

A large, dark blue logo consisting of a stylized graphic of three curved lines on the left, followed by the letters 'UDS' in a very large, bold, sans-serif font. Below this, the words 'Mi Universidad' are written in a smaller, bold, sans-serif font.

ANTOLOGÍA

Argumentación Jurídica

Licenciatura en Derecho

Séptimo Cuatrimestre

Septiembre-Diciembre

Marco Estratégico de Referencia

Antecedentes históricos

Nuestra Universidad tiene sus antecedentes de formación en el año de 1979 con el inicio de actividades de la normal de educadoras “Edgar Robledo Santiago”, que en su momento marcó un nuevo rumbo para la educación de Comitán y del estado de Chiapas. Nuestra escuela fue fundada por el Profesor Manuel Albores Salazar con la idea de traer educación a Comitán, ya que esto representaba una forma de apoyar a muchas familias de la región para que siguieran estudiando.

En el año 1984 inicia actividades el CBTiS Moctezuma Ilhuicamina, que fue el primer bachillerato tecnológico particular del estado de Chiapas, manteniendo con esto la visión en grande de traer educación a nuestro municipio, esta institución fue creada para que la gente que trabajaba por la mañana tuviera la opción de estudiar por las tardes.

La Maestra Martha Ruth Alcázar Mellanes es la madre de los tres integrantes de la familia Albores Alcázar que se fueron integrando poco a poco a la escuela formada por su padre, el Profesor Manuel Albores Salazar; Víctor Manuel Albores Alcázar en julio de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró en la docencia en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de cobranza en 1999.

En el año 2002, Víctor Manuel Albores Alcázar formó el Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. para darle un nuevo rumbo y sentido empresarial al negocio familiar y en el año 2004 funda la Universidad Del Sureste.

La formación de nuestra Universidad se da principalmente porque en Comitán y en toda la región no existía una verdadera oferta Educativa, por lo que se veía urgente la creación de una institución de Educación superior, pero que estuviera a la altura de las exigencias de los

jóvenes que tenían intención de seguir estudiando o de los profesionistas para seguir preparándose a través de estudios de posgrado.

Nuestra Universidad inició sus actividades el 18 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en Puericultura, contando con dos grupos de cuarenta alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a nuestras propias instalaciones en la carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y educativos de los diferentes campus, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca.

Misión

Satisfacer la necesidad de Educación que promueva el espíritu emprendedor, aplicando altos estándares de calidad académica, que propicien el desarrollo de nuestros alumnos, Profesores, colaboradores y la sociedad, a través de la incorporación de tecnologías en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

Visión

Ser la mejor oferta académica en cada región de influencia, y a través de nuestra plataforma virtual tener una cobertura global, con un crecimiento sostenible y las ofertas académicas innovadoras con pertinencia para la sociedad.

Valores

- Disciplina
- Honestidad
- Equidad
- Libertad

Escudo



El escudo del Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. está constituido por tres líneas curvas que nacen de izquierda a derecha formando los escalones al éxito. En la parte superior está situado un cuadro motivo de la abstracción de la forma de un libro abierto.

Eslogan

“Mi Universidad”

ALBORES



Es nuestra mascota, un Jaguar. Su piel es negra y se distingue por ser líder, trabaja en equipo y obtiene lo que desea. El ímpetu, extremo valor y fortaleza son los rasgos que distinguen.

Argumentación Jurídica

Objetivo de la materia:

Introducir a los alumnos en las nociones básicas, teorías contemporáneas y distintos ámbitos de aplicación práctica de la Argumentación Jurídica, enfocado a la aplicación del ámbito legal y defensa jurídica.

Unidad I

Lenguaje jurídico y argumentación

I.1 Tipos de discurso: argumentativo, informativo

I.2 Tipos de enunciados

I.3 Usos del lenguaje

I.4 Uso y mención de expresiones

I.5 Persuasión y fundamentación en el discurso argumentativo

I.6 Distinción entre argumentos correctos (o válidos) y argumentos meramente persuasivos

I.7 Argumentos deductivos y no deductivos: validez y corrección

I.8 Distinción entre forma y contenido: la forma como criterio de validez

I.9 Las funciones de verdad

I.10 Cuantificadores

I.11 Tablas de verdad

Unidad 2

Argumentos interpretativos

- 2.1 Argumentos dialécticos, argumentos apodícticos o demostrativos
- 2.2 Argumentos erísticos, pseudoconclusiones o paralogismos
- 2.3 Argumentos deductivos y no-deductivos
- 2.4 La analogía y la abducción, argumentos –a simill, –a contrariol y –a fortioril
- 2.5 Los argumentos jurídicos como argumentos interpretativos
- 2.6 Argumento –a rúbrica, argumento psicológico.
- 2.7 Argumento –sedes materiae, argumento –ab auctoritate
- 2.8 Argumento histórico. Argumento teleológico.
- 2.9 Argumento económico, argumento –a coherentia. Reducción al absurdo.
- 2.10 La tipología de las falacias

Unidad 3

Teorías de la argumentación jurídica

- 3.1 El derecho como argumentación
- 3.2 Antecedentes históricos: Aristóteles y cicerón
- 3.3 Theodor Viehweg y el resurgimiento de la tópica jurídica
- 3.4 Chaim Perelman y la nueva retórica
- 3.5 La concepción de la argumentación de Stephen E. Toulmin: la estructura de los argumentos.
- 3.6 La concepción estándar de la argumentación jurídica. Neil MacCormick: una teoría integradora de la argumentación jurídica.
- 3.7 Jürgen Habermas y la teoría del discurso práctico general. Robert Alexy y la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general. Las reglas y

formas del discurso.

3.8 Los argumentos a partir de principios

3.9 La argumentación en materia de hechos

Unidad 4

Ámbitos argumentativos no judiciales

4.1 Argumentación en sede parlamentaria. La racionalidad del legislador

4.2 Argumentación en el proceso parlamentario: exposición de motivos, dictámenes, debates.

4.3 La racionalidad política y la ley: la negociación parlamentaria

4.4 La racionalidad económica y la ley

4.5 Argumentación en órganos administrativos reguladores

4.6 Relación entre legislador y juez.

4.7 Argumentación de la dogmática

4.8 Argumentación no especializada

4.9 Argumentación judicial

4.10 Teorías sobre el significado. Principios y problemas de interpretación jurídica. Willie Alstron, Hans Kelsen, Alf Ross

4.11 Teoría que sostiene que no existe la única solución y la que sostiene la idea de la solución correcta. Kelsen, Hart y Dworkin

4.12 Modelo de argumentación y de interpretación jurídica. Francisco Javier Ezquiaga y Jerzy Wróblewski

4.13 Hermenéutica e interpretación jurídica, interpretaciones jurídicas incompatible

Criterios de evaluación:

No	Concepto	Porcentaje
1	Trabajos Escritos	10%
2	Actividades web escolar	20%
3	Actividades Áulicas	20%
4	Examen	50%
Total de Criterios de evaluación		100%

ÍNDICE

Objetivo de la materia:	7
Criterios de evaluación:	10

Unidad I

Lenguaje jurídico y argumentación

1.1 Tipos de discurso: argumentativo, informativo.	14
1.2 Tipos de enunciados.....	19
1.3 Usos del lenguaje	20
1.4 Uso y mención de expresiones	22
1.5 Persuasión y fundamentación en el discurso argumentativo	24

I.6 Distinción entre argumentos correctos (o válidos) y argumentos meramente persuasivos	29
I.7 Argumentos deductivos y no deductivos: validez y corrección.....	30
I.8 Distinción entre forma y contenido: la forma como criterio de validez.....	32
I.9 Las funciones de verdad	33
I.10 Cuantificadores	34
I.11 Tablas de verdad	35
Material de apoyo	37

Unidad 2

Argumentos interpretativos

2.1 Argumentos dialécticos, argumentos apodícticos o demostrativos.....	39
2.2 Argumentos erísticos, pseudoconclusiones o paralogismos.....	39
2.3 Argumentos deductivos y no-deductivos.....	40
2.4 La analogía y la abducción, argumentos “a simili”, “a contrario” y “a fortiori”	40
2.5 Los argumentos jurídicos como argumentos interpretativos	52
2.6 Argumento “a rúbrica”, argumento psicológico.....	54
2.7 Argumento “sedes materiae”, argumento “ab auctoritate”	56
2.8 Argumento histórico. Argumento teleológico.	56
2.9 Argumento económico, argumento “a coherentia”. Reducción al absurdo.....	61
2.10 La tipología de las falacias	62
Material de apoyo	63

Unidad 3

Teorías de la argumentación jurídica

3.1 El derecho como argumentación.....	71
3.2 Antecedentes históricos: Aristóteles y cicerón	71
3.3 Theodor Viehweg y el resurgimiento de la tópica jurídica	72
3.4 Chaim Perelman y la nueva retórica	73
3.5 La concepción de la argumentación de Stephen E. Toulmin: la estructura de los argumentos.	74
3.6 La concepción estándar de la argumentación jurídica. Neil MacCormick: una teoría integradora de la argumentación jurídica.....	75
3.7 Jürgen Habermas y la teoría del discurso práctico general. Robert Alexy y la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general. las reglas y formas del discurso.	76
3.8 Los argumentos a partir de principios	81
3.9 La argumentación en materia de hechos	81
Material de apoyo	82

Unidad 4

Ámbitos argumentativos no judiciales

4.1 Argumentación en sede parlamentaria. La racionalidad del legislador.....	84
4.2 Argumentación en el proceso parlamentario: exposición de motivos, dictámenes, debates.	87
4.3 La racionalidad política y la ley: la negociación parlamentaria.....	89
4.4 La racionalidad económica y la ley.....	90

4.5 Argumentación en órganos administrativos reguladores	91
4.6 Relación entre legislador y juez	93
4.7 Argumentación de la dogmática	94
4.8 Argumentación no especializada.....	95
4.9 Argumentación judicial	96
4.10 Teorías sobre el significado. Principios y problemas de interpretación jurídica. Willie Alstron, Hans Kelsen, Alf Ross.....	97
4.11 Teoría que sostiene que no existe la única solución y la que sostiene la idea de la solución correcta. Kelsen, Hart y Dworkin.....	98
4.12 Modelo de argumentación y de interpretación jurídica. Francisco Javier Ezquiaga y Jerzy Wróblewski	101
4.13 Hermenéutica e interpretación jurídica. Interpretaciones jurídicas incompatibles	102
Material de apoyo	105
Bibliografía básica y complementaria:	106

Unidad I

Lenguaje jurídico y argumentación

Objetivo de la unidad: Establecer la relación que existe entre las normas jurídicas y el lenguaje en que se expresan, para que a partir de ello podamos introducirnos al análisis de las repercusiones del lenguaje en el proceso argumentativo que justifica toda decisión jurídica.

Por lo anterior, independientemente de la postura ideológica adoptada del fenómeno jurídico (iusnaturalista, iuspositivista, realista, etc.), a los efectos del presente trabajo se asumirá como presupuesto básico del desarrollo de esta unidad que el Derecho es un fenómeno eminentemente normativo. Esta idea, se refuerza con el pensamiento de Norberto Bobbio quien aseveraba que –el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa.

Así, al entender al Derecho como un sistema de normas, se debe ser consciente de que las normas jurídicas se expresan a través del lenguaje. En este sentido, podemos también afirmar que entre Derecho y lenguaje existe una relación inescindible, de tal suerte que desde la creación de las normas jurídicas hasta su aplicación e interpretación (ambas tareas prácticas del jurista), se encontrarán distintas formas argumentativas en donde estará presente el uso del lenguaje.

I.1 Tipos de discurso: argumentativo, informativo.

A diferencia de lo que afirmaban las corrientes logicistas de la aplicación e interpretación del Derecho, en donde el proceso racional de justificación de la decisión jurídica era monológico, tal como expresó en su momento la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos; las actuales teorías de la Argumentación Jurídica vienen a defender la idea de que es posible

hablar en términos de racionalidad práctica de la decisión jurídica, la cual se va a construir a través de un procedimiento que en forma dialógica (discursiva) logre un determinado consenso.

En otras palabras, las corrientes que explican la Argumentación Jurídica en nuestros días, afirman que toda decisión jurídica de la índole que esta sea debe venir respaldada por un aparato discursivo, en el que estén presentes el diálogo intersubjetivo y el consenso alcanzado bajo ciertas reglas de procedimiento. Es decir, los sujetos van a ser interlocutores del diálogo y partícipes del discurso que debe verificarse previo a toda decisión jurídica.

Al respecto dice Robert Alexy que la argumentación jurídica debe concebirse –como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como discurso, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como discurso práctico. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general.

En este sentido se pueden distinguir distintos tipos de discurso, de los cuales y a los efectos del presente trabajo sólo se hará referencia al informativo y al argumentativo. El primero, es aquel en el que el lenguaje es utilizado como un instrumento para la consecución de determinados propósitos, sin necesidad de ser apoyado en razones para ello; en cambio, el discurso argumentativo se caracteriza porque el éxito o fracaso de una determinada decisión, dependerá de las razones que previamente se hayan expuesto para justificarla.

En este punto conviene aclarar que argumentar –es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutarla. Asimismo, si se admite que las decisiones deben estar justificadas a su vez se asume la tarea de llevar a cabo toda una actividad argumentativa, lo que –significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito.

Lo anterior, permite concluir que en el terreno del Derecho toda decisión jurídica, ya sea en forma de norma general o particular, debe estar apoyada en razones que en todo caso la justifiquen, de lo contrario podría tal decisión ser tachada de inválida. Es decir, en el campo normativo jurídico las decisiones ya sean de tipo legislativo o jurisdiccional, deben venir acompañadas de un discurso argumentativo, en donde se expresen los razonamientos que validen la decisión respectiva.

El texto argumentativo tiene como objetivo expresar opiniones o rebatirlas con el fin de persuadir a un receptor. La finalidad del autor puede ser probar o demostrar una idea (o tesis), refutar la contraria o bien persuadir o disuadir al receptor sobre determinados comportamientos, hechos o ideas.

La argumentación, por importante que sea, no suele darse en estado puro, suele combinarse con la exposición. Mientras la exposición se limita a mostrar, la argumentación intenta demostrar, convencer o cambiar ideas. Por ello, en un texto argumentativo además de la función apelativa presente en el desarrollo de los argumentos, aparece la función referencial, en la parte en la que se expone la tesis.

La argumentación se utiliza en una amplia variedad de textos, especialmente en los científicos, filosóficos, en el ensayo, en la oratoria política y judicial, en los textos periodísticos de opinión y en algunos mensajes publicitarios. En la lengua oral, además de aparecer con frecuencia en la conversación cotidiana (aunque con poco rigor), es la forma dominante en los debates, coloquios o mesas redondas.

PROCEDIMIENTOS ORGANIZATIVOS

El texto argumentativo suele organizar el contenido en tres apartados: introducción, desarrollo o cuerpo argumentativo, y conclusión.

La **INTRODUCCIÓN** suele partir de una breve exposición (llamada -introducción o encuadrel) en la que el argumentador intenta captar la atención del destinatario y despertar en él una actitud favorable. A la introducción le sigue la tesis, que es la idea en torno a la cual se reflexiona. Puede estar constituida por una sola idea o por un conjunto de ellas.

El **DESARROLLO**. Los elementos que forman el cuerpo argumentativo se denominan pruebas, inferencias o argumentos y sirven para apoyar la tesis o refutarla.

Según la situación comunicativa, se distingue entre:

ESTRUCTURA MONOLOGADA: La voz de un solo sujeto organiza la totalidad del texto argumentativo. Es el caso del investigador que valora el éxito de un descubrimiento en una conferencia.

ESTRUCTURA DIALOGADA: El planteamiento, la refutación o la justificación y la conclusión se desarrollan a lo largo de réplicas sucesivas. Es el caso de los debates en los que es fácil que surjan la controversia, la emisión de juicios pasionales, las descalificaciones y las ironías.

Según el orden de los componentes, se distinguen varios modos de razonamiento:

La **DEDUCCIÓN** (o estructura analítica) se inicia con la tesis y acaba en la conclusión.

La **INDUCCIÓN** (o estructura sintética) sigue el procedimiento inverso, es decir, la tesis se expone al final, después de los argumentos.

A su vez, los argumentos empleados pueden ser de distintos tipos:

Argumentos racionales: Se basan en ideas y verdades admitidas y aceptadas por el conjunto de la sociedad.

Argumentos de hecho: Se basan en pruebas comprobables.

Argumentos de ejemplificación: Se basan en ejemplos concretos.

Argumentos de autoridad: Se basan en la opinión de una persona de reconocido prestigio.

Argumentos que apelan a los sentimientos. Con estos argumentos se pretende halagar, despertar compasión, ternura, odio...

La **CONCLUSIÓN**. Es la parte final y contiene un resumen de lo expuesto (la tesis y los principales argumentos).

PROCEDIMIENTOS DISCURSIVOS

Se trata de procedimientos que no son exclusivos de la argumentación antes bien son compartidos por otros modos de organización textual, como la exposición. Destacan:

La **DEFINICIÓN**. En la argumentación se emplea para explicar el significado de conceptos. En ocasiones, se utiliza para demostrar los conocimientos que tiene el argumentador.

La **COMPARACIÓN** (o analogía) sirve para ilustrar y hacer más comprensible lo explicado. Muchas veces sirve para acercar ciertos conceptos al lector común.

La **CITAS** son reproducciones de enunciados emitidos por expertos. Tienen el objetivo de dar autenticidad al contenido. Las citas se emplean como argumentos de autoridad.

La **ENUMERACIÓN ACUMULATIVA** consiste en aportar varios argumentos en serie. Cumple una función intensificadora.

La **EJEMPLIFICACIÓN** se basa en aportar ejemplos concretos para apoyar la tesis. Los ejemplos pueden ser el resultado de la experiencia individual.

La **INTERROGACIÓN** se emplea con fines diversos: provocar, poner en duda un argumento, comprobar los conocimientos del receptor.

PROCEDIMIENTOS LINGÜÍSTICOS

El párrafo es el cauce que sirve para distribuir los diferentes pasos (planteamiento, análisis o argumentos y conclusión) contenidos en la argumentación escrita.

De entre los elementos de cohesión textual que relacionan los contenidos repartidos en los diferentes párrafos destacan tres: la repetición léxica o conceptual en torno al tema y los marcadores discursivos que permiten seguir el proceso de análisis o argumentación y avisan del momento de la conclusión.

Si el texto pertenece al ámbito científico (jurídico, humanidades...) abundan en el léxico los tecnicismos. Si es de tema más general o de enfoque más subjetivo, suele utilizarse un léxico de registro predominantemente estándar.

1.2 Tipos de enunciados

Como ha quedado expresado en líneas anteriores, las normas se expresan a través del lenguaje con el cual se conforman enunciados; y dichas normas, al momento de ser aplicadas por los operadores jurídicos, requieren de una serie de proposiciones conforme a las cuales se argumente o justifique la decisión. Al respecto, se afirmará aquí que por proposición se entiende al –conjunto de palabras que tienen un significado entre sí, es decir, en su conjunto. Ahora bien, las proposiciones deben ser distinguidas y diferenciadas de los enunciados que las contienen, es decir, de las expresiones lingüísticas a través de las cuales se obtiene su significado. Ello, en virtud de que una misma proposición puede expresarse por medio de diversos enunciados y porque un mismo enunciado es susceptible de expresar distintas proposiciones.

Ahora bien, una vez hechas estas precisiones se puede aseverar que las normas, en principio, se expresan en lenguaje a través de enunciados normativos que las contienen. De ahí que,

como dice Manuel Atienza si consideramos al Derecho como lenguaje, habremos de admitir que desde esa óptica –consiste en una serie de enunciados dirigidos en su conjunto a guiar la conducta humana, aunque todos ellos no sean propiamente normas y aunque existan además diversos tipos de normas jurídicas.

Entendido así el Derecho cabe señalar que los enunciados jurídicos pueden ser de distintas clases a saber: en primer lugar se deben distinguir los enunciados prácticos de los enunciados no prácticos; entendiéndolos a los primeros como aquellos que dirigen directamente una conducta y por ello tiene efectos prácticos, mientras que los segundos son definiciones que no tienen carácter prescriptivo pero que informan sobre algún elemento que haya que precisar. Los enunciados prácticos a su vez se clasifican en: normativos y valorativos, en el sentido de que los primeros se traducen en una norma propiamente dicha mientras que, los segundos, son valores que sustentan a un determinado Ordenamiento jurídico, pero no se traducen en guía de un comportamiento en forma directa. Los enunciados normativos a su vez pueden ser de dos tipos: enunciados que expresan normas y enunciados que expresan el uso de poderes normativos. Los enunciados que expresan normas pueden ser deónticos o regulativos o no deónticos o constitutivos; y los enunciados que expresan normas deónticas pueden a su vez hacerlo en forma de reglas o de principios.

1.3 Usos del lenguaje

Aquí, se partirá de la idea de que el lenguaje es la herramienta fundamental de comunicación entre los hombres. No obstante, dicha herramienta por demás útil y además necesaria, suele presentar algunos problemas que repercuten en la correcta transmisión del mensaje si no es usada adecuadamente.

Al respecto, cabe decir que al percibir un enunciado lingüístico surgen de inmediato dos interrogantes a aquel que recibe la información: a) ¿cuál es la naturaleza del acto lingüístico de mi interlocutor?, es decir, ¿cómo debo tomar esa expresión?, como una orden, una

amenaza, un consejo, una invitación, una pregunta, una recomendación, etc. etc.; y b) ¿Cuál es el contenido del acto lingüístico de mi interlocutor?, es decir, ya identifiqué que está preguntando, que está sugiriendo o que está advirtiendo algo; pero ¿qué pregunta?, ¿qué sugiere? o ¿qué advierte?, es lo que en un segundo momento se averigua en una comunicación lingüística.

Con relación a la primera de las interrogantes anteriormente señaladas, es decir, a aquella que intenta descubrir la naturaleza o fuerza del acto lingüístico, es a la que se encuentra ligada la concepción de usos del lenguaje. El lenguaje como es un medio de comunicación humana y que sirve a múltiples intereses, tendría un sin número de usos; no obstante ello, podríamos de forma enunciativa más no limitativa identificar cuatro usos del lenguaje a saber: uso descriptivo, uso expresivo, uso directivo y uso operativo.

El uso descriptivo es aquel que se emplea para informar o dar cuenta del estado que guardan ciertos fenómenos ya sean naturales o sociales. Se dice que en el uso descriptivo, se emplean unidades lingüísticas en forma de aserciones de las cuales se puede predicar su verdad o falsedad. El ejemplo paradigmático del uso de lenguaje descriptivo es el lenguaje científico.

El uso expresivo del lenguaje es aquel que se utiliza para –comunicar emociones o sentimientos o para provocarlos en el interlocutor.

Aquí, las unidades lingüísticas pueden resultar exageradas o metafóricas de tal suerte que no tengan una correspondencia con la realidad, por lo que no podría hablarse de ellas en términos de verdad o falsedad. El lenguaje poético sin duda alguna está asociado a este uso expresivo.

El uso directivo del lenguaje también denominada función prescriptiva del mismo, es aquel que emplea fórmulas verbales para dirigir, influir o incidir en la conducta o comportamiento de los demás. Aquí, a diferencia del uso descriptivo no se trata de informar sobre lo que acaece en la realidad, sino más bien a través del lenguaje se tiende a transformar esa realidad. Aquí encontramos en forma general el lenguaje de las normas y en forma específica el de las

normas jurídicas, aunque sin duda el lenguaje jurídico puede servirse de los otros usos.

Con relación al uso directivo del lenguaje en donde las expresiones se emplean para transformar una realidad, estableciendo la obligación, prohibición o permisión de determinadas conductas tampoco puede predicarse de ellas su verdad o falsedad. Más bien, en el lenguaje prescriptivo por lo que se refiere a su función diremos que tiende a modificar un comportamiento; por lo que hace al propio comportamiento de los destinatarios se predicará la eficacia o ineficacia de las normas en tanto que fue o no cumplida; y, por lo que hace a su valoración se podría decir que la norma es válida o inválida o si se prefiere justa o injusta. Por último, hemos de decir que el uso directivo del lenguaje es aquel propio de las normas jurídicas; no obstante ello, el lenguaje de la Ciencia del Derecho es fundamentalmente descriptivo en los términos que ha sido explicado, aunque también puede la Ciencia sugerir cambios a lo que la realidad normativa actual ofrece.

Finalmente, el uso operativo del lenguaje es aquel en donde se utilizan ciertas palabras o términos que tienen una específica significación con relación a un sistema de reglas vigente¹⁸. Es decir, se requiere de una serie de condiciones y circunstancias establecidas como reglas preexistentes, fuera de las cuales el lenguaje no tendría razón de ser o simplemente no surtiría los efectos deseados.

1.4 Uso y mención de expresiones

Se ha precisado, con anterioridad, que el Derecho como fenómeno, eminentemente normativo se expresa a través del lenguaje. De igual se ha indicado que el lenguaje tiene diversos usos o funciones a las cuales se ha hecho referencia. La determinación del uso del lenguaje permite conocer la fuerza del enunciado lingüístico respectivo, es decir, habilita entendimiento para saber si se está ante un uso descriptivo, expresivo, directivo u operativo.

Ahora bien, una vez identificado el uso el receptor del mensaje procede a preguntarse en qué sentido le están describiendo algo, qué sentimiento le quieren transmitir, qué orden se le está imponiendo o qué conducta tiene prohibido realizar.

En todo el proceso de comunicación el interlocutor va a emplear el lenguaje, mediante el uso y empleo de expresiones que pueden facilitar o dificultar su comprensión.

El lenguaje natural, en sí mismo tiene defectos intrínsecos que en múltiples ocasiones impiden transmitir el mensaje deseado, por lo que resulta necesario ser más preciso y propio en su empleo sobre todo cuando estamos ante un uso directivo o prescriptivo del mismo. Es decir, que en el uso y mención de determinadas expresiones que vengan contenidas en los enunciados normativos, se debe ser lo suficientemente cuidadoso para no introducir aquellas que representen un alto grado de ambigüedad o vaguedad.

A nuestros efectos entendemos por ambigüedad aquel problema o defecto intrínseco a la lengua natural, que afecta directamente a la correcta significación de los términos o palabras. La vaguedad, en cambio, será el problema congénito al lenguaje natural, que afecta a la correcta comprensión y significado de los conceptos. La vaguedad a su vez puede ser de dos tipos: vaguedad intencional y vaguedad extensional.

La primera, es aquella que afecta a la correcta significación de un concepto, cuando éste no ha sido connotado adecuadamente en cuanto a sus propiedades esenciales. La segunda, es decir, la vaguedad extensional es aquella que afecta a la significación del concepto cuando no ha sido denotado el campo de aplicabilidad del mismo.

La ambigüedad y la vaguedad al ser problemas o defectos intrínsecos al lenguaje natural, van a afectar en forma consecuente y necesaria al lenguaje de las normas jurídicas. No obstante, en el uso y mención de expresiones en el terreno normativo, se debe ser lo suficientemente cuidadoso para emplear aquellos términos o conceptos que tengan un menor grado de ambigüedad o vaguedad respectivamente.

Lo anterior, en virtud de que las expresiones que se encuentren en las normas serán objeto de interpretación por el aplicador u operador jurídico respectivo, de tal suerte que mientras mayor ambigüedad o vaguedad exista en ellas, se dará un mayor margen de maniobra al intérprete, vulnerando en cierta medida el principio fundamental de seguridad jurídica.

I.5 Persuasión y fundamentación en el discurso argumentativo

Con anterioridad se ha dicho que la labor argumentativa implica, necesariamente, un diálogo intersubjetivo en el que dialógicamente se vaya construyendo el criterio racional que justifique una determinada decisión. Ahora bien, en ese proceso argumentativo la justificación de una determinada decisión puede venir respaldada por un discurso meramente persuasivo o bien por un discurso de convencimiento o debidamente fundamentado.

Como ya se ha señalado en líneas anteriores el criterio de racionalidad práctica de la decisión jurídica, se va a determinar en virtud del consenso alcanzado bajo ciertas reglas de procedimiento. Luego entonces, en ese procedimiento discursivo a través del cual se va generando el criterio justificador, puede ser que nos encontremos ante un discurso persuasivo, en donde el rétor tenía como finalidad adherir voluntades a su posición incluso valiéndose de mecanismos irracionales.

En el campo del Derecho, por el contrario, se debe buscar una decisión que venga respaldada por un discurso de convencimiento, a través del cual por medios estrictamente racionales se logre la adhesión y el consenso del argumento válido. Lo cual será posible alcanzar invocando los fundamentos jurídicos que fortalezcan la decisión, es decir, la decisión jurídica deberá estar debidamente fundamentada en un discurso argumentativo estrictamente racional, en donde el criterio interpretativo esté basado en las reglas, principios y valores contenidos en las normas que componen un determinado ordenamiento jurídico.

¿Qué es la persuasión?

Entendemos por persuasión como el proceso mediante el cual se emplean mensajes a los cuales se dota de argumentos que los apoyen, con el propósito de cambiar la actitud de una persona, provocando que haga, crea u opine cosas que originalmente no haría, crearía u opinaría.

Según McGuire, este proceso de cambio depende principalmente de la existencia de la probabilidad de recepción del mensaje, es decir de si el receptor de este tiene la capacidad de atender y comprender el mensaje que se le quiere dar, y de aceptación por parte del receptor de éste.

Dicha aceptación dependerá principalmente de cómo se procese el mensaje, así como el nivel de implicación y familiaridad que tengamos con el tema del que se nos intente persuadir. Así, alguien que le dé una alta importancia al tema del que se hable y que se sienta interpelado por este atenderá especialmente al contenido del mensaje, evaluándolo de forma crítica, mientras que alguien que no considere relevante el tema tratado será menos propenso siquiera a empezar a analizar el contenido del mensaje puede no ser tan analizado, aunque sí puede ser persuadido por elementos externos al mensaje en sí.

Por ejemplo, si alguien nos dice que éste mismo texto va a ser objeto de examen en una asignatura la semana que viene, aquellos alumnos que tengan la asignatura en cuestión se verán altamente motivados a creerlo, mientras que los demás difícilmente cambiarán su actitud.

La persuasión no se basa en eslóganes.

Por supuesto, hay que tener en cuenta que el proceso de persuasión no es directo: es

decir, porque una persona le diga a otra que debería hacer más ejercicio o emplear X producto con una técnica convincente esto no quiere decir que el último vaya a obedecerle. Algunos elementos que dificultan que se produzca un cambio real son el hecho de presentar argumentos débiles que el receptor pueda contrarrestar reforzando aún más su punto de vista inicial.

Además, creer que nos quieren manipular mediante el engaño o las proclamas simplistas hace más difícil el proceso de ser persuadido, provocando una resistencia e incluso una acción contraria a la que se pretendía al sentirse atacada nuestra libertad personal. Este fenómeno recibe el nombre de reactancia.

Elementos clave de la persuasión

Para comprender mejor en el proceso por el cual una persona o medio puede influir en otra haciéndole cambiar de opinión hay que tener en cuenta cuales son los elementos clave del proceso, siendo estos la fuente emisora, el receptor, el propio mensaje y la técnica que se emplea para transmitirlo.

I Emisor

En lo que respecta a quien transmite la información, la fuente que intenta persuadir, hay dos características que se tienen muy en cuenta a la hora de ser o no ser persuadidos: su atractivo y su credibilidad. Se ha demostrado en múltiples experimentos que de manera general consideramos más confiables a aquellos individuos que percibimos como más atractivos (en parte por el efecto halo, en que suponemos que alguien que tiene una buena cualidad seguramente tendrá otras). Este es uno de los motivos de que en la publicidad aparezcan frecuentemente hombres y mujeres de gran atractivo físico, o bien famosos bien valorados, con el fin de vendernos un producto.

Sin embargo, la característica más influyente de la fuente a la hora de persuadirnos es la credibilidad, que viene dada ante el nivel de competencia de la fuente en el tema en cuestión

y la sinceridad percibida.

Veámoslo con un ejemplo simple. Nos dicen que dentro de diez años el cometa Halley se estrellará contra la Tierra. Si quien nos lo dice es una persona que nos encontramos por la calle, probablemente no cambiaremos nuestro modo de actuar, pero si quien lo dice es un experto de la NASA, es más probable que aumente la preocupación por ello. Otro ejemplo lo encontraríamos una vez más en el uso de celebridades para anunciar productos en piezas publicitarias. En este caso, la mayoría de famosos no solo tienden a ser atractivos, sino que además están asociados a un buen nivel de credibilidad basado en su imagen pública.

2 Receptor

En lo que se refiere al receptor del mensaje, las principales características que afectan a la hora de ser influidos son el nivel de inteligencia, la autoestima y el nivel de implicación con el tema.

Se ha de tener en cuenta que el efecto del nivel de inteligencia no se debe tomar como una medida directa. No es que quien más influenciado sea tenga menos inteligencia, pero alguien con mayor inteligencia sí tendrá más recursos para poner en duda los argumentos esgrimidos en la persuasión. Al tener una capacidad mayor a la hora de aprender y de utilizar en tiempo real la información memorizada, la manera de dialogar de las personas más inteligentes resulta más fluida y consistente, algo que se plasma en los resultados que obtienen a la hora de convencer.

En lo que respecta a la autoestima, generalmente nos encontramos con que a menor autoestima, menor probabilidad de que consideremos nuestros propios argumentos como válidos, aceptando más fácilmente los de otros.

3 Mensaje

Otro de los elementos principales a la hora de persuadir a alguien es el propio mensaje en sí.

Varios estudios indican que el hecho de emplear un mensaje más racional o más emotivo dependerá del tipo de respuesta que se quiera favorecer. También afecta que el mensaje incorpore elementos que provoquen miedo o sensación de amenaza: según la teoría de motivación de protección de Rogers, tenderemos a buscar y a considerar más ciertos los mensajes que nos permitan minimizar o evitar un daño.

Se ha investigado también el hecho de que la persuasión se dé más a menudo con un mensaje cerrado o abierto, indicándose que por lo general es mejor dejar una conclusión abierta a la interpretación, si bien guiada en la dirección de la que se quiere persuadir. Esto puede ser debido a que de esta manera los oyentes quedan más satisfechos al llegar a esas conclusiones, algo que experimentan como si hubiese sido un descubrimiento realizado por ellos mismos, sin que alguien les intente imponer una idea desde fuera.

Por último, se ha discutido si es conveniente indicar únicamente los argumentos que favorecen la propia postura o deberían indicarse también los argumentos de la postura opuesta. En este aspecto se ha sugerido que resulta más persuasor mostrar ambas posiciones, pues de lo contrario resulta más perceptible que la intención del mensaje es la de crear publicidad o propaganda más que aportar datos para decidir racionalmente, y esto termina provocando reactancia.

Una forma de influir en los demás.

Tal y como hemos visto, la persuasión consiste en parte en detectar esas "grietas" en las defensas psicológicas de una persona por las que se puede influir y sea más fácil convencerlas de tomar una decisión. Eso sí, este proceso no debe dar la sensación de que la persona a la que se intenta convencer pierda o ceda ante la persona que la convence, dado que el simple hecho de experimentar un intercambio de ideas percibiéndola desde esta perspectiva genera resistencias difíciles de derribar.

Por consiguiente, la persuasión no actúa a través de la racionalidad, sino mediante los heurísticos y los atajos mentales en general. Las personas que son persuadidas apenas se dan cuenta de ello, ya que en muchos casos creen estar actuando solamente a partir de su racionalidad.

Es por eso que estas estrategias son tan utilizadas; permiten hacer que una persona se decante por cierta opción sin que advierta la presencia de un plan para persuadirla.

1.6 Distinción entre argumentos correctos (o válidos) y argumentos meramente persuasivos

Tal y como se ha venido diciendo, en el campo del Derecho el argumento válido o correcto será aquel que se construya racionalmente, es decir, con fundamento en razones basadas en las propias normas que constituyen el Ordenamiento, que respetando sus cánones lógicos justifiquen la decisión jurídica.

Al respecto, cabe precisar que entre las tareas prácticas del terreno jurídico, destacan sin duda la de creación normativa por parte del legislador y la de aplicación de normas por parte de los jueces. Pues bien, al haber establecido que hay una argumentación jurídica que justifica las decisiones en forma de racionalidad práctica, se debe ser consciente que en estas tareas prácticas al final se producen normas ya sean estas generales o particulares.

Estas normas que producen las actividades legislativa y jurisdiccional, deben incorporarse armónicamente al sistema jurídico al que pertenecen, lo que implica que dichas normas sean consideradas plenamente válidas en términos jurídicos. Ahora bien, el argumento que se encuentra detrás de cada una de las normas producidas, debe ser un argumento correcto o válido dentro del Derecho, porque de lo contrario dicha norma no podrá ser considerada como parte de dicho sistema.

Y precisamente se estará ante una norma inválida para el sistema, cuando los argumentos que se encuentren tratando de justificar dicha decisión sean meramente persuasivos. Teniendo el carácter de persuasivos aquellos argumentos que hayan pretendido por medios ajenos a los estrictamente jurídicos, adherir la voluntad de los agentes participantes en el discurso, a través de mecanismos no previstos ni autorizados en las propias normas o bien argumentando en un sentido distinto a lo que el sistema normativo prevé. Aquí, se podría estar frente a argumentos perfectamente válidos en otro terreno, como el moral, económico, político, social, religioso o de cualquier otro tipo, pero que en ninguna forma se justificarían como válidos en Derecho si no tuvieran como fundamento una norma, un principio o un valor superior del ordenamiento jurídico.

1.7 Argumentos deductivos y no deductivos: validez y corrección

Al indicar que ha habido distintas teorías que se han encargado de explicar la aplicación e interpretación del Derecho, se ha dicho también que éstas pueden clasificarse en logicistas y no-logicistas. Las primeras, en donde se encuentran la Escuela de Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos, van a establecer que el criterio de validez y de racionalidad de toda decisión jurídica, va a determinarse con base en criterios lógico-deductivos de carácter silogístico.

De esta forma se puede afirmar que el argumento deductivo será aquel por virtud del cual se infieren de forma lógica y necesaria las conclusiones a partir de sus premisas.

Esto significa, que a través de un razonamiento lógico es posible establecer claramente la premisa mayor, la premisa menor y de ahí concluir en forma necesaria en un silogismo puro. En el ámbito jurídico se puede establecer esta forma de razonamiento si se parte de la idea de que la norma general y abstracta constituye la premisa mayor, el caso concreto controvertido la premisa menor y el sentido de la decisión es la conclusión que se obtiene mediante una simple subsunción.

En este tipo de razonamientos que ofrece la lógica tradicional, es posible construir un argumento en donde el criterio de validez lo determine precisamente esa inferencia deductiva y necesaria.

Ahora bien, la forma de entender la difícil tarea práctica de aplicación e interpretación de las normas, ha evolucionado de tal forma que las teorías de la Argumentación Jurídica desde Viehweg y Perelman como precursores hasta MacCormick y Alexy como actuales, sostienen un criterio de racionalidad no logicista.

Con ello no se pretende aseverar que el criterio de lógica deductiva y silogística no opera en la construcción de argumentos que validen una decisión jurídica; sino que, más bien, se viene a defender que el criterio de corrección lógico-deductivo es un elemento necesario pero no suficiente en la construcción del argumento que valide la decisión.

Lo anterior, lleva a colegir que las teorías de la Argumentación Jurídica van a defender en términos generales, la idea de que el puro silogismo no es suficiente para garantizar un argumento válido en el terreno jurídico. No obstante ello, siempre se requerirá de la corrección lógica que permita llegar a una conclusión, pero además, se puede (como de hecho ocurre) hacer uso de un elemento adicional que no satisfaga los requisitos de necesidad que implica el argumento lógico en forma pura.

En este sentido es posible encontrar algún argumento no-deductivo, también conocido como abducción en donde no se da esa deducción en forma necesaria, pues más bien se estaría en presencia de un tipo de silogismo cuya premisa mayor es evidente pero la premisa menor es menos evidente y por ello la conclusión sólo podrá ser probable.

Al respecto, señala Manuel Atienza que dicho argumento –no tiene carácter deductivo, pues el paso de las premisas a la conclusión no es necesario, aunque sí altamente probable. Si se acepta la verdad de las premisas, entonces hay una razón sólida para aceptar también la conclusión aunque, desde luego, no puede haber una certeza absoluta.

Lo anterior, resulta entendible si se percibe el hecho de que estas teorías recientes de la Argumentación Jurídica, dan un viraje en la forma de entender la decisión jurídica que va de la certeza a la incertidumbre; es decir, ahora el intérprete no descubre significado de las normas sino lo atribuye y en ese sentido son teorías que defienden la idea de que hay muchas respuestas válidas posibles.

1.8 Distinción entre forma y contenido: la forma como criterio de validez

En este punto cabe destacar, primeramente, que el argumento deductivo tal y como se ha caracterizado, utiliza como criterio de validez la lógica formal tradicional; no obstante, dicho argumento puede resultar insatisfactorio pues sólo suministra criterios formales de corrección sin considerar aquellos materiales o de contenido. De esta manera es posible encontrar un argumento correcto en el plano lógico, pero que partió de premisas falsas; o bien un argumento incorrecto aunque la conclusión y premisas puedan resultar verdaderas.

En este sentido, se deben distinguir aquellos argumentos que son manifiestamente inválidos de aquellos que sólo aparentan ser válidos sin serlo como son las falacias. Aquí, es necesario precisar que no sólo existen falacias formales, es decir, argumentos que parecen correctos en el plano deductivo pero que no lo son, sino también falacias materiales en donde destacan la de atingencia y la de ambigüedad.

En las primeras las premisas carecen de correspondencia lógica con las conclusiones y por ello es imposible establecer su verdad; en las segundas, aparecen razonamientos con términos o palabras cuyo significado es susceptible de cambiar en el proceso lógico del razonamiento deductivo.

En el caso de las falacias de atingencia se pueden destacar el argumento ad ignorantiam, el argumento ad hominem y la petición de principio; en las falacias de ambigüedad se trata de un problema de significación en el lenguaje al que se ha hecho referencia en el punto 4 de

esta unidad.

Sin duda alguna en el terreno argumentativo del Derecho se requiere de la corrección lógico-formal, pero esta aunque es necesaria puede resultar insuficiente; por lo que un buen argumento debe serlo tanto en el plano formal como en el material para evitar caer en las falacias antes señaladas.

1.9 Las funciones de verdad

En líneas precedentes se ha indicado que la validez de un argumento depende, de que en un proceso justificatorio se hayan respetado las reglas deductivas o de corrección lógica que correspondan al caso. Pero resulta de capital importancia no confundir la idea de validez con la de verdad, pues sólo los enunciados son verdaderos o falsos y los argumentos serán válidos o inválidos.

En ocasiones se suele calificar a un argumento de inválido cuando sus premisas y su conclusión son falsas; no obstante, podría darse el caso de que aun teniendo ese carácter las premisas y la conclusión el argumento sea válido. Ello, en virtud de que la validez no depende del contenido de las premisas y su conclusión, sino más bien depende de la relación de implicación aun cuando las premisas sean falsas o irreales.

Ahora bien, en este orden de ideas Stebbing sostiene que un -razona- miento es válido si la verdad de las premisas necesita de la verdad de su conclusión, esto equivale a decir que las premisas no pueden ser verdaderas y la conclusión falsa o, en otras palabras, que las premisas implican lógicamente la conclusión. Y más adelante continúa diciendo que la -relación lógica de implicación que existe entre una premisa y una conclusión no determina si la premisa es verdadera, por lo tanto, la validez de un razonamiento no es en modo alguno una garantía de que la conclusión sea verdadera.

Lo anterior, en palabras de Cohen puede ser resumido cuando, sobre el particular afirma que

es bastante fácil advertir que la verdad material de las premisas o de la conclusión, y la validez de la prueba, pueden ser relativamente independientes entre sí: una proposición falsa puede ser probada correctamente (partiendo de premisas falsas), y la prueba de una proposición verdadera puede ser formalmente defectuosa.

En conclusión, se puede afirmar que en el campo de la Argumentación Jurídica, los argumentos en los que se encuentre justificada una decisión deben ser válidos, en el sentido lógico-deductivo o en alguno distinto en que pueda validarse dicho argumento.

Pero además, debe exigirse que la premisa de la que parta el argumento sea verdadera, porque de lo contrario nos podemos encontrar con una conclusión que no sea compatible con las normas jurídicas que debieron haberse tomado como premisas mayores.

En ese proceso de atribución de significado de las premisas mayores, se debe ser sumamente cuidadoso para no caer sobre todo en la falacia de ambigüedad; y cuando se trata de argumentación en torno a hechos se requiere de todo un proceso lógico deductivo y normativo en su apreciación.

1.10 Cuantificadores

Al lado de la lógica proposicional se encuentra la lógica cuantificacional, cuyo objetivo es rescatar algunos elementos del lenguaje natural como son la predicación y la cuantificación, los cuales suelen estar presentes en todo tipo de argumentos. Así, se tienen a los llamados cuantificadores, que son aquellos elementos o palabras que vienen a explicitar las cantidades en los enunciados o juicios, de tal forma que simbólicamente se establezca que todos o sólo algunos de los elementos de un conjunto que mantienen una propiedad están afectados por el elemento deóntico determinado.

De esta forma es posible encontrar en el mundo normativo los llamados cuantificadores temporales, que son aquellos que se encuentran relacionados estrechamente a –las nociones de –alguna vez (–algunas veces) y –siempre. El ámbito de estos cuantificadores puede

también relativizarse a un período de tiempo de duración limitada.

Aunque al respecto cabe aclarar que en el terreno jurídico difícilmente se puede encontrar un cuantificador temporal –siemprel, pues generalmente las normas jurídicas en el elemento ocasión determinan una localización en el espacio y en el tiempo.

Pero, al igual que estos cuantificadores temporales, en los enunciados normativos es posible hallar variables abiertas o cerradas de distinto tipo, que pueden ampliar o restringir el ámbito de aplicación de una norma en cuanto a los sujetos afectados³¹. En este sentido, un enunciado abierto se puede cerrar sustituyendo las variables por constantes o bien cuantificando las variables, pudiendo ejemplificar esta noción con el enunciado abierto –todos pueden o todos debenl a aquel cerrado que indique –algunos pueden o algunos deben.

En el campo del Derecho van a ser trascendentes estos cuantificadores, pues como se ha indicado las normas jurídicas por lo que concierne al elemento sujeto y ocasión, van a determinarse cerrando sus variables pues aún en aquellos casos en que la variable sea abierta habría que excluir las excepciones. Por lo anterior, es que el aspecto cuantificacional de los enunciados jurídicos, debe ser un aspecto importante en la Argumentación Jurídica.

1.11 Tablas de verdad

Al lado de los enunciados individuales en los cuales puede atribuirse a un individuo una propiedad, tendríamos aquellos otros enunciados en los cuales se puede atribuir una propiedad a una cantidad limitada o ilimitada de individuos o bien describir relaciones entre varios individuos.

Aquí, se estaría ante la presencia de los denominados conectivos u operadores lógicos entre los que podríamos destacar la conjunción, la disyunción y la condicional.

La conjunción es un enunciado compuesto formado por dos enunciados simples o compuestos llamados conyuntos, de tal suerte que la relación entre ambos enunciados implica que la conjunción es verdadera si sus dos conyuntos también lo son.

La disyunción, por su parte, es el enunciado compuesto formado por dos enunciados simples o compuestos llamados disyuntos, sólo que aquí será verdadera la conexión de dos proposiciones si por lo menos una de ellas es verdadera.

El condicional, será aquel enunciado compuesto formado por un antecedente y un consecuente, de tal manera que lo que afirma un condicional es que si el antecedente es verdadero el consecuente también lo será.

Pues bien, respecto de todos estos enunciados que admiten la conexión y relaciones entre individuos y propiedades, se han construido en términos simbólicos las llamadas tablas de verdad sobre las cuales operan lógicamente dichos enunciados.

De ahí que, a los efectos del presente trabajo, resulte importante aludir a las citadas tablas de verdad para construir el argumento racional que justifique una decisión jurídica en donde se interpretan enunciados normativos.

Material de apoyo y bibliografía complementaria

Véase los siguientes videos como material de apoyo para reforzar lo visto en la unidad.

- <https://www.youtube.com/watch?v=XP6fA9JSB7M>
- <https://www.youtube.com/watch?v=MEYeisIfPD0>
- <https://www.youtube.com/watch?v=CIsFkZXJmew>
- https://www.youtube.com/watch?v=l-0zRcxhz_k
- <https://almacenederecho.org/la-interpretacion-y-sus-argumentos-iv-argumentos-teleologico-y-sistemico>
- <https://www.youtube.com/watch?v=4Q7jQQtj3w4>
- FERNÁNDEZ RUIZ, GRACIELA. Argumentación y Lenguaje Jurídico. Segunda Edición. Aplicación al Análisis de una Sentencia de la Suprema Corte De Justicia de la Nación
- Editorial: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS UNAM. 2011
- Reynoso Carlos. Lenguaje y pensamiento: Tácticas y estrategias del relativismo lingüístico. Ciudad autónoma de Buenos Aires 2015.
- Riestra Dora. Usos y formas de la lengua escrita: reenseñar la escritura a los jóvenes. Biblioteca didáctica, Buenos Aires, 2006
- Jañez Barrio Tarsicio. Lógica jurídica, Universidad Católica Andrés Bello 1998
- Rojas Amandi Víctor Manuel. Argumentación jurídica, editorial Oxford 2010
- Buenaga Ceballos, Óscar. Metodología del razonamiento jurídico-práctico. Elementos para una teoría. Editorial dykinson, madrid.

Unidad 2

Argumentos interpretativos

Objetivo de la unidad: Estudiar los principales argumentos interpretativos que existen en la retórica. Esta es un arte de enorme importancia para los saberes jurídicos, dado que implica un conjunto de orientaciones y reglas, dirigida a la elaboración de discursos, cuyo fin fundamental es convencer a sus destinatarios.

El análisis de los diversos tipos de argumentos, nos ayudará a entender el estudio del discurso jurídico, desde el punto de vista genético, es decir, la construcción de la invención o el hallazgo de pruebas y argumentos que el jurista habrá de organizar en su discurso, ya que compete a la organización, búsqueda y recopilación del material del que se servirá el abogado, en la elaboración de su trama (pruebas, documentos, argumentos, etc.); la disposición designa la organización y distribución de todo este material, de acuerdo con una estructura perfectamente especificada; la elocución o estrategia de elaboración verbal, consistente en la búsqueda de procedimientos expresivos adecuados, para la transmisión del mensaje, es decir, la selección del léxico adecuado para elaborar un texto jurídico; la memoria o relato escrito en retrospectiva, en la que el abogado recuerda los criterios básicos de un enunciado; y la acción en tanto elemento dinamizador a nivel fáctico y empírico del texto jurídico, o sea, la concreción en los hechos y la práctica de algo.

El discurso jurídico, también se puede visualizar a nivel de argumentos interpretativos desde su estructura interna, es decir, el exordio o introducción en tanto parte primera, donde el abogado inicia su discurso; la narración o el acto de contar una historia la exposición de los hechos; la argumentación o edificación de las razones el establecimiento de las pruebas, fundamentos y batería argumental; y finalmente el epílogo o conclusión del acto de habla jurídico la parte final del texto del abogado.

Los argumentos ayudarán a construir mejor el acto de habla jurídico los laudos, las tesis

jurisprudenciales, las demandas, las averiguaciones previas, la construcción legislativa, las decisiones judiciales, etc., con el propósito de evitar las falacias, los falsos argumentos, y a ser en consecuencia mejores juristas.

2.1 Argumentos dialécticos, argumentos apodícticos o demostrativos

En la tradición dialéctica aristotélica, se concibe a ésta en tanto arte dialógico. En ese sentido el argumento dialéctico es de corte erístico, ya que parte de un conjunto de premisas, supuestamente probables, pero en esencia no lo son. El argumento apodíctico es demostrativo ya que implica un silogismo, que se deduce de una conclusión a partir de principios primeros y verdaderos, y de otra serie de proposiciones deducidas por silogismo a partir de principios evidentes, ya que conoce la esencia de las cosas a través de conocimiento de sus causas.

La diferencia entre el argumento dialéctico y el argumento apodíctico es que el primero no es demostrativo y el segundo sí. En síntesis para Aristóteles existen tres tipos de argumentos: los apodícticos, los dialécticos y los sofísticos o erísticos. El argumento apodíctico, es aquel cuyas premisas son verdaderas, dado que su conocimiento tiene su origen en premisas auténticas y primeras, en pocas palabras, es un argumento demostrativo.

El argumento dialéctico es, para Aristóteles, una forma no demostrativa de conocimiento, es decir, probable. En ese camino, el silogismo dialéctico es no ostensible, ya que las premisas solo parecen probables, es decir, un procedimiento racional no demostrativo. Y, finalmente, el argumento sofístico o erístico, entendido como un razonamiento caviloso, incierto y ensimismado dotado de conclusiones ambiguas, equívocas y paradójicas. Este tipo de argumento implica una habilidad dudosa, para refutar o sostener al mismo tiempo tesis contradictorias.

2.2 Argumentos erísticos, pseudoconclusiones o paralogismos

Los argumentos erísticos, son una forma de sofística, es decir, de criterios discursivos banales y triviales, son aquellos en que se trata de defender algo falso y confundir de manera consciente al adversario. Es el típico argumento aparente. Aristóteles fue el primero en elaborar una clasificación de este tipo de pseudoargumentos y se caracterizan por su ambigüedad, equivocación y equivocidad.

Las pseudoconclusiones se observan en los sofismas y en los paralogismos, la primera, los sofismas, es una refutación falsa, con consciencia de su falsedad y para confundir al contrario y el paralogismo es una refutación falsa sin consciencia de su falsedad, es una falacia.

2.3 Argumentos deductivos y no-deductivos

Aristotélicamente hablando, un argumento es deductivo si coincide con el silogismo, dado que algunas cosas son consecuencia necesaria de otras, es decir, se deducen. En ese sentido el silogismo perfecto es la deducción perfecta, ya que las premisas contienen todo lo necesario a la deducción de la conclusión.

El argumento no-deductivo es en el que no existe el silogismo, es decir, es aquella estructura discursiva en el cual una vez planteadas algunas cosas, existe una interrupción o ausencia de necesidad. En el argumento deductivo hay tres enunciados, dos de las cuales son premisas y una tercera es conclusión. En cambio en el argumento no-deductivo no hay una articulación entre el antecedente y el consecuente, lo universal y lo particular, la premisa y la conclusión.

2.4 La analogía y la abducción, argumentos “a simili”, “a contrario” y “a fortiori”

La analogía es un procedimiento discursivo ubicado entre la univocidad y la equivocidad. La univocidad ha sido entendida por Aristóteles como lo sinonímico, es decir a los objetos que tienen en común el nombre, o la definición del nombre; por ejemplo: tanto el hombre como el buey se denominan animales. En pocas palabras lo unívoco es lo vinculado a un sinónimo, es decir, a aquél fenómeno lingüístico cuando en un enunciado se acumulan palabras de

significado parecido, por ejemplo: delgado es sinónimo de esquelético, flaco, chupado o desecado.

En cambio el homónimo designa la ambigüedad de un término en tanto se usa para denotar cosas diferentes. Por ejemplo, gato, puede ser un animal mamífero cuadrúpedo, puede ser un juego, el sirviente de alguien, etc. La analogía es el intermedio entre lo unívoco y lo equívoco, lo absoluto y lo relativo, es la mediación de los extremos, es el equilibrio de las cosas.

La abducción es la suma de la inducción y la deducción más un cuerpo de hipótesis. Charles Sanders Peirce la relaciona con la retroducción, en tanto primer momento del proceso inductivo, mediante el cual se elige una hipótesis —respuesta provisional y transitoria de algo—, que pueda servir para explicar determinados procesos. En síntesis, la abducción es un método utilizado por Aristóteles, los medievales y Peirce utilizado para explicar diversos procesos empíricos.

El argumento a simili, es una estructura discursiva de corte analógico en la que se busca la similitud de la proporción, es decir, se trata de establecer una mediación entre algo. Por ejemplo, si hay un conflicto entre dos partes, nos orientamos a establecer un acuerdo de consenso.

En cambio le llamó equívoco a lo homónimo, es decir a los objetos que tienen en común el nombre, en tanto que las definiciones aportadas por el nombre son diferentes, de esa manera es un animal tanto el hombre como un dibujo. El primer ente una corresponsabilidad, un ejemplo específico sería: si está permitido que una persona cruce el parque con un gatito, no contradice el permiso de que no se permita igualmente a una persona que cruza el parque con una tortuga. Es decir, por argumento a simili se puede establecer la relación de analogía entre un caso y otro.

El argumento a contrario sensu.

El argumento a contrario significa que si se toma como premisa la verificación de un hecho concreto en el que se cumplan todas las condiciones legales establecidas en el supuesto jurídico, entrarán en vigor para este caso concreto las secuelas o consecuencias jurídicas prescritas; puede consecuentemente concluirse, que al acaecer un hecho en el que no se cumplan todos los requisitos o condiciones legales previstos en la hipótesis normativa, no podrán aplicarse a éste, las secuelas o consecuencias jurídicas correspondientes.

En pocas palabras el argumento a contrario es lo siguiente: si no hay correspondencia entre la estructura normativa y lo que sucede a nivel fáctico, no se aplica tal norma a los hechos. Sobre esto, Tarello afirma que 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 sujeto).

Un ejemplo del argumento a contrario sensu en del derecho positivo mexicano, se encuentra en la disposición del artículo 14 constitucional en su primer párrafo, que dispone que: –A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, la cual interpretada en sentido contrario implica admitir que si se admite la aplicación retroactiva de la ley en beneficio de los sujetos.

El argumento a fortiori.

Este argumento representa el tanto más cuanto que, es decir, implica señalar: con mayor razón sucede esto. Implica el uso de adjetivos comparativos como –mayor que, –menor que y –a mayor razón de tal suerte que se pasa de una proposición a la otra en virtud del carácter transitivo de tales enunciados.

Un ejemplo sería el siguiente: si alguien es inocente porque no se aplica la norma a un caso

concreto, con mayor razón a tal sujeto se aplicará tal cuestión, en función de tales argumentos. Tarello define el argumento a fortiori en los siguientes términos: –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 cómo 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.

Un ejemplo del caso a minori ad maius es: si está prohibido arrancar cinco hojas de un libro, está prohibido robárselo. Ahora bien, en el caso de a maiori ad minus, el ejemplo es el siguiente: si está permitido fumarse seis cigarros, en consecuencia está permitido el fumarse un cigarro.

En esta ponencia intento destacar la vinculación de la abducción peirceana con la analogía aristotélico-escolástica. Creo que la sensibilidad hacia la analogía, como proceso de conocimiento, es indispensable para descubrir; y, además, ella funciona dentro de ese modo de inferencia que es la abducción. Como veremos, Peirce mismo da la pauta para su vinculación; pues pone el proceso mismo de conocimiento abductivo como basado en la captación de analogías entre las cosas; y, además, el razonamiento por analogía y la abducción tienen muchas semejanzas. Esto se ve en que el propio Peirce se llegó a quejar de que algunos lógicos le decían que lo que él proponía como abducción no era otra cosa que el razonamiento por analogía.

Peirce se defendió mostrando que estaban confundiendo ambos tipos de razonamiento; pero no negó la conexión de la analogía con la abducción. Argumentaré esto señalando primero la idea muy general que se hizo Peirce de la abducción misma y después apuntaré al origen aristotélico de la abducción; pasaré a lo que explícitamente dijo Peirce sobre la conexión entre abducción y analogía; y terminaré sacando algunas enseñanzas de la exposición de Peirce para aplicarlas al conocimiento analógico, sobre todo frente a la posibilidad del conocimiento de lo universal, de la universalización.

La abducción en Peirce y Aristóteles

La idea principal de Peirce con respecto a la abducción fue dar un instrumento a la lógica de la invención. Debe haber buenas o malas razones para producir o sugerir una hipótesis y no otra; y lo mismo para aceptar una y no otra. Es decir, Peirce distingue el razonar hacia una hipótesis del razonar desde una hipótesis. Justamente la abducción es el razonamiento hacia la hipótesis, esto es, desde los hechos hacia la hipótesis que les señala su causa o los explica.

Según Fann (1970: 5), Peirce dedicó cincuenta años a la investigación de la abducción, que resulta ser una de sus aportaciones más originales (si no en la idea, que es antigua, sí en la formulación y el esclarecimiento). Fue modificando su postura varias veces, pero el recorrido por la misma es sumamente ilustrativo. Suelen distinguirse dos épocas en la elaboración de la noción de abducción por parte de Peirce, pero Fann dice que se conserva substancialmente la misma teoría; en la segunda época sólo se sacan las consecuencias lógicas de la primera (Fann 1970: 13).

Peirce dio tanta importancia a la abducción, que llegó incluso a considerar que ella era la esencia de su pragmatismo (CP 5.196, 1903), pues la hipótesis es lo que nos mueve a actuar en la realidad y a disponer los hábitos conducentes para ello.

Además, considera el establecimiento de hipótesis como un razonamiento, en contra de muchísimos filósofos que no lo consideran como tal, sino como una intuición, o que lo veían como reducible a la inducción. Peirce le da un estatuto de razonamiento o inferencia peculiar y propia; más que ser una inferencia puramente explicativa, es ampliativa del conocimiento. Esto es, no tiene la necesidad de la deducción, y comparte la probabilidad con la inducción, pero tiene una estructura diferente.

Sólo se nota la peculiaridad de la abducción, dice Peirce, cuando no se tiene "una concepción de la inferencia [demasiado] estrecha y formalista" (CP 8.228, c.1910). Sin embargo, él no

renuncia a lo formal, pues dice que "aunque [la abducción] está muy poco estructurada por reglas lógicas, es una inferencia lógica, que asevera su conclusión de manera sólo problemática o conjetural, es verdad, pero teniendo una forma lógica perfectamente definida" (CP 5.188, 1903). En la abducción pasamos de la observación de ciertos casos a la suposición de un principio general que dé cuenta de ellos. Se pasa del efecto a la causa, esto es, se explica. De hecho, es el único razonamiento que introduce nuevas ideas.

De Kant toma Peirce la idea de que todo conocimiento envuelve una inferencia, según la idea de éste de que no hay conocimiento hasta que la pluralidad de la sensación es reducida a la unidad, y para ello se requiere introducir un concepto que no es una intuición sensible, por lo que se da lugar a una inferencia. La inferencia incluye la deducción y la inducción, pero hay otra tercera forma: la hipótesis (o abducción). Kant había dividido las inferencias de acuerdo a los tipos de proposiciones, en categóricas, hipotéticas y disyuntivas. "Sin embargo -comenta Fann-, el estudio de los escolásticos convenció a Peirce de que la clasificación de las formas inferenciales debe estar basado en una distinción genuina entre las reglas de inferencia o las mismas figuras silogísticas" (Fann 1970: 13). La deducción consigue la conclusión del silogismo, la inducción la premisa mayor y la hipótesis la premisa menor, combinando las anteriores partes.

Los estudios que Peirce hizo sobre Aristóteles y los escolásticos lo hicieron apartarse de Kant. En cuanto a la procedencia aristotélica de los tres modos de inferencia que acepta, ésta es señalada por el propio Peirce. De hecho, da por sentado que los tres modos se encuentran en los Analíticos Primeros del Estagirita. La deducción se halla a lo largo de toda la obra, y es expuesta como la inferencia de la conclusión a partir de la premisa mayor y la premisa menor. La inducción se halla en el cap. 23 de la misma, y es expuesta como la inferencia de la premisa mayor a partir de la premisa menor y la conclusión. Y todavía Peirce encuentra en Aristóteles otro modo de inferencia, en el cap. 25, y es el que corresponde a la abducción, vista como la inferencia de la premisa menor a partir de la premisa mayor y la conclusión. El mismo lo dice: "Busqué más allá y encontré que... Aristóteles abre el (capítulo) 25 con una descripción de la inferencia de la premisa menor a partir de la mayor y la conclusión..." (MS 475, 12-16, 1903; Murphey 1961: 60). Al igual que la inducción, la

abducción es la reducción de muchas cosas a la unidad.

Peirce usó, para el razonamiento hipotético, además del nombre de "abducción", los de "retroducción" y "presunción"; pero fue el de "abducción" el que predominó, sobre todo en la etapa final. En un manuscrito de la década de 1890, que contiene las notas de una Historia de la ciencia que Peirce proyectó y no realizó, es donde introduce el término de "retroducción", y señala que significa lo mismo que el término aristotélico "abducción" (CP 1.65, c.1896). Menciona "la dudosa teoría... de que el significado del capítulo 25 del libro II de los Analíticos Primeros ha sido completamente desviado del significado que le dio Aristóteles por una única palabra equivocada que fue insertada por Appellicon donde el original era ilegible" (CP 8.209, c.1905). Fann (1970: 30, n. 2) explica que Peirce "escribió en 1901 una investigación detallada sobre esta 'dudosa teoría' en The Logic of Drawing History from Ancient Documents" (CP 7.249, c. 1901), y remite además a CP 2.776, 1891; 2.37n., c.1902, y 5.144, 1903. En otro lado, a saber, en la entrada Abduction del Dictionary of Philosophy and Psychology de Baldwin, pone como término correspondiente a la abducción la apagogé de Aristóteles, y dice haber traducido al inglés esa palabra griega ajustándose a la palabra latina con la que la había traducido el humanista Julius Pacius, esto es, abductio. Dice: "Esta es la forma inglesa de abductio, una palabra empleada por Julius Pacius, como la traducción de apagogé (Analíticos Primeros, lib. 2, cap. 25), que ha sido vertida como deductio por Boecio y reductio y aun inductio por los escolásticos" (W 2: 108, 1867). Pero aclara, siguiendo a Waitz (Organon, i.534), que no tiene nada que ver con la "prueba apagógica". Como se ve, el mismo Peirce se empeñó en marcar la filiación aristotélico-escolástica de la abducción, lo cual la conecta muy de cerca con la analogía, que era lo que estaba en el fondo de la apagogé de Aristóteles.

La analogía en la abducción según Peirce

Al principio, la analogía es situada por Peirce del lado de la inducción, llegando a hablar de la inducción o analogía como si fueran lo mismo. En un manuscrito citado por Murphey, Peirce afirma: "El razonamiento a priori [la deducción] es inferir un efecto a partir de su causa. Razonar a posteriori [la hipótesis] es inferir una causa a partir de su efecto. Claramente hay

una tercera vía de razonamiento, que consiste en inferir una conexión mutua entre los varios efectos de una causa; ésta es la inducción (o analogía)" (MS 744, s. f.; Murphey 1961: 61n) Tal identificación se basa, como es sabido, en que la forma breve de la deducción era el entimema y la de la inducción el ejemplo, paradigma o analogía. Pero Peirce se da cuenta también de que la hipótesis está basada en características de las cosas (más que en las cosas mismas o en las clases de cosas), y por ello le parece esencial encontrar entre ellas lo común, y es consciente de que a veces no se llega a lo común unívoco, sino a lo común analógico. La analogía está, pues, muy vinculada con la abducción, a tal punto que le sirve de base o fundamento.

Para que se aprecie esta fundamentación de la abducción en las analogías, Peirce dice que la hipótesis es un argumento "que procede por la asunción de que una característica que se sabe que necesariamente envuelve cierto número de otras [características] puede ser predicada probablemente de cualquier objeto que tiene todas las características que se sabe que esta característica envuelve" (CP 5.276, 1868). Además, supone que en la selección de las hipótesis hay una inferencia, que, además de basarse en clases, se basa en características. Comparándola con la inducción, dice: "La esencia de una inducción es que infiere de un conjunto de hechos otro conjunto de hechos similares, mientras que la hipótesis infiere de hechos de una clase hechos de otra" (CP 2.642, 1877). Y esto lo hace basándose en características de los hechos, detectando sus semejanzas. La abducción, pues, maneja semejanzas, similaridades o analogías, aun cuando la inducción también lo hace.

Pero la abducción también toma en cuenta las diferencias, cosa que necesita hacer para elegir la hipótesis que, sin traicionar lo propio de los fenómenos, los congrege en algo común.

Otro dato muy importante que conecta a la abducción con la analogía es que aquélla está basada en la proporción o proporcionalidad entre las marcas o características de las cosas; y la analogía es precisamente proporción o proporcionalidad. También inducción está basada en ella, pero de manera diferente, pues ella ve la proporción de cosas más que la proporción de caracteres de las mismas (CP 2.702 y 2.706, 1883). Peirce añade que la abducción "es

diferente de la inducción debido a la simple imposibilidad de contar cualidades al modo como se cuentan las cosas individuales" (CP 2.706, 1883). Y ya que las cualidades o características no pueden ser contadas, han de ser estimadas. Entra de lleno aquí la proporcionalidad, la analogía, no sólo como semejanza, sino también como margen de diferencias. Además, Peirce lo hace ver en la explicitación del esquema de la hipótesis o del razonamiento hipotético, es precisamente el hallazgo de una proporción, en lo cual consiste la analogía. Dice que es así:

M tiene, por ejemplo, las marcas varias P' , P'' , P''' , etc., S tiene la proporción r de las marcas P' , P'' , P''' , etc.

De ahí que, probable y aproximadamente, S tiene una semejanza r con M (CP 2.706, 1883).

La analogía se da, pues, tanto en la inducción como en la abducción. Una y otra parten de los fenómenos y los conectan con base en sus semejanzas y sus diferencias; pero lo hacen de manera diversa. Peirce llega a decir que la inducción, la hipótesis y la analogía "en la medida en que su carácter ampliativo avanza, esto es, en la medida en que concluyen algo no implicado en las premisas, dependen de un solo principio y envuelven el mismo procedimiento. Todas ellas son esencialmente inferencias a partir de un muestreo" (CP 6.40, 1891). De las muestras obtienen, por procedimiento analógico, explicaciones.

Sin embargo, la analogía implica cierta vaguedad, y justamente es la vaguedad lo que Peirce tiene en vista cuando habla de la abducción, y tiene el explícito propósito de reducirla lo más posible. De hecho, la abducción es un proceso de universalización, asociado a lo que Peirce llama abstracción hipostática; allí se encuentra mucho de analogicidad, porque es la abstracción por el establecimiento de paradigmas o prototipos, y eso tiene que ver con la causa ejemplar, la que más involucra la analogicidad. Ahora bien, a Peirce le importa dar cuenta de cómo entra la vaguedad en la universalidad. Su adopción del realismo escolástico o escotista es la aceptación de la realidad de la vaguedad (Engel-Tiercelin 1992: 56). Así, "la cuestión del realismo y del nominalismo [...] significa en qué medida los hechos reales son análogos a las relaciones lógicas, y por qué..." (CP 4.68, 1891). En lugar de pensar, como el nominalista, que la realidad es definida y el pensamiento la degrada, Peirce cree que "la

verdad está más bien del lado de los realistas escolásticos, que lo desordenado es el estado primario, y que la definición y determinación, los dos polos del orden, son, a la larga, aproximaciones, de manera evolutiva, epistemológica y metafísica" (CP 6.348, 1909). La vaguedad y la generalidad son las dos formas de la indeterminación real que constituyen el núcleo del realismo de Peirce (Engel-Tiercelin 1992: 65). La generalidad no es reductible, pero la vaguedad sí lo es. La vaguedad es lo mismo que lo indefinido (extensional), como el *individuum vagum* de los escolásticos, y no debe confundirse con la ambigüedad, que es lo equívoco (intencional). La vaguedad es un aspecto pragmático del lenguaje, dependiente del contexto comunicativo. Exige interpretación. Pero la vaguedad también se da como constitutiva de la realidad. No solamente dice que la vaguedad es real, sino que lo real es vago (Engel-Tiercelin 1992: 76). Y allí entra uno de los sentidos más propios de la analogía. La analogía está entre la semejanza y la diferencia, pero predomina la diferencia. Peirce nos muestra que la analogía es una aceptación de la vaguedad de la realidad, no de su ambigüedad o equivocidad, como tampoco de su univocidad.

Hay, pues, un aprecio muy grande por parte de Peirce hacia la analogía, y esto se da en relación con la abducción. Ciertamente la abducción y el razonamiento por analogía son diferentes, pero en cierta forma la captación de analogías está presupuesta en la abducción. Parecería un razonamiento por analogía que se hace de manera instantánea, casi intuitiva; como dice el propio Peirce, es realizado de manera instintiva por el hombre. Este aprecio de Peirce por la analogía, en vistas a la abducción, me ha hecho preguntarme por algunos de los elementos de la epistemología de la analogía, sobre los cuales reflexionaré para sacar algunas aplicaciones de la teoría peirceana de la abducción al proceso del mismo conocimiento analógico, que es uno de los más básicos y que subyace a nuestros demás conocimientos. La epistemología de la analogía: la universalización por abstracción abductiva y analógica.

La universalidad de la abducción es una universalización con carácter de hipotética y revisable. Esta universalización abductiva de Peirce recoge un procedimiento que ya señalaba Aristóteles, ya que -según vimos- el término peirceano "abducción" es la traducción del término de la lógica aristotélica "apagogé", vertida al latín como "abductio" por su comentador Pacius. Como se nos ha dicho, la abducción es el modo o proceso en que, frente

a los datos particulares, se plantea una hipótesis explicativa o universal; se trata de encontrar conexiones entre las cosas, por sus semejanzas y sus diferencias, que puedan llevar a una ley general; se trata del conocimiento que pasa de los efectos a la causa, que era precisamente el camino que algunos medievales, de quienes tanto aprendió Peirce, hacían corresponder a la analogía, al conocimiento aposteriorístico, causal y proporcional o analógico I. Para el propio Peirce la forma principal de la abstracción está conectada con la abducción. La abstracción y la abducción son lo que más hace avanzar al pensamiento (CP 3.509, 1896). La abstracción hipostática de la abducción es un mirar lo abstracto de forma concreta, hacer una especie de hipostatización de las relaciones que rigen las cosas (CP 1.383, c.1890), una captación de lo universal en lo particular, así sea de manera provisional y corregible.

Para que se vea mejor la especificidad de la abducción, podemos compararla con la inducción. Según se aprecia en los esquemas de Peirce, la inducción consiste en llegar a ver que todas las As son Bs, pero la abducción es algo previo: captar que las As tienen algo que ver con las Bs. Allí opera una abstracción por analogía, que ayuda a ver las semejanzas y diferencias, esto es, las conexiones entre las cosas. Inclusive Peirce dice que algunos lógicos de su tiempo llegaron a reprocharle que lo que él llamaba "hipótesis" (o abducción) en realidad era una inferencia por analogía² Peirce, y explica que la analogía no se queda siempre al nivel de lo particular, sino que puede llegar hasta lo universal.

Así pues, la abstracción y la analogía se dan en la abducción. La abstracción opera en el interior de la abducción, de otra manera no se puede llegar a hipótesis generales. Por eso Peirce dice que, aunque la abducción es una inferencia, en ella opera o funciona un acto de tipo intuitivo, que se da de manera instintiva.

Pero la abducción o hipótesis, según el propio Peirce, es sólo el comienzo de la inducción universalizadora. Esa inducción universalizadora, que Aristóteles llamaba epagogé, comienza con lo que el mismo Estagirita llamaba apagogé, y Peirce abducción. Este último lo recalca diciendo que la abducción es la producción de la hipótesis, la cual será probada por una inducción cualitativa, como él la llama, y que de hecho es una deducción contrastadora. En efecto, Peirce dice que la inducción cualitativa puede describirse "diciendo que prueba una

hipótesis contrastando las posibles predicciones que puedan basarse en ella" (CP 7.216, 1901). La inducción cualitativa sólo ayuda a probar o a disprobar hipótesis; para remplazar la hipótesis que se ha desechado se necesita otro acto de abducción. Es lo que mucho después señalará Popper, en su *Lógica de la investigación científica*, donde dice que el método científico tiene dos partes, una inventiva y otra demostrativa.

La primera ayuda a elaborar buenas hipótesis, la segunda a probarlas. Pero aclara que él sólo hablará de la segunda, de cómo probar hipótesis; pues el modo de obtenerlas depende del genio y no puede enseñarse (Popper 1973). Pero lo que Peirce destaca en su idea de la abducción es que lleva internamente un acto de abstracción o de universalización, porque sin ello no serviría para nada. La puesta en común mediante el diálogo es sólo para confirmarla o refutarla por contrastación con el mundo empírico de manera social y controlada. El diálogo es necesario, pero más necesaria aún es la reflexión en la que se da la abducción abstractiva o abstracción abductiva.

En este sentido, al igual que la apagogé de Aristóteles, la abducción de Peirce supone una confianza en el poder abstractivo del intelecto. Peirce lo hace para ir en contra de la intuición intelectual del tipo de Kant. Por eso Peirce acudió a Aristóteles y a los escolásticos, para utilizar su teoría de la abstracción, de la intuición abstractiva. Peirce sostiene que necesitamos presuponer que tenemos capacidad de buscar o adivinar correctamente. Lo dice así: "Haremos mejor abandonando la empresa completa de aprender la verdad no importa lo urgente que pueda ser nuestra necesidad de averiguarla, a menos que podamos confiar en que la mente humana tiene el poder de buscar o adivinar correctamente, de tal manera que, antes de que tengan que probarse muchísimas hipótesis, pueda esperarse que la búsqueda inteligente nos lleve a una que soporte todas las pruebas, dejando sin examinar la gran mayoría de las hipótesis posibles" (6.530). Es por una abducción como confiamos en la abducción. Es por eso que el propio realismo está apoyado en una abducción.

De esta forma, la abducción contiene el proceso abstractivo que nos hace captar las leyes o los universales dados en las cosas, o, en términos de Peirce, la terceridad en la primeridad y la segundidad. Explica: "El hombre tiene cierta intuición, no tan fuerte como para ser más

frecuentemente correcta que errónea, pero lo suficientemente fuerte para no ser de manera abrumadora más frecuentemente errónea que correcta, de las Terceridades, de los elementos generales, de la Naturaleza. La llamo una intuición, porque tiene que ser referida a la misma clase general de operaciones a las que pertenecen los juicios perceptuales. Esta facultad es al mismo tiempo de la naturaleza general del instinto" (CP 5.173, 1903). Es una facultad o habilidad tan básica, que es casi instintiva; es tan rápida que puede llamarse intuición; pero es de naturaleza abstractiva, y realiza una operación inferencial, abductiva.

Es una intuición abstractiva de las leyes, esencias o universales de las cosas de la naturaleza y de la sociedad; pero no una intuición inmediata y simple, sino compleja, integrada en una inferencia, la abducción. Contiene en su interior todo un proceso de abstracción desde lo sensorial hasta lo intelectual, desde lo particular hasta lo universal, desde lo múltiple hasta el unitario, pero tan rápido que no se siente, y que se ve como un acto directo. Y puede llamarse inferencia en el sentido de que -como ya lo había dicho Kant- conduce la multiplicidad a la unidad, la multiplicidad de la percepción a la unidad de lo conceptual.

2.5 Los argumentos jurídicos como argumentos interpretativos

Un argumento jurídico para ser interpretativo, deberá racionalmente describir y explicar de manera contundente, un caso en función de tales criterios.

La argumentación está referida a la justificación de las premisas, de las decisiones y de los razonamientos. Para argumentar, podemos, en términos generales, acudir a la lógica formal o la lógica material también podemos emplear razonamientos pragmáticos que se construyen mediante procedimientos simétricos, deliberativos, públicos, sin violencia, etcétera—atendiendo a si se trata de un razonamiento de justificación interna o externa. Cuando el caso es fácil —justificación interna—, es decir, cuando no ponemos en duda las premisas fácticas o normativas de nuestro razonamiento, recurrimos al llamado silogismo subsuntivo (el modus ponens).

Por ejemplo: 1) El que comete el delito de robo debe ser castigado con la pena de tres

años) Juan cometió el delito de robo c) Juan debe ser condenado a la pena de tres años. Cuando el caso es difícil —justificación externa—, esto es tenemos un problema de interpretación (distintas lecturas de un enunciado normativo), un problema de relevancia (discutimos sobre la validez o vigencia de las premisas normativas), un problema de prueba (no sabemos si los enunciados lingüísticos sobre los hechos esta no no debidamente acreditados), o un problema de calificación (desconocemos si los hechos probados caben en los supuestos normativos) no podemos utilizar en primera instancia al silogismo subsuntivo tenemos que aclarar o precisar lo concerniente a las premisas normativas o fácticas, y para ello es preciso emplear todas las posibles formas de argumentación.

En la justificación externa se usan una gran cantidad de argumentos para determinar lo que establecen las premisas normativas. En la justificación interna se emplean principalmente argumentos deductivos (modus ponens, modus tollens, silogismo hipotético, silogismo disyuntivo, dilema, argumentos deductivos en varios pasos, etcétera). Para lo que puedan establecer las premisas fácticas tenemos que acudir a la argumentación sobre la prueba. Aquí, nos vamos a referir a los argumentos que sostienen la justificación externa de las premisas normativas —el análisis sobre la justificación interna y externa de las premisas fácticas o hacemos en otro lugar—.

Conviene hacer la aclaración de que los me todos y formas de argumentos tienen diversos impactos y consecuencias, dependiendo de si argumentamos sobre normas secundarias o si argumentamos respecto a las normas constitucionales. La interpretación y argumentación constitucional, aunque se apoyan también en los me todos y argumentos que a continuación desarrollamos, principalmente se realiza en nuestros días a través del llamado principio de proporcionalidad lato sensu, sobre todo cuando existe colisión entre principios constitucionales.

La razón principal de lo anterior tiene que ver con el carácter de las normas constitucionales y de las secundarias. Las últimas tienen generalmente la estructura de reglas jurídicas (de carácter más o menos cerrado, de estructura triádica, y que se aplican toda onada) y, por ello, es posible emplear de entrada la subsunción y el silogismo, mientras que las normas

constitucionales tienen el carácter de principios cuya naturaleza es indeterminada, abierta, sin consecuencia jurídica, y de aplicación progresiva, y, por lo mismo, no es posible de entrada para el intérprete utilizar el silogismo y la subsunción.

2.6 Argumento “a rúbrica”, argumento psicológico.

Un argumento a rúbrica se da en función del título o rubro que indica un razonamiento determinado en relación a un hecho específico. Esto implica la atribución de significado a un determinado enunciado que está en relación a la rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que dicho enunciado normativo se ubica.

En la tradición jurídica este tipo de batería argumental, es sin duda alguna uno de los más antiguos. El ejemplo que se podría señalar al respecto es el siguiente: dado un caso fáctico concreto —un delito por ejemplo—, la rúbrica de una estructura normativa señala algo específico que de una u otra forma debe ser acatado. Es decir, el rubro o título nos da la pauta en términos argumentales para tomar una decisión concreta.

El argumento psicológico, se define tal como señala Francisco Javier Ezquiaga como —aquel argumento —por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, el concreto legislador que históricamente la redactó.

En este caso el argumento psicológico se refiere a la voluntad del legislador para llevar a cabo una determinada actividad, es decir, a qué intereses sirve en tanto sujeto determinado. En síntesis, este argumento implica darnos cuenta de cuál ha sido el fundamento de la ley en función del propósito del legislador.

Es aquel por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponde con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, el concreto autor que la redactó. Hay que tener en cuenta, por tanto, que dado que el intérprete no puede realizar una indagación de tipo psicológico que tenga por objeto la mente del legislador en el momento en que elaboró la

regla, el intérprete tiene que acceder a la "presunta voluntad del legislador". El documento que más se utiliza para esto son los trabajos preparatorios, puesto que en ellos puede encontrarse las claves para establecer la voluntad del legislador que elaboró la regla. También son singulares la exposición de motivos y los preámbulos.

Preámbulos y exposiciones de motivos son declaraciones que anteceden al articulado de algunos textos normativos y en las que el legislador explica los principios o finalidad de esa norma. Hay una diferencia, aunque formal, entre ambas figuras: la exposición de motivos hace referencia a los proyectos y proposiciones de ley y tiene carácter necesario. Una vez terminados los procesos de enmiendas y aprobación, la exposición se convierte en el preámbulo de la ley. En nuestro ordenamiento jurídico el preámbulo no posee carácter normativo directo, pero tiene un cierto valor normativo indirecto porque a veces es un elemento interpretativo.

Hay un cuestión importante y es la de determinar si existe una verdadera voluntad del legislador. Hay quien sostiene que no existe esa voluntad del legislador a la que nos hemos referido ya que las leyes se elaboran en asambleas de composición ideológica heterogénea en las que no se puede encontrar una voluntad única. Por el contrario, también hay posiciones doctrinales que afirman la existencia de esa voluntad y que la voluntad de un grupo puede ser cristalizada por medio de probabilidades a través de datos empíricos que encuentran ciertas pautas que se repiten.

Los que están en contra de la fuerza de la interpretación psicológica se enmarcan en una teoría objetiva con una ideología dinámica, esto es, que se deben satisfacer las necesidades actuales y por tanto el intérprete será el que considere los factores que determinan el sentido. El texto se desvincula por tanto de su autor histórico.

Pero hay quien afirma que los trabajos preparatorios sí traducen la voluntad del legislador y que éste se expresa de forma más amplia y libre en los trabajos preparatorios que en el texto ya aprobado. El que así piensa suele adoptar una teoría subjetiva de la interpretación ligada a una ideología estática que defiende que el sentido de la norma no cambia respecto del que se presume de la voluntad del legislador en todo el período de vigencia de la misma. Con

ideología estática se hace referencia a que ésta procura la estabilidad y la certeza de las leyes, la seguridad jurídica en definitiva. Esta teoría subjetiva la suscribe la Escuela de la Exégesis, que en las culturas jurídicas modernas ha encontrado apoyo argumentativo en la doctrina de separación de poderes. Según sus tesis, el juez está sometido a la ley y no puede aclarar textos legales equívocos según su propio criterio aunque éste se oriente por consideraciones socio- económicas, porque eso puede convertir al juez en legislador y provoca inseguridad jurídica.

2.7 Argumento “sedes materiae”, argumento “ab autorictate”

Sobre el argumento sedes materiae, se puede decir lo siguiente: implica el lugar concreto y la sede topográfica que tiene en tanto enunciado normativo. Sobre esto Ezquiaga Ganuzas dice: –es aquél por el que la atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte.

En relación con este argumento se ha dicho que el aparato argumental tiene que ver con la ubicación o tejido espacial de localización de un precepto determinado. Un sujeto podría preguntar: ¿Dónde está el argumento? Y la respuesta es: a nivel de sedes materiae se ubica topográfica y territorialmente en tal espacio de la Constitución.

El argumento ab autorictate, se relaciona con la estructura de autoridad en términos jurídicos, que adopta un determinado enunciado. El ejemplo es el siguiente: de la autoridad emana un enunciado normativo que está especificado en el mando que posee la Constitución para establecer un conjunto de procedimientos específicos.

En síntesis, se puede preguntar un sujeto determinado: ¿Cuál es el argumento de tal sentencia? La respuesta es: está ubicada en función de la autoridad que le confiere tal ley en tal párrafo, por una serie de condiciones y situaciones concretas.

2.8 Argumento histórico. Argumento teleológico.

Sobre el argumento histórico se puede decir que se trata de aquél que está en función de la historicidad específica y de la diacronicidad concreta de una determinada batería argumental.

Ezquiaga Ganuzas dice al respecto: –A la hora de definir el argumento histórico nos encontramos con la dificultad, antes aludida, de la variedad de formas de entender el papel de la historia en la interpretación. No es éste un problema superfluo creado artificialmente, sino que puede tener una gran incidencia para nuestro trabajo.

El ejemplo que se puede precisar al respecto es el siguiente: un sujeto pregunta: ¿Cuál es el argumento de tal proceder? La respuesta es: históricamente ha sucedido de esta forma y se aplica en función de tal propuesta.

El argumento teleológico, tiene que ver con la interpretación dada de un determinado enunciado en función de su objetivo o finalidad. El ejemplo que se podría dar es el siguiente: un sujeto determinado pregunta: ¿Cuál fue la finalidad de tal ley? La respuesta es la siguiente: en función de su teleología o finalidad implica estos criterios.

Sobre éste argumento Perelman afirma que: –El argumento teleológico concierne al espíritu y a la finalidad de la ley, que no se construye 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. En pocas palabras el argumento teleológico implica establecer un enunciado en función de un telos o fin de algo, respecto a algo.

Unánimemente se reconoce que el artículo 3.1 in fine del CC está recogiendo el instrumento teleológico de interpretación cuando afirma "que las normas se interpretaran... en relación con... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquellas". De ello se desprenden dos consecuencias:

- I. Se considera que el elemento finalista en la interpretación no es un elemento más,

alternativo o sucesivo a los otros, sino el más importante, ya que se predica su utilización en todo caso y no sólo cuando la redacción es ambigua, y es considerado como criterio dominante que debe modular la aplicación de todos los demás, es el método de la última palabra.

2. Da base legal para todas las concepciones del argumento: al hablar el artículo

3.1 del CC de realidad social, de espíritu y de finalidad, se propicia la comprensión del instrumento teleológico desde su identificación con la voluntad de los autores del texto, hasta entendiéndolo como una herramienta de interpretación evolutiva.

Todos los autores coinciden en señalar que consiste en interpretar un enunciado de acuerdo con su finalidad; pero las divergencias son enormes en el momento de dar un contenido a la operación de fijar esa finalidad. El problema central en el argumento teleológico es el de determinar cuál es el fin del precepto. El fundamento del argumento es la idea de que el legislador está provisto de unos fines de los que la norma es un medio, por lo que ésta debe ser interpretada teniendo en cuenta esos fines.

Ahora bien, ¿cuáles podrían ser estos fines? Cuatro pueden ser las finalidades tenidas en cuenta en la interpretación teleológica:

1. El fin concreto del precepto: es lo que propugnan las tendencias teleológicas en sentido estricto. Por medio del argumento teleológico se atribuiría al enunciado aquel significado de los posibles más acorde con el fin concreto que persigue el precepto. Esta postura estaría emparentada con la concepción de la norma como un medio, un instrumento del legislador para alcanzar determinado objetivo. Cuando el legislador promulga una norma piensa en el fin que ella debe alcanzar, que es identificable aunque sea sólo en un pequeño elemento de cara a la consecución de un objetivo más general y ambicioso.

2. El fin general de la materia o institución regulada: la finalidad a tener en cuenta es más amplia. Se pone el acento en el carácter de medio de los preceptos pero para alcanzar un objetivo común a todos los que regulan una materia o institución. Toda norma jurídica

hay siempre que referirla a los principios de la materia, sin que él interprete pueda aislarla de ellos.

3. El fin genérico del derecho: La finalidad que debe estar presente en la interpretación teleológica es la que persigue el derecho como conjunto objetivo de normas, en concreto la justicia. El valor justicia sería un objetivo genérico al que deben responder todas las normas, cuya interpretación debe tomar siempre como punto de mira.

4. Los fines de la sociedad en la que el precepto va a ser aplicado: El argumento teleológico no debe tener en cuenta la finalidad del precepto tal como fue concebida por el legislador, sino la finalidad que persiga la sociedad en el momento en que se desarrolla la interpretación. El Artículo 3.1 del CC señala que debe realizarse una interpretación de la norma en relación con la realidad social en el tiempo en que han de ser aplicadas las normas, pero ha sido empleada gran variedad de fórmulas lingüísticas intentando todas ellas proponer ese carácter evolutivo que debe caracterizar, según algunos, a la interpretación teleológica. Unos hablan de criterios teleológicos de la sociedad, otros de necesidades de la sociedad, otros de sentido común social y otros de realidad de la experiencia o de intereses prevalentes.

Comenzaremos diferenciando dos posibles motivaciones la hora de referirse a la historia en la interpretación jurídica.

1. La concepción estática que se basa en la tradición y supone referirse a momentos históricos pasados valorándolos positivamente y rechazando de modo latente el cambio. Se configura pues como un método interpretativo conservador.

2. La dinámica que toma nota de la evolución de las sociedades en el tiempo. En este caso se promueve la adaptación del derecho a los cambios de la vida social.

Hay por tanto dos formas de recurso al argumento histórico: el uso estático y el uso dinámico.

Uso estático del argumento histórico.

Esta es la forma tradicional de entender este argumento: se presume que el legislador es conservador y por eso, aunque elabore leyes nuevas, su intención es no apartarse del espíritu que tradicionalmente ha informado a la institución regulada; es decir, ante una duda acerca del significado de una regla, el juez justifica la solución alegando que ésta es la forma en que tradicionalmente se ha entendido. Es preciso distinguir en este uso dos supuestos distintos:

– Cuando se apela a la continuidad de la regulación. El TC recurre a la tradición jurídica o la historia del derecho para resolver una duda interpretativa. Por ejemplo, el TC en una sentencia acerca de la eficacia retroactiva del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, señala que "esa retroactividad es en grado mínimo y responde a una constante de nuestra legislación arrendaticia", añadiendo algunas Leyes y Decretos para reafirmar su tesis. El argumento histórico se ve reforzado por la actual legislación, ya que esta ha confirmado la regulación tradicional.

– Cuando se apela a la finalidad históricamente perseguida. Se razona del siguiente modo: como la regla que plantea dudas interpretativas es continuación de la legislación que históricamente ha regulado la materia, la finalidad perseguida por esta regulación sirve de pauta interpretativa para la actual regulación. Hay ocasiones en que esa coincidencia de finalidades el TC la justifica por la coincidencia de redacción entre la regla que plantea la duda y su antecedente. Lo ordinario es que el TC cuando acude a la finalidad históricamente perseguida tenga en cuenta no una sola regla, sino la finalidad que han perseguido históricamente las diversas reglas reguladoras de una materia.

Uso dinámico del argumento histórico

Hay que tomar la historia como una tendencia hacia el futuro, como un proceso de cambio continuo, irregular, con rupturas y cambios en las circunstancias lo que impide entender las reglas actuales de acuerdo con los criterios proporcionados por normas de otras épocas ya superadas. Así, por ejemplo, se consideraría que las forma parte de un proceso histórico de cambio en la regulación de la materia, es decir, se constata que la regulación sobre una materia está inmersa en un proceso de cambio continuo, y por ello la historia sólo sirve para

poner de manifiesto la tendencia en la que la regla se encuentra y luego se interpretaría en función de la previsible evolución de esa tendencia. Es lógico que el uso del argumento histórico de esta forma sea para materias muy concretas tales como los derechos y libertades o las mejoras laborales.

Un ejemplo lo vemos en la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio con todas las garantías, frente al viejo proceso inquisitivo, se han ido consiguiendo logros parciales, y cumulativos que han llegado a nuestros días y que se reflejan en el art. 24 del texto constitucional condicionando su interpretación.

2.9 Argumento económico, argumento “a coherencia”. Reducción al absurdo.

En cuanto al argumento económico, se dirá que es aquél –por el que se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya ha sido atribuido a otro enunciado normativo preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero; debido a que si aquella atribución de significado no fuera excluida, nos encontraríamos frente a un enunciado normativo superfluo.

En síntesis se trata de establecer un tejido argumental en función de una propuesta economizante, es decir, orientada hacia un argumento pragmático, dirigido a la no-redundancia de un enunciado determinado.

Este argumento implica el hecho, que se debe prescindir de una batería de interpretación cuando, al admitirse el enunciado, se limita a repetir lo resultante de un texto jurídico pretérito siendo en consecuencia innecesario.

El argumento a coherencia, parte de la idea de que las paradojas o antinomias no tienen un estatuto de posibilidad al interior de un discurso jurídico, es decir, se refiere al espacio en que dos enunciados legales parecen o resultan ser incompatibles entre sí, ya que busca la conservación de los enunciados salvando cualquier situación de incompatibilidad.

El ejemplo podría ser el siguiente: un sujeto podría decir respecto a un enunciado jurídico determinado: En base a la argumentación a coherencia se supone que debe existir sistematicidad y racionalidad, siendo imposible todo tipo de contradicción al interior de una determinada estructura discursiva. Sobre este argumento dice Perelman: —El argumento a coherencia parte de la idea de que un legislador razonable —y al que se supone también perfectamente previsor— no puede regular una misma situación de dos maneras incompatibles, de manera que existe una regla que permite descartar una de las dos disposiciones que provocan la antinomia.

Este argumento permite al juez intervenir para resolver la antinomia, pero si nos atenemos estrictamente a la hipótesis de la coherencia del derecho, la solución preexistiría en el sistema jurídico.

Finalmente, en cuanto al argumento de reducción al absurdo, se puede decir que: es un tipo de batería argumental que permite la oposición a un tejido de interpretación determinado en un texto jurídico específico, por la derivación absurda, inadmisibile e ilógica a la que traslada y transfiere.

El ejemplo es el siguiente: un determinado sujeto no acepta una proposición determinada en un texto jurídico por las consecuencias absurdas a las que conduce el tejido de la interpretación respectiva.

2.10 La tipología de las falacias

Sobre la tipología de las falacias, se puede decir lo siguiente: la falacia o sofisma es una reputación aparente, a través del cual se quiere defender algo falso y confundir al adversario. Aristóteles señala que hay dos clases de falacias, las lingüísticas y las extralingüísticas.

Las lingüísticas, tienen las causas que a continuación se mencionan: la homonimia o equivocación, la anfibolía, la falsa conjunción, la falsa disyunción o separación y la falsa acentuación.

La equivocación se relaciona a la incertidumbre de un término determinado. El ejemplo es el siguiente: –Los males son bienes, pues las cosas que deben ser son bienes, y los males deben ser, aquí observamos la ambigüedad de un término en el uso de –debe ser. En el caso de la anfibolía, se refiere al enigma e imprecisión de un determinado enunciado.

El ejemplo es el siguiente: –no debe haber conocimiento, del conocimiento de algo. La falsa conjunción se refiere a la reunión errónea de un conjunto de términos.

El ejemplo es el siguiente: –un hombre puede correr cuando está dormido. La falsa disyunción es la separación errónea de un conjunto de términos.

El ejemplo es: –nueve es cinco y cuatro, en vez de: nueve es cinco y tres. La falsa acentuación, es la equivocada acentuación de términos.

Ejemplo: –tomo café, en vez de tomé café.

Las falacias extralingüísticas, son las siguientes: la confusión de lo relativo con lo absoluto, petición de principio y entre otras, la reunión de varias cuestiones en una. La confusión de lo relativo con lo absoluto es el uso de una expresión de un sentido absoluto a partir de un significado relativo.

Ejemplo: –si el derecho es la correspondencia entre lo óntico y lo deóntico, el derecho es. La petición de principio es una falacia que implica probar de manera absurda lo que no es evidente por sí mismo, mediante ello mismo.

Un ejemplo podría ser: cuando alguien quiere postular algo universalmente, y sólo se puede demostrar particularmente. Y finalmente, la reunión de varias cuestiones se presenta cuando alguien quiere demostrar una sumativa de algo, queriendo tener validez de conjunto, cuando sólo tiene validez individual, el caso concreto es: alguien quiere demostrar la eficacia de algo a nivel político, cultural, ideológico y jurídico, cuando sólo puede tener validez cultural.

Material de apoyo y bibliografía complementaria

Véase los siguientes videos para reforzar lo analizado y aprendido en la unidad

- <https://www.juridicas.unam.mx/videoteca/capsula/951-comentario-juridico-los-argumentos-juridicos-interpretativos>
- <https://www.youtube.com/watch?v=4Q7jQQtj3w4>
- <https://www.youtube.com/watch?v=8RLQyWHhSr4>
- <https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/la-argumentacion-juridica-desde-la-perspectiva-de-los-derechos-humanos-para-lograr-la-legitimidad-en-la-administracion-de-justicia/>
- https://www.youtube.com/watch?v=HQ-H_u0bg3k
- <https://www.youtube.com/watch?v=8Anpd11O8D4>
- Neil MacCormick. Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico. Palestrana editores, mayo 2016
- Igartua-Salaverría Juan. El razonamiento en las resoluciones judiciales, editorial temis, Bogotá Colombia 2014
- María Esand Luis. Interpretación Constitucional, universidad nacional del sur, buenos aires, 1999
- Tarello Giovanni. La interpretación de la ley. Palestrana editores 2018
- Amaya González, Renata Inés, Parra, Nicolás Una mirada a la argumentación jurídica, ediciones uniandes , junio 2019
- Álvaro Díaz La argumentación escrita. Editorial Universidad de Antioquía, 2002

Unidad 3

Teorías de la argumentación jurídica

Objetivo de la unidad: Abordar las teorías de la Argumentación Jurídica de mayor trascendencia y relevancia, desde Aristóteles y Cicerón, Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Stephen E. Toulmin, Neil MacCormick, Jürgen Habermas y Robert Alexy. Es una reflexión sobre los modelos argumentacionales de mayor presencia en las teorías jurídicas contemporáneas. En cada apartado, se hablará de manera breve pero sustanciosa, de las propuestas principales de cada una de las escuelas de pensamiento mencionadas.

Las teorías de la argumentación jurídica se desarrollan en Europa tras la Segunda Guerra Mundial (desde la década de los 50 en adelante) con un denominador común: la búsqueda de la racionalidad de la decisión jurídica, así como el estudio de la justificación del proceso de toma de decisiones.[3] Sin temor a equivocarnos, es Theodor Viehweg el padre o creador de las bases a partir de las cuales se desarrollaron en Europa y en América las distintas ramas o corrientes acerca de la argumentación jurídica. Su obra de referencia aparece en 1953, conociendo un inusitado éxito editorial. Su finalidad clara: crear un nuevo método para la interpretación y aplicación del Derecho.

Tópica y Jurisprudencia se inicia repasando la Historia de la Tópica desde Aristóteles hasta su utilización más reciente por parte de la doctrina jurídica civilista. Viehweg presenta, en primer lugar, el pensamiento de Vico que en una famosa guía de estudios, trató de conciliar el modo antiguo y el modo moderno de proceder al examen de los distintos conocimientos que interesan al ser humano. Al aludir a los métodos científicos, Vico calificaba al antiguo como retórico y al nuevo como crítico. El antiguo es una herencia del clasicismo grecorromano transmitido desde Cicerón y se basa en el sentido común que se intercambia con lo verosímil, operando por medio de silogismos.

En cambio, el método nuevo (que es denominado cartesianismo) es un método esencialmente crítico que toma como punto de arranque una primera verdad indubitable, cuyo desarrollo se efectúa por medio de criterios geométricos y con largas deducciones en

cadena. Sus ventajas son claras (la agudeza, la precisión), pero presente inconvenientes como la pobreza de su lenguaje o la inmadurez del juicio dado. Esas desventajas pueden ser superadas, según Vico, aplicando el método antiguo, en concreto, la Tópica Retórica, siendo necesario, por tanto, combinar ambos métodos. La contraposición entre la Tópica aristotélica y la Tópica ciceroniana ocupa las siguientes reflexiones del autor que estamos siguiendo. Aristóteles se ocupó del arte de disputar e intentó convertirlo en un cuerpo filosófico. Para el Estagirita, hay dos clases de argumentos: los apodícticos, que se mueven en el ámbito de la verdad, y los dialécticos, centrados en el campo de lo meramente opinable. La Tópica pertenece al terreno de lo dialéctico y es necesario encontrar un método que permita establecer silogismos sobre todos los problemas para evitar contradicciones. Para este filósofo, las conclusiones dialécticas son aquellas que tienen como premisas opiniones acreditadas y verosímiles que cuentan con aceptación.

Éstas sería objeto de la Tópica. Los modos de fundamentación en la Dialéctica son la inducción, el silogismo y además cuatro mecanismos de apoyo: el descubrimiento de las premisas principales, la distinción de las denominaciones de las cosas, el descubrimiento de los distintos géneros o tipos, y la obtención de las analogías o semejanzas entre géneros. Realizada esta labor, se puede tratar el tema de los tópicos, puntos de vista utilizables y aceptados universalmente, que se emplean en pro y en contra de todo aquello sobre los que se opina para obtener la verdad. La Tópica de Cicerón tuvo una mayor influencia y calado que la aristotélica, aunque, según Viehweg, su calidad sea inferior. Este autor romano diferencia entre invención y formación del juicio, dividiendo los debates en judiciales, deliberativos y laudatorios. Su aparato tópico se centra más en los resultados y la concibe como una práctica de la argumentación.

Para Viehweg, la Tópica es la técnica de pensamiento que se orienta hacia el problema. Rechaza el sistema aporético de Aristóteles para sostener que aquélla es una técnica de tipo problemático. Todo problema origina un arte de invención, una pluralidad de posibilidades. En palabras de Hartmann, debe contraponerse el modo de pensar problemático y el modo de pensar sistemático, aunque tengan conexiones. ¿Qué es un problema? Para el autor, es toda cuestión que, a primera vista, permite más de una respuesta y que requiere un

entendimiento preliminar. A ese problema se le insertan un conjunto de deducciones para llegar a una contestación: esto es lo que se conoce como sistema. Hay una Tópica de primer grado (se procede de un modo simple, tomando puntos de vista ocasionales y buscando premisas objetivamente adecuadas, lo cual genera inseguridad) y una Tópica de segundo grado (acudiendo a un catálogo de tópicos, con variadas clasificaciones como la Kästner). A pesar de las críticas de Kant, Vico, de nuevo, apreciaba este método y junto a él, Viehweg. La Tópica implica una interpretación, abriendo nuevas posibilidades y ofreciendo nuevos puntos de vista.

Las premisas de las que se parte se legitiman y se califican como relevantes, admisibles, etc. Cuestión diferente es probarlas, puesto que en este caso se exige una operación lógico-deductiva que hace innecesaria la invención. La relación entre la Tópica y el Derecho Civil, en el cual es difícil hallar deducciones de largo alcance, puede existir. Tras examinar textos del Derecho romano, el autor concluye que es éste un modo de pensar de tipo problemático, integrado por proposiciones y conceptos; la Tópica colecciona puntos de vista y los engloba en catálogos, creando una jurisprudencia regular en palabras de Viehweg, es decir, se trataría de una Tópica de segundo grado. Hay todo un repertorio de principios jurídicos sencillos y aceptados por hombres notables, de fácil aplicación. Pero, ¿es esto una ciencia? Los romanos no se preocuparon de esto y no es posible establecer una clasificación rigurosa hoy en día. Para Viehweg, la mentalidad de juristas y retóricos es la misma, siendo ambos herederos de la Dialéctica aristotélica, en oposición a la Dialéctica estoica.

Ejemplo de esa Tópica sería el *Mos Italicus*, cuyo representante más señero sería Bártolo. La falta de sistemática que caracteriza a la Tópica se utilizó para criticar esta corriente jurídica italiana y europea. Dos son las cuestiones que se planteaban como básicas: en primer lugar, ¿qué hacer cuando los textos se contradicen? Las contradicciones ocasionan dudas y de ahí pasamos a una discusión científica que reclama una solución. Ésta pasa por la elaboración de concordancias para lo cual existen varios métodos (el argumento de autoridad, por ejemplo). Sin invención, sin Tópica, todo esto no sería posible. En segundo lugar, ¿cómo se establece una correlación de situaciones? Se trata aquí de un claro tópico que implica la búsqueda de puntos de vista que justifiquen la aplicabilidad de un texto. Esto lleva necesariamente a arbitrariedades lógicas para hacer posible el desarrollo y la continuidad del mundo jurídico.

Sólo así pudo el jurista medieval recuperar el Derecho romano y convertirlo en Derecho Común. La sistematización hubiese bloqueado este desarrollo.

El sistema utilizado por los juristas medievales tenía varias fases: establecer los caracteres introductorias del texto en cuestión; aclaración de los términos empleados en el texto; división de las ideas básicas que el autor del fragmento ha querido transmitir; lectura, interpretación y síntesis; justificación de la decisión obtenida; y, finalmente, posibles réplicas. Visto este esquema, deduce el autor que lo capital es la discusión, una de las ideas claves de la Tópica: se buscan argumentos para la respuesta, se introducen varios puntos de vista, y se resuelve en base a uno de los tópicos más sencillos (el argumento de autoridad). La Tópica también presenta conexiones con el Ars Combinatoria, para la cual aquélla no es un método dado que carece de un mecanismo lógico-deductivo. Lulio y Leibniz intentaron, sin embargo, pasar al campo del Derecho el método matemático con un proyecto de casuística jurídica general, que fracasó por reducir la variedad del lenguaje a un lenguaje de precisión.

Llegamos así a la Axiomática. La cultura moderna occidental desea concebir la jurisprudencia como una verdadera ciencia, rechazando la Tópica. Se parte del trabajo previo de ésta, sistematizándolo, poniendo los conceptos en un orden lógico para asegurar un método deductivo. Esta sistematización no es un trabajo difícil: por medio del método axiomático (ordenar los conceptos de acuerdo con su dependencia lógica). Pero Viehweg objeta algo: ¿hasta qué punto se ha desterrado la Tópica? Para que esto se produzca, hay que seguir un formalismo riguroso mediante dos métodos: entender los conceptos jurídicos exclusivamente desde la relación en que se hallen y adoptar el sistema de Leibniz ya descrito. La conclusión del autor es que la Tópica nunca puede ser eliminada de un ordenamiento jurídico por varios motivos:

1.- El ordenamiento jurídico es una pluralidad de principios y de normas, que pueden entrar en colisión. Es fundamental la interpretación y, con ella, la Tópica. 2.- A la hora de aplicar el Derecho, debemos considerar que los distintos sistemas no son completos (hay, pues, lagunas) y la Tópica es el mecanismo para evitar esos vacíos. 3.- El uso de un lenguaje espontáneo y el examen o interpretación del estado de las cosas, que nos condice a resaltar

el papel preponderante de la Tópica nuevamente.

La conclusión, como ya afirmaba Cicerón, es que no se puede prescindir de la Tópica, si bien la Lógica tiene también su importancia, en segundo plano. Si se quiere dotar de carácter científico a la Ciencia Jurídica, hay que recurrir a la Lógica necesariamente.

Toda disciplina jurídica va a establecer unos puntos de vista desde donde partirá todo debate, es decir, admite unos tópicos o lugares comunes. Fue Ihering quien incorporó al mundo del Derecho una nueva noción, sin la cual no pueden ser entendidos cada uno de los derechos positivos: la noción de interés. Otro alemán, Weber, expuso que las Ciencias están directamente relacionadas con los problemas, los cuales son, de este modo, la causa directa de su aparición. Para solucionarlos, las diferentes ciencias tienen una serie de principios y objetivos que pueden sistematizarse, aunque otros no son susceptibles de ellos al carecer de principios seguros. Éste es el caso de la jurisprudencia. A través de la Tópica, se puede descubrir la estructura de la Ciencia del Derecho.

Para ello, se siguen tres presupuestos: la estructura total de la jurisprudencia ha de determinarse desde el problema mismo; las partes de la jurisprudencia han de ligarse específicamente al problema; y los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en relación con el problema. Siguiendo este esquema, Piel hace en el año 1930 una ordenación del Derecho privado, imitando la posición de un legislador; busca la participación de la comunidad, la justicia y el orden. Más adelante, será Esser quien afirmará que los conceptos de la jurisprudencia sólo cobran sentido a partir de la idea de justicia y que hay siempre juicios de interés. Se funda este autor en el Derecho Natural, no en el Positivo. Concluye así que todos los conceptos que se forman tienen el carácter de tópicos y son medios auxiliares en la discusión de los problemas. De acuerdo con Wilburg, nuestro Derecho está petrificado en un sistema rígido y de ser flexibilizado. Los principios proporcionan resultados aceptables siempre que se les ligue a la idea de justicia. Considerados de modo absoluto, sería inaplicables. El Derecho Positivo permite extraer de su seno una multitud de principios y no uno solo omnicompreensivo.

Lo fundamental es que el problema ha de conservar siempre su primacía, mientras que los

principios –que servirían de apoyo dialéctico- son susceptibles de ser quebrados, limitados o modificados. Estos principios pueden ser considerados como tópicos. Un resumen, pues, del pensamiento de Viehweg permite hallar las siguientes líneas básicas:

1.- El Derecho no tiene la consideración de sistema, dado que lo decisivo es la solución de los problemas. Para ello, no se parte de premisas totalmente evidentes, sino que son discutidas para conseguir la solución. El Derecho es un *ars inventiendi*.

2.- Toda decisión jurídica tiene una justificación interna (se parte de premisas aceptadas que no son discutidas) y una justificación externa (trata de descubrir una serie de premisas para la resolución del caso concreto).

3.- La argumentación jurídica se realiza siempre desde la discusión, desde el debate, partiendo de unas bases que carecen de carácter evidente, lo que significa que hay varias soluciones posibles.

4.- En conclusión, el Derecho no es una verdadera ciencia, sino una simple técnica. La consecuencia de todo esto es que hay que recurrir a un pensamiento de tipo aporético, usando premisas contestables y discutibles: las normas jurídicas y su validez tendrían una naturaleza absoluta; los tópicos serían premisas utilizables en relación a los problemas, teniendo en todo caso validez, tanto si se usan como si no se usan.

5.- La Tópica es una técnica del pensamiento problemático, diferenciada del método deductivo. La jurisprudencia como mecanismo especial para resolver problemas va unida indisolublemente a la Tópica y, por tanto, no es posible prescindir de ella. El instrumento de la Ciencia Jurídica hay que buscarlo no en la razón, sino en la racionalidad.

Algunos aspectos del pensamiento de Viehweg son cuestionables. Discutible es la necesidad de obtener el consenso, lo cual no sucede siempre en el campo del Derecho. Tampoco es determinante la obtención de una decisión justa "aquí y ahora", sino más bien una decisión razonable adecuada al Derecho vigente y a unos criterios mínimos de racionalidad. Y tampoco se puede considerar el mundo del Derecho como un conjunto de aporías, dado que

existen multitud de normas –más claras en su contenido algunas que otras- cuya virtualidad práctica depende de los casos concretos en que se haya de aplicar y de la simplicidad o complejidad con que tal caso se presente. Viehweg no da un catálogo de tópicos que se puedan utilizar por parte del operador jurídico. Serán sus discípulos (sobre todo, la Escuela de Maguncia) los que intentarán establecer una clasificación de los mismos, así como una jerarquía

3.1 El derecho como argumentación

El Derecho ante todo, es un ejercicio argumentativo, dado que su construcción implica la elaboración de fundamentos, razones y criterios sólidamente estructurados, desde su creación hasta su aplicación e interpretación.

Lo contrario, implicaría hablar del Derecho como sofisma o falacia, es decir, como algo lejano a la edificación de planteamientos sistematizados, de carácter simplista y banal. La idea del Derecho como argumentación, va de Aristóteles y Cicerón hasta Alexy y Habermas.

3.2 Antecedentes históricos: Aristóteles y cicerón

Aristóteles. En la historia de la filosofía es una de las figuras de primera magnitud. Junto a él, ha figurado en todo tiempo el nombre de su gran maestro Platón; y estas dos posturas filosóficas divergentes tienen que ser tenidas en cuenta en forma necesaria para la solución de los grandes problemas del espíritu. Aristóteles, nace en el año 384 A.c. en Estagira, Macedonia, y muere en el año 322 A.c. Su importancia en la teoría de la argumentación se resume en los siguientes puntos:

- El papel fundamental de la lógica, de la que ha sido el primer expositor sistemático, en tanto instrumento de todo conocimiento científico.
- La función asignada a la retórica, en tanto arte auténtico del habla y facultad de

considerar en cada caso lo que cabe para persuadir.

- Su teoría del discurso especificado en tres dimensiones, discurso deliberativo, discurso judicial y discurso demostrativo.
- La relevancia atribuida a los topoi o lugares comunes en los que el orador encuentra las bases o los elementos de su argumentación.
- La importancia dada a la disposición de las partes de un discurso, integrada por el exordio en la que el orador trata de ganar a su público, la narración, que es el acto de contar la historia, la demostración o presentación de los argumentos y el epílogo o conclusión del discurso.

Con Aristóteles es posible encontrar el establecimiento de las bases de la retórica y en consecuencia de un modelo argumentativo de nuevo tipo, el cual será de enorme importancia para el discurso jurídico.

Cicerón

Es un importante pensador romano que nace en el 106 a.C. y muere en el año 43 a.C. Es uno de los pilares más importantes en la construcción de la retórica. Él representa la conjunción de la práctica oratoria con la reflexión teórica y la sistematización de este arte, al tiempo que recoge las principales aportaciones de la tradición griega, especialmente aristotélica, y de los oradores latinos anteriores: Escisión Emiliano, Cecilio Metelo, Tiberio y Cayo Graco, Marco Antonio, Licinio Craso, etc. A él se debe la figura del orador ideal, y la idea de que en el discurso se debe enseñar, también con- mover y finalmente agradar.

Cicerón representa uno de los momentos claves en la historia de la retórica y de los modelos argumentacionales. Es uno de los pilares centrales en la edificación y construcción de un modelo discursivo, creativo y transformador.

3.3Theodor Viehweg y el resurgimiento de la tópica jurídica

La obra fundamental de Viehweg *Tópica y Jurisprudencia* se publicó en el año de 1953, cuya idea vertebral consistía en plantear el interés que tenía para el Derecho la reflexión retórica o tópica. Como es sabido el primero que habla de tópica, es Aristóteles, dado que uno de los seis apartados del *Organon* se denomina la tópica.

Ahora bien, Viehweg la ubica en función de tres elementos, por un lado es una técnica del pensamiento problemático; por otro, designa la idea de *topoi* o lugar común, y finalmente, la ubica como una búsqueda y análisis de premisas, siendo más importantes éstas que las mismas conclusiones. Por otro lado, Viehweg entiende por problema –toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución. Dicho autor se opone a la idea de sistema, y privilegia una técnica de pensamiento aporético en oposición a una técnica de pensamiento sistemática.

En síntesis, el pensamiento de Viehweg ha sido de suma importancia en la teoría jurídica contemporánea, sin embargo, tiene algunas ideas equívocas al negar la importancia de la función, el sistema, la estructura, la hipótesis y los dispositivos éticos al interior de los saberes jurídicos.

No obstante, el mérito central de este autor, no es el de haber diseñado un modelo o tejido paradigmático, sino haber descubierto un ámbito creativo para la investigación del Derecho.

3.4 Chaim Perelman y la nueva retórica

Chaim Perelman, fue un abogado y filósofo de origen polaco, nacido en 1912 y muerto en 1984. Para este autor la lógica de los abogados no es un segmento de la lógica formal debido a que los razonamientos jurídicos no se reducen a razonamientos lógico-formales.

Para él, la lógica se deriva de la retórica, y la argumentación jurídica es el paradigma de la argumentación retórica. Perelman señala que del Derecho es discurso y la retórica nos da la

clave para entender el discurso jurídico. Hay dos conceptos clave en la tesis de Perelman: auditorio universal y auditorio particular.

El primero que es la sociedad in genere se dirige a ella con la finalidad de lograr su adhesión por medio del convencimiento; el segundo, que es un auditorio concreto y determinado intenta lograr la adhesión a través de la persuasión.

El autor en estudio rechaza el modelo teórico del positivismo jurídico, proponiendo la idea de un derecho natural positivo, para adherirse al paradigma tópico de razonamiento jurídico muy similar a la propuesta de Viehweg.

La obra fundamental de Perelman, se llama Tratado de la argumentación. La nueva retórica, publicado en París en 1958, junto con Lucie Olbrecht-Tyteca.

3.5 La concepción de la argumentación de Stephen E. Toulmin: la estructura de los argumentos.

Stephen E. Toulmin es un pensador nacido en 1922. Su obra principal se llama: *The Uses of Argument*⁴. A diferencia de Perelman y de Viehweg, Toulmin no busca su modelo argumental en una recuperación de la tradición tópica o retórica. Él ha estudiado de manera profunda las teorías científicas en general y de manera particular la física y las matemáticas, sintiendo una enorme simpatía por el pensamiento de Wittgenstein y por la filosofía analítica. Este autor se ha preocupado enormemente por la filosofía de la ciencia, en su teoría de la argumentación hay una serie de propuestas relativistas, ya que para él no hay ningún sistema conceptual universal.

Para Toulmin, en el proceso de establecer un modelo argumental existen cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. La pretensión significa el horizonte de inicio y el devenir del acto argumentativo. Las razones deben estar basadas en hechos concretos, que desarrolla un sujeto determinado teniendo que aportar enunciados generales

y específicos que validen sus razones. Las garantías, son reglas que permiten o autorizan el traslado de un tejido enunciativo a otro. Y finalmente, el respaldo presupone la garantía matizada variando según el tipo de argumentación.

Con Toulmin se está frente a una auténtica teoría de la argumentación, ya que no pretende ofertar un paradigma que sirva para los saberes jurídicos, sino para el ámbito de la argumentación en general. Su modelo, propone una verdadera teoría de la argumentación donde utiliza los instrumentos de la filosofía analítica, pues argumentar significa aquí: esforzarse por configurar una pretensión con una estructura racional sólidamente construida con la idea de generar buenas razones. Con éste autor, el pensamiento analítico adquiere un prestigio formidable, dado que su modelo argumentativo supera enormemente, en función de su dispositivo categorial, a otros esquemas de argumentación general.

3.6 La concepción estándar de la argumentación jurídica. Neil MacCormick: una teoría integradora de la argumentación jurídica.

Neil MacCormick es un importante jurista anglosajón conocido fundamentalmente por su obra publicada en 1978, titulada: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Su modelo en materia de argumentación, es de enorme prestigio teniendo como tradición filosófica, la propuesta de David Hume, Herbert Hart, y la escuela escocesa. Su prototipo argumentativo implica la construcción de una teoría de corte descriptivo y normativo que analice, las variables deductivas y las no deductivas, ofrece una batería argumentativa que permite ubicar su modelo al interior del contexto de justificación.

Para MacCormick la argumentación cumple una función de justificación, esto quiere decir que existe una corresponsabilidad con los hechos y evidencias fácticas y las normas del Derecho positivo, en esa vía, justificar un proceso de decisión en el campo del Derecho, implica construir fundamentos y tejidos racionales que oferten una dimensión de justicia conforme con el propio Derecho. En síntesis, en MacCormick, el modelo argumentativo supone

articular una teoría de la razón práctica con la teoría de las pasiones, una propuesta que sea descriptiva y normativa, que dé cuenta de la racionalidad y de la afectividad.

Las críticas que se pueden formular a la tesis planteada por MacCormick son las siguientes. Su idea de que un juez puede razonar de manera adecuada, únicamente a través de establecer inferencias de tipo deductivo, es altamente cuestionable, ya que no toma en cuenta el papel de la abducción, la analogía y el argumento dialéctico.

Por otro lado, se critica su posición ideológica- mente conservadora, en la medida en que tiene un sentido extremadamente justificatorio en cuanto a las decisiones judiciales, dado que avala de manera crítica la facticidad de la instrumentalización del Derecho, por parte de los jueces británicos.

Por otro lado, su idea de espectador imparcial es ampliamente cuestionada, esto es, un ente puro axiológicamente neutral, ecuánime y ajustado. Otra crítica, es la idea que posee en relación al proceso de decisión judicial, la cual implica una entera pertinencia en la medida que es producto de un horizonte deductivo de razonamiento, en consecuencia, nadie que deje de ser racional puede dejar de aceptarla.

En síntesis, MacCormick ha hecho evolucionar enormemente su teoría de la argumentación - la cual pese a sus críticas- es una de las propuestas de mayor envergadura en el ámbito de las teorías generales de la argumentación y de la propia argumentación jurídica en particular.

3.7 Jürgen Habermas y la teoría del discurso práctico general. Robert Alexy y la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general. Las reglas y formas del discurso.

Jürgen Habermas es un importante filósofo nacido en Alemania en 1929, miembro de la segunda generación de la Escuela de Fráncfort, es hoy, sin duda, la figura más eminente (e igualmente controvertida) del debate socio-crítico y filosófico de Alemania.

Influido por el profesor T. W. Adorno, aunque también en desacuerdo con él, Habermas ha dedicado toda su vida a defender y reclamar el proyecto de ilustración crítica, o lo que él llama –discurso filosófico de la modernidadl. Es a su vez uno de los grandes creadores de los modelos argumentativos, en el que aplica su teoría de la acción comunicativa. Para este autor el Derecho, sólo cumple racionalmente su función integradora cuando es fruto del discurso racional, de un proceso participativo.

Su teoría de la racionalidad comunicativa, se basa en el estudio de las condiciones y estructuras centrales de la argumentación, esto es, en sugerir una dimensión discursiva de la aceptabilidad racional de nuestras teorías y enunciados. En esa medida, el actual auge de la teoría y la argumentación hay que ponerlo en relación, con las diversas propuestas de rehabilitación de la filosofía práctica.

No obstante, que el pensamiento habermasiano adopta una dimensión compleja, hay en su propuesta el objetivo de poner en escena un modelo argumentativo, que tenga por base una teoría de la sociedad, donde sea importante una forma de racionalidad orientada a sugerir explicaciones y justificaciones.

Su obra principal vinculada con cuestiones jurídicas se denomina Facticidad y validez, la cual constituye uno de los textos más lúcidos sobre los saberes jurídicos en la modernidad tardía. En síntesis, en el autor de referencia hay un marcado interés por el lenguaje en tanto tejido vertebral de la argumentación, porque es en la estructura del lenguaje donde el interés enfrenta a un consenso general y espontáneo. En ese horizonte, que es la competencia lingüística, es donde el hombre que argumenta encuentra la condición necesaria y suficiente de la racionalidad humana.

Ahí el encuentro intersubjetivo no es sólo un espacio de confirmación de la razón, sino que es el momento mismo en que esa razón se configura. Debido a esa cuestión, pretende indagar las condiciones universales que permiten ese entender.

Aquí, cada hablante, debe construir sus argumentos pensando en un acto de idealización de la acción comunicativa para generar una racionalidad más pertinente. En el caso de Habermas asistimos a una de las propuestas más lúcidas y eruditas de la teoría de la argumentación. A

pesar de no ser jurista, su condición de filósofo y de pensador universal le asigna una autoridad teórica fuera de toda duda.

Robert Alexy es un jurista y filósofo alemán nacido en Oldenburg en 1945. Su obra fundamental se intitula Teoría de la Argumentación Jurídica. Su modelo emerge de una teoría de la argumentación práctica, que aplica luego a los saberes jurídicos considerando al discurso del Derecho, como un caso especial del discurso práctico general, es decir, del discurso moral.

Su intención no es elaborar una teoría normativa de la argumentación jurídica, sino una teoría que sea analítica y descriptiva. Para Alexy un enunciado normativo es correcto –sí, y sólo sí, puede ser el resultado de un procedimiento.

Para Alexy las reglas y formas del discurso práctico general, implican varios pasos. En un primer sitio están las reglas fundamentales.

Él las plantea así:

(I.1) –Ningún hablante puede contradecirse.

(I.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

(I.3) Todo hablante que aplique un predicado —a un objeto — debe estar dispuesto a aplicar también a cualquier otro objeto igual en todos los aspectos relevantes.

(I.4) Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

(I.5) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significadosl.

Posteriormente, plantea las reglas de razón, las cuales definen las condiciones más importantes para la racionalidad del discurso.

Estas reglas son las siguientes:

–Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar

razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

- a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.
- b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.
- c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

A ningún hablante puede impedirle ejercer sus derechos fijados en a) y b), mediante coerción interna o externa del discurso.

El tercer tipo de reglas se denomina: reglas sobre la carga de la argumentación. En este tipo de reglas, si se hace un uso inadecuado de las anteriores se podría bloquear la argumentación. En ese sentido se añaden nuevas reglas, que son las siguientes:

Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B, está obligado a fundamentarlo.

Quien ataca una proposición o a una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contra argumentos.

Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifiesto.

La cuarta regla se llama: la forma de los argumentos. Este cuarto grupo está constituido por formas de argumentación específicas del discurso práctico.

La quinta regla se llama: reglas de la fundamentación, las cuales designan las características de la argumentación práctica, orientadas a regular la forma de llevar a cabo la fundamentación mediante las formas anteriores. Estas reglas son:

-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.

Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general. Las reglas morales que sirven de base a las concepciones sobre moralidad del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico- crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba: a) si aunque originariamente se pueda justificar racionalmente, sin embargo, ha perdido después su plena justificación racional, o b) si originalmente no se pudo justificar en términos racionales y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

De igual forma, las reglas morales que sirven de base a las concepciones sobre moralidad del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórico-individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables. Hay que respetar los límites de posible realización dados los hechos.

Y, finalmente, Alexy diseña las llamadas reglas de transición. Las cuales parten del hecho de que en el acto de habla se presentan diversos obstáculos que conducen a la elaboración de otro tipo de estructuración discursiva. Estas reglas son:

- (1) Todo hablante sólo.
- (2) -Para cualquier hablante y cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).
- (3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.
- (4) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

Hasta aquí, las ideas centrales de la propuesta de Alexy. ¿Cuáles son las críticas a esta propuesta? En primer lugar, se cuestiona enormemente su idea de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, en la medida en que resulta sumamente ambiguo plantear este tipo de caracterización.

Por otro lado, existe una crítica ideológica al respecto, ya que propone formular un código de la razón jurídica que se ubique en el interior del código de la razón práctica general, lo cual conduce a Alexy a adoptar un criterio normativista siendo esencialmente el discurso jurídico de corte prescriptivo. En esa vía, sus reglas de la razón jurídica son reglas tradicionales del método jurídico. No obstante, se está ante una de las propuestas más brillantes de los modelos argumentativos del discurso jurídico contemporáneo.

3.8 Los argumentos a partir de principios

En relación a los argumentos a partir de los principios, se puede decir lo siguiente:

Se trata de una argumentación que toma como base los principios generales del derecho en la construcción de sus actos de habla o enunciados vertebrales. Los principios generales del Derecho, son los principios más generales de ética social, ética jurídica, axiología jurídica o derecho en general, los cuales están constituidos por criterios que expresan un juicio específico en relación al quehacer o la conducta humana.

Ejemplos de los principios generales del derecho son: –dar a cada quien lo suyo o –nadie puede beneficiarse de su propio delito. Argumentar en base a principios, implica conocer de manera más adecuada los principios generales del derecho.

Formular un argumento tomando en cuenta los principios generales del derecho, también implica tener una caracterización de los saberes jurídicos, no sólo desde una dimensión normativa sino también ética, axiológica y de la antropología filosófica.

3.9 La argumentación en materia de hechos

Al momento en que se argumenta en material de derechos, se debe tener una definición adecuada de la idea de hecho jurídico. Esto designa a un supuesto jurídico determinado o una hipótesis normativa específica. Así, los hechos son aquellos acontecimientos o sucesos que entrañan el nacimiento, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, sin implicar la intervención de una voluntad intencional. En esa vía, existen hechos independientes de la voluntad del hombre, por ejemplo, el nacimiento o la muerte. Por otro lado, existen hechos que aunque resultan de la voluntad del hombre no es esto lo que hace producir las consecuencias jurídicas, por ejemplo, el caso de los delitos.

Por lo anterior, al argumentar en base a hechos jurídicos, implica entender el carácter histórico y fáctico de los propios hechos jurídicos.

En conclusión, argumentar en función de hechos concretos, supone conocer el contenido y la esencia de las cosas y no únicamente quedarse a nivel formal.

Material de apoyo y bibliografía complementaria

Véase los siguientes videos para reforzar lo visto en la unidad y comprender mejor los tipos de teorías argumentativas.

- <https://www.youtube.com/watch?v=H79y6lNwawo>
- <https://almacenederecho.org/teoria-de-la-argumentacion-juridica-y-iii>
- <https://www.youtube.com/watch?v=SUhzB-yrL-U>
- <https://www.youtube.com/watch?v=ut7JydpBi7U>
- <https://www.youtube.com/watch?v=FYfeScKAG84>
- <https://www.youtube.com/watch?v=cokCYs47NkU>
- <https://www.youtube.com/watch?v=vf-2TAp5jaA>
- Manuel Atienza. Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica *Volumen31 de Cuadernos y Debates/Centro de Estudios Constitucionales Series*. Editor Centro de Estudios Constitucionales, 1999
- Gerardo Ribeiro Toral Teoría de la argumentación jurídica, universidad iberoamericana, 2006, editorial plaza y Valdez.
- Juan Antonio García Amado Teorías de la tópic jurídica, editorial civitas, 1988
- Manuel Atienza. Derecho y Argumentación, universidad externado de Colombia 1997
- Eveline Feteris Fundamentos de la Argumentación Jurídica. Revisión de las Teorías Sobre la justificación de las decisiones judiciales, universidad externado de Colombia, 2007
- Manuel Atienza, Juan A. García Amado Un debate sobre la ponderación, editorial, palestra (Lima), temis (Bogotá), 2016.

Unidad 4

Ámbitos argumentativos no judiciales

Objetivo de la unidad: Presentar un panorama general de la argumentación jurídica en ámbitos distintos al judicial, es decir, mostrar algunas ideas relativas a la justificación de la decisión jurídica en los terrenos legislativo y administrativo.

En páginas anteriores se defendió el postulado de que el Derecho es un fenómeno eminentemente normativo, de tal suerte que la tarea del jurista puede reconducirse a las labores de creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

En este sentido se adoptó, de igual forma, aquel otro postulado a través del cual se admite que toda norma jurídica ya sea ésta general o particular, debe venir acompañada del argumento racional que justifique plenamente su validez. Ahora bien, al aceptar que la actividad argumentativa se encuentra ligada a toda decisión jurídica, debe establecerse que aunque dicha actividad suele apreciarse con mayor nitidez en la función jurisdiccional del Poder Judicial, también se presenta en las funciones jurídicas que desarrollan tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo.

Así pues, en las líneas subsiguientes se incidirá aunque sea de forma somera, en la Argumentación Jurídica que se presenta al momento de la creación normativa en sede Parlamentaria, así como aquella otra que formula la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones.

4.1 Argumentación en sede parlamentaria. La racionalidad del legislador

En diversos momentos de la historia del pensamiento jurídico, se llegó a sostener que la actividad legislativa no podía ser objeto de estudio de la Teoría General del Derecho, en virtud de que el objeto de la Ciencia jurídica lo constituía la norma como dato preexistente. Por ello, la función creadora de normas desplegada por el legislativo no debía ser estudiada por la Ciencia del Derecho, sino más bien correspondía a distintos campos científicos como el de la Filosofía, la Sociología, la Política o la Economía entre otros.

Fue en el año de 1780 con la aparición de la obra de Cayetano de Filangieri, cuando se fincan las bases de lo que ahora se conoce como Ciencia de Legislación. Dicho autor, en contraposición a Montesquieu quien utilizara por vez primera un método para desentrañar el alma o espíritu de las leyes; abandona conscientemente dicho método estableciendo que mientras el ilustrado francés –busca el espíritu de las leyes, yo busco las reglas. Él procura hallar en ellas la razón de lo que se ha hecho, y yo procuro deducir las reglas de lo que debe hacerse.

Se adopta así, una postura prescriptiva respecto de la legislación, de tal manera que la Ciencia del Derecho sea capaz de aportar elementos teóricos que establezcan las bases de racionalidad de la ley de manera previa a su elaboración. De esta forma, se puede en la actualidad afirmar que la –Ciencia de la Legislación se ocupa del proceso de producción de las leyes y de las normas en general. Su objeto de estudio es la legislación como actividad, como instrumento de regulación de relaciones sociales, y no ya la ley como elemento intangible.

Ahora bien, la Ciencia de la Legislación como género contiene o alberga dos especies a saber: la Teoría de la Legislación y la Técnica Legislativa. Por lo que hace a la primera, cabe decir que se trata del conjunto de estudios que sobre la legislación se realicen, ameritando su –reflexión sobre los problemas de naturaleza más abstracta y conceptualll mientras que la técnica legislativa es aquella –que se ocupa del conjunto de recursos y procedimientos dispuestos en orden a la composición y redacción de las normas que con ese nombre son aprobadas por una Cámara legislativa.

La Constitución como norma básica fundamental contiene disposiciones entre las que destacan los valores superiores, los derechos fundamentales y los principios del Estado democrático; pero este pacto social original es sin duda limitado y por ello debe ser desarrollado por el legislador.

De esta forma es dable afirmar que el Poder Legislativo al producir leyes o normas generales lo hace con base en la norma fundamental, de tal forma que previo al resultado legislativo debe existir un proceso argumentativo que justifique dichas normas. En este sitio se

encuentra lo que comúnmente se denomina racionalidad del legislador.

Para Manuel Atienza la racionalidad legislativa puede analizarse desde cinco niveles que en su conjunto la determinan y que son: racionalidad lingüística, racionalidad jurídico-formal, racionalidad pragmática, racionalidad teleológica y racionalidad ética.

La racionalidad lingüística o comunicativa es aquella referida a la correcta utilización del lenguaje que emplea el legislador, para transmitir un mensaje normativo a sus destinatarios a través de la ley. Una racionalidad lingüística nos permite reducir a su mínima expresión los problemas de ambigüedad y vaguedad en las normas producidas por el legislador.

Una buena legislación, por lo que al lenguaje se refiere, deberá caracterizarse por la propiedad, claridad, simplicidad y precisión de los vocablos utilizados.

La racionalidad jurídico-formal se refiere al aspecto sistemático del Derecho, es decir, que si por un lado es cierto que el fenómeno jurídico se traduce en norma no sólo se reduce a ello, sino que además es conjunto de normas que deben convivir armónicamente en el sistema al cual pertenecen.

De esta manera cuando el legislador crea una norma jurídica, debe ser consciente de que la misma se incorporará al conjunto del Ordenamiento, respetando los principios lógicos que lo gobiernan y que se resumen en la plenitud, la coherencia y la autonomía de las normas que constituyen el sistema jurídico.

La racionalidad pragmática es aquella que establece que una ley es racional, sólo en la medida en que exista una adecuación de la conducta o comportamiento de los destinatarios de la norma a lo prescrito en la misma.

Es decir, una norma jurídica creada por el legislador no será racional en este nivel, en el supuesto en que sus prescripciones no sean obedecidas por los sujetos a los que afectan las mismas.

En este sentido, se puede decir que la eficacia de las normas determina esa racionalidad pragmática, aunque en este punto no ahondaremos sobre las clases de eficacia sino simplemente nos limitaremos a decir que dicha racionalidad exige una eficacia en términos generales.

La racionalidad teleológica es aquella que, partiendo de la idea de que toda norma se crea para la consecución de determinados objetivos, se alcanzará sólo en la medida en que se logren esos fines. Aquí, no basta con que la norma sea cumplida y por lo tanto eficaz, sino que además se requiere que con su acatamiento se alcancen los fines para los que fue creada y con ello se vuelva eficiente.

Por último, la racionalidad ética en la teoría de la legislación será aquella que sea alcanzada, en la medida en que el producto legislativo sea compatible y por lo tanto no trasgreda los principios y valores superiores del Ordenamiento jurídico plasmados en la Constitución. Como se ha dicho con anterioridad, la norma superior contiene el aspecto axiológico que sustenta al Estado de Derecho, por lo que la legislación al desarrollar dicha norma fundamental debe ser respetuosa de dichos valores.

Aunque a efectos sistemáticos se ha dividido la racionalidad legislativa en estos cinco niveles, es posible concluir que al no darse cualquiera de ellos estaríamos ante una norma irracional en el plano argumentativo. Debiendo destacar que el nivel de racionalidad lingüístico constituye un presupuesto del resto de niveles.

4.2 Argumentación en el proceso parlamentario: exposición de motivos, dictámenes, debates.

El proceso legislativo que se encuentra previsto y regulado en la Constitución Federal, comienza con la iniciativa pasando por la discusión parlamentaria hasta llegar a su aprobación y publicación correspondiente. Pues bien, es precisamente en todo este proceso en donde se va a verificar la actividad argumentativa, por virtud de la cual se justificará la decisión jurídica a través del consenso alcanzado mediante ciertas reglas de procedimiento.

Es en los debates parlamentarios en donde se va a apreciar el diálogo intersubjetivo de los distintos sectores que representan al pueblo, los cuales en condiciones de libertad e igualdad expresarán las razones que sobre la iniciativa en concreto consideren oportunas.

Aquí, se deberán discutir todos y cada uno de los aspectos de la propuesta legislativa, a efecto de determinar en qué medida se alcanza cada uno de los niveles de racionalidad a los que antes se ha hecho referencia. En este proceso se tendrá que ir consolidando esta racionalidad legislativa desde la iniciativa, en el debate se propiciará el diálogo intersubjetivo que permita llegar a un consenso que en un primer momento justifique dicha decisión.

Hay que recordar que la iniciativa primeramente se discute en la comisión o comisiones del ramo respectivo, a partir de la cual se logrará un primer consenso que se cristaliza en el dictamen legislativo. En este primer proceso, se deberá atender el cumplimiento de los distintos niveles de racionalidad, aunque aún sean susceptibles de revisión en la aprobación del pleno de la Cámara legislativa.

Asimismo, es posible sostener que la exposición de motivos que precede el texto normativo propiamente dicho, no se incorpora formalmente al ordenamiento jurídico, pero a pesar de ello pueden obtenerse de ahí algunos datos que ilustren acerca de la consecución de algunos niveles de racionalidad. En dicha exposición de motivos puede encontrarse, por ejemplo, los fines que pretende alcanzar el legislador con la ley promulgada o los valores superiores que pretende resguardar en atención a la racionalidad teleológica o ética respectivamente.

4.3 La racionalidad política y la ley: la negociación parlamentaria

En el primer punto de esta unidad se abordó el tema relativo a racionalidad que implica la tarea legislativa, siempre circunscritos al ámbito estrictamente jurídico de lo que aquí se ha denominado Ciencia de la Legislación. No obstante ello, se debe ser consciente de que en el proceso legislativo se ventilan múltiples intereses que resultan ajenos al derecho.

Entre esos múltiples intereses resalta sin lugar a dudas el de la Política, el cual es hecho valer por los distintos grupos y fracciones parlamentarios que conforman un Congreso. A menudo, se suele decir, que los representantes populares en atención al grupo o partido político al cual pertenezcan, en el proceso de discusión y aprobación de leyes llevan a cabo una negociación.

Pero: ¿hasta qué punto dicha negociación es compatible o más bien trasgrede los cánones de racionalidad legislativa antes descritos?

Al respecto, se ha dicho que en el discurso de la negociación se pueden apreciar dos modelos de racionalidad antagónicos entre sí: en primer lugar, un razonamiento instrumental representado por preferencias e intereses egoístas tendentes a maximizar el propio bienestar; en segundo lugar, un razonamiento imparcial limitado por los derechos de las personas y el bien común.

Aquí, se puede admitir que en todo proceso parlamentario hay negociación, pero ésta debe ser aquella basada en un razonamiento imparcial en el que se hagan coincidir las distintas ideologías partidistas con los principios rectores del Estado democrático de Derecho.

En caso contrario se estaría ante un producto legislativo inválido e ilegítimo a la vez, precedido de una negociación que sólo buscó la maximización de intereses particulares. Así pues, en el proceso racional de construcción normativa en sede parlamentaria, debe argumentarse políticamente siempre bajo la óptica del respeto irrestricto a las normas constitucionales.

Comúnmente los representantes populares al provenir de distintos sectores sociales carecen de una formación jurídica, no obstante las Cámaras legislativas deben contar con asesores que cuenten con conocimientos de técnica legislativa, a efecto de que las negociaciones políticas puedan encontrar su cauce jurídico. En muchas ocasiones pese a que las iniciativas o dictámenes han sido revisados por los expertos, pueden verse afectados en su estricta racionalidad jurídica por negociaciones políticas de última hora, lo cual además de inadecuado puede resultar también indeseable.

4.4 La racionalidad económica y la ley

Entre los intereses extrajurídicos a los que se ha hecho referencia y que influyen en el proceso legislativo, se encuentra estrechamente ligado al de la Política sin duda alguna la Economía. En todo tiempo, pero sobre todo ahora que se ha puesto en boga el término globalización, el factor económico se encuentra presente en la totalidad de procesos creadores de la ley. Ello, entre otras cosas, hace que en la actualidad nadie puede negar la estrecha y necesaria relación entre Economía y Derecho.

Ahora bien, admitido lo anterior se debe reflexionar en torno a la polémica que surge, entre si deben ser las reglas del mercado las que se impongan en las normas o más bien, es el Derecho el que por medio de sus disposiciones regule al mercado imponiéndole límites.

En el terreno de la Economía se suele afirmar que las asignaciones de los recursos que tienen la propiedad de poder mejorar el bienestar de alguna persona sin empeorar el de ninguna otra, se denominan asignaciones eficientes en el sentido de Pareto. El mercado competitivo tiende a hacer asignaciones de recursos en el sentido de Pareto o sea en términos de costo-beneficio. Sólo en caso contrario es que se justifica la intervención del Estado.

Lo anterior, hace pensar que según las reglas de la Economía no podrían establecerse normas jurídicas, que implicando una asignación de recursos establecieran obligaciones, prohibiciones, sanciones o incluso se hiciera trabajar a los órganos del Estado (sobre todo jurisdiccionales),

si en términos de costo y eficiencia no representara una mejora a alguien sin perjuicio de nadie.

Pero esto hay que tomarlo con cautela, pues hay que ser conscientes de que existen errores en las leyes del mercado tales como los fallos de competencia, los Bienes públicos, las externalidades, los mercados incompletos, los fallos de la información o el desempleo entre otros.

A nuestro modo de ver y defendiendo un modelo de Estado social de Derecho, diremos que en la creación normativa sin duda alguna aparecerán argumentos de racionalidad económica, pero estos no deben ser absolutos puesto que el Derecho puede intervenir para hacer frente a los fallos del mercado. En este sentido se hablaría de una Economía de Bienestar (eminentemente normativa), que tiene en cuenta tanto la eficiencia como la equidad. Aunque sea imposible responder con precisión cuanta eficiencia hay que sacrificar en beneficio de la igualdad.

Por lo anterior, si bien es cierto que el argumento económico interviene también en la racionalidad legislativa, este no debe ser el determinante pues por encima se encontrará el argumento jurídico, en el que se defiendan aquellos principios y valores superiores del Ordenamiento contenidos en su norma fundamental.

4.5 Argumentación en órganos administrativos reguladores

Se ha dicho con anterioridad que la Argumentación Jurídica en general, admite diversas especies entre las que podemos destacar la Argumentación legislativa, la argumentación de la administración y la Argumentación judicial.

Es decir, que en la creación, aplicación e interpretación del Derecho llevada a cabo por las tres funciones del Estado (Legislativa, Ejecutiva y Judicial) se requiere de un proceso argumentativo que racionalmente venga a justificar la decisión jurídica.

Así pues, aquí se hará referencia a la argumentación jurídica particular llevada a cabo en el seno del Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones. Entre las facultades esenciales de cualquier Poder Ejecutivo se encuentra, la de promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia. En este sentido puede entenderse a la Administración Pública como aquella parte de los organismos del Estado que dependen, directa o indirectamente del Poder Ejecutivo, los cuales tienen a su cargo la actividad estatal de gobierno, cuya acción es continua y permanente y cuyo fin es la consecución del interés público.

Pues bien, esta actuación en forma de Administración Pública por parte del Poder Ejecutivo, puede manifestarse de distintas maneras entre las que destacan dos: como función reglamentaria y como acto administrativo. En la primera, la Administración Pública al generar Reglamentos despliega una actividad de creación de normas generales y abstractas, por lo que la racionalidad argumentativa será aquella que corresponde al legislador y la cual se ha hecho referencia con anterioridad.

En la segunda, es decir, cuando emite un acto administrativo se encuentra en la Administración una actuación de aplicación e interpretación normativa, que requerirá necesariamente una justificación que respalde su plena validez. En este último caso, cuando los órganos de la Administración Pública actúan y sobre todo cuando dicha actuación implica una afectación a la esfera jurídica de un particular, deberán justificar plenamente su decisión con razonamientos jurídicos.

En primer lugar se deberá justificar la competencia constitucional o legal bajo la cual actúa; y, en segundo término, se deberá hacer un análisis del supuesto normativo que contempla su actuación relacionándolo con los acontecimientos fácticos bajo los cuales es aplicable dicha hipótesis.

Lo anterior, se vuelve necesario en la medida en que la Administración Pública está regida, en el Estado de Derecho, bajo el principio de legalidad y en tal sentido su actuación no puede entenderse sin sujeción a la ley.

Por ello, aunque la argumentación de la Administración no sea tan técnica como la que lleva a cabo el poder judicial, siempre le será exigible un mínimo de razonamiento que justifique su actuación fundamentada en disposiciones jurídicas preexistentes.

Finalmente, cabe señalar que en materia de Justicia Administrativa, se encontrará también una peculiar forma de argumentar en las decisiones. Por un lado, en el caso de los recursos administrativos será la propia autoridad quien entre al estudio de la legalidad del acto impugnado, en donde tendrá que razonar en torno a la legalidad del acto aludiendo a la procedencia o no de los agravios hechos valer.

Por otro lado, se tiene al contencioso administrativo en donde se ventila todo un procedimiento propiamente dicho, en el que un órgano jurisdiccional resolverá las controversias entre la Administración y los particulares. Aquí, se dará toda una argumentación propia de órganos jurisdiccionales, equiparable a la argumentación judicial y a la que se hará referencia en la última unidad.

4.6 Relación entre legislador y juez

Este punto resulta de trascendental importancia, en virtud de que si el creador de la norma general y abstracta fue capaz de elaborar un producto racional en términos de una Ciencia de la Legislación, el intérprete y aplicador de la misma en su función de dirimir controversias particulares, desarrollará su tarea de una mejor manera a que si se encontrara con una legislación irracional en los distintos niveles a los que se ha aludido antes.

Es perceptible en este sentido una relación entre el legislador y el juez, de tal suerte que si el primero ha desarrollado racionalmente el texto constitucional y legal, el segundo realizará su labor de aplicación de las leyes generales a los casos concretos de una forma más pacífica.

En definitiva, no resulta igual la aplicación de un producto legislativa que satisfaga los cinco niveles de racionalidad, a la aplicación de leyes que carezcan de inicio de una buena técnica

legislativa que supo redactar bien los enunciados normativos y con la utilización de los términos adecuados.

Con lo anterior no se intenta defender aquella vieja idea planteada por Montesquieu, quien dijera que el juez es la boca muda que pronuncia las palabras del legislador. Por el contrario, en defensa de una actividad creativa de los jueces reconociéndoles una facultad discrecional fuerte en los términos en que lo hace H.L.A. Hart, un juez dotará de significado a los enunciados normativos generados por el legislador.

Pero, en definitiva, la tarea de producir una norma jurídica que en este caso sería la atribución de significado a un enunciado normativo, se convierte en un trabajo más puro en el sentido racional si se parte de normas que hayan sido construidas bajo esas mismas coordenadas.

4.7 Argumentación de la dogmática

En el desarrollo del presente trabajo se ha venido defendiendo la idea de que en la argumentación jurídica, concebida en términos de racionalidad práctica, pueden distinguirse distintos ámbitos de operación entre los cuales cabe destacar tres.

El primero de ellos es el ámbito de la producción o establecimiento de las normas jurídicas, dentro del cual es posible diferenciar los campos pre-legislativos y legislativos propiamente dichos; el segundo, se refiere a la argumentación dirigida a la aplicación de las normas jurídicas en la solución de casos concretos; y, finalmente el tercero de ellos, es el ámbito de la argumentación en la dogmática jurídica, en donde a su vez tienen lugar tres funciones que son: la de suministro de criterios para la producción del Derecho, la de proveer criterios para su aplicación y la de ordenación y sistematización de un sector del Ordenamiento jurídico.

En torno a lo que se viene diciendo cabe señalar que el propio Robert Alexy es consciente de esta diversidad de campos en las que pueden desarrollarse las discusiones jurídicas. Entre

estas se pueden destacar –las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática), las deliberaciones de los jueces, los debates ante los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y en comités.

De lo anterior se puede destacar a los efectos del presente epígrafe, la argumentación que se presenta en el campo de la Ciencia del Derecho también denominada dogmática jurídica. Se trata de las razones y justificaciones que tanto de los procesos de creación, aplicación e interpretación del Derecho presentan los juristas. Como ha quedado dicho, en el terreno de la argumentación científica, los estudiosos del Derecho suministran criterios que justifican o desacreditan la producción normativa así como su aplicación, a efecto de poder ordenar y sistematizar tanto a la creación como a la aplicación del Derecho en su conjunto.

La diferencia que es posible apreciar entre la argumentación de la dogmática y la llevada a cabo por los órganos creadores y aplicadores, es que la primera suele darse en forma abstracta y conceptual mientras que la segunda se hace pensando en casos específicos. No obstante ello, la distinción no puede ser de forma tajante, pues tanto la argumentación dogmática debe considerar las razones del legislador y del juzgador, así como el argumento práctico re- curre con frecuencia a los criterios que suministra la dogmática.

4.8 Argumentación no especializada

Entre los distintos campos a los que se ha hecho referencia y en los cuales puede presentarse una argumentación jurídica, aparecen también los razonamientos argüidos por sectores no especializados.

Al respecto el propio Alexy se refiere a ellos, aduciendo a la discusión de cuestiones jurídicas (por ejemplo, entre estudiantes, entre abogados y entre juristas de la administración o de empresas), así como la discusión de problemas jurídicos en los medios de comunicación en que aparezcan argumentos jurídicos.

En todos estos sectores, como es posible apreciar, se pueden dar argumentos y razones en torno a la creación y aplicación normativa, aunque en estos casos deberá admitirse que la racionalidad puede verse afectada por diversos motivos. Entre ellos podrían destacarse la ausencia de especialización y conocimiento del fenómeno jurídico, así como la influencia de intereses particulares y de grupo que suelen romper el principio de imparcialidad.

A pesar de todo ello, es conveniente considerar este tipo de argumentos que pueden resultar ajenos a lo jurídico, pero que en un momento determinado pueden dar luz en la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos autorizados.

4.9 Argumentación judicial

La presente unidad tendrá como propósito fundamental la aplicación de las Teorías de la Argumentación Jurídica, que en términos de racionalidad práctica pueden reconducirse al campo específico de la aplicación e interpretación del Derecho.

Se trata de establecer las bases bajo las cuales los operadores jurídicos, encargados de aplicar normas jurídicas generales y abstractas a casos concretos para solucionarlos o dirimirlos, llevan a cabo su tarea argumentativa que justifica la decisión final.

En otras palabras, los jueces al momento de conocer de los asuntos que le son sometidos a su conocimiento, concluirán en una resolución que se traduce en una norma particular y concreta, la cual debe venir acompañada de un suficiente y necesario aparato argumentativo que la justifique y que al mismo tiempo respalde su validez y pertenencia al sistema.

Aunque comúnmente se suele denominar Argumentación Judicial, cabe precisar que dicho razonamiento práctico no es propio y exclusivo de los órganos que pertenecen formalmente al Poder Judicial sino de todos aquellos que cumplen una función jurisdiccional.

Sin lugar a dudas será en la referida Argumentación Judicial en donde se encuentre, el aparato argumentativo más fino en cuanto a racionalidad práctica del Derecho se refiere.

Partiendo de las comunes resoluciones y sentencias de los jueces, hasta llegar a la Justicia Constitucional que será aquella cuya labor consiste en la atribución de significado de la Norma Fundamental.

4.10 Teorías sobre el significado. Principios y problemas de interpretación jurídica. Willie Alstron, Hans Kelsen, Alf Ross

Con anterioridad se ha señalado que la Argumentación Jurídica de la actualidad, tiene como finalidad fundamental el racionalizar en términos prácticos la justificación que respalde toda decisión jurídica. Al mismo tiempo, también se dijo que un enunciado normativo no se convierte en norma hasta que ha sido debidamente interpretado y que dicha interpretación entraña una atribución de significado.

Pues bien, bajo esas premisas es que se puede afirmar que la función llevada a cabo por los jueces, en donde deben resolver un caso concreto con base en normas generales y abstractas, implica toda una tarea argumentativa cuya justificación decisora consiste en atribuir un significado a las palabras del legislador.

De ello es consciente el propio Kelsen y lo deja sentado al momento de establecer que:

-Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior.

Ahora bien, también se ha dicho que los enunciados normativos están expresados en lenguaje natural, el cual en esencia está viciado por la ambigüedad y la vaguedad de términos y conceptos. Por ello, en virtud de que las palabras no tienen un campo de referencia único, éstas deben ser dotadas de significado y según Alf Ross este puede ser especificado por el contexto o por la situación en que son empleados dichos términos.

A este proceso de especificación de significado al momento de aplicar las palabras de la ley se llama interpretación, la cual según el propio representante del realismo escandinavo puede asumir dos formas. –Puede ser hecha de manera tal que el significado de una expresión sea definido más claramente por medio de una descripción formulada en palabras o expresiones diferentes, cuyo significado sea menos vago.

○ bien puede ser hecha de manera tal que frente a un conjunto de hechos concretos experimentados en forma definida sea posible jurídicas generales y abstractas.

Esa interpretación conlleva a la asignación de un significado de las palabras y términos contenidos en la ley, el cual de acuerdo a las actuales Teorías de la Argumentación Jurídica ya no es descubierto por el intérprete sino que es dicho aplicador quien lo atribuye.

4.1 Teoría que sostiene que no existe la única solución y la que sostiene la idea de la solución correcta. Kelsen, Hart y Dworkin

Al afirmar que la actividad argumentativa del Derecho implica atribución de significado a las palabras de los enunciados normativos, surge la interrogante de si dicha asignación sólo admite una o bien varias posibles respuestas en la interpretación de un mismo enunciado.

Sobre ello, la doctrina se ha pronunciado en diversos sentidos, así se tiene, por un lado a autores que defienden la idea de que existen varias posibles respuestas correctas y por otro, a aquellos que opinan que únicamente puede una sola respuesta válida.

Entre los primero autores, se encuentra Hans Kelsen quien afirma que la interpretación es necesaria en virtud de la indeterminación de la norma. Ahora bien, dicha indeterminación puede entenderse en tres sentidos diferentes:

a) indeterminación relativa del acto de aplicación de derecho, la cual se presenta en virtud de que la norma de rango superior siempre debe ser general respecto de aquella de rango inferior, y por su propia naturaleza en dicha generalidad no pueden contemplarse

todos los casos aplicables;

b) indeterminación intencional del acto de aplicación de derecho, la cual tiene lugar cuando el creador de la norma intencionalmente establece un margen de aplicación ya sea en el supuesto jurídico o en la consecuencia de Derecho, dentro del cual puede actuar el operador y resolver concretamente en cada caso; y, indeterminación no intencional del acto de aplicación de derecho, la cual se da por utilización de términos ambiguos o conceptos vagos en la expresión lingüística de las normas jurídicas.

En este sentido, el autor austríaco nos dice que, el intérprete al verse obligado a desentrañar el sentido de la norma, por cualesquiera de las indeterminaciones antes señaladas, puede atribuir diversos significados que lleven a distintas respuestas posibles.

En palabras del propia Kelsen, puede concluirse que –la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales –en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse– tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal.

En forma similar entenderá este fenómeno H. L. A. Hart, quien asevera que en cualquier grupo social de dimensiones considerables –el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo.

Es decir, es consciente de la indeterminación relativa del acto de aplicación del Derecho al que se refería Kelsen, en virtud de que la mayor parte de normas jurídicas deben ser concebidas en términos generales y abstractos para después resolver casos concretos y particulares.

Hart incorpora la idea de textura abierta del derecho, la cual según él significa que hay –áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por

los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.

De ello, puede fácilmente entenderse que ahí donde los tribunales tienen que desarrollar aquello que Hart llama *textura abierta*, pueden venir diversas y variadas respuestas dependiendo del caso concreto de que se trate.

No obstante los anteriores criterios apuntados, hay autores que sostienen que sólo puede mantenerse una única respuesta como posible al momento de interpretar, tal como lo hace Ronald Dworkin. Como se sabe el sucesor de Hart en la cátedra de Oxford, parte de la distinción lógica entre principios y reglas, estableciendo que los primeros no son normas como tales sino más bien son otra clase de estándares, en los cuales se aprecian elementos que no están en las reglas como son las cuestiones del peso y la ponderación.

Aquí no se profundizará sobre esta cuestión por interesante que parezca, por ahora baste decir que Dworkin a pesar de que admite que puede haber colisión entre principios y reglas o entre principios entre sí, sostendrá que ni aún en los casos difíciles es posible defender una discrecionalidad judicial fuerte como lo hace Hart.

Es decir, los jueces al aplicar el Derecho y con ello desarrollar una interpretación de las reglas, directrices y principios deben siempre llegar a una única respuesta correcta. Según este autor sólo una visión en la que se sostenga que el Derecho se compone exclusivamente de reglas, será aquella que admita que existen diversas respuestas posibles, pero como en el Derecho no sólo hay reglas sino también principios y directrices a través de ellas el juzgador deberá llegar a la respuesta correcta.

Para ello, Dworkin propone un modelo de juez omnisciente (Juez Hércules), que será capaz de encontrar la respuesta correcta a cada caso y de establecer la manera en que habrán de ponderarse los principios y las reglas. Sobre ello, cabe señalar que a pesar de teorías como la defendida por Dworkin, las actuales teorías de la Argumentación Jurídica mantienen que no hay una única respuesta correcta, de tal manera que como ahora el significado no se

descubre sino se atribuye hay un viraje que nos lleva de la certeza a la incertidumbre en la decisión judicial.

4.12 Modelo de argumentación y de interpretación jurídica. Francisco Javier Ezquiaga y Jerzy Wróblewski

Señala Jerzy Wróblewski que la interpretación jurídica no sólo es el terreno en el que los casos prácticos son decididos, sino que también es el campo de los ya viejos e intrincados desacuerdos de la Ciencia jurídica y de la jurisprudencia. Y todo ello en virtud de que los problemas de interpretación jurídica entrañan los tópicos más debatibles y controvertidos sobre filosofía, comprensión del lenguaje, aspectos éticos y de justicia, la posición concreta del juez, aunado a aquellos de carácter socio-político y económico.

De lo anterior se desprende que la interpretación es un fenómeno que, en todo momento, ha acompañado al Derecho. Ahora bien, sobre lo que debe entenderse por interpretación, podríamos distinguir junto con Riccardo Guastini un concepto restringido y uno amplio de interpretación.

En el primer sentido interpretación significará la atribución de significado a una determinada disposición normativa, cuando la misma suscita dudas o controversias en cuanto a su campo de aplicabilidad; en el segundo sentido, interpretación implicará toda tarea tendente a la asignación de significado de alguna disposición normativa, independientemente de que la misma entrañe o no cualquier tipo de duda.

En este sentido, es posible colegir que de acuerdo a las nuevas Teorías de la Argumentación Jurídica, la interpretación no es excepcional sino que ahora es una regla llevarla a cabo. Es decir, no sólo se interpreta en los casos difíciles sino también en los fáciles, porque ya –sea que algunas veces identifiquen el derecho tal como es y otras veces hagan nuevo derecho, los tribunales, parece ser, siempre lo interpretan.

Pues bien, en torno a estas ideas, Wróblewski ha dicho que es una característica del lenguaje legal la vaguedad y la contextualidad del significado, aseverando que hay núcleos de referencia positivos y negativos en los casos lingüísticamente claros y dudas en la zona de penumbra y ello porque el lenguaje legal es un lenguaje incorrecto.

Por ello, señala el mismo autor que la –interpretación legal juega un papel central en cualquier discurso jurídico. En el discurso jurídico-práctico se relaciona con la determinación del significado de los textos legales y a menudo influye en la calificación de los hechos a los que se aplican las reglas legales.

En este orden de ideas y tomando como base el punto de partida de Wróblewski, se puede decir que la Argumentación Jurídica no se agota con la argumentación interpretativa. Porque como bien dice Ezquiaga Ganuzas –la argumentación jurídica estaría presente (o, al menos, debería estar) en todas las fases en las que se descompone dicho modelo: elección de la norma aplicable, determinación de su significado, prueba de los hechos, subsunción de los hechos en la norma y determinación de las consecuencias jurídicas de esos hechos para la norma elegida.

Es decir, la Argumentación Jurídica implica como parte de un todo la interpretación, pero esta última no agota dicha actividad argumentativa pues la justificación es de más amplias dimensiones.

Por otro lado, es posible afirmar que para los autores aquí estudiados, la argumentación jurídica no se reduce a la argumentación judicial, sino que la primera es el género de una actividad general y la segunda una de sus especies.

4.13 Hermenéutica e interpretación jurídica. Interpretaciones jurídicas incompatibles

En este punto se comenzará diciendo que los términos interpretación y hermenéutica han estado estrechamente vinculados, a grado tal que incluso llegan a ser empleados

indistintamente por considerarlos equivalentes. Ello, en virtud de que ambos aluden a la indagación o más bien atribución de un significado, respecto de algo que ha sido transmitido con anterioridad.

No obstante, a pesar de esta similitud y grado de equivalencia, podrían indicarse algunos elementos que diferencian a dichas actividades. Por un lado, atendiendo al aspecto meramente denotativo del campo de aplicabilidad de los conceptos, se encuentra que mientras la interpretación entraña fundamentalmente una búsqueda de significado del aspecto semántico y sintáctico de un texto, la hermenéutica no se circunscribe al análisis lingüístico.

Por otra parte, la actividad de la hermenéutica tiene un aspecto unificador respecto de las varias interpretaciones que debe considerar, es decir, cuando una norma jurídica admite diversas posibles interpretaciones la hermenéutica se encargará de definir el criterio que establezca el significado válido. Ahora bien, establecida esta distinción es posible afirmar que de los diferentes criterios bajo los cuales puede interpretarse una norma, entre los que pueden destacarse el sentido literal, la conexión de significado de la ley, los fines e ideas normativas del legislador histórico, criterios teleológico-objetivos y los criterios de acuerdo a la Norma Fundamental pueden, en muchas ocasiones, llevar a interpretaciones contradictorias y por ende incompatibles.

En efecto, al momento en que el juzgador procede a aplicar una norma a un caso concreto, lleva a cabo una tarea interpretativa a través de la cual atribuye significado a la norma jurídica respectiva, que atendiendo a los criterios antes señalados podrá variar de un contexto a otro. Luego entonces, habrá de admitirse que habrá múltiples interpretaciones ya sea de carácter jurídico positivo o doctrinal, en torno a un mismo enunciado normativo. Al respecto, cabe señalar que será precisamente la hermenéutica jurídica en los términos antes definida, la que se encargue de determinar el significado válido de ese enunciado en el contexto del caso concreto a juzgar. La hermenéutica, puede también ser de carácter doctrinal elaborada por la Ciencia del Derecho o jurídico positivo.

La primera, siempre ilustrará y orientará a la segunda, sólo que mientras la primera no admitirá criterio unificador en virtud de que los juristas siempre discreparán en sus opiniones interpretativas; la segunda si se unifica en criterio pues en caso de contradicción o incompatibilidad deberá mantenerse sólo un criterio como válido. En el Derecho positivo será el órgano de control constitucional quien tenga a su cargo esa tarea, aunque debe advertirse que el criterio es unificador pero no absoluto, pues por los mismos cánones institucionales puede variar de un momento a otro.

Material de apoyo y bibliografía complementaria

Véase los siguientes videos para aclarar dudas y los temas que se han abordado en esta unidad.

- <https://www.fundacioudg.org/ca/curso-especializacion-bases-razonamiento-probatorio.html>
- <https://www.austral.edu.ar/derecho/posgrados/maestria-en-magistratura-y-derecho-judicial/>
- <https://www.youtube.com/watch?v=TNxm2zV5Vf8>
- <https://www.youtube.com/watch?v=qmYODyIIIgg>
- <https://www.youtube.com/watch?v=E0ocrq5IuA0>
- <https://www.youtube.com/watch?v=EWkbMozRUx4>
- <https://www.rabbibaldicabanillas.com/type/video/>
- <https://canal.uned.es/video/5a6fae39b111f50318b47c1>
- <https://www.youtube.com/watch?v=Vke5R5qBWY8>
- <https://www.youtube.com/watch?v=StOqRDlgjgM>
- <https://www.youtube.com/watch?v=zC52ZfkwkCU>
- M. Virgilio Bravo Peralta, Alfredo Islas Colín. Argumentación e interpretación jurídica: para juicios orales y la protección de derechos humanos. Editorial Porrúa, 2010
- Nicolás Campos Plaza, Emilio Ortega Arjonill. Panorama de lingüística y traductología: aplicaciones a los ámbitos de la enseñanza del francés / lengua extranjera y de la traducción. Editorial Atrio, granada 2005.
- Frans van Eemeren. La teoría de la argumentación: Una perspectiva pragmatialéctica, palestra editores, 2019.
- Manuel Atienza. Sobre el razonamiento judicial: Una discusión con Manuel Atienza. Palestra editores, mayo 2017.
- Josep Joan Moreso i Mateos. Lógica, argumentación e interpretación en el derecho. Editorial OUC, 2014.

Bibliografía básica y complementaria:

- ATIENZA, M. y RUÍZ MANERO, J., Las Piezas del Derecho, Ariel, Barcelona, 1996, pp.19-25. Clasificación Biblioteca Facultad de Derecho: K213 A75.
- BERUMEN CAMPOS, A., Apuntes de Filosofía del Derecho, Cárdenas Editor, México, 2003, pp. 239-248. Clasificación Biblioteca Facultad de Derecho: K232.S6 B47.
- CURSO DE ARGUMENTACION JURIDICA Autor: MANUEL ATIENZA Editorial: TROTTA 2015,
- DWORKIN, R., El Imperio de la Justicia, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 164-197. Clasificación Biblioteca Central: K7 D86 I8.
- FERNANDEZ RUIZ, Graciela. La argumentación jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2017
- HART, H.L.A., Post scríptum al Concepto de Derecho, trad. R. Tamayo, UNAM, México, 2000, pp. 32-42 y 54-60. Clasificación Biblioteca Facultad de Derecho: K237 H37I8.
- HART, H.L.A., y DWORKIN, R., El Debate Hart-Dworkin, Estudio preliminar de César Rodríguez, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pp. 48-88. Clasificación Biblioteca Facultad de Derecho: K230 H37.
- KELSEN, H., Teoría General del Derecho y del Estado, trad. E. García Máynez, UNAM, México, 1988, pp. 174-176. Clasificación Biblioteca Facultad de Derecho: K7 K4 1988.
- KELSEN, H., Teoría Pura del Derecho, trad. R. J. Vernengo, Porrúa, México. 1998, pp.349-356. Clasificación Biblioteca Facultad de Derecho: K339 K453.
- Suárez romero Miguel Ángel, Conde Gaxiola napoleón. Argumentación Jurídica, Primera edición: 6 de octubre de 2009. Universidad Nacional Autónoma de México
- La argumentación, Christian Plantin, Ariel, Barcelona, 2005.
- MACEDONIO HERNANDEZ, Carlos Alberto, La teoría de la argumentación jurídica y la necesidad de su aplicación en el derecho mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2020

- PÉREZ CARRILLO, A., La Derrotabilidad del Derecho, Fontamara, México, 2003, pp. 33-66 y 67-102. Clasificación Biblioteca Facultad de Derecho: KGF315 P46.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R., Razonamiento y Argumentación Jurídica, UNAM, México, 2003, pp. 212-218. Clasificación Biblioteca Facultad de Derecho: K294 T35.
- Técnica de la argumentación jurídica, Concha Calonje, Thomson Reuters, 2ª. Edición, España, 2009
- Víctor Manuel Rojas Amandi, Derecho - teoría y práctica, Editorial Oxford University Press, Año 2010. N° edición I