de adecuación*, que de acuerdo con ALEXY señala que si una acción no es adecuada para promover la realización de un principio, pero lo es para inhibir la realización de otro principio, está entonces prohibida en relación con ambos principios.^[147]

Dicho de otra manera, un medio es apto e idóneo para conseguir el fin pretendido cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado. Para lograrlo se requiere: a) que el fin perseguido en la medida que restringe o limita el derecho sea constitucionalmente legítimo, y b) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución del fin.^[148]

2) *Subprincipio de necesidad*, que dice que una acción, con respecto a la cual existe una alternativa, por lo menos, promueve la realización de uno de los principios, e inhibe menos el otro principio.^[149] Es decir, este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno

con el derecho fundamental afectado.^[150] O también este principio sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.^[151]

En resumen de acuerdo con este principio la medida legislativa que pretende restringir un derecho fundamental debe cumplir con las siguientes condiciones: *a)* la medida es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; *b)* no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor.^[152]

Los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible, de tal modo que expresan la idea de óptimo de Pareto.^[153]

3) *El principio de proporcionalidad en sentido estricto* que referido a las posibilidades jurídicas se encuentra expresado en la Ley de la Ponderación que expresa: cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro.^[154]

En la aplicación de este subprincipio relativo a las posibilidades jurídicas es donde más se va a argumentar porque cuanto más se sacrifica un derecho y más se acerca a su núcleo o esencia, mayor necesidad reclamará la medida limitadora, mayor ha de ser el peso de la importancia del bien constitucional que se contrapone.^[155]

3. CLASES DE PONDERACIÓN

Para Manuel ATIENZA la ponderación puede ser de tres tipos:

a) Ponderación entre principios en sentido estricto, esto es, entre normas de acción como por ejemplo, entre la norma que prohíbe atentar el derecho a la intimidad y la que garantiza la libertad de expresión.^[156]

b) Ponderación entre directrices, entendidas como el proceso de concreción conducente a establecer una serie de medidas a partir de una o

varias directrices, por ejemplo, la propuesta de medidas dirigidas a facilitar el acceso a la vivienda.

c) *Ponderación entre principios en estricto sentido y directrices*, que se presentaría cuando colisionan una norma de acción y una medida tendiente a desarrollar, por ejemplo, una garantía social frente a una garantía individual.

4. PASOS O ETAPAS DE LA PONDERACIÓN

La ponderación es un método que permite la solución de conflictos entre principios y que tiene su fundamento en la ley de ponderación expresada por Robert ALEXY: *Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.*

^[157] La ponderación es una parte de lo que viene exigido por un principio más amplio que es el principio de proporcionalidad, el cual se descompone en los tres subprincipios ya mencionados: el principio de idoneidad o adecuación, el principio de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, los dos primeros se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible, mientras que el tercero se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas.^[158]

PRIETO SANCHÍS^[159] señala las siguientes fases en la aplicación de la ponderación:

a) Que la medida examinada presente un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro fin o derecho.

b) Acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada, esto es, la actuación que afecte a un principio constitucional a demostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece.

c) La intervención lesiva para un principio o derecho constitucional ha de ser necesaria, esto es, ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejante la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva, es decir, entre una pluralidad ha de escogerse la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio en pugna.

d) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un

bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor, y es aquí donde propiamente rige la ley de la ponderación.

Para este autor de la Universidad de Castilla, La Mancha de Toledo, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.^[160]

Para Manuel ATIENZA la ponderación se realiza en las siguientes etapas:

a) Se constata que, ante una determinada situación (la que se trata de resolver), existen principios, valores, que tienen direcciones opuestas y que necesitan algún tipo de ajuste, pues todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo.

b) Después se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias, y se aducen razones para ello.

c) Finalmente se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente.^[161]

Para Carlos BERNAL^[162] siguiendo a ALEXY^[163] señala que al momento de aplicar la ley de la ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto se divide en los siguientes pasos:

a) En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.

b) En un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

c) En el tercer paso debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Para ALEXY una vez llegado a analizar el principio proporcionalidad en sentido estricto a efecto de determinar la prioridad de los principios antinómicos, la ponderación se descompone en tres etapas que son las siguientes:

En la primera etapa se establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se determina si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.^[164]

Cuando se afecta a un principio constitucional o derecho fundamental por una disposición legislativa la interferencia puede tener diversa intensidad, por lo que ALEXY desarrolla la escala triádica de pesos que puede ser leve, moderado y grave,^[165] la cual depende de la mayor intensidad con que se afecte a un principio, pero si no fuera suficiente esta escala todavía se puede graduar cada una de las afectaciones y así pudiera establecerse las siguientes invasiones a los principios:

§ Grave

- Bastante grave;
- Realmente grave;
- Extremadamente grave.

§ Moderado

- Bastante moderado.

§ Leve

- Muy leve.

Posteriormente ALEXY ha construido la “fórmula del peso”^[166] con la cual ha recibido las más fuertes críticas debido a que para su aplicación es necesario establecer un grado de afectación a cada uno de los principios en colisión de acuerdo a escalas numéricas, lo cual supone que el intérprete de manera arbitraria establezca la escala de pesos y grado de afectación; algo que, pese a la apariencia de objetividad, dependerá en última instancia de valoraciones subjetivas.

5. CRÍTICA AL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN

Contra el método de ponderación se han desarrollado críticas por autores como HABERMAS Y Pedro SERNA, quienes han sostenido que la ponderación o balanceo de dos principios en conflicto es un procedimiento arbitrario que deja a discreción del intérprete, sin ser posible su racionalidad mediante parámetros objetivos; y así podemos resumir como críticas las siguientes:

§ La jerarquía que se establece entre los principios al momento de ponderarlos no es suficiente para resolver litigios, porque en ellos lo que se plantean son las pretensiones de las partes y no la colisión entre principios.

§ No existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios, esto es la mayoría de

los casos se acude a criterios subjetivos que dependen enteramente del juez.

§ La ponderación implica sacrificar un derecho, pues al momento de preferir un principio sobre el otro siempre va a haber un dilema que va a afectar a una de las partes en el juicio, pues detrás de cada principio constitucional existe un derecho que beneficia a uno de los interesados en el proceso.

§ El balanceo es arbitrario porque depende enteramente de la discrecionalidad de quien resuelve el conflicto entre principios, y también es utilitarista porque al final o como último paso de la ponderación se establece la elección en términos de sacrificios, daños y beneficios.

§ La ponderación de valores no se puede pesar en números, porque siendo los principios constitucionales o derechos fundamentales instrumentos para desarrollar los más altos valores del ser humano, no existe una jerarquía en ninguna Constitución que determine cuál principio tiene más valor, esta crítica se dirige contra ALEXY y su fórmula del peso que incluye valores numéricos.

§ Tiene un déficit de racionalidad que no se puede controlar fácilmente, porque dependerá de cada caso concreto y de los procedimientos que para ponderar los principios realice el aplicador.

Carlos BERNAL PULIDO^[167] señala como objeciones a la aplicación del principio de proporcionalidad las siguientes:

§ El principio de proporcionalidad como un criterio irracional y subjetivo, pues este principio es un argumento formal, vacío, sólo una metáfora carente de todo punto de referencia objetivo, un tópico ininteligible, que gracias a su fuerza persuasiva ostenta una gran capacidad para enmascarar las valoraciones subjetivas e irracionales del Tribunal que no pueden ser explicadas ni controladas mediante criterios jurídicos.

§ La falta de puntos de referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, un punto de apoyo semejante sólo podía consistir en un orden jerárquico de los diversos derechos y sus contenidos, a partir del cual se pudiese establecer en cada caso concreto, qué derecho debe prevalecer sobre los demás.

§ La falta de claridad conceptual del principio de proporcionalidad, ya

que expresiones como: razonable, idóneo, importante, proporcionado, adecuado, necesario o indispensable no están dotadas de un sentido depurado en el uso común y por lo tanto dan lugar a confusiones cuando se utilizan como criterios decisivos para optar por una u otra solución en casos concretos.

§ El argumento de la inconmensurabilidad, esto es, no se puede medir lo que no es susceptible de ser medido, pues el examen de proporcionalidad en sentido estricto no dispone de un rasero común para establecer si el menoscabo de un derecho fundamental se compensa por las ventajas que ofrece la medida restrictiva.

§ Las dificultades para identificar los derechos y bienes objeto de la ponderación, es decir, cuáles son los derechos o bienes que ostentan la capacidad de producir un conflicto constitucional que deba ser resuelto mediante la aplicación del principio de proporcionalidad; y esta dificultad se dirige en primer lugar a determinar cuáles son las disposiciones de derecho fundamental que aparecen en la Constitución; en segundo lugar, es necesario especificar qué tipo de disposiciones legislativas dan lugar a la aplicación del principio de proporcionalidad; en tercer lugar se dificulta definir cuáles son los bienes y derechos capaces de justificar las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales y que por lo tanto deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Frente a estas críticas han salido en defensa del principio de proporcionalidad o método de la ponderación ALEXY, BERNAL PULIDO y PRIETO SANCHÍS, este último no cree que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío, porque si bien no garantiza una y sólo una respuesta para cada caso práctico, sí nos indica qué es lo que hay que fundamentar para resolver un conflicto entre el derecho y su límite, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación.^[168]

El método de ponderación de Robert ALEXY^[169] permite una mayor racionalidad en la argumentación para dar prioridad a un principio, en lugar del sistema que siguen los Tribunales consistente en una jerarquía axiológica que depende enteramente del arbitrio del intérprete.

A continuación desarrollaremos la argumentación de la ponderación^[170] o también llamado por los tribunales alemanes, españoles y mexicanos

principio de proporcionalidad que a su vez se descompone en los tres subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, pero vamos a realizarlo siguiendo los pasos de Carlos BERNAL PULIDO:^[171]

a) *Adscripción de la posición y uso fundamental prima facie*. En este primer momento se debe determinar si uno de los principios afectados son fundamentales o garantías individuales de nivel constitucional.^[172]

b) *Catalogación de la norma legislativa como una intervención en el derecho fundamental*. Esto consiste en verificar que una ley derivada de un derecho fundamental constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante, es decir, que hay una disposición que pretende restringir o afectar un derecho fundamental, por eso el principio de proporcionalidad funciona como un límite a los límites de los derechos fundamentales.

c) *Análisis de la proporcionalidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental*.

i) *Examen de idoneidad de la intervención*. El subprincipio de idoneidad consiste en determinar si el grado de afectación a un principio, es una medida idónea, es decir, si la intervención tiene un objetivo legítimo y si es idónea para alcanzarlo o por lo menos para favorecer a su intención.

ii) *Examen de necesidad de la intervención*. El subprincipio de necesidad consiste en determinar si los objetivos perseguidos con intervención del principio en el derecho fundamental habrían podido alcanzarse con la adopción de medidas más benignas con el derecho intervenido; se trata de determinar si la autoridad disponía de medidas alternativas por lo menos igualmente idóneas para alcanzar sus propósitos y que además implicarán restricciones menos gravosas que afectaran al principio.

iii) *Examen de proporcionalidad en sentido estricto*. La proporcionalidad en sentido estricto supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen a través de la medida limitadora y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho.^[173] Este subprincipio es probablemente el más importante, pues aquí es donde se pondera propiamente los dos principios que colisionan.

Como puede verse siguiendo estos pasos se alcanza una decisión más

racional porque permite en cada uno de ellos realizar una argumentación a favor de uno de los principios que están en conflicto, lo cual se puede lograr tanto en sede judicial como en sede legislativa; esto es, los legisladores pueden ponderar o realizar el test de proporcionalidad cuando un principio o derecho fundamental pretende afectar a otro principio antes de hacer una reforma o crear una ley y con ello se garantizaría *ex ante* su racionalidad.^[174]

XIII. LA COMUNICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL

1. PRESUPUESTOS DE LA DECISIÓN PARA SU COMUNICACIÓN

A) ELABORAR EL PLAN DE TRABAJO

Antes de comenzar a redactar la sentencia es importante establecer una metodología a fin de poder comunicar adecuadamente la decisión judicial, pues no se puede trabajar sin organización y mucho menos se puede improvisar al momento de elaborar la sentencia, por ello éstas son algunas recomendaciones que pueden servir para comenzar el trabajo que culminará con el dictado de la sentencia.

1. Ordenar, depurar y sistematizar todo el material procesal en razón del fin: decisión del conflicto.

2. Señalar el problema o los nudos problemáticos contenidos en el juicio que se pretende resolver; separar y priorizar problemas de procedimiento y de fondo.

3. Analizar todas las posibles alternativas o soluciones, argumentando a favor y examinar las posibles objeciones.^[175]

4. Fijar y sintetizar la *litis*; y las dificultades que el caso presente.

5. Seleccionar la información y clasificarla en imprescindible, útil e inútil.

B) TRABAJAR CON HIPÓTESIS

Formular hipótesis es importante sobre todo en materia penal a fin de establecer cuál es la versión de los hechos que tiene mayor relación con el material probatorio disponible; por eso es importante establecer una hipótesis para cada solución al caso planteado, privilegiando las hipótesis que más

provecho y respuesta aporten al problema;^[176] y para ello las hipótesis deberán cumplir con las siguientes condiciones:

1. Consistencia, debe estar bien formada, lógicamente consistente y significativa, es decir no vacía de contenido semántico.

2. Fundada, en conocimiento existente que pueden ser normas jurídicas, doctrina o jurisprudencia que respalde la solución.

3. Empíricamente contrastable con los datos que se tengan sobre los hechos.

4. Contrastabilidad inmediata, esto es que se produzca en un lapso temporal muy corto (en la fase del proceso) por razones prácticas.

5. Tener como objeto hechos jurídicamente relevantes a los que el derecho vincule consecuencias jurídicas o que permitan fundar inferencias sobre la ocurrencia de otros hechos a los que se atribuyan efectos jurídicos.^[177]

6. Coherencia narrativa, que consiste en que debe escogerse aquella hipótesis que explica los hechos de una forma más creíble de acuerdo a una máxima de experiencia fundada y acorde con el conocimiento del que disponemos.

7. Simplicidad, son las hipótesis que explican con el menor número de presuposiciones, esto es menos hechos desconocidos.^[178]

Con base en estos requisitos se comparan las hipótesis, por ejemplo las de la defensa con las del ministerio público, y la que reúna más condiciones y que además se encuentre respaldada con las pruebas será la que sirva para llegar a la verdad de los hechos.

2. ELEMENTOS DE LA COMUNICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Los elementos que intervienen en la comunicación son de índole subjetivos y objetivos. En los primeros se encuentran los actores de la comunicación: “el quién” y “el a quién”. En los segundos, el mensaje en sí mismo: el contenido, la forma y el canal de comunicación. Todo con miras a obtener los efectos de ese mensaje, los resultados; en sede judicial es importante que el juez comunique adecuadamente la decisión judicial, pero sobre todo que convenza a las partes de su contenido por medio de argumentos sólidos y bien fundamentados, por lo que deberá tomar en cuenta estos elementos.^[179]

A) DESTINATARIOS

Al momento de comunicar la sentencia el juez debe prever que si bien en un primer momento la sentencia es analizada por los abogados, y que comparten un mismo lenguaje con el juez, posteriormente le hacen llegar la sentencia a sus clientes, los cuales no están familiarizados con los términos jurídicos, por lo tanto el juez deberá pensar en ellos como destinatarios de la resolución y tratará de hacer accesible la comunicación. También la sentencia se dirige a la opinión pública por lo que debe ser comprensible al común de la gente para que entienda, perciba y sobre todo se convenza de la postura asumida por el juzgador que puede ser desde un juez de paz hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación; pero además tomando en cuenta que las sentencias se pueden utilizar con fines didácticos para la enseñanza del derecho, debemos pensar en los alumnos como destinatarios de la comunicación y para ello habrá que hacerles asequibles los medios utilizados en la resolución.

B) EL LENGUAJE

El juez debe tomar en cuenta que si bien las partes se comunican por medio de los abogados, los cuales utilizan el mismo lenguaje que el juez y por lo tanto entienden del significado de palabras muy técnicas en ocasiones utilizando latinismos, sucede que los destinatarios de la comunicación judicial son los particulares que no cuentan ni están familiarizados con este tipo de lenguaje y que incluso para comprender en ocasiones el texto de la sentencia necesitan de un abogado para que traduzca su significado, por lo tanto, el juez debe de esforzarse por utilizar un lenguaje que sea comprensible tanto para juristas como para legos y por lo tanto evitar latinazgos, frases muy elaboradas y rimbombantes que en ocasiones se emplean para tratar de evidenciar erudición. Sobre todo si tomamos en cuenta el aspecto argumentativo de la sentencia a fin de lograr la persuasión se debe utilizar un lenguaje claro y sencillo en la presentación de los argumentos.^[180]

C) EL TEXTO DE LA SENTENCIA

1) *Recomendaciones de forma*

a) El juez al momento de redactar la sentencia deberá usar un lenguaje

claro, comprensible, asequible y específico.^[181]

b) Utilizar un formato amigable, elocuente y consistente. Usar rubros o títulos.

c) Redactar párrafos claros, concisos y coherentes que contengan un argumento por cada párrafo.^[182]

d) Usar adecuadamente los conectores o marcas argumentativas de cierre, de inicio, de refuerzo, de evidencia, de refutación, etcétera.

e) Evitar el uso abusivo del gerundio porque constituye una forma no personal del verbo, que por lo tanto, no designa a su propio sujeto.^[183]

2) *Recomendaciones de fondo*

a) Debido a que la sentencia es un texto como tal deberá contener: *i)* el tema, que consiste en aquello sobre lo que se está afirmando en un texto, que en la sentencia será aquello sobre lo que habrá que decidir el juez; *ii)* el rema del texto, viene a ser la información más relevante y que tiene la mayor carga semántica; y que en una sentencia viene a ser la postura asumida por el juez; *iii)* el nudo es la parte problemática del texto, que en la sentencia serán las posiciones encontradas de las partes sobre lo que hay controversia o las cuestiones que se habrán de resolver; *iv)* el desenlace consiste en la solución al caso planteado, es la explicación que hace el juez de su postura.^[184]

b) Desarrollar completamente los argumentos de uno en uno, cumpliendo con ello con el requisito de saturación que consiste que en el caso de argumentos incompletos derivados también de una incompleta interpretación, ya sea semántica, genética o sobre la voluntad del legislador, en tal supuesto es necesario completarlo con otros enunciados los que sirven para fundamentar la validez de dichos enunciados;^[185] de tal manera que sea un argumento por cada párrafo y que permita identificar cada uno de los argumentos o los subargumentos que apoyan a los primeros.^[186]

c) Construir premisas tanto fácticas como jurídicas, es decir aquellas que se refieren a los hechos y que están respaldadas con las pruebas, como aquellas que se refieren al derecho y están fundamentadas en normas, principios y jurisprudencia.

d) Utilizar líneas argumentativas entendidas como conjuntos parciales de argumentos dirigidos a defender o combatir una tesis o una conclusión (bien

tenga carácter intermedio o final) y así un primer argumento forma una línea con varios argumentos dirigidos a probar una pretensión.^[187]

e) Usar argumentos respaldados en el derecho (normas, principios, doctrina, jurisprudencia, tratados internacionales), pero sobre todo persuasivos, para lo cual se tomará en cuenta a quién se dirijan, compartan los mismos valores y conceptos jurídicos.

NOTAS

[1] PRIETO SANCHÍS, citado por LEÓN PASTOR, Ricardo, *Introducción al razonamiento jurídico*, Academia de la Magistratura de Lima, Perú, 2005, p. 20.

[2] Citado por ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, 3a. reimp. UNAM, México, 2007, pp. 5-6.

[3] OTERO PARGA, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 160.

[4] ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 285.

[5] COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico, elementos para un modelo*, trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 1999, p. 81.

[6] Citado por VIGO, Rodolfo Luís, *De la ley al derecho*, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 69-70.

[7] VIGO, Rodolfo Luís, *op. cit.*, pp. 69-70.

[8] NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 163.

[9] *Ibidem*, p. 164.

[10] ITURRALDE SESMA, Victoria, *op. cit.*, p. 287.

[11] *Ibidem*, p. 290.

[12] *Idem*.

[13] SUMMERS, Robert, *op. cit.*, p. 127.

[14] ITURRALDE SESMA, Victoria, *op. cit.*, p. 290.

[15] SUMMERS, Robert, *op. cit.*, p. 127.

[16] ITURRALDE SESMA, Victoria, *op. cit.*, p. 292.

[17] *Ibidem*, p. 295.

[18] SUMMERS, Robert, *La naturaleza formal del derecho*, trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 2001, p. 126; *vid* también CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2005, p. 24; también ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2007, epílogo.

[19] *Ibidem*, p. 127.

[20] *Idem*.

[21] *Idem*.

[22] *Idem*.

[23] ITURRALDE SESMA, Victoria, *op. cit.*, p. 267.

[24] *Ibidem*, p. 272.

[25] GASCÓN ABELLÁN, Marina, y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 148.

- [26] NOVAK, Marko, *The Argument from Psychological Typology for a Mild Separation Between the Context of Discovery and the Context of Justification*, en FETERIS Eveline, DAHLMAN, Christian, *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, Springer, London, 2012, p. 160.
- [27] El término racional que usa WRÓBLEWSKY significa que una proposición, una norma o una valoración es justificable mediante una argumentación apropiada, *op. cit.*, p. 46.
- [28] WRÓBLEWSKY, Jerzy, “Justificación de las decisiones jurídicas”, en *Sentido y hecho en el derecho*, trad. Francisco Javier Esquiaga Ganusas, Fontamara, México, 2003, p. 46.
- [29] MORESO MATEOS, Joseph Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2006, p. 122.
- [30] TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo, ensayos sobre la casación civil*, trads. Juan J. Monroy Palacios, J. y MONROY GÁLVEZ, Juan F., Palestra Editores, Lima, 2006, p. 208.
- [31] WRÓBLEWSKY, Jerzy, *op. cit.*, p. 46.
- [32] MORESO MATEOS, Joseph Joan, *op. cit.*, p. 123.
- [33] TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo, ensayos sobre la casación civil...*, *op. cit.*, p. 208.
- [34] ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 222.
- [35] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Carpintería de la sentencia penal (en materia de ‘hechos’)”, en *Los hechos en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005, p. 126.
- [36] HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., Editorial Abeledo-Perrot, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 2004. p. 155.
- [37] MORESO MATEOS, Joseph Joan, *op. cit.*, p. 164.
- [38] GHIRALDI, Olsen A. (dir.), *El razonamiento judicial*, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2001, p. 31.
- [39] HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 156.
- [40] DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 5a. reimp., Trad. GUSTAVINO, Marta, Editorial Ariel, Barcelona, 2002, p. 146.
- [41] MORESO MATEOS, Joseph Joan, *op. cit.*, p. 164.
- [42] GHIRALDI, Olsen A. (dir.), *op. cit.*, p. 33.
- [43] ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2a. ed., trad Manuel Atienza, e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007. p. 216.
- [44] ATIENZA, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos”, en *Isonomía*, No. 6, Fontamar México, 1997, p. 14.
- [45] GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Tópica, derecho y método jurídico”, *Doxa*, , No. 4, Alicante, 1987.
- [46] MIXAN MASS, Florencio, *Cfr.*, la voz “Motivación de las resoluciones judiciales”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice t. VI, Driskill, Buenos Aires, 1992, p. 288.
- [47] CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, *Enciclopedia jurídica mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Editorial Porrúa, T. VIII, México, 2002, p. 57.
- [48] ANDRUET, Armando S., *Teoría general de la argumentación forense*, Alveroni Ediciones, Argentina, 2003, p. 240.
- [49] PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 565.
- [50] PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez-Picazo, Editorial Civitas, Madrid, 1979, p. 202.
- [51] PRIETO SANCHÍS, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 240.
- [52] *Cfr.* el rubro: *Fundamentación y motivación, concepto de*, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, XIV, Noviembre de 1994, p. 450.
- [53] OTERO PARGA, Milagros, *op. cit.*, p. 112.
- [54] COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, Fontamara, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, 2007, p. 93.

- [55] OTERO PARGA, Milagros, *op. cit.*, p. 115.
- [56] NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial...*, *op. cit.*, p. 154.
- [57] OTERO PARGA, Milagros, *op. cit.*, p. 116.
- [58] AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 57.
- [59] ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia, una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 31.
- [60] OTERO PARGA, Milagros, *op. cit.*, p. 112.
- [61] ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia...*, *op. cit.*, p. 31.
- [62] BODAS, Martín Ricardo, “Las garantías éticas del proceso”, en *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 381.
- [63] *Vid.* MARINA GASCÓN, *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, Daniel GONZÁLEZ LAGIER, *La quaestio facti, ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Editorial Palestra, Lima, 2004.
- [64] MIXAN MASS, Florencio, *Cfr.* la voz “Motivación de las resoluciones judiciales”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice t. VI, Driskill, Buenos Aires, 1992, p. 290.
- [65] TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2a. ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 436.
- [66] ITURRALDE SESMA, Victoria, *op. cit.*, p. 277.
- [67] DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Editorial Dikynson, Madrid, 2005, p. 31.
- [68] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 98.
- [69] DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho...*, *op. cit.*, p. 85.
- [70] BENEYTES MERINO, Luís, “Deontología de la decisión judicial”, en DE URBANO CASTRILLO, Eduardo (dir.), *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 341.
- [71] DE ASÍS, Rafael, *op. cit.*, p. 31.
- [72] *Ibidem*, p. 100.
- [73] *Ibidem*, p. 32.
- [74] DE ASÍS, Rafael, *op. cit.*, p. 140.
- [75] DE ASÍS ROIG, Rafael, *El razonamiento judicial*, Ara Editores, Perú, 2007, p. 166.
- [76] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *op. cit.*, p. 96.
- [77] CASTILLO ALVA, José Luís, LUJÁN TÚPEZ, Manuel, Y ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger, *Razonamiento judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara Editores, Perú, 2006., p. 449.
- [78] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *op. cit.*, p. 100.
- [79] *Ibidem*, p. 97.
- [80] CASTILLO ALVA, José Luís, *et. al.*, *op. cit.*, p. 464.
- [81] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *op. cit.*, p. 100.
- [82] GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La prueba judicial: valoración racional y motivación”, en CARBONELL, Miguel, *Jueces y derecho, problemas contemporáneos*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 314.
- [83] TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos...*, *op. cit.*, p. 436.
- [84] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEXYS, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, III-UNAM, México, 2006, p. 37.
- [85] *Ibidem*, p. 40.
- [86] COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico, elementos para un modelo*, Trad. LARRAÑAGA, Pablo, Fontamara, México, 1999, p. 93.
- [87] GASCÓN ABELLÁN, Marina, *op. cit.*, p. 207.

- [88] GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*, 2a. ed., Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 200.
- [89] *Ibidem*, p. 201.
- [90] ITURRALDE SESMA, Victoria, *op. cit.*, p. 334.
- [91] GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho...*, *op. cit.*, p. 421.
- [92] TARUFFO citado por RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, “Argumentación fáctica. Los enunciados declarativos de hechos probados”, en PUY MUÑOZ, Francisco y GUILLERMO PORTELA, Jorge, *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, metodo y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2004, pp. 380-381.
- [93] GASCÓN ABELLÁN, Marina, “*La prueba judicial: valoración racional y motivación*”, *op. cit.*, p. 310.
- [94] *Ibidem*, p. 318.
- [95] *Ibidem*, p. 318.
- [96] NIETO, Alejandro, *op. cit.*, p. 182.
- [97] KLUG, ULRICH, *Lógica Jurídica*, Trad. J. C. GARDELLA, 4a. ed., Editorial Temis, Bogota-Colombia, 2004, p. 204.
- [98] COPI, IRVING M. Y COHEN, CARL, *Introducción a la lógica*, 6a. Reimp., Editorial Limusa, México, 2002, p. 367.
- [99] GARCÍA RESTREPO, LUÍS E., *Elementos de lógica para el derecho*, 2a. ed., Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2003, p. 110.
- [100] GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *La lógica del raciocinio jurídico*, 3a. ed., Distribuciones Fontamara, México, 1999, p. 104.
- [101] GARCÍA RESTREPO, Luis E., *op. cit.*, p. 111.
- [102] GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, 7a. ed., Colofón, México, 2000, p. 130.
- [103] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, FERRER BELTRAN, Jordi, GASCÓN ABELLÁN, Marina, TARUFFO, Michelle, *Estudios sobre la prueba*, Distribuciones Fontamara, México, 2008, p. 163.
- [104] HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Conocimiento Científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?”, en CIENFUEGOS SALGADO, David Coord., *La prueba, Estudios sobre derecho probatorio*, Editora Laguna, México, 2009, p. 247.
- [105] NIEVA FENOLL, JORDI, *La valoración de la prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 295-296.
- [106] STEIN, FREDERICH, *El conocimiento privado del juez*, 2a. ed., Trad de la oliva santos, Andrés, Editorial Temis, Bogotá, 1999.
- [107] COUTURE. Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, 6a. ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 236.
- [108] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Los hechos en la sentencia penal*, Distribuciones Fontamara, México, 2005, p. 80.
- [109] GONZÁLES LAGIER, Daniel, *Quaestio facti, ensayos sobre prueba causalidad y acción*, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 61.
- [110] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *op. cit.*, p. 162.
- [111] TARUFFO, Michele, *Páginas sobre justicia civil*, Trad. Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 446.
- [112] TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 449.
- [113] TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 450.
- [114] *Idem*, p. 450.
- [115] PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 18a. ed., Librería Ediciones del Profesional ltda, Bogotá, 2011.
- [116] TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad, el juez y la construcción de los hechos*, Trad.

- DANIELA ACCANTINO SCAGLIOTTI, MARCIAL PONS, Madrid, 2010, p. 75
- [117] TARUFFO, Michele, *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, p. 122.
- [118] FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trad. Marina Gascón Abellán, Editorial Trota, Madrid, 2008, p. 198.
- [119] MAIER, Julio B.J., *El proceso penal contemporáneo, antología*, Palestra Editores, Lima, 2008, p. 27.
- [120] *Ibidem*.
- [121] VEGA REÑON, Luis, OLMOS GÓMEZ, Paula, *Compendio de lógica, Argumentación y Retórica*, Editorial Trota, Madrid, 2011, p. 226, también del mismo autor “Entimemas”, Revista DOXA, no. 27, Departamento de Filosofía de Derecho, Universidad de Alicante, Madrid, 2004, p. 283.
- [122] FERNÁNDEZ, Raúl Eduardo, “Control de logicidad” en GHIRALDI, Olsen A., (dir.), *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 1999, p. 127.
- [123] ITURRALDE SESMA, Victoria, *op. cit.*, p. 286.
- [124] *Ibidem*, p. 287.
- [125] NIETO, Alejandro, *op. cit.*, p. 283.
- [126] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *op. cit.*, p. 207.
- [127] ITURRALDE SESMA, Victoria, *op. cit.*, p. 288.
- [128] CASTILLO ALVA, José Luís, *et. al.*, *op. cit.*, p. 490.
- [129] *Ibidem*, p. 492.
- [130] CASTILLO ALVA, José Luis, *et al.*, *op. cit.*, p. 448.
- [131] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *op. cit.*, p. 204.
- [132] *Ibidem*, pp. 204-205.
- [133] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *op. cit.*, p. 207.
- [134] *Cfr.*, el rubro: *Fundamentación y motivación diferencias entre la falta y la indebida satisfacción de ambos requisitos constitucionales trasciende al orden en que deben estudiarse los conceptos de violación y a los efectos del fallo protector*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXIII, febrero, 2006, p. 1817.
- [135] TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo...*, *op. cit.*, p. 210.
- [136] *Cfr.*, la tesis de jurisprudencia 1.6º c.J/52, con el rubro: *Fundamentación y motivación. Su distinción entre su falta y cuando es indebida*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Tercera Parte, enero de 2007, p. 2127.
- [137] NIETO, Alejandro, *op. cit.*, p. 286.
- [138] *Enciclopedia jurídica Omeba*, Versión Electrónica, 2007.
- [139] CATENACCI, Imerio Jorge, *Introducción al derecho, teoría general, argumentación, razonamiento jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 322.
- [140] MINA PAZ, Álvaro, “Reflexiones preliminares y lineamiento metodológico para la meta-comprensión de la teoría de la argumentación”, en LEÓN PASTOR, Ricardo, *Introducción al razonamiento jurídico*, Academia de la Magistratura de Lima, Perú, 2005.
- [141] El análisis se realizó en 82 decisiones de cuatro juzgados penales del Distrito Federal, PÁSARA, Luís, *Cómo sentencian los jueces del distrito federal en materia penal*, UNAM, México, 2006, p. 20.
- [142] ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 90.
- [143] Citado por MORESO, José Juan, “Guastini sobre la ponderación”, en *Isonomia*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, No. 17, octubre 2002, México, p. 231.
- [144] GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. y GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Palestra Editores, Lima, 2005, p. 306.
- [145] ALEXY, Robert, “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, en *Isonomia* N. 1, trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, ITAM, México, 1994, p. 46.

- [146] LOPERA MESA, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, en *Doxa*, No. 27, Alicante, 2004, p. 214.
- [147] ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge Malem Seña, 2a. ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 205.
- [148] MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 240.
- [149] ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, p. 205.
- [150] ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 41.
- [151] CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2005, p. 143.
- [152] SANCHÉZ GIL, Rúben, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México, 2007, p. 45.
- [153] De acuerdo al cual una situación es eficiente cuando no puede operarse ningún cambio posible que mejore la posición de alguien sin desmejorar la posición de otro, ALEXY Robert, *op. cit.*, p. 41.
- [154] ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, p. 206.
- [155] PRIETO SANCHÍS, Luís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002, p. 61.
- [156] ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 169.
- [157] ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 102.
- [158] ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, trad. Pablo Larrañaga, Pablo, Fontamara, México, 2005, p. 61.
- [159] PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel, edit, *Neoconstitucionalismo (s)*, Editorial Trota-UNAM, Madrid, 2003, p. 150.
- [160] PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial...*, *op. cit.*, p. 137.
- [161] ATIENZA, Manuel, *op. cit.*, p. 170.
- [162] BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, No. 26, Alicante, 2003, p. 227.
- [163] ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 49.
- [164] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, trad. René González de la Vega, UNAM, México, p. 5.
- [165] ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Trad. René González de la Vega, UNAM, México, p. 6.
- [166] ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 478.
- [167] BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 161.
- [168] PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002, p. 72.
- [169] ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, trad. René González de la Vega, Fontamara, México, 2005, p. 93.
- [170] GALINDO SIFUENTES, Ernesto, “Un caso de ponderación judicial”, en *Revista Reforma Judicial*, No. 10, IJ-UNAM, México, julio-diciembre 2007, p. 111.
- [171] BERNAL PULIDO, Carlos, *op. cit.*, p. 148.
- [172] *Ibidem*, p. 131.
- [173] PRIETO SANCHÍS, Luis, *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, curso de postgrado “Constitucionalismo y democracia, nuevos paradigmas de la teoría del derecho”, Universidad de

Castilla La Mancha, Toledo, 2002.

[174] GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *op. cit.*

[175] LEÓN PASTOR, Ricardo, *Introducción al razonamiento jurídico*, Academia de la Magistratura de Perú, Lima, 2005, p. 65.

[176] WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. Jorge Malem Seña, 7a. ed., Editorial Ariel, Barcelona, enero, 2002. p. 98.

[177] FERRER BELTRAN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 130.

[178] GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Argumentación y prueba judicial”, en FERRER BELTRÁN, Jordi, GASCÓN ABELLÁN, Marina, *et. al., Estudios sobre la prueba*, IIJ-UNAM, México, 2006, p. 126.

[179] BERNAL ACEVEDO, Gloria Lucía, *Manual de iniciación al sistema acusatorio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2005, p. 170.

[180] WESTON, Anthony, *op. cit.*, p. 112.

[181] LEÓN PASTOR, Ricardo, *op. cit.*, p. 65.

[182] ORDUÑA SOSA, Héctor, *Redacción judicial*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007, p. 184.

[183] ANDRÉZ IBÁÑEZ, Perfecto, “Carpintería de la sentencia penal (en materia de ‘hechos’)” en *Los hechos en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005. p. 35.

[184] PARDO, María Laura, “El texto judicial como texto argumentativo”, en CARRASCO FERNÁNDEZ, Felipe Miguel (comp), *Argumentación jurídica, Estudios en torno a...*, T. II., Popocatepetl Ediciones, Puebla, 2006, p. 880.

[185] ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 229.

[186] ORDUÑA SOSA, Héctor, *op. cit.*, p. 268.

[187] ATIENZA, Manuel, *Bioética, derecho y argumentación...*, p. 16.

CAPÍTULO SEXTO

ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

SUMARIO: I. La interpretación jurídica, II. Tipos de interpretación, III. Teorías de la interpretación, IV. Argumentación y discrecionalidad judicial, V. Problemas de interpretación, VI. Métodos interpretativos, VII. Argumentos interpretativos

I. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. DEFINICIÓN

Para Francesco VIOLA la interpretación se define como la actividad que capta y atribuye significados a partir de determinados signos. Signos que pueden ser de la más diversa naturaleza: pueden estar constituidos por textos escritos, por palabras, por discursos, por enunciados en determinadas circunstancias o también pueden estar representados por comportamientos.^[1]

Para Ricardo GUASTINI interpretar un hecho significa incluir ese hecho dentro de una cierta clase de hechos, o bien subsumirlo en una norma, o incluso, calificarlo bajo el esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica (por ejemplo, la sanción) que esa norma prevé.

Para GUASTINI la interpretación en sentido estricto significa decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa.^[2]

Por lo tanto interpretación es aquel conjunto de operaciones dirigidas a determinar el significado de los enunciados lingüísticos contenidos en los textos jurídicos.

El concepto interpretación sufre la ambigüedad proceso-producto, por lo que en un primer sentido interpretar se hace referencia a la actividad de decidir, proponer, descubrir el significado a un objeto, y en un segundo sentido que se refiere al resultado o producto de dicha actividad.^[3]

2. RELACIONES EN LA INTERPRETACIÓN CON ARGUMENTACIÓN

Toda interpretación requiere una dosis de argumentación, debido a que el intérprete ejerce discrecionalmente esa facultad necesita dar razones de por qué elige esa interpretación y no otra, es decir, si al interpretar puede elegir entre dos o más significados deberá convencer por qué su resultado es el más adecuado para los fines del caso.

El discurso jurídico es tanto interpretativo como argumentativo, pues si la argumentación tiene una función de justificación y la interpretación supone atribuir un significado a una norma, entonces habrá que justificar por qué se da esa interpretación y no otra; esto es, hay que aportar argumentos para poder interpretar.^[4]

Por ello la interpretación y argumentación están íntimamente relacionadas, y toda interpretación significará expresar con argumentos las razones que tuvo en cuenta el intérprete para explicar o atribuir el contenido normativo al que arribó.^[5]

3. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN

El juez cuando se enfrenta a un caso difícil o trágico y que tiene que realizar una actividad interpretativa para resolver, por ejemplo, un problema de laguna o de vaguedad, al momento de efectuar la interpretación distingue:

a) El enunciado a interpretar, que sería la norma proveniente del sistema jurídico que presenta una dificultad como una laguna o antinomia.

b) El enunciado interpretativo, que es la argumentación mediante la cual el intérprete resuelve el problema de interpretación y para ello utiliza diferentes técnicas que le permitirán llegar a la solución más adecuada al caso.

b) El enunciado interpretado,^[6] es el resultado de la interpretación y es la manera correcta de cómo habrá de interpretarse la norma después de haber realizado el proceso de interpretación.

II. TIPOS DE INTERPRETACIÓN

1. INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

Es la interpretación que realiza el mismo órgano o autoridad que dio existencia a la norma jurídica (el legislador) o el acto objeto de interpretación, por medio de un nuevo acto, que aclara con efecto retroactivo el sentido del acto originario interpretado.^[7]

A) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN

Generalmente quien realiza la interpretación de las normas son los jueces o tribunales, sin embargo constitucionalmente esta facultad está conferida al Congreso por conducto de los legisladores como se aprecia en la siguiente disposición constitucional.

Art. 72...

f) En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

2. INTERPRETACIÓN OFICIAL

Es la realizada por una autoridad u órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones institucionales, por ejemplo las circulares interpretativas que la administración dirige a los funcionarios.^[8]

3. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Es la que realizan los juristas en la ciencia jurídica en general y en la dogmática en particular y también se llama interpretación científica, por medio de obras especializadas elaboradas con fines netamente teóricos.^[9]

Es la que hacen los juristas particularmente los profesores de derecho en obras académicas, y muchas veces sus propuestas ejercen influencia sobre las orientaciones jurisprudenciales de los tribunales.^[10]

4. INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Es la que efectúan los jueces cumpliendo con la misión que les corresponde.^[11]

Es una interpretación orientada a buscar la solución para un caso concreto: el objetivo que la mueve es decidir si el caso en cuestión entra o no en el campo de aplicación de la disposición normativa interpretada.^[12]

Para HABERMAS la hermenéutica propone un modelo procesal de interpretación, comienza con una precomprensión de marcado carácter evaluativo que establece entre norma y estado de cosas, una relación previa y abre el horizonte para el establecimiento de ulteriores relaciones.^[13]

En las operaciones electivas ajenas a la práctica de las decisiones judiciales se hacen valer determinantes extrajurídicos, que sólo pueden aclararse mediante análisis empíricos. Estos factores externos explican cómo los jueces rellenan el ancho espacio de discrecionalidad de sus decisiones; y permiten *pronosticar* las decisiones judiciales en términos históricos, psicológicos o sociológicos.^[14]

De ahí que la interpretación positivista de la práctica de las decisiones judiciales venga a tener por consecuencia que la garantía de seguridad jurídica deje en un segundo plano a la garantía de racionalidad o rectitud normativa.^[15]

Los jueces seleccionan principios y objetivos y construyen a partir de ellos sus propias teorías personales con las que poder racionalizar sus decisiones, ‘racionalizarlas’, es decir, tratar de ocultar los prejuicios con los que compensan la indeterminación objetiva del derecho.^[16]

III. TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN

1. TEORÍA OBJETIVISTA O COGNOSCITIVISTA

§ Esta teoría sostiene que los enunciados interpretativos son susceptibles de verdad o falsedad, ya que son descripciones del mundo o realidad jurídica. En consecuencia, sólo puede haber una interpretación correcta.^[17]

§ La teoría cognoscitivista o más bien formalística sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo.

§ Interpretar es verificar el significado objetivo de los textos normativos.

- § Interpretar es descubrir el significado objetivo o subjetivo preexistente
- § Para esta teoría el sistema jurídico es completo y coherente y por lo tanto carece de lagunas y antinomias.
- § No hay lugar para la discrecionalidad judicial pues las decisiones de los jueces están determinadas por normas preexistentes.
- § Se basa en el principio de sujeción del juez a la ley (principio de legalidad).
- § Está difundida en la dogmática iuspositivista del siglo XIX.^[18]

2. TEORÍA SUBJETIVISTA O ESCÉPTICA

- § Para esta teoría los enunciados interpretativos no son nunca susceptibles de verdad o falsedad, y no se puede hablar de interpretación correcta. Los textos normativos son radicalmente determinados y no se puede afirmar que una interpretación sea mejor que otra.^[19]
- § La teoría escéptica de la interpretación sostiene que la interpretación es una actividad no de conocimiento, sino de valoración y de decisión.
- § Esta teoría se funda en que no existe el significado propio de las palabras, pues toda palabra puede tener el significado que le dé el emisor o el que la usa y la coincidencia entre uno y otros no está garantizada.
- § Depende de posturas valorativas del intérprete.
- § Las normas jurídicas no preexisten a la interpretación sino que son su resultado.
- § Frente a una laguna o antinomia los jueces crean derecho.
- § Es sostenida por el realismo jurídico (americano, escandinavo, italiano).
- § El intérprete puede argumentar de modo convincente según los modelos de racionalidad acogidos en su ambiente cultural.^[20]

3. TEORÍA INTERMEDIA

- § Esta teoría sostiene que los textos normativos están sólo parcialmente indeterminados, de manera que en los casos en que el significado esté

determinado habrá una única respuesta correcta, pero en los casos de indeterminación, que puede ser provocada por la vaguedad de los términos genéricos o por problemas de los sistemas jurídicos, tales como las antinomias o las lagunas normativas; no se puede hablar de una única respuesta correcta, sino que existe un margen de discrecionalidad. Los supuestos en que el derecho está determinado son casos claros, y los supuestos en que no está determinado son casos difíciles.^[21]

§ Esta teoría sostiene que la interpretación a veces es actividad de conocimiento y a veces de decisión discrecional.

§ Esta postura subraya la irreductible textura abierta (vaguedad) de los textos normativos que son generalmente formulados en lenguaje natural por medio de términos clasificatorios generales.

§ En el texto normativo hay un núcleo luminoso y una indefinida zona de penumbra, en la que el juez ejerce discrecionalidad cuando aplica una norma a un caso de penumbra, por ejemplo cuando las normas contienen adjetivos como adecuado, suficiente, razonable en los que su significado depende totalmente del intérprete.

§ Esta teoría sostiene que es falso que los jueces decidan sin márgenes de discrecionalidad, pero también es falso que los jueces siempre decidan discrecionalmente.

§ Distingue entre adscribir y describir un significado a un texto, lo primero consiste en decidir el significado en un caso de zona de penumbra, y lo segundo consiste en descubrir el significado de un texto cuando resuelve un caso en la zona clara o un caso fácil que no requiera de interpretación.^[22]

4. TEORÍA CONSTRUCTIVISTA DE DWORKIN

De acuerdo a esta teoría, interpretar, en el contexto de una práctica social como el derecho, consiste en mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva.^[23]

Según DWORKIN en toda interpretación se distinguen las siguientes etapas:

Primera etapa: preinterpretativa

Se distingue el objeto a interpretar.

Segunda etapa: interpretativa

El intérprete establece una justificación para su decisión sobre la práctica en cuestión.

Tercera etapa: postinterpretativa

O reformadora en la que el intérprete ajusta su concepción para adecuarse mejor a la justificación desarrollada en la etapa interpretativa.

Pasos para la interpretación según Ronald DWORKIN

- a) Hacer una lista de interpretaciones posibles.
- b) Confrontar las interpretaciones con la jurisprudencia y la legislación y eliminar la que ya haya sido resuelta.
- c) Detectar dentro de las interpretaciones cuál descansa en una directriz política o en argumento de principio, y eliminar los argumentos de directriz política.
- d) Analizar las interpretaciones a la luz de las prácticas jurídicas arraigadas.
- e) Elegir la interpretación que se ajuste mejor a la noción del derecho como integridad histórica y desarrollar del derecho en un sistema determinado.
- f) Para elegir la respuesta correcta se debe recurrir a la mejor perspectiva de la comunidad de acuerdo a su moralidad política: la moralidad política es la forma en que la sociedad estima que es correcto organizarle.

5. TEORÍA INTENCIONALISTA

Los intencionalistas sostienen que interpretar consiste básicamente en descubrir los motivos o la intención de un autor (como ocurre cuando, en una conversación, tratamos de entender o interpretar lo que otro nos está diciendo).^[24]

6. TEORÍA DE LA DISCRECIONALIDAD DE HART

§ En los casos difíciles existe un margen de flexibilidad a la regulación de las relaciones sociales, que permite considerar las circunstancias del caso concreto.

§ Cuando existe más de una posibilidad de solución como en los casos de vaguedad o ambigüedad el juez tiene discrecionalidad para escoger una de ellas.

§ La ponderación y el balanceo son características para hacer justicia en medio de intereses en conflicto.

§ Distingue entre núcleo central de significado y zona de penumbra.

De acuerdo con HART los jueces no pueden dictar cualquier solución en un caso difícil, pues tienen dos límites:

1. Aunque exista más de una alternativa de decisión las posibilidades están circunscritas por el texto de normas aplicables o por el de normas y precedentes judiciales que tratan temas similares y no se pueden aplicar soluciones que impliquen violación a principios procesales del sistema jurídico.

2. La existencia de virtudes judiciales como son la imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; la consideración de los intereses de todos los afectados y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión. En todo esto aparece la ponderación y el balanceo.^[25]

7. TEORÍAS HERMENÉUTICAS

De acuerdo con Arthur KAUFFMANN, se entiende por hermenéutica el arte de comprender,^[26] al ser la actividad del intérprete el desentrañar el significado de los conceptos, entonces la hermenéutica es una herramienta útil para ello; el proceso interpretativo inicia con una precomprensión, es decir, conocimientos previos, prejuicios que le permiten al intérprete tener ya una referencia sobre el objeto que pretende interpretar.

Un elemento importante de esta teoría, seguimos a dos de sus principales autores KAUFFMANN, es el círculo hermenéutico, al que define GADAMER como el que describe la comprensión, la interpretación del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete.^[27]

La espiral hermenéutica nos hace regresar al punto de partida, de la

interpretación, pero no aterriza sobre él, sino que conduce a un plano superior, esto es, se aproxima a un objetivo alejado del punto de partida hasta que lo consigue.^[28]

Esta teoría describe muy bien lo que hacen los jueces al momento de interpretar el derecho, porque efectivamente el juez no parte de un conocimiento en cero, sino que ya tiene una noción previa de las instituciones jurídicas que se van reafirmando con la experiencia adquirida, lo que al ser conjugado con los hechos del caso constituyen un nuevo conocimiento de tal suerte que al final se mezclan los prejuicios con los hechos del caso y así se llega a la solución.

IV. ARGUMENTACIÓN Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

1. DEFINICIÓN DE DISCRECIONALIDAD

Para Adrián RENTERÍA es cuando el juez tiene el deber de resolver una controversia y no encuentra, entre las directivas que le proporciona el derecho, indicaciones que le permitan llegar a una única respuesta.^[29]

Para Isabel LIFANTE es concebida como el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el sistema de referencia del que se trate; en nuestro caso, el Derecho.^[30]

Para SEGURA ORTEGA es la libertad, poder o facultad que las normas del sistema otorgan a los jueces —explícita o implícitamente— para elegir entre dos o más situaciones (todas ellas posibles), debiendo siempre justificar las razones de su elección.^[31]

De estas definiciones encontramos como principales elementos de la discrecionalidad, primero la facultad de elección que tiene la autoridad para elegir entre dos o más opciones, y segundo la más importante para efectos de la argumentación, la justificación de la elección en donde juega un papel indispensable la motivación.

2. DIFERENCIAS ENTRE LA DISCRECIONALIDAD Y LA ARBITRARIEDAD

Si bien la discrecionalidad supone una dosis de arbitrio, esto no significa que en la discrecionalidad haya arbitrariedad, pues una decisión arbitraria se caracteriza:

a) Porque la conducta es antijurídica, esto es, contraria a una norma que le impone a la autoridad la obligación de cumplirla.

b) Un acto arbitrario siempre proviene del poder público, y no de los particulares, es decir de una autoridad jurisdiccional, administrativa o ejecutiva.

c) La irregularidad es caprichosa y la voluntad es cambiante ya que depende del total arbitrio de la autoridad, en la que no se justifica porque en algunos casos se pronuncia en un sentido y en otros en el sentido contrario.

d) En una decisión arbitraria siempre va a haber falta de razones que expliquen el por qué de la decisión, es decir, no hay argumentación ni motivación que respalden el sentido de la postura que adopta la autoridad.^[32]

3. ELEMENTOS DE LA DISCRECIONALIDAD

A) FUNDAMENTO NORMATIVO

Puede suceder que la norma habilite al juez para que elija entre varias alternativas la más adecuada para la solución al caso, en ese supuesto se le llama habilitación explícita, pero también puede suceder que la norma no faculte expresamente al juez pero que lo haga indirectamente que se llamará habilitación implícita.

B) LIBERTAD DE ELECCIÓN DE ALTERNATIVAS

La discrecionalidad supone que el juez o el intérprete tengan la posibilidad de elegir entre dos o más posibilidades para resolver un caso concreto o aplicar una norma, y así la facultad puede ser en cuanto a:

§ Libertad de aplicación respecto a las normas.

§ Libertad respecto de la apreciación de los hechos y la valoración de la prueba.

§ Libertad en relación con criterios interpretativos.

C) EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN

Finalmente el elemento más importante de la discrecionalidad para no caer

en arbitrariedad es la motivación, esto es la argumentación que es una manera de controlar también la discrecionalidad, es la forma de evitar que la conducta del juez sea caprichosa y cambiante por lo tanto, es una garantía para proscribir la arbitrariedad, y para ello la motivación debe ser suficiente, es decir, debe realizar y justificar todos los pasos para motivar la resolución.^[33]

4. CLASES DE DISCRECIONALIDAD

§ *Discrecionalidad técnica*, en la que el órgano decidor tendrá que llevar a cabo únicamente juicios acerca de cuál es la mejor manera de optimizar el fin previsto en la norma.^[34]

§ *Discrecionalidad política*, en este caso es el órgano decidor el que debe fijar, en cada ocasión en que ejerce su poder, cuál es el concreto fin a alcanzar, lo que implica llevar a cabo también juicios políticos, en el sentido de que pueden verse legítimamente como la decisión de promocionar los intereses de ciertos grupos sociales.^[35]

§ *Discrecionalidad absoluta*, es aquella en la que al operador jurídico se le deja en completa libertad para que elija entre dos o más cursos de acción, por ejemplo la que se tiene al momento de elegir el juzgador entre los métodos de interpretación.

§ *Discrecionalidad delimitada*, consiste en que el legislador señala en la norma los parámetros dentro de los cuales debe actuar el juez, de tal suerte que el operador actúa dentro de ciertos límites, por ejemplo cuando la norma señala que para imponer una sanción se tomará en cuenta ciertos cuantificadores.

§ *Discrecionalidad intencional*, es aquella en la que el legislador deliberadamente confía en la facultad del juez para que a su arbitrio resuelva o aplique la norma, se presenta cuando en las disposiciones encontramos las expresiones: “podrá”, “a juicio”, entre otras.

5. MODELOS DE DISCRECIONALIDAD

§ *Estructural*, cuando dado un supuesto de hecho la norma no prescribe una consecuencia jurídica y confía al juez la tarea de fijar la regla de su propia actuación.

§ *Textual*, cuando en la disposición normativa comparecen expresiones que remiten directamente al carácter discrecional de la potestad en cuestión, o con mayor frecuencia se usan fórmulas como: podrá, tiene facultad, etcétera.

§ *Estratégico*, cuando las normas señalan fines y objetivos pero no predeterminan los medios para arribar a un fin u objetivo establecido.^[36]

6. FUENTES DE LA DISCRECIONALIDAD

§ Discrecionalidad relativa a la determinación de la validez de la norma aplicable, esta área de discrecionalidad denota un área de valoración judicial inscrita en la actividad de juicio acerca de la validez de la norma que será aplicada en un caso determinado.

§ Discrecionalidad relativa a la decisión interpretativa, ésta es a la que más se han dedicado la mayoría de los autores y que por lo tanto requiere una dosis más amplia de argumentación para poder justificar las elecciones interpretativas.

§ Discrecionalidad relativa a la evidencia de los hechos de la cuestión jurídica, esta facultad de elección depende de lo que las normas determinan sobre los hechos del caso y también de la teoría de la evidencia que se acepte, esto es, de las valoraciones personales del juez en materia epistemológica.

§ Discrecionalidad relativa a la elección de las consecuencias, y así por ejemplo la situación común es cuando las disposiciones jurídicas relativas a una acción específica señalan como sanción una pena o multa prevista dentro de ciertos márgenes, autorizando al juez para escoger entre un mínimo y un máximo.^[37]

7. TEORÍAS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

A) TEORÍAS A FAVOR DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

1) *H. L. A. Hart*

En favor de la discrecionalidad judicial se encuentra principalmente HART,^[38] quien sostiene que en los casos difíciles en los que no se pueda saber el

significado adecuado de un concepto, debido a la textura abierta del derecho, cuando por ejemplo en conceptos como buenas costumbres, buen padre de familia, en los que el juez al aplicar la norma al caso concreto expresa sus significados, y en ese momento ejerce su discrecionalidad a fin de resolver el problema de interpretación que básicamente sería de vaguedad.

Sobre esto HART señala que no es una absoluta discrecionalidad porque los jueces tienen límites a su poder creativo, el primero es que los juzgadores no pueden dictar cualquier solución en un caso difícil, pues aunque exista más de una alternativa, la gama de posibilidades está circunscrita por el texto y las normas aplicables, si es que existen, o por los precedentes judiciales que tratan temas similares; también están descartadas las soluciones que violen principios procesales del sistema jurídico; el segundo límite consiste en la existencia de virtudes judiciales como la imparcialidad y neutralidad a examinar las alternativas, consideración de los intereses de los afectados en cuyos casos aparece la ponderación y el balanceo de los intereses en conflicto.^[39]

2) TIMOTHY ENDICOTT

Debido a que los ordenamientos jurídicos contienen normas vagas, los jueces se mueven en el plano de la discrecionalidad para atribuir un significado a los conceptos, y este autor se pronuncia en favor de la vaguedad, pues señala que el derecho es necesariamente muy vago y su argumento radica en que lo opuesto a la vaguedad sería la concreción de los términos jurídicos, pero este extremo opuesto al de la vaguedad no sería aceptable, porque si el legislador definiera los conceptos jurídicos o los supuestos de aplicación de la norma jurídica, bastaría con que el caso concreto tuviera una característica diferente a esos supuestos para que no se pudiera aplicar al caso concreto; y por lo tanto es necesaria cierta vaguedad para dejar esa facultad al aplicador del derecho para que determine su alcance y contenido.^[40]

B) TEORÍAS EN CONTRA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

1) *Dworkin*

Por su parte Ronald DWORKIN critica la tesis hartiana sobre la discrecionalidad cuando sostiene que es erróneo afirmar que los jueces tienen

poderes discrecionales en los casos difíciles porque no todos tienen su origen en la vaguedad de un término de una regla jurídica, pues las partes en un proceso tienen derecho a obtener una resolución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente.^[41]

DWORKIN sostiene que en los casos de vaguedad o de lagunas el juez debe aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico, estos diferenciados de las reglas que conforman los ordenamientos, pues aquellos al ser más generales vienen a completar el conjunto de normas; por lo tanto la tesis DWORKIN será que los jueces ante los casos difíciles argumentarán de acuerdo a principios.

2) *Ferrajoli*

FERRAJOLI señala que un Estado garantista se debe reducir en la mayor medida posible el arbitrio de los jueces,^[42] para no caer en el abuso de autoridad, puesto que afecto a garantizar un Estado democrático debe existir un derecho determinado con normas claras y precisas que den seguridad a los ciudadanos.

3) *Neil MacCormick*

MACCORMICK distingue entre discreción en sentido débil, que es cuando por alguna razón, las normas que debe aplicar el funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento; y discreción en sentido fuerte, que se refiere a la posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción igualmente válidos y admisibles,^[43] y sostiene que los jueces no tienen discreción fuerte, pues aun en los casos difíciles están obligados a efectivizar los derechos legales existentes.

Este autor más que estar en contra de la discrecionalidad señala que los jueces no pueden ni deben salir de los límites que les fija la gran responsabilidad que el sistema les ha otorgado, por lo tanto, la discrecionalidad judicial es limitada y consiste en decidir lo que está mejor justificado dentro de esos límites.^[44] Criterio que continúa sosteniendo en su última obra.^[45]

8. UN CASO DE DISCRECIONALIDAD EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Los requisitos que establece el artículo 1198 del Código de Comercio se refieren a la relación que deben tener las pruebas con los hechos controvertidos, y cuando señala que las partes expresarán las razones por las que creen que con esas pruebas, demostrarán sus afirmaciones, no es otra cosa que se dé cumplimiento a los principios procesales de pertinencia e idoneidad de las pruebas, entendiendo por el primero como la relación lógica o jurídica y el hecho a comprobar,^[46] mientras que el segundo se refiere a la relación que guardan los hechos a los que hace referencia con el *thema decidendi* y expresa la “capacidad” de la prueba para formar la convicción del juez;^[47] el problema que presenta el segundo de los requisitos es el que deja abierta la puerta a la discrecionalidad al juez para que si “a su juicio” el oferente de la prueba expresa las razones entonces será admitida, pero desafortunadamente para muchos litigantes en ocasiones no pueden adivinar a qué razones se refiere la disposición y sobre todo qué entiende el juez por razones, esto ocasiona que por lo menos una vez por semana la Sala Civil Unitaria del Tribunal Superior de Justicia del Estado tenga conocimiento de todas con relación a este supuesto, y se agudiza si tomamos en cuenta que los asuntos se duplican pues conocen de ello dos Salas y que se multiplican los casos desde 1996 fecha en que se reformó la citada disposición del Código de Comercio; probablemente no sean muchos los casos sobre este tema en relación con los que tiene conocimiento durante el año la Sala, sin embargo, y tomando en cuenta lo difícil que es que un Tribunal conozca varios casos sobre un mismo punto, entonces nuestro problema cobra relevancia.

Después de haber analizado las consecuencias de la aplicación del artículo 1198 del Código de Comercio, podemos hacer las siguientes reflexiones y dirigirlas en tres ámbitos:

En un primer ámbito relativo a la actuación de los litigantes diremos que sería más fácil si conocieran más a fondo los principios procesales entenderían que la finalidad del legislador cuando reformó el Código de Comercio en 1996 fue que el juez sólo admitiera las pruebas que fueran pertinentes e idóneas con la *litis* planteada y así evitar pruebas inútiles e inconducentes que dilatan el proceso, por lo tanto lo que tienen que hacer los litigantes al ofrecer las pruebas es razonarlas de acuerdo a los principios antes mencionados.

En un segundo ámbito relativo a la actuación de los jueces la discrecionalidad que contiene el multireferido artículo, diremos que aunque es demasiado abierta, él pudiera acortarla si se circunscribiera a los principios

procesales de pertinencia e idoneidad, pero sobre todo que explicara y diera argumentos de por qué las pruebas no cumplen con los requisitos antes mencionados, pues en ocasiones sucede que solamente dicen que a su juicio las pruebas ofrecidas no reúnen estos requisitos y no admite las pruebas, dejando así en estado de indefensión a las partes al no saber por qué les fueron rechazadas las pruebas.

El tercer ámbito relativo a los legisladores que desgraciadamente por elaborar disposiciones de textura demasiado abierta dejan un amplio margen de discrecionalidad al juez que en ocasiones se convierte en arbitrariedad, ello debido a que no plasman en los artículos las directivas conforme a las cuales los aplicadores de la norma ejerzan esa discrecionalidad, por lo tanto, sería bueno que dejaran una discrecionalidad dirigida y acotada bajo ciertos parámetros que dieran seguridad jurídica a las partes y no a un amplio arbitrio judicial.

V. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

1. PROBLEMAS DE CONTEXTO LINGÜÍSTICO

Los problemas de interpretación cuando se derivan de un problema del significado de las palabras se dice que afectan al contexto lingüístico y son la ambigüedad y la vaguedad en los que su dificultad no radica tanto en determinar el significado de los conceptos, sino en resolver si el caso encuadra dentro de ese significado, por lo tanto los jueces realizan una labor altamente argumentativa a fin de resolverlo.

A) LA AMBIGÜEDAD

1) *Definición*

Para GUASTINI la ambigüedad es una propiedad no de la referencia sino del sentido mismo de los predicados. Un predicado es ambiguo siempre que la pregunta “¿qué cosa se entiende?” admita una pluralidad de respuestas.^[48]

Para Marina GASCÓN que una expresión sea ambigua significa que puede entenderse de varias maneras o que puede asumir significados distintos sin que el contexto permita aclarar en cuál de ellos es utilizada.^[49]

2) Clases de ambigüedad

a) *Ambigüedad semántica*, se refiere al significado de las palabras. Por usar términos del lenguaje común o científico, pero que pueden adquirir un significado distinto en el contexto jurídico.^[50] Y así por ejemplo en el Código de Comercio hay un problema de ambigüedad semántica con el concepto “*Consignatario*”, en el título sexto de dicho ordenamiento existe la figura de la consignación mercantil en cuyo artículo 393 se hace referencia al consignatario como una de las partes de dicho contrato; por su parte el capítulo primero del título décimo del mismo ordenamiento relativo al contrato de transporte terrestre, en los artículos 577, 595 y 596, hacen referencia también al consignatario como parte de este contrato, el problema consiste en que si hablamos de los derechos y obligaciones del consignatario tendríamos que precisar si nos referimos al del contrato de consignación mercantil o al del contrato de transporte terrestre, pues de lo contrario el concepto es ambiguo porque el Código de Comercio estipula un solo concepto con dos significados diferentes.

b) *Ambigüedad sintáctica*, se refiere a la estructura lógica de los enunciados. Es por la manera en que las palabras se relacionan entre sí,^[51] por ejemplo: “Los hombres y las mujeres que hayan cumplido 60 años pueden pedir una pensión”.

c) *Ambigüedad pragmática*, se refiere a los actos del lenguaje. Se trata de las diferentes connotaciones que puede adquirir una expresión atendiendo al contexto o al fin.^[52] Por ejemplo la expresión: “Llegaré a las ocho” puede significar que llegaré puntualmente a las ocho o que llegaré alrededor de las ocho, que puede ser minutos antes o minutos después.

B) PROBLEMAS DE VAGUEDAD

1) Definición

Para GUASTINI la vaguedad es una propiedad de la referencia de los predicados. Un predicado es vago siempre que la pregunta “¿a qué cosa se refiere?” admita una respuesta dudosa.

Según MORESO decimos que el significado de una expresión lingüística *E* es vago si, y sólo si, en algunos casos se plantea el problema de si un determinado objeto pertenece a la referencia de *E* o no.^[53]

De acuerdo con CÁCERES NIETO una expresión está afectada de vaguedad,

cuando no existe un conjunto identificado de propiedades definitorias que nos permita determinar con exactitud en qué condiciones podemos referirnos con ella correctamente a algo del mundo y en qué casos no.^[54]

Para PRIETO SANCHÍS la vaguedad implica una falta de precisión de significados para un mismo término, de manera que en presencia de un determinado concepto podemos delimitar los casos claramente excluidos e incluidos en el mismo, pero entre ambas esferas se mantendrá también una mayor o menor zona de penumbra donde es dudoso si resulta o no predicable.^[55]

2) Clases de vaguedad

§ *Descriptiva*, se refiere a la delimitación, relación o representación de una persona o cosa, refiriendo o explicando sin precisión alguna de sus partes, por ejemplo: fuerte, alto.

§ *Combinatoria*, resulta de que no siempre la designación de una palabra está constituida por propiedades que sean (cada una de ellas aisladamente consideradas) necesarias para el uso del término, por ejemplo: juego.

§ *Indeterminada*, está constituida por palabras a cuyo respecto es imposible dar la lista completa y cerrada de propiedades suficientes para su uso, por ejemplo: arbitraria.

§ *Valorativa*, se refiere a aspectos cualitativos indeterminados, por ejemplo: bella.^[56]

§ *Por requisito de quórum*, es aquella en la que no es fácil determinar cuándo aplicar o no la palabra a algo, debido a que no sabemos cuáles son las diferentes propiedades que deben estar presentes en el objeto para denotarlo con la expresión; por ejemplo: bella, cuál sería el conjunto de características que debería satisfacer una chica para ser denotada por la palabra bella.^[57]

§ *Por requisito del quantum*, que estriba en la falta de determinación de la intensidad con que una sola propiedad debe estar presente en el objeto; por ejemplo: rápido, alto, a partir de qué velocidad diríamos que un auto es rápido.^[58]

3) Conceptos esencialmente controvertidos

Hay conceptos en los que el problema no radica en determinar su significado sino en que éste es controvertido por los sujetos que se ven en la necesidad de aplicarlo, esto en virtud de su contenido altamente evaluativo y que por lo tanto depende del sujeto que lo interpreta.

Son características de los conceptos esencialmente controvertidos:

- § Son evaluativos,
- § Son complejos,
- § Son argumentativos,
- § Son controvertidos, no vagos,
- § Son funcionales.^[59]

Y así por ejemplo ante la prohibición de imponer en un juicio: “Penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes”, son conceptos esencialmente controvertidos, ¿por qué nos preguntamos si son inhumanos y degradantes para quién?, pues dependerá el sujeto que interprete estos conceptos.

4) Soluciones del derecho a los problemas de vaguedad

Para Timothy ENDICOTT la vaguedad y las dificultades que tiene en la lingüística para resolver problemas como son la paradoja de sorites,^[60] porque como sabemos en la vaguedad el problema no consiste en determinar que es rojo, sino en saber si este elemento encuadra en el significado de rojo y todavía más: hay objetos que definitivamente son rojos y otros que definitivamente no son rojos, pero hay algunos en los que para unos sujetos si es rojo y para otros no es rojo, este problema trasladado al derecho lo encontramos en los conceptos “adecuado” o “suficiente” a propósito de la pensión alimenticia para algunos sujetos el monto que fija el juez como pensión alimenticia no es adecuado para satisfacer las necesidades de los acreedores alimentistas y para otros sí es adecuado, ello debido a que es un concepto evaluativo y subjetivo que depende del intérprete; volviendo con ENDICOTT en el derecho es más fácil resolver los problemas de vaguedad porque para estos casos el juez tiene como herramientas:

- § Reglas de interpretación estrictas, como por ejemplo en materia penal que prohíbe en la analogía para imponer penas.
- § Propósitos de la ley, contenidas en las exposiciones de motivos o en el diario de debates.
- § Principios de protección judicial para determinados sujetos por ejemplo

en materia familiar cuando la ley protege a los menores.
§ La analogía para solucionar los casos de acuerdo a situaciones similares.^[61]

2. PROBLEMAS DEL CONTEXTO SISTÉMICO Y FUNCIONAL

En la interpretación del derecho además de los problemas que afectan al contexto lingüístico hay otros que afectan al sistema jurídico y con ello se rompe la consistencia y coherencia que debe imperar en los ordenamientos y por lo tanto los problemas de antinomias y lagunas fragmentan estas características.

A) PROBLEMAS DE REDUNDANCIA

1) Definición

Existe redundancia en los sistemas jurídicos cuando dos disposiciones distintas, tomadas en su significado más inmediato, significan lo mismo. La redundancia no plantea un problema interpretativo *stricto sensu*, aunque sí puede generar dudas, porque ante un caso de redundancia o bien se puede considerar que el legislador ha reiterado su mensaje, o bien se puede considerar que el legislador no se repite y que la redundancia es aparente;^[62] y así tenemos que la redundancia puede ser porque de alguna institución jurídica el legislador predica algo de ella en dos normas que aunque su contenido no sea exactamente igual se refieran a lo mismo.

2) Casos de redundancia

Existe una redundancia en el Código de Comercio en los artículos siguientes:

1133...

Cuando el magistrado o juez se excuse sin causa legítima, cualquiera de las partes puede acudir en queja ante el órgano competente quien encontrando injustificada la abstención, podrá imponer la sanción que corresponda.

1150: Cuando un juez o magistrado se excuse sin causa legítima o exprese con precisión la misma, cualquiera de las partes puede acudir en queja ante el presidente del tribunal, quien podrá imponer una corrección disciplinaria.

Como puede verse aunque las dos disposiciones no son idénticas se refieren al mismo supuesto que es la excusa sin causa legítima.

Pero también en el mismo ordenamiento existe una redundancia en las siguientes disposiciones en las que su contenido es idéntico:

Artículo 1241. Los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados, presentados en juicio por vía de prueba y no objetados por la parte contraria, se tendrán por admitidos y surtirán sus efectos como si hubieren sido reconocidos expresamente. Puede exigirse el reconocimiento expreso si el que los presenta así lo pidiere; con este objeto se manifestarán los originales a quien deba reconocerlos y se le dejará ver todo el documento, no sólo la firma.

Artículo 1296. Los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados, presentados en juicio por vía de prueba y no objetados por la parte contraria, se tendrán por admitidos y surtirán sus efectos como si hubieren sido reconocidos expresamente. Puede exigirse el reconocimiento expreso si el que los presenta así lo pidiere; con este objeto se manifestarán los originales a quien deba reconocerlos y se le dejará ver todo el documento, no sólo la firma.

Como puede verse las dos disposiciones están redactadas en los mismos términos y el problema de su aplicación consiste en que si el juez se fundara en cualquiera de ellas estaría correcto, pero pensemos el caso en que en un mismo juicio el juez se fundara primero en el artículo 1241 y posteriormente en el 1296, lo cual sería confuso para las partes porque un mismo supuesto no puede fundarse en disposiciones diversas.

B) PROBLEMAS DE ANTINOMIAS

1) *Definición*

Para Ricardo GUASTINI existe una antinomia siempre que dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles, de modo que se dan controversias susceptibles de soluciones conflictivas.^[63]

Para BOBBIO se define la antinomia jurídica como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de validez.^[64]

KELSEN llama conflictos lógicos a los que surgen entre preceptos contradictoriamente opuestos que forman parte de un mismo orden jurídico. Y así señala: nos hallamos en presencia de un conflicto lógico cuando una norma estatuye el contenido “a” y otra del mismo sistema estatuye el contenido “no a”; por ejemplo: “no debes matar nunca” y “debes matar en caso de guerra a los enemigos”.^[65]

GARCÍA MAYNEZ a estos conflictos de disposiciones los llama *intrasistemáticos*, por tratarse de casos de colisión entre normas de un solo sistema, y estos antagonismos pueden darse ya entre normas que proceden de una misma fuente formal, ya entre prescripciones oriundas de fuentes distintas.^[66]

Para Chaïm PERELMAN nos encontramos en presencia de una antinomia, cuando con referencia a un caso concreto, existen en el referido sistema, dos directivas incompatibles a las cuales no es posible ajustarse simultáneamente, bien sea porque impone dos obligaciones en sentido opuesto o porque una prohíbe lo que la otra permite, y no hay por lo tanto medio de conformarse a una sin violar la otra.^[67]

Para PRIETO SANCHÍS la define como la situación en que dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas.^[68]

Para MARTÍNEZ ZORRILLA es toda situación en la que resultan aplicables al menos dos normas que el agente pudiera empíricamente cumplir individualmente, pero que el cumplimiento de alguna de ellas elimina la posibilidad empírica de cumplir las otras.^[69]

De las anteriores definiciones se desprende que estamos en presencia de una antinomia cuando dos normas dentro de un mismo ámbito espacial, temporal y personal confieren consecuencias jurídicas diferentes ya sea porque una prohíba y la otra permita, o bien porque aunque no haya contradicción en cuanto al contenido deóntico de la norma establecen situaciones diferentes para un mismo caso, como veremos más adelante en los ejemplos.

2) *Condiciones para que se dé la antinomia*

Señala Carlos NINO que para que exista una antinomia se debe dar las siguientes condiciones:

- a) Que dos o más normas se refieran al mismo caso;
- b) Que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles.^[70]

Según BOBBIO para que exista una antinomia:

- a) Las dos normas deben pertenecer al mismo ordenamiento;

b) Las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez; se distinguen los siguientes ámbitos de validez: temporal, espacial, personal y material.^[71]

Por su parte para Victoria ITURRALDE es necesario:

a) Que exista incompatibilidad entre operadores deónticos referidos a una misma acción,

b) Que las normas contradictorias pertenezcan a un mismo ordenamiento jurídico y

c) Que tengan un ámbito de aplicación coincidente, dando lugar a una contradicción total o parcial.^[72]

Por otro lado, esta autora opina que no hay antinomia en los siguientes casos:

a) Los enunciados con términos deónticos incompatibles pero referidos a “acciones” diferentes a tenor de la expresión lingüística del enunciado.

b) Enunciados ninguno de los cuales contiene términos deónticos.

c) Enunciados en los que sólo uno contiene un término deóntico.^[73]

Sin embargo, como veremos más adelante, no necesariamente la incompatibilidad, en cuanto a los términos deónticos de un enunciado normativo, conduce a la contradicción, porque puede suceder que dos normas confieran soluciones diferentes a un mismo supuesto independientemente de que prohíban, permitan u obliguen.

3) *Clases de antinomias*

Se debe a Alf Ross la siguiente clasificación de las antinomias:

§ *Total-total*, cuando en ningún caso una de las dos normas puede ser aplicada sin generar conflicto con la otra.

§ *Parcial-parcial*, cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra norma, y un campo de aplicación en el que el conflicto no existe.

§ *Total-parcial*, la primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda, la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en conflicto con la primera.^[74]

Según GUASTINI las antinomias pueden ser:

- § *En abstracto*, siempre que dos normas conecten consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos (o sea, a clases de supuestos de hecho concretos) que se superponen (en todo o en parte) conceptualmente.
- § *En concreto*, cuando dos normas conecta consecuencias jurídicas incompatibles para un mismo supuesto de hecho concreto.
- § *Antinomias totales*, cuando las dos normas conectan consecuencias incompatibles a la misma clase de supuestos de hecho, por ejemplo una norma califica como lícita y otra califica como ilícita la fecundación asistida.
- § *Parcial unilateral*, es cuando la clase de supuestos de hecho regulada por una norma esté enteramente incluida en la clase de supuestos de hecho regulados de forma incompatible, ejemplo: una norma prohíbe el aborto sin especificaciones y otra norma permite el aborto terapéutico.
- § *Parcial bilateral*, es cuando las dos clases de supuestos de hecho se entrecrucen, de forma que algunos, de los supuestos de hecho regulados por una norma coincidan con algunos, pero sólo algunos, de los supuestos de hecho regulados de forma incompatible por la otra.^[75]

4) Métodos de solución de antinomias

Cuando existen conflicto entre dos normas se han establecido criterios que utilizan regularmente los jueces para solucionar las antinomias y así tenemos:

- § Criterio de especialidad, (*Lex specialis derogat legi generali*), conforme al cual si una norma general contraviene a una norma especial debe prevalecer ésta porque es la que reglamenta el caso concreto.
- § Criterio cronológico (*Lex posterior derogat legi priori*), de acuerdo al cual una norma que haya sido publicada ulteriormente tendrá preferencia frente a la anterior en caso de que exista contradicción.
- § Criterio jerárquico (*Lex superior derogat legi inferiori*), con arreglo a este método si dos normas entran en contradicción pero una pertenece a un ordenamiento superior, por ejemplo a una ley federal, y otra a un ordenamiento inferior, por ejemplo una ley estatal, tendrá preferencia la federal sobre la estatal.

§ Criterio de competencia se basa en el hecho de que el poder para dictar normas que tiene reconocido ciertos sujetos no siempre puede ser ejercido para regular cualquier materia y por lo tanto una norma ha regulado una materia para la que carecía de competencia.^[76]

§ Criterio de prevalencia, es una regla para resolver antinomias en los casos de competencias concurrentes, es decir, casos en los que dos fuentes tienen reconocida competencia para regular los mismos aspectos de una materia.^[77]

5) Insuficiencia de criterios

Cuando los criterios no son suficientes para resolver la antinomia, porque puede suceder que las dos normas sean generales, tengan el mismo orden jerárquico y hayan sido promulgadas en un mismo decreto, en tales supuestos se puede acudir a:

§ Elegir la regla que mejor corresponda con los principios que rigen el sector jurídico de que se trate.

§ La que mejor tutele los intereses en juego en el proceso en el que surge la antinomia o la que resulte más favorable para la libertad, *favor liberatis*, o *lex favorabilis derogat lex odiosa* (las normas que permiten antes que las que obligan).

§ La técnica más utilizada para resolver la antinomia es la interpretación,^[78] porque por vía de la interpretación se puede producir la antinomia pero también a través de ésta puede evitarse la aparición de la antinomia.^[79]

§ La argumentación jurídica finalmente es la más adecuada para resolver o evitar las antinomias, porque en cada solución mediante la cual el juez elija cuál norma debe prevalecer sobre la otra deberá justificar su elección y por ello hay una fuerte dosis de argumentación tendiente a convencer a las partes de la pertinencia de su resolución.

6) Casos de antinomias

Existe un ejemplo clásico de antinomias entre dos normas, una que permite y otra que prohíbe en el Código de Comercio:

Artículo. 84.

En los contratos mercantiles *no se reconocerán términos de gracia* o cortesía, y en todos los

cómputos de días, meses y años se entenderán: el día de veinticuatro horas; los meses, según los designados en el calendario gregoriano; y el año, de trescientos sesenta y cinco días.

Artículo 1405.

Si el deudor se allanare a la demanda y solicitare *término de gracia* para el pago de lo reclamado, el juez dará vista al actor para que, dentro de tres días manifieste lo que a su derecho convenga, debiendo el juez resolver de acuerdo a tales proposiciones de las partes.

Como puede verse la antinomia se produce cuando el deudor en un juicio ejecutivo mercantil se allane a la demanda con fundamento en el artículo 1405 y solicite el plazo de gracia, entrará en clara contradicción con el artículo 84 que prohíbe el plazo de gracia, de lo anterior se desprende que los criterios clásicos no resuelven la contradicción si a caso el principio *lex favorabilis derogat lex odiosa* conforme al cual la norma que prohíbe el plazo de gracia sería la odiosa y que debe ceder ante la favorable que lo permite.

Pero hay otro ejemplo de antinomia que aunque no se refiere a términos de permisión o prohibición si contienen soluciones diferentes a un mismo supuesto, y así tenemos que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por un lado:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

Mientras que por otro lado:

Artículo 120. Los gobernadores de los Estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales.

Como puede verse una disposición faculta al presidente para que ejecute las leyes que expida el congreso de la unión, mientras que otra disposición de la misma Constitución faculta igualmente a los gobernadores de los estados para hacer cumplir las leyes federales, lo cual nos lleva a la duda de si la facultad es del presidente o de los gobernadores.

C) PROBLEMAS DE LAGUNAS

1) Definición

Para GUASTINI existe una laguna cuando no hay alguna norma que conecte una consecuencia jurídica cualquiera a un determinado supuesto de hecho, de modo que se producen controversias no susceptibles de solución alguna.^[80]

Para ITURRALDE hay una laguna cuando un caso no es subsumible bajo alguno de los significados posibles de algún enunciado jurídico, una vez

interpretados los enunciados pertinentes con respecto a las reglas semánticas y sintácticas y vistas en su contexto regulativo.^[81]

2) *Condiciones para que se dé la laguna*

Para ITURRALDE estamos en presencia de lagunas en los siguientes casos:

a) Cuando un enunciado remite a otro la regulación de una materia y éste no existe.

b) Cuando el ordenamiento regula una materia pero lo hace de manera incompleta por omitir algunos de los aspectos de la misma.

c) Cuando el reglamento nada establece respecto de una determinada materia jurídicamente relevante (por ejemplo, matrimonio entre parejas del mismo sexo).^[82]

3) *Clases de lagunas*

§ *Lagunas normativas*, para GUASTINI es siempre que se presente un supuesto de hecho (abstracto o concreto) para el que ninguna norma del ordenamiento prevé una consecuencia jurídica.^[83] Según MORESO decimos que un sistema jurídico *S* contiene una laguna normativa sí y sólo sí hay un supuesto de hecho determinado que no tiene asignado ninguna consecuencia jurídica para el sistema *S*.^[84]

§ *Lagunas técnicas*, cuando falta en el ordenamiento una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficacia de otra norma.^[85]

§ *Lagunas axiológicas*, o también llamadas deontológicas o ideológicas cuando un determinado supuesto de hecho está, sí, regulado, pero está regulado de forma insatisfactoria, ya que falta en el ordenamiento no una norma cualquiera, sino una norma justa.^[86]

§ Una norma que es requerida por el sentido de justicia del intérprete, por ejemplo: daño moral.

§ Una norma cuyo dictado es requerida por otra norma superior, por ejemplo: principio de igualdad.

§ *Lagunas institucionales*, cuando por causas de hecho, desaparece una de las instituciones que son esenciales para su funcionamiento.

4) *Interpretación y lagunas en el ordenamiento*

Como sucede con otros problemas de aplicación del derecho como en el caso de las antinomias también con la interpretación se constata la existencia, se crean, se prevén, se desaparecen y se colman las lagunas, pero sobre todo con la argumentación que se utilice ya para constatarlas o para resolverlas y más propiamente para integrar el derecho.

§ Con la interpretación se constata la existencia de lagunas;

§ La interpretación crea lagunas;

§ La interpretación puede prevenir lagunas;

§ La interpretación desaparece lagunas;

§ La interpretación colma las lagunas.

5) *Medios para resolver los casos de lagunas*

a) En algunos casos puede suceder que el juez esté autorizado a no pronunciarse, sobre la laguna porque el silencio que guarda la norma sobre el supuesto no regulado puede interpretarse como que si el legislador no dijo nada al respecto es porque su intención era no hacerlo.

b) Pero también suceden los casos en los que el juez deba tomar una decisión para integrar el derecho y resolver el caso de laguna porque la norma no contiene la solución.

c) Los métodos de heterointegración y de autointegración del derecho sirven para resolver los casos de lagunas en el primero porque una norma remite a otro ordenamiento para su integración y en el segundo porque el mismo ordenamiento contiene normas supletorias que colman los supuestos no contemplados por la norma.

d) La analogía es el método más adecuado por excelencia para resolver los casos de laguna, pero hay que tener cuidado con su aplicación pues generalmente se utiliza como cláusula de estilo: “*aplicando por analogía*”, pero no se justifica el porqué de su aplicación, esto es, no se establece el círculo de semejanza entre las disposiciones análogas ni se señala su identidad de razón.

e) Los principios generales del derecho también son un medio para resolver los casos de lagunas porque vienen a complementar el sistema jurídico, pero tienen la dificultad de su precisión y ubicación, pues es difícil señalar cuántos son y de dónde proceden.

6) *Casos de lagunas*

Existe un caso de laguna en el Código de Comercio a propósito de las

pruebas, pues el artículo 1205 establece que son admisibles como medios de prueba, entre otros, la declaración de partes y las reconstrucciones de hechos, sin embargo en virtud de la reforma del 2003 la aplicación supletoria de dicho Código lo es el Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual al igual que el de Comercio no contempla nada sobre estas pruebas, por lo que el problema de lagunas se presenta para saber cómo se ofrecen, cómo se admiten, cómo se preparan, cómo se valoran y cómo se desahogan, por lo que el juez deberá realizar un gran ejercicio argumentativo para su solución.

D) PROBLEMAS DE FUNCIONALIDAD

Existe un problema de funcionalidad cuando una disposición cuyo significado no ofrece dudas ni es contradictorio, provoca dificultades en su aplicación literal a un caso específico, bien porque se considera que éste es excepcional, bien porque han cambiado las circunstancias tecnológicas, científicas o sociales, y que esto no ha sido imaginado por el legislador.^[87]

Y así por ejemplo, existe un caso de funcionalidad cuando antes de ser reformadas algunas legislaciones estatales contemplaban como causal de divorcio que el cónyuge padeciera sífilis, porque se consideraba enfermedad incurable y así permaneció mucho tiempo esta causal a pesar de ser curable este padecimiento, con lo que se demuestra la falta de funcionalidad de dicha causal al no corresponder con la realidad.

VI. MÉTODOS INTERPRETATIVOS

De acuerdo con ZAGREBELSKY los métodos son sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir es justificable en un ordenamiento dado.^[88]

El intérprete goza de discrecionalidad para elegir un método de interpretación entre varios, pero en ocasiones la ley le indica cuál método debe aplicar, tal es el caso de los conceptos indeterminados que contienen las leyes.^[89]

1. MÉTODOS CLÁSICOS DE LA INTERPRETACIÓN

A) GRAMATICAL

De acuerdo a este método el significado del texto normativo se colige mediante el uso de reglas lingüísticas de uso común o de uso especializado.^[90]

B) LÓGICO

Este método se caracteriza por la utilización de los recursos del razonamiento, para descubrir la intención o espíritu del procedimiento legal que se trata de interpretar: se procede a comparar el texto con las demás disposiciones del cuerpo legal por la ley que forma parte o bien otras leyes; para esta búsqueda el intérprete debe emplear alguna forma de raciocinio, ya que no puede hacerlo intuitiva o arbitrariamente, sino que tiene que emplear un proceso lógico.^[91]

C) HISTÓRICO

El significado del texto normativo equivale a descubrir la intención del legislador histórico, la misma que se encuentra plasmada en las exposiciones de motivos, declaraciones públicas, diarios de debates, etcétera.^[92]

D) SISTEMÁTICO

Este método se basa en relacionar diversos preceptos entre si, tomando en consideración que todos ellos forman un sistema normativo, de cuya circunstancia se deriva su denominación, este método pretende evitar y disipar las contradicciones normativas.^[93]

2. MÉTODOS MODERNOS DE INTERPRETACIÓN

A) MORAL

De acuerdo con este método una norma se interpreta de acuerdo a la moral establecida en una comunidad determinada, pero es una moral jurídicamente aceptada y compartida por los individuos que la forman.

Gerardo DEHESA, aunque no define un método ni el argumento moral, hace referencia a él y ejemplifica con algunas tesis en las que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve de acuerdo a criterios morales.^[94]

B) PRAGMÁTICO

Este método sugiere interpretar las normas de acuerdo a la situación fáctica del caso como algo que significa tomar en cuenta la realidad en donde se presenta el problema para la interpretación y aplicación del derecho.

C) PRUDENCIAL-RETÓRICO

Este método o paradigma de interpretación como lo llama Luís VIGO^[95] consiste en aplicar la prudencia en la interpretación llevada a cabo por el juez al pronunciarse sobre un conflicto jurídico para que se respete lo justo; la tarea prudencial judicial abocada a deliberar, juzgar sobre lo justo, concreto, debe estructurarse con la forma de un silogismo prudencial para así poder ejercer sobre el mismo algún control de logicidad.

Además de prudencial, el método interpretativo debe ser retórico, por medio del cual el intérprete no sólo procurará dilucidar la respuesta justa o correcta, sino además tiene que mostrar las razones y argumentos que permitan sostenerla exitosamente procurando, persuadir a los destinatarios del resultado interpretativo de que el mismo es el más racional, razonable y justo;^[96] porque en este caso el problema central de la interpretación es justificar la elección entre las alternativas posibles.

D) ECONÓMICO

Este método establece la posibilidad de que se tomen en cuenta circunstancias de tipo económico para llegar a una mejor interpretación de la norma, es establecer las consecuencias en términos de costo beneficio, lo que nos lleva a un utilitarismo que favorece a una parte pero que perjudica a la otra.

E) FUNCIONAL

De acuerdo a este método se deben tomar en cuenta los diversos factores relacionados con la creación, aplicación y funcionamiento de la norma jurídica en cuestión, que no pertenezcan a los criterios de interpretación gramatical y sistemático.

Estos factores pueden ser, al menos, los siguientes:

1. La finalidad de una regulación, tomada en cuenta por el argumento teleológico.
2. La intención del legislador, a la que remite el argumento psicológico.

3. La efectividad de la legislación, utilizando el argumento pragmático.
4. Las consecuencias de la interpretación, en forma de argumentación por el absurdo.
5. La admisibilidad de la interpretación, sea en un contexto histórico, a través del argumento histórico; sea en un contexto doctrinal, a través del argumento de autoridad.^[97]

Este método de interpretación es utilizado en materia electoral por así disponerlo el Código Federal de Procedimientos Electorales.

VII. ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

Para MORESO argumento jurídico es todo aquel esquema de argumentación que tienda a resolver un caso difícil y que es usado en las decisiones jurídicas para fundamentar una conclusión.^[98]

Mientras que los métodos interpretativos se refieren a la manera como habrá de interpretarse la norma para desentrañar su significado, los argumentos interpretativos se aplican en el texto argumentativo, esto es mientras que los métodos se dirigen al proceso de interpretación, los argumentos se destinan al resultado de la interpretación.

La mayoría de los autores en relación a los argumentos interpretativos siguen la clasificación de TARELLO, que también son empleadas en la lógica y metodología, y enseguida nos vamos a referir a cada uno de ellos.

1. EL ARGUMENTO A CONTRARIO

El argumento *a contrario* es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una determinada proposición jurídica, que afirma una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o de una clase de sujetos), a falta de una disposición expresa se debe excluir la validez de una proposición jurídica diferente que afirme esta misma obligación (u otra calificación normativa) con respecto a cualquier otro sujeto (o clase de sujetos).^[99]

2. EL ARGUMENTO A SIMILI O ARGUMENTO ANALÓGICO

Para TARELLO es el procedimiento mediante el cual, existiendo un

enunciado normativo que predica una cualificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que vale un enunciado normativo diferente a tenor del cual la misma cualificación normativa es aplicable a otro sujeto o clase de sujetos que tengan con los primeros una semejanza asumida como relevante.

A) FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DE LA ANALOGÍA

§ Proporcionalidad de los casos y en la igualdad de efectos jurídicos.

§ Equidad al dar un mismo tratamiento jurídico a lo que es igual y pertenece a la misma categoría.

B) ESTRUCTURA DE LA ANALOGÍA JURÍDICA

1. Hay un supuesto de hecho que no está regulado en una norma explícita (laguna) y del cual no se establece consecuencia jurídica.

2. Hay una norma que asigna a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica.

3. Existe una semejanza relevante y esencial entre el supuesto de hecho regulado y no regulado (círculo de semejanza).

C) CLASES DE LAGUNAS SUSCEPTIBLES DE INTEGRACIÓN POR ANALOGÍA

§ Cuando la ley sólo da al juez una orientación general, señalándose expresa o tácitamente, hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares y que el juez debe estimar e investigar para el caso concreto.

§ Cuando la ley calla en absoluto, ya intencionalmente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse, por no suscitarse la cuestión hasta después de dictada la misma.

§ Cuando hay dos leyes que, sin preferencia alguna entre sí, se contradicen haciéndose recíprocamente ineficaces.

§ Cuando una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquellos o sospechado éstas. Hablamos entonces de investigación correctora del Derecho.^[100]

3. EL ARGUMENTO A FORTIORI

El argumento *a fortiori*, del cual se pueden distinguir dos formas, que son el argumento *a minori ad maius* y *a maiore ad minus*, es un procedimiento discursivo conforme al cual, dada una proposición normativa, que afirma una obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o clase de sujetos), hay que concluir la validez y la existencia como disposición jurídica de una disposición jurídica diferente que afirma esta misma obligación (u otra calificación normativa) de un sujeto (o clase de sujetos) que está (o estén) en estado de merecer, con mayor razón que los primeros la calificación normativa que la primera disposición concedía a éstos.^[101]

4. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD

Consiste en atribuir a una disposición el significado sugerido por alguien y por ese solo hecho, por lo que su fuerza persuasiva, en principio débil, depende enteramente de la autoridad invocada, que puede ser una jurisprudencia no vinculante, como por ejemplo las tesis relevantes, el derecho comparado o la doctrina.^[102]

5. EL ARGUMENTO A COMPLETUDINE (EVITAR LAGUNAS)

El argumento *a completudine* o del carácter completo del sistema jurídico es un procedimiento discursivo según el cual, puesto que no se encuentra una proposición jurídica que atribuya una calificación jurídica cualquiera a cada sujeto por referencia a cada comportamiento materialmente posible, se debe concluir en la existencia y en la validez de una disposición jurídica, que atribuye a los comportamientos no regulados de cada sujeto una clasificación normativa especial: o siempre indiferentes o siempre obligatorios o siempre prohibidos o siempre permitidos.^[103]

6. EL ARGUMENTO A COHERENTIA (EVITAR ANTINOMIAS)

El argumento *a coherentia* parte de la idea de que un legislador razonable —y al que se supone también perfectamente previsor— no puede regular una misma situación de dos maneras incompatibles, de manera que existe una regla que permite descartar una de las dos disposiciones que provocan la

antinomia. Este argumento permite al juez intervenir para resolver la antinomia, pero si nos atenemos estrictamente a la hipótesis de la coherencia del derecho, la solución preexistiría en el sistema jurídico.^[104]

7. EL ARGUMENTO PRAGMÁTICO

Es un argumento consecuencialista que consiste en justificar un significado a partir de las consecuencias favorables que de él se derivan, o la inconveniencia de otro significado posible de un enunciado por las consecuencias desfavorables que de él se deriven, que pueden ser sociales, económicas, morales, etcétera.^[105]

8. EL ARGUMENTO PSICOLÓGICO

El argumento psicológico consiste en la investigación de la voluntad del legislador concreto por medio del recurso a los trabajos preparatorios. Es un argumento que se utiliza con frecuencia cuando se trata de una ley vigente y ha sido uno de los analizados por el profesor G. Lazzaro en su estudio sobre la argumentación de los jueces, que ilustra con sentencias del Corte de Casación de Italia. Entraña una investigación que permita precisar cuál fue la razón de la ley, reconstruyendo la intención del legislador y teniendo en cuenta el problema concreto que tenía que resolver, así como los principios generales a que se refirió, las enmiendas introducidas en el proyecto primitivo, etc. Este argumento permite, más especialmente, refutar una interpretación de la ley que hubiera podido parecer plausible si no hubieran existido estas indicaciones.^[106]

9. EL ARGUMENTO POR EQUIDAD

De acuerdo con este argumento el juez al dictar las sentencias deberá tomar en cuenta las características del caso particular, y de acuerdo con éstas se interprete, se aplique con justicia la ley.^[107]

Para MORESO el argumento de equidad tiene que ver con hacer justicia para

el caso concreto. Su fuerza radica en el hecho de que la aplicación inflexible de reglas generales, produce a veces, soluciones injustas; sin embargo, su debilidad descansa en el hecho de que el derecho es, en gran medida, una cuestión de reglas generales.^[108]

10. EL ARGUMENTO HISTÓRICO

El argumento histórico o de la presunción de continuidad supone que el legislador es conservador y que permanece fiel a la manera mediante la cual quiso regular una determinada materia, a menos que se hayan modificado expresamente los textos legales. Observemos que este argumento ha sido algunas veces eliminado en provecho de otros, sin que haya jamás existido inversión de la jurisprudencia.^[109]

11. EL ARGUMENTO SEDES MATERIAE

El argumento *sedes materiae*, en primer lugar, sería aquél por medio del cual la atribución o justificación del significado de un enunciado se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización topográfica proporciona información sobre su contenido por ser fruto de un plan del legislador y, por tanto, manifiesta su voluntad.^[110]

12. EL ARGUMENTO APAGÓGICO (REDUCCIÓN AL ABSURDO)

El argumento apagógico o de reducción al absurdo supone que el legislador es razonable y que no hubiera podido admitir una interpretación de la ley que conduzca a consecuencias ilógicas o inicuas. Esta manera de razonar, aunque no enteramente ausente en la época que examinamos, se encontrará mucho más extendida después de la Segunda Guerra Mundial.^[111]

13. EL ARGUMENTO A COHERENTIA

El argumento *a coherentia* es aquel por el que dos disposiciones no pueden expresar dos normas incompatibles entre ellas. Por ello, sirve tanto para rechazar los significados de un enunciado que lo hagan incompatible con otras normas del sistema, como para atribuir directamente un significado a un enunciado, ya que el argumento justifica no sólo la atribución de significados no incompatibles y el rechazo de significados que impliquen incompatibilidad, sino la atribución de aquel significado que haga al enunciado lo más coherente posible con el resto del ordenamiento.^[112]

14. EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO

El argumento teleológico concierne al espíritu y a la finalidad de la ley, que no se reconstruye a partir del estudio concreto de los trabajos preparatorios, sino a partir de consideraciones sobre el texto mismo de la ley. Se impone una manera más abstracta de argumentar cuando el estudio histórico no permite aclararse al intérprete, porque los problemas suscitados son nuevos y no se planteaban en la época en que la ley se preparó.^[113]

15. EL ARGUMENTO ECONÓMICO

El argumento económico o hipótesis del legislador no redundante afirma especialmente que se debe descartar una interpretación cuando, si se admitiera, el texto se limitaría a repetir lo que resultaba ya de un texto legal anterior y sería por eso mismo superfluo. Este argumento no se impone siempre, pues es perfectamente posible que la reglamentación especial no sea otra cosa que aplicación de un principio general.^[114]

16. EL ARGUMENTO AB EJEMPLO

El argumento *ab exemplo* permite interpretar la ley conforme a los precedentes, de acuerdo a una decisión anterior y a la doctrina generalmente admitida.^[115]

17. EL ARGUMENTO A RÚBRICA

El argumento *a rúbrica*, por su parte, sería aquél por medio del cual la atribución de significado se realiza a partir del título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que encuentra ubicado el enunciado, ya que se piensa que los títulos proporcionan información sobre el contenido regulado bajo los mismos, por no ser casuales, sino fruto de un plan del legislador y, por tanto, manifiestan su voluntad.^[116]

18. EL ARGUMENTO SISTEMÁTICO

El argumento sistemático parte de la hipótesis de que el derecho es algo ordenado y que sus diferentes partes constituyen un sistema, cuyos elementos pueden interpretarse en función del contexto en que se insertan.^[117]

19. EL ARGUMENTO NATURALISTA

El argumento naturalista o de la naturaleza de las cosas o hipótesis del legislador impotente extrae sus conclusiones del hecho de que, en una situación dada, es inaplicable un texto de la ley porque a su aplicación se opone la naturaleza de las cosas.^[118]

VIII. ESQUEMAS DE LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

1. DEFINICIÓN

Para VEGA REÑON, los esquemas son patrones de razonamiento que permiten clarificar y evaluar pautas comunes y estereotipadas de argumentación en el discurso jurídico, para resolver los problemas de aplicación del derecho.^[119]

En suma es una estructura que organiza la información y presenta con claridad las premisas y la conclusión del argumento, de tal forma que permite identificar las razones que soportan el uso adecuado del argumento interpretativo por parte del juez, pero también nos ayuda evaluar el argumento a partir de algunas preguntas críticas que se hacen sobre las

premisas como lo indicaremos a continuación.

2. CLASES

A) ARGUMENTO A *CONTRARIO SENSU*

1) *Esquema*

§ A es el antecedente de un enunciado normativo

§ C es la calificación deóntica positiva que el enunciado normativo correlaciona con A.

§ B es el caso.

§ B no es A.

§ Por lo tanto, No C es la calificación deóntica negativa para B.

2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*

§ ¿Existe una norma en el sistema jurídico que califica con C a A

§ ¿Es A distinta de B?

§ ¿Existe alguna otra norma en el sistema jurídico que califique a B?

§ ¿Existe alguna otra norma positiva por defecto que actúe como regla de clausura

B) ARGUMENTO DE AUTORIDAD

1) *Esquema*

§ I es una autoridad en el dominio D.

§ I afirma que P es el caso.

§ P forma del dominio D.

§ Por lo tanto, puede afirmarse (plausiblemente) que P es el caso.

2) *Algunas preguntas críticas, aplicables a algunas de estas variantes, para evaluar el argumento son:*

§ ¿Es I una autoridad en el dominio D?

§ ¿Es verdad que I afirmó que P era el caso?

§ ¿Es P parte del campo de conocimiento de D?

§ ¿Es P compatible con lo que otras autoridades afirman en D?

§ ¿Es compatible con otros datos y pruebas en D?

C) ARGUMENTO DE CLASIFICACIÓN GRAMATICAL

1) Esquema

- § La situación X tiene la característica P.
- § Todas las situaciones que tienen las características P son clasificables como C.
- § Existe una norma que correlaciona al caso genérico C la solución normativa S.
- § Por lo tanto, X es clasificable como C.
- § Por lo tanto, a X se le debe correlacionar la solución normativa S.

2) Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:

- § ¿En qué grado se puede confiar que la situación X tiene la característica P?
- § ¿Existe alguna situación que presenta la característica P pero no es clasificable como C?
- § ¿Cuántas situaciones que han tenido la característica P han sido clasificadas como C?

D) ARGUMENTO DE LAS CONSECUENCIAS EN SU FORMA POSITIVA

1) Esquema

- § Si se acepta la postura P, entonces se producirán (plausiblemente) las consecuencias benéficas C.
- § Por lo tanto, se debe aceptar la postura P.

2) Ejemplo:

- § Si se legaliza la venta y consumo de drogas disminuirá el tráfico y todos los delitos que se derivan de ella.
- § Por lo tanto, se debe legalizar su venta y consumo.

E) ARGUMENTO DE LAS CONSECUENCIAS EN SU FORMA NEGATIVA

1) Esquema

- § Si se acepta la postura P, entonces se producirán (plausiblemente) las consecuencias no benéficas C.
- § Por lo tanto, no se debe aceptar la postura P.

2) Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:

- § ¿Qué otras causas están involucradas en que sea probable que ocurran las consecuencias C?
- § ¿Qué tan probable es que las consecuencias que se anuncian ocurran las consecuencias C?
- § ¿Qué información se tiene disponible para apoyar la afirmación de que P producirá (probablemente) C?
- § ¿Existen otras consecuencias opuestas a C que justifiquen la aceptación o rechaza la postura?

F) ARGUMENTO POR MAYORÍA DE LA RAZÓN

1) *Esquema*

- § La norma N asigna la consecuencia jurídica C a la situación S1.
- § No existe una norma que asigna la consecuencia C a la situación S2.
- § La situación S1 y S2 son comprobables en términos de la racionalidad R.
- § Por lo tanto, la S3 se debe asignar la consecuencia jurídica C.

2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*

- § ¿Existe la norma N en el sistema jurídico que asigna la consecuencia jurídica C a la situación S1?
- § ¿Existe alguna otra norma distinta de N que asigna la consecuencia jurídica C a la situación S2?
- § ¿Es verdad que las situaciones S1 y S2 son comprobables en términos de R?
- § ¿Existe algún criterio de comparación distinto de R que ponga en duda la conveniencia de asignar la consecuencia C a S2?
- § ¿Existe alguna situación S3 similar a S2 y comprobable en términos de R pero a la que no se le deba asignar la consecuencia C?

G) ARGUMENTO A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS

1) *Esquema*

- § Existe una norma N que correlaciona la solución normativa S para la clase de casos C.
- § El caso individual C pertenece a la clase de casos C.
- § Se invoca un principio P.
- § Se afirma que el uso de N para solucionar el caso C está de acuerdo con

el principio P.

§ Por lo tanto, la norma N es aplicable para el caso C.

2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*

§ ¿Existe la norma N en el sistema jurídico que regule el caso el caso C?

§ ¿Existe alguna otra norma distinta de N que también regule el caso C?

§ ¿Es el caso individual c un ejemplo del tipo de casos C?

§ ¿Cuál es la fuente del principio P?

§ ¿Cuál es la definición del principio P para afirmar que el uso de N para solucionar C contraviene el principio P?

§ ¿Existe algún otro principio distinto de P cuyo contenido indique se N debe ser aplicada para solucionar el caso C?

H) ARGUMENTO PSICOLÓGICO

1) *Esquema*

§ S es una solución al problema jurídico P a partir del texto jurídico T.

§ I es el contenido de la intención del autor del texto T.

§ S es compatible o se deriva del contenido I.

§ Por lo tanto, S debe ser la solución para P.

2) *Algunas preguntas críticas para evaluar el argumento son:*

§ ¿Es la S la única solución para el problema jurídico P?

§ ¿Qué información se tiene para apoyar que I es el contenido de la intención del autor del texto T?

§ ¿A partir de la información disponible es posible hacer una interpretación alternativa de I?

§ ¿Existe algún problema jurídico P1 similar a P que se haya resuelto en forma contraria a S?

NOTAS

[1] VIOLA, FRANCESCO, y ZACCARIA, GIUSEPPE, *Derecho e interpretación. Elementos de una Teoría Hermenéutica del Derecho*, trad. Ana Cebeira, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 116.

[2] GUASTINI, RICARDO, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Trad. GASCÓN, MARINA y CARBONELL, MIGUEL, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p. 4.

- [3] LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 4.
- [4] VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *op. cit.*, p. 110.
- [5] HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 334.
- [6] ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001, p. 268.
- [7] OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *interpretación y neoconstitucionalismo*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 50.
- [8] GASCÓN ABELLÁN, Marina, y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el Derecho*, 2a. ed., Palestra Editores, Lima, 2005, p. 107.
- [9] OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *op. cit.*, p. 56.
- [10] GASCÓN ABELLÁN, Marina, y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *op. cit.*, p. 107.
- [11] OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *op. cit.*, p. 52.
- [12] GASCÓN ABELLÁN, Marina, y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *op. cit.*, p. 108.
- [13] HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, 2a. ed., Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 269.
- [14] HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, p. 270.
- [15] *Ibidem*, p. 272.
- [16] *Ibidem*, p. 284.
- [17] MORESO MATEOS, José Juan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2005, p. 169.
- [18] GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 13.
- [19] MORESO MATEOS, José Juan, *op. cit.*, p. 170.
- [20] GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 15.
- [21] MORESO MATEOS, José Juan, *op. cit.*, p. 170.
- [22] GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 16.
- [23] ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 270.
- [24] *Idem*.
- [25] RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, 4a. reimp. Bogotá, 2002, p. 71.
- [26] KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho*, Trads. OLLERO, Andrés, SANTOS, José Antonio, Editorial Comares, Granada, 2007, p. 92.
- [27] RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Plaza y Valdés, México, 2003, p. 232.
- [28] KAUFFMANN, Arthur, *op. cit.*, p. 92.
- [29] RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2a. ed., Fontamara, México, 2002, p. 41.
- [30] LIFANTE VIDAL, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Doxa*, No. 19, Alicante, 1996. p. 421.
- [31] SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 22.
- [32] OTERO PARGA, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 126.
- [33] SEGURA ORTEGA, Manuel, *op. cit.*, p. 50.
- [34] LIFANTE VIDAL, Isabel, *op. cit.*, p. 435.
- [35] *Idem*.
- [36] IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, Imperativo Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 193.
- [37] RENTERÍA, Adrián, *op. cit.*, pp. 42-43.
- [38] HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., Editorial Abeledo-Perrot, trad. Genaro R.

Carrió, Buenos Aires, 2004, p. 176.

[39] RODRÍGUEZ, César, *op. cit.*, p. 72.

[40] ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el Derecho*, trads. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, y también ENDICOTT, Timothy A.O., *Palabras y reglas, Ensayos en filosofía del derecho*, Trads. Ernesto Garzón Valdés, y Rodolfo Vázquez, México, 2004, p. 73.

[41] RODRÍGUEZ, César, *op. cit.*, p. 35.

[42] FERRAJOLI, Luigi, “El papel de la función judicial en el estado de derecho”, trad. Javier Ortiz Flores, en ATIENZA Manuel y FERRAJOLI Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado Constitucional de Derecho*, UNAM-III, México, 2005, p. 103.

[43] GASTALDI, Hilda, *et al. Argumentación jurídica, estudios sobre Neil MacCormick*, Ediciones UNL, Argentina, 2003, p. 54.

[44] GASTALDI, Hilda, *op. cit.*, p. 62.

[45] MACCORMICK, Neil, *Rethoric and the rule of law, a theory of legal reasoning*, Oxford University Press, Great Britain, 2005, p. 32.

[46] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, T. I., 5a. ed., Víctor T. de ZAVALÍA Editor. Buenos Aires, 1981, p. 133.

[47] GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La prueba judicial: valoración racional y motivación”, en CARBONELL, Miguel, *et al., Jueces y derecho*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 313.

[48] GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 17.

[49] GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho...*, *op. cit.*, p. 120.

[50] GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *op. cit.*, p. 120.

[51] *Ibidem*, p. 122.

[52] HALLIVIS PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 456.

[53] MORESO MATEOS, José Juan, *op. cit.*, p. 171.

[54] CÁCERES NIETO, Enrique, *Lenguaje y Derecho, las normas Jurídicas como sistema de enunciados*, UNAM, México, 2002, p. 56.

[55] BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO SANCHÍS, Luís, *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 271.

[56] HALLIVIS PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 457.

[57] CÁCERES NIETO, Enrique, *op. cit.*, p. 56.

[58] *Ibidem*, p. 57.

[59] ORUNESU Claudia, PEROT M. Pablo, RODRÍGUEZ L., Jorge, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, Fontamara, México, 2005, p. 37.

[60] Sorites proviene de “soros” que significa montón, la paradoja consiste en poder determinar cuándo un montón de cosas, por ejemplo de arena, deja de ser montón, o también la paradoja del calvo que consiste en que no se puede determinar cuántos cabellos tienen que perder una persona para poder ser calvo.

[61] ENDICOTT, Timothy A. O., *op. cit.*, p. XXX.

[62] GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *op. cit.*, p. 125.

[63] GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 20

[64] BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 5a. reimp., Editorial Debate, Madrid, 1998, p. 201.

[65] KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado*, trad. Eduardo García Máynez, Editora Nacional, México, 1979, pp. 85, 165.

[66] GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, Fontamara, México, 1994, pp. 115, 180.

[67] PERELMAN, Chaïm, *La Lógica Jurídica y la nueva retórica*, Trad. DIEZ-PICASSO, Luis, Civitas, Madrid, 1979. p. 57.

- [68] BETEGÓN, Jerónimo, *et al.*, *op. cit.*, p. 271.
- [69] MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 88.
- [70] NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, 4a. ed., Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pp. 272, 477.
- [71] BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 200.
- [72] ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 162.
- [73] *Idem.*
- [74] ALF ROSS citado por BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 5a. reimp., Editorial Debate, Madrid, 1998, p. 202.
- [75] GUASTINI, Ricardo, Proyecto para la voz “Ordenamiento jurídico de un diccionario”, en *Doxa*, No. 27, Alicante, 2004, p. 281.
- [76] BETEGÓN, Jerónimo, *et al.*, *op. cit.*, p. 275.
- [77] *Ibidem*, p. 276.
- [78] EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 472.
- [79] BETEGÓN, Jerónimo, *et al.*, *op. cit.*, p. 286.
- [80] GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 83.
- [81] ITURRALDE SESMA, Victoria, *op. cit.*, p. 196.
- [82] *Idem.*
- [83] GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 276.
- [84] MORESO MATEOS, José Juan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2005, p. 167.
- [85] GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 276.
- [86] *Idem.*
- [87] GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *op. cit.*, p. 129.
- [88] ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho Dúctil*, trad. Marina Gascón Abellán, 6a. ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 134.
- [89] ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 136.
- [90] RUBIO, Marcial, citado por LEÓN PASTOR Ricardo, *Introducción al razonamiento Jurídico*, Academia de la Magistratura de Lima, Perú, 2005, p. 49.
- [91] DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, 3a. ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1989, p. 132.
- [92] LEÓN Pastor, *op. cit.*, p. 50.
- [93] OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y Neoconstitucionalismo*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 73.
- [94] DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación, elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 2004, p. 633.
- [95] VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Argentina, 2004, p. 228.
- [96] VIGO, Rodolfo Luis, *op. cit.*, p. 34.
- [97] EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 135.
- [98] MORESO MATEOS, José Juan, *op. cit.*, p. 142.
- [99] PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 78.
- [100] FALCÓN Y TELLA, María José, *El argumento analógico en el derecho*, Editorial Civitas, España, 1991, p. 73.

- [101] PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 79.
- [102] EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 166.
- [103] PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 81.
- [104] *Idem.*
- [105] EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 161.
- [106] PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, pp. 81-82.
- [107] DEHESA DÁVILA, Gerardo, *op. cit.*, p. 456.
- [108] MORESO MATEOS, José Juan, *op. cit.*, p. 157.
- [109] PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 82.
- [110] EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 115.
- [111] PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 82.
- [112] EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 126.
- [113] PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, pp. 82-83.
- [114] *Ibidem*, p. 83.
- [115] *Idem.*
- [116] EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 115.
- [117] PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 83.
- [118] *Idem.*
- [119] VEGA REÑON, Luis, OLMOS GÓMEZ, Paula, *Compendio de lógica, Argumentación y Retórica*, Editorial Trota, Madrid, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Sobre derecho y argumentacion*, Leonard Mountoner Editor, Mallorca, 2008.
- Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, No. 8, 1990, <http://cervantesvirtual.com/portal/DOXA>
- , *Lo racional como razonable*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- , *Derecho, racionalidad y comunicación social*, 2a. ed., trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 2000.
- Alchourrón, Carlos, “Sobre derecho y lógica”, en *Isonomía*, No. 13, ITAM, Fontamara, México, 2000.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2a. ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.
- , *Teoría de la argumentación jurídica*, trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Palestra Editores, Lima, 2007.
- , *Derecho y razón práctica*, trad. Manuel Atienza, Fontamara, México, 1993.
- , “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, en *Revista Isonomia, Instituto Tecnológico Autónomo de México*, octubre 1994.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- , *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge Malem Seña, 2a. ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.
- , *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- , “Derecho y corrección”, en *La institucionalización de la justicia*, trad. José Antonio Seoane, Editorial Comares, Granada, 2005.
- , *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 2005.
- Álvarez Trongé, Manuel, *Técnicas de negociación para abogados*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, “Carpintería de la sentencia penal (en materia de ‘hechos’)”, en *Los hechos en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005.
- , y Robert, Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, trad. René González de la Vega, IJ-UNAM, México, 2006.
- Andruet, Armando S., *Teoría general de la argumentación forense*, Alveroni Ediciones, Argentina, 2003.
- Añón Roig, María José, en *Problemas de la aplicación del derecho: la tesis de la indeterminación del derecho*, <http://www.wv.es/-mariaj/razon/tema1.pdf>
- Aristóteles, *Retórica*, trad. Quintín Racionero, Editorial Gredos, Madrid, 1990.
- , *Tratados de lógica (el organón)*, trad. Francisco Larroyo, 10a. ed., Editorial Porrúa, México, 2001.
- Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional de nuevo sobre los casos trágicos”, en *Isonomía*, No. 6, Fontamara, México, 1997.
- , “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”, en *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001.
- , *El sentido del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001.

- , *Tras la justicia*, Editorial Ariel, España, 2003.
- , *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, 3a. Reimp. UNAM, México, 2007.
- , *El derecho como argumentación*, Fontamara, México, 2004.
- , *Bioética, derecho y argumentación*, Editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004.
- , y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, UNAM, México, 2005.
- , *El derecho como argumentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006.
- Atienza, Manuel, AGUILÓ REGLA, Josep, RUIZ MANERO, Juan, *Fragments para una teoría de la Constitución*, Editorial Iustel, Madrid, 2007.
- Atria, Fernando, Bulygin, Eugenio, Moreso, José Juan, et al., *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.
- Baquero V., Julia Marlén y Pardo Pardo, José Felipe, *El texto jurídico argumentativo, cuestiones de redacción y comprensión*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1998.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 5a. reimp., trad. Eduardo Rozo Acuña, Editorial Debate, Madrid, 1998.
- Blanco Tatto, Alejandro, *El fenómeno antinómico en el derecho positivo mexicano*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Bernal Acevedo, Gloria Lucía, *Manual de iniciación al sistema acusatorio*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, No. 26, Alicante, 2003.
- , *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Betegón, Jerónimo, Gascón Marina, De Páramo, Juan Ramón, Prieto Sanchís, Luís, *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- Calonje, Concha, *Técnica de la argumentación jurídica*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- Cano Jaramillo, Carlos Arturo, *Oralidad, debate y argumentación*, reimp., Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006.
- Cattani, Adelino, *Los usos de la retórica*, Alianza, Madrid, 2003. p. 62.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2005.
- , *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2005.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1584>
- Carrió, Genaro R., *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- Cabra Apalategui, José Manuel, *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.
- Capaldi, Nicholas, *Cómo ganar una discusión*, 2ª. reimp., Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.
- Carbonell, Miguel, (coord.), *Garantismo estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trota-UNAM, Madrid, 2005.
- Castillo Alva, José Luis, Luján Túpez, Manuel y Zavaleta Rodríguez, Roger, *Razonamiento judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara Editores, Perú, 2006.
- Carrasco Fernández, Felipe Miguel (comp), *Argumentación jurídica, Estudios en torno a...* T. II., Popocatépetl Ediciones, Puebla, 2006.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coord., *Interpretación constitucional*, T. I., UNAM-Editorial Porrúa, México, 2005.
- Cisneros Farías, Germán, *Lógica jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2003.
- Comesaña, Juan Manuel, *Lógica informal, falacias y argumentos filosóficos*, 2a. ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Comanducci, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara,

- México, 2007.
- , *Razonamiento jurídico, elementos para un modelo*, trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 1999.
- Calonge, Concha, *Técnica de la argumentación jurídica*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- Chirardi, Olsen, *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Advocatus, Córdoba, 1999.
- , *El razonamiento judicial*, Advocatus, Córdoba, 1999.
- Correas, Óscar, *Metodología jurídica, una introducción filosófica I*, 2a ed., Fontamara, México 1998.
- , *Retórica, racionalidad y derecho*, en *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, julio-diciembre, 2004, UNAM, México.
- Copi, Irving M., Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, trad. Edgar Antonio González Ruiz, Noriega, Editores, México, 2002.
- Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *Enciclopedia jurídica mexicana*, IIJ-UNAM-Editorial Porrúa, T. VIII, México, 2002.
- Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y a la argumentación, elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.
- De Asís Roig, Rafael, *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- , *El razonamiento judicial*, Ara Editores, Perú, 2007.
- , *El juez y la motivación en el derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- DI STEFANO, Mariana cord. *Metáforas en uso*, Editorial Biblos, 2a. ed., Buenos Aires Argentina, 2006.
- DOURY, Marianne, Moirand, Sophie (eds.), *La argumentación encuentro entre perspectivas teóricas*, trad. Paula Olmos, Editorial Montesinos, España, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, 5a. reimp., Ariel, Barcelona, 2002.
- DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, 3a. ed., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1989.
- ENDICOTT, Timothy A. O., *La vaguedad en el derecho*, trads. Alberto del Real Alcalá, y Juan Vega Gomez, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.
- , *Palabras y reglas, ensayos en filosofía del derecho*, trads. Ernesto Garzón Valdés, y Rodolfo Vázquez, México, 2004.
- EEMEREN VAN, Frans H. y Grootendorst, Rob, *Argumentación, comunicación y falacias*, 2a. ed., trads. Celso López, y Ana María Vicuña, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 2002.
- EEMEREN VAN, Frans H., Grootendorst, Rob y Snoeck Henkemans, Francisca, *Argumentación, análisis, evaluación, presentación*, trad. Roberto Marafioti, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2006.
- ELSTER, Jon, *Tuercas y tornillos, Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, 4a. ed., Gedisa, Barcelona, 2002.
- ENTEL, Ana Laura, “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación la racionalidad de la decisión judicial”, en *Revista Isonomia Instituto Tecnológico Autónomo de México*, No. 5, México, octubre de 1996.
- ESTALELLA DEL PINO, Jordi, *El abogado eficaz*, 2a. ed., Editorial La Ley, Madrid, 2005.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.
- , “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en Rodolfo Vázquez, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., Fontamara, México, 2002.
- , *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006.
- FALCÓN Y TELLA, María José, *El argumento analógico en el derecho*, Editorial Civitas, España, 1991.
- FALCÓN, Enrique M., Rojas, Jorge A., *Cómo se hace un alegato*, 2a. ed., Abeledo Perrot, Argentina, 2003.
- FERNÁNDEZ, Raúl Eduardo, “Control de logicidad”, en Ghiraldi, Olsen A., (dir.) *Teoría y práctica del razonamiento forense*, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 1999.

- FERNÁNDEZ, Alberto Vicente, *Arte de la persuasión oral*, 7a. reimp. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, trad. Marina Gascón, Fontamara, México, 2004.
- , *Derecho y razón. Teoría de garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 5a. ed., Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Obtenga el sí, el arte de negociar sin ceder*, trad. Aída Santapau, Gestión 2000, Barcelona, 2005.
- FROSINI, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, trad. Jaime Restrepo, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1991.
- FUENTES RODRÍGUEZ, Catalina, Alcaide Lara, Esperanza, *La argumentación lingüística y sus medios de expresión*, Garco-Libros, Madrid, 2007.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., y Gascón Abellán, Marina, *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Palestra Editores, Lima, 2005.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *La lógica del raciocinio jurídico*, 3a. ed., Fontamara, México, 1999.
- GARCÍA RAMÍREZ, Julio, *Estrategia de oratoria práctica para abogados*, 2a. ed., Editorial Colex, Madrid, 2004.
- GARCÍA RESTREPO, Luis E., *Elementos de lógica para el derecho*, 2a. ed., Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2003.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, “La argumentación jurídica en la motivación de la sentencia” en *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango*, No. 66, México, julio-septiembre 2004.
- , “Un caso de ponderación judicial” en *Revista Reforma Judicial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, No. 10, México, julio-diciembre 2007.
- , “¿Qué es argumentar?, Retórica y lingüística”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 24, México, 2007.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La prueba judicial: valoración racional y motivación” en CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo, *Jueces y derecho*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- , *Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba*, 2a. ed., Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho, algunas cuestiones fundamentales*, 2a. ed., Palestra Editores, Lima, 2005.
- GHIRARDI, Olsen A., *La retórica y la dialéctica en el razonamiento forense*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2001.
- GIANFORMAGIO, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica”, en *Doxa*, No. 4, Alicante, 1987, www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Argumentación y prueba judicial”, en Ferrer Beltrán, Jordi, Gascón Abellán, Marina, *et al.*, *Estudios sobre la prueba*, IIJ-UNAM, México, 2006.
- , *Quaestio facti, ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra Editores, Lima, 2005.
- GRAU, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Marina Gascón, y Miguel Carbonell, 6a. ed., Editorial Porrúa, México, 2004.
- , “Principios de derecho y discrecionalidad judicial” en *Estudios de teoría constitucional*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Fontamara, México, 2004.
- , *Proyecto para la voz “Ordenamiento jurídico” de un diccionario*, en *Doxa*, No. 27, Alicante, 2004.
- GUTIÉRREZ GARCÍA, Ricardo Eloy R., *Notas de lógica aplicados al derecho*, Editorial Porrúa, México,

- 2006.
- HAMILTON, Guillermo Gerardo, *Lógica parlamentaria*, trad. La Española Moderna, Fontamara, México, 1991.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Editorial Taurus, México, 2002.
- , *Facticidad y validez*, 2a. ed., Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., (reimpresión), Editorial Abeledo-Perrot, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires 2004.
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *Dialéctica y racionalidad jurídica, principios teóricos prácticos para la conformación del razonamiento lógico jurídico*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos normativos*, UNAM, México, 2003.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- , *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra, Editores, Lima, 2009.
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y derecho*, trads. Ollero, Andrés, Santos, José Antonio, Editorial Comares, Granada, 2007.
- KLUG, Ulrich, *Lógica jurídica*, trad. J. C. Gardella, 4a. ed., Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2004.
- , *Problemas de filosofía y de la pragmática del derecho*, trad. Jorge Malem Seña, 2a. reimp., Fontamara, México, 2002.
- LEITE DE CASTRO, Fabio Caprio, *Aspectos Filosóficos de la Motivación Judicial*, trad. Gerardo Sammarco, www.filosofiadelderecho.com.
- LEÓN PASTOR, Ricardo, *Introducción al razonamiento jurídico*, Academia de la Magistratura de Lima, Perú, 2005.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- LO CASCIO, Vincenzo, *Gramática de la argumentación*, trad. Casacuberta, David, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, en *Doxa*, No. 27, Alicante, 2004.
- LÓPEZ DURÁN, Rosalío, *Metodología jurídica*, Iure Editores, México, 2002.
- LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo, *Derecho y argumentación*, Ecoe Ediciones-Universidad de Manizales, Bogotá, 2001.
- MACCORMICK, Neil, *Rethoric and the Rule of Law, a Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Great Britain, 2005.
- , “Argumentación y la interpretación en el Derecho”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Gobierno Vasco, Mayo de Agosto de 1993.
- , *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford University Press, New York, 2008.
- MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable, un estudio sobre Chaïm Perelman*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2001.
- , “El argumento consecuencialista en la teoría de Neil MacCormick: su función y límites”, en *Argumentación jurídica estudio sobre Neil Maccormick*, ediciones UNL, Argentina, 2003.
- MAJONE, Giandomenico, *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*, trad. Eduardo Suárez, 2a. reimp. FCE, México 2005.
- MANERO RUIZ, Juan, Schmill, Ulises, *El juez y las lagunas del derecho*, UNAM, México, 2007.
- MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Lógica para juristas*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1978.

- MARAFIOTI, Roberto, (Editor) *Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad legislativa, crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- MARTINEAU, Francois, *Técnicas de argumentación del abogado*, trad. Ricardo Guevara Bringas, Editorial Bosh, Barcelona, 2000.
- MARTÍNEZ, Roser, *Conectando texto, guía para el uso efectivo de los elementos conectores del castellano*, Editorial Octaedro, Barcelona, 1997.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- MIXAN MASS, Florencio, Cfr. la voz “Motivación de las resoluciones judiciales”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, Apéndice t. VI, Driskill, Buenos Aires, 1992.
- MODUGNO, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2004.
- MONTOLIO, Estrella, *Conectores de la lengua escrita*, Editorial Ariel, Barcelona, 2001.
- MORESO, Juan José, “Guastini sobre la ponderación”, en *Isonomía*, No. ITAM, México, 2002.
- MORESO MATEOS, José Juan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2005.
- , *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- NIETO Y CASTILLO, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*, IJ-UNAM, México, 2003.
- NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- OTERO PARGA, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- ORUNESU CLAUDIA, Perot M. Pablo, Rodríguez L. Jorge, *Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, Fontamara, México 2005.
- ORDUÑA SOSA, Héctor, *Redacción judicial*, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 2007.
- ORTEGA CARMONA, Alfonso, *Retórica y derecho, tareas del abogado*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2008.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, Editorial Porrúa, México, 2001.
- PÁSARA, Luis, *Como sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal*, UNAM, México 2006.
- PECZENIK, Alexander, “Saltos y Lógica en el Derecho ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica?”, trad. Ernesto Garzón Valdés, en *Derecho y razón*, Fontamara, México, 2000.
- , *Derecho y razón*, trad. Garzón Valdés, Ernesto, Fontamara, México, 2000.
- PERELMAN, Chaïm, *Tratado de la argumentación, la nueva retórica*, 2a. reimpr., trad. Julia Cevilla Muñoz, Editorial Gredos, Madrid, 1989.
- , *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Diez-Picasso, Civitas, Madrid, 1979.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Othón, Rodríguez Villa, Bertha Mary, *Manual básico del conciliador, Vivir en Paz ONG*, México, 2003.
- PICCATO RODRÍGUEZ, Antonio, *Teoría del derecho*, Editorial Iure, México 2006,
- PLANTIN, Christian, *La argumentación*, trad. Amparo Tusón Valls, 3a. ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2002.
- PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del derecho lógica jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2004.
- , *Filosofía del derecho argumentación jurisdiccional*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, curso de postgrado “Constitucionalismo y democracia, nuevos paradigmas de la teoría del derecho”, Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, 2002.

- , *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002.
- , “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel, edit, *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trota-UNAM, Madrid, 2003.
- , *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*, Palestra Editores, Lima, 2005.
- PUY MUÑOZ, Francisco y Portela, Jorge Guillermo, *La argumentación jurídica, problemas de conceptos, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, España, 2004.
- RANGEL HINOJOSA, Mónica, *El debate y la argumentación, teoría, técnicas y estrategias*, 2a. reimp. Editorial Trillas, México, 2003.
- RENTERÍA, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2a. ed., Fontamara, México, 2002.
- REDORTA, Joseph, *Cómo analizar conflictos*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2004.
- RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Plaza y Valdés, México, 2003.
- , *Verdad y argumentación jurídica*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial, el debate hart-dworkin* 4a. reimp., Universidad de los Andes Facultad de Derecho, Colombia, 2002.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, “Argumentación fáctica. Los enunciados declarativos de hechos probados”, en Puy Muñoz, Francisco y Portela, Jorge Guillermo, *La argumentación jurídica problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- RODRÍGUEZ MINAYA, Juan Ramón, *Amparo directo cuaderno de trabajo I*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- SANCHÉZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, México 2007.
- SALGUERO, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002.
- SERNA, Pedro, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2a. ed., Editorial Comares, Pamplona, 2005.
- , *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Editorial Porrúa, México, 2006.
- SNOECK HENKEMANS, Francisca, “Estructuras de la argumentación”, en Marafioti, Roberto (editor) *Parlamentos, teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2007.
- STREETER PRIETO, Jorge, “El razonamiento jurídico”, en *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.
- STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, 2a. ed., trad. Andrés de la Oliva Santos, Editorial Temis, Bogotá, 1999.
- SUMMERS, Robert, “Forma y sustancia en el razonamiento jurídico”, en *Naturaleza formal del derecho*, trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 2001.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *El arte de tener siempre la razón y otros ensayos*, Santillana Ediciones, México, 2006.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jodi Ferrer Beltrán, 2a. ed., Editorial Trota, Madrid, 2005.
- , *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil*, Editorial Temis, Bogotá 2006.
- TRAVERSI, Alessandro, *La defensa penal, técnicas argumentativas y oratorias*, trad. María de los Ángeles Gómez Campos, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.
- TOULMIN, Stephen Edelson, *Los usos de la argumentación*, trads. María Morrás y Victoria Pineda, Ediciones Península, Barcelona, 2007.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Bertin, “Los métodos de argumentación jurídica”, en *Memoria del seminario de argumentación jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.

- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., Fontamara, México, 2002.
- VELÁSQUEZ CARRERA, José Fernando, *Introducción a la lógica jurídica, análisis comparativo del modelo de Eduardo García Máynez con algunos otros de lógica jurídica contemporánea*, Editorial Porrúa, México, 2001.
- VIGO, Rodolfo Luis, “Razonamiento Justificatorio Judicial”, en *De la ley al derecho*, Editorial Porrúa, México, 2003.
- , *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Abeledo-Perrot, Argentina, 2004.
- VIEHEWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. Jorge Malem Seña, 2a. ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 1997.
- VIOLA, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación, elementos de una teoría hermenéutica del derecho*, trad. Ana Cebeira, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. Malem Seña, Jorge, 7a. ed., Editorial Ariel, Barcelona, enero, 2002.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, “El razonamiento en la interpretación jurídica” en *Sentido y hecho en el derecho*, trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Zalaverría, Fontamara, México, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. Marina, Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- , *¿Derecho constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, FUNDAP, México, 2004.

Páginas electrónicas

www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA

www.filosofiyderecho.com

www.wv.es~mariaj/razon/tema1.pdf