

UDS

LIBRO

NOMBRE DE LA MATERIA: ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA

LICENCIATURA: DERECHO.

CUATRIMESTRE: SÉPTIMO.

Marco Estratégico de Referencia

ANTECEDENTES HISTORICOS

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 de Primaria 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 tarde.

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 septiembre de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró como Profesora en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de finanzas 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, Sedes y Centros de Enlace Educativo, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca a nivel nacional e internacional.

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 de la UDS, 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.

Nombre de la materia: 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-deductivo.

- 2.4 La analogía y la abducción, argumentos —a simi, —a contrarioy —a fortiori.
- 2.5 Los argumentos jurídicos como argumentos interpretativos.
- 2.6 Argumento —a rúbrica, argumento psicológico.
- 2.7 Argumento —sedes materiae, argumento —ab autorictate.
- 2.8 Argumento histórico. Argumento teleológico.
- 2.9 Argumento económico, argumento —a coherencia. 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 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 Ros

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

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

4.13 Hermenéutica e interpretación jurídica, interpretaciones jurídicas incompatible.

UNIDAD 1

LENGUAJE JURÍDICO Y ARGUMENTACIÓN

1.1 Tipos de discurso: argumentativo, informativo.

La función de la argumentación en el discurso jurídico es relevante tanto en la investigación como en la toma de decisiones, por su carácter de fundamentación del significado atribuido a los enunciados normativos y las consecuencias jurídicas de ello pueden derivarse. La doctrina se ha dedicado primordialmente al estudio de las decisiones de carácter jurisdiccional, sobre todo a la decisión del juez. Los lineamientos proporcionados sin embargo son aplicables a las decisiones administrativas, y en gran medida también a la forma en que los abogados deberían presentar sus solicitudes a la autoridad o analizar las decisiones que emiten. Los argumentos utilizados tanto por el investigador como por el abogado y el juez han sido estudiados por la lógica y la filosofía del derecho, por lo que este tema se aborda desde diversas disciplinas, incluyendo la semiótica.

La argumentación es un proceso racional que se da en un dialogo justificativo. El discurso jurídico es un dialogo o procedimiento discursivo entre el intérprete y el destinatario (o auditorio), y dado que con frecuencia las elecciones decisivas tienen carga valorativa, se considera como argumentación racional la mejor justificación posible que se pueda ofrecer.

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 se justifique.

Proposición se entiende al conjunto de palabras que tienen un significado entre si, es decir en su conjunto.

A diferencia de los que firman 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 expreso en su momento la escuela de la Exégesis y la jurisprudencia de conceptos; las cuales teorías de la argumentación jurídica vienen a defender la idea de que es posible hablar en términos de “racionalidad practica” 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 dialogo intersubjetivo y el consenso alcanzado bajo ciertas reglas de procedimiento. Es decir, los sujetos van hacer interlocutores del dialogo y participes 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 practico”. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general.

En este sentido se pueden distinguir tipos de discurso, de los cuales, se hace 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 justificarlas.

En este punto conviene aclarar que argumentar “es una actividad que consiste en dar razones en favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar”. Así mismo 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 el problema de que se trata (el problema 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 de 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.

1.2 Tipos de enunciados.

Origen y relaciones de los enunciados jurídicos Lo primero que caracteriza a un enunciado jurídico, es que éste aparece en forma escrita publicado en alguno de los diarios oficiales donde se publican las disposiciones jurídicas de un Estado.

Lo segundo es que dicho enunciado no aparece publicado aisladamente, sino formando parte del cuerpo de un texto.

Lo tercero es que este enunciado jurídico, al estar inscrito en una publicación, es una copia presuntamente auténtica del enunciado jurídico que figura en el documento original firmado por la autoridad susodicha y depositada en el archivo oficial correspondiente. Aquí consideramos equivalentes los originales de los enunciados jurídicos y sus copias; o sea, llamaremos “enunciado jurídico” a cualquier copia de un enunciado jurídico original.

En cuarto lugar, ese enunciado es jurídico si no ha sido derogado, anulado o modificado por los medios previstos en el propio derecho. Si todos estos requisitos se cumplen, estamos en presencia de un enunciado jurídico en su versión de copia literal. Lo anterior se refiere a la apariencia externa de los enunciados jurídicos. Pero lo que les da a esos enunciados su carácter de juridicidad no es sólo esta apariencia formal, sino las reglas que rigen dicha apariencia. Pues podríamos inventar un Estado imaginario, con diarios oficiales falsos, autoridades ficticias, publicar textos legales y, sin embargo, las

expresiones que se hallaran en esos textos no serían enunciados jurídicos. Pues bien, las reglas que rigen aquella apariencia y la hacen verdadera son otros enunciados jurídicos existentes con anterioridad, que cumplen los mismos requisitos (publicación, texto legal, firma de una autoridad, etc.), cuyo contenido es que establecen el modo como se pueden crear enunciados jurídicos nuevos: qué órganos pueden crearlos, con qué procedimientos, con qué contenidos y todos los demás requisitos. De esta manera nos vamos remontando de los actuales enunciados jurídicos a otros anteriores y de ellos a otros aún más antiguos, hasta llegar a uno o varios enunciados jurídicos primitivos, que fueron promulgados y hechos públicos por una autoridad y, por tanto, adquirieron la cualidad de jurídicos a partir de una acción externa al derecho: en ese punto el sistema de todos los enunciados jurídicos pasados y presentes de un Estado se conecta con la realidad externa y originaria del poder social pre político (y en ese sentido, también pre jurídico). Hay que tener en cuenta que aquel poder social se convirtió en político y jurídico por dos causas: a) la aceptación de la población sometida a él, que a partir de ese momento pasó a constituir una comunidad política y a vivir bajo las normas del Estado; b) el reconocimiento del nuevo poder estatal por parte de los Estados ya constituidos y presentes en la escena internacional. Este esquema de explicación del origen de los enunciados jurídicos enfocado al pasado sirve también para explicar la relación de unos enunciados con otros en el sistema actual y con los enunciados futuros. Entre los diversos enunciados jurídicos hay diversas relaciones, pero podemos citar tres: a) coexistencia, cuando un enunciado está junto con otro dentro o fuera del mismo cuerpo jurídico, pero siempre dentro del mismo sistema jurídico; b) relación formal, cuando un enunciado es condición necesaria formal para la existencia del otro, como son las normas de competencia, las de procedimiento legislativo, etc. en relación con sus derivadas; c) relación material, cuando un enunciado es condición necesaria material de la existencia de otro, como son las normas generales en relación con las normas especiales que las desarrollan sin que puedan entrar en conflicto con ellas. Finalmente, lo más importante es que todos los enunciados jurídicos son normas, porque todos ellos son emisiones lingüísticas dictadas por una autoridad. Von Wright caracteriza así las normas-prescripciones: “Son dadas o dictadas por alguien. Dimanan de... una autoridad

normativa. Van además destinadas o dirigidas a algún agente o agentes, a quien llamaremos sujeto(s) normativo(s)”. Así pues, este elemento de la autoridad está presente en el origen y es la verdadera fuente de todos los enunciados jurídicos: los primitivos, los pasados, los presentes y los futuros. Una autoridad es un individuo o grupo de individuos que son designados (o nombrados) como tal autoridad por un enunciado jurídico: una norma jurídica llamada “nombramiento”. Todas las autoridades lo son por medio de un nombramiento, que es un enunciado o norma jurídica. Se puede exceptuar la autoridad primitiva que constituye un Estado, pues el enunciado que la nombra puede ser fáctico (pre jurídico), ya que no hay sistema jurídico previo, aunque no siempre ocurre así. La prueba de que todos los enunciados jurídicos son normas, porque todos han sido establecidos por una autoridad, es la firma estampada al pie de todos los cuerpos jurídicos en los que necesariamente han de encuadrarse dichos enunciados

Como ha quedado expresado anteriormente, 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 afirmara aquí 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”.

Los enunciados jurídicos serían, entonces, sólo una manera indirecta de afirmar que una norma pertenece a un sistema jurídico sin que de este hecho sea posible inferir consecuencias normativas acerca de la fuerza vinculante de las normas.

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; entendiendo a los primeros como aquellos que dirigen directamente una conducta y por ello tienen 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: se traducen en una norma propiamente y pueden ser de dos tipos:

Enunciados que expresan normas y enunciados que expresan el uso de poderes normativos: pueden ser deónticos o regulativos, o no deónticos o constitutivos.

Enunciados que expresan normas deónticas, pueden a su vez hacerlo en forma de reglas o de principios.

Valorativos: son valores que sustentan a un determinado ordenamiento jurídico, pero no se traducen en guía de un comportamiento en forma directa.

LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS COMO PRODUCTO DE ACTOS ILOCUTIVOS.

Hemos dicho que la segunda tarea principal de la filosofía jurídica, tras la identificación del derecho, es su interpretación. Aquí tratamos de hacer una interpretación del derecho en un aspecto muy general: descubrir los diferentes tipos de normas que hay en un ordenamiento, estudiándolas como enunciados ilocutivos producidos por diferentes tipos de actos de habla. Partimos de la teoría de los actos lingüísticos propuesta por Searle y de la hipótesis per formativa, según la cual “todo enunciado determina una fuerza ilocutiva literal”. O sea: todos los enunciados son actos ilocutivos; los otros dos aspectos, el locutivo y el perlocutivo (cuando lo hay), son simplemente complementarios de la ilocutividad inherente a todo acto de habla. Conviene recordar brevemente que cuando emitimos un enunciado (u oración) realizamos diversos actos simultáneamente:

1) Emitimos sonidos o signos escritos: palabras. 2) Realizamos actos proposicionales: referimos y predicamos. (Estos dos primeros pasos constituyen lo que Austin llamaba un acto locutivo). 3) Realizamos actos ilocutivos, que es lo que hacemos cuando emitimos la expresión: afirmamos, preguntamos, mandamos, saludamos, etc. 4) A veces también realizamos actos perlocutivos, que son efecto de la emisión lingüística: convencemos a alguien, le dejamos preocupado, conseguimos que realice una acción determinada, etc. Fijando nuestra atención en los actos ilocutivos, adoptamos una perspectiva semántica, que se centra en la significatividad de los enunciados, incorporando los aspectos pragmáticos sólo en la medida en que éstos sean necesarios para determinar su sentido. Según este punto de vista, la unidad mínima de comunicación lingüística no es el enunciado en sí mismo o la oración (sentence), sino la emisión del enunciado al realizar el acto de habla (utterance). “El acto ilocutivo —dice Searle— es la unidad mínima de comunicación lingüística”²¹. Al ser la unidad mínima de comunicación, el acto ilocutivo es también la unidad básica de significado. Antes se decía que la unidad básica era el enunciado o la oración, pero en realidad el significado de un enunciado no es independiente del acto de habla que lo emite. El significado es total: incluye tanto el significado lingüístico de la expresión como el significado del hablante. No se puede saber el sentido exacto de una expresión si no se tiene en cuenta el contexto: quién la emite y en qué circunstancias, lo mismo que no se puede conocer su sentido si se desconoce el idioma en el que está expresada. Por tanto, hay que considerar los enunciados (jurídicos) como productos de actos de habla ilocutivos para poder buscar en ellos su significado. Así pues, aquí tratamos los enunciados jurídicos (las normas jurídicas en su expresión textual) como el producto de actos ilocutivos. Su estudio puede dividirse en dos apartados: A) Origen y relaciones de los enunciados dentro del sistema jurídico. B) Forma y contenido lingüístico de los mismos.

1.3 Usos del lenguaje.

El lenguaje jurídico es el conjunto de términos y expresiones que denotan principios, preconceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda la sociedad civil.

En efecto, los conceptos jurídicos difieren con frecuencia del concepto general o común.

A estas palabras se les llama términos o vocablos, y, referidas a su respectiva disciplina, forman la terminología o el vocabulario, en este caso jurídico.

La mayor parte del vocabulario jurídico proviene del latín, como abogado, civil, delincuente, equidad, legítimo, sanción, usufructo; incluso, debido a la influencia universal del latín, es posible encontrar algunas semejanzas con otras lenguas

El lenguaje jurídico aparece constituido, por una combinación de textos oficiales y formulaciones doctrinarias (sea que éstas emanen de la doctrina propiamente dicha o de la jurisprudencia). El lenguaje puede tener un uso descriptivo o prescrito. En la descripción el lenguaje porta una noticia, una descripción. Por ejemplo el cielo está nublado; el agua hierve a cien grados. El enunciado descriptivo puede ser calificado de verdadero o de falso.

El lenguaje se usa prescriptivamente cuando queremos dirigirnos a otro y otros para que hagan o no hagan algo: se pretende cambiar el curso de los acontecimientos de alguna manera. Por ejemplo cuando decimos “hace frío” y con ello queremos ordenar a alguien que cierre la puerta o la ventana o que prenda la calefacción, o cuando decimos “debes pagar tus deudas”.

El lenguaje prescriptivo no se califica de verdadero o falso, sino de válido o inválido. Para los abogados no tiene sentido decir que una norma del Código Civil es verdadera o falsa, sino que es válida o inválida.

El sentido descriptivo o prescriptivo de un enunciado no depende del enunciado mismo sino de la voluntad del sujeto que produce el enunciado y se deduce de lo verdadero (de las circunstancias) en que se produce la enunciación. Si un asaltante dice “quiero tu dinero”, estamos seguros, por el contexto, de que no nos está dando una noticia, sino que nos está ordenando de que le entreguemos nuestro dinero; si pasamos la luz roja y el policía de tránsito nos detiene y nos dice “quiero ver sus documentos”, por las circunstancias, sabemos que no nos

Está dando una información sobre sus deseos, sino que nos está ordenando la entrega de esos objetos. Es obvio que el lenguaje que usan los abogados tiene sentido prescriptivo.

El lenguaje jurídico es un factor primordial de cohesión de la vida social y cultura de un país. Hay una gran disparidad entre lo que deben ser y lo que suelen ser los textos jurídicos; por ello, en nuestra exposición nos referimos tanto a las características ideales como a las características reales de estos textos.

El lenguaje jurídico presenta características especiales que lo diferencian de los otros lenguajes.

La prescriptividad del lenguaje jurídico, es necesario para regular la conducta humana en determinado orden social. El lenguaje prescriptivo está constituido por las normas jurídicas y principios que permiten regular un determinado comportamiento.

El lenguaje jurídico se caracteriza por el uso de términos integrados en la lengua común.

Desde el punto de vista lógico, es necesario diferenciar el lenguaje del derecho, o el lenguaje legal, y el lenguaje de los juristas. Así, el lenguaje del derecho es aquel mediante el cual el legislador enuncia la norma jurídica; el lenguaje de los juristas es aquel que emplea los especialistas que hablan del derecho.

Aquí se parte 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 sino 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 el acto lingüístico de mi interlocutor?, es decir, ¿ cómo debo tomar esa expresión?, como una orden, como una amenaza, un consejo, una invitación, una pregunta, una recomendación, etc.; y b) ¿Cuál es el contenido del acto lingüístico de mi interlocutor?, es decir, ya identifique que está preguntado, que está

sugiriendo, o que está advirtiendo, es lo que en segundo momento se averigua en una comunicación lingüística.

Con relación a la primera interrogante, es decir, 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, tendrá 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. Por ejemplo paradigmático del uso del lenguaje descriptivo es el uso del 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 podrían hablarse de ellas en términos de falsedad o de verdad. 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 formulas 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. 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 provocarse 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 predicara 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.

El uso directivo del lenguaje, es aquel propio de las normas jurídicas; no obstante ello, el lenguaje de la ciencia del Derecho es fundamentalmente descriptivos 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 es aquel en donde se utilizan ciertas palabras o términos que tienen una específica significación con relación a un sistema de reglas vigentes. Es decir, se requiere de una serie de condiciones y circunstancias establecidas como reglas preexistentes, fuera de las cuales el lenguaje no tendrá razón de ser o simplemente no surtirá los efectos deseados.

1.4 Uso y mención de expresiones.

Aquí se partirá de la idea de que el lenguaje es la herramienta fundamental de la comunicación entre los hombres. En derecho es la expresión a través del lenguaje que habilita el entendimiento para saber se está ante un uso descriptivo, expresivo u operativo.

Uso y mención de expresiones: La determinación del uso del lenguaje permite conocer la fuerza del enunciado lingüístico respectivo. 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.

Al quedar identificado el uso, el receptor del mensaje procederá a preguntarse en qué sentido le están describiendo algo, que sentimiento le quieren transmitir, que orden se le está imponiendo o que conducta tiene prohibido realizar.

Durante todo el proceso el interlocutor emplea el lenguaje.

Mediante su uso puede facilitar o dificultar la comprensión.

Tiene defectos intrínsecos que impiden transmitir el mensaje deseado, es necesario ser más preciso y propio, para no introducir aquellas que representan un alto grado de ambigüedad o vaguedad.

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 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, que sentimiento le quieren transmitir, que orden le están imponiendo o que conducta tiene prohibido realizar.

En todo el proceso de comunicación, el interlocutor va a emplear el lenguaje, mediante el uso el 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 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: Es aquella que afecta a la correcta significación de un concepto, cuando este no ha sido connotado adecuadamente en cuanto a sus propiedades esenciales.

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 consecuyente 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 interprete, vulnerando en cierta medida el principio fundamental de seguridad jurídica.

1.5 Persuasión y fundamentación en el discurso argumentativo.

La persuasión puede ser determinada como el proceso o acto discursivo con la intención de encaminar a una audiencia a un cierto comportamiento o decisión. Es un proceso destinado a cambiar la actitud o comportamiento hacia algún evento, idea, objeto o persona mediante el uso de palabras escritas o habladas para transmitir información, sentimientos o el razonamiento, o una combinación de los mismos.

Persuasión y fundamentación en el discurso argumentativo. El propósito del discurso argumentativo es convencer o persuadir. Mediante éste, se presentan argumentos a favor de una idea, punto de vista o persona. Para convencer se hace necesario informar, presentar datos y hechos verificables.

Para lograr su objetivo algunas fuentes recurren a la mentira o a la apariencia. En la persuasión no encontramos dominios de verdad o mentiras absolutas sino relativas.

Según Anthony Weston, autor de “Las claves de la argumentación”¹ (libro clásico en la materia) argumentar consiste en “ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión. En este sentido, no es simplemente la afirmación de ciertas opiniones, ni se trata simplemente de una disputa. Los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones”. Un argumento debe contener premisas y una conclusión. Las premisas deben ser explícitamente diferenciables de esa conclusión.

Al persuasor solo le interesa lo que el persuadido haga y no lo que sienta o piense; su propósito casi siempre es alcanzar algún fin preestablecido. Es una forma de control social sobre decisiones ideas y pensamientos de los demás.

Tipos de persuasión:

Testimonial: lo usan las personas famosas o gente común para persuadir a través de los anuncios.

La publicidad informativa: persuade al colocar el anuncio como una fuente de información válida, en la órbita en las actitudes, va dirigida hacia el conocimiento que tienen las personas proponiendo con ese nuevo conocimiento uno nuevo.

Persuasión comportamental: logra cambios de comportamiento ya que se logra que los grupos se desarrollen o estén a favor de nuestros intereses.

La labor argumentativa implica, necesariamente un dialogo intersubjetivo en el que dialógicamente se vaya construyendo el criterio racional que justifique una determinada decisión, en ese proceso argumentativo la justificación de una determinada decisión puede venir respaldada por un acto discursivo meramente persuasivo o bien por un discurso de convencimiento o debidamente fundamentado.

En el procedimiento discursivo a través del cual se va generando el criterio justificador, puede ser que nos encontramos ante un discurso persuasivo, en

donde se tenga como finalidad adherir voluntades a su posición incluso valiéndose de mecanismos irracionales. En el campo del derecho se debe buscar una decisión que venga respaldada por un discurso de convencimiento racionales se logre la adhesión y el consenso del argumento válido.

La decisión jurídica deberá estar debidamente fundamentada en un discurso argumentativa estrictamente racional, en donde el criterio interpretativo este basado en las reglas, principios y valores contenidos en las normas que componen un determinado ordenamiento jurídico.

Con anterioridad se ha dicho que la labor argumentativa implica, necesariamente, un dialogo intersubjetivo en el que dialógicamente se vaya construyendo el criterio racional que justifique una determinada decisión. Ahora bien en eso 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.

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 retor 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 este basado en las reglas, principios y valores contenidos en las normas que componen un determinado ordenamiento jurídico.

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

Argumento válido: será el que tenga fundamento basado en el ordenamiento y justificara la decisión jurídica.

Argumento persuasivo: aquellos que hayan pretendido por medio ajenos.

Deductivos: Sera aquel por virtud del cual se infieren de forma lógica y necesaria las conclusiones a partir de sus premisas.

Tal y como se ha venido diciendo, en el campo del derecho valido 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 practicas del terreno jurídico, destacan sin duda la creación normativa por parte del legislador, y la de aplicación de las normas por parte de los jueces. Pues bien, al haber establecido que haya una argumentación jurídica que justifica las decisiones en forma de racionalidad práctica, se debe ser consiente que en estas tareas practicas al final se producen normas ya sean esta 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 validas en términos jurídicos. Ahora bien, el argumento se encuentra detrás de cada una de las normas producidas, debe ser un argumento correcto valido 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 validos en otro terreno, como el moral, económico, político, social, religioso o de cualquier otro tipo, porque en ninguna forma se justificarían como válidos en Derecho sino tuvieran como fundamento una norma, un principio o un valor superior del ordenamiento jurídico.

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. Un argumento es válido si considerando ciertas las premisas se puede determinar que la conclusión es cierta. Un ejemplo de un argumento valido es: la casa tiene cuatro cuartos.

Una norma invalida seria cuando los argumentos que se encuentren tratando de justificar dicha decisión serán meramente persuasivos.

Como se ha mencionado con antelación en la labor argumentativa hay la justificación de una determinada decisión, que puede venir respaldada con un discurso meramente persuasivo o bien por un discurso de convencimiento o debidamente fundamentado. Si es un discurso persuasivo el rétor, tendrá 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, es decir la decisión jurídica deber estar debidamente fundamentada conforme a derecho, en un discurso argumentativo estrictamente racional, en donde el criterio interpretativo está basado en las reglas, principios y valores contenidos en las normas que componen un determinado ordenamiento jurídico.

La distinción entre argumentos correctos o válidos y argumentos meramente persuasivos, podría explicarse, el argumento que se encuentra detrás de cada una de las normas producidas ,y que debe ser un argumento correcto o valido

dentro del derecho, porque de lo contrario dicha norma no podrá ser considerada como parte de dicho sistema jurídico, 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 entendiéndose con 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. Quizá aquí se estaría frente a un argumento perfectamente válido en otro terreno, como el moral económico, político, social, religioso o cualquier otro tipo, pero de ninguna forma se justificarían como válidos en derecho, si no se fundamentan en 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 estas pueden clasificarse en logicistas y no logicistas. Las primeras, en donde se encuentra 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 infiere 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 convertido la premisa menor y el sentido de la decisión es la conclusión que se obtiene mediante una simple subsunción.

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 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-logística. Con ello no se pretende aseverar que el criterio de lógica deductiva silogística no opera en la construcción de argumentos que validen una decisión jurídica; sino que, más bien, se viene a defender 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 requería la corrección lógica que permitía llegar a una conclusión, pero además, se puede (como de hecho ocurre) hacer uso de un elemento adicional que no satisfaga los requisitos necesarios 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 solo 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 si 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 dos teorías que defienden la idea de que hay muchas respuestas validas posibles.

Los argumentos deductivos difieren de los no deductivos, en que incluso un gran número de premisas ciertas no garantizan la verdad de la conclusión. En los argumentos no deductivos, la conclusión va inevitablemente más allá de las premisas, mientras que la conclusión de un argumento deductivo válido sólo hace explícito lo que ya está contenido en las premisas. En ese sentido, como lo sostiene Manuel Atienza, en los argumentos no deductivos el paso de las premisas a la conclusión no es necesario, sino probable o plausible. Es decir, a los argumentos en los que el paso de las premisas a la conclusión no se produce necesariamente se les llama inductivos o no deductivos. Dentro de la justificación deductiva, la cual en ocasiones utilizan los jueces, es importante resaltar que MacCormick, quien es citado por Atienza, advierte que lo que la lógica determina es la obligación del juez de fallar en el sentido indicado, pero no el fallo del juez en cuanto tal; es decir, la orden de un juez o de un tribunal que condena a una parte a pagar una cierta cantidad de dinero no es ya un producto lógico, aunque lo que justifique dicha decisión sea precisamente un razonamiento lógico-deductivo.²⁷ La justificación deductiva tiene sus límites además de sus presupuestos, uno de ellos es que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido; sin entrar en la naturaleza de dicho deber, lo que parece claro es que la justificación deductiva se produce en el contexto de razones que justifican la obligación de los jueces y que, en ocasiones, influyen más que el deber de hacer justicia.

Entonces, si un presupuesto de la justificación es aplicar el derecho válido sin estudiar su naturaleza, por consecuencia los jueces se constituyen en sujetos aplicadores de la ley, carentes de conciencia para valorar sus fallos. En la justificación deductiva se presentan varios problemas, entre los cuales tenemos el de relevancia, el cual se plantea en cierto modo previo a la interpretación, esto es, no cómo ha de interpretarse determinada norma, sino si existe una tal norma ($p \rightarrow q$) aplicable al caso.²

Aquí, los jueces tienen una misión complicada y a la vez crucial, ya que su labor, previa al momento de interpretar la norma, consiste en identificar si existe una aplicable al caso concreto. Situación que sin duda es importante, máxime que como se apuntó en párrafos anteriores, la justificación deductiva tiene un presupuesto en el sentido de que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido, lo que hace imprescindible el agotar la búsqueda de la norma aplicable. Existen también en la justificación deductiva los problemas de prueba que se refieren, más que nada, al establecimiento de la premisa menor. (Sin que ello signifique que esta proposición sea una prueba de su verdad, sino un test de coherencia, en el sentido de que todas las piezas deben ajustar bien (y que no se ha vulnerado ninguna regla procesal de valoración de la prueba).

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 de la lógica formal tradicional; no obstante, dicho argumento puede resultar insatisfactoria pues solo 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.

La distinción entre "contenido" y "forma" de un argumento lógico (o deductivo), es fundamental para una adecuada comprensión de su naturaleza y para su correcta evaluación, pues a tal distinción se asocian dos diferentes juicios: el de verdad y el de validez. Mientras que la verdad (o su contrapartida, la falsedad), sólo atañe al contenido concreto de las proposiciones, la validez depende exclusivamente de la forma estructural de todo el argumento. Sin embargo, ambos aspectos se relacionan de manera clave en tanto que la verdad lógica de la conclusión componente de mayor interés en el argumento-, depende por igual de ambos aspectos: contenido verdadero de las premisas y forma válida del argumento.

Cuando se dan ambas condiciones, la conclusión es "necesariamente" verdadera. Además, es precisamente de este principio del que se deriva la regla que sirve para establecer cuándo una forma puede considerarse válida o correcta: si la forma es válida, para cualquier contenido verdadero de las premisas deberá generar un contenido también verdadero en la conclusión. Por otro lado, forma y contenido, antes que independientes, deben entenderse como complementarios en la medida en que la forma constituye la estructura en la que se disponen y engranan los contenidos.

Esta simultaneidad de enfoques y consideraciones respecto a la dualidad contenido-forma, así como sus implicaciones en el análisis y evaluación de argumentos deductivos, puede hacerla compleja y de difícil comprensión. Sin embargo, la representación de los argumentos mediante diagramas simplifica en gran medida los distintos aspectos, facilitando una apreciación gráfica y visual de los mismos.

En este sentido, se deben distinguir aquellos argumentos que son manifiestamente inválidos de aquellos que solo aparentan ser válidos sin serlo como son las falacias. Aquí es necesario precisar que no solo 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.

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 señaladas.

1.9 Las funciones de verdad.

Líneas precedentes se ha indicado que la invalidez 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 solo los enunciados son verdaderos o falsos y los argumentos serán válidos o inválidos.

En ocasiones se suele calificar a un argumento de válido 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 de la relación de implicación aun cuando las premisas sean falsas o irreales.

Una función de verdad es una función que acepta valores de verdad como entrada y produce un valor de verdad único como salida. En otras palabras: la entrada y la salida de una función de verdad son todos valores de verdad; una función de verdad siempre generará exactamente un valor de verdad; e ingresar los mismos valores de verdad siempre generará el mismo valor de verdad. El ejemplo típico es en la lógica proposicional, en la que se construye una declaración compuesta usando declaraciones individuales conectadas por conectores lógicos; Si el valor de verdad del enunciado compuesto está completamente determinado por los valores de verdad del enunciado o enunciados constituyentes, el enunciado compuesto se denomina función de verdad, y cualquier conector lógico utilizado se dice que es funcional de verdad.

La lógica proposicional clásica es una lógica funcional de verdad, en el sentido de que cada enunciado tiene exactamente un valor de verdad que es verdadero o falso, y cada conector lógico es funcional de verdad (con una tabla de verdad correspondiente), por lo que cada enunciado compuesto es un función de verdad. Por otro lado, la lógica modal no es funcional a la verdad.

Hay un punto, de todos modos, en el que las dos orientaciones posibles de la teoría de la argumentación coinciden. Ya se trate de convencer a terceros de lo que acaso no compartamos o de sopesar los argumentos para adoptar una decisión propia, en el fondo siempre se trata de un fenómeno de persuasión: nuestra personal atribución de relevancia o relativa suficiencia a argumentos que no la tienen por sí mismos depende de una decantación íntima de motivos, así como la eficacia de una publicidad de lavarropas descansa, tal vez, en recónditos estados disposicionales del consumidor medio, que el vendedor puede explotar en su beneficio.

Sea como fuere, pues, ninguna argumentación es capaz de ejercer su función sin apoyarse en algún punto del pensamiento o de los sentimientos del sujeto. Cuando este punto de apoyo es hallado, el argumentador puede construir sobre él - para sí o para otro, con buena fe o sin ella - un castillo de enunciados que acaso logre su objetivo.

Ya que cualquier argumentación es en alguna medida insuficiente, es siempre posible argumentar en sentido contrario. En este punto desecharé los métodos desleales de la pos-verdad y del burdo recurso a los prejuicios, para mantener el análisis en el marco de lo académicamente aceptable. Hay métodos para contra-argumentar; pero corresponderá a quien los use decidir si realmente sus contra-argumentos lo convencen, o al menos le impiden aceptar la argumentación de su interlocutor, o bien si, al emplearlos, se está “pasando al lado oscuro de la fuerza” argumental.

1.10. Cuantificadores.

Un cuantificador es una expresión con la que se pretende determinar la cantidad en una proposición.

Al lado de la lógica proposicional se encuentra la cuantificacional, cuyo objetivo es rescatar algunos elementos del lenguaje natural como es 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 explicar las cantidades en los enunciados o juicios, de tal forma que simbólicamente se establezca que todos o solo algunos de los elementos de un conjunto que mantienen una propiedad están afectados por elemento deóntico determinado.

De estas forma es posible encontrar en el mundo normativo los llamdos cuantificadores temporales, que son aquellos que se encuentran realcionados estrechamente a “las nociones de alguna vez” “algunas veces” y “siempre”.

El ámbito de estos cuantificadores puede también revitalizarse a un periodo de tiempo de duración limitada. Aunque al respecto cabe aclarar que en el terreno jurídico difícilmente se puede encontrar un cuantificador temporal “siempre”, pues generalmente las normas jurídicas en el elemento ocasión determinan una localización en el espacio y en el tiempo.

Pero, al igual que estos cuantificativos 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 afectados. En este sentido, un enunciado abierto se puede cerrar sustituyendo las variables, pudiendo ejemplificar esta noción con el enunciado abierto “todos pueden o todos deben” 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 aun en aquellos casos en que la variable sea abierta habría que excluir las excepciones.

La forma de los argumentos, como totalidad, se estructura a partir de la forma de los enunciados parciales que lo componen. Es importante, por consiguiente, estudiar las características de forma de estos enunciados. Uno de los principales elementos formales en las proposiciones son los llamados "cuantificadores".

Los cuantificadores son términos del lenguaje que especifican si un enunciado se refiere a todos los elementos de una clase o sólo a alguno de ellos; es decir, sirven para distinguir entre enunciados de carácter general y particular. En este

sentido ya fueron introducidos en el tema anterior los más básicos: "Todos", "Sólo algunos" y "Ninguno". Existen, sin embargo, otros dos cuantificadores de uso frecuente: "No todos" o "algunos no", que resulta de la negación de "Todos" y "algunos" que resulta de la negación de "Ninguno". En el lenguaje cotidiano estos dos nuevos cuantificadores se utilizan como sinónimos de "Sólo algunos", pero desde el punto de vista lógico son diferentes, tal y como los hemos definido. Todos ellos precisan en mayor o menor medida la "cuantía" o cantidad de elementos sobre los que se afirma o niega algo y, en este sentido, reducen la ambigüedad de las aseveraciones.

Sin embargo, los cuantificadores también son ambiguos en sí mismos y admiten varias interpretaciones. Por ejemplo, un enunciado de la forma "Todos los A son B" puede significar que A y B son la misma clase o que A es una subclase de B. Esto, evidentemente, debe tenerse muy en cuenta a la hora de evaluar las proposiciones en los argumentos. Igualmente deberá tenerse en cuenta el hecho de que sólo los cuantificadores "Ninguno" y "Algunos" proporcionan una forma "reversible" a los enunciados: es lo mismo afirmar "Ningún A es B" que "Ningún B es A". Del mismo modo, "Alguna A es B" significa lo mismo que "algún B es A". Con los demás cuantificadores no ocurre esto mismo.

También a la hora de producir nuestros propios argumentos, debemos tener cuidado en elegir los cuantificadores más apropiados. "Todos" y "Ninguno", en cuanto que son de carácter general, suponen un mayor conocimiento y ofrecen mayor información que los demás; pero, por esto mismo, se corre un mayor riesgo de error al utilizarlos.

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, solo 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 es verdadero el 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 resulta importante aludir a las citadas tablas de verdad para construir el argumento racional que justifique una decisión jurídica en donde se interpretan enunciados normativos.

A fin de simplificar la fórmula, se elimina la contradicción, que existe en el caso y que se refiere al primer supuesto que no guarda relación con el asunto en la medida en que se refiere a la hipótesis en que existe una notificación de la que se parte para verificar el cómputo para promover el juicio de amparo. Esta fórmula sostiene que una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo.

La fórmula queda en la forma siguiente:

Cada proposición sólo puede tener el valor de verdadero o falso. Por eso, para obtener todas las combinaciones posibles de los valores de verdad de las cuatro proposiciones (p, q, s y t), se debe elevar el número 2 a la potencia 4, y el orden en que pueden incorporarse los valores de verdad y falsedad en cada caso, es de 1,2,4,8, etc. como aparece en la tabla que se muestra en esta página.

Proposiciones $2^4 = 16$

Las tablas de verdad: Se trata de tablas que definen el funcionamiento lógico de las conectivas. Las tablas de verdad se construyen señalando cuál es el valor de verdad o falsedad de una proposición compuesta para cada una de las combinaciones posibles de valores de verdad o falsedad de las proposiciones simples que la integran.

UNIDAD II

ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS.

2.1 Argumentos dialécticos, argumentos apodícticos o demostrativos.

Según el Aquinate, el primero de estos actos de la razón, por medio del cual se llega a conclusiones necesarias, es el llamado argumento necesario o analítico, que es el más propio de la ciencia y es estudiado por la parte de la lógica llamada analítica o resolutoria. El segundo de los procesos aquí señalados es estudiado por la lógica llamada inventiva o tópica, la cual no alcanza nunca argumentos necesarios, sino sólo con un limitado grado de certeza o probabilidad. Y el tercer proceso de la razón (que no vamos a tratar directamente en el presente artículo) origina los argumentos falaces, estudiados por la parte de la lógica llamada “sofística”.

Se trataría, pues, de una especie de medida de aceptación de una cosa (quizás sería más preciso decir “de una creencia”) por parte de un grupo de sujetos; de ahí que sea afortunada la traducción de este sentido de probable como plausible. Dependiendo del grado de probabilidad (entendida de esta manera) de los argumentos, Santo Tomás (2002 [s. XIII])

Tres clases: argumentos dialécticos, retóricos y poéticos. En los primeros, “la razón se inclina totalmente a una parte de la contradicción, aunque con cierto resquemor hacia la otra”. En el argumento retórico, en cambio, el grado de probabilidad o de certeza alcanzado es todavía menor, pues en él “no se da una completa creencia u opinión sino cierta sospecha, porque la razón no se inclina

totalmente a una parte de la contradicción, aunque se incline más hacia ésta que hacia aquella” .

La tercera clase de argumentos que distingue Santo Tomás dentro de la llamada lógica inventiva o tópica, es el argumento poético: “A veces la sola estimación se inclina hacia una de las partes de la contradicción por alguna representación, al modo que el hombre rechaza algún alimento si se le representa bajo la semejanza de algo abominable. Y a esto se ordena la Poética. Pues propio del poeta es inducir algunas cualidades por alguna representación apropiada”.

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 su historia, la exposición de los hechos; la edificación o argumentación de las razones, el establecimiento de las pruebas, fundamentos y batería argumental o la conclusión del acto jurídico. Los argumentos ayudaran a construir mejor el acto del habla jurídico, los laudos, las tesis jurisprudenciales, las demandas, las averiguaciones previas, la construcción legislativa, las decisiones legislativas, con el propósito de evitar las falacias, los falsos argumentos y a ser en consecuencia mejores juristas.

En la tradición dialéctica aristotélica, se concibe a esta 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.

La dialéctica expresa, por una parte, la contradicción del mundo existente, y por otra, la necesidad de superar los límites presentes, movida esa exigencia de superación por la necesidad de una realización total y de un modo efectivo.

En otro sentido, la dialéctica de Hegel significa la radical oposición de Hegel a toda interpretación fragmentaria y atómica tanto de la realidad como del conocimiento. El carácter dialéctico de lo real significa que cada cosa es lo que es, y sólo llega a serlo, en relación, unión y dependencia con otras cosas, y en último término con la totalidad de lo real. La filosofía hegeliana, en cuanto dialéctica, ofrece una concepción relacional de la realidad y concibe la realidad

como un todo, sin que ello afecte para nada a la relativa independencia de cada cosa en su singularidad. La concepción dialéctica de lo real se opone al positivismo y a la interpretación empírica de la experiencia. Frente a la pretendida originariedad, autonomía e independencia de los hechos tal y como son dados de un modo inmediato en la experiencia, la estructura dialéctica de lo real acaba por mostrar que los hechos no son sino el precipitado y el resultado de un subterráneo juego de relaciones que son las que realmente, y en última instancia, constituyen y agotan las cosas, a pesar de su presunta, inmediata y aparente consistencia y autarquía individual.

Pero además el carácter dialéctico de lo real no sólo significa su naturaleza relacional, sino incluso que cada cosa solo es lo que es, y llega a serlo, en su continuo devenir y proceso, es decir, la realidad en cuanto dialéctica, no es fija ni determinada de una vez para siempre sino que está en un inquieto proceso de transformación y cambio, cuyo motor es, tanto como su interna contradicción, limitación y desajuste en relación con su exigencia e intención de totalidad, infinitud y absoluto, como la interna relación en que está con otra cosa o realidad, que en este aspecto aparece como su contrario. La realidad en cuanto dialéctica es, pues, procesual, regida y movida por la contradicción y constituida como oposición de contrarios. De esta forma, cada realidad particular remite a la totalidad, al todo, y sólo puede ser comprendido y explicado en relación al todo; y, de otra parte, cada realidad, cada cosa no es sino un momento del todo, que se constituye en el todo, pero que también queda asumida y disuelta en el todo. Con razón, pues, Hegel expresa, de un modo preciso y breve, lo que hemos dicho hasta ahora, en la frase lo verdadero es el todo.

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 conociendo de sus causas.

En el lenguaje coloquial de los españoles. Es lo que podríamos llamar su carácter apodíctico, esto es, las afirmaciones o declaraciones que desean pasar por evidentes, indiscutibles. La razón suprema de muchas discusiones es "porque lo digo yo" y "no hay más que hablar". Es decir, no se admiten argumentos en contrario. Podríamos decir también que se trata de una técnica *asertiva* o *asertórica*, pero tampoco hay que pasarse de cultismos.

Ese estilo apodíctico se introduce incluso en los carteles y avisos de toda índole. Por ejemplo, en España puede verse este aviso: "Queda terminantemente prohibido" o "totalmente prohibido" lo que sea. Se queda uno intrigado sobre lo que podría ser el "parcialmente prohibido".

Son innúmeras las locuciones en apoyo del tono apodíctico. Veamos algunas. "Esto lo digo por activa, por pasiva y por perifrástica". No cabe mayor evidencia. Suele ocurrir que se trata de una afirmación muy dudosa que admite muchas observaciones en contrario. Pero para eso está el lenguaje apodíctico, para que el contrincante se quede sin argumentos.

Una forma de dejar clara una cosa es con el juridicismo de "a las pruebas me remito". No se deduce qué pruebas sean esas, pero la expresión da por zanjada cualquier discusión. Recordemos que la palabra *prueba* en la jerga jurídica ahora se dice también *evidencia* por influencia del inglés. En los juicios sucede que muchas pruebas están muy lejos de ser evidentes para las dos partes.

El argumento sofístico o erístico, entendido como un razonamiento caviloso, incierto y ensimismado dotado de conclusiones ambiguas, equivocadas 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.

La erística, a partir de la antigua palabra griega *Eris* que significa "disputa" o "conflictos" y *techne*, arte, procedimiento es el arte del conflicto y del debate. A

menudo se refiere a un tipo de argumentación que se centra en terminar con la disputa con éxito de un argumento en lugar de acercarse a una realidad dada.

Según TH Irwin, " es característica del procedimiento erístico pensar en algunos argumentos como forma de derrotar al contrario, al mostrar que un oponente debe sancionar la negación de lo que inicialmente se tomó a sí mismo a creer." Es decir, los argumentos Erísticos se centran en tener la razón o en ser percibido convincentemente como acertado.¹ El objetivo general consiste en ganar la discusión, y/o la participación en un conflicto con el único propósito de perder el tiempo a través de argumentos, no para descubrir potencialmente una respuesta verdadera o probable a cualquier pregunta o tema específico.

La Erística aboga por el bien de los conflictos en lugar de la búsqueda de la resolución de conflictos.

Según Aristóteles, este arte de la controversia habría sido creado por Eutidemo. La erística juega un papel fundamental en la filosofía antigua y en las querellas de las distintas escuelas filosóficas.

Se centran en tener la razón o en ser percibido convincentemente como acertado,

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 consiente al adversario. Es el típico argumento aparente. Aristóteles fue el primero en elaborar una clasificación de este tipo de pseudosargumentos y se caracterizan por su ambigüedad, equivocación y equivocidad.

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

Los paralogismos, son planteamientos que no se pueden considerar como verdaderos; lo que quiere decir que la conclusión a la que se llega después de planteadas las premisas es falaz. Ambos tienen la misma estructura y, en este

sentido, son iguales a los silogismos o a los entimemas, que son planteamientos que omiten una premisa pues puede ser inferida.

Ahora, la gran diferencia se encuentra en la intención que tiene el emisor del mensaje cuando formula su argumento. Los paralogismos no tienen la intención de engañar al receptor del mensaje planteando una idea que no es cierta. El error ocurre por culpa de un mal análisis o una reflexión incorrecta. Contrario a lo que sucede con los sofismas.

Luego, existen diferencias según el tipo de paralogismo que ocurra. Algunos dependen de la forma en la que se plantee el argumento, mientras que otros paralogismos se centran en el contenido erróneo que se plantea.

Los paralogismos están conformados por dos planteamientos (uno principal y otro secundario) que permiten que se llegue a una conclusión.

Tipos de paralogismos

Clasificar los paralogismos depende mucho de los autores. En este sentido hay tres tipos en los que coinciden la mayoría de los estudiosos, aunque normalmente se refieren a ellos como falacias.

Para empezar están los paralogismos formales que tienen que ver con el proceso de análisis o reflexión del emisor del mensaje.

Luego, están aquellos que no se consideran formales y que a su vez se dividen en otros dos tipos: ambiguos y de atinencia.

Sobre el primero habló mucho Aristóteles en sus trabajos. Tiene que ver con los problemas con el uso del lenguaje o las diferencias en los idiomas. Pueden suceder los paralogismos porque se confunden términos o por los diferentes significados que pueden adoptar.

Por atinencia tiene que ver mucho con la estructura de este tipo de falacia. Para empezar, si los paralogismos tienen dos premisas, la mayor y la menor, cuando se da una falacia por atinencia es porque no existe una relación correcta entre las dos premisas que se utilizan. Por ende, la conclusión a la que se llega al final no tiene sentido o lógica de la cual sustentarse.

Son muchos los paralogismos que se pueden dar de esta forma. Puede ocurrir cuando se trata de refutar una idea y en vez de hacerlo con argumentos válidos lo que se hace es atacar al otro participante. Aunque los ataques a veces pueden ser contra algunos de los interlocutores o contra el contexto en el que están.

También puede ocurrir cuando se quiere imponer un argumento a la fuerza. Al final autores como el filósofo estadounidense Irving Marmer Copi, en su obra *Introducción a la lógica*, habló de este tipo de falacia de atinencia, en la que los paralogismos pueden ocurrir por 18 razones diferentes.

Ejemplo

- Cuando me fui a vivir a Argentina dejé de tomar café y empecé a tomar mate. No te imaginas cómo mejoró mi alergia al polvo.

En este caso, para empezar hay que determinar la intención del emisor del mensaje. Si construyó el argumento para engañar al receptor de alguna forma, entonces debe considerarse como un sofisma, pero si no tuvo intención alguna de engañar entonces si es un paralogismo.

Además, es un argumento falaz porque la cura de las alergias al polvo no depende de ninguna forma de las bebidas que se toman. En este ejemplo se estableció un proceso de causa y efecto que no es real.

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.

Un argumento deductivo es aquel en el que la conclusión se ha construido a partir de premisas más generales.

El argumento deductivo se genera cuando pasamos de lo general a lo particular. En él, no se genera nuevo conocimiento, sino que se refuerzan posiciones que ya se conocían con anterioridad. Y ello, debido a que la información ya se encuentra en las premisas. Al pasar de lo general a lo concreto, primero se tienen que identificar leyes, teorías o hechos generales, y, siguiendo una serie de pasos, se va concretando hasta extraer la conclusión más particular.

La principal fortaleza que tiene este razonamiento es que la relación entre las premisas y la conclusión es muy fuerte. Ya que la conclusión extraída deriva estrictamente de lo enunciado a través de estas premisas.

Hay que tener mucho cuidado con los argumentos extraídos mediante esta técnica. Debido a la fortaleza que existe entre la conclusión y las premisas, pueden darse por hecho conclusiones que no sean verdad, y estemos ante alguna excepción. O, de la misma forma, que haya premisas que no hayamos considerado. También podemos estar ante hechos paradójicos, dando lugar a falacias.

Aprende desde cero para mejorar tus finanzas y tus inversiones, o especialízate en las áreas más demandadas del trabajo financiero: inversión, bolsa, ahorro, gestión de activos, banca, análisis de empresas y contabilidad. Todos los cursos en una sola suscripción.

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 los 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 la particular, la premisa y la conclusión.

En los argumentos no deductivos se pretende que las premisas sean confiables y apoyen en buena medida a la conclusión, pero a diferencia del deductivo, no hay garantía para la misma. La demostración puede ser falible.

Este solo puede ser derrotado retractando su conclusión sin necesidad de retractar alguna de sus premisas.

Ambos tipos de razonamiento son importantes y pueden arrojar resultados valiosos, aunque el caso de los deductivos dichos resultados serán o no validos dependiendo de la validez de las premisas y de la correcta lógica deductiva. Por el contrario, los resultados del razonamiento no deductivo no pueden medirse en términos de validez, ya que solo afirman la probabilidad de ciertas conclusiones.

Como diferenciarlos:

Los deductivos:

- * Se sostienen en bases lógicas paso por paso.
- *parten de premisas generales y arriban a una conclusión específica.
- *aspiran a ser concluyentes.
- *las conclusiones no dependen de ningún dato que no esté en las premisas.

NO DEDUCTIVOS:

- *Carecen de base lógica, se sostienen en la intuición y en la generalización.
- *parten de premisas lógicas para formular una conclusión general.
- *aspiran a una cierta probabilidad.
- *las conclusiones dependen de elementos por fuerza del razonamiento.

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

Para Norberto Bobbio la analogía, sinónimo de razonamiento por analogía, procedimiento por analogía, extensión analógica o interpretación analógica, puede

definirse como “ aquella operación realizada por los intérpretes del Derecho (juristas y jueces en particular) mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra una reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso o para una materia semejantes”.

Ulrich Klug es mucho más claro cuando señala: “Tradicionalmente se habla de aplicación analógica de una proposición jurídica cuando una proposición que ha sido dictada para una determinada situación de hecho, es aplicada a otra situación de hecho diferente pero que coincide con la primera en las relaciones esenciales.

La noción discutible de este concepto es, precisamente, la referente a las relaciones esenciales. Para saber a qué se refiere Klug con este término es necesario hacer la siguiente aclaración: en materia jurídica, se puede hablar de analogía al menos en tres acepciones: como concepto, como juicio o como argumento. El primer caso, se presenta cuando no puede uno referirse de modo unívoco ni equívoco y nos enfrentamos a conceptos vagos, borrosos o abiertos. De tal manera, el concepto se aplica primero a un caso central y en forma derivada o analógica a los casos de la penumbra. La doctrina recomienda limitar el uso de esta analogía para no abusar de la misma. El segundo tipo de analogía, la referente al juicio o proposición, se refiere a una semejanza de relaciones que puede ser útil para la descripción y explicación del Derecho. Finalmente, la analogía como argumento —que será la aquí desarrollada— considera que “[...] si dos cosas son semejantes en cierto número de propiedades manifiestas en ambas, puede llegarse a la conclusión de que también lo son en otras propiedades que se manifiestan sólo en una de ellas [...]”. Precisamente, en la analogía como argumento nos encontramos ante una inferencia, en una de cuyas premisas se expresa una analogía, ya sea de concepto o de juicio, o, en otras palabras, las relaciones esenciales a las que nos hace referencia Klug. Esta acepción

. La abducción Se trata de un término utilizado por Charles Sanders Peirce en su *Collected papers (1935-1966)* y que en ocasiones diferentes denomina como reproducción, hipótesis, presunción y argumento originario.

En Peirce no existe realmente un concepto unívoco de lo que debe entenderse por abducción, hay más bien, referencias a ciertas cualidades que nos pueden llevar a una definición. Valgan como ejemplo las siguientes ideas del propio Sanders Peirce: La abducción es el proceso de formación de hipótesis explicativas. Es la única operación lógica que introduce una idea nueva; puesto que la inducción no hace otra cosa que determinar un valor, y la deducción se limita a desarrollar las consecuencias necesarias de una pura hipótesis.

La deducción prueba que algo debe ser; la inducción muestra que algo es realmente operativo; la abducción se limita a sugerir que algo puede ser. Como señala Nancy Harrowitz, la construcción de la abducción en Peirce describe esencialmente un proceso por el cual el sujeto se enfrenta a un hecho observado que María José requiere explicación y que parece importante.

En ese aspecto, es más precisa la definición de Umberto Eco, para quien la abducción, en Peirce, “es la adopción provisional de una inferencia explicativa, con el objetivo de someterla a verificaciones ulteriores, y que se propone hallar, conjuntamente con el caso, también la regla”.

Desde mi punto de vista, el argumento abductivo no es otra cosa que la utilización del razonamiento tópico, puesto que parte de verdades plausibles y, por ende, un argumento ya utilizado en el derecho por la Escuela de Maguncia y por su mayor representante, Theodor Viehweg. Refuerza esta idea, el papel inventivo y retórico que Peirce da a la abducción, papel que en la antigüedad, Aristóteles da al razonamiento tópico. En consecuencia, afirmo que el argumento abductivo es igual al argumento tópico.

Según Peirce, todo argumento está compuesto de tres elementos, a saber: caso, resultado y regla. Dependiendo de la combinación de estos elementos y del carácter cierto o probable con el que se presenten, se producirá uno u otro tipo de argumento.

En la formulación de los argumentos abductivos hay que tomar en consideración que en los casos por exceso hay pasos implícitos, pues datos planteados en éstos se utilizan en los argumentos. Por otro lado, en la abducción por insuficiencia los argumentos no atienden a un dato primario. En ambos casos, la formulación propuesta por Asís es sencilla y gráficamente puede representarse de la siguiente forma:

Dato = caso Regla Caso-Conclusión

Los argumentos “a contrario” “a contrario”. Si bien el argumento a contrario se encuentra estrechamente relacionado con la analogía, no tiene afinidad con la misma, más bien es, “como su propio nombre indica, el recurso contrario a aquélla”.

Así es como uno de los objetivos a desarrollar es determinar los puntos de contacto y las diferencias entre ambos tipos de argumentos. Pero antes de desarrollar estos elementos busquemos una definición.

Según Giovanni Tarell , se trata de un argumento por el que se ha “dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término perteneciente a un enunciado destinado a un sujeto o a una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que comprenda a sujetos o a clases de sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo”.

En otros términos, si el legislador ha expresado una hipótesis normativa, sólo a ella debe constreñirse la aplicación del derecho, rechazando cualquier otro supuesto no previsto de manera expresa. En estricto sentido, es una prohibición a la utilización de la analogía.

Una definición similar es la de Enrico Pattaro, para quien por medio del argumento a contrario “el intérprete sostiene que ha de excluirse el que una disposición jurídica que se refiere (prescribiendo, prohibiendo o permitiendo) a una determinada categoría de personas o de comportamientos, sea referible también a otra categoría de personas o de comportamientos”.

Por ello, para Ricardo Guastini la prohibición de la analogía se resuelve, precisamente, con la obligación de argumentar a contrario, sobre todo en algunas materias jurídicas, tales como las leyes penales.

Rasgos característicos y formulación Tratando de sistematizar las características del argumento a contrario se podría decir que, básicamente, son las siguientes:

- a) Se trata de un instrumento de la interpretación literal, pues no se sale del texto y se respeta el significado original del mismo.
- b) Es útil para motivar interpretaciones restrictivas, es decir, aquéllas que limitan los significados posibles de un texto, sin adoptar argumentos que se encuentren fuera de esta restricción.
- c) Su fundamento es la voluntad del legislador racional. Se trata de ser fiel al autor de la ley deduciendo que su voluntad es, precisamente, excluir de esa regulación otra serie de supuestos similares. En este caso la voluntad del legislador es un requisito más fuerte que el de la ratio de la ley.
- d) Este argumento no reconoce la existencia de lagunas en la ley. Aquí se ocultan la debilidad de los postulados del legislador racional y la creencia en la completitud y coherencia del ordenamiento jurídico.

Los argumentos “a fortiori” Los argumentos a fortiori también tienen una relación y diferencias con el razonamiento analógico. Para establecer estas convergencias y divergencias, veamos, ante todo, su definición. Concepto Estamos ante un argumento a fortiori cuando [dado un enunciado normativo que predica una obligación u otra cualificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, debe concluirse que valga (que sea válido, que exista) otro enunciado que predique la misma cualificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentran en una situación tal que se merecen, con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la cualificación que el enunciado otorga a los primeros [...]”.

De la definición deben destacarse las palabras con mayor razón, mismas que nos ayudarán a entender los siguientes numerales.

El argumento a fortiori se manifiesta bajo dos formas distintas: a maiori ad minus y a minori ad maius. En el primer caso, sería el argumento a fortiori aplicable a las calificaciones ventajosas, como derechos o autorizaciones; en el segundo, sería el argumento a fortiori aplicable a calificaciones desventajosas, tales como deberes.

Sus características son las siguientes: a) Implica la existencia de una laguna en la ley. En ese sentido, estamos ante un argumento no interpretativo, sino integrador del derecho.

b) Su fundamento es la mayor razón y la presunta voluntad del legislador, es decir, “se considera que la conclusión obtenida por medio del argumento refleja su voluntad”.

c) En consecuencia, siempre será necesario para que exista que pueda establecerse una relación transitiva y asimétrica.

De esta manera, la formulación más sencilla, útil tanto para los argumentos a maiori ad minus y a minori ad maius, de un argumento a fortiori es la siguiente:⁷⁵
 $x - R - y$ y $y - R - z$ $x - R - z$

La analogía, la abducción, así como los argumentos a contrario y a fortiori nos demuestran la posibilidad real de contar con mecanismos adecuados para la fundamentación y justificación de las decisiones jurídicas. Si bien, como pudo apreciarse en el presente ensayo, son temas que la doctrina aún no agota, una aproximación a los mismos nos facilita entender su papel y aplicación dentro de la argumentación del derecho.

2.5 Los argumentos jurídicos como argumentos interpretativos.

En la línea de argumentación e interpretación, resulta idóneo hacer la indicación de los argumentos interpretativos, en donde tenemos que los argumentos son intentos de apoyar ciertas afirmaciones o decisiones con razones, por lo que argumentar tiene una importancia especial porque constituye una manera de informarse acerca de qué afirmaciones o decisiones son mejores que otras.

Por lo que se afirma que un argumento es un conjunto estructurado que suele describirse con los términos “premisas” y “conclusiones”. Los argumentos jurídicos son aquellos que son utilizados para respaldar una petición o decisión jurídica, entre ellos tenemos los siguientes

Sobre el tema de principios, tenemos los Principios Generales del Derecho, los cuales también resultan inevitables de mencionar, ya que más adelante se hará la diferenciación con la analogía.

En este aspecto Norberto Bobbio quien considera a los principios generales como verdaderas normas, contribuye a la doctrina exponiendo los siguientes argumentos:

1) Casi siempre los principios generales son extraídos por sucesivas generalizaciones de normas particulares, con lo cual no se logra entender cómo llegada a cierto grado de generalidad la norma cambie de naturaleza y ya no sea norma, sino alguna otra cosa, y

2) Aun admitiendo que existan principios generales que no se extraigan de normas particulares con un procedimiento de generalización, sino que sean dados inmediatamente con su contenido general, la función para la que sirven es la de proporcionar cuando el caso se ofrece, modelos de conducta, a los operadores jurídicos.

Qué son y cómo funcionan los cánones o métodos de interpretación.

Prescindamos en este momento de los problemas de selección de la norma aplicable a un caso y de la relación que dicha selección guarda con la interpretación de las normas concurrentes o que pueden en principio ser seleccionadas como aplicables.

Pongamos que ya tenemos la norma N como norma que “viene al caso”, norma con arreglo a la cual el caso debe ser fallado. Pero cabe que un término de N, el

término “x”, pueda ser interpretado de diferente manera, pueda significar cosas distintas o pueda tener una u otra referencia. Supongamos que lo que “x” quiera decir o signifique en N pueda definirse de dos maneras diferentes; esto equivale a que “x” en N tiene dos diferentes interpretaciones posibles. Llamémoslas S1 y S2. Si yo, juez que interpreto N para resolver el caso que tengo entre manos, elijo como preferible S1, ese caso recibirá una solución diferente de la que habría tenido si yo hubiera preferido la interpretación S2.

Aquí hemos llegado a problemas que ya conocemos bien, el de cómo tomo partido entre esas dos alternativas interpretativas de las que el fallo del caso va a depender, y el de cómo fundamento esa elección. Sabemos lo que a esto responden las doctrinas que hemos llamado irracionalistas y las racionalistas, en sus diversas variantes: que esa elección se hace a capricho y personal conveniencia del juez.

Lo que la metodología dominante en materia de interpretación sostiene es que el juez puede y debe valerse de ciertos métodos para esa labor de decisión interpretativa y, sobre todo, para fundamentarla. Eso lo hace (o debe hacerlo) en la motivación de la sentencia.

Los métodos o cánones de interpretación son pautas de elección, pautas dirigidas a guiar esa elección y su consiguiente fundamentación.

En cuanto a la fundamentación, los métodos interpretativos funcionan como argumentos justificativos de la interpretación elegida. Si yo tuviera que justificar, que dar razón de por qué preferí la corbata azul en lugar de la verde, lo podría argumentar alegando que esa corbata me va mejor con el traje y/o que es más seria y, por tanto, más adecuada para el acto al que debo asistir vestido con mucha formalidad, etc. Si, como juez, debo justificar por qué preferí la interpretación S1 de “x” en N antes que la interpretación S2 de “x” en N, también usaré argumentos, argumentos interpretativos. Los métodos o cánones de interpretación funcionan, pues, como argumentos que se entienden apropiados y aceptables para esa justificación.

No es lo mismo que el juez aduzca que se inclinó por S1 porque es la interpretación que, sencillamente, a él más le gusta o porque esa interpretación da lugar a un fallo que es el que más le conviene al partido político de sus amores o porque es la que mejor encaja con la finalidad de N o porque es la que mejor se corresponde con la voluntad del legislador.

Las dos primeras razones no nos parecen razones admisibles, no aceptaremos esos argumentos como propios de un juez que justifica su fallo. En cambio, las dos últimas sí suenan admisibles, en principio.

Una interpretación se considera justificada cuando se presenta expresamente respaldada por argumentos interpretativos admisibles. Por contra, la que se base en argumentos inadmisibles se tendrá por no justificada, lo que es tanto como decir arbitraria. Pongamos algún otro ejemplo de argumentos interpretativos que, aquí y ahora, no admitiríamos. Supóngase que ese juez adopta un punto de vista religioso y dice que se debe dar preferencia a la interpretación S1 por ser el contenido resultante el que mejor se compadece con el credo cristiano. Habría usado lo que podríamos llamar un canon teológico de interpretación.

Y, sin duda, su proceder no lo consideraremos tolerable, por incompatible con los fundamentos de nuestro Derecho. O imaginemos que ese juez se inclina por S2 con el argumento de que el sentido así resultante de N es el estéticamente más bello, el más acorde con las pautas vigentes de belleza literaria. El canon o argumento aquí sería de tipo estético, y nos provocará el mismo rechazo.

2.6 Argumento a rúbrica, argumento psicológico.

Desde el punto de vista lógico, el argumento es la expresión de un razonamiento, aunque el término “argumento” es utilizado para referir en un sentido amplio un razonamiento mediante el cual se pretende probar o refutar una tesis, con objeto de convencer a alguien de la verdad o falsedad de la misma. La validez del argumento depende de su corrección lógica, tanto en sentido formal como en el

material. Este tipo de argumentos, sin embargo, se consideran como extralógicos, ya que se basan en criterios puramente jurídicos.

El argumento a rúbrica es aquel por medio del cual la atribución de significado se realiza a partir del título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que se encuentra ubicado el enunciado, ya que se piensa que los títulos proporcionan información sobre el contenido regulado bajo los mismos, por no ser casual, sino consecuencia del diseño institucional del legislador, por lo que manifiestan su voluntad. Es un argumento de congruencia que apela a la coherencia del sistema jurídico.

El título o rúbrica de un grupo de artículos proporciona un argumento_lógico de su dependencia en virtud de su relación sistemática. Significa atribuir a un enunciado un significado sugerido por el título o rúbrica que encabeza un conjunto de artículos en el que el enunciado interpretado se encuentra.

Pertenece al tipo de argumentos sistemáticos que se fundan en la idea de la unidad o coherencia del sistema jurídico, específicamente al grupo de argumentos contextuales, que se identifican por recurrir al método de la ubicación en el texto legal y a la relación de la norma con el resto del ordenamiento.

Los argumentos sistemáticos se caracterizan por el hecho de que para atribuir significado a una disposición se tiene en cuenta el contenido de otras normas, su contexto jurídico, y su uso se justifica en la idea de que las normas forman un sistema que obtiene su coherencia del diseño racional realizado por el legislador.

Este tipo de argumento se justifica en la noción de que existe una sistematización racional de las disposiciones de un texto legal, expresión implícita de la voluntad del legislador, lo que permite presumir que el legislador dispone de manera lógica y racional las materias tratadas.

Asimismo, se presume para su interpretación, que las intenciones del legislador quedan correctamente plasmadas en los títulos de las leyes y de las divisiones que realiza en su actividad legislativa.

El argumento a rúbrica se basa en el título de un texto normativo, del apartado, del capítulo, de la ley, y aun cuando no se puede considerar como una norma jurídica en sentido estricto, indica la validez de una norma frente a otras en atención al lugar que ocupa dentro del propio ordenamiento.

El método de recurrir al título se conecta además con los argumentos genéticos que apelan a la voluntad del legislador histórico, así como a los lingüísticos a efectos de especificar la interpretación mediante el establecimiento del significado de uso común o técnico de los términos a los que el título hace referencia.

El argumento psicológico. Sería aquel que justifica la atribución a una disposición normativa del significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor de la misma, es decir, del concreto legislador que históricamente la redactó.

Quienes niegan que pueda hablarse con propiedad de la existencia de la voluntad del legislador apoyan su postura fundamentalmente en un argumento: en los sistemas parlamentarios democráticos actuales las leyes las elaboran las asambleas compuestas por personas de ideologías diversas.

Son por tanto cuerpo colegiados de los que no se puede predicar una única voluntad más que recurriendo a una ficción.

Una de las dificultades para el empleo del argumento psicológico consiste en establecer cuál es la voluntad del legislador, caso de que esta exista. Sus fuentes de manifestación son variadas: el propio texto de la ley es claro y preciso, las exposiciones de motivos y los preámbulos, los informes de las comisiones legislativas o los cambios legislativos.

Como es lógico, los argumentos a favor y en contra de la existencia de una voluntad del legislador están íntimamente conectados con la posibilidad, respectivamente, de que se puede o no encontrar la misma en los trabajos o debates parlamentarios.

Al margen de los argumentos vistos a favor o en contra de la búsqueda de la voluntad del legislador en los trabajos preparatorios, los que privilegian el recurso

a los mismos adoptan una ideología estática de interpretación y se encuentran dentro de una teoría subjetiva la mismas.

Por el contrario, los que se manifiestan en contra de recurrir a los trabajos preparatorios adoptan una ideología dinámica y una teoría objetiva.

Es frecuente que se planteen límites temporales para el uso de los trabajos preparatorios. En concreto se señala que el argumento psicológico es más eficaz cuanto más reciente sea el texto a interpretar, de tal modo que los antecedentes se tornan menos importantes a medida que la ley envejece.

2.7 Argumento sedes materiae, argumento ab auctoritate

El argumento sedes materiae: Es aquél que por la atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización topográfica de una disposición proporciona información sobre su contenido.

El fundamento y la persuasividad del argumento residen en la idea de que existe una sistematización racional de todas las disposiciones de un texto legal que no es casual sino expresión de la voluntad del legislador.

El razonamiento implícito que se lleva a cabo es doble: por un lado, se considera como un atributo del legislador racional su rigurosidad en la ordenación de los textos, que obedece a un criterio sistemático; y, por otro, se piensa que esa sistemática, esa disposición lógica de las materias traduce la voluntad del legislador y es una información subsidiaria dirigida al intérprete.

Sobre esto Esquiaga Ganuzas dice: es aquel por el que la atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte.

En relación con este argumento se ha dicho que el aparato argumental tiene que ver con la ubicación o tejido especial de localización de un precepto determinado.

Un sujeto podría preguntar: ¿dónde está el argumento? Y la respuesta es: a nivel sedes materiae se ubica topográfica y territorialmente en tal espacio de la constitución.

El argumento ab auctoritate, es una formulación que debe ser interpretada en atención a la opinión intelectual o jurídica, es decir, atiende a una opinión, entonces esta argumentación atiende a ser interpretada meramente por una autoridad.

El argumento ab auctoritate, se relaciona con la estructura de autoridad en términos jurídicos, que adopta un determinado enunciado. 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 procedimiento específico. En síntesis, se puede preguntar un sujeto determinado: Cuál es el argumento de tal sentencia? La respuesta es: estas ubicadas en función de la autoridad que le confiere tal ley en el párrafo, por una serie de condiciones y situaciones concretas.

2.8 Argumento histórico. Argumento teleológico.

Al menos de que Savigny publicó su sistema del derecho romano actual, el elemento histórico se convirtió junto al gramatical, el lógico y el sistemático en uno de los criterios tradicionales de la interpretación jurídica.

A partir de ese momento la historia ha dado lugar a la aparición de diversas escuelas o ideologías de interpretación entre las que cabe destacar la propia escuela histórica del derecho fundada por Savigny.

Los argumentos históricos tienen por objeto proporcionar coherencia en la dimensión del tiempo, para lo cual se aducen hechos que se refieren a los antecedentes históricos del problema jurídico discutido, en cuanto a razones a favor o en contra.

Argumento teleológico, el argumento teleológico justifica la elección de aquella interpretación, de las posibles, que provoque una aplicación de la norma

interpretada en la que el fin de la norma se cumpla mejor o en mayor medida que en las otras interpretaciones posibles.

Si seguimos llamando N a la norma y representamos su finalidad como F, y si representamos las interpretaciones posibles como S1 y S2, simplemente, podemos esquematizar así el argumento:

Dado que el fin de N es F, es preferible S1 antes que S2 porque S lleva a una mejor realización de F.

Dos preguntas podemos lanzar a quien emplee un argumento interpretativo teleológico.

¿Por qué sabemos que el fin de N es F y no F'? ¿Por qué partimos de que el fin de esa norma es aquel que se señala y no otro que razonablemente pueda haber?

¿Con qué base o grado de certeza se afirma que la interpretación elegida da pie a un mejor cumplimiento de ese fin que las posibles interpretaciones alternativas?

Aplicando la que se ha denominado regla de oro de la racionalidad argumentativa, tenemos que, si la respuesta a esas cuestiones no es perfectamente obvia y si, pese a no ser obvia, no se justifica con ulteriores datos, indicios o razones aceptables, el argumento teleológico será deficiente y, más allá de la pura retórica, no contendrá una auténtica justificación aceptable de la alternativa interpretativa elegida.

Dos son, por consiguiente, los asuntos que deben argumentarse al utilizar este argumento: la asignación de finalidad a la norma y el establecimiento, a la luz de ese fin, de preferencias entre interpretaciones posibles de esa norma.

En este aspecto es donde se observa la contraposición entre dos tipos de interpretación teleológica, la subjetivo-teleológica y la objetivo-teleológica. Ya conocemos la primera, que se basa en el fin querido por el autor.

El argumento objetivo-teleológico es un criterio de interpretación que pone como referencia para la elección entre interpretaciones posibles la finalidad de la norma, pero entendiendo que esa finalidad hay que verla o concebirla desde el sentir, los presupuestos y las necesidades de la sociedad *actual*, de hoy, del momento en que va a ser aplicada la norma que interpretamos.

También se suele decir que se trata de tomar en consideración el fin con que el legislador de nuestro tiempo dictaría un precepto así, en el caso de que fuera él el que lo creara, en lugar del legislador antiguo que lo puso en circulación.

Entre esas dos alternativas a la hora de apreciar la finalidad de la norma sólo habrá discrepancia cuando la norma interpretada tenga alguna antigüedad, cuando haya pasado cierto tiempo desde que esa norma se promulgó y, además, haya habido cambios importantes en la sociedad durante ese periodo que va desde que la norma apareció hasta el este instante de ahora en que se interpreta y aplica.

Ya sabemos cómo habrá que justificar argumentativamente la afirmación de que el legislador antiguo pretendía para la norma cierto fin: mediante sub argumentos de carácter histórico. Mayor es el problema si se emplea el argumento teleológico en su versión objetivo-teleológica, en cuyo caso, cuando ese fin no resulte evidente o no haya sobre él acuerdo general, habrá que fundamentar convincentemente por qué se dice que es uno y no otro.

Téngase en cuenta, además, que en una sociedad plural y pluralista, como la que corresponde a un Estado de Derecho democrático, en el que el pluralismo es valor constitucional y su posibilidad viene asegurada mediante la garantía de toda una serie de derechos fundamentales (libertad de opinión, credo religioso, expresión, información, etc., más libertades políticas y derechos políticos), los diversos grupos sociales y políticos pueden tener opiniones bien diferentes sobre el papel que debe cumplir tal o cual norma del sistema jurídico.

Con todo, esa atribución de finalidad a una norma, particularmente si es una norma reciente, puede resultar favorecida por algunos indicios suficientemente claros.

Por ejemplo, hoy es moneda común que las leyes vayan precedidas de una extensa exposición de motivos o de un preámbulo donde se expliciten detalladamente los objetivos de la ley en cuestión o, incluso, de cada parte de su articulado. De ahí que, aunque el valor normativo de las exposiciones de motivos o los preámbulos sea asunto muy discutido en la doctrina, parece innegable que sí poseen, al menos, una importante utilidad interpretativa.

Otras veces es el propio nombre de la ley que contiene la norma en cuestión o el título del capítulo o apartado en que esa norma se inserta lo que da la pista adecuada sobre sus propósitos. En tal caso, se dan la mano el argumento teleológico y el argumento sistemático, al que se aludirá más adelante.

Sea como sea, al hacer uso de un argumento teleológico se arranca siempre de la afirmación de que la norma está orientada por cierto fin. ¿Por qué ese fin y no otro? Debe darse razón de ello, conforme a un esquema argumental que ha de poder reconstruirse así:

Por las razones R1, R2...Rn, el fin de N es F

De la verdad o verosimilitud, la razonabilidad y aceptabilidad de esas razones, de lo convincentes que sean, dependerá la fuerza de esa adscripción de finalidad al precepto y, derivadamente, la fuerza del argumento teleológico como justificación de la interpretación elegida de entre las posibles.

En una parte importante de la legislación actual aparece una variante en lo que a los fines de las normas se refiere. No se invocan tanto datos sociales, referidos a las necesidades sentidas por la gente o a acuerdos sociales muy extendidos o a opiniones socialmente dominantes, sino valores, principios o directrices constitucionales.

Suele tratarse de legislación con ánimo fuertemente reformista que pretende, cambiar aspectos relevantes de la vida social, aun contra el sentir o las creencias de importantes grupos sociales o hasta de la mayoría de los ciudadanos. Un ejemplo podríamos verlo en muchas de las normas que se vienen dictando en materia de igualdad de género y de lucha contra la discriminación femenina. Aquí, la referencia finalística la proporciona el anclaje constitucional de tales leyes. Si su propósito es, por ejemplo, el desarrollo de un derecho fundamental, tendremos que interpretar primero lo que tal derecho significa e implica, tal como aparece configurado en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional. Así calaremos en la finalidad de la norma legal en cuestión y, sobre esa base, podremos construir la correspondiente interpretación teleológica. Con todo, no es tan fácil, pues cualquier norma legal que desarrolle derechos fundamentales puede provocar conflictos con otros derechos fundamentales, y cada uno de esos derechos fundamentales puede dar pie para la construcción de un razonamiento teleológico que tome su protección como punto de partida.

Un sencillo ejemplo: al introducir en la legislación penal, para ciertos delitos o faltas relacionados con la llamada violencia de género, penas de distinta gravedad según que el agresor sea varón o mujer, el fin es otorgar mayor protección a las mujeres, víctimas más frecuentes de la violencia de su pareja masculina; es decir se trata de brindar mejor garantía para el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de las mujeres.

Pero en ese diferente trato puede verse una discriminación (contra los hombres) incompatible con el principio de no discriminación por razón de sexo, principio sancionado por el artículo 14 de nuestra Constitución.

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

La definición que hace Chaïm Perelman nos dice: "El Argumento Económico o hipótesis del legislador no redundante afirma esencialmente que se debe descartar una interpretación cuando, si se admitiera el texto se limitaría a repetir lo que ya resultaba de un texto legal anterior y sería por eso mismo superfluo."

En cuanto al argumento económico, se dirá que es aquel por el que se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya has sido atribuido a otro enunciado normativo preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general; 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 es aquel porque dos disposiciones no pueden rechazar dos normas incompatibles entre ellas. Por ello, sirve tanto para rechazar los significados de un enunciado que lo hagan incompatible con otras normas del sistema, como para atribuir directamente un significado a un enunciado, ya que el argumento justifica no solo la atribución de significados no incompatibles y el rechazo de significados que impliquen incompatibilidad, sino la atribución de aquel significado que haga al enunciado lo más coherente posible con el resto del ordenamiento.

El argumento a coherencia, parte de la idea 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 argumento de coherencia parte de que la idea de que un legislador razonable y al que supone también perfectamente previsor no puede regular una misma situación de dos maneras incompatibles, de manera que existe una regla que 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.

Su principal manifestación es el principio de interpretación conforme a la constitución, tanto a sus reglas, como a sus principios, se fundamenta en el principio de conservación de las normas y en la coherencia del sistema jurídico y el principal problema que plantea su uso reside en la determinación del significado de los enunciados constitucionales y en la identificación de los principios, que requieran de una argumentación propia.

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 de un texto jurídico específico, por la derivación absurda, inadmisibles 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.

El argumento de la reducción al absurdo se define en el mundo del Derecho como aquel que permite rechazar un significado de un enunciado normativo de entre las teóricamente (o prima facie) posibles, por las consecuencias absurdas a las que conduce.

Mediante la reducción al absurdo, *reductio ad absurdum* o argumento apagógico se defiende una tesis mostrando que rechazarla tiene implicaciones absurdas porque lleva a una contradicción.

El argumento tiene distintas variantes, y es más o menos concluyente, dependiendo de su lógica interna y de la justificación de la premisa que se considera absurdo negar.

Se discute la tipología y algunos problemas específicos que presenta este argumento en el razonamiento jurídico, en particular su naturaleza lógica, su relación con el ideal de coherencia del ordenamiento jurídico, su proximidad con los argumentos consecuencialistas y su carácter emotivo y potencialmente falaz.

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 pretende 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 infibolia, 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 deber ser” aquí observamos la ambigüedad en un término en el uso de “debe ser”.

En el caso de la anfibolia, 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 tomó café”.

La falacia 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 ontico 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 solo 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 solo tiene validez individual, el caso concreto es: alguien quiere demostrar la eficacia de algo a nivel político, cultural, ideológico y jurídico, cuando solo puede tener validez cultural.

FALACIAS NO FORMALES. Es un razonamiento que usa una persona para convencer, NO aportando razones, utilizando elementos irracionales para persuadir o sonsacar (incitar) a la otra.

Las falacias No formales o informales son aquellas que tienen errores en su contenido, es decir, en la información que se ofrece en las premisas para derivar de ellas la conclusión. Al ser tan amplia la manera en que podemos errar, resulta una tarea complicada elaborar una lista completa y tipificada de ellas.

FALACIAS FORMALES. Son razonamientos no válidos pero que a menudo se aceptan por su semejanza con formas válidas de razonamiento o inferencia. Se da un error que pasa inadvertido. Son aquellas que tienen errores en su forma, es decir, que violan alguna de las estructuras deductivamente válidas. En este sentido, cualquier argumento inválido sería una falacia

Al ser tan amplia la manera en que podemos errar, resulta una tarea complicada elaborar una lista completa y tipificada de ellas

FALACIA AD HOMINEM (Dirigida contra el Hombre)) Ataca o desacredita a la otra persona. Es un argumento que, por su forma o contenido, no está capacitado para sostener una tesis, que consiste en dar por sentada la falsedad de una afirmación tomando como argumento quién es el emisor

FALACIA AD BACULUM (Se apela al bastón). Es un argumento que permite vencer, pero no convencer. Razonamiento en el que para establecer una conclusión no se aportan razones, sino que se recorre a la amenaza, a la fuerza, al temor o miedo. Es una falacia que implica sostener la validez de un argumento basándose en la fuerza, en la amenaza o en el abuso de la posición propia; en otras palabras: «La fuerza hace el derecho.

FALACIA AD VERECUNDIAM (Se apela al respeto de la autoridad)

O falacia de autoridad. Razonamiento o discurso en el que se defiende una conclusión u opinión no aportando razonamientos sino se apela a alguna autoridad, a un grupo o a una costumbre. Es importante observar que en algunos casos si se puede en legítima defensa de los derechos humanos.

. **FALACIA AD POPULUM** (Dirigido al pueblo provocando emociones)

Es un sofisma o falacia populista, muy de moda en este tiempo, llamada llamado también por: “Vox populi” (Opinión popular)

Razonamiento o discurso en el que se omiten las razones adecuadas y, se exponen razones no vinculadas con la conclusión pero que se sabe si serán aceptadas por la asistencia, despertando sentimientos y emociones.

Es una argumentación demagógica o seductora. (Los sofistas) Es una falacia que implica responder a un argumento o a una afirmación refiriéndose a la supuesta opinión que de ello tiene la gente en general, en lugar de al argumento por sí mismo.

Unidad 3

Teorías de la argumentación jurídica.

3.1 El derecho como argumentación.

El Derecho como argumentación - es una clave esencial para entender a fondo muchos problemas de la teoría del Derecho y para actuar con sentido en el contexto de las diversas prácticas jurídicas de los Estados constitucionales.

Dar cuenta de esa dimensión exige, por lo demás, una teoría compleja en la que se integren los componentes formales, materiales y pragmáticos (retóricos y dialécticos) de la argumentación.

Frente a las concepciones del Derecho como norma, como hecho o como valor (que caracterizan, respectivamente, al normativismo, al realismo jurídico y al iusnaturalismo), se propone aquí un cuarto enfoque que consiste en ver el Derecho como argumentación (y que cobra especial relevancia en las sociedades democráticas) Sin embargo, no hay una única forma de entender la argumentación jurídica.

Aunque conectadas entre sí, en el trabajo se distinguen tres concepciones: la formal, la material y la pragmática o dialéctica; muchas cuestiones que se plantean en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica pueden resolverse -o aclararse- teniendo en cuenta esa triple perspectiva.

El Derecho es, obviamente, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas. En el marco de nuestra cultura jurídica -particularmente la de los países de Derecho continental-, tres de esos enfoques han tenido, y siguen teniendo, una especial relevancia teórica.

Al primero de ellos se le puede llamar estructural y da lugar a las diversas formas de normativismo jurídico. Lo que se busca es identificar o encontrar, por decirlo con una metáfora, los componentes del edificio jurídico, con lo que se llega a las

normas, a los diversos tipos de normas y, eventualmente, a otros enunciados, como los que contienen definiciones o juicios de valor.

Podríamos decir que, al igual que la fotografía de un edificio se plasma en un pedazo de papel, el Derecho así contemplado se reduce a una serie de enunciados, a lenguaje.

Si esa fotografía del Derecho es de la suficiente calidad, entonces se podrán observar tanto las partes del edificio -con todo el detalle imaginable- como el edificio en su conjunto, es decir, cómo se ensamblan unos elementos con otros.

Para quien asume esa perspectiva, de lo que se trata básicamente es de describir el edificio tal y como es, no de compararlo con un modelo ideal, y menos aún, de construir otro edificio.

El segundo de los enfoques, el realista o sociológico, pone el énfasis en mostrar que el Derecho no es simplemente lenguaje, normatividad, sino también -y sobre todo- comportamiento humano y, en particular, comportamiento judicial. A ese enfoque le interesa también la funcionalidad del edificio, esto es, para qué sirve cada uno de sus elementos y cómo se inserta el mismo en el conjunto del que forma parte (en la sociedad).

Pero los realistas -como los normativistas- parten de una distinción tajante entre lo que es y lo que debe ser, y son escépticos con respecto a la posibilidad de hablar con alguna objetividad sobre el deber ser. De ahí que se hayan preocupado por explicar o predecir el comportamiento de los jueces (el Derecho en acción), pero no por construir una teoría que permita justificar el desarrollo del Derecho en un cierto sentido.

La suya es una visión dinámica e instrumental del Derecho, pero en la que no se dice nada -o nada racionalmente justificado- sobre los fines últimos, sobre los valores jurídicos.

Desde la tercera perspectiva, lo que se destaca es lo que podría llamarse la idealidad del Derecho. Para seguir con la metáfora de la construcción, lo que importa ahora no es ni el edificio ya construido ni el proceso de su construcción, sino los requisitos que tendría que cumplir lo que cabría calificar como edificio modélico (el Derecho justo).

El punto de partida consiste en considerar al Derecho como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata, por tanto, de una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho, pero que no contempla el Derecho como un instrumento que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino, para decirlo con cierta solemnidad, como un instrumento de la razón práctica.

En definitiva, sería la perspectiva de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, ni a participar en su construcción simplemente como un técnico que opera COD una racionalidad de tipo instrumental, sino como alguien comprometido con la tarea de mejorar una obra imperfecta y siempre inacabada, pero no por ello carente de sentido; lo que la dota de sentido es la idea de que el Derecho el Derecho del Estado democrático es, al menos incoativamente, un medio poderoso para lograr objetivos sociales valiosos y para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada.

Ahora bien, ¿cómo se conecta este cuarto enfoque del Derecho con la argumentación? ¿Por qué lleva en mayor medida que los otros a considerar el Derecho como argumentación? La idea fundamental es que el ideal regulativo del Estado de Derecho es el sometimiento del poder a la razón, no de la razón al poder; ello supone que las decisiones de los órganos públicos deben estar racionalmente fundamentadas, lo que, a su vez, sólo es posible si cabe hablar de criterios que presten algún tipo de objetividad a esa práctica. Dicho en forma breve, el Estado de Derecho exige que el Derecho aparezca esencialmente bajo la forma de razonamiento, de razonamiento práctico-justificativo.

El Derecho, en todas sus instancias -legislativa, jurisdiccional, doctrinal, etc.-, puede verse como un entramado muy complejo de decisiones vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos.

Pero en el Derecho de las sociedades democráticas, lo que importa no son sólo las decisiones, sino las razones -o cierto tipo de razones- que pueden darse en favor de las decisiones.

Cabe decir que el razonamiento jurídico es, en último término, justificativo, pero eso no quita para que las razones explicativas jueguen un papel importante e, incluso, decisivo en muchos casos.

Así, motivar una sentencia significa ofrecer una justificación -no una explicación- de la decisión en cuestión, pero eso, en cierto modo, sólo puede hacerse a partir de un esquema -el llamado «silogismo judicial»-, una de cuyas premisas es un enunciado empírico (la afirmación de que ocurrió el hecho H), para cuyo establecimiento se necesita contar con razones explicativas adecuadas.

Si las cosas se ven en términos del «razonamiento práctico», una de las versiones de lo que antes habíamos llamado concepción material de la argumentación, la distinción pierde quizás bastante de su nitidez, puesto que aquí sí que interesa ya el proceso de la argumentación.

Por supuesto, cabe hacer una distinción entre el proceso psicológico del balance de razones y que sería una «reconstrucción racional» del mismo, pero a la hora de evaluar el resultado del balance -el juicio práctico en que el mismo se resuelve- parecería que el hecho de que el razonador haya tenido la actitud psicológica adecuada resulta relevante: el contexto de la justificación no es, pues, aquí independiente del de descubrimiento.

Finalmente, la distinción prácticamente desaparece si la argumentación se contempla desde la tercera perspectiva: la concepción pragmática o dialéctica. El

criterio de evaluación de los argumentos es aquí inseparable del propio comportamiento de los participantes y/o de los destinatarios.

La distinción que cabe trazar aquí entre lo empírico y lo normativo tiene lugar en el plano del comportamiento, entre el comportamiento real y el ideal de los sujetos; de esta forma, se podrá distinguir entre un argumento persuasivo y un argumento convincente o, dicho de otra manera, entre un argumento que es eficaz, que es aceptado, de hecho, y un argumento que debería ser eficaz, que debería ser aceptado (o, si se quiere, que es aceptado por una comunidad ideal de seres).

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 conmover 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.

3.3 Theodor Viehweg y el resurgimiento de la tópica jurídica.

Topik und jurisprudentz (1953), publicada en Múnich en su original alemán, fue un ensayo de inusitado éxito editorial que sentó las bases a partir de las cuales se desarrollarían en Europa las distintas corrientes acerca de la argumentación jurídica.

La obra se introduce en uno de los grandes debates de la filosofía jurídica contemporánea que es el que versa sobre la consideración del derecho como

ciencia y de la utilización de los métodos lógico-jurídicos formalistas para fundamentar científicamente al derecho bajo un sistema cerrado y forjado axiomáticamente.

Viehweg redescubre la tópica, enlazada con la retórica, como el arte de descubrir argumentos y debatir cuestiones que son básicamente problemáticas. La obra en cuestión se centra en reivindicar el interés que para la teoría y la práctica jurídica tiene el redescubrimiento del modo de pensar tópico.

Para Viehweg, el pensamiento problemático (*problemdenken*) desenvuelto por la retórica se distingue de manera inequívoca del pensamiento sistemático (*systemdenken*) de base axiomático-deductiva. Esta importante distinción a su vez se encuadra en el concepto general de ciencia como conjunto de preguntas y respuestas sobre la base de las cuales se articula el conocimiento.

Tal articulación dual permite desarrollar dos enfoques según el interés sea situado en la pregunta o en la respuesta, lo que le lleva a postular la existencia de dos ámbitos diferenciados de investigación: el dogmático y el cetético. La diferenciación entre ellos estriba en el tratamiento que dan a los tópicos (*topoi*). Mientras que las disciplinas cetéticas son necesariamente cuestionables por su carácter hipotético, problemático y tentativo, en cambio, bajo un sistema dogmático se preserva un espacio libre de crítica, con lo cual sus premisas y conceptos básicos conformarán un núcleo inatacable e incontestable.

Así, Viehweg, sin negar la función de la dogmática jurídica, retoma la noción de cetética, de raigambre aristotélica, con el objeto de poner el interés en las preguntas, predicándose una técnica de pensamiento que se orienta al problema como premisa o punto de partida, y en consecuencia, analizando las distintas alternativas mediante tópicos o lugares comunes con el fin de dar una solución a un problema en lo concreto. Sin embargo, como pondrá de relieve Viehweg en toda su obra, en el derecho existe un problema central que siempre queda intacto, una "aporía fundamental" que se resume en conocer "qué es lo justo cada vez aquí y ahora".

Viehweg desgrana esta cuestión del siguiente modo: si toda la estructura jurídica se explica en razón de la necesidad de resolver problemas, es decir, casos concretos, entonces, la estructura total de la jurisprudencia solo puede estar determinada desde el problema.

En atención a lo cual, sus elementos constitutivos (conceptos y proposiciones) permanecerán ligados a aquel de un modo específico y solo a partir de dicho problema podrán ser comprendidos y resueltos. Estos conceptos y proposiciones deben ser articulados lógicamente en vinculaciones que permanezcan muy próximas al problema.

A este respecto, Viehweg diferencia la existencia de una tópica de primer grado y una tópica de segundo grado. Mientras que la primera consiste en la búsqueda y elección del tópico más adecuado al problema, la segunda opera cuando ya existe un catálogo de tópicos, elaborado por el grupo social de forma consensuada.

Así, de una primera tópica de carácter asistemático que selecciona puntos de vista más o menos ocasionales se pasa a una segunda tópica que adopta un procedimiento sistemático a través del cual la conclusión podrá girar alrededor del problema, evitando la predeterminación formal de unos axiomas predispuestos.

Este pensamiento problemático es expuesto por Viehweg estableciendo el contraste con el pensamiento sistemático moderno, que se encuadra dentro de la lógica deductiva, en cuyo sistema de axiomas se ha de encontrar necesariamente la solución formal del problema. La cuestión que observa Viehweg es que en relación con la ciencia del derecho dicho método no puede ser completamente admitido porque desatiende la relevancia que para el derecho adquiere la lógica material.

En este punto precisamente se encuentra una de las diferencias básicas de la tópica frente a la sistematización que opera con la lógica formal, conforme a la cual no importa si la premisa es verdadera o falsa, sino que esté válidamente estructurada y que permita proceder formalmente de una a otra. Viehweg hace

notar que el primer método de pensamiento da más importancia al problema y el segundo, al sistema, haciendo prescindir al operador jurídico de la búsqueda de un punto de vista dentro del problema en su conjunto.

Esto se debe a que desde el principio de la formulación el problema ya está adoptado por el propio sistema y es en razón del cual se seleccionan los axiomas que posibilitan su resolución.

Esta cuestión entraña una serie de objeciones que Viehweg contesta en su obra, reivindicando el interés que para la teoría y la práctica jurídica tiene el resurgimiento del modo de pensar problemático.

La tónica, al centrarse en el problema como tal (y no en el sistema ni en su formalidad interna), puede operar válidamente para el razonamiento jurídico puesto que ofrece una fase prelógica o de búsqueda inventiva de premisas, y luego en otra, propiamente lógica, ya orientada a la conclusión.

A partir de la obra fundacional de Viehweg, la tónica tendría sucesivos desarrollos en el marco de la Escuela de Maguncia, tanto por los artículos publicados por Viehweg desde 1960 hasta su fallecimiento en 1988, como por diversos autores como Ballweg (1970), Rodingen (1977), Scherenckenberger (1978), Seibert (1980) o Haft (1985). Todos estos autores destacarían la prevalencia del nivel pragmático del lenguaje frente al sintáctico y semántico, la acentuación del carácter de dependencia con respecto a la situación de toda argumentación y la crítica a la ontologización a la que lleva una comprensión ingenua del lenguaje.

3.4 Chaim Perelman y la nueva retórica.

La lógica como ciencia práctica y como arte directiva de los actos de la razón humana, cuyos desarrollos formales en el ámbito de la filosofía analítica y de la

Lógica Matemática han sido destacados, se comenzó a aplicar de manera sistemática al ámbito de las normas, desde mediados del siglo XX.

En general, la lógica deóntica -lógica que opera no con proposiciones enunciativas sino con prescripcionespretendía alcanzar las mismas o similares cotas de exactitud que la lógica tradicional, suponiendo para eso que el ámbito de su estudio estaba formado sobre todo por un conjunto de normas generales o particulares.

En el caso del derecho, las lógicas jurídicas tienen que operar con el supuesto - no necesariamente aceptado como real, pero sí al menos supuesto- de que es posible formular las proposiciones prescriptivas sobre la base de la existencia de normas jurídicas cognoscibles. No obstante, yendo más allá de la construcción de sistemas normativos, es evidente que el fenómeno jurídico se da en gran medida en torno al debate judicial, tanto o más que en torno a la descripción abstracta de normas (v. gr., de la legislación).

En el ámbito de los asuntos humanos -el de la ética, la política y el derecho-la razón opera con una lógica que no es la de la demostración científica acerca de lo verdadero que puede reducirse de algún modo a la evidencia, sino que es una "lógica" de la argumentación, que versa sobre lo probable y lo verosímil, y se apoya en esquemas de argumentación validados por la aceptación del público o del interlocutor (tópicos).

Esta lógica, que Aristóteles explica en Tópicos y Retórica, había sido olvidada en el ámbito de las ciencias especulativas y, en virtud del ambiente cientificista del XVIII y XIX, también en el ámbito de las reflexiones humanísticas. El estudio de la ética, de la política y del derecho, sólo podría considerarse "científico" y "objetivo" en la medida en que adoptara el rigor del razonamiento more geométrico y se ajustara a los moldes de la ciencia descriptiva, una ciencia descriptiva con la sola

peculiaridad de que su objeto estaría constituido no por "hechos" sino por "normas".

La mentalidad cartesiana no ve ningún punto intermedio entre la racionalidad especulativa y el ámbito de lo discrecional, arbitrario o irracional. De ahí que a lo más que puede aspirar una ciencia normativista del derecho es a fijar los parámetros "objetivos" dentro de los cuales se ha de ejercer la voluntad.

Desde mediados del siglo XX, tanto los estudiosos del derecho como los de la lógica y la filosofía de la ciencia comenzaron a desengañarse de la imagen especulativa del mundo.

Los filósofos de la ciencia, los lógicos y los epistemólogos, han descubierto que, más allá de los aspectos formalizables en el método científico, hay un campo - incluso en las ciencias más abstractas- para la imaginación (v. gr., de hipótesis y modelos), para la formación de comunidades científicas con paradigmas definidos en términos no deducidos de los datos disponibles y para la influencia de factores tradicionales.

Si lo anterior vale para las ciencias "duras" (Física, Matemáticas, etc.), con mayor razón valdrá para el ámbito de la ética y del derecho. Más aún, desde mediados del siglo XX hubo autores que procuraron rescatar para la explicación del derecho el paradigma aristotélico de la dialéctica y de la retórica.

A partir de la rehabilitación de la retórica, Perelman condujo toda una escuela - denominada la "escuela de Bruselas"- centrada en la explicación del razonamiento judicial no "tal como debería ser" -según los ideales de un Savigny, Ihering o Kelsen- sino "tal como es".

La Filosofía del Derecho ya no teme sostener que los modos jurídicos de razonamiento no tienen mucho que ver con las deducciones rigurosas de de las ciencias, aunque la deducción juega un papel como en cualquier razonamiento. El proceso judicial, según Perelman y su escuela, es una lucha de opiniones contrapuestas, en la que se lleva la palma de la victoria no el más "lógico" de los

abogados, sino el que haya argumentado del modo más persuasivo recurriendo a los lugares comunes más arraigados en el juez.

En consecuencia, los juristas no necesitan como instrumento, primariamente, la lógica formal ni la ciencia demostrativa, sino la retórica. La retórica, con todo, no es -como se piensa a veces despectivamente- el arte de la apariencia y del engaño, sino el modo de acercarse a la objetividad posible -y es posible- en el ámbito de las acciones humanas.

No vamos a sintetizar el estudio de Perelman sobre la nueva retórica y su comparación con las filosofías jurídicas del "legalismo" y del normativismo; pero retengamos su conclusión: la aplicación del formalismo lógico y especulativo al derecho no explica su índole netamente retórica y argumentativa, patente para Aristóteles y el mundo clásico. Al parecer, hemos logrado sacudirnos el cientificismo moderno en el derecho cuando comienza el tercer milenio de la era cristiana.

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

Hemos de considerar que entiende Toulmin por argumentación para luego pasar en concreto a estudiar todo lo referente a la noción de argumento.

De manera que, una alusión clara y que se ajusta a nuestros propósitos aparece expresada en Introducción al Razonamiento, (de ahora en adelante IR), donde es definida en breve como: "La actividad total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldándolas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas, etc.

Podemos constatar entonces, que la argumentación es denominada por Toulmin con un matiz muy interesante, es decir, como una actividad, una actividad tal que es muy repetida y común en nuestra sociedad como lo puede ser comer, trabajar, dormir, etc., lo que hace que le prestemos especial atención, debido al carácter de

necesidad que posee. Ahora bien, en lo que sigue daremos cuenta de algunos elementos que entran en juego en dicha actividad y que consideramos pertinentes a la hora de entender más a fondo la telaraña en la que se mueve el modelo argumentativo de Toulmin.

El campo de la argumentación El primer elemento que presentaremos es el denominado por Toulmin como “campo argumentativo” o simplemente campo de la argumentación, del cual nos permitimos decir que esta noción juega, con toda seguridad, un papel central dentro de su propuesta, -como también lo puede jugar la noción de auditorio en la nueva retórica de Perelman- pues deja ver que una argumentación adquiere sentido, se torna relevante dentro de un campo específico.

Lo cual nos hace pensar, casi con total certeza, que toda argumentación se desarrolla en función al campo de la argumentación por más vaga y confusa que una discusión pueda llegar a ser. Con todo, hablar de la teoría de la argumentación de Toulmin sin tener en cuenta dicha noción sería, en cierto sentido, desconocer una parte fundamental de la plataforma en que se mueve este modelo. No en vano, expresa Trujillo que: “la noción de campo argumentativo constituye la diferencia específica en la teoría de la argumentación de Toulmin y el punto más polémico e interesante de su propuesta”

Aunque Toulmin no define precisamente qué es un campo de la argumentación, si marca el terreno para ofrecer una posible definición, de modo que nos toca extraerla.

En efecto, una primera aproximación en Los usos de la argumentación (de ahora en adelante LUA), nos permite ver ésta noción relacionada con la noción de ‘tipo lógico’, la cual podemos definir como la problemática o temática sobre la que trata una discusión o argumentación. Por ejemplo, veredictos de culpabilidad, elogios artísticos, un parte médico, etc.

Ahora bien si Toulmin considera el derecho, la ciencia, la ética, el arte, como ejemplos de campos argumentativos, entonces tenemos base para decir, indudablemente, que: un campo argumentativo es la disciplina, el área a la que pertenece y desarrolla un determinado tipo lógico,- una determinada temática-, sobre la que se elabora una argumentación. O como deja ver Santibáñez “cierto(s) dominio(s) temático(s), disciplinas en las que se utilizan reglas de pasaje o principios reguladores para la construcción de argumentos”.

No obstante la importancia del campo argumentativo se ve reflejada y se ha de notar cuando se nos hace necesario reconocer en la variedad de procedimientos de las distintas empresas, como bien nos refieren (Toulmin, S., 1984), los siguientes aspectos: los grados de formalización, los grados de precisión, los modos de resolución y los objetivos de la argumentación.

En, lo que debemos decir en primer lugar es que “existen diferencias en cuanto al grado de formalización que presentan los procedimientos racionales característicos de los diversos campos” (Toulmin, 1984)

Aseveración con la que nos hacen ver (Toulmin, et al,1984), por ejemplo, que en un campo como la estética por lo general no se sigue una secuencia de pasos como se deben seguir en el derecho donde son requeridos y cumplidos, de no llevarse a cabo así se corre el riesgo de declarar el caso nulo o con vicios de procedimiento.

En segundo lugar, los grados de precisión son diferentes, afirman que “encontrar argumentos de gran precisión y exactitud es más factible en algunos campos del razonamiento práctico que en otros”. A este respecto, lo que intentan referirnos es que por ejemplo:

En el caso de la física teórica, se pueden elaborar argumentos con exactitud matemática, por el contrario, si nos vamos a la psicología tal exactitud no es posible, por lo que habrá que defender nuestras afirmaciones organizando vínculos complejos entre un elemento y una constelación de eventos e ideas, del

mismo modo tendrá que hacer el crítico que debe explicar las sutilezas de una compleja pintura abstracta, donde no cabe tal exactitud, es también aplicable en medicina cuando el clínico debe organizar una variedad de signos y síntomas y articularlos en un diagnóstico.

En tercer lugar, otro de los aspectos a destacar tiene que ver con los modos de resolución, para tal nos dicen Toulmin, que “las diferentes empresas humanas tienen diferentes objetivos, sus procedimientos de argumentación conducen a diferentes tipos de finalización o resolución “. Esto lo que nos da a entender es que a la hora de argumentar debemos tener claro el objetivo que se persigue en el campo de argumentación para el cual ofrecemos nuestros argumentos, de tenerse en cuenta dicha observación podrá llegarse a una adecuada resolución en el campo que se trate ya que tenemos claro que es lo que se pretende en tal ámbito. Para profundizar un poco más, nos clarifica Trujillo que:

Los modos de resolución dependen de los objetivos de cada campo, la verdad es una meta en ciencia aunque no en el arte, lo bueno y lo justo en ética, política y derecho, aunque no en pintura y literatura, así pues, en algunos campos la meta es lograr el consenso pero en otros se busca conservar el disenso y la crítica”.

Ahora bien, lo que hay que tener presente es que la función de la argumentación en cuanto a los modos de resolución cambia dentro de campos diferentes, así, “en el ámbito estético, ni un fallo ni un acuerdo son esenciales en la solución de una discusión. En cambio la función de la argumentación será la de clarificación”

Por último, nos queda hacer referencia a los objetivos de la argumentación, ante lo cual podemos constatar que el desarrollo adecuado de una argumentación está muy relacionado con lo que se pone en juego, con los intereses en cada campo argumentativo.

La intención, de facto, con este primer elemento es mostrar que resulta difícil llevar a cabo eficazmente la actividad argumentativa sin tener en cuenta y conocer el campo de la argumentación para el cual ofrecemos nuestros argumentos. Solo

basta con imaginar en el campo del derecho, por ejemplo, a un abogado que viola el debido proceso en un determinado caso, Ante lo cual se puede objetar que no domina el campo de la argumentación.

O en el sub-campo de la filosofía antigua a un filósofo que no sabe dar cuenta o no conoce las características fundamentales en torno a las cuales giró.

De la distinción entre fuerza y criterios. De entrada, tenemos que decir que esta distinción se hace en función a los llamados términos modales, esto es, aquellos que indican el grado de fuerza con el que afirmamos una conclusión, como por ejemplo, necesariamente, indudablemente, probablemente, etc. (los cuales abordaremos con detalles más adelante) y está a su vez vinculada con la noción de campo de la argumentación, de manera que lo que se intenta aclarar es que una expresión modal, por mencionar un ejemplo que coloca el autor, como “no se puede”, tiene dos aspectos. Por un lado, la fuerza de la expresión; y por el otro, los criterios que rigen su uso.

Toulmin señala en ese sentido que:

Por la <> de una expresión modal entiendo las implicaciones prácticas de su uso: la fuerza de la expresión modal <> incluye, por ejemplo, el imperativo general implícito de que una cosa u otra tiene que ser descartada de esta o aquella manera y por tal o cual razón.

Por otro lado, y en contraste a la fuerza de esa expresión están los criterios, a los cuales se alude como “estándares, razones y motivos a los que nos referimos para decir en cualquier contexto que el uso de un término modal determinado resulta apropiado”

Pongamos por caso una persona de Bogotá- Colombia que dice: mañana “necesariamente” saldrá el sol. En este caso la fuerza se refiere a que el necesariamente implica que no hay otra posibilidad a que el sol salga mañana, es decir, es indudable que saldrá; en cuanto se refiere a los criterios, hay que decir

que el término modal “necesariamente” es inadecuado, pues existe la posibilidad de que el sol no salga mañana, y ello implica una razón para decir que este término es impropio en ese contexto, en ese campo, y por ende será más adecuado utilizar un “probablemente” que nos permite presentar nuestras aseveraciones o conclusiones de un modo más cauteloso y sujetas a restricciones o matizadas.

Para ahondar y ampliar un poco más sobre la claridad de ésta distinción, nos aclara Santibáñez que:

El vínculo se da en que la fuerza de los términos modales, (posible, imposible, necesario, innecesario, etc.) es independiente del campo, pues cumple la misma función en cada argumento, pero los criterios en tanto razones o bases para los que son aplicados estos términos en determinado contexto son dependientes de los campos, ya que a partir de estos se puede determinar si los primeros han sido ocupados correctamente.

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

El propósito general de MacCormick: explicar los elementos de justificación de las decisiones jurídicas, vincular esos elementos con una teoría institucional del derecho e integrar esta teoría institucional en el marco de una teoría del razonamiento práctico general.

Esta teoría del razonamiento práctico será la base para el reconocimiento de ciertos criterios de corrección que habrían de usarse en la función institucional del razonamiento jurídico para satisfacer esa pretensión de corrección. La pretensión de corrección.

La teoría del orden normativo institucional de MacCormick [2008a: 19s] afirma que el derecho es una práctica institucional, autoritativa y heterónoma, dirigida a individuos libres y autónomos.

Esta teoría, como dice MacCormick, exige de las autoridades institucionales justificar sus decisiones tienen una doble responsabilidad especial derivada de la aceptación interna de las reglas adjudicativas: una institucional y otra moral), y deben hacerlo sobre la base de ciertos criterios objetivos.

La práctica jurídica, como ya lo vimos, está constituida institucionalmente con el fin de asegurar las condiciones mínimas de convivencia y cooperación social entre los participantes. Esto quiere decir, entonces, que el derecho es un producto tanto de la razón como de las motivaciones (o sentimientos morales).

En consecuencia, una teoría del razonamiento jurídico que explique y diga cuáles deben ser los métodos de justificación de las decisiones jurídicas, no puede descuidar la participación de estos dos elementos.

MacCormick acepta que una práctica social, a la que podemos calificar de racional, no está dominada exclusivamente por la razón humana; esto es, por el cálculo frío de las expectativas mutuas a la luz de un conjunto de normas institucionales, sino que hay una mezcla entre esas expectativas y los impulsos (o pasiones, en términos de Hume) que gobiernan la voluntad humana. En la mezcla de esos elementos está el respaldo moral de una práctica social normativa,

Una práctica social constituida entonces para garantizar a los individuos las máximas posibilidades de realización de sus deseos y proyectos de vida, tiene que reconocer (y preservar bajo cierta armonía) esta relación entre la razón y las motivaciones de los participantes. Lo cual implica, además, el reconocimiento y atribución de ciertas capacidades cognitivas.

Estos elementos de la racionalidad pueden estar (o están, de hecho) sujetos a controversia. Siempre es posible dudar si son o no suficientes para resolver determinados conflictos (teóricos o reales). Sin embargo, una de las

características fundamentales de los juicios racionales que se forman a partir de estos elementos es que son, por lo menos en principio, universales. Esto quiere decir que son aplicables a cualquier situación donde parecen relevantes, y valen para cualquier persona que esté puesta en una situación similar de decisión.

Tomar una decisión con base en estos juicios, precisamente por su carácter controvertible, tiene que estar respaldada por algún proceso de justificación. La autoridad que decide lo que es debido en una situación particular tiene que justificar su decisión, es decir, tiene que aportar razones a favor de los juicios que le permiten llegar a esa decisión.

En este sentido, el derecho (o el orden normativo institucional) es una práctica social esencialmente argumentativa, que cumple propósitos de justificación o de corrección jurídica.

En la evaluación de las razones que se aportan para tomar una decisión se pueden identificar las preferencias e inclinaciones tanto de los participantes como de las autoridades institucionales. La justificación consiste precisamente en poner a prueba esas inclinaciones y alcanzar una decisión que respete los intereses prácticos comunes.

Una condición necesaria para llevar a cabo esta justificación es la publicidad de las razones. Sólo conociendo qué es lo que la otra persona considera como razones de justificación es que podemos argumentar a favor o en contra de ellas.

La argumentación es el elemento clave en la teoría del razonamiento jurídico de MacCormick. La argumentación, por un lado, requiere de un auditorio racional y de un escenario adecuado de discusión (con condiciones mínimas de participación); y, por otro lado, es una práctica social que se lleva a cabo atendiendo a reglas y formas especiales del discurso.

Para MacCormick, hay dos niveles distintos de argumentación jurídica: el de la argumentación lógica (o justificación de primer orden); y el de la argumentación de coherencia, consistencia y consecuencialista (o justificación de segundo orden).

MacCormick entiende al proceso de argumentación jurídica como el medio por el cual se toman decisiones jurídicas particulares; es decir, por el cual se decide la obligación, responsabilidad o sanción en un caso particular. El proceso de argumentación jurídica de primer nivel es un proceso de justificación lógico-deductivo.

En términos muy simples, podríamos entender este primer nivel de justificación como paso esencial en la corrección jurídica. La lógica deductiva, desde un punto de vista muy neutral, es sólo un modelo adecuado de representación de proposiciones (fácticas y normativas), que permite evaluar las relaciones que guardan entre sí y el apoyo que dan en conjunto a una conclusión particular. En este sentido, la lógica (particularmente, la lógica deóntica) sería usada para demostrar la corrección o incorrección de los argumentos jurídicos.

Como sabemos, el proceso lógico de justificación es independiente de la verdad o falsedad de las premisas (i. e., de las proposiciones que usamos en los argumentos). Para saber si alguien realizó o no tal acción (p. ej., si firmó un contrato, si asesinó a una persona, si falsificó un documento, etcétera) tenemos que emplear métodos de descubrimiento; es decir, métodos que nos digan algo acerca de los hechos, cfr. MacCormick .

Para saber si la ocurrencia de esos hechos es una razón suficiente para la aplicación de una norma tenemos que revisar las condiciones de aplicación de la norma e interpretar su contenido o significado. La lógica dice muy poco acerca de esa labor, cfr. MacCormick. Sin embargo, ya que hemos decidido la interpretación de la norma y confiamos en la verdad de los hechos, entonces podemos usar la lógica deductiva para llegar a una conclusión.

El juez puede usar esta conclusión para tomar una decisión (i. e., realizar un acto de habla), por ejemplo, para declarar inocente o culpable a una persona, para imponerle alguna carga de responsabilidad, etcétera.

Pensemos en el siguiente caso. Supongamos que tenemos una norma N que establece que es obligatorio sancionar con una pena de diez años de prisión a quien cometa homicidio.

Supongamos que el sujeto a comete homicidio. La norma N contiene tanto una descripción de hechos (i. e., que alguien cometa homicidio) como una consecuencia normativa (i. e., la obligación de sancionar con diez años de prisión). Si se satisface la condición enunciada en la descripción normativa, entonces la norma N es aplicable y, por tanto, su consecuencia normativa está lógicamente justificada (i. e., se sigue lógicamente de ese conjunto de premisas).

El juez puede justificar su decisión de sancionar con diez años de prisión al sujeto a con base en N a través de esta relación lógica deductiva.

Por supuesto, este es un ejemplo muy sencillo.⁸¹ Hay casos que involucran más de una norma, o donde el significado de las normas no es claro y se requiere de algún juicio previo de interpretación. También hay casos, que más adelante revisaremos, donde aun si las condiciones de aplicación de la norma son satisfechas, distintas situaciones de excepción impiden aplicar justificadamente la norma. Estos son los casos límites del razonamiento lógico deductivo.

En nuestra opinión, y la de MacCormick , estos casos problemáticos no muestran, a pesar de todo, que la justificación lógica sea insuficiente; lo único que muestran es que la justificación lógica deductiva no siempre es suficiente. En todo caso, como apunta MacCormick, la lógica deductiva (o subsuntiva) es el marco en el cual los demás argumentos justificativos de segundo nivel tienen sentido como argumentos jurídicos.

Para MacCormick, los principios no son normas generales que se abstraen coherentemente de algún conjunto (o subconjunto) de reglas del sistema jurídico, sino que son normas que subyacen al sistema jurídico, es decir, que dan sustento a la práctica jurídica misma. Poseen entonces tanto fuerza normativa como fuerza justificativa. Los principios, entonces, obligan por sí mismos y también cuentan como elementos de justificación para las decisiones jurídicas. Una regla, por ejemplo, cuyo fundamento normativo se corresponde con un principio (que es, a fin de cuentas, un valor socialmente reconocido), adquiere por eso mismo carácter normativo.

Esto le permite a la regla ingresar justificadamente al sistema jurídico y servir como un elemento de corrección para una decisión jurídica particular.

MacCormick no niega que pueden ocurrir conflictos entre los principios. La justificación jurídica que toma como base el reconocimiento de algún principio jurídico puede ser debilitada, por ejemplo, si una decisión distinta puede lograrse mediante el reconocimiento de otro principio. La pregunta acerca de qué principio tiene preferencia no nos compromete con una ontología de los principios.

Como ya lo vimos, MacCormick [1994: 153] pone el peso de la justificación de esta preferencia en las razones consecuencialistas que podamos ofrecer, y también en la evaluación de coherencia y consistencia con respecto al conjunto de normas que integran tanto al orden normativo institucional como al orden normativo informata.

La teoría del razonamiento jurídico que propone MacCormick no le compromete con tesis fuertes acerca de las capacidades cognitivas y prácticas de los seres humanos. MacCormick, por ejemplo, no defiende que para todo caso haya una respuesta correcta, ni mucho menos que podemos llegar a ella mediante pura reflexión filosófica. Defiende, sin embargo, que cuando estamos frente a casos difíciles el dilema entre seguir una regla específica o apartarse de ella es un desacuerdo práctico, y no un desacuerdo teórico o especulativo.

Para entender de qué está hablando MacCormick, pensemos en el siguiente caso. Supongamos que podemos determinar con cierta precisión a partir de qué momento un embrión desarrolla su sistema nervioso, lo cual todavía no justifica si el aborto debe o no debe estar permitido dentro de un contexto normativo institucional.

Si lo que tenemos que decidir es la permisibilidad del aborto, entonces no tenemos más remedio que mirar en el contenido normativo del sistema jurídico y resolver con base en argumentos no sólo teóricos (porque claro que será importante para esta decisión saber en qué momento el embrión desarrolla su sistema nervioso), sino también (y especialmente) prácticos.

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.

La teoría del discurso de Habermas es la base sobre la que se construye la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Sin embargo, Alexy ha renunciado a una serie de tesis y de formas argumentativas que en la teoría de Habermas han dado lugar a serias críticas.

Principios fundamentales de la teoría del discurso de Alexy La pregunta fundamental que se plantea Alexy es la siguiente:

¿cómo son posibles la racionalidad y el conocimiento prácticos? Esta cuestión se orienta por una teoría de la racionalidad práctica, cuya esencia es el concepto de razón práctica y representa los fundamentos y límites de la racionalidad práctica.

Alexy limitará la amplitud y la ausencia de contornos del concepto de razón práctica por medio de una teoría procesal, la que incluye tanto la argumentación jurídica en especial, como la argumentación práctica en general.

Debido a que, según Alexy, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general, ambos pueden ser tratados en el marco de una teoría del discurso jurídico integral. Ésta se propone alcanzar la mayor racionalidad posible en argumentaciones prácticas que tengan como propósito determinar lo que el derecho permite, prohíbe o manda.

La teoría del discurso como formulación y justificación del sistema de reglas jurídicas adquiere una especial relevancia para la teoría del derecho. Ésta no es de ninguna forma un caso de aplicación de aquélla, sino su desarrollo pleno y necesario. Ambas teorías se complementan recíprocamente.

En esta interdependencia mutua se combinan los aspectos ideales y no institucionales de la racionalidad práctica con aquellos de tipo institucional y real. Para entender esta interdependencia se deben integrar dos modelos de sistemas jurídicos: aquél en que el sistema jurídico funciona como un sistema de procedimientos y el del sistema jurídico como un sistema de normas. Esta interrelación nos lleva a un concepto completamente desarrollado del sistema jurídico orientado por la razón práctica.

Para ubicar el lugar de la argumentación en la praxis jurídica, Alexy desarrolla un concepto de derecho que distingue dos elementos centrales. Por un lado, los procedimientos y, por el otro, las normas jurídicas. El derecho como sistema de procedimientos consiste en un modelo en cuatro diferentes niveles.

En el primero, se ubica el procedimiento del discurso práctico general; en el segundo, el de la creación del derecho; en el tercero, el del discurso jurídico, y en el cuarto, el del procedimiento judicial.

Los niveles del procedimiento situados en el segundo y cuarto lugar son procedimientos institucionalizados, en tanto que los ubicados en el primer y tercer lugar son procedimientos no institucionalizados. Se dice que un procedimiento es institucionalizado cuando se regula por normas jurídicas, de tal forma que se

encuentra asegurada la producción de un resultado definitivo que resulta jurídicamente obligatorio.

El sentido del modelo consiste en la fundamentación paulatina de la necesidad de cuatro procedimientos, así como en la representación de las relaciones mutuas que entre los mismos existen.

El discurso práctico en general se encuentra definido por las reglas que garantizan la racionalidad de un discurso práctico.

Dicho en sentido negativo, establece los límites de un discurso racionalmente posible. Las reglas del discurso práctico en general resultan válidas para los discursos jurídicos, pero no en exclusiva. Otro tipo de discursos también las deberían de respetar.

En el nivel de la discusión legislativa creación del derecho, el discurso se lleva a cabo en un procedimiento legislativo regulado por normas jurídicas 267 en donde, sin embargo, un resultado saludable supone que se observen las reglas no legisladas del discurso práctico en general. Aquí lo decisivo es que en el proceso legislativo, por lo menos resulte posible un discurso racional. Cuando a pesar de que lo políticamente correcto es que en el proceso legislativo se observen las reglas del discurso racional, se hacen prevalecer los intereses de grupo, las retóricas ideológicas y los prejuicios de los medios, la opinión pública se puede valer de los recursos del discurso racional para a su vez criticar el trabajo parlamentario.

La posibilidad de una crítica de este tipo queda garantizada por los derechos fundamentales previstos en la Constitución. El contenido de la discusión en el nivel del proceso legislativo queda limitado de manera negativa por los derechos humanos.

El trabajo legislativo debe servir para asegurar la protección, respeto y desarrollo de los derechos humanos. La defensa o violación de los mismos no se deja al arbitrio de una simple mayoría parlamentaria.

La necesidad del “discurso jurídico”, esto es, del procedimiento de la doctrina jurídica a la que se suele denominar como dogmática—resulta de las debilidades de la previsibilidad que se derivan de la labor legislativa.

Tanto las experiencias históricas como las reflexiones doctrinales, muestran que no es posible ningún procedimiento legislativo cuyo resultado sea capaz de prescribir normas para todo posible caso que se presente en el futuro. No es posible procedimiento legislativo alguno que para dar solución a algún problema social, establezca normas de las que con ayuda de premisas empíricas, o se deduzca lógicamente, o se pueda fundamentar con reglas de la metodología jurídica, lo que jurídicamente resulta necesario.

Por el contrario, debido a que el lenguaje jurídico siempre acusa cierto grado de vaguedad, las reglas de la metodología jurídica resultan imprecisas y a la imposibilidad de describir toda las posibles constelaciones de casos que en la realidad se pueden presentar, resulta necesario para entender el alcance de las prescripciones normativas, esto es, de lo que está permitido, ordenado o prohibido por la norma jurídica, recurrir a la ciencia jurídica.

Se debería comprobar que la fundamentación racional que sirve de base a la ponderación de las valoraciones mediante las reglas de fundamentación según las cuales

1. Las normas morales en que se fundamentan las concepciones morales de un interlocutor deben de poder ser sometidas a un examen por cuanto hace a su génesis desde un punto de vista histórico y crítico.

Una regla no soporta tal análisis:

a) en el caso de que ellas originalmente hayan estado justificadas racionalmente, pero que en el transcurso del tiempo hayan perdido su justificación o,

b) cuando anteriormente no se hayan encontrado justificadas racionalmente y cuando no existan razones presentes en que se puedan justificar” y

2. “Las reglas morales en que se fundamentan las concepciones morales del interlocutor tienen que poder soportar el análisis de la historia de su surgimiento.

Una regla moral no soporta tal análisis cuando resulta incapaz para justificarse con base en condiciones de socialización”, descansa en un punto de vista que se encuentra unido de manera inseparable con una determinada concepción del concepto de buena vida y que sólo resulta fundamental en el campo de esta concepción. Pues el recurso a las valoraciones, que se fundamenta en las concepciones particulares de la buena vida, permite hacer uso de las reglas de fundamentación.

La racionalidad de estas valoraciones no se fundamenta mediante las reglas de fundamentación en sí, sino más bien, las reglas de fundamentación toman estas valoraciones como racionales. Dichas valoraciones no son el resultado del conocimiento práctico.

El recurso a una determinada concepción de la buena vida, se muestra en la valoración de las consecuencias de una norma, la que sólo se puede efectuar por la capacidad de juicio de un participante en el discurso particular y mediante el tratamiento a la pregunta de la capacidad discursiva.

3.8 Los argumentos a partir de principios.

El argumento a partir de principios significa realizar una interpretación tomando como base un principio jurídico, que puede obtenerse de:

- Un artículo de la constitución que se considera que posee un carácter fundamental.
- De un artículo de la constitución se deduce o presupone un principio.
- Los rasgos fundamentales de una regulación, de una ley o de un sector de la legislación.

- Los principios generales del derecho.

Un ejemplo es el siguiente: “En el referido principio constitucional de legalidad electoral en cuestiones relacionadas con el operador jurídico: la ley...señalara las sanciones que deben imponerse por el incumplimiento de dichas disposiciones”.

En relación a los argumentos a partir de 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 el 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 solo desde una normativa, sino también ética, axiológica y de la antropología filosófica.

Cuando en la práctica judicial se argumenta usando los principios se puede estar aludiendo a cualquiera de los tres tipos con dos finalidades: interpretativa o integradora.

En primer lugar, los principios de cualquiera de los tipos señalados, para solucionar lagunas legales y su funcionamiento y los problemas que plantea son muy similares a los de la analogía; la diferencia estribaría en que, mientras que en la analogía el implícito que queda cubierto por el postulado del legislador racional

es la similitud e identidad de razón de los supuestos, en el caso de los principios es su propia enunciación la que, debe ser referida a la voluntad del legislador racional por la dificultad de justificarlo en otro modo.

En segundo lugar, los principios son también utilizados con una finalidad interpretativa: ante la pluralidad de significados de un enunciado, se optara por aquel que mejor se adecue a lo establecido por el principio. La razón es que el sistema jurídico elaborado por el legislador racional es coherente, no solo en cuanto que sus preceptos no son suficientes, sino, en un sentido más fuerte, en cuanto que sus normas responden a criterios o principios inspiradores comunes.

Es preciso señalar estos principios:

- a) Principios que como, Wroblewski, he llamado positivos de derecho son los que, a primera vista plantean menos necesidad de justificación en la medida en que son normas positivas.
- b) Con los principios implícitos del derecho pasa algo parecido, las problemáticas operaciones de inferencia o deducción para obtener una norma y la no menos problemática cuanto del motivo por el que al resultado de la operación presuntamente lógica se le asigna la etiqueta de principio, quedan ocultas por el postulado del legislador racional: el juez no ha creado nada, sino que ha desvelado la lógica oculta del legislador.
- c) Los principios estrasistemáticos de derecho son lo que, a primera vista, menos pueden ser conectados con la idea del legislador racional ya que están fuera del ordenamiento jurídico.

En definitiva gracias al postulado del legislador racional, cuando el juez utiliza este argumento, en primer lugar solo constata principios que le son impuestos por el legislador, y

En segundo lugar; cuando los utiliza esta, o bien, colaborando a eliminar lagunas aparentes del ordenamiento y respetando la voluntad del legislador de dar solución a todos los casos jurídicamente relevantes, o bien atribuyendo a los

enunciados dudosos significados que coinciden con la voluntad del legislador y que ponen de manifiesto que el ordenamiento jurídico es un sistema coherente.

3.9 La argumentación en materia de hechos.

La argumentación en materia de hechos pone la vista sobre los jueces y demás personas encargadas de elaborar un proyecto de resolución que ponga fin a un caso en particular, no como un trabajo mecanizado, sino como una construcción que entraña una labor científica y filosófica, porque en esta medida, se pretende que el resultado final (sentencia), sea apropiada, justa y eficaz.

La argumentación en materia de hechos, hace referencia a la fundamentación que, por medio de los argumentos, hace el órgano jurisdiccional al emitir sus sentencias.

Analizaremos primero su concepto y sus elementos, posteriormente se hace un análisis de un caso para apreciar la manera en la que se sustenta el fallo, así como los argumentos utilizados.

Al momento que se argumenta en materia 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.

La argumentación fáctica o argumentación en materia de hechos: presupone un estudio profundo y riguroso del caso enjuiciado. Exige una constante referencia,

cuya extensión dependerá el volumen de pruebas propuestas, admitidas y practicadas, al resultado de las mismas. Todo ello será útil para descubrir la verdad formal que deba utilizar el juzgador.

El denominado “argumento a partir de una previa posición de conocimiento”. La que proporcione un medio de prueba que resulte esencial, como la declaración de un testigo o el reconocimiento o inspección judicial, se vincula a la mencionada Clasificación de las falacias.

Argumentación fáctica. Los diferentes argumentos que se han expuesto no aparecen aislados en una decisión judicial.

Una falacia retórica, implica que se haya utilizado, con alguna intención persuasiva un procedimiento contrario a reglas de la buena retórica.

Una falacia dialéctica, supone una infracción de las reglas de un debate oral o escrito.

En materia de hechos consiste en obtener, por medio de la prueba, un enunciado o conjunto de enunciados acerca de unos hechos. En ocasiones hay que explicar por qué las razones apoyan la pretensión, y ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hecho que la constituye la razón con la pretensión.

Este elemento fundamental de la argumentación es la garantía, que consiste siempre en una regla, norma o enunciado general. A su vez la garantía puede ser apoyada con un respaldo, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esta regularidad.

Por lo anterior, al argumentar en base a hechos jurídicos, implica entender el carácter histórico y factivo 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.

Unidad 4

Ámbitos argumentativos no judiciales

4.1 Argumentación en sede parlamentaria. La racionalidad del legislador.

Fue en la obra de Cayetano de Filangieri, donde se fincan las bases de lo que ahora se conoce cómo ciencia de la legislación. El procura hallar en ellas la razón de lo que se ha hecho, y yo procuro deducir las reglas de lo que debe hacerse. 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. La ciencia de la legislación como género contiene o alberga dos especies a saber:

La teoría de la legislación y la técnica legislativa. 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.

Para Manuel Atienza la racionalidad legislativa puede analizarse desde cinco niveles: La racionalidad lingüística 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.

La racionalidad jurídico-formal se refiere al aspecto sistemático del Derecho. La racionalidad pragmática es aquella que establece que una ley es racional, solo en medida en que exista una adecuada conducta.

Con la expresión «eficacia de las leyes», o «de la legislación», solemos referirnos a ideas diversas, aunque relacionadas entre sí. Pienso que cabría distinguir, por lo menos, seis grandes variantes de eficacia, que pueden manifestarse en diferentes combinaciones y proporciones según cada tipo de ley: el cumplimiento, la aplicación, la movilización, la efectividad, la eficiencia y la eficacia simbólica.

El concepto de eficacia (social del derecho) designa, en primer lugar, la realización fáctica, observancia o cumplimiento de las conductas prescritas jurídicamente queda circunscrito, por tanto, a las normas de obligación: mandatos y prohibiciones.

A pesar de que tendemos a manejarla como una categoría unitaria, esta idea puede analizarse de una forma más circunstanciada.

Es posible también entender la eficacia del Derecho como eficiencia. El análisis económico del Derecho ha apuntado la eficiencia, en el sentido de maximización de la riqueza, como un criterio normativo para orientar la creación y aplicación de leyes, pero aquí manejaré otras dos lecturas de este concepto. Por una parte, entenderé la eficiencia de un modo más corriente o menos técnico: de entre dos medios idóneos para alcanzar un fin, uno será más eficiente que otro si comporta menos costes en esfuerzo, tiempo, recursos o dinero.

Analizar la eficiencia como menor coste presupone la conmensurabilidad de costes y beneficios y, por tanto, es problemático en presencia de diferencias axiológicas.

La otra acepción, que llamaré eficiencia procedimental u organizativa, resulta de aplicar la ratio coste/beneficio a los procesos jurídicos institucionalizados.

En el parlamento, el criterio de la eficiencia expresaría el objetivo de optimizar los costes de la tramitación legislativa (votaciones, reuniones, comparecencias, etc.); y en la organización judicial mediría el logro de la mayor cantidad de decisiones no recurridas y ejecutadas con el mínimo coste procedimental posible (tiempo de deliberación, duración de las sesiones, número de instancias, etc.).

La última acepción que consideraré es la de eficacia simbólica. En la manera habitual de entender esta modalidad, decimos que una ley sólo despliega efectos simbólicos, en tanto que contrapuestos a los efectos «reales», si carece de mecanismos adecuados de aplicación y ejecución que aseguren la realización social de su contenido normativo.

EFICACIA Y RACIONALIDAD LEGISLATIVA

La historia del interés por la eficacia de la ley es antigua. El tema de la eficacia atañe a la relación entre Derecho y sociedad, en especial a las intervenciones jurídicas en la realidad social, así que todas las concepciones anti formalistas y sociologistas del Derecho, desde el siglo XIX, han subrayado su importancia.

También para la ciencia y la técnica legislativas, en los últimos años al menos, el conocimiento de las relaciones o áreas sociales que se regulan, así como la evaluación de las consecuencias de las leyes vienen siendo asuntos prioritarios. En el Estado del bienestar, con la explosión del Derecho regulativo y las sucesivas oleadas de juridificación, las cuestiones de eficacia en sentido amplio, en especial las relativas a la implementación, han cobrado incluso una relevancia teórica y política fundamental.

Y si con el intervencionismo estatal se consolidaba una tipo de legitimación «basado en la eficacia para satisfacer necesidades o demandas sociales», ya en época más reciente la crisis del llamado instrumentalismo jurídico ha reavivado el debate de la eficacia, sobre todo en relación con las estrategias regulativas en la sociedad compleja . Esta evolución perfila el contexto en el que abordaré la relación entre eficacia y racionalidad legislativa.

4.2 Parlamentario: exposición de motivos, dictámenes, debates.

El proceso legislativo que se encuentra regulado y previsto 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 justifica, la decisión jurídica a través del consenso alcanzado mediante ciertas reglas de procedimiento.

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

Aquí, se deberá discutir todos y cada uno de los aspectos de la propuesta legislativa, a efecto de determinar en que medida se se alcanzan cada uno de los niveles de racionalidad a los que antes se ha hecho referencia.

En este procedo se tendrá que ir consolidando esta racionalidad legislativas desde la iniciativa, en el debate se propiciara el dialogo 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 del cual se lograra un primer consenso que se cristaliza en el dictamen legislativo. En este primer proceso, se deberá atender al cumplimiento de los distintos niveles de racionalidad, aunque aún sean susceptibles de revisión en la aprobación del pleno en la cámara legislativa.

Asimismo, es posible sostener que la exposición de motivos que precede en 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.

Debate parlamentario.

Discusión que se suscita entre los legisladores, de manera ordenada, en el seno de las cámaras o de sus órganos cuando fundamentan sus puntos de vista sobre los asuntos legislativos que se abordan en las cámaras.

El reglamento de la cámara de senadores señala que los debates en el pleno inician con la presentación de dictámenes, proposiciones, mociones, informes, informes, temas de agenda política o demás asuntos que se someten a la deliberación y, en su caso, a votación. No son objeto de debates los asuntos meramente informativos, ni los que se turnan a comisiones, salvo que por acuerdo del pleno se les dispense de dicho trámite por considerarse de urgente resolución.

El reglamento de la cámara de diputados establece que en la discusión en lo general de los dictámenes con proyecto de ley o de decreto, en el pleno, un integrante de cada grupo, en orden creciente, de acuerdo a su representatividad en la cámara y un diputado o diputada independiente propuesto entre ellos, podrán disponer de hasta cinco minutos para exponer su postura. Posteriormente el presidente formulara una lista de oradores integrada por cinco diputados a favor y cinco que hablaran alternadamente hasta por cinco minutos.

4.3 La racionalidad política y la ley: la negociación parlamentaria.

Racionalidad legislativa: Es el proceso argumentativo práctico por virtud del cual se justificará, racionalmente, la decisión o producción legislativa a través de cinco niveles a saber: lingüístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico y ético.

Entre los intereses extrajurídicos a los que se ha hecho referencia y que influyen 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 pueda 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 imponiéndoles límites.

En el terreno de la economía 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 de 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. Solo en su 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 establecieron obligaciones, prohibiciones, sanciones o incluso se hiciera trabajar a los órganos del Estado sobre todo jurisdiccionales, si en términos de costo y eficiencia no representaran 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 hablara de una economía de bienestar (eminentemente normativa), que tiene en cuenta tanto la eficacia como la equidad. Aunque sea imposible responder cuanta eficiencia hay que sacrificar en beneficio de la igualdad.

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

4.4 La racionalidad económica y la ley.

El principio de racionalidad es central en teoría económica actual, y ha extendido su influencia a otras ciencias sociales bajo el nombre de teoría de la elección racional. El principio de racionalidad se suele expresar como el principio de que el individuo toma la mejor decisión dentro del conjunto de decisiones posibles.

El conjunto de posibilidades que enfrenta el individuo depende de las restricciones existentes, que pueden afectar tanto qué decisiones puede tomar, como cuáles son las consecuencias de esas decisiones.

Según los objetivos del individuo se puedan formular en términos monetarios o no monetarios, distingo entre racionalidad en sentido limitado (maximización de beneficios) y racionalidad en sentido amplio (optimización de utilidad).

Esta distinción es útil para ver la racionalidad como un hilo unificador en la historia del análisis económico. La racionalidad se puede enfocar desde muchos ángulos. Elijo dos: el primero enfoca la relación entre racionalidad individual y racionalidad a nivel colectivo, que depende del marco institucional que estructura la interacción.

El segundo enfoca las implicancias psicológicas de la racionalidad. La racionalidad se puede descomponer en inteligencia analítica y madurez emocional. Las fallas de racionalidad se pueden ver en consecuencia como problemas de racionalidad acotada y de inconsistencia de preferencias.

Racionalidad y teoría pura La hipótesis de racionalidad es central en teoría económica actual. La búsqueda de “micro fundamentos” para los modelos económicos está ligado al uso de la racionalidad de los agentes económicos como principio explicativo.

Una teoría, considerada en sí misma, puede someterse a una primera prueba, la de si es o no lógicamente consistente. Pero, como sabemos, algo que en teoría está bien, en la práctica puede no funcionar. Luego, una segunda prueba es comprobar si la teoría concuerda o no con los hechos a los que se refiere. Si supera esta prueba, se la llama conocimiento científico.

Lo que a veces genera fuertes discrepancias es este segundo paso: si la teoría económica basada en el principio de racionalidad tiene carácter científico y está validada por los datos. La preocupación por la validez empírica de la teoría económica ha llevado a un fuerte desarrollo de la econometría, y, más recientemente, de los métodos experimentales en economía.³

Sin embargo, en lugar de hacer una distinción tajante entre teoría y ciencia, se puede hacer una distinción entre teoría pura y teoría aplicada, como menciona Schumpeter (1954) en su introducción a la historia del análisis económico. En un extremo, están las teorías puras. En el otro, las regularidades empíricas. La aplicación de teorías para explicar los hechos observados junta ambos extremos.

Todos estos conocimientos forman parte de la economía tal como se practica hoy en día, en tanto conocimiento especializado o ciencia.

Además, quiero rescatar el valor de las teorías que han sido refutadas por los hechos. Estas teorías “erróneas”, que llenan la historia del análisis económico, son importantes en el desarrollo de la disciplina. Puntos de vista a veces muy personales han llevado a mirar las cosas de otra manera, y han servido como punto de partida para teorías más perfectas y descubrimientos nuevos.

Por ejemplo, la paradoja del valor, de que a pesar de que el agua es más útil que los diamantes, los diamantes tienen un precio mucho mayor, inclina a Adam Smith y a los autores clásicos hacia una teoría basada en los costos de producción.

Recién las teorías neoclásicas (marginalistas) explican cómo reconciliar las explicaciones basadas en la utilidad (teorías subjetivas) y en los costos (teorías

objetivas), introduciendo como innovación analítica el costo del último bien producido y la utilidad del último bien consumido.

A pesar de los límites analíticos de las teorías clásicas, la teoría valor trabajo le permite a David Ricardo descubrir el principio de ventajas comparativas, y la resultante especialización internacional de la producción. Y la indeterminación de los valores internacionales que implica la teoría del valor trabajo lleva a John Stuart

Mill a introducir la demanda recíproca, para resolver el problema de la determinación de los términos de intercambio en comercio internacional con un modelo de equilibrio general. La discusión abierta de las ideas estimula el avance del conocimiento. El principal freno no son las teorías equivocadas, como lo es en algunos casos la aplicación del principio de racionalidad perfecta, sino el dogmatismo.

Racionalidad individual y racionalidad colectiva La racionalidad individual no implica necesariamente la racionalidad colectiva. En el monopolio, discutido desde Aristóteles, cuando el vendedor maximiza sus beneficios monetarios, lo hace a costa de una producción ineficientemente baja desde el punto de vista social, por lo que quedan posibles ganancias de intercambio sin aprovechar.

4.5 Argumentación en órganos administrativos reguladores.

La Argumentación Jurídica en general, admite diversas especies entre las que se destacan la argumentación legislativa, la argumentación de la administración y la argumentación judicial. Es decir, en la creación, aplicación e interpretación del Derecho llevado a cabo por las tres funciones del Estado (Legislativa, Ejecutiva y Judicial) se requiere de un proceso argumentativo que racionalmente venía a justificar la decisión jurídica.

Así pues 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 de cualquier poder ejecutivo se encuentra, la de promulgar y ejecutar las leyes que expide el congreso proveyendo en la esfera administrativa su exacta observancia. En este tipo puede entenderse a la administración pública como aquella parte de los organismos del estado que dependen, directamente o indirectamente el 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, actividad de creación de normas generales y abstractas, por lo que la racionalidad argumentativa será aquella que corresponde al legislador y a la cual se ha hecho referencia.

En la segunda, es decir, cuando emite un acto administrativo se encuentra en la administración una actuación de aplicación e interpretación normativa, que requiera 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 puesto normativo que contempla su actuación relacionándolos con los acontecimientos facticos 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 ejecución a la ley. Por ellos, aunque la

argumentación de la administración no sea tan técnica como la que se 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 encontrara 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 propio 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.

4.6 Relación entre legislador y juez.

La obra de jueces y legisladores en materia de desarrollo y garantía de los derechos integran un compacto normativo de contornos no siempre precisos y abierto a las transformaciones que producen sobre el mismo las innovaciones legislativas y los respaldos y las recreaciones jurisprudenciales.

No obstante, la experiencia española es en esto particularmente inflexible, y deja pocas dudas en cuanto al monopolio del legislador estatal sobre el régimen básico de los derechos fundamentales

El juez es el actor central del sistema de impartición de justicia, a él le corresponde el papel fundamental de la justicia, consistente en dar una salida institucional a los conflictos que se presentan en la sociedad y asumir la responsabilidad de impartir justicia en forma imparcial, pronta, completa y gratuita,

su quehacer principal es la función judicial o jurisdiccional, sin embargo el papel que desempeña no únicamente se circunscribe a esa actividad inherente e inmediata que realiza , sino también realiza funciones mediatas de la justicia que se producen como resultado de los efectos de las resoluciones que pronuncian, las cuales tienen importantes implicaciones para la sociedad en general.

La esencia de la función del juez es la *juris dictio*, o sea, decir el derecho a través de la sentencia, etimológicamente la palabra jurisdicción, significa decir o declarar el derecho.

Desde el punto de vista más general la jurisdicción hace referencia al poder del Estado de impartir justicia por medio de los tribunales y de otros órganos.

Héctor Fix Samudio, sostiene que la jurisdicción es " la función pública que tiene como propósito resolver las controversias jurídicas que se plantean entre partes contrapuestas y que debe resolver un órgano del estado en forma imperativa y en una posición imparcial"

Aunque debe señalarse que no todos los casos resueltos por jueces son conflictos y no todos los conflictos son solventados por ellos, lo anterior es así , por que en México tenemos tribunales que no dependen del poder judicial, tales como los Tribunales agrarios, tribunales fiscales, tribunales administrativos y tribunales del trabajo(juntas de conciliación y arbitraje).

Legislador, Son integrantes del Poder Legislativo y su actividad principal es la presentación, creación, modificación, adición y derogación de las leyes que le correspondan según su esfera de competencia. También ejercen actividades de carácter administrativo, jurisdiccional y de control financiero o presupuestal.

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 realizara 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 legislativo 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 Hartz , un juez dotara 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 este artículo el autor se propone la identificación de los denominados “argumentos dogmáticos” como aquel tipo de argumentos que están caracterizados por su pertenencia a un discurso de elaboración científica del derecho o dogmática jurídica.

La dogmática jurídica tiene por objeto de estudio el derecho positivo vigente, lo que consiste en describir, a través de la interpretación y sistematización las normas, para ubicarlas en el sitio que les corresponde en construcciones conceptuales que agrupan clases de normas.

En torno a lo que se ha venido 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 puede 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 las 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 puede 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 recurre con frecuencia a los criterios que suministra la dogmática.

4.8 Argumentación no especializada.

Para Habermas su teoría fue la base sobre lo que se constituye la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy.

La pregunta fundamental que se plantea Alexy es la siguiente:

Según Alexy ¿Cómo son posibles la racionalidad y el conocimiento práctico?

Con ello se llega a pensar que se orienta por una teoría de la racionalidad práctica por medio de una teoría procesal, como la argumentación práctica en general.

Según Alexy “el discurso es un caso especial del discurso práctico en general, ambos pueden ser tratados en el marco de una teoría del discurso integral”. Ya que esta se propone alcanzar la mayor racionalidad posible en argumentación que decidan si el derecho permite prohíbe o manda.

La teoría del discurso como formulación y justificación del sistema reglas jurídicas adquiere una especial relevancia para la teoría del derecho, se busca su desarrollo pleno y necesario y ambas teorías se complementan recíprocamente. En la interdependencia mutua se combinan dos elementos los aspectos ideales y no institucionales de la racionalidad como aquellos de tipo institucional y real. Para entender esta interdependencia se debe integrar dos modelos del sistema jurídico, a aquel en el que el sistema jurídico funciona como un sistema de procedimientos y el otro como un sistema de normas.

El primero se ubica en el procedimiento del discurso práctico general, el segundo, el de la creación del derecho; en el tercero el de discurso jurídico y el cuarto el de procedimiento judicial, aquellos niveles de procedimientos ubicados en el primer y tercer lugar son procedimientos no institucionalizados, ya que un procedimiento así es cuando se regula por normas jurídicas.

Entre los distintos campos a los que ha hecho referencia y en los cuales puede presentarse una argumentación, 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 puede destacarse la usencia de especialización y conocimiento del fenómeno jurídico, así como la influencia de interese particulares y de grupo que suelen romper el principio de imparcialidad.

El discurso práctico en general se encuentra definido por las reglas que garantizan la racionalidad de un discurso práctico, las reglas del discurso práctico en realidad resultan validas por los discursos jurídicos, pero no en exclusiva.

En la discusión legislativo, el discurso se lleva a cabo en un procedimiento legislativo regulado por normas jurídicas, aquí lo decisivo es que el procedimiento legislativo, por lo menos resulte posible una discusión racional, se hace prevalecer los intereses del grupo, las retoricas ideológicas y los prejuicios de los medios, la posibilidad de una crítica de este tipo queda garantizada por los derechos fundamentales previstos en la constitución.

4.9 Argumentación judicial.

México y Estados Unidos comparten un mismo río: el Colorado. Él nace en las montañas rocosas del estado de Colorado (Estados Unidos) y desemboca en el Golfo de California (México). Por su paso, beneficia tanto a los estados de territorio estadounidense como a los estados de México.

En un momento histórico determinado, y para evitar conflictos sobre el uso de las aguas, ambos países firmaron un Tratado (Tratado de Aguas de 1944). En dicho documento se acordó que México tendría derecho a recibir la cantidad de 1850 millones de metros cúbicos de agua. Bajo esa perspectiva, Estados Unidos

siempre cumplió su pacto. Pero hubo una circunstancia no contemplada en el documento: ¿se cumplía con la condición estipulada dando el líquido en las cantidades señaladas o era necesario que se tratara de líquido limpio (sin sal)?

La pregunta adquirirá más claridad si se tiene en cuenta que después de la firma del Tratado, los agricultores estadounidenses de Wellton-Mohawk (Arizona) comenzaron a realizar perforaciones de pozos y la salinidad la arrojaban para uno de los ríos que alimentaba precisamente al río Colorado. Ante esto, los 1850 millones de metros cúbicos de agua que recibía México no era agua dulce sino salada. "Por lo que de una salinidad promedio entonces de 950 partes por millar, el índice salínico del río Colorado, súbitamente se aumentó desde 2,500 hasta 4000 partes por millar, lo que convirtió en totalmente inútiles las aguas recibidas por México". La disputa, pues, versó sobre si se estaba o no cumpliendo el Tratado. Estados Unidos alegaba que el Tratado se cumplía pues se respetaba la cantidad de 1850 millones de metros cúbicos. Por su parte, México era de la opinión contraria: no bastaba con entregar la cantidad sino que debería ser un líquido moderadamente salado, pues de lo contrario el agua no tendría ninguna utilidad. ¿Cuál era la solución adecuada?

Sin duda, sea cual fuere la solución, en nuestros tiempos, ella no puede surgir sino a través de un proceso de argumentación. El caso con el cual se inicia esta exposición permite observar que el derecho no puede contemplar todos los casos. Su textura abierta genera problemas de interpretación y no siempre permite una aplicación mecánica de sus órdenes.

Por qué es necesario argumentar

Es necesario argumentar, en materia jurídica, porque una importante cantidad de disposiciones normativas contenidas en los textos legales tienen una textura abierta (producto de la ambigüedad, vaguedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico o por las diversas lecturas ideológicas permitidas por los propios textos) que pueden producir diferencias legítimas, y en consecuencia disputas.

Si se fraccionan cada una de las afirmaciones anteriores, las razones que responden a la pregunta por qué es necesario argumentar son las siguientes: la textura abierta de los textos legales y las diferencias legítimas y disputas.

1. *Textura abierta frente al "paraíso de los conceptos"*

En el ejemplo con el que se inició este documento se presentaban dos versiones sobre la idea del cumplimiento del Tratado de Aguas.

Para Estados Unidos, el texto del Tratado era claro y no había lugar a dudas: se cumplió entregando los 1850 millones de metros cúbicos, pues nunca se había aludido a la calidad del agua. Por su parte, México alegaba que la calidad del agua aunque no se hubiera mencionado era un presupuesto necesario implícito que se empalmaba con la cantidad. Aquí estamos, ante un ejemplo de textura abierta.

Efectivamente, "la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, 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".

La idea de textura abierta se contrapone a la imagen —llamada, por Hart, como el paraíso de los conceptos— que presupone que el lenguaje jurídico es claro y preciso, que "no se requiere ni se hace esfuerzo alguno para interpretar el término a la luz de las diferentes cuestiones que están en juego en las diversas reglas en que se presenta". Desde luego, el mismo Hart reconoció que no todo es abierto.

Hay casos de aplicación clara, pero también hay casos de aplicación dudosa. Particularmente, él explicó que "habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables ('es indudable que un automóvil es un vehículo') y agrega "pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no ('la palabra vehículo, tal como se la usa aquí ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?')".

La posición de Hart de distinguir entre textos claros y de textura abierta no es una posición uniforme en el mundo académico jurídico. Hay diversas posturas al respecto. Guastini alude a tres teorías respecto a la interpretación del derecho. Las tres teorías son las siguientes:

- La teoría de la interpretación de la ilustración.
- El escepticismo realista.
- El neocognitivismo contemporáneo.

Para la primera (interpretación de la ilustración) los textos normativos contienen un solo sentido, y la ambigüedad, la vaguedad y mucho menos afirmar que pueden surgir interpretaciones encontradas por concepciones ideológicas no es aceptado.

Esta teoría parte de la idea de que el texto normativo tiene un "sentido unívoco y susceptible de ser conocido, y que desconoce por tanto la vaguedad y lo equívoco de los enunciados normativos". Los autores que sostuvieron esta posición fueron principalmente los franceses: Demante y Demolombe. Actualmente, es difícil encontrar a alguien que sostenga esta posición.

Para la segunda teoría (el escepticismo realista) todos los textos normativos pueden dar origen a una confrontación "se toma en serio la equivocidad y la vaguedad del lenguaje de las fuentes del derecho, y extrae como consecuencia que, antes de la interpretación, no existe algún sentido objetivo en los textos normativos". Un ejemplo de esta posición se presenta en el autor anglosajón Duncan Kennedy, quien afirma lo siguiente: "Si usted me dice que siempre existe una respuesta correcta a un problema jurídico, yo le contestaré, armado de todos estos casos en los que mi experiencia fue, que la ley es indeterminada, o que fui yo quien le dio su forma determinada como resultado de una libre opción, ética o política".

Para la tercera teoría (neocognitivismo contemporáneo) hay textos normativos claros, pero también ambiguos y vagos. Es una especie de teoría intermedia entre

la teoría de la interpretación de la ilustración y el escepticismo realista. La mayor parte de autores que se citaran adelante pertenecen a esta posición.

La tercera teoría sobresale como una de las más adecuadas para explicar las razones del por qué es necesario argumentar. Desde una óptica personal, ésta tiene importante respaldo por las y los teóricos de la argumentación. La razón de lo anterior es que ella realiza una clasificación en casos fáciles y difíciles.

Y es en los casos difíciles donde la argumentación jurídica tiene un campo fértil. Así que los casos difíciles, y sobre todo su clasificación, entran ahora al escenario con pleno derecho.

Pero antes de observar la clasificación de los casos difíciles, resulta importante tener en cuenta que, dada la naturaleza de este documento, se pasarán por alto muchas sutilezas de la tipología de los casos difíciles.

Realmente el trabajo de la tipología de los casos difíciles, desde Hart a la fecha, ha sido desarrollado profundamente (una de las más acreditadas es la de Neil MacCormic) y rebasa por mucho las expectativas de este documento. Aquí lo que se pretende es hacer únicamente un esquema —bastante genérico y elemental— de clasificación de dichos casos difíciles. Una idea personal, aunque nada original, pues en realidad es la acumulación de diversas propuestas cuya base fundamental está en la tipología de Neil MacCormic.

Los casos difíciles de derechos pueden surgir por dos situaciones genéricas: por una situación relativa a los derechos o por una situación relativa a los hechos. La primera situación surge por conflictos normativos o por conflictos de asignación de sentido.

A su vez, la segunda situación surge en virtud del problema de determinación de hechos o en virtud del problema de la relevancia de hechos. A continuación se ejemplifican cada una de estas cuatro categorías.

A. Conflictos normativos

Hay conflictos normativos, de la forma más elemental, cuando dos normas entran (real o aparentemente) en contradicción. Carla Huerta explica que "un conflicto normativo (*sensu largo*), éste sería el género, se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, es decir, en virtud de los procedimientos de su creación o de sus contenidos respectivamente".

Un ejemplo se puede observar en la Constitución del Estado de Oaxaca que, por un lado, permite que un servidor público del Estado pueda ser candidato a concejal, siempre y cuando renuncie con setenta días de anticipación, pero por otro lado establece que la renuncia debe hacerse con ciento veinte días de anticipación. Es en el artículo 113 donde se establece esta circunstancia y se anota únicamente la parte relevante.

- Primer supuesto (setenta días). Artículo 113, fracción I: "Para ser miembro de un Ayuntamiento se requiere:... e) No ser servidora o servidor público municipal, del estado o de la Federación, con facultades ejecutivas"; se agrega en el mismo artículo 113 que "Las ciudadanas y ciudadanos comprendidos en los supuestos de los incisos d) y e) podrán ser concejales, siempre y cuando se separen del servicio activo o de sus cargos, *con setenta días de anticipación a la fecha de la elección*".

- Segundo supuesto (ciento veinte días de anticipación). Artículo 113, fracción I, decimo párrafo: "No pueden ser electos miembros de los ayuntamientos: los militares en servicio activo, ni el personal de la fuerza de seguridad pública del Estado. Podrán serlo los servidores públicos del estado o de la Federación, si se separan del servicio activo, los primeros, o de sus cargos, los segundos, *con ciento veinte días de anticipación a la fecha de las elecciones*".

B. Conflictos de asignación

Hay conflictos de asignación cuando es necesario interpretar sobre los alcances de cierto texto. Piénsese, por ejemplo, en el uso de la expresión justo título en el lenguaje jurídico para fines de la usucapión.

Como se sabe, en muchos códigos civiles, aún vigentes, se utiliza dicha expresión como uno de los requisitos para la procedencia de la usucapión. Esta palabra puede dar origen a un conflicto de asignación, puesto que "la expresión justo título puede tener dos acepciones: ya sea como el documento que acredite la propiedad; y otra como la causa o el motivo legítimo o de buena fe que da derecho a una persona a poseer o tener alguna cosa en su poder".

En el sistema jurídico mexicano, a través de jurisprudencia, se ha precisado el alcance de la expresión justo título bajo la siguiente definición:

Por justo título no debe entenderse el documento con que se justifique el dominio, sino la causa legítima o de buena fe de la tenencia o posesión de la cosa, ya que de interpretarse de la primera manera, la acción publiciana sería inútil, puesto que teniendo el título que demuestre la propiedad, la acción procedente sería la reivindicatoria; por el contrario, cuando la parte actora carece del documento de propiedad, puede intentarse la acción plenaria de posesión, pues ésta, como ya se dijo, tiende a proteger la posesión legítima de un bien, siempre que se encuentre su origen en un acto lícito y de buena fe.

C. Conflictos por determinación de hechos

El proceso judicial, en cualquiera de sus modalidades (penal, civil, mercantil) busca obtener una verdad (jurídica), esto es "en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no". Cuando se presentan situaciones tan complejas y extremas que dificultan una sola versión de los hechos, estamos ante un conflicto por determinación de hechos.

Debe tenerse en cuenta que de por sí, el proceso es en sí mismo complejo, pero quizás no siempre sea extremo. Ciertamente, una constante en todo proceso es la problemática de la verdad jurídica y que "consiste, más bien, en la individualización de las condiciones y de las modalidades en cuya presencia está justificado considerar como verdadera una versión de los hechos para los que existen elementos de credibilidad, pero que no puede ser calificada como verdadera y cierta de forma indiscutible". O dicho de otra manera "se trata de

establecer cómo pueden ser utilizados conocimientos que son inevitablemente inciertos, pero que sin embargo son los únicos que pueden constituir la base del juicio acerca de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa".

Ahora bien, si lo anterior hace que el proceso y las pruebas en materia de hechos la regla común sea la complejidad, existen casos extremos que duplican dicha dificultad. La vida jurídica diaria los muestra.

A manera de ejemplo, puede pensarse en el muy difundido caso de la niña Madeleine McCann. Como se sabe, Madeleine desapareció de la habitación de un hotel de Portugal, la noche del jueves 3 de mayo del 2007.

El día de su desaparición, ella, sus dos hermanos, su papá y mamá, todos de nacionalidad inglesa, se encontraban de vacaciones. La noche del suceso, según se dice, el papá y la mamá salieron a cenar y a su regreso encontraron a los hermanos, pero no a Madeleine. Inmediatamente denunciaron el hecho a la policía portuguesa y está comenzó las investigaciones. La investigación tuvo varias etapas.

En una primera etapa, la policía de Portugal consideró que la niña había sido secuestrada. Después, se consideró que hubo homicidio. Durante el transcurso de las investigaciones resultaron más de 10 personas sospechosas (incluidos el papá y la mamá). Durante las pesquisas, una de las hipótesis más fuertes fue la que acusaba a la mamá y al papá de Madeleine. Incluso, en los ya famosos claves de Wikileaks se afirmó que "el entonces nuevo embajador del Reino Unido en Lisboa, Alexander W. Ellis, admite ante su homólogo estadounidense, Alfred Hoffman, que ha sido la policía británica quien ha hallado las pruebas contra los padres de Madeleine".

No obstante, la complejidad del asunto no permitió corroborar dichas hipótesis y hasta el momento, sobre Madeleine, no hay una versión definitiva y mucho menos una o un culpable preso.

Desde luego, es posible que haya personas que puedan considerar el anterior asunto como altamente mediático y sin repercusiones jurídicas objetivas sobre la

tipología que aquí se desarrolla; sin embargo, creo, sí es útil (al margen de la opinión que se tenga sobre el asunto Madeleine McCann) como ejemplo sobre la complejidad de probar los hechos.

D. *Relevancia de hechos*

Otra problemática puede surgir ante la presencia de hechos que, dada su especificidad, no permiten descubrir su relevancia para el proceso. A diferencia del anterior tipo (determinación de hechos) en donde los hechos objetos del proceso no pueden ser probados, en este tipo se trata de hechos que están probados pero se duda sobre su relevancia para el caso específico. "En estos casos el problema no se encuentra en un conocimiento defectuoso de los hechos, sino que a pesar de conocer perfectamente lo ocurrido empíricamente, existen dudas acerca de cómo calificar tales hechos".

Para ejemplificar esta situación se puede acudir al asunto electoral del infomercial que conoció el Consejo General del Instituto Federal Electoral de México. Esto es, el sistema mexicano sanciona la contratación de comerciales para fines electorales. Pero cuando se trata de un infomercial ¿se está en el mismo supuesto normativo? Es decir, hay un hecho comprobado: el infomercial. Pero la pregunta es si ese hecho es un comercial o es una nota informativa. Si se trata de un comercial, su exhibición se sanciona; en caso de que sea una nota informativa su difusión es legal.

Concretamente, en el sistema jurídico mexicano se prohíbe la contratación, para fines electorales, en radio y televisión. Particularmente, el inciso g) del apartado A) de la base III, del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo siguiente:

Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión. Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de

candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

Ahora bien, en 2010 fueron las elecciones para gobernador del estado de Oaxaca. El acto inaugural de campaña de uno de los candidatos fue transmitido en el horario de un programa de noticias de televisión. Particularmente se documentó lo siguiente:

El día lunes 12 de abril del año 2010, en el Canal 2 de Televisa, a las 22:55, durante la transmisión del noticiero del periodista Joaquín López Doriga, se difundió una cortinilla o infomercial relativo a la toma de protesta del candidato a gobernador del Partido Revolucionario Institucional en el cual aparecen escenas del evento que se realizó el domingo 11 de abril del año en curso, en la histórica Alameda de León...

Ese material audiovisual tenía una duración de 60 segundos y se insertó justo después del corte que anuncia la interrupción del noticiero como entrada al segmento de comerciales. Inmediatamente aparece un espacio que informa de la toma de protesta del candidato del Partido Revolucionario Institucional al cargo de gobernador del estado de Oaxaca en cadena nacional.

La resolución del Consejo, con base en una opinión académica, consideró que el infomercial era en realidad un comercial y no una nota informativa, y ante lo cual se explicó que sí procedía la sanción. Pero esa opinión no fue uniforme. Por un lado el especialista mencionó que la diferencia básica entre la nota informativa y el infomercial era la siguiente: nota informativa: "Unidad de contenido informativo en donde se presentan hechos y/o declaraciones considerados relevantes y de interés público por el medio de comunicación que la produce". Y el infomercial: "A semeja en su narrativa a una nota informativa, pero presenta características de producción propias de la publicidad como la promoción discrecional del protagonista del mensaje". Estos criterios fueron tomados en cuenta por la mayoría de consejeros electorales al momento de resolver el asunto. Sin embargo, por otro lado, hubo versiones discrepantes al respecto.

En voto particular, los consejeros, Marco Antonio Gómez Alcántara y Francisco Javier Guerrero Aguirre, sostuvieron que el criterio académico no se ajustaba a las disposiciones legales, ya que con anterioridad dicho Instituto, en coordinación con la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, habían definido como nota informativa lo siguiente: "se trata de un hecho probable o consumado. Es todo aquello que ocurrió, que va ocurrir y que a juicio del periodista será de gran trascendencia y de interés general.

Expone oportunamente un hecho noticioso". Y agregaban que "el material denunciado encaja perfectamente en la definición antes transcrita, es decir, contiene todos los elementos de la misma, ya que lo que está narrando es la cobertura de un hecho que efectivamente sucedió".

Sea como fuere, la decisión final por voto mayoritario fue en el sentido de que sí hubo violación a la legalidad. Este ejemplo muestra de forma interesante el tema de los casos difíciles y la relevancia de los hechos, pero además permite conectar con una segunda razón por la cual es necesario argumentar las diferencias legítimas y las disputas.

Ahora bien, evaluado desde la técnica jurídica, lo único que puede dar origen a la argumentación jurídica es la existencia de casos difíciles, pero visto desde el ámbito de la teoría de la justicia, no son los casos difíciles el centro de atención sino las diferentes lecturas (ideológicas) de un texto. De ahí que la afirmación que se hace en el texto, en el sentido de que "debe tenerse en cuenta que no sólo es la característica de caso difícil lo que ocasiona la necesidad de argumentar", se refiere a esto. Por supuesto, se podrá objetar que el caso difícil no es únicamente técnico, y que se debe ampliar el concepto de caso difícil para incluir también el supuesto de diferencias ideológicas.

La intención del autor no es esta. Al contrario, es precisamente enfatizar entre, por un lado, el concepto de caso difícil como un tema eminentemente de técnica jurídica y, por el otro lado, el tema de las diferencias ideológicas.

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

La argumentación jurídica en la actualidad, tiene como finalidad fundamental el racionalizar en términos 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 normas generales abstractas, implica toda una tarea argumentativa cuya justificación decisora consiste en atribuir un significado a las palabras del legislador. De ello es consiente el propio Kelsen y lo sentado al momento de establecer que: “cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, este 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, de 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, estas deben ser dotadas de significado y según Alf Ross este puede ser especificado por el contexto o por la situación en la que son empleados dichos términos.

A este proceso de especificación de significación 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 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

vago. O bien puede ser hecha de manera tal que frente a un conjunto de hechos concretos experimentados en forma definida sea posible.

El análisis del discurso aglutina varias disciplinas, tanto filosóficas como lingüísticas y sociales. En la dimensión filosófica llama sobre todo a la semántica, esa parte de la semiótica que versa sobre la relación de significado que se da entre los signos y los objetos -principalmente esto resulta claro en cuanto al signo lingüístico- y que se integra en lo que podríamos llamar una teoría del significado.

Una teoría del significado no es nada simple: consiste en buscar qué es lo que hace que ciertas notaciones cualesquiera -antes no significativas- se vuelvan significativas. Esto en verdad implica muchas cosas, pues están involucrados elementos psicológicos y gnoseológicos (¿cómo captamos significados?) tanto como ontológicos (¿qué son los significados?) y hasta antropológicos y sociales (¿cómo influye nuestra cultura para que capturemos así y no asá los significados?, ¿es traducible de una cultura a otra un significado?, etc.)

Pero una teoría del significado enfocada desde la filosofía y la semántica atiende primeramente -esto es, sobre todo, aunque no exclusiva mente- a los aspectos antológicos, como lo ha visto lúcidamente Michael Dummett en el caso prototípico: Frege. Por eso se ha propuesto incluso el nombre de onto semántica. Y, en seguida, atiende a los aspectos cognoscitivos, según lo han hecho patente.

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.

Al afirmar que la actividad argumentativa del derecho implica atribución

Dworkin piensa que los argumentos jurídicos son argumentos evaluativos de moralidad política y por lo tanto su teoría del derecho depende de la idea de que existan únicas respuestas correctas a la mayoría de preguntas evaluativas. El hecho de que la verdad objetiva o falibilidad esté inmersa en el discurso

evaluativo moral resulta obvio de su propia lógica. No podemos negar que no existe ninguna verdad moral debido a que no existe nada "externo o demostrable" que determina dicha verdad; esta negación afirma, a su vez, una permisibilidad moral (al decir, por ejemplo, que no es falso que el aborto sea malo).

Sin embargo, nuestro discurso puede estar en un error y puede ser que el mejor argumento para la tesis de la única respuesta correcta sea moralmente evaluativo y no descriptivo- analítico. Existen dos tipos de argumentos morales en este sentido.

El primero es que la verdad "demostrable" propio de la crítica externa, implica un sentido rígido de lo que es una comunidad y le da poco sentido a la complejidad de nuestros derechos morales.

El segundo implica que si abandonamos la verdad en su conjunto, ello significa que la moralidad no era más que "crear las cosas" de manera arbitraria. Como consecuencia, podemos decir que la tesis de la "unidad del valor" no es más que esto: debido a las exigencias morales de verdades no-demostrables, los abogados y políticos morales tienen un deber de construir justificaciones finales que reconozcan tensiones competitivas entre principios, y resolverlas sin contradicciones lógicas ni conflictos.

La tesis de la respuesta correcta de Dworkin es un postulado ampliamente conocido que forma parte de la crítica al positivismo jurídico, en el sentido de que no reconoce la relación necesaria entre derecho y moral, cuyo alcance ha sido ampliamente debatido en la filosofía del Derecho, existiendo una concepción fuerte y una débil de tal postura. *Grosso modo*, la tesis plantea que, hasta cierto grado, existe corrección en el derecho en un sentido ontológico, produciéndose con ello problemas epistemológicos y metodológicos; es decir, si se postula que existen respuestas correctas en el derecho, entonces se debe saber cómo se arriba a dicha conclusión con certeza y cuáles son los pasos para obtenerlas.

Siguiendo al Dr. Juan Abelardo Hernández Franco (2014), la toma de decisiones en cualquier ámbito, incluyendo el jurídico, se efectúa a través de diversas etapas, divididos en dos contextos. Dentro del contexto del descubrimiento, acontecen dos momentos conscientes, y uno inconsciente. En el primer momento consciente, esencialmente se comprende el problema; lo que en la actividad jurisdiccional se traduce en la revisión del expediente para fijar la *litis*.

En el segundo momento consciente, el operador jurídico “dirige su atención al análisis de los elementos o los materiales mediante los cuales debemos fundar y motivar nuestras respuestas”); esto es, el operador jurídico indaga en la búsqueda de precedentes, analiza doctrina y legislación. En síntesis, este es el momento en el que se estudia el asunto.

Ya el tercer momento es inconsciente; la mente jurídica formula una hipótesis sobre lo solución del caso a través del inconsciente adaptativo, que echa a mano de la experiencia acumulada del operador jurídico por medio de la lógica operativa.

Finalmente, ya en el contexto de justificación, se da un cuarto momento consciente, en el que se brindan razones en favor o en contra de la hipótesis formulada; lo que se redacta en las consideraciones de la sentencia.

Sin embargo, puede suceder que, ya en la justificación del asunto, el operador - llámese secretario o juez- se percate de que la solución, que pensaba proponer o aprobar, no es consistente con el marco normativo, o que haya encontrado un precedente que inicialmente ignoraba, lo que necesariamente cambia el sentido del fallo, retrocediendo por unos cuantos segundos al tercer momento inconsciente. En ese tenor, el carácter interdisciplinario de la psicología y derecho nos proporciona una descripción de lo que constituye el proceso de acción en el ámbito jurisdiccional; sin embargo, el carácter normativo de la función jurisdiccional compete a la ética.

La tesis de la respuesta correcta como Imperativo categórico del razonamiento jurídico. En la fundamentación de la metafísica de las costumbres, Kant expone la

esencia de su ética, cuyo propósito “es concebir los principios de la ética según procedimientos racionales”.

Para satisfacer esa finalidad, partiendo de la libertad humana y de la universalidad, propone un imperativo categórico que permita la formulación de máximas que rijan el comportamiento del ser humano: obrar sólo según la máxima que al mismo tiempo puedas querer que se convierta en ley universal. Lo anterior, bajo la idea de que “la acción moral... es acción con miras a un valor fundamental, a saber, el valor de la humanidad”.

En este contexto, es posible establecer un imperativo categórico para la ética judicial, porque la actividad jurisdiccional también se desenvuelve a través de un proceso de acción; lo que se traduce en la decisión judicial, que goza de la finalidad indiscutible de impartir justicia, de acuerdo con un sistema de referencia cognoscitivo -entendimiento de lo que constituye el derecho, un sistema de coordenadas definido -constelación normativa-, y un tiempo y lugar determinado -noción de validez-, pues “el juicio sobre un asunto no queda a la libre interpretación relativista (del relativismo), sino a una interpretación realizada de acuerdo con los límites de coordenadas relativas (de la relatividad) legales o justas de orden lógico

Para tal efecto, la universalidad es un elemento clave del imperativo categórico; por lo tanto, será moralmente correcta aquella regla cuya realización pueda ser universal, porque el carácter universal es lo que priva de subjetividad a la moral en Kant, permitiendo que la acción moral sea racionalmente correcta. En ese sentido, la presuposición ontológica de la tesis de la respuesta correcta siempre se traduciría en el intento indefinido por encontrar las mejores razones que justifiquen la decisión judicial. Esto es así porque, desde la visión interna del derecho, se hace patente una pretensión de corrección; en otras palabras, el juez resuelve en determinado sentido porque está convencido de que el criterio adoptado es jurídicamente correcto.

En efecto, la decisión judicial no descansa en una preferencia subjetiva, carente de racionalidad, porque “... un juez que comprende realmente en qué consiste

justificar -motivar- sus decisiones y que asume esa obligación erigiría también... la pretensión de que su decisión es moralmente correcta: objetivamente correcta de acuerdo con el Derecho, y también con la moral que justifica aplicar ese Derecho”

En ese mismo sentido, Hernández Franco sostiene:

...es posible hablar de una verdad jurídica en los parámetros relativos establecidos y definidos. Es posible decir que existe la verdad jurídica sobre cuestiones que tienen un tiempo y un sentido establecidos. Lo que le corresponde equitativamente a cada parte en una cuestión sólo puede determinarse si esa cuestión queda inmovilizada en un tiempo y con un sentido; es decir, una vez definida la relatividad de las partes en una situación establecida.

Ciertamente, la presuposición de la existencia de una única respuesta correcta para los problemas jurídicos funge como idea regulativa; esa presuposición ontológica también es el imperativo categórico de una ética judicial formal, cuya explicitación es: abordar el estudio de cada caso, como si existiera una única respuesta correcta.

Bajo esa máxima, el juzgador deberá ceñirse a descubrir-construir su decisión, dentro de las limitaciones propias de la relatividad jurídica, con la convicción de que su finalidad es la perpetua pretensión de corrección. Detrás de esa convicción, existirán juzgadores independientes e imparciales, prudentes -en el sentido aristotélico-, desprovistos de cualquier interés ajeno al derecho y, naturalmente, con suficiente rigor técnico.

Es la presuposición ontológica de que en el derecho existen respuestas correctas lo que genera el perfeccionamiento de la decisión judicial, y es esa presuposición la que funge como máxima formal en una ética judicial kantiana, entendida como el eterno propósito de que el juez universal indague en el sistema normativo hasta los límites que la razón práctica le impone, en un tiempo y espacio determinados, y descubra-construya la mejor decisión técnicamente posible, erigiéndose como un auténtico juez independiente, siempre en concordancia con la cosmovisión que le provee su propia autonomía.

Cuando la administración de justicia se tomaba por ejercicio de autoridad ante todo, aunque fuera la autoridad delegada del monarca, las sentencias no debían motivarse, pues el que da razón de sus decisiones se muestra con ello sometido a algún imperativo externo.

Cuando la justicia impartida era absoluta, porque absoluto era también, o se pretendía, el poder que con las decisiones se expresaba, los jueces debían fallar sin explicar sus porqués. Por la misma razón que, hasta hace bien poco, los padres tampoco se veían en la necesidad de explicar a sus hijos pequeños por qué les ordenaban esto o lo otro.

Al fin y al cabo, el poder absoluto, sea de las monarquías de antaño sea de las tiranías de hoy, ve al súbdito como un menor de edad permanente.

Luego las cosas cambiaron, donde cambiaron. Primero el **racionalismo** sembró la ilusión de que el Derecho podía erigirse en ciencia exacta y de que la impartición de justicia era labor poco menos que mecánica. El juez ya estaba sometido a algo, sí, a un imperio que se ha tornado impersonal, el imperio de la ley, pero la ley se piensa tan perfecta, recogida en sus códigos nuevos, que en la decisión judicial no se ve más que razonamiento silogístico puro y duro. Lo que, al motivar, debe el juez mostrar ahora es que él no inventa ni los hechos del caso ni la norma que trae para el conflicto la solución, sino que los unos y la otra los recoge ahí afuera, en un mundo perfectamente objetivo en el que se encuentran acabados y a la espera de ser descubiertos hasta en su más mínimo detalle.

La práctica del Derecho deja de consistir en mandar, más que nada, y se convierte en conocer, es actividad parangonable a cualquier otra labor científica. Lo único que el juez necesita es un buen método y se cree que lo tiene en el de la subsunción, el del elemental encaje de los hechos bajo las normas. Júntense los hechos del caso con la norma pertinente y, si encajan, si se compenetran, la solución sale sola, como feliz alumbramiento resultante de tal ayuntamiento y a modo de conclusión de un silogismo tan sencillo, que cualquiera puede ser juez a nada que no se le olviden los preceptos del código. Al motivar, lo que el juez

acredita es que no es él quien aporta ni manipula los hechos ni las normas del caso, únicamente los muestra y viene a decir ahí están, la conclusión la saca cualquiera. Por tanto, el fallo se vuelve poco menos que indiscutible, o así se pretende.

De la sentencia como mandato y mero ejercicio de autoridad se pasó, allá por el XIX, a la sentencia como producto de la razón cognoscente, de la razón teórica. En la fase siguiente, desde comienzos del siglo XX, empezará a concebirse la sentencia como decisión propiamente dicha, y en la motivación se verá la exposición de los porqués de ese juez que, ahora, elige entre alternativas usando su discrecionalidad. De la autoridad del que decide se había pasado a la autoridad de la ciencia, de la razón cognoscente, y, en este momento, el tránsito será a la autoridad, relativa, de la razón práctica. Mas retornarán a lo largo del XX los intentos de hacer de la razón práctica una vía tan segura como la de la razón científica y reaparecerá cada tanto el viejo sueño de la única respuesta correcta para cada litigio y la ilusión de que la discrecionalidad puede desterrarse como un mal evitable.

En las últimas décadas del pasado siglo la teoría de la argumentación jurídica, nacida para ofrecer un modelo discursivo de racionalidad de las decisiones se bifurca. Una corriente pretenderá ofrecer las herramientas para convertir el razonamiento práctico del juez en razonamiento cuasidemostrativo, a base de ofrecer el método para que quien decide pueda conocer la solución objetivamente correcta y verdadera que para cada asunto late, a la espera, en el fondo de un ordenamiento que vuelve a ser perfecto, ahora en tanto que sistema axiológico u orden objetivo de valores. Otra rama de la teoría de la argumentación, menos optimista o con menor idealismo, se conformará con **ofertar las estructuras mínimas de la argumentación judicial razonable** y tendrá como objetivo la detección de la arbitrariedad, no la justificación de la respuesta correcta única. Veamos todo esto algo más despacio.

Con la crisis de aquel ingenuo y metafísico positivismo del siglo XIX, crisis que, con el cambio de siglo, llega ante todo de la mano de otras corrientes positivistas,

curiosamente, sea del positivismo normativista de Kelsen, sea del positivismo empirista del realismo jurídico, sea del positivismo sociologista de parte también de los realistas y de muchos de los de la llamada Escuela de Derecho Libre, se subraya que la discrecionalidad judicial es inevitable y que a ese dato básico hay que adaptar la exigencia de motivación de las sentencias. Ahora la obligación de motivar se entiende como exigencia de que el juez haga valer que sus valoraciones, determinantes al apreciar la prueba y al interpretar la norma –entre otras cosas-, no son arbitrarias. **Se trata de que mediante sus argumentos nos convenza de que cualquiera de nosotros pudo fallar igual que él**, puesto que ha buscado las mejores razones del Derecho, en lo que el Derecho es instrumento de todos, en lugar de dejarse sin más guiar por sus móviles personales o sus intereses.

En las últimas décadas del siglo XX, y especialmente a partir de la obra inicial de Dworkin, renació en la teoría jurídica aquel viejo anhelo de que la discrecionalidad pudiera evitarse y de que el razonamiento judicial pudiera ser plenamente guiado por la razón cognoscente, objetiva. Otra vez la aspiración de que exista una razón práctica que no sea menos que la teórico-científica. Si existe y está predeterminada una solución correcta, latente en algún fondo del sistema jurídico, necesitaremos nada más que un buen método para desenterrarla y aplicarla al caso. Ese método quiso brindarlo Alexy con la **ponderación**, que es al iusmoralismo actual lo que la subsunción fue al positivismo metafísico del XIX: una técnica soñada para que los casos difíciles tengan fácil solución, en la idea de que sólo en la superficie o a primera vista, prima facie, son intrincados y dramáticos algunos casos, pero que en el fondo se componen las soluciones gracias a que el sistema jurídico tiene una interna armonía a tenor de la que cada asunto casa nada más que con una solución correcta; o casi. Es cuestión de llevar bien las cuentas, de calcular los pesos con la balanza de nuestra razón práctica, si bien adaptada al pesaje peculiar de lo jurídico. Cuentas complicadas a veces, sí, pero cuentas. Con un buen silogismo lo solucionaban los de la Jurisprudencia de Conceptos y con una imaginaria balanza, más o menos precisa, lo arreglan los de la Jurisprudencia de Principios y Valores.

Aquí asumimos la otra versión de la teoría de la argumentación, la de pretensiones menos idealistas, la menos dada a mitificar las propiedades del

sistema jurídico y la que **asume la discrecionalidad judicial como inevitable**, precisamente porque el sistema jurídico ni es completo ni es coherente ni se expresa con total claridad a través de esas normas suyas que se escriben en el lenguaje ordinario. Porque también asumimos que el Derecho se compone con la materia prima del lenguaje y sus enunciados, no con valores prelingüísticos en un mundo de ontologías platónicas.

Si el razonamiento del juez no es demostrativo de que la suya es la única solución correcta en Derecho –asumamos aquí esa razonable tesis-, **su argumentación servirá más que nada para justificar las valoraciones suyas** que sean determinantes a la hora de seleccionar los hechos relevantes del caso, de admitir las pruebas de los mismos y de valorar dichas pruebas, por un lado, y, por otro, al tiempo de seleccionar la norma aplicable al caso y elegir una de entre las interpretaciones posibles de la norma en cuestión. Y, puesto que esa justificación la hace para las partes, sí, pero también para nosotros, el conjunto de los ciudadanos, habrá de realizarla con las claves que compartimos, con los patrones pragmáticos de racionalidad y razonabilidad que, aquí y ahora, nos son comunes. Tal es el sentido con que podemos recuperar, en este contexto, nociones como la de **auditorio universal de Perelman**.

Entre cómplices se puede argumentar al servicio de un interés, un fin o una obsesión particular; entre conciudadanos indeterminados, si la argumentación busca el entendimiento tiene que hacerse sin trampa ni cartón, poniendo el énfasis en lo que todos pueden entender y cualquiera podría asumir en tanto que ciudadano prototípico y comprometido con el interés general.

Con sus argumentos en la motivación de la sentencia el juez dialoga con nosotros, ciudadanos genéricos, y debe hacerlo apelando a la razón común y compartida, a los esquemas colectivamente vigentes, no de la manera en que un vendedor sin muchos escrúpulos se dirige a sus clientes o un político populista a sus electores, nada más que para seducir, salirse con la suya y ahí te las den todas y si te vi no me acuerdo.

Así debería ser y sobre esa base podemos y debemos construir los instrumentos de control de la calidad y racionalidad argumentativa de las sentencias. Es posible y deseable que la doctrina vaya elaborando modelos bien complejos y, al tiempo, manejables.

Es grande la laguna que a tal propósito existe todavía, pues buena parte de la teoría de la argumentación ha pasado a circular por otros derroteros, más cercanos a la ética que a la lógica y más afines al lenguaje de los sacerdotes que guardan el Oráculo que al del común de los mortales juristas. No vamos a desconocer, con todo, que también se han hecho propuestas muy notables, desde las de Alexy, en particular el primer Alexy, a las de Manuel Atienza, entre otros, y pasando por aquellos autores que a la racionalidad argumentativa llegan desde los rigores primeros de la lógica y la inteligencia artificial. No es tan raro, al fin, que los intelectuales tarden décadas en descubrir, sorprendidos, lo que ya sabían nuestras abuelas.

Aquí vamos a proponer lo que podría denominarse un

Modelo básico de análisis de la racionalidad argumentativa de las decisiones judiciales.

También puede verse como modelo básico de construcción de sentencias argumentativamente racionales. Si lo tildamos de básico, es por su evidente sencillez, en primer lugar, pero también porque recoge el núcleo o la esencia de la racionalidad de ese tipo. Puede y debe ampliarse ese núcleo esencial, pero no será tarea que emprendamos en este trabajo.

Supongamos que estamos leyendo, con propósito analítico y crítico, una sentencia. Vale pensar también que vamos a escribirla. Pues bien, ante cualquier afirmación de contenido no perfectamente evidente que en ella se contenga y que resulte o se presente como relevante para la justificación del fallo, debemos hacernos siempre la siguiente pregunta, para empezar: eso por qué.

Algunos ejemplos rápidos y bien elementales. Que el juez dice que la voluntad del legislador al crear la norma era tal y cual: por qué. Que el juez afirma que el testimonio de aquel testigo era difícilmente creíble o que el perito no parecía nada competente: por qué. Que el juez sostiene que el fin de la norma que interpreta y aplica es este o el otro: por qué. Y así siempre.

La idea de fondo es que se puede tildar de arbitraria toda afirmación, no evidente en su contenido, que sea relevante para la resolución del caso y que no esté justificada con razones admisibles que la hagan o, al menos, sirvan para hacerla y pretendan hacerla, razonable.

Esa idea general, la de interrogar siempre sobre los porqués, puede desglosarse o precisarse en tres preguntas que cabe enunciar así: usted por qué lo sabe (i), eso a qué viene (ii).

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

Concepto de argumentación jurídica Roberto Bergalli señala: Así como cuando se habla de la interpretación jurídica conviene restringir el campo de su aplicación, también acontece lo propio con las llamadas teorías de la argumentación, pues argumentar es asimismo una actividad que se puede verificar en cualquier ámbito en el cual sea necesario emitir un razonamiento para demostrar o probar una proposición, o bien para convencer a otro(a) de aquello que se afirma o niega (Real Academia Española).

En consecuencia, por argumentación jurídica ha de entenderse aquel tipo de razonamiento que se formula en alguno de los niveles en que se utilizan normas del derecho y en los cuales sea necesario convencer.

Concepto de interpretación Riccardo Guastini señala que la interpretación en sentido amplio se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias.

Podemos asegurar que no se necesita que el texto sea oscuro para interpretarlo, pues aunque un significado pareciera obvio para aplicarlo al caso concreto, primero tenemos que interpretarlo para de este modo argumentar la decisión tomada. A su vez, el Diccionario jurídico mexicano señala que la expresión “interpretar” “proviene del latín interpretatio (onis), y éste a su vez del verbo interpretoe (aris, ari, atus sum), que significa servir de intermediario, venir en ayuda de”.

En el ámbito del Derecho, podemos decir que la interpretación jurídica es desentrañar el sentido de una norma, el desnudarla para verificar por qué y para qué fue creada, el verificar su esencia, lo cual nos servirá para saber si es aplicable al caso concreto.

Así concluye este criterio en el que interpretar es dotar de significado a un determinado enunciado y argumentar es dar una o varias razones a fin de sostener una tesis u opinión.

En verdad puedo concluir que una de las preocupaciones de los juzgadores al argumentar es precisamente dar las razones para sostener el criterio aplicable al caso sometido a su consideración, pero además que estas razones convengan a las partes en el juicio, esto es, no sería una razón arbitraria y sin sustento, sino apoyada en la justicia y la legalidad.

Señala Jerzy que la interpretación jurídica no solo es el terreno en que los casos prácticos son decididos, sino que también es el campo de los tan 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 débiles y controvertidos sobre la filosofía, comprensión del lenguaje, aspectos éticos y de justicia, la posición concreta del juez, aunado a aquellos de carácter socio-político y económico.

La argumentación jurídica no se agota en la argumentación interpretativa. Si damos por bueno -y, en mi opinión, es la construcción teórica más completa- el modelo teórico de la aplicación judicial del derecho elaborado por el profesor

Wróblewski, 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.

La razón reside en la exigencia legal de motivación de las decisiones judiciales vigente en los sistemas jurídicos de nuestro entorno; obligación de motivar que sólo se entenderá cumplida cuando el aplicador presupone razones (argumento) que justifiquen cada una de las decisiones adoptadas en el proceso de aplicación del derecho a un caso concreto.

Sin embargo, la argumentación jurídica tampoco se agota en la argumentación judicial. Esta es la que se desarrolla únicamente en los momentos conflictuales, cuya resolución tienen encomendada los órganos, pero en las organizaciones jurídicas modernas intervienen otros agentes y operadores que trabajan en relación con el derecho y que deben motivar, justificar, argumentar o, en general, «dar razones» acerca de la forma en que manejan los materiales normativos. Muchos de los argumentos jurídicos invocados por los operadores jurídicos no judiciales son sustancialmente idénticos a los empleados por los jueces en la medida, sobre todo, en que desarrollan su actividad en relación con éstos: estoy pensando en abogados, fiscales, etc.

De los tres clásicos poderes del Estado moderno, no es, sin embargo, el poder judicial y su entorno el único que utiliza argumentos jurídicos en el ejercicio de sus funciones. También el poder legislativo y el ejecutivo lo hacen al ser tanto sujetos activos como pasivos en relación con el derecho; en efecto, ambos poderes deben, por un lado, adecuar su comportamiento a lo establecido por las normas jurídicas y, por otro, aplicar el derecho. Veámoslo.

En primer lugar, el poder legislativo. Además de que en el desarrollo de su función principal de productor de derecho, el Parlamento debe respetar las normas (casi siempre constitucionales) que regulan el procedimiento legislativo, todo acto

normativo (de creación de normas) es un acto de aplicación del derecho, ya que implica, por un lado, aplicar (dándoles un significado concreto, es decir, interpretando) las normas constitucionales que regulan el procedimiento legislativo; y, por otro, aplicar (dándoles un significado concreto, es decir, interpretando) las normas constitucionales que regulan las materias que pueden verse afectadas por el acto legislativo.

Pues bien, lo que ahora nos interesa es que la decisión productora de derecho propia del legislador ha de ser una decisión justificada, ya que la producción de derecho se concibe en nuestra cultura jurídica como una actividad racional orientada hacia objetivos. Ello obliga al legislador según Wróblewski, a:

- a) determinar la finalidad que se persigue;
- b) determinar los medios adecuados para la finalidad perseguida;
- c) determinar los medios jurídicos para la finalidad perseguida;
- d) determinar una norma jurídica como instrumento para lograr la finalidad perseguida; y,

d) promulgar una regla jurídica. Como es obvio, no todas estas operaciones son susceptibles de un control *jurídico* para determinar si la decisión legislativa está o no justificada, ya que algunas de ellas son susceptibles únicamente de un control *político*. Sin embargo, en la medida en que se opta por el derecho como instrumento para lograr objetivos concretos, deben ser jurídicos, al menos parte de los argumentos utilizados para justificar la decisión del legislador.

Además, al ser la Constitución el documento que marca las reglas (jurídicas) del juego político, pero, simultáneamente, el documento normativo que ocupa la cúspide del ordenamiento jurídico, incluso las decisiones políticas pueden ser medidas con el parámetro constitucional.

Por tanto, y en general toda decisión del legislador susceptible de ser controlada por órganos judiciales (e incluso aquí la jurisdicción constitucional) deberá ser justificada a través de argumentos jurídicos: desde la finalidad perseguida con el acto legislativo manifestada, por ejemplo, a través de los debates parlamentarios, el preámbulo de las leyes o el conjunto de su articulado, hasta las reglas o

enunciados elegidos para expresar las normas que se desean promulgar, para determinar su consistencia con los preceptos constitucionales.

La situación en cuanto al *poder ejecutivo* no ofrece particularidades relevantes en relación con lo dicho hasta ahora. Como se sabe, está compuesto por el Gobierno y la Administración. El primero, además de dirigir a ésta, participa de lo comentado acerca del poder legislativo por dos razones: primero, porque, en el parlamentarismo moderno, la inmensa mayoría de los actos legislativos de las Cámaras son iniciativa del Gobierno, que de esta forma ocupa un lugar privilegiado en el procedimiento legislativo; y

Segundo, porque tiene atribuida también una función normativa a través de la potestad reglamentaria y la legislativa delegada.

La Administración, por su parte, participa de algunas de las características señaladas de la actividad judicial: no sólo aplica permanente derecho, sino que resuelve, motivadamente en muchos casos, conflictos con los ciudadanos como instancia previa a la judicial.

En esa medida, puesto que la actividad de la Administración debe ser motivada en su mayor parte, y puesto que esa motivación debe realizarse siempre por referencia a normas jurídicas, cabría hablar de una argumentación *jurídico-administrativa*, en parte similar pero en parte distinta, de la argumentación *legislativa* y de la argumentación *judicial*.

El objeto de trabajo es únicamente (y no es poco) la argumentación judicial, es decir, la realizada por los órganos judiciales en el ejercicio de su función (por tanto, resolviendo conflictos por medios jurídicos) con el objetivo de justificar sus decisiones y cumplir, con ello, la obligación de motivar las resoluciones judiciales.

Como sería imposible abordar en este espacio todos los problemas argumentativos que plantea la actividad judicial de aplicación de derecho, voy a limitar mi análisis a la argumentación interpretativa, es decir, a los instrumentos de

justificación de las atribuciones de significado a los enunciados elegidos para resolver el caso.

En concreto, el núcleo de mi estudio se centrará en analizar algunos de los argumentos interpretativos más frecuentes en las motivaciones judiciales, con objeto de mostrar que todos ellos encuentran su justificación en lo que ha sido denominado el postulado del legislador racional, construcción dogmática que entiendo central en el discurso jurídico en general y, particularmente, en los procesos de interpretación judicial.

La hipótesis que planteo e intentaré demostrar es que los argumentos que justifican la interpretación de los enunciados jurídicos se encuentran, a su vez justificados por la imagen ideal de un legislador racional, imagen que, por un lado, parece guiar las decisiones interpretativas pero, por otro, se mantiene porque los operadores judiciales actúan como si fuera real.

Los argumentos interpretativos

Motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan. Aparentemente, por tanto la obligación de justificar una decisión queda satisfecha simplemente presentando una sentencia en la que se recoja una fundamentación jurídica, un razonamiento que con a la decisión tomada.

A partir de ahí, para algunos la relación que liga a los argumentos que motivan la decisión con la decisión misma es sustancial, en el sentido de que ésta es efectivamente obtenida a partir de esos argumentos; para otros, sin embargo, esa relación es meramente formal, es decir, que la motivación ofrecida en la sentencia no tiene por qué ser necesariamente reconstrucción o expresión del razonamiento que efectivamente ha llevado a adoptar la decisión, sino, únicamente, una racionalización *ex post* para cumplir con la obligación de justificar las decisiones judiciales.

Un estudio que pretenda analizar las decisiones de un órgano judicial podría, por tanto, abordarse a partir de dos materiales distintos. Por un lado, intentando reconstruir los procesos psicológicos que efectivamente han conducido al juez a su decisión; y, por otro, tomando como objeto de análisis el material decisonal, es decir, los argumentos ofrecidos por el aplicador judicial en la motivación de su decisión. Pero, en primer lugar, una investigación del primer tipo no tendría sentido como algo autónomo de la segunda para aquellos que aprecian una relación sustancial entre motivación y decisión, a no ser como un medio de confirmación de sus tesis.

Y, en segundo lugar, el material psicológico es la mayoría de las veces inaccesible y difícil de analizar.

En definitiva, el estudio del razonamiento justificativo partiendo de los argumentos ofrecidos en la sentencia puede o no coincidir con el proceso psicológico seguido por el juez para adoptar la decisión, pero, en cualquier caso, el decisonal, además de ser el único material accesible, es el único que en estos momentos permite un control institucional sobre la labor del juez.

En este sentido, habría que tener en presente que no todas las motivaciones son iguales (es decir, que no es lo mismo dar razones que dar «buenas razones», que no dar ninguna razón) y que no son irrelevantes los argumentos ofrecidos en un caso van a vincularle para casos sucesivos, entrando a formar parte (sobre todo si han sido formulados por el Tribunal jerárquicamente supremo de una organización judicial) tanto del discurso jurídico-práctico como del jurídico-teórico.

Por último, según enseña la filosofía de la ciencia, lo realmente relevante para el avance del conocimiento no son las circunstancias en las cuales se produce un descubrimiento -el contexto de descubrimiento- (en nuestro caso, el proceso psicológico), sino su explicación científica -el contexto de justificación- (en nuestro caso, la motivación).

4.13 Hermenéutica e interpretación jurídica, interpretaciones jurídicas incompatible.

La hermenéutica jurídica hace referencia a la interpretación del derecho, tradicionalmente de la norma jurídica, y se ubica comúnmente dentro de los temas centrales de la filosofía del derecho. No hay tratado de esta disciplina sin abordar, aunque sea someramente, el tema de la interpretación.

La hermenéutica del derecho, por lo mismo que es una forma universal de comprensión de lo jurídico, ofrece los rasgos de una doctrina filosófica del derecho, en la que se dilucidan los temas referentes al conocimiento jurídico y a la regulación práctica de comportamientos.

En consecuencia, desde el principio queda descartado entender la nueva hermenéutica jurídica como una nueva metodología o como una propedéutica al estudio de la ciencia jurídica. Su nivel de conocimiento es filosófico.

Ante esta naturaleza, evidentemente filosófica, de la hermenéutica jurídica, aunado a la falta de preparación multidisciplinar con que las universidades forman a los futuros profesionistas, resulta frecuente que se le considere como un tema meramente teórico, sin cabida en la práctica profesional del jurista moderno.

Sin embargo, ¿de qué manera podría el abogado litigante formular sus alegatos y argumentar a favor de la causa de su cliente sin antes haber comprendido el sentido de la ley?, ¿de qué forma podría el juez individualizar la norma sin antes dilucidar el significado de su contenido?, ¿cómo podría el profesor explicar el contenido normativo a sus alumnos, sin antes haberlo comprendido él?

La aplicación de la norma jurídica implica un trabajo previo interpretativo de la misma, no exclusivamente del juzgador, sino de cualquier operador cuya intención sea fundamentar un razonamiento basado en el ordenamiento jurídico.

En este sentido, se afirma que "...a la aplicación de una proposición jurídica debe preceder la exacta averiguación de su contenido...". Esta idea expresa plenamente la importancia y esencia de la hermenéutica, no sólo en la aplicación de la norma jurídica al caso concreto como una metodología, sino incluso desde el punto de vista epistemológico, ontológico, lógico y argumentativo, en el marco de las exigencias de una sociedad concreta.

El ejercicio hermenéutico de la interpretación de la norma jurídica, aunque exige bases teóricas para su desempeño, no se queda ahí, sino que llega al plano de lo práctico. Dirige el sentido de su aplicación y justificación, con lo cual afecta directamente la esfera jurídica de las personas en sus bienes, derechos, obligaciones, e incluso su libertad.

Propiamente dicho, la hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar textos, y en derecho, sin ser el único objeto sujeto de interpretación, especialmente se hace referencia a la interpretación de la norma jurídica en cuanto a su manifestación textual. De este modo tiene lugar la precisa distinción entre los términos "hermenéutica" e "interpretación", dado que si bien están íntimamente ligados, no es sinónimos.

La interpretación jurídica puede entenderse desde dos vertientes: como proceso (actividad) y como producto. Como proceso, se refiere a la operación cognitiva del intérprete en busca del contenido significativo que las normas jurídicas intentan expresar por medio del lenguaje, en relación con las conductas y demás realidades concretas sujetas a ellas, con la intención de atribuirle, de entre una extensa gama de posibilidades, un significado específico, singular y transformador. Desde esta perspectiva, toda norma jurídica, desde la situación concreta de su aplicación, requiere ser interpretada sin importar su grado de claridad.

Desde la segunda vertiente, la interpretación jurídica como producto se refiere al resultado de ese proceso cognitivo implementado por el intérprete. Es la consecuencia de la interacción entre la capacidad cognitiva y racional del

intérprete con la norma jurídica, los destinatarios de la misma y sus circunstancias específicas, el contexto del caso concreto, e incluso con los fines y valores del derecho.

Este resultado comúnmente se manifiesta por medio de razonamientos argumentativos, en forma de orientaciones o decisiones vinculantes, de acuerdo con las facultades del intérprete. En el caso de los intérpretes del Poder Judicial, a estos razonamientos se les conoce como resoluciones, sentencias y jurisprudencias, las cuales se convierten en nuevas normas transformadoras directas de la realidad social.

De esta manera, la labor interpretativa en el derecho es fundamental, al grado de que la tarea de su aplicación queda supeditada a ella, ya sea como proceso o como producto.

Por su parte, la hermenéutica jurídica implica en sí misma a la interpretación, estudiando, y al mismo tiempo proporcionando, los métodos por los cuales el intérprete, no únicamente comprende el sentido de la norma, sino también la posibilidad de explicarlo.

Constituye un método íntegro, capaz de abarcar la comprensión y la explicación de las normas jurídicas relacionándolas siempre con los hechos y con los valores que intervienen en el derecho; es decir, llega al plano de la argumentación.

Se trata de la teoría general de la interpretación de las normas de derecho a partir de las conductas humanas y del contexto sujeto a ellas, cuyo fin es la revelación del sentido de su contenido con miras, principalmente, pero no de forma exclusiva, a su aplicación al caso concreto, lo que permite llegar a la solución de los conflictos llevados ante los juzgadores de una manera más eficaz, justa y razonable. La expresión de las normas, es decir, los signos por medio de los cuales se manifiestan su significación, la conducta de los hombres y los fines y valores del derecho, serán esenciales para determinar su sentido aplicativo.

Las principales características de la hermenéutica jurídica son:

1) Es anti positiva, en cuanto considera al derecho más allá del conjunto de normas emanadas de la función legislativa, entendiéndolo como una práctica social, la cual se comprende desde su interpretación, argumentación y futura aplicación.

2) La comprensión de una norma jurídica, entendida como texto, se da en la relación de ésta con el contexto específico de su aplicación, para lo cual se necesita de experiencias o datos previos, dados en una realidad concreta.

La comprensión de una norma jurídica no se encuentra de forma exclusiva en su manifestación textual.

3) La interpretación desde el punto de vista hermenéutico no puede verse de forma lineal, sino en forma circular, como un ciclo entre el texto normativo, los destinatarios de la norma, el contexto específico y el intérprete. Se trata de un constante ir y venir entre dichos elementos.

De esta forma, el derecho es uno de los campos en donde mejor se ve el contenido de la hermenéutica, en donde acercar al intérprete a la intencionalidad del texto, a la del autor y a la del mismo fin del derecho, siempre será su finalidad. La norma jurídica poco aporta por sí misma, más aún si es examinada de manera lisa y llana.

Es el ejercicio hermenéutico el medio por el cual el horizonte de su comprensión se amplía notablemente al ubicársele en un contexto específico. Ahora bien, teniendo una idea general acerca del objeto y el fin de la hermenéutica jurídica, así como de su naturaleza, tiene lugar la interrogante sobre quién es la persona idónea para llevar a cabo estos ejercicios interpretativos.

